

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 sierpnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Krawiec (spr.)
Sędziowie:	SSA Bogusław Tocicki SSA Stanisław Rączkowski
Protokolant:	Iwona Łaptus

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Ludwika Uciurkiewicza

po rozpoznaniu w dniu 8 sierpnia 2012 r.

sprawy **B. N.** oskarżonego z art. 280 § 1 kk i art. 13 § 1 kk w zw. z art. 280 § 1 kk oraz

**P. D.** oskarżonego z art. 280 § 2 kk i art. 280 § 1 kk i art. 13 § 1 kk w zw. z art. 280 § 1 kk

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 21 marca 2012 r. sygn. akt III K 328/11

**I. zmienia zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego P. D. w ten sposób, że uniewinnia wymienionego oskarżonego od czynu przypisanego mu w pkt. V części dyspozytywnej (pkt. V części wstępnej), obciążając kosztami postępowania w tej części Skarb Państwa i stwierdzając, iż utraciło moc dotyczące tego oskarżonego orzeczenie o karze łącznej pozbawienia wolności zawarte w pkt. VI części dyspozytywnej;**

**II. w pozostałej części zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego P. D. utrzymuje w mocy, jak również utrzymuje w całości w mocy tenże wyrok w stosunku do oskarżonego B. N.;**

**III. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzeka wobec oskarżonego P. D. nową karę łączną, obejmującą kary jednostkowe wymierzone mu w punktach III i IV części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku, w wymiarze 3 (trzech) lat i 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności;**

**IV. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej wobec oskarżonego P. D. kary pozbawienia wolności zalicza okres jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od 03 czerwca 2011r. do 08 sierpnia 2012r.;**

**V. zwalnia oskarżonych P. D. i B. N. od kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze;**

**VI. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. F. S. 600 zł tytułem kosztów nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonego B. N. w postępowaniu odwoławczym oraz 138 zł z tytułu zwrotu VAT.**

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy we Wrocławiu rozpoznał sprawę **B. N.** oskarżonego o to, że :

I. w dniu 9 maja 2011 r. we W. na terenie placówki handlowej (...) przy ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z P. D. i J. S., dokonał rozboju w ten sposób, że doprowadził do stanu bezbronności właściciela sklepu (...), a następnie zamykając go w pomieszczeniu gospodarczym na zapleczu sklepu, zabrał w celu przywłaszczenia wyroby tytoniowe w postaci tytoniu i papierosów różnych marek, zapalniczek oraz wyroby cukiernicze różnych marek o łącznej wartości nie mniejszej niż 961 złotych, czym działał na szkodę właściciela sklepu (...);

**tj. o czyn z art. 280 § 1 k.k.**

II. w dniu 19 października 2010 r. we W. przy Centrum Handlowym (...) przy ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z P. D. używając przemocy w postaci złapania za kurtkę, szarpania, grożąc pobiciem M. W. (1), usiłował dokonać zaboru w celu przywłaszczenia torebki skórzanej wraz z zawartością o wartości nie mniejszej niż 200 złotych, lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na postawę pokrzywdzonej, czym działał na szkodę M. W. (1);

tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k.

Ponadto rozpoznał sprawę **P. D.** oskarżonego o to, że :

III. w dniu 9 maja 2011 r. we W. na terenie placówki handlowej (...) przy ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z B. N. i J. S., dokonał rozboju w ten sposób, że atakując właściciela sklepu (...) trzymanym w ręce śrubokrętem, a następnie zamykając go w pomieszczeniu gospodarczym na zapleczu sklepu doprowadził go do stanu bezbronności, a następnie zabrał w celu przywłaszczenia wyroby tytoniowe w postaci tytoniu i papierosów różnych marek, zapalniczek oraz wyroby cukiernicze różnych marek o łącznej wartości nie mniejszej niż 961 złotych, czym działał na szkodę właściciela sklepu (...);

**tj. o czyn z art. 280 § 2 k.k.**

IV. w dniu 28 sierpnia 2010 r. we W. w sklepie (...) przy ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z B. N. i M. J. (1) dokonał rozboju na osobie R.(...)i w ten sposób, że grożąc natychmiastowym użyciem pałki typu tomfa, doprowadził go do stanu bezbronności, a następnie zabrał w celu przywłaszczenia mienie w postaci pieniędzy w kwocie 122 złotych, 10 gram produktu gitroman, telefonu komórkowego marki S. (...), telefonu komórkowego marki N. (...), dwóch aparatów cyfrowych, tj. mienia o łącznej wartości 922 złotych, czym działał na szkodę R.(...)i i właściciela sklepu (...);

**tj. o czyn z art. 280 § 1 k.k.**

V. w dniu 19 października 2010 r. we W. przy Centrum Handlowym (...) przy ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z B. N. używając przemocy w postaci złapania za kurtkę, szarpania, grożąc pobiciem M. W. (1), usiłował dokonać zaboru w celu przywłaszczenia torebki skórzanej wraz z zawartością o wartości nie mniejszej niż 200 złotych, lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na postawę pokrzywdzonej, czym działał na szkodę M. W. (1);

**tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k.**

Po rozpoznaniu tej sprawy Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 21 marca 2012 r. uznał oskarżonego B. N. za winnego czynu opisanego w pkt I części wstępnej, z tym że z opisu tego czynu wyeliminował ustalenie o doprowadzeniu pokrzywdzonego do stanu bezbronności i przyjął, że oskarżony ten działając wspólnie i w porozumieniu z wymienionymi w tym punkcie osobami groził pokrzywdzonemu natychmiastowym użyciem przemocy

i użył przemocy poprzez zamknięcie pokrzywdzonego w pomieszczeniu na zapleczu sklepu i za to na podstawie art. 280 § 1 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności.

Tym samym wyrokiem uznał oskarżonego B. N. za winnego czynu opisanego w pkt II części wstępnej i za to na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności.

Tym samym wyrokiem uznał oskarżonego P. D. za winnego czynu opisanego w pkt III części wstępnej, z tym że z opisu tego czynu wyeliminował ustalenie o doprowadzeniu pokrzywdzonego do stanu bezbronności i przyjął, że oskarżony ten działając wspólnie i w porozumieniu z wymienionymi w tym punkcie osobami groził pokrzywdzonemu użyciem przemocy przy wykorzystaniu trzymanego w ręce śrubokręta i użył przemocy poprzez zadanie jednego ciosu śrubokrętem w rękę oraz zamknięcie pokrzywdzonego w pomieszczeniu na zapleczu sklepu i za to na podstawie art. 280 § 2 k.k. wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności.

Tym samym wyrokiem uznał oskarżonego P. D. za winnego czynu opisanego w pkt IV części wstępnej, z tym że z opisu tego czynu wyeliminował ustalenie o doprowadzeniu pokrzywdzonego do stanu bezbronności i przyjął, że oskarżony ten działając wspólnie i w porozumieniu z osobami wymienionymi w tym punkcie groził pokrzywdzonemu natychmiastowym użyciem przemocy przy użyciu pałki typu tomfa, a nadto wyeliminował z opisu tego czynu ustalenie o zaborze w celu przywłaszczenia dwóch aparatów cyfrowych i przyjął, że oskarżony zabrał w celu przywłaszczenia dwa telefony komórkowe nieustalonych marek, zaś łączna wartość zagarniętego mienia była nie mniejsza niż 720 zł, i za to na podstawie art. 280 § 1 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności.

Tym samym wyrokiem uznał oskarżonego P. D. za winnego czynu opisanego w pkt V części wstępnej i za to na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierzył obu oskarżonym kary łączne:

- B. N. 2 lata pozbawienia wolności;

- P. D. 4 lata pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonym na poczet kar pozbawienia wolności okresy ich rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie:

- B. N. od 10 maja 2011 r. do 21 marca 2012 r.,

- P. D. od 3 czerwca 2011 r. do 21 marca 2012 r.

Na podstawie art. 231 § 1 k.p.k. orzekł o dowodach rzeczowych.

Zwolnił oskarżonych od kosztów sądowych.

Wyrok powyższy zaskarżyli obrońcy obu oskarżonych.

**Apelacja obrońcy P. D.** zarzuca (dosłowny cytat):

„I. obrazę przepisów postępowania:

1) a to art. 7 k.p.k. oraz art. 424 k.p.k. polegającą na dowolnej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym całkowicie dowolnym przyjęciu, że trzymany w ręce przez oskarżonego P. D. śrubokręt jest przedmiotem niebezpiecznym, co uzasadnia przyjęcie kwalifikacji prawnej czynu z art. 280 § 2 k.k., podczas gdy w realiach niniejszej sprawy, a zwłaszcza ze względu na fakt rezygnacji z użycia przez oskarżonego tego śrubokręta w trakcie zdarzenia z dnia 9 maja 2011 r., nie sposób przyjąć, że oskarżony w krytycznym czasie posługiwał się niebezpiecznym przedmiotem i tym samym uznać należy za poprawną kwalifikację tego czynu z art. 280 § 1 k.k.

2) art. 193 § 1 k.p.k. oraz art. 170 § 1 pkt 3 i 5 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego neurologa jako nieprzydatnego do oceny poczytalności oskarżonego w krytycznym czasie oraz jako w sposób oczywisty zmierzający do przedłużenia postępowania, podczas gdy w kontekście badań oskarżonego przez neurologa dziecięcego i stwierdzenia przez tego lekarza uszkodzenia centralnego układu nerwowego u P. D., przeprowadzenie tego dowodu na rozprawie jest w pełni uzasadnione dla wydania oceny, w jakim stopniu oskarżony w krytycznych dniach miał zachowaną świadomość w momencie popełniania poszczególnych czynów przestępnych.

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na treść zaskarżonego wyroku poprzez bezpodstawne przyjęcie, że:

1) oskarżony P. D. dopuścił się czynu z dnia 28 sierpnia 2010 r. w sklepie (...) przy ul. (...) przy użyciu pałki typu (...), a więc czynu z art. 280 § 1 k.k., podczas gdy wymieniony w trakcie całego zdarzenia stał z tyłu, a czyn ten był ekscysem właściciela pałki, a to M. J. (2) i P. D. nie miał świadomości, że uczestniczy w rozboju z art. 280 § 1, a jedynie w zwykłej kradzieży z art. 278 § 1 k.k.,

2) oskarżony P. D. dopuścił się czynu z art. 280 § 1 z dnia 19 października 2010 r., na osobie M. W. (1), podczas gdy wymieniony nie brał w tym zdarzeniu w ogóle udziału, stał z boku i nie wykonywał żadnych czynności sprawczych, a sam fakt obecności P. D. na miejscu przestępstwa i przekonanie pokrzywdzonej, że ten oskarżony również brał w tym udział, nie może przesądzać o współsprawstwie w zarzucanym czynie”.

Podnosząc wskazane zarzuty apelujący wniósł o to, „aby Sad Odwoławczy działając na podstawie art. 437 § 1 i 2 k.p.k.:

1) zmienił zaskarżony wyrok, orzekł odmiennie co do istoty sprawy i znacznie złagodził karę wymierzoną oskarżonemu P. D. poprzez wymierzenie kary łącznej pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania,

2) uniewinnił oskarżonego od zarzucanego mu czynu w punkcie V części wstępnej wyroku na osobie pokrzywdzonej M. W. (1),

3) zmienił kwalifikację prawną co do czynu z punktu III części wstępnej wyroku z art. 280 § 2 k.k. na art. 280 § 1 k.k. poprzez wyeliminowanie z treści wyroku użycia przez oskarżonego niebezpiecznego przedmiotu w postaci śrubokręta,

4) zmianę kwalifikacji prawnej czynu co do czynu z punktu IV części wstępnej wyroku z art. 280 § 1 k.k. na art. 278 § 1 k.k. poprzez wyeliminowanie z treści wyroku grożenia przemocą przy użyciu pałki typu (...) przez oskarżonego,

5) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego neurologa na rozprawie apelacyjnej celem ustalenia, czy u oskarżonego P. D. nie istnieje w chwili obecnej uszkodzenie centralnego układu nerwowego, które w przeszłości zostało potwierdzone badaniem EEG, co jest istotną okolicznością dla ustalenia w jakim stopniu oskarżony miał zachowaną świadomość w momencie popełniania zarzucanych mu czynów przestępnych,

ewentualnie

6) uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania”.

**Apelacja obrońcy B. N.** zarzuca (dosłowny cytat):

„a) Naruszenie prawa materialnego mające wpływ na wynik sprawy:

a. a to art. 69 § 1 k.k. poprzez jego niezastosowanie i nie przybranie w rozstrzygnięciu dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia kary łącznej pozbawienia wolności, pomimo, iż warunki osobiste, wiek, zachowanie po czynie i w trakcie postępowania karnego przemawiały za przybraniem środka probacyjnego.

b) Naruszenie prawa procesowego mające wpływ na treść rozstrzygnięcia:

a. a to art. 438 k.p.k. pkt 4 poprzez nie orzeczenie środka probacyjnego w postaci warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, w szczególności uwzględniając warunki osobiste oskarżonego i jego zachowanie po datach popełnienia zarzucanych czynów,

b. a to art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 k.p.k. poprzez pominięcie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku i w procesie orzekania istotnych okoliczności dot. oskarżonego tj. przeproszenia pokrzywdzonych oraz faktu uprzedniej niekaralności, a oparcie rozstrzygnięcia co do kary w większości na okolicznościach obciążających.

c) Błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść rozstrzygnięcia:

a. tj. wadliwe przybranie przez Sąd I instancji, iż oskarżony jest jednostką niepoprawną o wysokim stopniu demoralizacji, gdy tymczasem oskarżony wykazał się wysokim stopniem samokrytycyzmu wobec popełnionych czynów i przeprosił obu pokrzywdzonych, czego Sąd nie rozważał w rozstrzygnięciu”.

Podnosząc wskazane zarzuty apelujący wniósł o warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności.

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

***Co do apelacji obrońcy oskarżonego P. D.*** – apelacja ta zasługuje częściowo na uwzględnienie, a to w zakresie dotyczącym skazania wymienionego oskarżonego za czyn zarzucany mu w pkt V części wstępnej zaskarżonego wyroku (pkt V części dyspozytywnej). Mając na uwadze ustalenia faktyczne poczynione w tym zakresie przez Sąd I instancji brak jest podstaw do przypisania oskarżonemu P. D. sprawstwa co do wskazanego czynu. Sąd ten ustalił, że to B. N. podszedł do idącej ulicą studentki M. W. (1), zaczął ją pytać o papierosa, a potem zaatakował żądając wydania pieniędzy. Groził jej przy tym pobiciem. Spotkawszy się z odmową ze strony pokrzywdzonej usiłował zabrać należącą do niej torebkę, lecz z uwagi na skuteczny opór ofiary zrezygnował z dokonania tego czynu (str. 1 in fine – 2 in principio uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

Z ustaleń powyższych wynika wyraźnie, że oskarżony P. D. nie odegrał jakiejkolwiek roli w tym przestępstwie. Co więcej Sąd meriti ustalił, że oskarżony ten stał w odległości ok. 1 metra od napastnika i ofiary i słownie powstrzymywał B. N. od realizacji przestępstwa (str. 2 in principio uzasadnienia orzeczenia).

Wprawdzie w części motywacyjnej uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sąd meriti starał się wykazać, że P. D. ponosi w tym zakresie odpowiedzialność karną na zasadzie współsprawstwa, dodając iż z zeznań pokrzywdzonej wynika, że czuła się ona zagrożona obecnością w jej otoczeniu dwóch osób (napastników), jednakże uzasadnienie to jest nader lakoniczne i zupełnie nieprzekonujące.

Jeśli chodzi o istotę współsprawstwa należy podkreślić, iż zarówno w doktrynie jak i judykaturze powszechnie akceptowana jest teoria materialno-objektywna opracowana przez A. W.. Wynika z niej, że współsprawca przestępstwa nie musi realizować osobiście wszystkich czynności czasownikowych stanowiących znamiona danego czynu zabronionego, niemniej jego wkład w realizację tych znamion musi być na tyle istotny, że umożliwi to współnikowi ich pełne wykonanie.

Przedstawioną wyżej istotę współsprawstwa według teorii materialno-objektywnej oddaje poniższy judykat. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 grudnia 2011 r. (II KK 162/11, OSNKW z.3/2012 poz. 28) podniósł co następuje: „Współsprawstwo (art. 18 §1 k.k.) – od strony przedmiotowej – nawet jeżeli nie musi polegać na realizacji znamion czasownikowych ujętych w opisie typu czynu zabronionego w części szczególnej Kodeksu karnego (lub przepisach karnych innych ustaw), w każdym przypadku wymaga, by sprawca podjął takie zachowanie, które na gruncie przyjętego porozumienia stanowiło konieczny lub bardzo istotny warunek realizacji przez innego współsprawcę znamion czynności wykonawczej ujętych w danym typie czynu zabronionego.

Współsprawstwo nie może polegać wyłącznie na biernej obserwacji zachowań innej osoby, realizującej znamiona typu czynu zabronionego choćby towarzyszyła temu świadomość karygodności tego zachowania, a nawet pełna jego akceptacja. Jedynie w przypadku, gdy na danej osobie ciąży prawny szczególny obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego, a naruszenie owego obowiązku, z uwagi na jego znaczenie w perspektywie zawartego z inną osobą porozumienia, wykracza poza granice samego ułatwienia popełnienia czynu zabronionego, cechującego karalne pomocnictwo określone w art. 18 § 3 k.k., bierna obserwacja może stanowić element przedmiotowy współsprawstwa”.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że z ustaleń faktycznych Sądu meriti nie wynika aby wkład P. D. w realizację znamion przedmiotowego czynu był istotny. Co więcej z ustaleń tych nie wynika, aby wymieniony oskarżony wniósł jakikolwiek wkład w to przestępstwo. Stwierdzenie Sądu meriti zawarte na stronach 11 in fine – 12 in principio uzasadnienia orzeczenia, że pokrzywdzona została zaatakowana przez dwóch agresywnych, nietrzeźwych mężczyzn, klóci się ewidentnie z ustaleniami faktycznymi tegoż Sądu zawartymi na stronach 1 in fine – 2 in principio uzasadnienia. Wynika z nich jednoznacznie, że agresywny napastnik był tylko jeden (B. N.), natomiast P. D. stał 1 metr od miejsca zajścia, nie podejmował żadnych działań wobec pokrzywdzonej, a nawet nakłaniał wymienionego wcześniej oskarżonego do zaprzestania ataku na ofiarę.

Sama bierna obecność P. D. ma miejsce przestępstwa – w świetle powołanego wcześniej judykatu – jest niewystarczająca do przypisania mu przedmiotowego czynu. Z tych względów Sąd Apelacyjny uniewinnił wymienionego oskarżonego od przestępstwa przypisanego mu w pkt V części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku (pkt V części wstępnej).

W pozostałym zakresie omawiana apelacja na uwzględnienie nie zasługuje.

W zarzucie I podpkt 1 apelujący wywodzi, że Sąd I instancji całkowicie dowolnie przyjął, iż (cyt.): „trzymany w ręce przez oskarżonego P. D. śrubokręt jest przedmiotem niebezpiecznym” w rozumieniu art. 280 §2 k.k. (str. 1 in fine apelacji). Ponadto podnosi, iż (cyt.): „nie sposób przyjąć, że oskarżony w krytycznym czasie posługiwał się niebezpiecznym narzędziem” (str. 2 in principio apelacji). Zamieszczając w środku odwoławczym przytoczone stwierdzenia apelujący podnosi, że doszło w tym zakresie w pierwszej instancji do obrazy art. 7 k.p.k. i art. 424 k.p.k.

Apelacja w omawianej części jest bezzasadna. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie ulega wątpliwości, iż śrubokręt, którym P. D. posługiwał się tempore criminis był niebezpiecznym przedmiotem w rozumieniu art. 280 § 2 k.k.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 1999 r. (II AKa 65/99 OSA 1999/10/72) stwierdził, że „Przedmiotem podobnie niebezpiecznym do noża w rozumieniu art. 280 § 2 k.k. może być śrubokręt”.

W uzasadnieniu powołanego judykatu Sąd ten wywodzi co następuje: „Za nieodzowne właściwości przedmiotu niebezpiecznego podobnego do noża, należy uznać takie cechy jak: ostrość, wyrażająca się w zdolności do przecinania lub przebijania, podobny kształt i rozmiar, łatwość zadania zranienia i możliwość spowodowania tym najpoważniejszego skutku. Takim niebezpiecznym przedmiotem, podobnym do noża, w rozumieniu art. 280 §2 k.k., może być śrubokręt. Decydują o tym właśnie cechy tego przedmiotu, który dla celów przestępczych może być wykorzystany zupełnie analogicznie jak nóż i osiągać podobne właściwości oraz podobną zdolność w stworzeniu zagrożenia dla życia ofiary rabunku ... Śrubokręt wykorzystany zamiast noża przy napadzie ma zbliżoną, jak nóż, cechę ostrości, w znaczeniu zdolności do przebijania i powodować może, jak przy użyciu noża, najpoważniejsze skutki (choć na pewno nóż, mający zdolność nie tylko przebijania, ale także cięcia, skutki te powodować może łatwiej). W tym więc sensie, rozstrzygając o powyższym w kategoriach rozstrzygnięć co do zasady, Sąd Apelacyjny podziela stanowisko prokuratora, wyrażane najpierw w akcie oskarżenia, a następnie w apelacji, że śrubokręt może być uznawany za przedmiot niebezpieczny, w rozumieniu art. 280 § 2 k.k. Do noża, jako przedmiotu niebezpiecznego z art. 280 § 2 k.k., nie jest jednak podobny każdy śrubokręt”.

Sąd Apelacyjny w składzie orzekającym w niniejszej sprawie w pełni podziela pogląd wyrażony w cytowanym wyżej judykacie. Przenosząc powyższe stwierdzenia na grunt niniejszej sprawy, należy odwołać się do zeznań pokrzywdzonego R. S. w omawianej kwestii. Podczas rozprawy w dniu 21 marca 2012 r. pokrzywdzony określił przedmiot, którym oskarżony P. D. posługiwał się w trakcie rozboju jako „duży śrubokręt” (k.643v). W sposób bardziej szczegółowy przedmiot ten R. S. opisał składając w dniu 9 maja 2011 r. zawiadomienie o przestępstwie. Podał wówczas co następuje (cyt.): „Po chwili zauważyłem, że w tej ręce trzyma, jak się okazało gruby śrubokręt, z rękojeścią chyba zieloną z ustawkami, **długości ok. 30 cm**” (k. 7 in principio). Zeznania te pokrzywdzony potwierdził na rozprawie (k.644). Wbrew zatem twierdzeniu apelującego (str. 3 in fine apelacji) pokrzywdzony „wskazał cechy charakterystyczne tego narzędzia” (duży śrubokręt).

Mając na uwadze powyższe, w świetle przytoczonego uprzednio judykatu, nie może ulegać wątpliwości, że śrubokręt dużych rozmiarów (długości ok. 30 cm) stanowi niebezpieczny przedmiot w rozumieniu art. 280 § 2 k.k.

Nie może również ulegać wątpliwości fakt, że P. D. posługiwał się owym śrubokrętem w czasie przestępstwa. Wynika to jednoznacznie z zeznań pokrzywdzonego R. S., który stwierdził, że napastnik (cyt.): „... próbował mnie atakować i zamachiwał się tym przedmiotem tak od góry, jakby chciał mi zadać cios”

(k. 643 v in fine).

Z zeznań pokrzywdzonego wynika przy tym, że w trakcie zdarzenia został zraniony przez napastnika śrubokrętem w rękę (vide k. 7 oraz 643v in fine i 644).

Wskazanych wyżej zeznań pokrzywdzonego autor apelacji nie kwestionuje. Wywodzi natomiast, że (cyt.): „samo wymachiwanie śrubokrętem i sposób jego demonstracji powodował, że zachowanie nie mogło stanowić zagrożenia dla życia i zdrowia, bowiem demonstracja ta była czynnością jednorazową, gdyż w pewnym momencie nastąpiła rezygnacja oskarżonego z użycia śrubokręta ...” (str. 3 apelacji).

Stanowisko obrońcy oskarżonego w powyższej kwestii jest błędne. Sąd Okręgowy prawidłowo wykazał w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku na czym polega posługiwanie się niebezpiecznym przedmiotem w rozumieniu art. 280 § 2 k.k. (str. 10). Ponadto należy zauważyć, że P. D. nie tylko demonstrował pokrzywdzonemu wspomniany śrubokręt w trakcie rozboju, lecz przedmiotu tego używał podczas przestępstwa, usiłując zadawać nim ciosy napadniętemu, przy czym jeden z tych ciosów sięgnął celu, raniąc R. S. w rękę (vide k. 7; k.643v-644).

W świetle wskazanych wyżej okoliczności nie ulega zatem wątpliwości fakt, iż P. D. wyczerpał tempore criminis znamiona kwalifikowanego rozboju z art. 280 § 2 k.k.

Wprawdzie w opisie czynu przypisanego wymienionemu oskarżonemu w pkt III części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku (pkt III części wstępnej) zabrakło zwrotu „posługiwał się” niebezpiecznym przedmiotem (zwrot „posługuje się” stanowi ustawowe znamię przestępstwa z art. 280 § 2 k.k.), niemniej określenie „użył przemocę poprzez zadanie jednego ciosu śrubokrętem w rękę” zawarte w opisie tego czynu jest tożsame ze zwrotem „posługiwał się” śrubokrętem („użycie” przedmiotu mieści się w pojęciu „posłużyć się” przedmiotem, jest bowiem pojęciowo węższe).

Stwierdzenie apelującego, iż w zakresie tym doszło do obrazy art. 7 k.p.k. i art. 424 k.p.k. (zarzut I podpkt 1 apelacji) jest całkowicie bezzasadne, albowiem Sąd I instancji dokonał prawidłowej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego (str. 7-8 uzasadnienia orzeczenia), jak również właściwie uzasadnił kwalifikację prawną czynu przypisanego P. D. w pkt III części dyspozytywnej orzeczenia (str. 10 uzasadnienia).

Bezzasadny jest także zarzut I podpkt 2 środka odwoławczego dotyczący obrazy art. 193 § 1 k.p.k. oraz art. 170 § 1 pkt 3 i 5 k.p.k. (uzasadniony na str. 4 apelacji).

Na wstępie należy podnieść, iż kwestie związane z opiniami biegłych należy rozważać na tle art. 201 k.p.k. Aby skutecznie podważyć opinię biegłego (biegłych) strona musi wykazać, że opinia taka dotknięta jest jedną z wad

określonych w powołanym przepisie. Apelujący nie wykazał jednak, aby wady, o których mowa w art. 201 k.p.k. odnosiły się do dotyczącej P. D. opinii psychiatrycznej.

Biegłe z zakresu psychiatrii podczas wywiadu lekarskiego z oskarżonym ustaliły, że doznał on wcześniej jednorazowego urazu głowy oraz był leczony psychiatrycznie (str. 2 in fine opinii pisemnej, k. 306 in fine).

Podczas rozprawy w dniu 21 marca 2012 r. biegłe z zakresu psychiatrii złożyły opinię uzupełniającą dotyczącą P. D.. Oświadczyły, że zapoznały się z dokumentami złożonymi do akt sprawy przez obrońcę oskarżonego (k.606-622), w tym z opiniami psychologicznymi i wynikami badania EEG. Stwierdziły, że przeprowadzone badania nie wykazały uszkodzenia ośrodkowego układu nerwowego oskarżonego. Nie wskazują na to badania EEG, z których wynika, że zmiany stwierdzone w owym badaniu były dyskretne. Równocześnie biegłe nie widziały potrzeby uzupełnienia wydanej przez nie opinii psychiatrycznej w trybie art. 202 § 2 k.p.k. o dodatkowe badania (vide k. 642v-643v in principio).

W związku z omawianą częścią środka odwoławczego godzi się wskazać orzecznictwo Sądu Najwyższego wydane na kanwie art. 201 k.p.k. W postanowieniu z dnia 23 listopada 2011 r. (II Ko 59/11, LEX nr 1084722) Sąd Najwyższy podniósł, iż „Decyzja o potrzebie zgromadzenia dodatkowych dowodów dotyczących stanu zdrowia osoby badanej, a zwłaszcza potrzebie analizy dokumentacji medycznej dotyczącej leczenia w przeszłości, **należy do biegłych lekarzy psychiatrów**, podobnie jak zgłoszenie konieczności obserwacji w zakładzie leczniczym. Fakt, że biegli wydając opinię tego rodzaju konieczności nie stwierdzili, nie uzasadnia poddawania w wątpliwość zawartego w opinii rozpoznania i wniosków”. Przytoczoną tezę można odnieść także do stanowiska biegłych z zakresu psychiatrii opiniujących w niniejszej sprawie, które nie stwierdziły konieczności zasięgnięcia opinii neurologicznej w trybie art. 202 § 2 k.p.k.

Z kolei w postanowieniu z dnia 26 lipca 2006 r. (III KK 455/05, OSNwSk 2006/1/1480) Sąd Najwyższy wskazał, że „Subiektywne przekonanie strony o wadliwości sporządzonych opinii, dowolne twierdzenie, że są one błędne, czy też sprzeczne, w żadnym razie nie może decydować o obowiązku dopuszczenia przez sąd kolejnej opinii”.

Podobny pogląd Sąd Najwyższy wyraził w postanowieniu z dnia 13 września 2006 r. (IV KK 139/06, OSNwSK 2006/1/1715), stwierdzając, iż „Jeżeli opinia biegłego jest przekonująca i zupełna dla sądu, który swoje stanowisko w tym względzie uzasadnił, to fakt, iż opinia taka nie jest przekonywająca (niepełna) dla stron procesowych, nie jest przesłanką dopuszczenia kolejnej opinii w oparciu o przepis art. 201 k.p.k.”.

W świetle art. 202 § 2 k.p.k. i powyższych orzeczeń zgłaszanie przez autora apelacji własnych (subiektywnych) zastrzeżeń w odniesieniu do opinii psychiatrycznej uznanej przez Sąd meriti za przekonującą i miarodajną (vide k. 645v oraz str. 3-4 i 9-10 uzasadnienia orzeczenia), nie może stanowić przesłanki do powołania w sprawie innego zespołu biegłych psychiatrów lub też do zobligowania dotychczasowych biegłych do kolejnego uzupełnienia ich opinii. Wprawdzie oddalając wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego neurologa (k.645v), Sąd I instancji błędnie odwołał się do przepisów art. 170 § 1 pkt 3 i 5 k.p.k., a nie do art. 201 k.p.k. (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 9 września 2011 r., IV KK 37/11, LEX nr 1027187; postanowienie Sądu Najwyższego z 22 sierpnia 2002 r., IV KKN 37/99, LEX nr 55528), niemniej w świetle art. 201 k.p.k., mając na względzie przytoczone wyżej judykaty, brak jest podstaw do uznania, że dotycząca oskarżonego opinia psychiatryczna jest niepełna w rozumieniu tego przepisu.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny uznał zarzut I podpkt 2 apelacji za bezzasadny.

Bezzasadny jest również zarzut II podpkt 1 omawianego środka odwoławczego. Podnosząc w tym zakresie zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia apelujący wywodzi, że (cyt.): „... użycie pałki typu T. stanowiło jedynie ekces właściciela tej pałki, a to M. J. (2). Oskarżony P. D. stał z tyłu i nie miał świadomości, że uczestniczy w rozboju lecz zwykłej kradzieży” (str. 4 in principio apelacji).

Sąd I instancji ustalił, że wszyscy uczestnicy czynu przypisanego P. D. w pkt IV części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku wiedzieli, że wspomniany przez autora apelacji M. J. (2) miał ze sobą pałkę typu tomfa. Co więcej z ustaleń



tych wynika, że używał jej w czasie rozboju, uderzając nią w nieustalony przedmiot (str. 1 in principio uzasadnienia orzeczenia). Ustalenia te nie są kwestionowane przez obrońcę oskarżonego. Demonstrowanie przez sprawców pałki ofierze napadu oraz uderzanie nią w znajdujący się w sklepie przedmiot, należy uznać za groźbę natychmiastowego użycia przemocy. Groźba taka, stanowiąca znamię przestępstwa rozboju z art. 280 § 1 k.k., musi mieć cechy groźby karalnej z art. 190 § 1 k.k.

Andrzej Zoll w Komentarzu do art. 190 § 1 k.k. (A. Zoll, Kodeks karny, część szczególna, Komentarz, Zakamycze 1999 r. teza 7) wskazuje, że „Groźba może być wyrażona za pomocą wszystkich środków, mogących przekazać do świadomości odbiorcy jej treść. Zapowiedź popełnienia przestępstwa może więc być dokonana ustnie, na piśmie, **ale także za pomocą gestu**, czy też innego zachowania (np. wyjęcia niebezpiecznego narzędzia i pokazania jaki zostanie zrobiony z niego użytek)”.

Nie ulega wątpliwości, że zachowanie sprawców tempore criminis, a w szczególności demonstrowanie pałki typu tomfa wywołało u pokrzywdzonego poczucie zagrożenia w rozumieniu art. 190 § 1 k.k. Wynika to z treści zeznań R.(...)i (k. 532v i 533v), a przede wszystkim z jego zachowania w owym czasie, kiedy to podporządkował się bez oporu wszystkim poleceniom napastników (vide str. 1 in principio uzasadnienia orzeczenia).

Należy nadto dodać, iż z niekwestionowanych ustaleń faktycznych Sądu meriti wynika, że sprawcy przed dokonaniem przestępstwa wyposażyli się w akcesoria używane podczas napadów rabunkowych. Sąd ten ustalił, że (cyt.): „Wszyscy mieli zasłonięte twarze, dwaj kominarkami, a jeden chustą” (str. 1 in principio uzasadnienia orzeczenia). Taki sposób działania sprawców wyklucza, aby jeden z nich – to jest P. D. „nie miał świadomości, że uczestniczy w rozboju, lecz zwykłej kradzieży” (jak twierdzi jego obrońca na stronie 4 in principio apelacji).

W świetle poczynionych przez Sąd I instancji ustaleń faktycznych (co do których apelujący nie był w stanie wykazać, że zostały dokonane z naruszeniem reguł określonych w art. 7 k.p.k.), twierdzenie autora apelacji, iż P. D. nie miał świadomości, że współsprawca czynu, demonstrując pałkę tomfa użył wobec ofiary groźby natychmiastowego użycia przemocy, a także twierdzenie, iż oskarżony ten nie miał świadomości uczestniczenia w rozboju, nie może trafić do przekonania.

Z tych względów zarzut II podpkt 1 apelacji (uzasadniony na str. 4 in principio) Sąd Apelacyjny uznał za bezzasadny.

Reasumując należy stwierdzić, że Sąd odwoławczy uwzględnił apelację w zakresie dotyczącym czynu przypisanego P. D. w pkt V części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku (zarzut II podpkt 2) i uniewinnił oskarżonego od tego czynu. W pozostałej części apelację tę uznano natomiast za bezzasadną.

Uniewinnienie oskarżonego od czynu V spowodowało zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie kary łącznej pozbawienia wolności. Sąd Apelacyjny w oparciu o art. 85 k.k. i 86 §1 k.k. wymierzył P. D. nową karę łączną 3 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności, mając na uwadze okoliczności wpływające na wymiar kary powołane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Wymiar owej kary czyni bezprzedmiotowym wniosek 1 apelacji o warunkowe zawieszenie orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności.

Na poczet nowej kary łącznej zaliczono oskarżonemu na podstawie art. 63 § 1 k.k. okres jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie.

**Co do apelacji obrońcy oskarżonego B. N.** - apelacja ta nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazane przez apelującego podstawy odwoławcze, prowadzący się w istocie do jednego tylko zarzutu rażącej niewspółmierności orzeczonej wobec wymienionego oskarżonego kary pozbawienia wolności przez niezastosowanie wobec niego instytucji warunkowego zawieszenia wykonania owej kary. Tak skonstruowana apelacja – jak wspomniano na wstępie – jest bezzasadna.

Uzasadniając podniesione w środku odwoławczym zarzuty (a w istocie jeden zarzut rażącej niewspółmierności kary) autor wskazuje w pierwszej kolejności na młody wiek oskarżonego. Wywodzi, iż skoro B. N. jest sprawcą młodocianym, winno to znaleźć swoje odzwierciedlenie w orzeczonej wobec niego karze (str. 3 in principio apelacji).

Sąd I instancji uwzględnił przy wymiarze kary młody wiek oskarżonych (w tym B. N.) jako okoliczność łagodzącą (vide str. 13 uzasadnienia orzeczenia). Należy w związku z tym zauważyć, że Sąd ten wymierzył wymienionemu oskarżonemu jednostkowe kary pozbawienia wolności w minimalnej wysokości przewidzianej w art. 280 § 1 k.k. (po 2 lata), mimo wymienienia w uzasadnieniu orzeczenia szeregu okoliczności obciążających (str. 12 in fine). Ponadto orzekł wobec tegoż oskarżonego karę łączną pozbawienia wolności, stosując pełną absorpcję (również 2 lata). Można zatem przyjąć, że to właśnie młody wiek B. N. zadecydował, iż został on tak łagodnie potraktowany (mając na względzie wspomniane wcześniej okoliczności obciążające, dotyczące wymienionego oskarżonego).

Młody wiek sprawcy, wbrew stanowisku autora omawianej apelacji, z pewnością nie wystarczy, aby w oparciu o tę okoliczność zastosować wobec takiego sprawcy instytucję warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Godzi się przy tym dodać, że z praktyki sądowej wynika, iż sprawcami tego rodzaju czynów (z użyciem przemocy) są przeważnie osoby młode, częstokroć młodociane, czy nawet nieletnie.

W kolejnym fragmencie środka odwoławczego autor polemizuje ze stanowiskiem Sądu meriti (str. 13 uzasadnienia), że B. N. jest osobnikiem zdemoralizowanym, a w czasie popełniania przestępstw przejawiał duże nasilenie agresji. Apelujący podnosi w związku z tym, że (cyt.): „Poza groźbami werbalnymi użycia przemocy, sam oskarżony nie przejawiał zachowań agresji fizycznej, a wystąpienie ich w zdarzeniu z pokrzywdzoną M. W. kierunkowało atak na przedmiot, jaki miał się stać elementem zaboru mienia tj. torebka” (str. 3 apelacji).

Stanowisko obrońcy oskarżonego w tej kwestii jest całkowicie bezzasadne. Sąd meriti ustalił bowiem, że B. N., dopuszczając się czynu przypisanego mu w pkt II części dyspozytywnej orzeczenia (pkt II części wstępnej), wykazał duże nasilenie agresji w stosunku do pokrzywdzonej. Napadł on na przypadkową, idącą ulicą kobietę, której groził pobiciem, a następnie usiłował wyrwać jej torebkę. Doprowadziło to do upadku pokrzywdzonej na chodnik. Mimo to oskarżony, dążąc w bezwzględny sposób do dokonania przestępstwa, kontynuował próbę zaboru owej torebki, ciągnąc pokrzywdzoną za pasek po chodniku (vide str. 1 in fine – 2 in principio uzasadnienia orzeczenia). Ustalenia te nie są przez apelującego kwestionowane. Wynika z nich jednoznacznie, że B. N. wykazał w czasie zdarzenia duże natężenie złej woli i agresję, co z kolei potwierdza pogląd Sądu meriti, iż mimo młodego wieku jest on osobnikiem zdemoralizowanym.

Jeśli chodzi o czyn przypisany wymienionemu oskarżonemu w pkt I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku (pkt I części wstępnej) z ustaleń faktycznych Sądu meriti wynika, że to właśnie B. N. zainicjował to przestępstwo, skłaniając pokrzywdzonego do otwarcia drzwi prowadzących do sklepu (str. 2 uzasadnienia orzeczenia).

Z tych względów stanowisko Sądu I instancji co do wysokiego stopnia demoralizacji tegoż oskarżonego i braku pozytywnej prognozy kryminologicznej na przyszłość (str. 13 uzasadnienia orzeczenia) jest w pełni prawidłowe. Oceny tej nie mogą zmienić dokumenty i okoliczności przedstawione przez obrońcę oskarżonego na rozprawie apelacyjnej.

Werbalne przeproszenie przez oskarżonego obu pokrzywdzonych osób, na którą to okoliczność powołuje się apelujący (str. 4 in principio apelacji) traci na znaczeniu w świetle wskazanych wcześniej okoliczności i z pewnością nie jest wystarczającą przesłanką do warunkowego zawieszenia wymierzonej mu kary pozbawienia wolności.

Za całkowicie absurdalny należy uznać zarzut, że Sąd I instancji nie uwzględnił jako okoliczności łagodzącej przy wymiarze kary B. N. jego uprzedniej niekaralności (vide pkt b str. 2 i str. 4 in fine apelacji). Podnosząc wskazany zarzut apelujący nie zadał sobie trudu porównania daty urodzenia wymienionego oskarżonego (3 października 1993 r.) z datami popełnionych przez niego czynów. Czyn opisany w pkt II części wstępnej zaskarżonego wyroku (przypisany oskarżonemu w pkt II części dyspozytywnej), został popełniony w dniu 19 października 2010 r., a zatem zaledwie 16 dni

po ukończeniu przez B. N. 17 roku życia. Czyn opisany w pkt I części wstępnej orzeczenia (pkt I części dyspozytywnej) został popełniony w dniu 9 maja 2011 r., a więc 7 miesięcy po ukończeniu przez B. N. 17 roku życia.

W świetle wskazanych wyżej faktów to, że wymieniony oskarżony nie był wcześniej (tzn. przed popełnieniem przypisanych mu przestępstw) karany traci całkowicie na znaczeniu, gdyż odstęp czasowy pomiędzy uzyskaniem przez niego statusu osoby zdolnej do odpowiedzialności na zasadach Kodeksu karnego (17 lat – art. 10 § 1 k.k.), a datami popełnienia przedmiotowych czynów była tak krótka, iż jego uprzednia karalność (w tym okresie) była praktycznie niemożliwa.

Jak wspomniano na wstępie wszystkie zarzuty omawianej apelacji sprowadzają się w istocie do jednego mianownika, a to do zarzutu rażącej niewspółmierności orzeczonej wobec B. N. kary pozbawienia wolności, polegającej (zdaniem autora) na niezastosowaniu wobec oskarżonego warunkowego zawieszenia wykonania tej kary.

Sąd I instancji wymierzył oskarżonemu jednostkowe kary pozbawienia wolności w dolnej granicy ustawowego zagrożenia, przewidzianej za przestępstwo z art. 280 § 1 k.k. Karę łączną Sąd ten wymierzył stosując pełną absorpcję. Dalsze łagodzenie tej kary, poprzez warunkowe zawieszenie jej wykonania, byłoby wyrazem nadmiernej i nieuzasadnionej pobłażliwości w stosunku do oskarżonego i stworzyłoby u niego poczucie bezkarności. Z tych względów Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu I instancji, że karą właściwą w odniesieniu do B. N. będzie bezwzględna kara pozbawienia wolności.

Wbrew zarzutom autora apelacji w stanowisku Sądu meriti w tej kwestii nie można doszukać się błędu (wynikającego z błędnej interpretacji art. 69 § 1 k.k.), ani też naruszenia przepisów prawa procesowego, a to: art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 424 § 1 k.p.k. i art. 438 pkt 4 k.p.k.

Na marginesie należy stwierdzić, iż zarzut zawarty w środku odwoławczym w punkcie oznaczonym literą a (str. 1 in fine apelacji) został nieprawidłowo sformułowany, gdyż w istocie apelujący zarzucił tu błąd w ustaleniach faktycznych co do okoliczności osobistych dotyczących oskarżonego, a tym samym nie może być tu mowy o naruszeniu prawa materialnego.

Art. 4 k.p.k. nie może stanowić samodzielnej podstawy odwoławczej, bez wykazania jakie przepisy postępowania konkretyzujące zasadę obiektywizmu zostały naruszone (czego w omawianej apelacji zabrakło).

Przepisy art. 7 k.p.k. i art. 424 § 1 k.p.k. nie zostały naruszone, albowiem Sąd I instancji oceniając zebrane w sprawie dowody stosował się do reguł określonych w art. 7 k.p.k., a swoje stanowisko w kwestii wymiaru orzeczonej wobec oskarżonego kary uzasadnił logicznie i przekonująco. W efekcie brak jest również podstaw do uznania, że wobec B. N. została orzeczona w pierwszej instancji rażąco niewspółmierna (surowa) kara pozbawienia wolności w rozumieniu art. 438 pkt 4 k.p.k. (o czym była uprzednio mowa).

W tym stanie rzeczy – mając na uwadze powyższe – Sąd Apelacyjny, uznając omawianą apelację za bezzasadną, zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego B. N. utrzymał w mocy.

Orzeczenie o kosztach sądowych za postępowanie odwoławcze opiera się o art. 624 § 1 k.p.k.

Koszty nieopłaconej obrony z urzędu w postępowaniu odwoławczym zasądzono od Skarbu Państwa na rzecz występującego w drugiej instancji obrońcy oskarżonego B. N. na podstawie art. 29 ustawy – prawo o adwokaturze.