

Sygn. akt II AKa 235/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 października 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Lublinie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Beata Siewielec
Sędziowie:	SA Bohdan Tracz (sprawozdawca) SO del. do SA Agnieszka Pawłowska
Protokolant	sekr.sądowy Agnieszka Muszyńska

przy udziale Cezarego Pakuły prokuratora Prokuratury Okręgowej w Lublinie delegowanego do Prokuratury Apelacyjnej w Lublinie

po rozpoznaniu w dniu 15 października 2015 r.

sprawy **M. G.** s. P. i M.

urodzonego (...) w P.

oskarżonego z art.13§1kk w zw. z art.148§2 pkt.2kk

z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Radomiu

z dnia 10 czerwca 2015 r., sygn. akt II K 10/15

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że orzeczoną wobec oskarżonego M. G. karę pozbawienia wolności łagodzi do 4 (czterech) lat;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. na poczet orzeczonej wobec oskarżonego M. G. kary pozbawienia wolności zalicza okres jego tymczasowego aresztowania również od dnia 10 czerwca 2015 roku do dnia 15 października 2015 roku;

IV. zwalnia oskarżonego od zapłaty kosztów sądowych za II instancję ustalając, że wchodzące w ich skład wydatki ponosi Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Radomiu wyrokiem z dnia 10 czerwca 2015 roku oskarżonego M. G. uznał za winnego tego, że w dniu 31 maja 2014 roku w R., działając wspólnie i w porozumieniu z ustaloną nieletnią, w celu dokonania zaboru wartościowych rzeczy znajdujących się w mieszkaniu M. K., chciał pozbawić życia M. K. i w tym celu zarzucił sznurek

na szyję pokrzywdzonej, za jego pomocą przewrócił ją na podłogę i przystąpił do duszenia, lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na interwencję A.P.i czyn ten kwalifikując na podstawie art. 13§1 k.k. w zw. z art. 148§2 pkt 2 k.k. w zb. z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 280§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k., na tej podstawie skazał go, zaś na podstawie art. 14§1 k.k. w zw. z art. 148§2 pkt 2 k.k. w zw. z art. 11§3 k.k. w zw. z art. 60§ 1 i 6 pkt 2 k.k. wymierzył mu karę 10 (dziesięciu) lat pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 44§2 k.k. za czyn przypisany M. G., orzekł wobec niego środek karny w postaci przepadku sznurka koloru niebieskiego.

Na podstawie art. 63§1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu rzeczywiste pozbawienie wolności w niniejszej sprawie od 31 maja 2014 roku do 10 czerwca 2015 roku.

Na podstawie art. 230§2 k.p.k. nakazał zwrócić:

- M. G. dowód rzeczowy w postaci: telefonu komórkowego marki N. (...) wraz ze słuchawkami,
- N. B. dowód rzeczowy w postaci: telefonu komórkowego marki N. (...).

Na podstawie art. 624§1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od zapłaty kosztów sądowych, wydatkami obciążając Skarb Państwa.

Apelację wniósł obrońca oskarżonego. Zarzucił zaskarżonemu wyrokowi:

I. obrazę przepisów prawa materialnego tj. art.148 § 2 pkt 2 k.k. w zw. z art.13 § 1 k.k. polegającą na wadliwym uznaniu, że M. G. usiłował, a tym samym chciał pozbawić życia M. K., podczas gdy w zachowaniu, świadomości i działaniu M. G. jak również w zgromadzonym materiale dowodowym w tym w zeznaniach świadków, opiniach biegłej E. B. brak jest jednoznacznych dowodów wskazujących, iż zamiarem oskarżonego było pozbawienie życia M. K.; w sytuacji gdy materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie pozwala na przypisanie oskarżonemu jedynie czynu usiłowania rozboju,

II. obrazę przepisów postępowania tj. art.7 k.p.k. w zw. z art.410 k.p.k. w zw. z art. 92 k.p.k. w zw. z art.193 § 1 k.p.k. poprzez ujawnienie przez Sąd I instancji na rozprawie w dniu 10 czerwca 2015r. opinii D. M. i dokonanie ustaleń stanu faktycznego w oparciu o przedmiot rzeczony opinii tj. wyjaśnień M. G. (k.91-97), podczas gdy opinia ta została wydana z rażącym naruszeniem prawa, tym samym czynność przesłuchania M. G. została przeprowadzona z rażącym naruszeniem prawa, co miało wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, albowiem biegła nie będąc obecną na początku przesłuchania (k.97) wywiodła „Opiniowany do pokoju prokuratora wchodzi chętnie, zajmuje wskazane mu miejsce. Samodzielnie podaje dane osobowe. Na wstępie przesłuchania został pouczone o prawach przysługujących podejrzanemu. Treść pouczenia zrozumiał, chciał wyjaśnić”(k.122-123). Niewątpliwie biegła nie mogła tego stwierdzić, albowiem na k. 97 zostało zapisane „W tym miejscu stała się biegła psycholog D.M.”, a zatem nie była obecna od początku przy przesłuchaniu.

III. rażącą niewspółmierność kary polegającą na wymierzeniu oskarżonemu kary pozbawienia wolności w wymiarze 10 lat pozbawienia wolności, bez uwzględnienia dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art.53 § 1 i 2 k.k., a w szczególności pominięcie dyrektywy wychowawczego charakteru kary i wymierzenie kary mając na względzie tylko represyjny charakter zastosowanego środka, bez uwzględnienia zachowania oskarżonego po popełnieniu przestępstwa, a mianowicie szereg opisanego przez niego okoliczności popełnienia czynu, a które stały się podstawą dokonania przez

Sąd ustaleń faktycznych; a nadto bez uwzględnienia faktu, iż oskarżony miał dobrą opinię, nie był nigdy wcześniej karany, nie był osobą zdemoralizowaną.

Wnosiła o zmianę zaskarżonego wyroku przez przypisanie M. G. w ramach zarzuconego mu czynu, po wyeliminowaniu usiłowania zabójstwa, usiłowania dokonania rozboju na osobie M. K. i wymierzenie kary w dolnych granicach

ustawowego zagrożenia, przy uwzględnieniu przesłanek i dyspozycji art.53 k.k. w zw. z art.54 § 1 k.k.; ewentualnie o zmianę orzeczenia w zakresie orzeczonej bezwzględnej kary pozbawienia wolności poprzez wymierzenie kary łagodniejszej; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Radomiu

Sąd Apelacyjny zważył , co następuje :

Zarzuty apelacji, poza zarzutem rażącej niewspółmierności kary, są niezasadne.

Na wstępie stwierdzić należy , że zarzut z pkt. I został błędnie zredagowany.

Autor apelacji sformułował zarzut naruszenia prawa materialnego – art.13 § 1 k.k. w zw. z art.148 § 2 pkt.2 k.p.k. – choć w istocie wskazuje na uchybienie polegające na błędnym ustaleniu, że oskarżony chciał pozbawić życia pokrzywdzoną. Obraza prawa materialnego może być przyczyną odwoławczą jedynie wtedy, gdy ma ona charakter samoistny. Naruszenie prawa materialnego polega na jego wadliwym zastosowaniu (niezastosowaniu) w orzeczeniu, które oparte jest na trafnych i niekwestionowanych ustaleniach faktycznych. Nie można więc stawiać zarzutu rzekomego naruszenia prawa materialnego, gdy wadliwość orzeczenia ma polegać na błędnych ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę tego orzeczenia lub na naruszeniu przepisów procesowych. Zarzut ten należało rozpoznać na płaszczyźnie podstawy odwoławczej określonej w art. 438 pkt. 2 k.p.k..

Na wstępie należy się odnieść do zarzutu obrazu przepisów postępowania „, art. 7k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 92 k.p.k. w zw. z art.193§1 k.p.k. poprzez ujawnienie przez Sąd I instancji na rozprawie w dniu 10 czerwca 2015 r. opinii D.M.i dokonanie ustaleń stanu faktycznego w oparciu o przedmiot rzeczowej opinii tj. wyjaśnień M. G. (k.91 – 97).”

Na ostatniej rozprawie, w dniu 10 czerwca 2015r., Sąd Okręgowy na podstawie art. 394 § 2 k.p.k. uznał za ujawnione bez odczytywania dowody zawnioskowane aktem oskarżenia do odczytania (k.733v.), wśród nich opinię psychologiczną dotyczącą oskarżonego M. G. z k.122-126 (k.485). Biegła psycholog D.M. wydała opinię po przesłuchaniu podejrzanego w dniu 2 czerwca 2014 roku, w przesłuchaniu tym uczestniczyła w końcowej jego fazie(k.97). W czasie obecności biegłej oskarżony nie składał wyjaśnień co do przebiegu zdarzeń będących przedmiotem procesu. Udzielił odpowiedzi na pytanie biegłej dotyczące przewidywania konsekwencji swego postępowania i stwierdził, że przewidywał, że zostanie zatrzymany i pójdzie siedzieć.

Ujawnienie opinii biegłej nie stanowiło naruszenia art. 410 k.p.k., uchybieniem które zaistniało było niedokonanie oceny opinii. Sąd ma obowiązek poddania każdego dowodu rzeczowej ocenie, a przy ocenie opinii biegłego uwzględnić, czy biegły dysponował materiałem niezbędnym do jej wydania. Tego obowiązku Sąd Okręgowy nie wypełnił. Rację ma apelacja , że wydana opinia dotknięta była wadą , gdyż jej wnioski zostały sformułowane na podstawie okoliczności, których biegła nie mogła zaobserwować – zachowania oskarżonego przed rozpoczęciem przesłuchania i w początkowej jego części. Podniesiony w apelacji zarzut jest więc zasadny tylko w tym zakresie w jakim wskazuje na niedokonanie przez Sąd oceny opinii. Uchybienie to nie miało jednak wpływu na treść zaskarżonego wyroku. Opinie ta nie posłużyła do dokonania ustaleń faktycznych, nie została też wykorzystana przy ocenie wyjaśnień oskarżonego.

Podnieść należy, że pogląd apelacji, że przesłuchanie podejrzanego w dniu 2 czerwca 2014 roku zostało wadliwie przeprowadzone (k.824) jest całkowicie niezasadny, zauważyć należy, że jest on nieuzasadniony. Z art.171 § 7 k.p.k. wynika, że wyjaśnienia nie mogą stanowić dowodu wtedy gdy zostały złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w §5 art.171 k.p.k.. Apelacja nawet nie sugeruje , że takie okoliczności zaistniały. Na pewno okolicznością wyłączającą swobodę wypowiedzi nie był udział w przesłuchaniu biegłej psycholog, art. 171§2 k.p.k. dopuszcza udział w przesłuchaniu biegłych a także możliwość zadawania przez nich pytań.

Z tych względów zarzut naruszenia przepisów postępowania uznano za nieskuteczny.

Nietrafny jest także zarzut błędu w ustaleniach faktycznych polegający, zdaniem apelacji na bezzasadnym ustaleniu, iż oskarżony działał z zamiarem zabójstwa. Formułując ten zarzut apelacja opiera się głównie na treści wyjaśnień oskarżonego, złożonych na rozprawie (k.541). Oskarżony stwierdził, że nie chciał zabić pokrzywdzonej, wyjaśnił: „jak zobaczyłem tę kobietę, to nie chciałem jej zabić” i dalej „gdyby ta kobieta (A.P.) nie weszła do pokoju to i tak bym wstał i wyszedł” (k.541v) oraz na treści opinii biegłej E. B., która nie stwierdziła śladów obrażeń na szyi pokrzywdzonej.

Sąd Okręgowy wyjaśnienia oskarżonego w tej części uznał za nieprawdziwe i przedstawił argumenty uzasadniające taką ocenę (str.6 uzasadnienia).

Przedstawienie w apelacji możliwości dokonania odmiennej oceny wyjaśnień oskarżonego nie czyni zasadnym zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych. Zarzut ten nie może sprowadzać się do samej polemiki z ustaleniami sądu wyrażonymi w uzasadnieniu wyroku, lecz do wykazania, jakich mianowicie konkretnych uchybień w zakresie zasad logicznego rozumowania dopuścił się sąd w ocenie zebranego materiału dowodowego. Możliwość zaś przeciwstawienia ustaleniom sądu orzekającego odmiennego poglądu nie może prowadzić do wniosku o popełnieniu przez sąd błędu w ustaleniach faktycznych (SN I KR 197/74, OSNKW 1975, nr 5, poz. 58). Apelacja wskazuje, że za trafnością oceny wyjaśnień oskarżonego, przedstawioną w apelacji, przemawia treść opinii E. B. (k.101). Biegła po dokonaniu badania pokrzywdzonej w dniu 2 czerwca 2014r. stwierdziła „brak obiektywnych dowodów doznania urazu” u pokrzywdzonej. Sprecyzowała tę opinię na rozprawie (k.548) stwierdzając: „..jeżeli zaciskający się na szyi pokrzywdzonej sznur pozostawiłby obrażenia na skórze szyi, to powinny być one widoczne w dniu badania. Pod pojęciem obrażeń mam na myśli zasilenia lub otarcia naskórka. Natomiast jeżeli występowałyby niewielki obrzęk lub zaczerwienienie to były to obrażenia o charakterze przemijającym, krótkotrwałym i mogły być niewidoczne w dniu badania”. Opinia biegłej nie pozwala na ustalenie, że oskarżony nie zaciskał sznura na szyi pokrzywdzonej, wynika z niej, że dwa dni po zdarzeniu nie pozostały na ciele pokrzywdzonej ślady działania oskarżonego. Oskarżony przyznawał, w każdym wyjaśnieniu, także złożonych na rozprawie, że zarzucił pokrzywdzonej sznur na szyję, różnie przedstawiając sposób w jaki to czynił. Na rozprawie stwierdził: ” Ja podduszając pokrzywdzoną ręką to trzymałem ja trzema palcami za szyję”.

Okoliczność, że pokrzywdzony zaprzecza w swych wyjaśnieniach temu, że działał z zamiarem zabójstwa, nie powoduje automatycznie konieczności ustalenia, że z takim zamiarem nie działał. Zamiar sprawcy jest faktem natury psychicznej i podlega takiemu samemu dowodzeniu jak elementy strony przedmiotowej określonego typu czynu zabronionego, należy do sfery ustaleń faktycznych. Zamiar podlega ustaleniu na podstawie całokształtu okoliczności podmiotowych i przedmiotowych, nie jest ograniczony do treści wyjaśnień oskarżonego. Ustalenia Sądu Okręgowego co zamiaru działania oskarżonego uznać należy za trafne. Sposób działania oskarżonego poprzedzający podjęcie czynności duszenia wynikający z wyjaśnień oskarżonego, opisane zachowanie oskarżonego przez bezpośrednich świadków zdarzenia pokrzywdzoną M. K. i A.P. nie pozostawia wątpliwości, że oskarżony działał z zamiarem zabójstwa. Oskarżony nie kwestionował tego, że planował zabójstwo a następnie kradzież mienia pokrzywdzonej, przygotował się do dokonania przestępstwa zakupił sznurek, obmyślił sposób wejścia do mieszkania pokrzywdzonej, rozpoczął realizację planu. Z zeznań świadków wynika, że dusił pokrzywdzoną

Podkreślić należy, że fazę usiłowania rozpoczęło wejście do domu pokrzywdzonej. Usiłowanie nie może być utożsamiane wyłącznie z ostatnim aktem zachowania poprzedzającego dokonanie. Usiłowanie bowiem, w określonych warunkach, może przybrać postać oddalonych w czasie od dokonania, ale zmierzających do niego bezpośrednio, ciągu różnych zachowań. Wejście do mieszkania pokrzywdzonej rozpoczęło fazę usiłowania.

Niewątpliwie oskarżony odstąpił od czynności duszenia pokrzywdzonej, dowodzi to faktu odstąpienia od usiłowania zabójstwa a nie braku zamiaru zabójstwa. W tym miejscu wskazać należy, że nawet z wyjaśnień oskarżonego wynika, że zmienił zamiar działania już po rozpoczęciu fazy usiłowania, oskarżony wyjaśnił: „ jak zobaczyłem kobietę, to nie chciałem zabić tej kobiety, bo mam babcię w starszym wieku.” (k.541v). Dobrowolne odstąpienie od czynu zachodzi wówczas, gdy sprawca mający możliwość zrealizowania swojego zamiaru dokonania czynu zabronionego, po rozpoczęciu działania zmierzającego bezpośrednio do tego celu zaprzestaje z własnej woli dalszych czynności niezbędnych do wypełnienia wszystkich znamion zamierzonego przestępstwa. O dobrowolnym odstąpieniu od

usiłowania można mówić wówczas gdy sprawca dobrowolnie zrezygnował z popełnienia czynu zabronionego w fazie usiłowania nieukończonego. Oskarżony odstąpił od usiłowania dopiero gdy do pomieszczenia, w którym dusił pokrzywdzoną weszła A.P.. Odstąpienie nie było więc dobrowolne.

Za zasadny uznano zarzut rażącej surowości kary pomimo zastosowania przy jej wymiarze instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kar. Kara ma cechy rażąco surowej wtedy gdy przy jej wymiarze nie uwzględniono wszystkich istotnych okoliczności lub gdy nadano nadmierne znaczenie okolicznościom obciążającym.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił wniosków wynikających z opinii psychologicznej (k.435). U oskarżonego stwierdzono niedojrzałość społeczną i psychologiczną wynikającą z niezakończonego procesu rozwoju osobowości. Wyniki badań nie ujawniły tendencji do zachowań społecznych i agresywnych jako charakterystycznych dla oskarżonego, względnie trwałego stylu zachowania. Doprowadzenie do pozytywnych zmian w osobowości oskarżonego nie wymaga stosowania długotrwałego środków oddziaływania w warunkach zakładu karnego.

Nadmierną wagę Sąd Okręgowy przydał okoliczności współdziałania z nieletnią. Wynika to z faktu niewielkiej różnicy wieku między oskarżonym a N. B. i przede wszystkim z ustalenia Sądu Okręgowego, że oskarżony „pod namową„ N. B. zdecydował się na uduszenie pokrzywdzonej.

Całkowicie Sąd Okręgowy pominął zły stan zdrowia oskarżonego. Oskarżony od wielu lat jest leczony z powodu choroby tkanki łącznej, przebył gruźlicę przewodu pokarmowego

i węzłów chłonnych (k.199-211, 290). Oskarżony powinien być poddany stałej opiece lekarskiej, nefrologicznej i poddany okresowym badaniom w Poliklinice Dziecięcej Instytutu (...) (k.290).

Zły stan zdrowia oskarżonego czyni karę odbywaną przez oskarżonego szczególnie dolegliwą.

Z powyższych względów uznano, że nawet kara maksymalnie złagodzona, a przecież nadal surowa, spełni wszystkie cele kary i dlatego wyrok zmieniono.

Z tych względów orzeczono jak w części dyspozytywnej wyroku.