

Sygn. akt II Ka 579/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 lipca 2014 r.

Sąd Okręgowy w Zamościu II Wydział Karny w składzie :

Przewodniczący: SSO Urszula Zwolak (spr.)

Sędziowie: SSO Zbigniew Żaczek

SSO Mirosław Kędrak

Protokolant: st.sekr.sądowy Agnieszka Nowakowska

przy udziale Prokuratora Prok. Okręg. Roberta Gąski

po rozpoznaniu w dniu 28 lipca 2014 roku

sprawy **R. B.**

oskarżonego o przestępstwo z art. 278§1 kk w zb. z art. 278§5 kk w zw. z art. 278§1 kk w zw. z art. 11§2 kk w zw. z art. 64§1 kk i art. 13§1 kk w zw. z art. 278§1 kk w zw. z art. 64§1 kk

na skutek apelacji, wniesionej przez prokuratora i oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Zamościu

z dnia 9 kwietnia 2014 r. sygn. akt II K 41/13

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że z podstawy prawnej wymiaru kary za czyn II (drugi) przypisany oskarżonemu w pkt III (trzecim) wyroku eliminuje art. 119§2 kw;

II. w pozostałej części utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok uznając apelację oskarżonego za oczywiście bezzasadną ;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz Kancelarii Adwokackiej (...) kwotę 420 (czteryście dwadzieścia) złotych tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu oskarżonego w postępowaniu odwoławczym oraz kwotę 96,60 zł (dziewięćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt groszy) tytułem podatku od towarów i usług;

IV. zwalnia oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, zaś wydatkami tego postępowania obciąża Skarb Państwa.

/-/ Na oryginale właściwe podpisy.

Sygn. akt II Ka 579/14

## UZASADNIENIE

### **Uzasadnienie faktyczne:**

Prokurator Rejonowy w Zamościu oskarżył R. B. o to, że:

I. w dniu 23 listopada 2012 roku w Z. woj. (...) dokonał zaboru w celu przywłaszczenia elektronicznej książki marki (...) wraz z obudową wartości 169 euro, słuchawek wartości 60 euro, zegarka marki R. wartości 100 euro, aparatu

fotograficznego marki K. FotoShot wartości 120 euro, karty kredytowej oraz kosmetyczki z zawartością przyborów toaletowych wartości 10 euro, działając tym samym na szkodę obywatela Niemiec T. S. przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu co najmniej sześciu miesięcy pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne orzeczonej wyrokiem Sądu Okręgowego w Zamościu II Wydział Karny z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt IIK 27/09 za czyn z art. 280 § 2 k.k., którą to karę odbywa w okresie od 16 stycznia 2012 r.,

tj. o czyn z art. 278 § 1 k.k. w zb. z art. 278 § 5 k.k. w zw. z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

**II.** w dniu 24 listopada 2012 roku w Z. woj. (...) usiłował dokonać kradzieży pieniędzy w wysokości 360 złotych na szkodę obywatela Niemiec T. S. w ten sposób, że posługując się uprzednio skradzioną kartą kredytową stanowiącą własność pokrzywdzonego usiłował dokonać opłaty za usługę hotelową, jednakże dokonanie nie nastąpiło z uwagi na zablokowanie karty przez właściciela, działając tym na szkodę T. S. przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu co najmniej sześciu miesięcy pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne orzeczonej wyrokiem Sądu Okręgowego w Zamościu II Wydział Karny z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt IIK 27/09 za czyn z art. 280 § 2 k.k., którą to karę odbywa w okresie od 16 stycznia 2012 r.,

tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k..

Sąd Rejonowy w Zamościu wyrokiem z dnia 9 kwietnia 2014 roku wydanym w sprawie IIK 41/13 oskarżonego R. B.:

w granicach pierwszego z zarzucanych mu czynów uznał za winnego tego, że:

**I.** w dniu 23 listopada 2012 roku w Z. woj. (...) dokonał zaboru w celu przywłaszczenia ze wspólnie zajmowanego w hostelu pokoju elektronicznej książki marki (...) wraz z obudową wartości 169 euro, słuchawek wartości 60 euro, zegarka marki R. wartości 100 euro, aparatu fotograficznego marki C. (...) wartości 120 euro, kosmetyczki z przyborami toaletowymi wartości 10 euro stanowiących równowartość 1892,41 zł, oraz karty kredytowej P. na szkodę obywatela Niemiec T. S. w ten sposób, że pod nieobecność pokrzywdzonego wyjął je z jego torby i wyniósł z hostelu, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu w okresie od 16 stycznia 2012 roku do 22 listopada 2012 roku części kary pozbawienia wolności w wymiarze większym niż sześć miesięcy orzeczonej wyrokiem Sądu Okręgowego w Zamościu II Wydziału Karnego z dnia 14 maja 2009 r. w sprawie o sygn. akt IIK 27/09 za umyślne przestępstwo podobne z art. 280 § 2 k.k. – tj. czynu wyczerpującego dyspozycję art. 278 § 1 k.k. w zb. z art. 278 § 5 k.k. w zw. z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

**II.** na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego R. B. obowiązek naprawienia w części szkody poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego T. S. kwoty 1356,43 zł stanowiących równowartość 329 euro;

**III.** obwinionego R. B. w granicach drugiego z zarzucanych mu czynów uznaje za winnego tego, że w dniu 24 listopada 2012 roku w Z. woj. (...) usiłował dokonać kradzieży pieniędzy stanowiących równowartość 360 złotych na szkodę obywatela Niemiec T. S. w ten sposób, że posługując się uprzednio skradzioną kartą kredytową stanowiącą własność tegoż pokrzywdzonego, usiłował dokonać opłaty za usługę hotelową, jednakże dokonanie nie nastąpiło z uwagi na zablokowanie karty przez właściciela, działając tym na szkodę T. S., tj. czynu wyczerpującego znamiona wykroczenia z art. 11 § 1 k.w. w zw. z art. 119 § 2 i art. 119 § 1 k.w. i za to na podstawie art. 11 § 3 k.w. w zw. z art. 119 § 1 k.w. i art. 119 § 2 k.w. wymierzył mu karę 25 dni aresztu;

**IV.** na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił osobie uprawnionej T. S.: kartę kredytową P., aparat fotograficzny C. P. S. wraz z czarnym etui, etui na słuchawki wraz z gumowym mocowaniem słuchawek, kosmetyczkę wraz z zawartością – szczegółowo opisanych w wykazie dowodów rzeczowych Nr I/548/12 pod poz. od 1 do 4 (k. 72 akt sprawy) oraz dwie karty pamięci (...) GB i L. (...) przechowywane w kopercie (k. 110 akt sprawy);

**V.** na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu R. B. okres jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie w dniach od 24 listopada 2012 roku do 26 listopada 2012 roku przy czym jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności jest równy jednemu dniowi kary pozbawienia wolności;

**VI.** zasądził od oskarżonego R. B. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego w Zamościu kwotę 890,69 zł tytułem kosztów sądowych powstałych w związku z postępowaniem o przestępstwo;

**VII.** zasądził od obwinionego R. B. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego w Zamościu kwotę 130 złotych tytułem kosztów postępowania powstałych w związku z postępowaniem o wykroczenie.

Apelacje w tej sprawie wywiedli: Prokurator Rejonowy w Zamościu i oskarżony.

Prokurator Rejonowy w Zamościu na podstawie art. 425 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 444 k.p.k. zaskarżył wyrok w części dotyczącej czynu z punktu II na niekorzyść oskarżonego R. B.. Na podstawie art. 427 § 1 i § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił:

obrazę prawa karnego materialnego tj. art. 119 § 2 k.w. polegającą na niezasadnym powołaniu tego przepisu w kwalifikacji prawnej czynu przypisanego R. B..

Podnosząc ten zarzut, skarżący na podstawie art. 437 § 1 i § 2 k.p.k. wnosił o:

zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej czynu przypisanego R. B. w punkcie III art. 119 § 2 k.w..

W sporządzonej osobiście apelacji, oskarżony R. B. podnosił obrazę przepisów prawa procesowego, w tym bezwzględną przyczynę odwoławczą (pozbawienie prawa do obrony), zaś w obszernie rozbudowanych zarzutach wskazywał na czym ta obraza miała polegać oraz zarzut błędu w ustaleniach faktycznych. Podnosząc liczne i obszerne zarzuty skarżący wnosił o:

- a). uchylenie wyroku w całości;
- b). umorzenie postępowania lub zwrócenie sprawy prokuratorowi do uzupełnienia braków postępowania przygotowawczego;
- c). zmianę wyroku i uniewinnienie go.

### ***Uzasadnienie prawne:***

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

Na wstępie należy zauważyć, że skoro apelacja oskarżonego została uznana za oczywiście bezzasadną i ani oskarżony, ani jego obrońca ustanowiony w postępowaniu odwoławczym z urzędu, nie złożyli wniosku o uzasadnienie wyroku, Sąd Okręgowy na podstawie art. 457 § 2 k.p.k. ograniczył sporządzenie uzasadnienia wyroku do zakresu będącego wynikiem uwzględnienia apelacji wniesionej przez Prokuratora Rejonowego w Zamościu – uzasadnienie z urzędu.

Apelacja Prokuratora Rejonowego w Zamościu jest zasadna, bowiem wskazuje zaistniały błąd w zakresie zastosowania przepisu prawa materialnego, tj. art. 119 § 2 k.w., jednak Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutu i wniosku tejże apelacji w całej rozciągłości.

Kwestia karalności usiłowania, jest w kodeksie wykroczeń rozwiązana odmiennie niż w kodeksie karnym i te odmienności muszą być uwzględnione przy konstruowaniu treści orzeczenia, jeżeli przedmiotem osądu jest zarzut usiłowania popełnienia wykroczenia stypizowanego w kodeksie wykroczeń. Treść art. 11 § 1 k.w. opisuje w ujęciu prawnym istotę usiłowania, wskazując, że: odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje. Natomiast zgodnie z treścią

art. 11 § 2 k.w. karalność usiłowania popełnienia wykroczenia następuje jedynie wtedy, gdy ustawa tak stanowi. Takie brzmienie przepisu jednoznacznie wskazuje, że karalność za usiłowanie nie odnosi się do wszystkich wykroczeń stypizowanych w kodeksie wykroczeń, a faktycznie odnosi się tylko do kilku takich przypadków. Rozwiązanie prawne przyjęte w treści art. 11 § 2 k.w. co do karalności usiłowania, powoduje, że każdorazowo, ustalając, iż doszło jedynie do usiłowania dokonania wykroczenia, Sąd orzekający jest zobligowany ustalić, czy usiłowanie to jest karalne, tzn. czy odpowiedni przepis części szczególnej kodeksu wykroczeń, karalność usiłowania faktycznie przewiduje. Przy takiej konstrukcji prawnej, zdaniem Sądu, niezbędnym jest powołanie w kwalifikacji prawnej czynu przepisu, który karalność usiłowania konkretnego wykroczenia statuuje, w tym przypadku niezbędnym jest powołanie w przyjętej kwalifikacji czynu art. 119 § 2 k.w.. W ten właśnie sposób objawia się odmiennność konstrukcji karalności usiłowania w przepisach kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń. Kodeks karny przewiduje karalność usiłowania co do każdego stypizowanego w części szczególnej przestępstwa, co pozwala w kwalifikacji prawnej czynu przypisywanego sprawcy poprzestać na wskazaniu konkretnego przepisu części szczególnej k.k. w związku z art. 13 § 1 k.k.. Natomiast w przypadku karalnego usiłowania wykroczenia, wskazanie jedynie przepisu art. 11 § 1 k.w. nie statuuje odpowiedzialności za usiłowanie wykroczenia – przepis ten opisuje czym jest usiłowanie, nie daje natomiast podstawy do przyjęcia, że usiłowanie popełnienia wykroczenia jest w tym konkretnym przypadku karalne. W tej sytuacji procesowej przepis art. 119 § 2 k.k. mimo, że nie zawiera opisu znamienia wykroczenia, to jednak tylko wyszczególnienie tego przepisu w kwalifikacji prawnej jednoznacznie określa, iż w takim przypadku usiłowanie jest karalne. Dodatkowo za koniecznością powoływania przepisu art. 119 § 2 k.w. w kwalifikacji prawnej czynu przypisanego w niniejszej sprawie oskarżonemu, przemawia konstrukcja art. 11 § 2 k.w., która przenosi rozstrzygnięcia zazwyczaj znajdujące się w przepisie części ogólnej na przepis części szczególnej – art. 119 § 2 k.w.. Redakcja art. 11 § 2 k.w. powoduje, że część materii prawnej zazwyczaj ujmowanej w przepisach ogólnych zostaje przeniesiona do przepisu części szczególnej i dopiero jednoczesne powołanie przepisu ogólnego – art. 11 § 1 k.w. z, w tym przypadku art. 119 § 2 k.w. odzwierciedla pełną kwalifikację prawną przypisanego sprawcy czynu. Reasumując w przypadku przestępstwa kradzieży, w kwalifikacji prawnej czynu wystarczającym jest powołanie art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 278 § 1 k.k., zaś w odniesieniu do wykroczenia kradzieży koniecznym jest powołanie art. 11 § 1 k.w. w zw. z art. 119 § 2 k.w. i art. 119 § 1 k.w.. W związku z powyższym wniosek apelacyjny o wyeliminowanie przepisu art. 119 § 2 k.w. z kwalifikacji prawnej czynu jest chybiony i nie został uwzględniony.

Nieco odmienna sytuacja istnieje w przypadku podstawy prawnej wymiaru kary. Przepis art. 11 § 3 k.w. przewiduje, iż karę za usiłowanie wymierza się w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego wykroczenia. W takiej sytuacji powoływanie w podstawie prawnej wymiaru kary art. 119 § 2 k.w. jest zbędne, bowiem nie zawiera on samodzielnej sankcji karnej za usiłowanie, nie przewiduje również możliwości modyfikacji kary w porównaniu z typem podstawowym wykroczenia. Powołanie art. 11 § 3 k.w. w podstawie prawnej wymiaru kary wskazuje granice sankcji karnej za usiłowanie i w połączeniu z konkretnym przepisem (w tym przypadku art. 119 § 1 k.w.) jest wystarczające z punktu widzenia jasności i przejrzystości orzeczenia. Niezbędne elementy wyroku skazującego przewiduje treść art. 82 § 2 k.p.w.. Chociaż przepis ten nie recypował art. 413 § 2 k.p.k., to jego redakcja, nie odbiegająca od treści tego przepisu procedury karnej, pozwala jednoznacznie przyjąć, iż wymierzając obwinionemu karę, należy wskazać podstawę prawną takiego rozstrzygnięcia, bowiem konieczność jej wymienienia jest uzasadniona tym, że każda kara lub środek karny zastosowany w stosunku do oskarżonego/obwinionego musi mieć oparcie w konkretnym przepisie.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy uwzględnił częściowo apelację prokuratora i zmienił zaskarżony wyrok z ten sposób, że z podstawy prawnej wymiaru kary za czyn II, przypisany oskarżonemu w punkcie III wyroku, wyeliminował przepis art. 119 § 2 k.w..

W ramach kontroli instancyjnej, z uwagi na złożoną przez oskarżonego apelację co do całości wyroku, Sąd dokonał analizy całości treści wyroku i jego uzasadnienia oraz sposobu procedowania w sprawie. Analiza ta nie potwierdziła podnoszonych w apelacji oskarżonego zarzutów zaistnienia w sprawie bezwzględnych przyczyn odwoławczych – Sąd Okręgowy nie stwierdził żadnej przesłanki ujętej w art. 439 k.p.k. czy też w z art. 440 k.p.k.. W szczególności Sąd nie stwierdził naruszenia prawa oskarżonego do obrony w niniejszej sprawie.

Również kary wymierzone oskarżonemu za każdy z przypisanych mu czynów są adekwatne do stopnia ich społecznej szkodliwości, nie przekraczają też stopnia winy oskarżonego – spełnione są więc przesłanki z art. 53 k.k. i art. 33 § 1 i 2 k.w..

Mając powyższe na uwadze, Sąd w pozostałym zakresie – poza dokonaną zmianą opisaną powyżej – utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

Ponieważ oskarżonego w postępowaniu odwoławczym reprezentował obrońca ustanowiony z urzędu, Sąd na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1058) zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. S. S. koszty nieopłaconej pomocy prawnej, których wysokość została określona zgodnie z § 14 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348, ze zm.).

Orzeczenie o kosztach sądowych za postępowanie odwoławcze oparte zostało o treść art. 624 § 1 k.p.k., gdyż oskarżony nie posiada majątku, zaś wobec odbywania przez niego bezwzględnej kary pozbawienia wolności jego możliwości zarobkowe są mocno ograniczone i z pewnością nie pozwolą na uiszczenie tego rodzaju należności Skarbu Państwa, tym bardziej, że utrzymany w mocy wyrok nakłada na oskarżonego liczne obowiązki finansowe, w tym również wobec pokrzywdzonego. Skarb Państwa wydatkami postępowania odwoławczego został obciążony na podstawie art. 626 § 1 k.p.k..

/-/ Na oryginale właściwe podpisy.