

Sygn. akt II AKa 169/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 sierpnia 2018 roku

Sąd Apelacyjny w Krakowie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Tomasz Duski
Sędziowie:	SSA Barbara Polańska-Seremet (spr.) SSA Tomasz Szymański
Protokolant:	st. sekr. sądowy Monika Palonek

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej Kielce Wschód Edyty Pawlik-Zatońskiej

po rozpoznaniu w dniu 14 sierpnia 2018 roku w sprawie

S. S.

oskarżonego z art.280§2 kk i inne

apelacji prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 26 marca 2018 roku sygn. akt III K 167/17

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że orzeczoną w ust. I karę pozbawienia wolności podwyższa do 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy;

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. R. kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych w tym VAT, tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu oskarżonego w postępowaniu odwoławczym;

IV. zwalnia oskarżonego od uiszczenia kosztów sądowych za drugą instancję.

SSA Tomasz Szymański SSA Tomasz Duski SSA Barbara Polańska-Seremet

Sygn. akt II AKa 169/18

## UZASADNIENIE

W Sądzie Okręgowym w Kielcach toczyło się postępowanie karne przeciwko S. S., który został oskarżony o to, że w dniu 15 kwietnia 2017 roku w Kielcach używając przemocy wobec K. K., polegającej na szarpaniu, przyciskaniu przedramieniem za szyję, popychaniu, na skutek czego pokrzywdzona przewróciła się i doznała dolegliwości bólowych barku prawego

i złamania kości obojczyka prawego, które to obrażenia spowodowały naruszenie czynności narządu ciała na okres powyżej 7 dni, po uprzednim użyciu noża poprzez przecięcie paska, dokonał zaboru w celu przywłaszczenia torebki o

wartości 50 zł z zawartością w postaci telefonu komórkowego marki N. (...) o wartości 300 zł, portfela o wartości 50 zł z pieniędzmi w kwocie 140 zł, dowodu osobistego, dwóch kart bankomatowych mBanku, prawa jazdy oraz dwóch kluczy do mieszkania, o łącznej wartości strat 540 zł na szkodę K. K., tj. o przestępstwo z art. 280 § 2 k.k., art. 157 § 1 k.k., art. 278 § 5 k.k. w zw. z art. 278 § 1 k.k., art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Wskazany Sąd wyrokiem z dnia 26 marca 2018 r., sygn. akt II K 169/17 orzekł:

I. w ramach czynu zarzucanego aktem oskarżenia, oskarżonego S. S. uznaje za winnego tego, że w dniu 15 kwietnia 2017 roku w Kielcach, używając przemocy wobec K. K., polegającej na szarpaniu, przyciskaniu przedramieniem za szyję, popychaniu, na skutek czego pokrzywdzona przewróciła się i doznała złamania kości obojczyka prawego, które to obrażenia spowodowały naruszenie czynności narządu ciała na okres powyżej 7 dni, a który to skutek oskarżony przewidywał i na to się godził, dokonał kradzieży torebki o wartości 50 zł z zawartością w postaci telefonu komórkowego marki N. (...) o wartości 300 zł, portfela

o wartości 50 zł z pieniędzmi w kwocie 140 zł, dowodu osobistego, dwóch kart bankomatowych mBanku, prawa jazdy oraz dwóch kluczy do mieszkania, o łącznej wartości 540 zł na szkodę K. K., to jest popełnienia przestępstwa z art. 280 § 1 k.k., art. 157 § 1 k.k., art. 278 § 5 k.k. w zw. z art. 278 § 1 k.k., art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to skazuje oskarżonego na podstawie wszystkich wymienionych przepisów i wymierza mu na podstawie art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. i na podstawie art. 33 § 1, 2 i 3 k.k. karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i grzywnę w liczbie 100 stawek dziennych przy ustaleniu jednej stawki na kwotę 20 złotych;

II. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej w ustępie I wyroku kary pozbawienia wolności, zalicza oskarżonemu S. S. okres jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 12 czerwca 2017 roku, godz. 7:25 do 23 sierpnia 2017 roku, godz. 7:25;

III. na podstawie art. 46 § 1 k.k. zasądza od oskarżonego S. S. na rzecz pokrzywdzonej K. K. kwotę 7 285 zł tytułem częściowego naprawienia szkody oraz kwotę 10 000 zł tytułem części zadośćuczynienia;

IV. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zarządza zwrot dowodów rzeczowych w postaci kurtki, spodni (...) i spodni (...), zdeponowanych na mocy postanowienia KP w Kielcach w przedmiocie dowodów rzeczowych z dnia 17 sierpnia 2017 roku na rzecz S. S.;

V. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. R. kwotę 1 033,20 zł, w tym VAT, tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu udzieloną oskarżonemu;

VI. zwalnia oskarżonego S. S. od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych.

Powyższy wyrok w całości, na niekorzyść oskarżonego zaskarżył prokurator. Zarzucił mu:

1) obrazę prawa procesowego art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k. mającą wpływ na treść orzeczenia poprzez zaniechanie wskazania w wyroku podstawy prawnej zwolnienia oskarżonego od kosztów sądowych oraz brak wskazania podstawy prawnej zasądzenia od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. R. wynagrodzenia za obronę z urzędu,

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia poprzez ustalenie, że oskarżony podczas zdarzenia nie posłużył się nożem, a jedynie go użył, a co za tym idzie zachowaniem swym nie wyczerpał znamion przestępstwa rozboju kwalifikowanego, a jedynie wyczerpał znamiona rozboju w typie podstawowym, podczas gdy zeznania pokrzywdzonej K. K. i świadka P. J. wskazują, że S. S. w chwili ataku w ręce trzymał nóż co miało umożliwić mu dokonanie kradzieży i przełamanie oporu pokrzywdzonej,

3) rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu S. S. za przestępstwo z art. 280 § 1 k.k., art. 157 § 1 k.k., art. 278 § 5 k.k. w zw. z art. 278 § 1 k.k., art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w rozmiarze 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności wskutek niedoceny prawidłowo ustalonych okoliczności obciążających oskarżonego takich jak uprzednia karalność, w tym za przestępstwa przeciwko mieniu, brutalny sposób zaatakowania

pokrzywdzonej, spowodowania obrażeń ciała wymagających zaopatrzenia chirurgicznego, posłużenie się nożem, działanie z niskich pobudek, bez przyczyny, w celu natychmiastowego zaspokojenia potrzeb, przy jednoczesnym przecenieniu znaczenia ustalonych w sprawie okoliczności łagodzących w postaci tego, że sprawca przyznał się, wyraził skruchę, złożył wyjaśnienia oraz dokonał zaboru mienia o stosunkowo niewielkiej wartości, co ostatecznie doprowadziło do wymierzenia kary nieodpowiadającej jej celom i nieuwzględniającej ustawowych dyrektyw wymiaru kary, nakazujących zwracać uwagę na okoliczności czynu, sposób działania sprawcy i tryb życia skazanego przed dokonaniem zarzucanego mu przestępstwa, a także nie spełniającej funkcji wychowawczej i prewencyjnej w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

W związku z tak formułowanymi zarzutami, skarżący w petitum apelacji domagał się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez przyjęcie, że oskarżony popełnił przestępstwo z art. 280 § 2 k.k., art. 157 § 1 k.k., art. 278 § 5 k.k. w zw. z art. 278 § 1 k.k., art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i wymierzenie mu na podstawie art. 280 § 2 k.k. kary w rozmiarze 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, pozostawienie w wyroku pozostałych rozstrzygnięć w zakresie wymiaru kary, wskazanie, że S. S. został zwolniony od kosztów sadowych na podstawie art. 642 § 1 k.p.k. (co jest zapewne wynikiem oczywistej omyłki pisarskiej - przyp. SA, podstawę prawną do wydania takiej decyzji zawiera art. 624 § 1 k.p.k.), a zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. R. wynagrodzenia za obronę z urzędu nastąpiło na podstawie § 17 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja okazała się częściowo zasadna w odniesieniu do zarzutu zgłoszonego w pkt 3 tej skargi, w pozostałym zakresie nie zasługiwała na uwzględnienie.

Zaczynając ocenę od zarzutu zgłoszonego w pkt 2, który z przyczyn oczywistych jest tu najistotniejszy (mniejsza przy tym, czy wyprowadzony z właściwej podstawy odwoławczej), bowiem w istocie dotyczy kwestii związanych z subsumcją prawną ustalonych w sprawie faktów, należy stwierdzić, że Sąd Okręgowy nie dopuścił się zarzucanego błędu w dokonanej ocenie.

Nie ma w sprawie wątpliwości, że oskarżony w trakcie osądzanego zdarzenia użył noża do przecięcia paska torebki, którą zamierzał zrabować. Ustalenie takie zostało dokonane przez Sąd I instancji (zob. s. 1 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), który trafnie też przyjął, że pojęcie zawarte w § 2 art. 280 k.k. „posługuje się” ma zakres szerszy od pojęcia „używa” i zawiera w sobie także tę formę aktywności (zob. s. 13 – 14 uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

Istota problemu nie tkwi jednak w przytaczanym nazewnictwie bezprawnego działania z nożem w trakcie rozboju, ale przenosi się na inną płaszczyznę wymagającą oceny, czy samo użycie noża w trakcie rozboju, lecz nie dla przełamania oporu pokrzywdzonej, a w celu wejścia w posiadanie mienia ofiary wyczerpuje znamiona jego kwalifikowanej postaci określonej w art. 280 § 2 k.k.

Najpierw jednak należy wskazać, że nie ma racji apelacja gdy zarzuca Sądowi błędne ustalenia faktyczne polegające na przyjęciu, że oskarżony użył noża jedynie w celu wyżej opisanym (tj. dla zawładnięcia torebką), podczas gdy zdaniem skarżącego oskarżony posługiwał się nożem w całym przebiegu zdarzenia, co dokumentuje wypowiedź pokrzywdzonej opisująca, że podczas trzymania jej za szyję przez ułamek sekundy zauważyła nóż kątem oka. Dokładna analiza zeznań pokrzywdzonej dostarcza konkluzji odmiennych. Owszem oskarżony trzymał nóż od początku zdarzenia, lecz w żadnej ze swych wypowiedzi pokrzywdzona nie podała, że w trakcie przytrzymywania jej za szyję i szarpania widziała go u oskarżonego, jak to sugeruje apelacja. W zeznaniu na k. 50 t. I wyraźnie stwierdziła, że wówczas dostrzegła jedynie „odbłysk czegoś metalowego”, ale przedmiotu tego w ogóle nie identyfikowała. Dopiero gdy oskarżony wszedł już w posiadanie torebki a pokrzywdzona próbowała ją odzyskać, podczas szarpaniny oskarżony upadł i upuścił na ziemię nóż – wówczas K. K. zidentyfikowała ten przedmiot, choć nie była tego pewna. Przypuszczając jednak, że może to być

nóż zaprzestała pogoni za oskarżonym (k. 558 - 560, t. III). Tych ustaleń skarżący w żaden sposób nie podważył, a jedynie prezentuje własne, niemające oparcia w dowodach, w szczególności właśnie w zeznaniach pokrzywdzonej.

Nic tu nie mają do rzeczy zeznania P. J., który widział w ręku oskarżonego nóż (scyzoryk) i słyszał jego zapowiedź dokonania kradzieży „na wyrwę”. Jeśli już wartościować ten dowód, to jest on raczej argumentem na tezę przeciwną do zakładanej przez apelację, skoro oskarżony ogłosił, że zamierza wyrwać torebkę i tak właśnie postępował, zaś noża użył jedynie w celu przecięcia paska torebki gdy nie udało się uzyskać jej poprzez wyszarpięcie.

Tu dochodzi się do sedna sprawy, sygnalizowanego powyżej.

W prawidłowo ustalonym przez Sąd Okręgowy stanie faktycznym słusznie przyjął ten Sąd, że nie nastąpiło tu użycie noża w rozumieniu przepisu art. 280 § 2 k.k. Decydujące jest bowiem ustalenie, że użycie noża miało inny cel niż ten, który jest warunkiem przyjęcia rozboju kwalifikowanego. Zakłada on, by nastąpiło to dla sparaliżowania woli pokrzywdzonego, tak by nie sprzeciwiał się on odebraniu mu rzeczy. Tym samym, oznacza to konieczność dostrzeżenia noża przez pokrzywdzonego. Od dawna bowiem przyjmuje się powszechnie, że posłużenie się nożem (określenie to ma oczywiście szersze znaczenie niż użycie noża, bo oznacza każde manipulowanie nim, w tym okazanie noża pokrzywdzonemu, podczas gdy użycie to uczynienie zeń bezpośredniego praktycznego użytku) lub użycie noża ma właśnie wywołać u ofiary uczucie bezbronności (zob. W. Świda, Kodeks karny z Komentarzem, Warszawa 1973, s. 643, teza 28), bądź wywarcie presji na jej wolę, a nawet jej sparaliżowanie (vide K. Daszkiewicz, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 listopada 1973 r., I KR 209/73, OSPiKA 1975, Nr 3, s. 143, 144). Posłużenie się lub użycie noża w innym celu niż przymuszenie pokrzywdzonego nie wypełnia znamion przestępstwa rozboju kwalifikowanego (zob. J. Satko, A. Seremet, Nowa kodyfikacja karna, Kodeks Karny, Krótkie komentarze, Warszawa 1998, z. 7, s. 185). Odosobniony a nawet wewnętrznie sprzeczny jest pogląd wyrażony w niepublikowanym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 września 1975 r., V KR 157/ 75 aprobujący z jednej strony cel posłużenia się bronią dla obezwładnienia woli ofiary, z drugiej jednak zaprzeczający temu poprzez dopuszczenie przyjęcia rozboju kwalifikowanego, nawet gdy ofiara (np. w nocy) broni nie widzi.

Skoro zatem oskarżony nie używał noża do przełamania oporu pokrzywdzonej i wpływania na jej wolę, ona zaś noża nie dostrzegła nie można było przyjąć, że oskarżony zrealizował znamiona rozboju kwalifikowanego określonego w art. 280 § 2 k.k. Rzecz jasna, nie należy oczekiwać od pokrzywdzonego, by ściśle identyfikował przedmiot, który obiektywnie okazuje się nożem, wystarcza gdy podaje jego cechy, kluczowe jest tu jednak to, by ofiara - nawet tylko przypuszczając, że jest to takie narzędzie - zaprzestała bądź zaniechała oporu; to jest właśnie ów wymóg, o którym była mowa wyżej. W osądzonej sprawie pomimo podania przez K. K. cech przedmiotu, który był w rzeczywistości nożem, pokrzywdzona ani go za taki nie uznawała, ani też nie doszło z tej przyczyny do sparaliżowania jej woli. Wreszcie nie taki był cel działania oskarżonego, jak wykazano to wcześniej. Reasumując, Sąd Okręgowy w ustalonym stanie faktycznym dokonał właściwej oceny prawnej i przedstawił poprawną argumentację na jej uzasadnienie.

Zgodzić się natomiast należy ze skarżącym, iż Sąd ten wymierzając oskarżonemu karę na podstawie sankcji przewidzianej w art. 280 § 1 k.k. w powiązaniu z art. 11 § 3 k.k. uczynił to w sposób rażąco niewspółmierny (łagodny) do ustalonych w sprawie okoliczności związanych z przypisanym oskarżonemu czynem, jak i właściwości jego dotyczących. Pomimo, że generalnie okoliczności te właściwie rozpoznał (s. 18 – 19 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), to jednak - na co słusznie apelacja zwraca uwagę - nie nadał im odpowiedniego znaczenia, kształtując karę na poziomie oscylującym do dolnego progu ustawowego zagrożenia. W szczególności skazując oskarżonego na podstawie kilku zbiegających się przepisów pomimo, że fakt ten uwzględniał przy wymiarze kary, to jednak w należyтым stopniu nie przełożył go na jej wymiar, gdy zauważyć, że skutek rozboju w postaci stosunkowo niewielkiej wartości zabranego mienia nie był jedynym wynikiem bezprawnego zachowania oskarżonego. Oceniając spowodowane przez oskarżonego skutki bezprawnego działania, obiektywnie stwierdzić trzeba, że zabór mienia o łącznej wartości 540 zł. z całą pewnością uchodzić musi za mniej dolegliwy niż następstwa zdrowotne jakie

dla pokrzywdzonej z niego wynikły. Pokrzywdzona poza dolegliwościami bólowymi doznała przecież złamania obojczyka, co przy stwierdzonej przez Sąd I instancji brutalności z jaką oskarżony działał i uznaniu stopnia społecznej szkodliwości przypisanego mu czynu za wysoki, powinno znaleźć większe niż to przyjęto in minus odzwierciedlenie przy ferowaniu kary. Podobnie rzecz przedstawia się z uprzednią wielokrotną karalnością oskarżonego wyłącznie za przestępstwa przeciwko mieniu. Zestawiając je nawet z okolicznościami przemawiającymi na korzyść oskarżonego uwzględnianymi przez Sąd Okręgowy w postaci przyznania przez oskarżonego większości okoliczności czynu, wyrażenia skruchy i stosunkowo niewielkiej wartości skradzionego mienia (przy czym ta ostatnia – co należy tu zaakcentować - akurat nie była objęta świadomością oskarżonego lecz dziełem przypadku), trudno zaakceptować wyrażony przez ten Sąd pogląd, że „kara pozbawienia wolności zbliżona do dolnej granicy ustawowego zagrożenia jest karą adekwatną i sprawiedliwą, która jest w stanie zrealizować cele karania w zakresie zapobiegawczego, wychowawczego i poprawczego oddziaływania na sprawcę”. Jeżeli oskarżony na przestrzeni ostatnich czterech lat był czterokrotnie karany wyłącznie za przestępstwa przeciwko mieniu (k. 525 -526, t. III), a obecnie dopuścił się podobnego przestępstwa z użyciem przemocy, to trudno w ogóle mówić o skuteczności wcześniej orzekanych wobec niego kar w aspekcie wyżej przytoczonym. Dlatego Sąd Apelacyjny podwyższył tę karę do 3 lat i 6 miesięcy uznając, iż oskarżony wymaga dłuższego procesu resocjalizacji i doboru odpowiednich metod w warunkach izolacyjnych, mających doprowadzić do poprawy jego zachowania.

Żądanie apelacji o podwyższenie tej kary do 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności wyraźnie powiązane zostało z sankcją z art. 280 § 2 k.k., natomiast pomimo zgłoszonego w jej pkt 3 alternatywnego zarzutu, skarga ta w tym zakresie nie zawiera żadnego wniosku.

Nie podzielił natomiast Sąd Apelacyjny zarzutu sformułowanego w pkt 1 apelacji, to jest wskazywanej tam obrazy art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k. Zgodnie z powołanym przepisem, sąd jest zobowiązany do podania w treści wyroku zastosowanych przepisów ustawy karnej, którą rozumieć należy jako akt prawny w randze ustawy zawierający przepisy prawa karnego materialnego (podobnie wyrok SA w Gdańsku z 23 sierpnia 2000r., II Aka 193/00, publ. Prok. i Pr. – wkł. 2001/4/25; por. także P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek Kodeks postępowania Karnego t. II, Komentarz, 3. wyd. Warszawa 2007, s. 526, teza 5). Wymogu tego z całą pewnością nie spełnia wskazywane w skardze rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości, natomiast podstawa prawna zwolnienia od kosztów sądowych zamieszczona jest w art. 624 § 1 k.p.k., a więc w ustawie procesowej i przepis ten ma taki właśnie charakter. (Szerzej na temat charakteru przepisów zob. uchwałę SN z 17 marca 2005r., I KZP 4/05, publ. OSNKW 2005/3/27). Skoro w treści wyroku powinny być wskazane przepisy prawa karnego materialnego, Sąd Okręgowy nie dopuścił się naruszenia przepisów prawa procesowego poprzez zaniechanie wskazania podstawy prawnej zwolnienia oskarżonego od kosztów sądowych i zaniechanie wskazania przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w oparciu o które zasądził na rzecz adwokata koszty za świadczoną z urzędu obronę. Właściwym zatem miejscem do wskazania tych przepisów było uzasadnienie zaskarżonego wyroku (zob. s. 21).

W związku z powyższym Sąd Apelacyjny zmienił częściowo zaskarżony wyrok z przyczyn wcześniej wskazanych w oparciu o przepisy art. 437 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 4 k.p.k., zwalniając oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze z tych samych powodów, które uwzględnił Sąd I instancji (art. 624 § 1 k.p.k.)

Zasądził Sąd natomiast od Skarbu Państwa na rzecz adwokata świadczącego z urzędu obronę w postępowaniu drugoinstancyjnym należne wynagrodzenie wobec zgłoszonego żądania i oświadczenia, iż dotychczas kosztów tych nikt nie opłacił (art. 29 ust. 1 ustawy Prawo o adwokaturze w zw. z § 17 ust. 2 pkt 5 i § 2 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu).

SSA Tomasz Szymański SSA Tomasz Duski SSA Barbara Polańska-Seremet