

Sygnatura akt II AKa 202/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 sierpnia 2017 roku

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Piotr Kaczmarek

Sędziowie: SA Cezariusz Baćkowski (spr.)

SA Wojciech Kociubiński

Protokolant: Aldona Zięta

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej we Wrocławiu Zbigniewa Jaworskiego

po rozpoznaniu w dniu 17 sierpnia 2017 roku

sprawy **A. B.**

oskarżonego z art. 280 § 2 kk, art. 191 § 1 kk, art. 263 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 4 kwietnia 2017 roku, sygn. akt III K 260/16

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok wobec oskarżonego A. B.;

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokata D. M. 600 złotych tytułem kosztów nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonego A. B. w postępowaniu odwoławczym oraz 138 zł tytułem zwrotu VAT;

III. zwalnia oskarżonego D. B. od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, zaliczają c je na rachunek Skarbu Państwa.

UZASADNIENIE

S. W. i D. C. (1) zostali oskarżeni o to, że:

I. w dniu 23 lipca 2016 r. we W., działając wspólnie i w porozumieniu oraz z A. B., używając wobec M. P. przemocy w postaci bicia rękoma po twarzy, przewrócenia na ziemię oraz przyciskania nogą do podłoża, zabrali w celu przywłaszczenia rower marki (...) o wartości 1200 zł, telefon I. 6 o wartości 2000 zł, ładowarkę P. (...) marki H. o wartości 100 zł i papierosa elektronicznego C. o wartości 200 zł, tj. mienie o łącznej wartości 3500 zł, czym działali na szkodę M. P.

tj. o czyn z art. 280 § 1 k.k.

A. B. zarzucono, iż:

I. w dniu 23 lipca 2016 r. we W., działając wspólnie i w porozumieniu z D. C. (1) i S. W., posługując się nożem i używając wobec M. P. przemocy w postaci bicia rękoma po twarzy, przewrócenia na ziemię oraz przyciskania nogą do podłoża zabrał w celu przywłaszczenia rower marki (...) o wartości 1200 zł, telefon I. 6 o wartości 2000 zł, ładowarkę P. (...)

marki H. o wartości 100 zł i papierosa elektronicznego C. o wartości 200 zł, tj. mienie o łącznej wartości 3500 zł, czym działał na szkodę M. P.

tj. o czyn z art. 280 § 2 k.k.

II. w dniu 26 lipca 2016 r. we W. groził M. P. użyciem przemocy za pośrednictwem aplikacji M., w celu zmuszenia go do podania hasła do usługi internetowej (...) należącego do skradzionego uprzednio pokrzywdzonemu telefonowi komórkowemu marki I. (...)

tj. o czyn z art. 191 § 1 k.k.

III. w dniu 27 lipca 2016 r. we W. posiadał, bez wymaganego zezwolenia, dwa pistoletowe naboje alarmowe kal. 9 mm produkcji Bośni i Hercegowiny (...)

tj. o czyn z art. 263 § 2 k.k.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 4 kwietnia 2017 r., III K 260/16:

I. oskarżonych S. W. i D. C. (1) uznał za winnych popełnienia zarzucanego im czynu, opisanego w pkt I części wstępnej wyroku, tj. czynu z art. 280 § 1 k.k. i za to na podstawie tego przepisu, przy zastosowaniu art. 60 § 1 i § 6 pkt 3 k.k. wymierzył im kary po 1 (jednym) roku pozbawienia wolności,

II. na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 2 k.k. wykonanie kar pozbawienia wolności orzeczonych wobec oskarżonych S. W. i D. C. (1) warunkowo zawiesił na okres prób lat 4 (czterech),

III. na podstawie art. 73 § 2 k.k. oddał oskarżonych S. W. i D. C. (1) w okresie próby pod dozór kuratora sądowego,

IV. na podstawie art. 72 § 1 pkt 2 k.k. zobowiązał oskarżonych S. W. i D. C. (1) do przeproszenia pokrzywdzonego M. P. w terminie jednego miesiąca od uprawomocnienia się wyroku,

V. uznał oskarżonego A. B. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, opisanego w pkt I części wstępnej wyroku, tj. czynu z art. 280 § 2 k.k. i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności,

VI. uznał oskarżonego A. B. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, opisanego w pkt II części wstępnej wyroku, tj. czynu z art. 191 § 1 k.k. i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności,

VII. uznał oskarżonego A. B. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, opisanego w pkt III części wstępnej wyroku, tj. czynu z art. 263 § 2 k.k. i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

VIII. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierzył oskarżonemu A. B. karę łączną 3 (trzech) lat pozbawienia wolności,

IX. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonym S. W. i D. C. (1) na poczet wymierzonych im kar pozbawienia wolności okresy zatrzymania, a to:

- oskarżonemu S. W. dzień 27 lipca 2016 roku;

- oskarżonemu D. C. (1) od dnia 26 lipca 2016 roku do dnia 27 lipca 2016 roku,

X. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu A. B. na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności okres tymczasowego aresztowania od dnia 27 lipca 2016 roku do dnia 4 kwietnia 2017 roku,

XI. na podstawie art. 44 § 6 k.k. orzekł przepadek dowodów rzeczowych, zarejestrowanych w poz. I wykazu dowodów rzeczowych na k. 176,

XII. zwolnił oskarżonych S. W., D. D. C. (2) i A. B. od ponoszenia kosztów sądowych, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

Apelację od tego wyroku wniósł oskarżony A. B. za pośrednictwem obrońcy, który zaskarżając wyrok co do winy w zakresie przestępstw z art. 280 § 2 k.k. i z art. 263 § 2 k.k. a odnośnie przestępstwa z art. 191 § 1 k.k. w części dotyczącej kary zarzucił:

Na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. – w zakresie pkt V części dyspozytywnej:

1. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2 k.p.k.), a to art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. przez przekroczenie przez Sąd meriti granic swobodnej oceny dowodów i dowolne przyjęcie, że:

- zmiana zeznań pokrzywdzonego M. P. jest wynikiem obaw przed zemstą ze strony oskarżonego A. B., podczas gdy pokrzywdzony na rozprawie na pytanie Sądu meriti w dniu 21 lutego 2017 r. wprost zeznał: „Nie jest tak, że ja dzisiaj zmieniłem zeznania w zakresie dotyczącym noża, że ja obawiam się oskarżonych”;

- opisywane przez świadka M. W. przerażenie pokrzywdzonego podczas zdarzenia z 23 lipca 2016 r. było wynikiem obaw związanych z użyciem noża, który pokrzywdzony widział w ręku A. B., podczas gdy przytoczone „szklanki w oczach” u pokrzywdzonego były wynikiem znajdowania się w kryzysowej sytuacji, tj. pobicia, a co potwierdzają zarówno zeznania pokrzywdzonego „Ja to oddałem, bo obawiałem się bicia” jak i oskarżonego „Było tak, że błagałem mnie żeby go nie bił” i ostatecznie oskarżonego S. W. „(...) jak podeszliśmy do niego to on miał szklanki w oczach i powiedział, że nam oddał wszystko żebyśmy go nie bili”;

- zeznania matki pokrzywdzonego M. S. z postępowania przygotowawczego są wiarygodne, podczas gdy nie była ona naocznym świadkiem zdarzenia, a o okolicznościach sprawy wiedziała jedynie z relacji syna;

- zeznania pokrzywdzonego M. P. i świadka M. S. są wiarygodne z uwagi na odebranie ich od dwóch różnych funkcjonariuszy w czasie postępowania przygotowawczego, podczas gdy świadek M. S. informacje o zdarzeniu posiadała jedynie z relacji syna, nie była naocznym świadkiem zdarzenia, zatem oczywistym było, że jej zeznania będą zborne z odwzorowanymi zeznaniami syna;

- pokrzywdzony nie mógł mieć wątpliwości co do przedmiotu, który był trzymany w dłoni oskarżonego A. B., ponieważ bez okularów pokrzywdzony dobrze widzi na odległość 50 cm, a oskarżony A. B. schylał się po przedmioty, które wyjął pokrzywdzony, podczas gdy nie zostało ustalone w jakiej odległości znajdowały się wyjęte z kieszeni przedmioty w momencie schylania się i w jakiej odległości schylał się po nie oskarżony A. B., jak i nie zostało ustalone czy pokrzywdzony również dobrze widzi bez okularów po zmierzchu.

2. obrazę przepisów postępowania, mających wpływ na treść wyroku (art. 438 pkt 2 k.p.k.), a to art. 391 § 1 k.p.k., art. 6 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. i 4 k.p.k. przez nieuprawnione odstępianie od zasady bezpośredniości przy przesłuchaniu pokrzywdzonego M. P. i wzięcie pod uwagę przy wyrokowaniu przez Sąd I instancji obciążających oskarżonego A. B. zeznań pokrzywdzonego z postępowania przygotowawczego, które nie zostały podtrzymane w postępowaniu sądowym w zakresie użycia noża, a który to dowód jako jedyny w sprawie i nieweryfikowalny żadnym innym źródłem dowodowym, a przez to wątpliwy nie może przesądzać o zakwalifikowaniu czynu oskarżonego jako zbrodni rozboju.

3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku (art. 438 pkt 3 k.p.k.) przez błędne przyjęcie, iż:

- oskarżony A. B. trzymał nóż podczas uderzenia pokrzywdzonego M. P. w dniu 23 lipca 2016 r., podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy in concreto wyjaśnienia oskarżonych (S. W., D. C. (1), A. B.) jak i zeznania świadków (M. M., J. A.) złożone w toku postępowania przygotowawczego i jurysdykcyjnego, a także pokrzywdzonego i jego matki

w toku postępowania przed sądem tej okoliczności nie potwierdzają, a co w konsekwencji wyklucza przyjęta w akcie oskarżenia i nie zmienioną przez Sąd I instancji kwalifikację zbrodni rozboju przypisaną oskarżonemu A. B.;

- oskarżony popełnił przestępstwo rozboju z użyciem noża, z uwagi na przyznanie się do tego czynu w toku postępowania przygotowawczego, podczas gdy oskarżony działający jeszcze bez obrońcy, podczas przesłuchania mimo przyznania się do czynu, wyraźnie zaznaczył w odpowiedzi na pytanie przesłuchującego, iż nie posiadał przy sobie noża – „(...) w czasie zdarzenia nie posiadałem przy sobie żadnego sprzętu, nie miałem przy sobie noża i nie trzymałem go w czasie zdarzenia w ręce”, co świadczy o braku zrozumienia przez oskarżonego pozbawionego obrony materialnej, kwalifikacji przypisanego mu czynu i tym samym okoliczności dotyczącej użycia noża podczas zdarzenia z 23 lipca 2016 r.

Nadto, w zakresie pkt VI części dyspozytywnej zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

4. rażąco niewspółmierność kary (art. 438 pkt 4 k.p.k.) poprzez wymierzenie oskarżonemu A. B. kary pozbawienia wolności za przestępstwo z art. 191 § 1 k.k. w wymiarze 3 miesięcy pozbawienia wolności, podczas gdy oskarżony od razu już w toku postępowania przygotowawczego przyznał się do zarzucanego mu czynu, nadto jest osobą młodocianą wobec, której należy stosować kary mające na celu funkcję wychowawczą, o charakterze nie izolacyjnym i odseparowanie oskarżonego od sprawców najcięższych przestępstw.

Nadto, w zakresie pkt VII części dyspozytywnej wyroku, zarzucił:

5. obrazę przepisów prawa materialnego (art. 438 pkt 1 k.p.k.), a to art. 30 k.p.k. poprzez jego niezastosowanie, pomimo, że w okolicznościach niniejszej sprawy zachodziły przesłanki do jego zastosowania, bowiem oskarżony pozostawał w usprawiedliwionej nieświadomości co do bezprawności posiadania naboju alarmowych

6. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2 k.p.k.), a to art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. przez przekroczenie przez Sąd meriti granic swobodnej oceny dowodów i przyjęcie, że użycie przez oskarżonego w toku postępowania przygotowawczego zwrotu „amunicja” przesądza o świadomości oskarżonego co do przestępnego charakteru swojego zachowania, podczas gdy oskarżony w trakcie widzenia z obroną w Areszcie Śledczym jeszcze przed uzupełniającym przedstawieniem zarzutów, a już po zapoznaniu się obrońcy z aktami sprawy i rozmową z prokuratorem został poinformowany o możliwości postawienia mu zarzutu z art. 263 § 2 k.k., a zatem rozumowanie Sądu I instancji w przedmiocie świadomości oskarżonego co do nielegalności posiadania amunicji należy uznać za dowolne.

Podnosząc powyższe zarzuty, wniósł o:

W zakresie zaskarżonego pkt V części dyspozytywnej wyroku:

1. zmianę wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu z art. 280 § 2 k.k.

W zakresie zaskarżonego pkt VI części dyspozytywnej wyroku:

2. zmianę orzeczonej kary pozbawienia wolności i orzeczenie wobec oskarżonego kary ograniczenia wolności polegającej na wykonywaniu nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne (art. 37a k.k.).

W zakresie zaskarżonego pkt VII części dyspozytywnej wyroku:

3. zmianę wyroku przez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu z art. 263 § 2 k.p.k. względnie w razie uznania nieświadomości oskarżonego za nieusprawiedliwioną, nadzwyczajne złagodzenie kary oskarżonemu i wymierzenie na zasadzie art. 60 § 1 i § 6 pkt 4 kary ograniczenia wolności polegającej na nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne.

4. zaliczenie oskarżonemu A. B. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres tymczasowego aresztowania od dnia 27 lipca 2016 r. do dnia uprawomocnienia się wyroku Sądu II instancji.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego A. B. jest niezasadna.

1. W zakresie przypisania oskarżonemu A. B. zbrodni rozboju kwalifikowanego zarzuty apelacji koncentrują się na kwestionowaniu ustalenia o posługiwaniu się przez niego nożem. W tej mierze skarżący podnosi, zarówno błąd w ustaleniach faktycznych jak i wskazuje, że źródłem takiego ustalenia było naruszenie przepisów postępowania w zakresie gromadzenia i oceny dowodów.

W pierwszej kolejności wypada odnieść się do tych pierwszych. Zasada bezpośredniości (art. 174 k.p.k., art. 389 § 1 k.p.k., art. 391 - 394 k.p.k.) sprzyja dochodzeniu do prawdy (art. 2 § 2 k.p.k.) i „jest dyrektywą nakazującą organom procesowym dokonywanie ustaleń przy wykorzystaniu przede wszystkim dowodów pierwotnych a unikaniu zastępowania dowodów pierwotnych pochodnymi” (Z. Doda, A. Gaberle „Dowody w procesie karnym”, Dom Wydawniczy ABC 1995, str. 238). Nie ma jednak charakteru bezwzględnej. Niekiedy przecież (inaczej niż w tej sprawie) organ postępowania nie dysponuje dowodami pierwotnymi, a czasem (jak w niniejszej sprawie) dowody te nie są wystarczające by czynić prawdziwe ustalenia i celowe lub nawet konieczne jest sięgnięcie po dowody pochodne. Taką możliwość sięgnięcia po dowód z przekazu określona jest np. w art. 391 § 1 k.p.k., który pozwala na odczytanie, w niezbędnej części, protokołów wcześniejszych zeznań świadka, w szczególności gdy na rozprawie zeznaje odmiennie, lub nie pamięta niektórych szczegółów. Skoro więc pokrzywdzony M. P. na rozprawie (k. 372-373) odmiennie przedstawiał choćby podnoszoną w apelacji istotną kwestię posługiwania się nożem przez napastnika, to Sąd Okręgowy był uprawniony do odczytania zeznań złożonych podczas śledztwa (k. 142-143, 19-21, 63) w celu weryfikacji relacji tego świadka. Sięgnięcie po dowód pochodny (zeznania ze śledztwa) służyło więc sprawdzeniu, czy na podstawie dowodu pierwotnego (relacji naocznego świadka z rozprawy) możliwe jest dokonywanie prawdziwych ustaleń. Jasne jest więc, że odstąpienie w omawianym zakresie od zasady bezpośredniości służyło czynieniu ustaleń odpowiadających rzeczywistości, a więc realizacji zasady prawdy wobec której, co sygnalizowano, zasada bezpośredniości pełni rolę służebną. Twierdzenie o naruszeniu zasady bezpośredniości jest więc bezzasadne.

Stykając się z rozbieżnymi, co do posłużenia się nożem przez A. B., relacjami pokrzywdzonego Sąd Okręgowy był zobowiązany ocenić stosownie do art. 7 k.p.k., które z nich są wiarygodne. Z powinności tej się wywiązał bez przekraczania granic zasady swobodnej oceny dowodów uznając, że w omawianym fragmencie podstawą prawdziwych ustaleń faktycznych są zeznania M. P. złożone w postępowaniu przygotowawczym. Przekonuje argumentacja, że mimo wady wzroku i utraty okularów na początku zdarzenia po uderzeniu w twarz pokrzywdzony mógł rozpoznać przedmiot trzymany w ręku przez A. B. gdy ten pochylał się nad M. P. zabierając mu telefon komórkowy, przenośną ładowarkę i papieros elektroniczny. Możliwość dostrzeżenia w takiej sytuacji noża przez osobę dotkniętą krótkowzrocznością bez okularów korekcyjnych wynika z doświadczenia życiowego.

Można dodać, że z pierwotnej relacji pokrzywdzonego (k.142v) wynika, że oskarżony od początku zdarzenia trzymał w ręku nóż tak, by świadek to widział, a więc także przed tym jak pokrzywdzonemu spadły okulary. Mógł zatem dobrze zaobserwować jaki przedmiot trzyma A. B.. Relacjonując przebieg zdarzenia w postępowaniu przygotowawczym nie artykułował wątpliwości co do tej okoliczności. Również opowiadając po powrocie do domu o zajściu matce M. S. (k. 371-372, 138-139, 65) M. P. mówił, że jeden z napastników posługiwał się nożem. To jasne, że świadek nie widział zdarzenia, tak też to ujmuje Sąd I instancji, ale przecież widział (k. 371), że syn jest w szoku, roztrzęsiony, ma uszkodzone okulary, co korespondowało z przedstawianym jej opisem zdarzenia. Nie wiadomo dlaczego M. P. miałby jej mówić o posiadaniu noża przez jednego ze sprawców, gdyby tego nie widział, czy nie był pewny. Przecież i bez tego opisywane zdarzenie podczas którego utracił mienie było dramatyczne.

Wniosek Sądu Okręgowego, że zeznania M. S. pośrednio potwierdzają zeznania pokrzywdzonego jest trafny. Mówiąc o odebraniu do pokrzywdzonego i jego matki zeznań przez dwoje policjantów i nieidentycznej ich treści Sąd I

instancji wywodzi stąd, że świadkowie ci mówili o okolicznościach które rzeczywiście poznali. Zapewne chodzi o to, że przesłanki te wskazują, iż treść protokołów oddaje to co powiedzieli świadkowie, a nie stanowi powielenia jednej relacji. Nie jest to jednak argument jedyny ani podstawowy przekonujący o wiarygodności początkowych zeznań M. P. dotyczących posiadania noża przez oskarżonego.

Trzeba też zauważyć, że wycofując się na rozprawie z twierdzenia o demonstrowaniu tego narzędzia przez A. B. (k.372v) pokrzywdzony zeznaje, że oskarżony coś trzymał w ręku, choć przecież z wyjaśnień oskarżonych (k. 368-370, 48-51, 156-157, 369-370, 57-60, 158-159, 370, 96-97, 100-102, 107, 255-257) i J. A. (k. 392v-392, 130-131) wynika, że wtedy (nim doszło do zabrania mienia) oskarżony o którym mowa żadnego przedmiotu w dłoni nie trzymał. Omawiany fragment relacji pokrzywdzonego z rozprawy jest zatem sprzeczny z twierdzeniami oskarżonych.

Istotnie Sąd Okręgowy pisze, że zauważone przez S. W. „szklanki w oczach” pokrzywdzonego obrazowały jego przerażenie związane z obawą „przede wszystkim użycia noża” (uzasadnienie str. 24). Okoliczność, czy pokrzywdzony bardziej obawiał się pobicia, czy użycia noża w istocie nie ma większego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Faktem jest, że oskarżony dwukrotnie uderzył M. P. pięścią w twarz, kopnął, położył nogę na jego latce piersiowej. Nie może więc zaskakiwać, że pokrzywdzony prosił A. B. by go nie bił, jak wyjaśnia S. W. (k.50). Nie wynika stąd jednak, że oskarżony nie posługiwał się nożem podczas rozboju, zwłaszcza, że przecież wg. pokrzywdzonego zabierając mienie A. B. nie mówił o użyciu noża, nie przykładał go do ciała M. P. a „tylko” trzymał w dłoni. Pokrzywdzony rzeczywiście zeznał (k.372v), że oddał przedmioty ponieważ obawiał się bicia. Nie może to zaskakiwać z dwóch powodów. Najpierw dlatego, że wtedy był bity, a następnie dlatego, że cyt. zeznania świadek złożył na rozprawie, kiedy przeczył, że widział nóż w ręku oskarżonego.

Stanowisko Sądu Okręgowego, że zmiana zeznań na rozprawie przez M. P. w części dotyczącej użycia noża wynikała z obawy przed oskarżonym nie wykracza poza swobodną ocenę. Sąd słusznie zwraca uwagę na relację matki M. P., która chciała od razu zawiadomić policję wtedy pokrzywdzony był wystraszony, obawiał się, że oskarżeni wiedzący gdzie mieszka „wsadzą mu kosę” jeśli to zrobi (k. 371). Podobnie mówił M. P. w czasie śledztwa (k.142v). Nie może zaskakiwać, że na rozprawie przecząc posiadaniu noża przez napastnika pokrzywdzony podał (k.372v), nie zmienił tej części zeznań z powodu obawy przed oskarżonymi. Trudno przecież by przyznał, że bojąc się oskarżonych złożył nieprawdziwe zeznania.

Oskarżony A. B. konsekwentnie przeczył posługiwaniu się nożem podczas zdarzenia (k. 370, 96-97, 100-102, 107, 255-257). Zadeklarowanie przyznania się do zbrodni z art. 280 § 2 k.k. podczas posiedzenia w przedmiocie wniosku o tymczasowe aresztowanie w sytuacji gdy jednocześnie oskarżony przeczył używaniu tego niebezpiecznego narzędzia istotnie nie wspiera omawianego ustalenia. Natomiast zeznania pokrzywdzonego z postępowania przygotowawczego znajdujące pośrednio potwierdzenie w relacji jego matki stanowią wystarczającą podstawę do stwierdzenia, że podczas napadu rabunkowego oskarżony A. B. posługiwał się nożem.

Kwestionując ustalenia w omawianym tu zakresie obrońca odwołuje się do wypowiedzi oskarżonych S. W. (k. 368-370, 48-51, 156-157), D. C. (1) (k. 369-370, 57-60, 158-159), A. B. (k. 368-370, 48-51, 156-157) oraz świadków M. M. (k. 373, 166-167) i J. A. (k. 391v-392, 130-131). Sąd Okręgowy nie podzielił zawartych tam twierdzeń trafnie, co wskazano, uznając za prawdziwe odmienne początkowe zeznania M. P. (k.142-143, 19-21, 63) i M. S. (k. 371-372, 138-139, 65). Osoby te nie miały powodu nieprawdziwie mówić o posługiwaniu się nożem przez napastnika skoro i tak chodziło o poważne przestępstwo rozboju. Matka pokrzywdzonego, której opisywał on zdarzenie bezpośrednio po powrocie do domu widziała jego stan emocjonalny korespondujący z tym, co spontanicznie mówił. Zdarzenie było tak dramatyczne, że M. P. nie miał powodu by nieprawdziwie mówić osobie najbliższej o używaniu noża. Sąd I instancji w ramach swobodnej oceny uznał, że relacje oskarżonych oraz pokrzywdzonego z rozprawy (k.372-373), M. M. i J. A. nie mogą być podstawą ustaleń co do posługiwania się nożem.

Z tych powodów omówione wyżej zarzuty apelacji obrońcy oskarżonego A. B. były niezasadne a ocena dowodów i wyprowadzone z nich wnioski o podstawie faktycznej prawidłowe. Nie budzi także wątpliwości stanowisko Sądu

I instancji odnośnie sprawstwa winy i kwalifikacji prawnej zachowania oskarżonego A. B. jako wyczerpującego dyspozycję art. 280 § 2 k.k.

Orzeczona wobec oskarżonego kara pozbawienia wolności równa dolnemu progowi ustawowego zagrożenia nie razi niewspółmierną surowością. Przekonuje o tym współdziałanie z innymi osobami, zaplanowany sposób działania, najaktywniejsza rola w przestępstwie, wcześniejsza karalność za przestępstwo przeciwko mieniu i popełnienie kolejnego o większym ładunku społecznej szkodliwości.

2. Obrońca A. B. nie kwestionuje, że oskarżony ten posiadał dwa pistoletowe naboje alarmowe stanowiące amunicję w rozumieniu art. 4 ust 3 i 4 ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz.U. Nr 53, poz. 549 ze zm.) na której posiadanie konieczne jest pozwolenie (art. 9 ust. 1 cyt. ustawy). Podnosi natomiast, że oskarżony nie miał świadomości bezprawności takiego zachowania. Jest to więc nie tyle kwestia obrazy art. 30 k.k., co ustalenia świadomości A. B. czego następstwem według apelującego było naruszenie powołanego przepisu.

„Świadomość (nieświadomość) bezprawności traktowana jest jako problem winy. Wpływa więc na zarzucalność zachowania, a w konsekwencji umożliwia zwolnienie danej osoby od odpowiedzialności ze względu na brak winy, jeżeli jej nieświadomość bezprawności była niezawiniona. W doktrynie prawa karnego przeważa pogląd, iż usprawiedliwiony błąd to taki, którego sprawca nie mógł uniknąć. Kryteria usprawiedliwienia mają przede wszystkim charakter obiektywny, co oznacza, że przy ich rozpoznawaniu i ustaleniu należy posłużyć się kryterium normatywnym miarodajnego (wzorowego) obywatela, a następnie uwzględniając również kryterium subiektywne, charakterystyczne dla problematyki błędu, należy ocenić, czy miałby on możliwość uniknięcia błędu w postaci nieświadomości bezprawności czynu” (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2003 r., II KK 331/02, R - OSNKW 2003 r., z. 1, poz. 969).

Sąd Okręgowy słusznie zwraca uwagę, że oskarżony miał świadomość, że przedmioty, które posiadał to naboje, amunicja (k.255-257, 370). Obrońca podnosi, że miejsce ich przechowywania w widocznym miejscu na biurku (protokół przeszukania k.84-86, K. Ś. k. 376, 202-203) wskazuje, że A. B. nie wiedział o tym, że posiadanie ich bez zezwolenia jest zabronione. Można przypomnieć, że „widoczne miejsce” jest bardzo dobrym sposobem ukrywania przedmiotów (por. E.A. Poe „Skradziony list” w: tegoż Opowiadania, t. I, Warszawa 1986, str. 425-445). Niezależnie od tego, czy oskarżony znał legalną definicję „amunicji” jako naboju przeznaczonych do strzelania z broni palnej zawartą w ustawie o broni i amunicji to wiedział, skoro jest to wiedza powszechna w społeczeństwie, że posiadanie naboju do broni palnej w polskim porządku prawnym jest reglamentowane. Powszechna jest też wiedza, że uzyskanie pozwolenia warunkuje legalne posiadanie nie tylko broni bojowej, myśliwskiej ale i gazowej, sygnałowej, alarmowej. Niezależnie więc od tego o jaki konkretnie rodzaj amunicji chodziło oskarżony miał świadomość, że na jej posiadanie musi posiadać pozwolenie.

Niezależnie od powyższego w dobie szerokiego, łatwego dostępu do informacji A. B. mógł bez trudu dowiedzieć się czy pociski, które odnalazł stanowią amunicję, czy nie, czy na ich posiadanie konieczne jest zezwolenie, czy nie, bez konieczności choćby udawania się do najbliższego komisariatu a tylko sięgając do zasobów Internetu. Tak postąpiłby nie tylko wzorowy, ale i przeciętny, rozsądny członek społeczeństwa unikając ewentualnego błędu. Tak więc nawet gdyby pozostawał w błędzie co do prawa to z pewnością mógł go uniknąć.

Z tych powodów zarzuty apelacji dotyczącego przypisania występku z art. 263 § 2 k.k. były niezasadne.

Kara 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczona za to przestępstwo, choć dolegliwa to nie razi niewspółmierną surowością jeśli zważyć na poważny stopień demoralizacji oskarżonego wynikający z negatywnej opinii środowiskowej i stosunkowej łatwości we wchodzeniu w konflikt z prawem.

3. Podobnie ocenić wypada karę pozbawienia wolności orzeczoną wobec oskarżonego A. B. za trzecie z przypisanych mu przestępstw. Uwzględnia ona stopień karygodności czynu i limitującą funkcję winy.

Wynikający z art. 54 § 1 k.k. prymat względów wychowawczych przy wymiarze kary młodocianym sprawcom przestępstw jest uzasadniony szczególnymi właściwościami i warunkami osobistymi tej grupy osób. Ich osobowość zwykle dopiero się kształtuje, mają nie w pełni zinternalizowany system wartości przyjętych w społeczeństwie, słabiej rozwiniętą kontrolę zachowań, większą skłonność do zachowań impulsive, popędowych (cyt. w apelacji wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 lutego 1991 r., II AKr 391/90, KZS 1991, z. 13, poz. 11). Nie oznacza to, wbrew twierdzeniu apelacji, że posiadanie statusu młodocianych samo w sobie przemawia za złagodzeniem kary. Właśnie wzgląd na potrzebę wychowania i resocjalizacji determinuje konieczność wymierzenia kary odpowiednio surowej, skoro stopień demoralizacji doprowadził oskarżonego do popełnienia w krótkim czasie trzech przestępstw, w tym zbrodni rozboju. Kara nadmiernie złagodzona może zostać oceniona subiektywnie przez oskarżonego jako faktyczny jej brak, a wówczas wyrabia lub pogłębia w nim poczucie bezkarności, przekonanie o niesprawności systemu wymiaru sprawiedliwości, o możliwości uniknięcia dolegliwości za popełniony czyn, i nie powstrzymuje od kontynuowania przestępczego procederu. Kara taka w konsekwencji nie tylko nie niesie z sobą oczekiwanych korzyści dla skazanego, ale przeciwnie, może oznaczać pogłębianie się niepożądanych zmian w jego osobowości oraz ukształtowania się w sposób względnie trwałe nieakceptowanego społecznie systemu wartości (wyrok tut. Sądu Apelacyjnego z dnia 23 lutego 2006 r., II AKa 17/06, LEX nr 176531). Jak już była o tym mowa wyżej oskarżony jest, mimo młodego wieku, osobą istotnie zdemoralizowaną, a dotychczas stosowane środki nie przyniosły oczekiwanego efektu skoro oskarżony popełnił kolejne przestępstwa na co trafnie zwraca uwagę Sąd Okręgowy (uzasadnienie str.34).

Obrońca podnosi przyznanie się oskarżonego do czynu z art. 191 § 1 k.k. Zważywszy na próby kwestionowania lub minimalizowania odpowiedzialności za pozostałe przestępstwa przyznanie do zmuszania za pomocą gróźb należy rozpatrywać w kategorii kalkulacji wynikłej z rozważenia dowodów w sposób oczywisty wskazujących na sprawstwo A. B.. Nie jest więc to okoliczność, która przekonywałaby o potrzebie złagodzenia orzeczonej kary.

4. Wymierzenie kary łącznej na zasadzie absorpcji zwalnia Sąd Apelacyjny od jej oceny z punktu widzenia rażącej, niewspółmiernej łagodności.

Z tych wszystkich powodów skoro zarzuty i wnioski apelacji obrońcy oskarżonego A. B. były niezasadne, a nie zachodziły też okoliczności, które należałoby uwzględnić z urzędu to zaskarżony wyrok utrzymano w mocy (art. 437 § 1 k.p.k.).

Oskarżony jest pozbawiony wolności, nie pracuje, nie ma majątku dlatego na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. należało zwolnić go od kosztów sądowych postępowania odwoławczego i określić, że ponosi je Skarb Państwa.

O kosztach nieopłaconej pomocy prawnej z urzędu udzielonej oskarżonemu A. B. orzeczono na podstawie art. 29 ust. 1 prawa o adwokaturze.

SSA Cezariusz Baćkowski SSA Piotr Kaczmarek SSA Wojciech Kociubiński