

## UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Zabrzu wyrokiem z dnia 6 lipca 2017 roku sygn. akt II K 186/17 uznał oskarżonego Ł. K. za winnego tego, że w dniu 5 stycznia 2017 roku w Z., używając przemocy wobec K. D. w postaci szarpnięcia za łańcuszek, który pokrzywdzony miał zapięty na szyi i uderzenia pokrzywdzonego w podbródek dokonał zaboru w celu przywłaszczenia łańcuszka koloru złotego o wartości 61,00 zł, powodując straty w wysokości 5,00 zł na szkodę K. D., przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat od odbycia kary 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej za przestępstwo z art. 280 § 1 k.k. i art. 158 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. oraz kary 2 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej za przestępstwo z art. 281 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., które to kary odbywał w ramach kary łącznej 5 lat pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Zabrzu z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt II K 1343/11 w okresie od 17 lipca 2011 r. do 07 lipca 2016, przy czym przyjmuje, iż czyn ten stanowi wypadek mniejszej wagi tj. za winnego popełnienia występku z art. 283 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. i za to na mocy art. 283 k.k. przy zast. art. 37 b k.k. w z art. 34 § 1 i § 1a pkt. 1 k.k. oraz art. 35 § 1 k.k. skazuje go na karę 3 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę 2 lat ograniczenia wolności, polegającą na wykonywaniu wskazanej przez kuratora nieodpłatnej, kontrolowanej pracy, na cele społeczne w wymiarze 40 godzin w stosunku miesięcznym, na poczet orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie to jest tymczasowego aresztowania od 10 stycznia 2017 roku, godz. 18:00 do 22 lutego 2017 roku, godz. 15:05, na mocy art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego środek kompensacyjny w postaci obowiązku naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego K. D. kwoty 5,00 zł; na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił pokrzywdzonemu K. D. dowód rzeczowy w postaci łańcuszka koloru złotego z uszkodzonym zapięciem przechowywany w depozycie Sądu Rejonowego w Zabrzu pod pozycją (...)

Obrońca oskarżonego zaznaczając, że apelację wnosi częściowo wnosząc o uchylenie pkt. 1 i zmianę z art. 280 § 1 kk na 278 § 1 kk i uchylenie w pkt. 2 i zmianę wymiaru kary poprzez wymierzenie mu kary 3 miesięcy pozbawienia wolności w zawieszeniu na dwa lata oraz zmniejszeniu wymiaru kary pozbawienia wolności w dotychczasowym wymiarze tygodniowym do 1 roku, zarzuciła obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 2 § 2 kpk, art. 4 kpk, art. 5 § 2 kpk oraz art. 7 kpk poprzez -dokonanie oceny materiału dowodowego z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów, akcentującej- wbrew zasadzie obiektywizmu- okoliczności niekorzystne dla oskarżonego, co spowodowało przyjęcie kwalifikacji z art. 280 § , a nie art. 278 § 1 kk, błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku i mających wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, że oskarżony uderzył pokrzywdzonego w celu uniemożliwienia mu obrony przed kradzieżą podczas, gdy z materiału dowodowego, a w szczególności zeznań obydwu stron wynika, że było to przypadkowe, wnosząc przy tym o zwolnienie oskarżonego z kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje.**

Apelacja obrońcy doprowadziła do zmiany zaskarżonego wyroku, niemniej podniesione w niej zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, jedynie w zakresie rozstrzygnięcia o karze przychylić się należało częściowo do wniosków obrońcy.

Zarzut naruszenia art. 7 k.p.k. nie może ograniczać się do wskazania wadliwości sędziowskiego przekonania o wiarygodności jednych, a niewiarygodności innych źródeł czy środków dowodowych lecz powinien wykazywać konkretne błędy w samym sposobie dochodzenia do określonych ocen, przemawiające w zasadniczy sposób przeciwko dokonaniu rozstrzygnięcia. W grę może wchodzić np. pominięcie istotnych środków dowodowych, niedostrzeżenie ważnych rozbieżności, uchylenie się od oceny wewnętrznych czy wzajemnych sprzeczności (post. SN z 26.07.2007 r., sygn IV KK 175/07, Biul.PK 2007/15/40).

Nie można zasadnie stawiać zarzutu obrzydzenia przepisu art. 5 § 2 KPK podnosząc wątpliwości co do treści ustaleń faktycznych, gdyż dla oceny, czy nie została naruszona reguła in dubio pro reo, istotne jest tylko to, czy sąd orzekający w sprawie rzeczywiście powziął wątpliwości co do treści ustaleń faktycznych i wobec braku możliwości

ich usunięcia rozstrzygnął te wątpliwości na niekorzyść oskarżonego. Jeżeli z materiału dowodowego wynikają różne wersje wydarzeń, zaś sąd orzekający wybrał jedną z nich, to takie postępowanie nie jest równoznaczne z istnieniem nie dających się usunąć wątpliwości w rozumieniu art. 5 § 2 KPK, ponieważ w takim wypadku sąd orzekający jest zobowiązany dokonać ustaleń faktycznych na podstawie swobodnej oceny dowodów i dopiero wówczas, gdy wątpliwości nie zostaną usunięte, należy je rozstrzygnąć na korzyść oskarżonego. Obraza przepisu art. 5 § 2 KPK następuje natomiast wtedy, gdy sąd orzekający w sprawie poweźmie wątpliwość co do treści ustaleń faktycznych i mimo braku możliwości dowodowych prowadzących do jej usunięcia, rozstrzygnie ją na niekorzyść ( postan. Sądu Najwyższego z 24.11.2015 r., sygn. IV KK 302/15, Legalis numer: 1381872).

Obraza przepisów art. 2 § 2 i 4 k.p.k. nie może stanowić zarzutów apelacyjnych, gdyż przepisy te formułują ogólne zasady procesowe, których realizacja następuje poprzez stosowanie szczegółowych przepisów procesowych (postanow. SN z 2007.04.17, sygn. V KK 79/07LEX nr 280729).

Naruszenia wskazanych norm nie sposób dopatrzeć się analizując treść zaskarżonego wyroku, pisemnych motywów oraz wywiedzionego środka odwoławczego. Sąd I instancji przeprowadził pełne postępowanie, zgromadzone dowody poddając ocenie zgodnej z zasadami wiedzy, logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego.

Sąd I instancji prawidłowo ocenił zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. W istocie nieprzydatny okazał się zapis monitoringu, albowiem miejsce zdarzenia nie było dostatecznie widoczne, ani też zachowania osób przebywających na przystanku tramwajowym, co bynajmniej nie pozbawiało Sądu możliwości dokonania ustaleń w oparciu o relacje zainteresowanych, a to oskarżonego i pokrzywdzonego. Przypomnienia przy tym wymaga, że oskarżony potwierdził, iż wypatrzył pokrzywdzonego w salonie gier, gdzie ten wygrał sporą kwotę pieniędzy, a swoim zamiarem pierwotnym, choć nie realizowanym, obejmował właśnie kradzież tego mienia, jednak pokrzywdzony schował gotówkę do kieszeni.

Oskarżony co prawda nie potwierdził tych okoliczności, o których wcześniej wspominał pokrzywdzony, a zatem, że został zagadnięty przez oskarżonego o godzinę, co pozwoliło mu na przyjrzenie się późniejszemu sprawcy, czy też o kolejnym ataku, gdy oskarżony jeszcze raz się zbliżył, niemniej takie zachowania korelują właśnie z wyjaśnieniami oskarżonego, że samą kradzież zaplanował, przy czym z uwagi na schowanie pieniędzy, a dostrzeżenie grubego łańcuszka koloru żółtego, na szyi pokrzywdzonego, na ten skierował swój atak. Pytanie o czas pozwoliło zatem oskarżonemu przyjrzeć się pożądanemu przedmiotowi, a także oszacować możliwość dokonania skutecznej kradzieży. To zaś, że oskarżony bawił w okolicy przez pewien czas wynika też z relacji pokrzywdzonego, który usłyszał, jak ktoś zwraca się do sprawcy po pseudonimie, co później pozwoliło na ustalenie przez pokrzywdzonego danych sprawcy.

Wreszcie uwzględniając, że pokrzywdzony przed Sądem, co do zasady przebieg zdarzenia potwierdził, a jedynie łagodził pogląd na zachowanie sprawcy, nie wyklucza możliwości oparcia się na wcześniejszych zeznaniach. Postawa pokrzywdzonego wydaje się nawet zrozumiała, gdy okazało się, że wartość szacowanego przez niego na 4.000 zł łańcuszka, to jedynie 61 zł. Podkreślenia też wymaga, że pokrzywdzony nawet w postępowaniu przygotowawczym nie wyolbrzymiał zachowania oskarżonego, opisując uderzenie przyznał, że nie pozostawiło śladów, ale było na tyle istotne, że pod jego wpływem głowa pokrzywdzonego się odchyliła. To świadczy nie tyle o sile uderzenia, ale o zaskoczeniu i zastosowaniu przez sprawcę minimalnej, koniecznej dla osiągnięcia celu, w postaci kradzieży przedmiotu, przemocy i prawidłowo rzutowało, wraz z pozostałymi okolicznościami, w tym wartością mienia, na przyjęcie przez Sąd wypadku mniejszej wagi.

W uzasadnieniu apelacji obrońca skupiła się na wykazaniu, że zachowaniem swoim oskarżony nie doprowadził pokrzywdzonego do stanu bezbronności, przy czym wywód ten jest całkowicie oderwany od realiów sprawy, albowiem takiego zachowania ani oskarżonemu nie przypisano, ani mu nie zarzucono. Zachowaniem prowadzącym do kradzieży w niniejszej sprawie było użycie przemocy, czyli uderzenie pokrzywdzonego.

Oczywiście czynem penalizowanym art. 280 § 1 kk jest zachowanie sprawcy, który kradnie, używając przemocy wobec osoby lub grożąc natychmiastowym jej użyciem albo doprowadzając człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności. Niemniej w niniejszej sprawie nie tylko nie mogło być mowy o doprowadzeniu do stanu bezbronności, ale i nikt takiego zachowania oskarżonemu nie przypisał, zatem wywody obrońcy czynione są w oderwaniu od realiów

sprawy. Sposobem zachowania oskarżonego było użycie przemocy i jak to ustalił Sąd I instancji oraz wskazano wyżej, takie zachowanie wbrew przeczeniom oskarżonego miało miejsce, choć z niewielkim natężeniem.

Trafnie wskazuje się, że szeroka wykładnia znamienia "używa przemocy wobec osoby" pozwala przyjąć, iż już naruszenie nietykalności cielesnej może być uznane za użycie przemocy wobec osoby, ale dla uznania, że owa przemoc stanowi o wyczerpaniu znamion, konieczne jest wykazanie, że w wyniku zachowania sprawcy doszło do naruszenia nietykalności cielesnej, nie tylko odpowiednio ukierunkowanej i stanowiącej sposób objęcia przez sprawcę władztwa nad rzeczą, ale także mającej istotnie większy od minimalnego stopień intensywności i dolegliwości wobec pokrzywdzonego (Małgorzata Dąbrowska-Kardas, Piotr KardasZoll A. (red.), Barczak-Oplustil A., Bielski M., Bogdan G., Cwiakalski Z., Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., Majewski J., Raglewski J., Szewczyk M., Wróbel W. Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 WK, 2016).

Podsumowując Sąd Okręgowy nie uwzględnił zarzutów i wniosków apelacji obrońcy, która w zupełności pominęła obecne brzmienie art. 69 § 1 kk, wedle tej normy sąd może warunkowo zawiesić wykonanie kary pozbawienia wolności orzeczonej w wymiarze nieprzekraczającym roku, jeżeli sprawca w czasie popełnienia przestępstwa nie był skazany na karę pozbawienia wolności. W wypadku Ł. K. trudno nie zauważyć, że był on karany czterokrotnie, w tym trzykrotnie na kary pozbawienia wolności, które zresztą odbywał.

Na akceptację zasługuje zatem tak zastosowana przez Sąd I instancji subsumcja zachowania oskarżonego, który wypełnił znamiona występku z art. 283 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k., jak i co do zasady rozstrzygnięcie o karze, a zatem zastosowanie tzw. kary mieszanej (zwanej też kombinowaną lub hybrydową).

Wprowadzając normę art. 37b kk w motywach ustawodawczych stwierdzono: „omawiany przepis zawiera ustawową dyrektywę wymiaru kary, modyfikującą system sankcji pod typami czynów zabronionych. Należy dodać, że ten sposób ustawowego wprowadzenia tego rodzaju sankcji powoduje, że nie stosuje się do niej nadzwyczajnego obostrzenia lub złagodzenia, a także nie znajduje zastosowania art. 38 § 1 k.k. Projekt wprowadza bowiem ustawową dyrektywę wymiaru kary istotną jedynie ze względu na dolny próg sankcji (verba legis „niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia”) ([www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr\(...\)](http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr(...)) dostęp: 28.05.2017 r.).

W doktrynie jednak zasadnie przyjmuje się, że art. 37b wprowadza instytucję tzw. sądowego wymiaru kary i nie należy do kategorii przepisów współkształtujących ustawowe zagrożenia za występki, których dotyczy (tak Majewski [w:] Zoll II/1, s. 746; tak też Konarska-Wrzosek [w:] Konarska-Wrzosek, s. 230) (Mozgawa M. (red.), Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., Kulik M. Kodeks karny. KomentarzLEX/el., 2017).

Za tym drugim stanowiskiem przemawia to, że stosuje się treść ustawy, nie zaś wolę ustawodawcy. Sposób sformułowania przepisu z wypracowaną w praktyce wykładnią nadaje normie ustawowej treść, dlatego nie sposób zgodzić się z poglądem, że przepis czy to art. 37a kk, czy też 37b kk ma charakter zbliżony do nadzwyczajnego złagodzenia. Obydwa traktować należy, jako składające się na elementy sądowego wymiaru kary, wprawdzie systematyka ustawy Kodeks karny nie przystaje do takiego wniosku, ale z jednej strony wskazać należy, że ultima ratio kary pozbawienia wolności a kar wolnościowych przewiduje art. 58 § 1 kk, z drugiej przepis art. 32 kk nie poszerzył się o nowy rodzaj kary. Co najważniejsze, przeciwko pojmowaniu wskazanych norm, jako łagodzących nadzwyczajnie wskazać trzeba to, iż to dyrektywy wymiaru kary z art. 53 kk prowadzą do wniosku o potrzebie miarkowania, bądź nie, dolegliwości sankcji karnej, a zatem dla zastosowania art. 37b kk nie jest wymagane zaistnienie szczególnych pozytywnych okoliczności.

Tak jest przecież w niniejszej sprawie, po stronie oskarżonego trudno doszukiwać się takowych, wyrażana skrucha w perspektywie ustaleń odbiegających od wyjaśnień sprawcy odczytana być może wyłącznie, jako dążenie do złagodzenia odpowiedzialności i żalu, że po raz kolejny oskarżony może zostać pozbawiony wolności, z kolei postawa pokrzywdzonego wynika z faktu odmiennej wyceny skradzionego przedmiotu.

Jedynie w wypadku unormowania z art. 37a kk można by się dopatrywać owych cech łagodzenia, gdy zważy się na treść art. 60 § 8 kk, ale i tu chodzi o sytuacje, w której sprawca wykazuje się takimi okolicznościami, które każą go premiować.

Dlatego też zdaniem Sądu Okręgowego w niniejszym składzie, nie znajduje zastosowania norma art. 57 § 2 k.k., która ma zresztą charakter fakultatywny i wpisuje się w zasady sędziowskiego wymiaru kary. Z tej przyczyny Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok podstawę wymiaru kary uzupełniając o art. 64 § 2 kk, albowiem składnikiem kary mieszanej zastosowanej przez Sąd I instancji jest kara pozbawienia wolności, która wedle normy art. 37b kk mogłaby być orzeczona w wymiarze od jednego miesiąca, niemniej właśnie z uwagi na brzmienie art. 64 § 2 kk winna być orzeczona powyżej tej granicy, co zresztą Sąd I instancji uczynił, stąd też nie sposób owej zmiany traktować w kategorii surowszego dla oskarżonego rozstrzygnięcia.

Sąd odwoławczy podzielił ocenę stopnia społecznej szkodliwości zachowania oskarżonego, stopnia jego zawinienia oraz negatywnie rysującą się sylwetkę w perspektywie czterokrotnej karalności, w tym trzykrotnej za przestępstwa rozboju oraz popełnienie obecnie ocenianego czynu w okresie próby z przedterminowego warunkowego zwolnienia udzielonego mu przez Sąd Okręgowy w Katowicach. Jednakowoż o ile poprzez należało ocenę, że właściwym będzie wymiar 3 miesięcy pozbawienia wolności, to w wypadku kary ograniczenia wolności uznać należało, że dla spełnienia celów kary nie jest niezbędne wymierzanie jej w maksymalnej wysokości, dlatego orzeczoną karę ograniczenia wolności obniżono do 1 roku i 6 miesięcy. Każda kara ma spełnić cel wychowawczy, w tym dać możliwość wdrożenia sprawcy do życia w społeczeństwie, temu sprzyjać będzie w wypadku Ł. K. odbycie kary pozbawienia wolności, a następnie kary ograniczenia wolności, której winno towarzyszyć podjęcie przez oskarżonego zarobkowania, czemu okres kary winien sprzyjać.

W pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymano w mocy, uwzględniając aktualną sytuację i możliwości finansowe oskarżonego Sąd Okręgowy zwolnił go od ponoszenia kosztów sądowych postępowania odwoławczego.