

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 listopada 2012r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu, w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Urszula Duczmal
Sędziowie:	SSA Ewa Sikorska-Krysztafkiewicz SSO del. do SA Marek Kordowiecki (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sądowy Magdalena Ziembiewicz

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Włodzimierza Świtońskiego

po rozpoznaniu w dniu 29 listopada 2012r.

sprawy **D. P., R. S., M. F. i J. K.**

oskarżonych z art. 280§2 k.k., art. 280§2 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. oraz art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionych obrońców wszystkich oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 28 sierpnia 2012 roku sygn. akt III K 129/12

uchyla zaskarżony wyrok w całości i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Poznaniu do ponownego rozpoznania.

Marek Kordowiecki Urszula Duczmal Ewa Sikorska-Krysztafkiewicz

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Poznaniu wyrokiem z dnia 28 sierpnia 2012 roku w sprawie o sygn. akt III K 129/12 uznał oskarżonych D. P., R. S., M. F. i J. K. za winnych tego, że:

1. w dniu 13 lutego 2012 roku w S. przy ulicy (...) w sklepie (...), działając wspólnie i w porozumieniu dokonali rozboju w ten sposób, że J. K. i D. P. pozostali na zewnątrz sklepu, obserwując teren przed posesją, natomiast R. S. i M. F. po wejściu do wnętrza sklepu przystawili broń do skroni sprzedawczyni E. W. i grożąc natychmiastowym jej użyciem zażądali wydania pieniędzy, a następnie z szuflady kasy fiskalnej zabrali w celu przywłaszczenia pieniądze w łącznej kwocie 950 złotych, działając w ten sposób na szkodę P. B., przy czym M. F. czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu kary 1 roku pozbawienia wolności orzeczonej na mocy wyroku Sądu Rejonowego w S. o sygnaturze (...) z dnia 8 września 2009 roku za przestępstwo określone w art. 279§1 k.k., którą odbywał w okresie od dnia 14 października 2009 roku do dnia 14 października 2010 roku oraz po odbyciu kary 2 lat pozbawienia wolności orzeczonej na mocy wyroku Sądu Rejonowego w S.o sygnaturze (...) z dnia 30 czerwca 2010 roku za przestępstwa określone w art. 278§1

k.k. i art. 279§1 k.k., którą odbywał w okresie od dnia 14 października 2010 roku do dnia 1 czerwca 2011 roku, tj. popełnienia przestępstwa z art. 280§2 k.k. a w przypadku oskarżonego M. F. z art. 280§2 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k.;

2. w dniu 16 lutego 2012 roku w K. przy ulicy (...) w sklepie (...), działając wspólnie i w porozumieniu dokonali rozboju w ten sposób, że J. K. i D. P. pozostali na zewnątrz sklepu, obserwując teren przed posesją, natomiast M. F. wraz z R. S. po wejściu do wnętrza sklepu, posługując się bronią w stosunku do sprzedawczyni M. A., zażądali wydania pieniędzy, a następnie z szuflady kasy fiskalnej zabrali w celu przywłaszczenia pieniądze w łącznej kwocie 1.700 złotych, działając w ten sposób na szkodę A. M., przy czym M. F. czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu kary 1 roku pozbawienia wolności orzeczonej na mocy wyroku Sądu Rejonowego w S. o sygnaturze (...) z dnia 8 września 2009 roku za przestępstwo określone w art. 279§1 k.k., którą odbywał w okresie od dnia 14 października 2009 roku do dnia 14 października 2010 roku oraz po odbyciu kary 2 lat pozbawienia wolności orzeczonej na mocy wyroku Sądu Rejonowego w S. o sygnaturze (...) z dnia 30 czerwca 2010 roku za przestępstwa określone w art. 278§1 k.k. i art. 279§1 k.k., którą odbywał w okresie od dnia 14 października 2010 roku do dnia 1 czerwca 2011 roku, tj. popełnienia przestępstwa z art. 280§2 k.k. a w przypadku oskarżonego M. F. z art. 280§2 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k.

i za przestępstwa te, przy przyjęciu, że stanowią one ciąg przestępstw na podstawie art. 280§2 k.k. w zw. z art. 91§1 k.k. wymierzył każdemu z nich karę 3 lat pozbawienia wolności;

3. uznał oskarżonego J. K. za winnego tego, że w dniu 31 marca 2012 roku w miejscowości G. przy ulicy (...), działając wbrew przepisom ustawy posiadał przy sobie znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci amfetaminy w ilości 20 gram, tj. popełnienia przestępstwa z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i za przestępstwo to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności;

na podstawie art. 85 k.k., art. 86§1 k.k. w zw. z art. 91§2 k.k. połączył orzeczone wobec oskarżonego J. K. kary pozbawienia wolności i wymierzył mu karę łączną 3 lat pozbawienia wolności

oraz na podstawie art. 63§1 k.k. na poczet orzeczonych wobec oskarżonych D. P., R. S. i M. F. kar pozbawienia wolności zaliczył okresy zatrzymania i tymczasowego aresztowania od dnia 1 kwietnia 2012 roku do dnia 21 sierpnia 2012 roku, a oskarżonemu J. K. na poczet orzeczonej wobec niego kary łącznej pozbawienia wolności zaliczył okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od dnia 31 marca 2012 roku do dnia 21 sierpnia 2012 roku a nadto orzekł o kosztach procesu.

Wyrok ten został **zaskarżony przez obrońców wszystkich oskarżonych.**

Obrońca oskarżonego D. P. zaskarżył ten wyrok w całości, zarzucając mu w apelacji błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na mylnym uznaniu, iż oskarżeni, w tym D. P. posługiwali się bronią lub innym podobnie niebezpiecznym narzędziem w rozumieniu art. 280§2 k.k., podczas gdy brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż przedmiot, którym oskarżeni posługiwali się może zostać uznany za broń lub inne podobnie niebezpieczne narzędzie w rozumieniu art. 280§2 k.k.

i w oparciu o ten zarzut wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego R. S. zaskarżyła ten wyrok w całości, zarzucając mu w apelacji:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, polegającą na niezastosowaniu wobec oskarżonego R. S. przepisów art. 60§2 pkt 1 i 2 oraz §3 k.k., mimo istnienia podstaw do zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary;

2. rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu R. S. w stosunku do stopnia społecznej szkodliwości popełnionego przez niego czynu, okoliczności jego popełnienia oraz winy oskarżonego

i w oparciu o te zarzuty wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zastosowanie wobec tego oskarżonego na podstawie art. 60§2 pkt 1 i 2 oraz §3 k.k. nadzwyczajnego złagodzenia kary i wymierzenie temu oskarżonemu

kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania lub innej kary o charakterze wolnościowym, ewentualnie o uchylenie tego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego M. F. zaskarżył ten wyrok w części dotyczącej orzeczenia o winie w zakresie czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 2 oraz w zakresie orzeczenia o karze w pozostałej części, zarzucając mu w apelacji:

1. obrazę przepisów prawa materialnego art. 280§2 k.k. poprzez jego zastosowanie w odniesieniu do czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 2 części rozstrzygającej wyroku w sytuacji, gdy oskarżeni wprawdzie posiadali przy sobie broń palną w trakcie zdarzenia, lecz jej okazanie pokrzywdzonej było wynikiem przypadkowego wypadnięcia pistoletu w trakcie szamotaniny, a nie celowej manifestacji w celu wywołania u pokrzywdzonej określonego efektu psychicznego i w konsekwencji zachowanie oskarżonych wypełniło dyspozycję wyłącznie występku z art. 280§1 k.k.;

2. rażąco surowość kary 3 lat pozbawienia wolności orzeczonej w stosunku do oskarżonego bez nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60§2 k.k., pomimo iż w świetle informacji przekazanych organom ścigania przez oskarżonego M. F. dotyczących innych, nieznanych wcześniej organom ścigania przestępstw, nawet wymierzenie oskarżonemu kary pozbawienia wolności w dolnych granicach ustawowego zagrożenia jawi się jako rażąco zbyt surowe

i w oparciu o te zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 2 poprzez zakwalifikowanie zachowania oskarżonego jako występku z art. 280§1 k.k. i wymierzenie oskarżonemu za ten czyn kary 2 lat pozbawienia wolności, w punkcie 1 wyroku poprzez zastosowanie wobec oskarżonego nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60§2 k.k. i wymierzenie oskarżonemu kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności oraz warunkowe zawieszenie wykonania tej kary na okres 5 lat próby.

Obrońca oskarżonego J. K. zaskarżył ten wyrok w punktach 2 i 4, zarzucając mu w apelacji:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 60 paragraf 3 kodeksu karnego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że oskarżony J. K. nie może skorzystać z dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary, ponieważ jego wyjaśnień złożonych w dniu 31 marca 2012 r. nie można potraktować jako ujawnienia wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacji dotyczących osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotnych okoliczności jego popełnienia, gdyż zarówno osoby uczestniczące w popełnieniu przestępstwa, jak i okoliczności popełnienia tego przestępstwa były już znane organom ścigania, co wynikało z notatki urzędowej z dnia 1 kwietnia 2012 r., podczas gdy według najnowszych poglądów doktryny i orzecznictwa „ujawnienie” w rozumieniu art. 60 paragraf 3 k.k. oznacza przekazanie przez sprawcę organowi powołanemu do ścigania przestępstw określonych treścią przepisu art. 60 paragraf 3 k.k. wiadomości dotychczas temu organowi nieznanych lub takich, które według wiedzy sprawcy są temu organowi nieznanne, a ten warunek został spełniony;

2. rażąco niewspółmierność kary, polegającą na zbytnej surowości

i w oparciu o te zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 3 poprzez wymierzenie oskarżonemu kary 2 lat pozbawienia wolności oraz w punkcie 4 poprzez wymierzenie oskarżonemu kary łącznej w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 5 lat.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje co do zasady okazały się celowe, zaś apelacja obrońcy oskarżonego D. P. okazała się uzasadniona, gdyż doprowadziła do uchylenia zaskarżonego wyroku w całości i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu w Poznaniu do ponownego rozpoznania.

Na wstępie należy zauważyć, iż Sąd Okręgowy zaskarżonym wyrokiem przyjął, iż odnośnie zdarzenia z dnia 13 lutego 2012 r. R. S. i M. F. przystawili „broń” do skroni sprzedawczyni, zaś odnośnie zdarzenia z dnia 16 lutego 2012 r. M. F. wraz z R. S. posługiwali się „bronią” w stosunku do sprzedawczyni. Sąd I instancji posługując się niedookreślonym

pojęciem „broni” przyjął do zachowania się wszystkich oskarżonych kwalifikację prawną czynu z art. 280§2 k.k. Tymczasem przepis ten wymaga do przyjęcia przestępstwa kwalifikowanego rozboju posługiwania się przez sprawcę rozboju „bronią palną, nożem lub innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem lub środkiem obezwładniającym” albo też wymaga, by sprawca taki działał „w inny sposób bezpośrednio zagrażający życiu” lub wspólnie z inną osobą, która posługuje się „taką bronią, przedmiotem, środkiem lub sposobem”.

Natomiast z opisu obu czynów w ogóle nie wynika czym dokładnie (więc jakim przedmiotem, o jakich cechach, a dokładniej mówiąc jaką bronią) posługiwali się oskarżeni. Opis czynu więc nie pozwala w ogóle na jednoznaczne stwierdzenie czy oskarżeni swoim działaniem wyczerpali znamiona przypisanego oskarżonym przestępstwa z art. 280§2 k.k.

Należy pamiętać, że opis czynu przypisanego to dokładny opis wszystkich elementów czynu mających znaczenie dla prawidłowej jego kwalifikacji, niepomijający żadnego aspektu zachowania należącego do ustawowych znamion danego typu przestępstwa. Ustalenie czynu przypisanego oskarżonemu może nastąpić w wyroku w ten sposób, że sąd uznaje oskarżonego za winnego popełnienia "czynu opisanego w akcie oskarżenia" (albo "czynu zarzucanego"). Oznacza to wówczas, że skazano oskarżonego za czyn, którego opis przytoczono w części wstępnej wyroku (por. wyrok SN z 16 lutego 1995 r., III KRN 206/94, OSNKW 1995, nr 5-6, poz. 38; postanowienie SN z dnia 28.02.2008 r., III KK 278/07, Biul. PK 2008, nr7, poz.23).

Z powyższego wynika więc, że Sąd I instancji wyrokując w sprawie dopuścił się rażącej obrazy prawa procesowego, tj. przepisu art. 413§2 pkt 1 k.p.k., która niewątpliwie miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia. Właśnie ta obraza świadczy o występowaniu oczywistej i rażącej niesprawiedliwości zaskarżonego wyroku, o której mowa w art. 440 k.p.k. i dlatego też Sąd odwoławczy na podstawie tego przepisu w zw. z art. 438 pkt 2 k.p.k. i art. 437§2 k.p.k. uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Takie bowiem opisy czynów przypisanych oskarżonym nie pozwalają na skazanie oskarżonych za przestępstwo z art. 280§2 k.k.

Jednakże nie tylko z powyższego powodu zaskarżony wyrok nie mógł się ostać.

Słuszność bowiem ma obrońca oskarżonego R. S., który w oparciu o zebrany na rozprawie głównej materiał dowodowy kwestionuje zasadność przyjęcia, iż oskarżeni podczas obu rozbojów posługiwali się bronią palną. Sąd Okręgowy na poparcie swojego stanowiska przywołał pogląd Sądu Najwyższego zawarty w uchwale 7 sędziów z dnia 29 stycznia 2004 roku, I KZP 39/03, OSNKW 2004, nr 2, poz. 13, z którego wynika, iż „broń gazowa jest bronią palną zarówno w rozumieniu art. 263§2 k.k., jak i art. 280§2 k.k.”.

Powyższe stanowisko znajduje zresztą oparcie w art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (tekst jednolity Dz. U. 2012.576). W przepisie tym bowiem wprost wskazano, iż do broni palnej zalicza się broń bojową, myśliwską, sportową, gazową, alarmową i sygnałową. Przepis art. 7 ust. 1 tej ustawy stanowi zaś definicję broni palnej, którą jest każda przenośna broń lufowa, która miota lub może być przystosowana do miotania jednego lub większej liczby pocisków lub substancji w wyniku działania materiału miotającego.

Tymczasem w niniejszej sprawie oskarżeni posługiwali się przedmiotem, przypominającym z wyglądu pistolet, jednakże przedmiot ten nie stanowił broni gazowej, natomiast był ręcznym miotaczem gazu obezwładniającego, co słusznie podnosi apelujący obrońca oskarżonego S..

Sąd I instancji nie zwrócił uwagi, iż na k. 303 akt znajduje się instrukcja obsługi tego przedmiotu (łącznie z kartą gwarancyjną) i wynika z niej, że sprzedawany pistolet z gazem RMG – 19 to „ręczny miotacz gazu, którego konstrukcja oparta na zasadzie obudowy umożliwia umieszczenie w jego wnętrzu pojemnika z gazem”. Jednocześnie sprzedawca w tym dokumencie wyjaśnił, że ponieważ gaz znajduje się w obudowie przypominającej pistolet, to przedmiot ten nie jest „bronią gazową palną, lecz miotaczem gazu biologicznego na bazie środka Alkaloid”.

Zauważyć przy tym należy, że wskazana wyżej ustawa o broni i amunicji kwalifikuje miotacze gazu obezwładniającego do broni, ale już nie do broni gazowej (a więc palnej), co wynika z treści art. 4 ust. 1 pkt 3 tej ustawy.

Co istotne też z opinii biegłego z zakresu badań broni i balistyki S. G. wynika, iż przedmiot ten jest ręcznym miotaczem gazu obezwładniającego, sprawnym technicznie a zastosowanym gazem, jako chemicznym środkiem obezwładniającym jest gaz pieprzowy (k. 400-405).

W związku z brakiem możliwości przypisania przedmiotu, którym posługiwali się oskarżeni do broni palnej niezbędne jest ustalenie czy przedmiot ten posiadał właściwości same w sobie niebezpieczne, podobnie jak broń palna i nóż. Znamię „niebezpieczności”, o którym mowa w art. 280§2 k.k. odnosi się bowiem również do środka obezwładniającego (por. uchwała SN z dnia 24 stycznia 2001 r., I KZP 45/00, OSNKW 2001/3-4/17; wyrok SN z dnia 16 listopada 2007 r., III KK 217/07, OSNKW 2008/2/13; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 lipca 2004 r., II AKz 245/04, KZS 2004/7-8/54).

Nie każde więc użycie miotacza gazu uzasadnia stwierdzenie rozboju kwalifikowanego, ale tylko takie, w którym stosowany gaz („środek obezwładniający”) był „niebezpieczny”, to jest bezpośrednio zagrażający życiu człowieka (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 20 października 2011 r., II AKa 315/11, LEX nr 1086399).

Rację ma więc obrońca oskarżonego S., iż w niniejszej sprawie Sąd I instancji błędnie ustalił, że oskarżeni posługiwali się bronią palną oraz rację ma, iż w celu prawidłowego zakwalifikowania zachowania się oskarżonych niezbędne jest ustalenie poprzez opinię biegłego, czy przedmiotowy przedmiot a dokładniej mówiąc zawarty w nim gaz obezwładniający posiada cechy wskazanej wyżej „niebezpieczności” w rozumieniu art. 280§2 k.k.

W niniejszej sprawie, mimo że została wydana opinia przez biegłego z dziedziny badań broni i balistyki, to nie ustalono czy znajdujący się w przedmiocie przypominającym pistolet gaz obezwładniający jest „niebezpieczny” dla życia człowieka.

Ustalenie tej okoliczności ma kolosalne znaczenie w niniejszej sprawie, bowiem zależy od niej przyjęcie do czynu każdego z oskarżonych właściwej kwalifikacji prawnej, tj. albo występku rozboju z art. 280§1 k.k., albo też zbrodni rozboju z art. 280§2 k.k.

I chociaż w tym zakresie zasadny zarzut podniósł jedynie obrońca oskarżonego D. P., to jednak tym samym istotnym uchybieniem dotknięty jest wyrok skazujący pozostałych oskarżonych za te same przestępstwa, w których przypadku orzeczenie dotknięte jest rażąco niesprawiedliwością w rozumieniu art. 440 k.p.k.

Powyzsze więc uchybienie w postaci braku ustalenia cech gazu obezwładniającego poprzez pryzmat znamion „niebezpieczności” przedmiotu określonych w art. 280§2 k.k. miało istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku odnośnie obu przypisanych oskarżonym czynów z art. 280§2 k.k., które to uchybienie na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 437 k.p.k. obligowało wręcz do uchylenia zaskarżonego wyroku w tym zakresie i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

W przypadku ustalenia przez Sąd I instancji, iż przedmiotowy pistolet załadowany był gazem pieprzowym, który może okazać się środkiem niekoniecznie niebezpiecznym dla życia człowieka (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 20 października 2011 r., II AKa 315/11, LEX nr 1086399), wówczas w grę wejdzie przyjęcie do czynów oskarżonych wyłącznie kwalifikacji łagodniejszej z art. 280§1 k.k., co powinno pociągnąć za sobą orzeczenie wobec oskarżonych kar łagodniejszych od dotychczasowych.

Mając na uwadze przyczyny, które doprowadziły do uchylenia zaskarżonego wyroku, ustosunkowanie się do pozostałych zarzutów apelacyjnych podniesionych we wszystkich apelacjach jest, co oczywiste, przedwczesne (art. 436 k.p.k.).

Dodatkowo Sąd odwoławczy z urzędu dostrzega (z uwagi na brak apelacji co do winy w tym zakresie) niezasadność przyjęcia przez Sąd Okręgowy, iż J. K. w dniu 31 marca 2012 r. posiadał przy sobie amfetaminę w ilości 20 gram. Wprawdzie oskarżony w swoich wyjaśnieniach przyznał się do nabycia takiej ilości tego środka psychotropowego, jednakże z opinii biegłego z zakresu przestępczości narkotykowej G. M. wynika, iż u oskarżonego w samochodzie

zabezpieczono proszek o masie netto 16,271 gram zawierający w swym składzie siarczan amfetaminy, co przy zbadanej czystości stanowi 2,224 gram siarczanu amfetaminy o 100% czystości i jest to co najmniej 111-krotna porcja niezbędna do wywołania skutku typowego, charakterystycznego dla działania tej substancji psychotropowej dla osoby przyjmującej po raz pierwszy (k. 354-360).

Sąd I instancji dał tej opinii w pełni wiarę, jednakże nie dokonał na jej podstawie należytych (prawidłowych, odpowiadającym faktom) ustaleń, czym dopuścił się błędu w ustaleniach faktycznych w przedmiotowym zakresie.

Mając zaś na uwadze konieczność uchylecia zaskarżonego wyroku w części dotyczącej przypisanych oskarżonymm rozbojów, w ocenie Sądu odwoławczego zachodzi więc również konieczność na podstawie art. 440 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 437 k.p.k. uchylecia zaskarżonego wyroku i w tej części dotyczącej czynu z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i przekazania w tej części sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Tu na marginesie należy tylko wspomnieć, iż przestępstwo z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii od dnia 9.12.2011 r. jest zagrożone karą od roku do lat 10 (patrz ustawa z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. Nr 117, poz. 678 – art. 1 pkt 14 oraz art. 8). Jednakże z uwagi na brak apelacji na niekorzyść oskarżonego J. K. nie jest już możliwe wydanie orzeczenia surowszego, na niekorzyść oskarżonego ani w instancji odwoławczej (art. 434§1 k.p.k.), ani w postępowaniu przed Sądem I instancji przy ponownym rozpoznaniu tej sprawy (art. 443 k.p.k.).

Sąd Apelacyjny więc, kierując się powyższymi przesłankami oraz wskazanymi przepisami prawa procesowego, uchylił zaskarżony wyrok w całości i sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy niezbędne jest ustalenie przy pomocy biegłego określonej specjalności czy środek obezwładniający, jaki znajduje się w dowodowym ręcznym miotaczu gazu obezwładniającego jest niebezpieczny dla życia człowieka, by w ten sposób móc jednoznacznie przyjąć do obu czynów oskarżonych prawidłowej kwalifikacji prawnej (z art. 280§1 k.k. albo z art. 280§2 k.k.).

Poza tym niezbędne jest przypisanie oskarżonemu K. posiadania prawidłowych, odpowiadającym faktom ilości środka psychotropowego w postaci amfetaminy.

Wreszcie niezbędne jest, przy przyjęciu prawidłowej kwalifikacji prawnej czynów, właściwe wymierzenie oskarżonym kar, pamiętając o zasadach wymiaru i rodzaju kary określonych w art. 53 i następnym k.k.

Przy czym Sąd I instancji jest zobligowany rozważyć możliwość zastosowania przy wymiarze kary w stosunku do oskarżonych instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60§3 k.k.

Sąd Okręgowy wprawdzie rozważał możliwość zastosowania tej instytucji wobec oskarżonego J. K., ale opierając się na wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 30 lipca 2003 r., II AKa 170/03 doszedł do przekonania, iż w niniejszej sprawie brak jest warunków do wydania orzeczenia na podstawie art. 60§3 k.k., bowiem J. K. w wyjaśnieniach potwierdził jedynie ustalenia dokonane przez prowadzących śledztwo funkcjonariuszy Policji, szeroko opisanych w notatce urzędowej z dnia 1 kwietnia 2012 r. (str. 27 uzasadnienia). Podobny pogląd wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 maja 2002 r., V KKN 188/00, OSNKW 2002/11-12/113.

Tymczasem obrońca oskarżonego J. K. w swojej apelacji nie bez racji przywołuje szereg odmiennych co do interpretacji pojęcia „ujawnienie” orzeczeń Sądu Najwyższego (stanowiących linię orzeczniczą) oraz sądów apelacyjnych, przemawiających za słusznością zarzutu apelacyjnego, iż „ujawnienie” w rozumieniu art. 60§3 k.k. oznacza przekazanie przez sprawcę organowi powołanemu do ścigania przestępstw określonych treścią przepisu art. 60§3 k.k. wiadomości dotychczas temu organowi nieznanych lub takich, które według wiedzy sprawcy są temu organowi nieznane (por. uchwała SN z dnia 25 lutego 1999 r., I KZP 38/98, OSNKW 1999/3-4/12; wyrok SN z dnia 4 lutego 2002 r., V KKN 465/99, LEX nr 77498; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 29 października 2004 r., I KZP 24/04, OSNKW 2004/10/92; wyrok Sądu Apel. w Krakowie z dnia 29 grudnia 2010 r., II AKa 236/10, KZS 2011/4/33; wyrok Sądu Apel. w Katowicach z dnia 9 czerwca 2011 r., II AKa 178/10, KZS 2011/9/69).

Sąd I instancji rozważając powyższą kwestię powinien więc jednoznacznie rozstrzygnąć czy oskarżeni, a jeżeli tak to którzy, powinni skorzystać z obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60§3 k.k., uzasadniając w sposób dokładny w tej mierze swoje stanowisko, z odwołaniem się do jednej z dwóch wskazanych linii orzeczniczych, wyjaśniając dlaczego jedne poglądy akceptuje a sprzeczne z nimi odrzuca.

Sąd odwoławczy w przypadku już przeprowadzonych na rozprawie dowodów może szeroko stosować przepis art. 442§2 k.p.k.

MAREK KORDOWIECKI URSZULA DUCZMAŁ EWA SIKORSKA -KRYSZTAFKIEWICZ