

Sygn. akt **II AKa 127/16**

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 października 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie, II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Maciej Żelazowski
Sędziowie:	SSA Grzegorz Chojnowski SSA Janusz Jaromin (spr.)
Protokolant:	sekr. sądowy Aneta Maziarek

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej Stanisława Kołodziejkiego

po rozpoznaniu w dniu 27 października 2016 r.

sprawy **M. J. (1)** i **R. K. (1)**

oskarżonych z art. 280 § 1 kk, art. 280 § 2 kk w zb. z art. 157 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

z powodu apelacji wniesionych przez obrońców

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 25 kwietnia 2016 r., sygn. akt III K 289/15

I. zmienia zaskarżony wyrok w części dotyczącej oskarżonego R. K. (1) w ten sposób, że:

- 1) łagodzi R. K. (1) wymierzoną w pkt. VI ilość stawek dziennych grzywny do 50 (pięćdziesięciu);
- 2) zmienia pkt X w ten sposób, że eliminuje zaliczenie oskarżonemu R. K. (1) okresu tymczasowego aresztowania na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności i zalicza na poczet kary grzywny okres tymczasowego aresztowania od dnia 25 sierpnia 2015r. do dnia 18 września 2015r.

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. E. M. kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych z VAT, tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu M. J. (1) z urzędu w postępowaniu odwoławczym,

IV. zasądza od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze i wymierza im opłaty:

- od oskarżonego M. J. (1) w kwocie 400 (czteryset) złotych za drugą instancję,

- od oskarżonego R. K. (1) w kwocie 280 (dwustu osiemdziesięciu) złotych za obie instancje.

SSA Janusz Jaromin SSA Maciej Żelazowski SSA Grzegorz Chojnowski

Sygn. akt II AKa 127/16

UZASADNIENIE

M. J. (1) i R. K. (1) zostali oskarżeni o to, że:

I. w dniu 6 lipca 2015 r. w S. przy ul. (...) działając wspólnie i w porozumieniu, w ten sposób, że M. J. (1) po uprzednim doprowadzeniu do stanu bezbronności M. P. (1) poprzez duszenie go obiema rękami, a następnie pchnięcie go na podłogę dokonali zaboru w celu przywłaszczenia pieniędzy w kwocie 45 zł oraz dwóch piw marki(...) w puszcze o pojemności 0,5 litra o wartości łącznej 4 zł, powodując tym stratę w wysokości 49 zł na szkodę M. P. (1), tj. o czyn z art. 280 § 1 kk;

II. w dniu 6 lipca 2015 r. w S. przy ul. (...) działając wspólnie i w porozumieniu, w ten sposób, że M. J. (1) po uprzednim doprowadzeniu do stanu bezbronności L. C. (1) poprzez przyłożenie mu przez M. J. (1) do lewego policzka noża i przecięciu naskórka, co spowodowało ranę ciętą lewego policzka powodując tym naruszenie czynności powłok miękkich twarzy na okres trwający nie dłużej niż siedem dni, dokonali zaboru telefonu komórkowego marki N. (...) wartości 40 zł, butelki wódki marki (...) poj. 200 ml o wartości 10 zł oraz dwóch piw marki (...) w puszcze 0,5 litra o wartości łącznej 4 zł, powodując tym stratę w wysokości 54 zł na szkodę L. C. (1), tj. o czym z art. 280 § 2 kk, a w stosunku do M. J. (1) o czyn z art. 280 § 2 kk w zb. z art.157 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk ;

Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z dnia 25 kwietnia 2016 r., sygn. akt III K 289/15:

I. uznał M. J. (1) za winnego tego, że w dniu 6 lipca 2015 r. w S. stosując przemoc wobec M. P. (1) polegającą na duszeniu go oraz popchnięciu na podłogę, dokonał zaboru w celu przywłaszczenia 45 złotych oraz dwóch puszek piwa o wartości łącznej 4 zł, czym wyrządził szkodę w łącznej kwocie 49 zł M. P. (1), tj. popełnienia czynu z art. 280 § 1 kk i za to przestępstwo na podstawie art. 280 § 1 kk wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności,

II. uznał M. J. (1) za winnego tego, że w dniu 6 lipca 2015 r. w S. używając noża, który przystawił do lewego policzka L. C. (1) i naciął nim skórę na policzku pokrzywdzonego oraz uderzył pięścią w lewy policzek pokrzywdzonego powodując jego obrzęk, czym doprowadził do naruszenia powłok miękkich twarzy i ust pokrzywdzonego na okres trwający nie dłużej niż 7 dni, a następnie zabrał mu w celu przywłaszczenia telefon komórkowy marki N. (...) o wartości 40 zł, butelkę wódki (...) o wartości 10 zł oraz dwie puszek piwa o łącznej wartości 4 zł, czym wyrządził szkodę w łącznej kwocie 54 zł L. C. (1), tj. popełnienia czynu z art. 280 § 2 kk w zb. z art. 157 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i za to przestępstwo na podstawie art. 280 § 2 kk w zw. z art. 11 § 3 kk wymierzył mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności;

III. na podstawie art. 85 § 1 – 3 kk, art. 85a kk i art. 86 § 1 kk połączył wymierzone oskarżonemu M. J. (1) kary pozbawienia wolności i orzekł karę łączną 3 (trzech) lat i 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności;

IV. uznał R. K. (1) za winnego tego, że w dniu 6 lipca 2015 r. w S. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przyjął od M. J. (1) jedną puszkę piwa o wartości 2 zł wiedząc, że pochodzi ono z przestępstwa rozboju dokonanego na M. P. (1), tj. popełnienia przestępstwa z art. 291 § 1 kk;

V. uznał R. K. (1) za winnego tego, że w dniu 6 lipca 2015 r. w S. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przyjął od M. J. (1) butelkę wódki (...) o wartości 10 zł oraz jedną puszkę piwa o wartości 2 zł, wiedząc, że rzeczy te pochodzą z przestępstwa rozboju dokonanego na L. C. (1), tj. popełnienia przestępstwa z art. 291 § 1 kk;

VI. uznał, że dokonane przez R. K. (1) przestępstwa z art. 291 § 1 kk opisane w IV i V części dyspozytywnej wyroku zostały popełnione z wykorzystaniem takiej samej sposobności, tj. w warunkach określonych w art. 91 § 1 kk i za te

przestępstwa na podstawie art. 291 § 1 kk w zw. z art. 91 § 1 kk i art. 33 § 2 kk w zw. z art. 91 § 1 kk wymierzył mu karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności i karę 100 (stu) stawek dziennych grzywny po 10 (dziesięć) złotych;

VII. na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk, art. 70 § 1 kk wykonanie wymierzonej R. K. (1) kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres 3 (trzech) lat próby;

VIII. na podstawie art. 46 § 1 kk orzekł obowiązek naprawienia szkody:

a) za przestępstwo opisane w punkcie I części dyspozytywnej wyroku wobec M. J. (1) oraz za przestępstwo opisane w punkcie IV części dyspozytywnej wyroku wobec R. K. (1) poprzez zapłatę:

- solidarnie od obu ww. oskarżonych na rzecz M. P. (1) - 2 (dwóch) złotych;

- od M. J. (1) na rzecz M. P. (1) - 47 (czterdziestu siedmiu) złotych;

b) za przestępstwo opisane w punkcie II części dyspozytywnej wyroku wobec M. J. (1) oraz za przestępstwo opisane w punkcie V części dyspozytywnej wyroku wobec R. K. (1) poprzez zapłatę:

- solidarnie od obu ww. oskarżonych na rzecz L. C. (1) - 12 (dwunastu) złotych;

- od M. J. (1) na rzecz L. C. (1) - 2 (dwóch) złotych;

IX. na podstawie art. 44 § 2 kk orzekł wobec M. J. (1) przepadek noża:

X. na podstawie art. 63 § 1 kk zaliczył okres tymczasowego aresztowania:

-M. J. (1) od 7 lipca 2015 r. na poczet kary pozbawienia wolności;

-R. K. (1) od 7 lipca 2015 r. do 25 sierpnia 2015 r. na poczet kary grzywny, zaś w okresie od 25 sierpnia 2015 r. do 22 lutego 2016 r. na poczet kary pozbawienia wolności;

XI. na podstawie art. 627 kpk i art. 633 kpk zasądził od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w częściach na nich przypadające, w tym orzekł opłatę:

a) od M. J. (1) w wysokości 400 (czterystu) złotych;

b) od R. K. (1) w wysokości 380 (trzystu osiemdziesięciu) złotych

Apelację od wyroku wnieśli obrońcy oskarżonych.

Obrońca oskarżonego M. J. (1), adw. E. M. wydanemu wyrokowi zarzuciła:

1) obrazę przepisów postępowania tj. art. 4 kpk w zw. z art. 5 § 2 kpk i 7 kpk poprzez: a) przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów poprzez dokonanie dowolnej, nieobiektywnej oraz sprzecznej z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oceny materiału dowodowego prowadzącej do nieprawidłowego wniosku, iż oskarżony M. J. (1) wyczerpał swoim zachowaniem wobec L. C. (1) znamiona przestępstwa stypizowanego w art. 280 § 2 kk podczas, gdy prawidłowa analiza dowodów w szczególności zeznania pokrzywdzonego w toku postępowania sądowego prowadzą do wniosku, iż prawidłową kwalifikacją czynu zarzucanego oskarżonemu w pkt. II aktu oskarżenia jest art. 280 § 1 kk

- mające wpływ na treść orzeczenia, w zakresie w jakim Sąd uznał winę i sprawstwo oskarżonego za czyn z art. 280 § 2 kk;

b) przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i zastąpieniu jej oceną dowolną, przejawiającą się w niewłaściwej i naruszającej zasadę obiektywizmu wybiórczej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, opartej w zasadzie jedynie na treści zeznań pokrzywdzonego L. C. (1), poprzez niezasadne ustalenie, iż zebrany w sprawie materiał

dowodowy jednoznacznie dowodzi, iż oskarżony M. J. (1) użył noża w celu kradzieży w sytuacji, gdy prawidłowa analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego ukazuje liczne rozbieżności w zeznaniach pokrzywdzonego

- mające wpływ na treść orzeczenia, w zakresie w jakim Sąd uznał winę i sprawstwo oskarżonego za czyn z art. 280 § 2 kk;

c) rozstrzygnięcie na niekorzyść oskarżonego nieusuniętych w toku postępowania wątpliwości co do przebiegu czynu z punktu II wyroku, w zakresie użycia przez oskarżonego noża, skutkujące przyjęciem, że oskarżony użył noża w celu popełnienia przestępstwa rozboju, podczas, gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie wskazuje w sposób niebudzący wątpliwości momentu użycia noża przez oskarżonego, a przez to uniemożliwia przypisanie oskarżonemu czynu z art. 280 § 2 kk

- mające wpływ na treść orzeczenia, w zakresie w jakim Sąd uznał winę i sprawstwo oskarżonego za czyn z art. 280 § 2 kk;

2) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że M. J. (1) dokonał zaboru pieniędzy w kwocie 45 złotych na szkodę M. P. (1), podczas gdy w sprawie poza sprzeczными zeznaniami pokrzywdzonego dotyczącymi ich wysokości, brak jest jakichkolwiek bezpośrednich dowodów świadczących o tym, iż pokrzywdzony posiadał w/w kwotę

-mające wpływ na treść orzeczenia, w zakresie w jakim Sąd uznał winę i sprawstwo oskarżonego za czyn z art. 280 § 2 kk;

3) naruszenie § 14 ust. 1 pkt 2 i 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. 2013, poz. 461, z późn. zm.), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie opłat - poprzez jego niezastosowanie,

- mające wpływ na brak rozstrzygnięcia w zakresie kosztów za udzielenie pomocy prawnej z urzędu.

Tak podnosząc, obrońca oskarżonego wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

- 1) zakwalifikowanie zarzucanego oskarżonemu czynu z pkt II wyroku jako przestępstwa z art. 280 § 1 kk;
- 2) wyeliminowanie z opisu zarzucanego oskarżonemu czynu z pkt I znamion dotyczących zaboru 45 zł M. P. (1);
- 3) uchylenie wobec M. J. (1) obowiązku naprawienia szkody na rzecz M. P. (1) w kwocie 45 zł;

ewentualnie o:

- 1) uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji;
- 2) przyznanie na jej rzecz kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu w postępowaniu odwoławczym, jednocześnie oświadczyła, iż koszty te nie zostały uiszczone w całości ani w części.

Obrońca R. K. (1), adw. A. F. wydanemu rozstrzygnięciu zarzuciła:

1. obrazę przepisów prawa materialnego w postaci art. 63 k.k. w zw. z art. 417 k.p.k. polegającą na tym, iż Sąd Okręgowy zaliczył okres tymczasowego aresztowania stosowanego w niniejszej sprawie wobec oskarżonego R. K. (1) w okresie 07.07.2015 r. - 22.02.2016 r. w jego części odpowiadającej okresowi 25.08.2015 - 22.02.2016 r. na poczet kary pozbawienia wolności, której wykonanie zostało zawieszona na okres 3 lat próby, co sprawia że Sąd I instancji zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności na poczet kary pozbawienia wolności, która nie jest efektywnie wykonywana, ponieważ jest karą orzeczoną w zawieszeniu;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wydanego wyroku polegający na uznaniu, że oskarżony R. K. (1) obejmował swoją świadomością fakt, iż na pokrzywdzonym dokonywane są przestępstwa rozboju podczas gdy:

- z zeznań pokrzywdzonych M. P. (1) i L. C. (1) wynika, że R. K. (1) podczas zdarzeń rozmawiał przez telefon komórkowy po rosyjsku, w związku z czym był skoncentrowany na rozmowie telefonicznej i nie uczestniczył w zdarzeniach oraz nie rozmawiał z oskarżonym M. J. (1),

- czyny na L. C. (1) zostały popełnione w miejscu nieoświetlonym, pod drzewem,

- z wyjaśnień oskarżonych wynika, że M. J. (1) nie chciał aby R. K. (1) „wtrącał się” do zdarzeń, wskazując że ma swoje „rachunki/prywatne sprawy do załatwienia” z pokrzywdzonymi,

- porównanie tężyny dobrze zbudowanego oskarżonego M. J. (1) oraz niewielkiego noża do wycinania sałaty o wielkości 18 cm, którego ostrze miało 6,5 - 7 cm a rękojeść całkowicie niewidoczna w dłoni mężczyzny miała 11 -11,5 cm, prowadzi do wniosku, że nóż był niewidoczny dla oskarżonego R. K. (1), i nie zmienia tego subiektywne odczucie pokrzywdzonego, co sprawia z kolei, że wiarygodne są wyjaśnienia R. K. (1), iż nie miał on świadomości, że pomiędzy M. J. (1), a pokrzywdzonym L. C. (1), jak i M. P. (1) dochodzi do przestępstwa rozboju,

3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wydanego wyroku i mający wpływ na jego treść a polegający na:

a) przyjęciu, że oskarżony R. K. (1) przyjął piwo od oskarżonego M. J. (1) pochodzące z rozboju dokonany na M. P. (1) podczas gdy okoliczności takiej nie wskazywał ani sam M. P. (1), ani nie mógł tego widzieć L. C. (1), który oddalił się z miejsca zdarzenia i nie był jego świadkiem, natomiast informacja taka pochodzi z wyjaśnień M. J. (1), który wielokrotnie zmieniał swoją wersję i jest sprzeczna z wyjaśnieniami R. K. (1), które są z kolei zgodne z wyjaśnieniami pokrzywdzonych, jak również okolicznością, iż R. K. (1) w jednej dłoni trzymał telefon komórkowy a w drugiej piwo zakupione przez siebie w sklepie (...),

b) przyjęciu, że R. K. (1) stłukł butelkę wódki ponieważ przyjął ją i rozporządził nią jak właściciel, podczas gdy z zeznań L. C. (1), wyjaśnień M. J. (1) oraz wyjaśnień R. K. (1) wynika, że R. K. (1) nie chciał przyjąć żadnej wódki, stąd nie włożył nawet minimum wysiłku w to by rzecz przyjąć w posiadanie, co przeczy możliwości przyjęcia, że działał tu w zamiarze przyjęcia rzeczy pochodzącej z przestępstwa, a już tym bardziej, iż działał tu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej,

c) przyjęciu, że ewentualne odebranie przez R. K. (1) piwa i wódki wyczerpywało pojęcie działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, podczas gdy odebranie wódki i jej natychmiastowe wyrzucenie przeczy możliwość działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jak również przyjęcie piwa bez wiedzy na temat jego przestępnego pochodzenia wyłącza możliwość działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej,

4) obrazę przepisów postępowania w postaci art. 4, art. 5 § 2 i art. 7 k.p.k. poprzez swobodną i nieobiektywną ocenę materiału dowodowego, która doprowadziła do uznania, iż oskarżony R. K. (1) przyjmując od M. J. (1) rzeczy w postaci wódki i puszki piwa działał umyślnie, popełniając przestępstwo z art. 291 § 1 k.k., podczas gdy prawidłowa i nawet najmniej korzystna ocena materiału dowodowego, w tym zeznań pokrzywdzonych oraz wyjaśnień oskarżonych może prowadzić ewentualnie do wniosku, że oskarżony mógł się dopuścić co najwyżej przestępstwa z art. 292 k.k. tj. paserstwa nieumyślnego,

5) obrazę przepisów postępowania w postaci art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego R. K. (1) sformułowanego w odpowiedzi na akt oskarżenia w punkcie c) o przeprowadzenie oględzin i eksperymentu procesowego celem ustalenia widoczności noża w rękach M. J. (1), która to okoliczność miała istotne znaczenie dla przypisanego oskarżonemu R. K. (1) czynu nawet w zmienionej postaci,

6) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wydanego wyroku i przesądzający o wysokości obowiązku naprawienia szkody, polegający na nieprawidłowym ustaleniu przez Sąd I instancji wartości wódki na 12 zł, podczas

gdy czyn zarzucony oskarżonym w akcie oskarżenia w zakresie wódki ustalał jej wartość na 10 zł, tak samo jak pokrzywdzeni, którzy wskazywali na wartość wódki w wysokości 10 zł,

7) rażąco niewspółmierność orzeczonej kary, która w przypadku R. K. (1) wyniosła 100 stawek dziennych grzywny po 10 zł każda oraz 8 miesięcy pozbawienia wolności w zawieszeniu na 3 lata, w sytuacji w której ostatecznie oskarżony R. K. (1) został skazany za inne przestępstwo niż zarzucane w akcie oskarżenia, a ponadto stosowano wobec niego środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania przez okres ponad siedmiu miesięcy.

Tak podnosząc, obrońca oskarżonego wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku Sądu I instancji poprzez uniewinnienie oskarżonego R. K. (1) od zarzutu popełnienia przestępstw z art. 291 § 1 k.k.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Z uwagi na to, iż wniosek o uzasadnienie wyroku złożyła tylko obrońca oskarżonego R. K. (1), adw. A. F., zostaje ono ograniczone do zarzutów podniesionych w tym środku odwoławczym.

Apelację obrońcy należało częściowo uznać za zasadną, a mianowicie w zakresie jej punktu 1 i 7. Uwzględnienie apelacji w tej części spowodowało złagodzenie wymierzonej oskarżonemu kary grzywny, poprzez zmniejszenie liczby jej stawek oraz konieczność zmiany w zakresie zaliczenia okresu tymczasowego aresztowania. Pozostałe argumenty, w tym podnoszony przez apelującą zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, nie zasługiwały na uwzględnienie.

Przechodząc zatem do zarzutów, które to nie zostały podzielone przez Sąd odwoławczy w pierwszej kolejności wskazać należy, iż zgodnie z utrwalonymi poglądami doktryny i orzecznictwa, ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd meriti w toku rozprawy głównej mogą być skutecznie zakwestionowane, a ich poprawność zdyskwalifikowana, wtedy dopiero, gdyby w procesie dochodzenia do nich sąd orzekający uchybił dyrektywom art. 7 k.p.k., pominął istotne w sprawie dowody, lub oparł się na dowodach na rozprawie nieujawnionych, sporządził uzasadnienie niezrozumiałe, nadmiernie lapidarne, wewnętrznie sprzeczne, bądź sprzeczne z regułami logicznego rozumowania, wyłączające możliwość merytorycznej oceny kontrolnoodwoławczej. Zarzut przy tym obraży przepisu art. 7 k.p.k. i w związku z tym dokonania błędnych ustaleń faktycznych może być skuteczny tylko wtedy, gdy skarżący wykaże, że sąd orzekający - oceniając dowody - naruszy zasady logicznego rozumowania, nie uwzględni przy ich ocenie wskazań wiedzy oraz doświadczenia życiowego. Ocena dowodów dokonana z zachowaniem wymienionych kryteriów pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k., gdy nadto sąd nie orzeknie, z obrażą art. 410 k.p.k. i art. 424 § 2 k.p.k. oraz nie uchybi dyrektywie art. 5 § 2 k.p.k. Tego rodzaju uchybień, tak w procesie dokonywania ustaleń faktycznych, jak też w odniesieniu do uzasadnienia wyroku Sądu pierwszej instancji, Sąd Apelacyjny nie stwierdził i ich istnienia w żadnym stopniu nie uwiarygodnił apelujący. Równocześnie dowody, które podlegały weryfikacji Sądu Okręgowego, ocenione zostały zgodnie z poszanowaniem zasady obiektywizmu, na podstawie wszechstronnej analizy całokształtu materiału dowodowego. Dokonana ocena nie wykazuje błędów natury faktycznej (niezgodności z treścią dowodów), czy logicznej (błędności rozumowania i wnioskowania) i jest zgodna ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a więc w sposób odpowiadający zasadzie swobodnej oceny dowodów określonej w art. 7 k.p.k.

Nie można podzielić stanowiska apelującej, iż oskarżony R. K. (1) nie obejmował swoją świadomością faktu, że na pokrzywdzonych dokonywane jest przestępstwo rozboju (pkt 2 apelacji). Faktycznie R. K. (1) w trakcie dokonywania tych czynów zarówno na pokrzywdzonym M. P. (1), a następnie L. C. (1), nie uczestniczył w nich bezpośrednio, nie rozmawiał nawet z pokrzywdzonymi, rozmawiał przez telefon, co trafnie ustalił sąd meriti, to nie można zgodzić się z tym, że nie widział, iż na wskazanych jest dokonywany rozbój. Przede wszystkim zważyć należy, iż wskazują na to częściowo wyjaśnienia drugiego oskarżonego M. J. (1), które mimo zmieniających się wersji, były konsekwentne w tym zakresie i uznane zostały za wiarygodne przez Sąd orzekający. Także pokrzywdzony M. P. (1) w swoich zeznaniach złożonych następnego dnia po zdarzeniu, wskazał wprost, iż głównym sprawcą czynu był Polak, i jednocześnie podał, że oskarżony R. K. (1) stał z boku i patrzył się na to co się dzieje, przy czym nie reagował w żaden sposób (k-24 verte zbiór (...)). Tak też zachowanie oskarżonego opisał także drugi z pokrzywdzonych L. C. (1). Przy czym nie ma tu znaczenia podnoszona przez apelującą okoliczność, że oskarżony M. J. (1) nakazał wręcz oskarżonemu nie wtrącać się, co wskazał do protokołu konfrontacji z dnia 8 września 2015 r., cyt. „ja sam mu mówiłem, aby się odsunął”, bo jednocześnie

oskarżony M. J. (1) wskazał, iż R. K. (1) widział jak oprawiał pokrzywdzonego L. C. (1) (k-171 verte). Poza tym, co istotne po zabraniu wódki temu pokrzywdzonemu, oskarżony M. J. (1) podał ją właśnie oskarżonemu R. K. (1), a zatem zgodnie z zasadami logiki odległość między nim, a drugim oskarżonym, nie mogła być duża, zatem i to przemawia za tym, iż z pewnością oskarżony R. K. (1) widział przebieg zdarzenia. Zresztą sam pokrzywdzony L. C. (1) podał, iż oskarżony znajdował się w odległości kilku metrów od niego ok. 2-3, zatem nie jest możliwym, aby nie widział co się dzieje (k-167 verte). Równocześnie okoliczność podnoszona przez apelującego, iż w trakcie rozprawy w dniu 21 marca 2016 r. pokrzywdzony L. C. (1) wskazał, iż oskarżony R. K. (1) nie widział, że jest mu przystawiany nóż do policzka, bo on stał trochę dalej, był odwrócony, a poza tym było ciemno, a także stwierdzenie przez niego, że cyt. „To zdarzenie lepiej chyba dzisiaj kojarzę niż wtenczas”, tego stanowiska nie podważa. Zważyć należy, że nie trzeba specjalnej wiedzy, gdyż powszechnie wiadomym jest, iż po pewnym czasie poszczególne elementy zdarzenia ulegają zatarciu w pamięci. Co więcej, na skutek przemyśleń, czy wręcz swoistej interpretacji osoby pokrzywdzonej, co do przebiegu zdarzenia, może dojść do pominięcia pewnych jej elementów. Zawsze opis zaraz po zwiera największej zaobserwowanych szczegółów i jest najbardziej precyzyjny, dokładny.

Odnosząc się do kolejnego argumentu obrońcy, iż zajście miało miejsce w nocy i w miejscu nieoświetlonym, pod drzewem, a nóż był małych rozmiarów, zatem oskarżony R. K. (1) mógł go nie widzieć, a już tym bardziej noża, to i tego stanowiska apelującej, nie można zaakceptować. Przede wszystkim wskazać należy, iż co prawda zdarzenie miało miejsce w nocy, ale w porze letniej, niedługo po zachodzie słońca, zatem nie panowały jeszcze, jak chce zapewne to wykazać apelująca, „egipskie ciemności”. Poza tym, w niedalekiej odległości od tego miejsca jest ulica, a także znajduje się szkoła z boiskiem gdzie jest oświetlenie, a zatem nie było ono pogrążone w całkowitej ciemności, tak aby uniemożliwiało dostrzeżenia zachowania oskarżonego M. J. (1) wobec pokrzywdzonego, w tym noża, nawet gdy był on niewielkich rozmiarów i trzymany w ręce dobrze zbudowanego oskarżonego.

W tym miejscu odnosząc się natomiast do zarzutu obrońcy oskarżonego wyrażonego w punkcie 5, bo łączy się to pośrednio z omawianą powyżej kwestią, a to odmowy przeprowadzenia dowodu z oględzin i eksperymentu procesowego celem ustalenia widoczności noża w rękach M. J. (1) sformułowanego w akcie oskarżenia punkt „c” (k-316), zarzutu tego również nie można zaakceptować. Eksperyment procesowy, o którym mowa w art. 211 k.p.k. ma na celu sprawdzenie w sposób doświadczalny czy badane zdarzenie lub podawany jego przebieg, były w ogóle możliwe. Eksperyment w formie zarówno doświadczenia, jak i odtworzenia, aby spełniał sens procesowy, winien być przeprowadzony w warunkach maksymalnie zbliżonych do tych, jakie miały miejsce, gdy zdarzenie zaistniało. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy uznać należy, iż odtworzenie warunków inkryminowanego zdarzenia w dacie orzekania nie byłoby możliwe, z uwagi na brak możliwości stworzenia identycznych warunków w zakresie oświetlenia, co słusznie wskazał Sąd pierwszej instancji uzasadniając swoje stanowisko w tym zakresie, a które to Sąd odwoławczy podziela w pełni.

Na aprobatę nie zasługuje również argumentacja apelującej zaprezentowana w punkcie 3 apelacji. To, że R. K. (1) przyjął piwo od oskarżonego M. J. (1) wynika wyłącznie z wyjaśnień tego oskarżonego, bo pokrzywdzony M. P. (1) nic na ten temat nie wspomina, to nie można przedmiotowo odmówić wiarygodności w tym zakresie. Rzeczywiście oskarżony M. J. (1) zmieniał wielokrotnie swoje wyjaśnienia i dlatego też zostały one uznane za wiarygodne jedynie w części, co dokładnie opisał Sąd meriti na karcie 9-10 uzasadnienia, to równocześnie a co istotne Sąd rozstrzygający dał im jednak wiarę w zakresie w jakim oskarżony M. J. (1) podał, iż zabrał pokrzywdzonym odpowiednio piwo i pieniądze (M. P. (1)), piwo i wódkę (M. J. (1)), a także co z nimi zrobił. Poza tym, oskarżony w trakcie konfrontacji z drugim oskarżonym wskazał, iż cyt. „no piwo było ale nie wiem skąd, i jak to ja tego nie widziałem” (k- 171 verte). Zaakceptować nie można także stanowiska obrońcy, iż błędnie Sąd uznał, iż oskarżony stłukł butelkę wódki ponieważ przyjął ją i rozporządził ją jak właściciel, gdy z zeznań pokrzywdzonego i oskarżonego wynika, że nie chciał jej przyjąć, co przeczy, możliwości uznania, że działał w zamiarze przyjęcia rzeczy pochodzącej z przestępstwa, a tym bardziej, iż działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Bezspornym jest a co już wykazano, iż oskarżony R. K. (1) przyjął butelkę wódki od oskarżonego M. J. (1), bowiem okoliczność ta wynika wprost z wyjaśnień samego oskarżonego, a także zeznań pokrzywdzonego i bez znaczenia jest tutaj forma działania oskarżonego opisywana jako „wziął - przyjął - wciśnięta została mu”, skoro oskarżony butelkę z pewnością miał przez jakiś czas w ręce, skoro ją stłukł. Przestępstwo

określone w art. 291 § 1 kk, zawiera cztery jurystyczne formy działania sprawczego, w których popełnione być może paserstwo. Są to, zgodnie z przyjętą w ustawie kolejnością: nabycie rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego, pomoc do zbycia takiej rzeczy, przyjęcie takiej rzeczy oraz pomoc do jej ukrycia. W przedmiotowej sprawie jest to trzecia forma. Przyjęcie zachodzi wtedy, gdy sprawca obejmuje władztwo nad rzeczą uzyskaną w wyniku czynu zabronionego na podstawie uprzedniego porozumienia zawartego z posiadaczem rzeczy. Nabywa on w ten sposób władztwo, ograniczone treścią porozumienia, np. otrzymuje rzecz na przechowanie, w użyczenie, użytkowanie itp. Przyjęcie zostaje dokonane wtedy, gdy rzecz trafia we władztwo sprawcy, np. przez przekazanie mu jej albo złożenie w miejscu, którym włada (mieszkańiu, piwnicy itp.). Przyjęcie rzeczy może zostać dokonane zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie. (tak: M. Kulik, Komentarz do art. 291 kk, LEX). Równocześnie, a co jest bardzo istotne norma art. 291 § 1 k.k. nie zawiera wśród swoich znamion osiągnięcia korzyści majątkowej, jako celu działania sprawcy. Obecnie więc ta postać paserstwa nie musi już charakteryzować się szczególnym celem działania sprawcy.

Sąd Okręgowy trafnie zatem uznał, iż oskarżony R. K. (1) miał świadomość, iż na pokrzywdzonych jest dokonywany rozbój, co prawidłowo ustalił, a następnie uzasadnił w pisemnych motywach swojego uzasadnienia, i co Sąd odwoławczy w pełni podzielił, a co prowadzi z kolei do kolejnego wniosku, że R. K. (1) miał zatem wiedzę, co do pochodzenia przekazywanych mu rzeczy w postaci piwa od M. P. (1) oraz piwa i wódki od L. C. (1), a zatem dopuścił się czynu z art. 291 kk, a nie jak podnosi to apelujący z art. 292 kk. Typ podstawowy paserstwa nieumyślnego art. 292 kk różni się od występku z art. 291 k.k. (paserstwo umyślne) stroną podmiotową, która charakteryzuje się istnieniem nieumyślności w odniesieniu do znamienia pochodzenia rzeczy z czynu zabronionego. Sprawca tego przestępstwa nie zdaje bowiem sobie sprawy, chociaż mógł i powinien przypuszczać na podstawie towarzyszących okoliczności, że nabywa lub pomaga do zbycia albo przyjmuje lub pomaga do ukrycia rzeczy, która pochodzi z czynu zabronionego. Jak ustalono, oskarżony R. K. (1) miał bezsprzecznie wiedzę co do pochodzenia rzeczy, które przyjmował, jego odmienne stanowisko to wyłącznie przyjęta linia obrony.

Wbrew stanowisku apelującego sąd pierwszej instancji prawidłowo dokonał ustalenia w zakresie wysokości obowiązku naprawienia szkody od R. K. (1) na rzecz L. C. (1). Faktycznie w akcie oskarżenia wartość butelki wódki (...) została określona na 10 złotych, to równocześnie obrońca zupełnie nie zauważyła, iż obowiązek naprawienia szkody dotyczył rzeczy utraconych przez pokrzywdzonych, będących przedmiotem rozboju, a następnie przedmiotem paserstwa. W wypadku L. C. (1) była to nie tylko butelka wódki, ale także jedno piwo, które jak wynika z ustaleń M. J. (1) przekazał oskarżonemu, a którego to wartość została ustalona na 2 złote. Zatem cena butelki wódki (...) plus cena butelki piwa, daje sumę 12 złotych, co dokładnie wyliczył i przedstawił Sąd rozstrzygający na stronie (...) uzasadnienia.

Natomiast na akceptację wymagały zarzuty wyartykułowane w punkcie 1 i 7 apelacji.

W pierwszej kolejności odnosząc się do punktu 7 apelacji, bo on ma daleko idące skutki dla oskarżonego, wskazać należy, iż w przyjętym przez k.k. systemie, wymierzenie kary grzywny następuje w dwóch etapach. Najpierw sąd określa liczbę stawek dziennych grzywny, kierując się ogólnymi dyrektywami wymiaru kary określonymi w art. 53 § 1 kk, tzn. oceną stopnia społecznej szkodliwości popełnionego czynu i winy sprawcy oraz potrzebami w zakresie indywidualnoprewencyjnego i ogólnoprewencyjnego oddziaływania kary, przy czym powinien uwzględnić okoliczności wskazane w art. 53 § 2 i 3. W drugim etapie procesu orzekania, sąd ustala wysokość jednej stawki dziennej grzywny, która nie może być niższa niż 10 zł, ani przekraczać 2000 zł (art. 33 § 3 kk). Ustalając wysokość stawki, sąd ma obowiązek uwzględnić dochody sprawcy, jego warunki osobiste, rodzinne, stosunki majątkowe i możliwości zarobkowe.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy w przekonaniu Sądu Apelacyjnego stopień winy oskarżonego, ale i społecznej szkodliwości jego zachowania, nie jest na takim poziomie, aby konieczne było orzeczenie wobec niego 100 stawek dziennych grzywny po 10 złotych, pomijając już aspekt moralny jego zachowania, na który to wskazał Sąd rozstrzygający. Zdaniem Sądu odwoławczego kara ukształtowana w ten sposób, jest rażąco surowa. Orzeczenie Sądu Okręgowego w zakwestionowanym wymiarze prowadziłoby do przekroczenia dopuszczalnego poziomu dolegliwości niezbędnego do osiągnięcia celów kary. Stałoby się ono przesadną represją materialną dotyczącą oskarżonego. Finalnie, w skrajnym przypadku, prowadząc nawet do osadzenia oskarżonego w zakładzie karnym, gdyby okazało się,

że nie jest w stanie uiścić grzywny. Pozostając w tym przekonaniu uznano ilość stawek dziennych grzywny wymierzonej oskarżonemu za rażąco surową i orzeczono reformatoryjnie w tym zakresie (punkt I podpunkt 1 wydanego wyroku).

Na akceptację zasługiwał także zarzut sformułowany w punkcie 1 apelacji. Zgodnie z dyspozycją art. 63 § 1 k.k., na poczet orzeczonej kary zalicza się okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie, zaokrąglając w górę do pełnego dnia, przy czym jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności równa się jednemu dniowi kary pozbawienia wolności, dwóm dniom kary ograniczenia wolności lub dwóm dziennym stawkom grzywny. Treść powołanego przepisu wskazuje na obligatoryjny charakter rozstrzygnięcia w przedmiocie zaliczenia okresu rzeczywistego pozbawienia wolności na poczet orzeczonej kary. Przy czym zaliczeniu podlega każde rzeczywiste pozbawienie wolności w sprawie, a zatem także okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania. Równocześnie nie ulega wątpliwości, że obowiązek zaliczenia okresu rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie rozciąga się na wszystkie rodzaje kar orzeczonych za przestępstwo. Przy czym, powinno następować na poczet kary efektywnie wykonywanej (tak M. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Lex 2010. Zob. także uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 1994 r., I KZP 25/94, OSNKW 1994, nr 11-12, poz. 67; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 sierpnia 1970 r., RNw 33/70, Lex nr 21325; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 sierpnia 1988 r., V KRN 161/88, OSNPG 1988, Nr 12, poz. 129). W przypadku zatem orzeczenia grzywny obok kary pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono, zaliczenie rzeczywistego okresu pozbawienia wolności w sprawie winno nastąpić na poczet efektywnie wykonywanej grzywny. W przeciwnym wypadku zaliczenie byłoby bezprzedmiotowe, a nadto sprzeczne ze wskazanym wyżej celem regulacji art. 63 § 1 k.k. W świetle przytoczonych argumentów Sąd odwoławczy zmienił rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji w punkcie X skarżonego wyroku w ten sposób, że wyeliminował zaliczenie oskarżonemu R. K. (1) okresu tymczasowego aresztowania na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności i zaliczył na poczet kary grzywny okres tymczasowego aresztowania od dnia od dnia 25 sierpnia 2015 r. do 18 września 2015 r., o czym orzekł w punkcie I podpunkt 2 wyroku.

Z uwagi na całokształt wskazanej wyżej argumentacji, Sąd Apelacyjny, zmienił zatem zaskarżony wyrok w punkcie VI i X, w pozostałym zakresie utrzymując go w mocy.

Sytuacja majątkowa i osobista oskarżonego nie dają podstaw do zwolnienia go od wydatków i opłaty, dlatego Sąd odwoławczy obciążył nimi oskarżonego na podstawie art. 636 § 1 kpk oraz art. 2 ust. 1 pkt 3 i art. 3 ust. 1 w zw. z art. 10 ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych (Dz.U. z 1983r. Nr 49 poz. 223 ze zm.).

SSA Janusz Jaromin SSA Maciej Żelazowski SSA Grzegorz Chojnowski