

Sygn. akt II AKa 188/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Lech Magnuszewski

Sędziowie: SSA Witold Kuczorski

SSA Krzysztof Ciemnoczołowski (spr.)

Protokolant: st. sekretarz sądowy Aleksandra Konkol

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Gdańsku Dariusza Kuberskiego

po rozpoznaniu w dniu 26 czerwca 2013 r. sprawy

B. P.

oskarżonego z art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k.

M. S.

oskarżonego z art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k.

D. K.

oskarżonego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k.

M. K.

oskarżonego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k.

na skutek apelacji wniesionych przez prokuratora Prokuratury Rejonowej (...) w G. i obrońców oskarżonych: B. P., D. K. i M. K.

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. akt **IV K 133/12**

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- opis przestępstwa przypisanego oskarżonemu M. S. w punkcie II uzupełnia o określenie, że dopuścił się on go w pierwszej połowie lutego 2012 roku w G.,

- wymiar orzeczonej wobec oskarżonego M. K. w punkcie IV kary pozbawienia wolności obniża do 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy;

II. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. T. W. i adw. D. P. - Kancelarie Adwokackie w G. - kwoty po 738 zł. (siedemset trzydzieści osiem złotych) brutto tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w postępowaniu odwoławczym oskarżonym D. K. i M. K.;

IV. zasądza od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa:

- od oskarżonego M. K. kwotę 400 zł (czteryście złotych) tytułem opłaty za obie instancje,

- od oskarżonych B. P. i D. K. kwoty po 400 zł (czteryście złotych) tytułem opłaty za II instancję, obciążając wszystkich wymienionych oskarżonych wydatkami postępowania odwoławczego, zaś wydatkami tego postępowania odnośnie oskarżonego M. S. obciąża Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Gdańsku rozpoznawał sprawę:

1. **B. P.**, oskarżonego o to, że:

I. w dniu 17 lutego 2012 r. w G. kierował wykonaniem czynu zabronionego przez D. K. i M. K. polegającego na dokonaniu zaboru w celu przywłaszczenia mienia w postaci pieniędzy w kwocie około 100.000 zł. na szkodę A. W., poprzez doprowadzenie do stanu bezbronności pokrzywdzonego za pomocą środka obezwładniającego w postaci paralizatora, w ten sposób, że wytypował pokrzywdzonego, zaplanował szczegóły rozboju, a następnie dostarczył M. K. paralizator użyty w trakcie doprowadzenia pokrzywdzonego do stanu bezbronności

– tj. o przestępstwo z art. 18§1kk w zw. z art. 280§2kk

2. **M. S.**, oskarżonego o to, że:

II. w dniu 17 lutego 2012 r. w G. kierował wykonaniem czynu zabronionego przez D. K. i M. K. polegającego na dokonaniu zaboru w celu przywłaszczenia mienia w postaci pieniędzy w kwocie około 100.000 zł na szkodę A. W., poprzez doprowadzenie do stanu bezbronności pokrzywdzonego za pomocą środka obezwładniającego w postaci paralizatora, w ten sposób, że wytypował pokrzywdzonego oraz zaplanował szczegóły rozboju

– tj. o przestępstwo z art. 18§1kk w zw. z art. 280§2kk

3. **D. K.**,

4. **M. K.**, oskarżonych o to, że:

III. w dniu 17 lutego 2012 r. w G. działając wspólnie i w porozumieniu posługując się środkiem obezwładniającym w postaci paralizatora doprowadzili do stanu bezbronności A. W., a następnie usiłowali dokonać zaboru w celu przywłaszczenia mienia w postaci pieniędzy w kwocie około 100.000 zł, lecz zamierzonego celu nie osiągnęli z uwagi na postawę pokrzywdzonego, czym działali na szkodę A. W.

– tj. o przestępstwo z art. 13§1kk w zw. z art. 280§2kk

Wyrokiem z dnia 7 lutego 2013 roku, sygn. akt IV K 133/12, Sąd Okręgowy w Gdańsku orzekł:

I. oskarżonego B. P. uznał za winnego tego, że w dniu 17 lutego 2012 r. w G. kierował wykonaniem czynu zabronionego przez D. K. i M. K. polegającego na zaborze w celu przywłaszczenia mienia w postaci pieniędzy w kwocie około 100.000 zł na szkodę A. W., doprowadzając pokrzywdzonego do stanu bezbronności poprzez użycie paralizatora, w ten sposób, że wytypował sprawców, wskazał im osobę pokrzywdzonego, wytypował miejsce i czas popełnienia przestępstwa,

zaplanował sposób popełnienia przestępstwa w tym użycie paralizatora, który dostarczył w tym celu M. K., ustalił drogę ucieczki i pozostałe szczegóły przebiegu przestępstwa, czyn ten zakwalifikował z art. 18§1kk w zw. z art. 280§1kk i za to na mocy art. 280§1kk skazał go na karę 3 lat pozbawienia wolności;

II. oskarżonego M. S. uznał za winnego tego, że w zamiarze by B. P. oraz wytypowane przez B. P. osoby dokonały przestępstwa rozboju ułatwił swoim zachowaniem jego popełnienie poprzez udzielenie informacji o osobie pokrzywdzonego A. W. jako mężczyźnie, który w związku z wykonywanym zawodem nosi przy sobie pieniądze, czyn ten zakwalifikował z art. 18§3 kk w zw. z art. 280§1kk i za to przy zastosowaniu art. 19§1kk na mocy art. 280§1kk w zw. z art. 33§1i2 kk skazuje go na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i karę grzywny w wymiarze 150 (stu pięćdziesięciu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 10 (dziesięć) złotych;

III. na mocy art. 69§1 i 2 kk, art. 70§1 pkt 1 kk wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego M. S. kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 5 lat;

IV. oskarżonych D. K. i M. K. uznał za winnych tego, że w dniu 17 lutego 2012 r. w G. działając wspólnie i w porozumieniu usiłowali dokonać zaboru w celu przywłaszczenia mienie w postaci pieniędzy w kwocie około 100.000 zł na szkodę A. W. doprowadzając go do stanu bezbronności poprzez użycie paralizatora, lecz zamierzonego celu nie osiągnęli z uwagi na postawę pokrzywdzonego, czym działali na szkodę A. W., przy czym M. K. dopuścił się popełnienia przypisanego mu czynu przed upływem pięciu lat od odbycia w okresie od dnia 15.03.2002 r. do dnia 10.12.2010 r. części kary 12 lat pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10.04.2006 r. w sprawie IVK 13/04 za przestępstwa z art. 258§3kk w zb. z art. 263§2kk w zw. z art. 11§2kk, art. 280§2 kk, art. 13§1kk w zw. z art. 148§2 pkt 2 i 4kk w zb. z art. 280§2kk w zw. z art. 11§2kk, art. 291§1 kk, czyn ten zakwalifikował w stosunku do oskarżonego D. K. z art. 13§1kk w zw. z art. 280§1kk, zaś w stosunku do oskarżonego M. K. z art. 13§1kk w zw. z art. 280§1kk w zw. z art. 64§1 kk i za to przy zastosowaniu art. 14§1kk na mocy art. 280§1kk skazał:

- oskarżonego D. K. na karę 3 lat pozbawienia wolności

- oskarżonego M. K. na karę 5 lat pozbawienia wolności;

V. na mocy art. 63§1 kk na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności zaliczył okresy rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie:

- D. K. od dnia 17.02.2012 r. do dnia 22.11.2012 r. oraz od dnia 19.12.2012 r. do dnia 07.02.2013 r.

- oskarżonemu M. K. od dnia 17 lutego 2012 r. do dnia 07.02.2013 r.

- oskarżonemu B. P. od dnia 17.02.2012 r. do dnia 22.11.2012 r. oraz od dnia 19.12.2012 r. do dnia 07.02.2013 r.

VI. na mocy art. 63§1 kk na poczet orzeczonej kary grzywny zaliczył oskarżonemu M. S. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 17.02.2012 r. do dnia 01.05.2012 r. przyjmując, że jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie równa się dwóm dziennym stawkom grzywny;

Wyrok zawiera ponadto rozstrzygnięcia o dowodach rzeczowych i kosztach sądowych.

Apelacje od powyższego wyroku wnieśli prokurator i obrońcy oskarżonych B. P., D. K. i M. K..

Prokurator zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść wszystkich oskarżonych, zarzucając:

- obrazę przepisów prawa materialnego, w szczególności art. 280 § 2 k.k. poprzez niewłaściwą ocenę strony przedmiotowej ww. przestępstwa i ustalenie, iż w kontekście odpowiedzialności za typ kwalifikowany przestępstwa

rozboju koniecznym jest przypisanie środkom obezwładniającym cechy niebezpiecznych, stwarzających bezpośrednio zagrożenie dla życia pokrzywdzonego, podczas gdy prawidłowa analiza znamion przestępstwa stypizowanego w art. 280 § 2 k.k. prowadzi do wniosku, że nadanie środkom obezwładniającym cech niebezpiecznych jak broń palna czy nóż eliminuje z katalogu narzędzi wskazanych w ww. przepisie środki obezwładniające sprawiając, że katalog tychże środków okazuje się pusty, albowiem środki obezwładniające niebezpieczne nie mieszczą się w pojęciu „innego podobnie niebezpiecznego przedmiotu”,

- obrazę przepisów prawa procesowego, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. przepisu art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. poprzez uznanie w punkcie II sentencji wydanego wyroku oskarżonego M. S. za winnego tego, że w zamiarze, by B. P. oraz wytypowane przez B. P. osoby dokonały przestępstwa rozboju, ułatwił swoim zachowaniem jego popełnienie poprzez udzielenie informacji o osobie pokrzywdzonego A. W. jako mężczyźnie, który w związku z wykonywanym zawodem nosi przy sobie pieniądze, tj. o przestępstwo z art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k., podczas gdy przepis art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. wymaga dokładnego określenia przypisanego oskarżonemu czynu ze wskazaniem miejsca i czasu jego popełnienia.

Podnosząc powyższe zarzuty apelująca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji.

Obrońca B. P. zaskarżył wyrok w całości, zarzucając:

I. obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść orzeczenia w postaci naruszenia:

1. art. 5 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez nieuzasadnione uznanie, iż wszelkie wątpliwości w sprawie zostały wyjaśnione, podczas gdy z materiału dowodowego w sprawie wynika, iż wątpliwości takie istnieją, dotyczą one istotnych dla oceny zawinienia oskarżonego kwestii i powinny one być rozstrzygnięte na korzyść oskarżonego, a w szczególności okoliczności wynikające z pomówień pochodzących od M. K., który wbrew innym dowodom uznany został za w pełni wiarygodnego,

2. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dowolną a nie swobodną ocenę materiału dowodowego, w szczególności pominięcie okoliczności związanych z brakiem ustaleń co do tożsamości użytego przez K. paralizatora, który nie został rozpoznany przez B. P., zaś to, że nie był to jego paralizator zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego wynika z treści opinii biegłego, który wskazał, iż poddany przez niego oględzinom paralizator był porysowany i nosił ślady dłuższego użytkowania, co wyklucza go jako urządzenie nabyte i wręczone P. przez K., które miało być fabrycznie nowe i nabyte kilka dni przed zdarzeniem,

3. art. 2 § 2 k.p.k. poprzez oparcie zaskarżonego wyroku na częściowym, opierającym się na nieprawdziwych dowodach i niepełnym materiale dowodowym w postaci:

przyjęcia, iż B. P. dostarczył informacji o osobie pokrzywdzonego W., a w tym także wskazał drogę do jego miejsca zamieszkania tak, aby nie było m. in. kamer, gdy ustalenia materiału dowodowego wskazują, iż informacja ta jest nieprawdziwa, albowiem kamery znajdowały się zarówno w miejscu zdarzenia, w sklepie w którym B. P. dokonywał zakupów, jak i na trasie, którą poruszali się K. z K. – „szliśmy obok (...) i obok restauracji w J.” (k.11 uzasadnienia) czy też „wysiedliśmy przy Hotelu (...)” (k. 19 uzasadnienia).

nie zweryfikowania dokładnej trasy sprawców do i z miejsca zdarzenia pod kątem, czy faktycznie nie było tam żadnych kamer jak utrzymuje K. co było możliwe przez okazanie planu miasta lub też przy tak znaczącej chęci współpracy ze strony K. poprzez przeprowadzenie eksperymentu procesowego, polegającego na odtworzeniu trasy,

bezpodstawnego przyjęcia, iż zabezpieczony paralizator stanowił własność B. P. i nie podjęcie jakichkolwiek czynności w celu weryfikacji tego ustalenia, co czyni, iż sąd I instancji oparł się w tym zakresie na spekulacji, a nie na faktycznym, prawdziwym ustaleniu,

uznania wyjaśnień M. S., złożonych w trakcie posiedzenia w przedmiocie tymczasowego aresztowania za wiarygodne w przeciwieństwie do jego pozostałych wyjaśnień, gdy doświadczenie życiowe wskazuje na to, że S. jako osoba niekarana, znalazłszy się w bardzo trudnej sytuacji życiowej, znając już zarówno z zarzutów jak i przeprowadzonych w jego udziałem przesłuchań stan faktyczny, próbował udzielić żądanych przez organy ścigania jakichkolwiek informacji w celu uniknięcia tymczasowego aresztowania,

II. błąd w ustaleniach faktycznych przez uznanie, iż B. P. swoim zachowaniem wyczerpał znamiona czynu określonego w art. 17 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k., gdyż miał w pełni zamiar i zrealizował wszystkie zaplanowane przez siebie czynności, zmierzające do tego, by K. i K. dopuścili się zaplanowanego rozboju, gdy w rzeczywistości prócz zmiennych i niewiarygodnych wyjaśnień tego oskarżonego, nie potwierdzonych przez żadne inne obiektywne dowody, nie ma żadnych innych przesłanek, aby B. P. zamiar taki przypisać, zaś istniejące wątpliwości, jak i również braki dowodowe tym bardziej przeczą zasadności takiego rozstrzygnięcia.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji.

Obrońca D. K. zaskarżył wyrok w części dotyczącej kary, zarzucając rażąca jej niewspółmierność - surowość i wnosząc o zmianę wyroku poprzez złagodzenie kary i orzeczenie jej w dolnym ustawowym wymiarze.

Obrońca M. K. zaskarżył wyrok w części dotyczącej kary, zarzucając:

- obrazę prawa materialnego, a mianowicie art. 60 § 3 k.k., przez wymierzenie oskarżonemu kary bez nadzwyczajnego jej złagodzenia, mimo ustalenia, że oskarżony, współdziałający z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, ujawnił wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia,

- rażąca niewspółmierność kary poprzez:

a) nieuwzględnienie w wystarczającym stopniu, iż oskarżony przyznał się do winy, złożył obszerne, szczerze i spontaniczne wyjaśnienia, a także wyraził skruchę i żal,

b) zmarginalizowanie tego, iż oskarżony przeprosił pokrzywdzonego, a przeprosiny zostały przyjęte.

W konkluzji apelująca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez znaczne złagodzenie orzeczonej kary pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Zasadną okazała się apelacja obrońcy M. K., a częściowo zasadną apelacja prokuratora. Pozostałe apelacje nie zasługiwały na uwzględnienie.

I.

motywy uwzględnienia podnoszonego w apelacji prokuratora zarzutu obrazy przepisów postępowania i częściowej zmiany zaskarżonego wyroku.

Zasadnym okazał się zarzut obrazy art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., wynikającej z braku w punkcie II wyroku dokładnego określenia przypisanego oskarżonemu czynu ze wskazaniem miejsca i czasu jego popełnienia. Wobec stwierdzenia tego uchybienia, konieczną była zmiana wyroku sądu pierwszej instancji na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. poprzez uzupełnienie opisu przestępstwa przypisanego oskarżonemu M. S. w punkcie II wyroku o określenie, że dopuścił się on go w pierwszej połowie lutego 2012 roku w G..

Czas i miejsce popełnienia przestępstwa określono z uwzględnieniem ustaleń sądu a quo, iż przypisane M. S. pomocnictwo do występuku rozboju polegało na dostarczeniu współoskarżonym informacji o pokrzywdzonym i miało miejsce przed dniem 17 lutego 2012 roku. Sąd odwoławczy oparł się w tej mierze o wyjaśnienia M. K., którym sąd a quo dał wiarę, iż pierwsze jego spotkanie z B. P. i M. S. miało miejsce kilkanaście dni przed zdarzeniem. Nie było przy tym podstaw do przyjęcia, że M. S. dopuścił się przypisanego mu pomocnictwa w dniu 17 lutego 2012 roku, a więc w dniu dokonania rozboju, albowiem dostarczył on współoskarżonym informacji o pokrzywdzonym w okresie wcześniejszym.

Pomimo dokonania przez sąd ad quem powyższej zmiany, czyny zarzucane i przypisane pozostają in concreto tożsame z zastrzeżeniem przypisania samej tylko postaci zjawiskowej przestępstwa, jaką jest pomocnictwo. Z pewnością nie doszło do przypisania innego czynu, niż zarzucany, a jedynie do zmiany jego opisu. Taka zmiana nie wpłynęła na zmianę tożsamości czynu, gdyż przedmiotem rozpoznania było w tym wypadku to samo zdarzenie historyczne. M. S. zarzucono dokonanie sprawstwa kierowniczego w dniu 17 lutego 2012 roku, a oskarżenie to obejmowało, jako czynności współukarane uprzednie, dostarczenie informacji o pokrzywdzonym. Zmiana opisu czynu skutkowałą zatem w tym wypadku ograniczeniem odpowiedzialności karnej tylko do tychże czynności, realizowanych wcześniej niż sam napad.

Sąd ad quem dokonał zatem zmiany, która mieści się w granicach tożsamości czynu i stanowi dopuszczalną, a jednocześnie konieczną modyfikację (podobnie - Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14.10.2002r., II KKN 409/00, publ. LEX 56089).

II.

motywy uwzględnienia apelacji obrońcy M. K.

Zasadnym okazał się wniosek obrońcy M. K. o złagodzenie orzeczonej kary pozbawienia wolności, przy czym w ocenie Sądu Apelacyjnego nie doszło do objętego zarzutem uchybienia w postaci obrazy art. 60 § 3 k.k., lecz do orzeczenia kary rażąco niewspółmiernie surowej.

Nie podzielając stanowiska obrońcy, zaprezentowanego na poparcie pierwszego z zarzutów, sąd odwoławczy aprobuje motywy wskazane na s. 59-60 uzasadnienia zaskarżonego wyroku, zgodnie z którymi brak było podstaw do zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary. Szczególnego podkreślenia wymaga przy tym, iż w niniejszej sprawie zachodził zbieg podstaw do nadzwyczajnego obostrzenia i złagodzenia kary, co zgodnie z art. 57 § 2 k.k. uprawniało sąd orzekający do wyboru jednej z nich. Czyniąc to i szczegółowo motywując swoje stanowisko, organ pierwszej instancji dokonał oceny swobodnej, opartej o całokształt okoliczności, mających wpływ na wymiar kary, a przy tym mając na względzie cele kary, określone w art. 53 § 1 k.k.

Pomimo prawidłowości omawianej wyżej oceny sądu a quo, należy dostrzec, iż orzeczona wobec M. K. kara 5 lat pozbawienia wolności razi surowością. Jest to przy tym surowość jaskrawa, oczywista i widoczna już na pierwszy rzut oka, a więc będąca przejawem uchybienia, określonego treścią art. 438 pkt 4 k.p.k.

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że na niekorzyść M. K. oceniono jego karalność, w tym działanie w warunkach powrotu do przestępstwa, zaś na korzyść postawę w procesie, przyznanie się do winy, wyrażenie skruchy i przeproszenie pokrzywdzonego (s. 57-58). Odrębnie sąd orzekający zaznaczył, iż M. K. należało wymierzyć karę

najsurowszą w porównaniu z pozostałymi oskarżonymi, albowiem pełnił on znaczącą rolę w przestępstwie, w tym pozyskał paralizator i namówił do udziału w napadzie D. K., nadto cechowała go determinacja w realizowaniu zamiaru przestępczego (s. 58 uzasadnienia).

Pomimo, że poszczególne z wymienionych wyżej ustaleń Sądu Okręgowego są co do zasady prawidłowe, to jednak w oparciu o ich całokształt wadliwie wysnuto wnioski o konieczności orzeczenia wobec M. K. kary daleko bardziej surowej, niż kary orzeczone wobec pozostałych oskarżonych. obrońca ma w tym zakresie rację, iż sąd orzekający niesłusznie zmarginalizował postawę oskarżonego wobec organów ścigania, w tym przyznanie się i wyrażenie skruchy. Sąd odwoławczy stoi na stanowisku, iż stopień zawinienia M. K. nie uzasadniał wymierzenia mu kary znacznie surowszej od tej, jaką wymierzono B. P. i D. K.. Sąd Okręgowy słusznie wskazał na s. 58 uzasadnienia, iż najwyższy był stopień zawinienia B. P., który swoim zachowaniem stworzył warunki do popełnienia czynu przez M. K. i D. K., niemniej ze stwierdzenia tego nie wysnuł właściwych wniosków, albowiem dostrzegając doniosłą rolę B. P., karę wyraźnie najsurowszą orzekł wobec M. K.. W ocenie sądu odwoławczego takiego zróżnicowania nie uzasadniało ani działanie M. K. w warunkach recydywy, ani przybranie do udziału w przestępstwie D. K., ani wreszcie użycie paralizatora wobec pokrzywdzonego. Gdy bowiem porówna się rolę obu tych oskarżonych, to nie sposób nie dostrzec, że zachowanie każdego z nich, podobnie jak zachowanie D. K., było warunkiem koniecznym realizacji przestępstwa. To, że M. K. osobiście usiłował obezwładnić A. W., nie może być interpretowane jako zachowanie znacznie bardziej szkodliwe, niż zachowanie B. P., który napad ten obmyślił, zaplanował i pokierował jego wykonaniem przez inne osoby. W efekcie w pierwszej kolejności należało uznać, że ustalenia sądu a quo co do stopnia zawinienia B. P., M. K. i D. K. nie uzasadniały zasadniczego zróżnicowania orzekanych wobec nich kar.

W dalszej kolejności należało rozważyć, czy kara orzeczonej wobec M. K. powinna być - jak przyjął sąd pierwszej instancji - karą znacznie surowszą od orzeczonej wobec współoskarżonych ze względu na jego działanie w warunkach powrotu do przestępstwa. W tej mierze sąd odwoławczy przyjął, że jakkolwiek działanie w warunkach recydywy niewątpliwie przemawiało za podwyższeniem kary, to jednak przy jej wymiarze należało w większym stopniu uwzględnić lojalność, jaką w procesie wykazał się oskarżony. Skoro bowiem M. K. konsekwentnie składał wyjaśnienia, ukazujące przebieg przestępstwa i rolę współoskarżonych, a wyjaśnienia te posłużyły jako podstawowy dowód do rekonstrukcji stanu faktycznego (pomijając kwestię źródła pozyskania paralizatora, która miała znaczenie drugorzędne), to można przyjąć, iż zaprezentował on postawę, mogącą świadczyć o zrozumieniu przez niego naganności własnego zachowania i zamiarze życia w zgodzie z zasadami porządku prawnego.

W świetle powyższej oceny sąd ad quem uznał, że M. K. zasłużył na wymierzenie mu kary w wymiarze 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, jako kary adekwatnej do stopnia społecznej szkodliwości czynu i stopnia jego zawinienia, a przy tym kary sprawiedliwej i proporcjonalnej. Podkreślenia wymaga, że kara w wymiarze zmodyfikowanym przez sąd odwoławczy, nie przekracza stopnia winy, albowiem z jednej strony jest karą zbliżoną do kar orzeczonych wobec B. P. i D. K., zaś z drugiej w odpowiednim i wystarczającym zakresie uwzględnia działanie M. K. w warunkach powrotu do przestępstwa.

Kierując się powyższą argumentacją, w punkcie I wyroku Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. zmienił zaskarżony wyrok i obniżył wymiar orzeczonej wobec M. K. kary pozbawienia wolności do 3 lat i 6 miesięcy.

III.

motywy nieuwzględnienia apelacji prokuratora w zakresie zarzutu obrazy przepisu art. 280 § 2 k.k.

Na wstępie należy odnotować niewątpliwie wadliwą konstrukcję pierwszego z zarzutów apelacyjnych. Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku - zgodnym z jednolitym stanowiskiem judykatury - iż podnoszenie zarzutu obrazy prawa materialnego musi być połączone z akceptacją dotychczasowych ustaleń faktycznych, gdyż tego rodzaju uchybienie sprowadza się do wadliwej subsumcji normy prawnej do niespornego stanu faktycznego (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z 24.01.2007r., II KK 256/06, z 18.01.2007r., III KK 459/06, z 09.01.2002r., V KKN 319/99, z 26.02.2009r., WA 3/09, z 29.05.2008r., V KK 89/08, z 20.11.2008r., V KK 158/08, z 02.12.2008r., III KK 230/08).

Naruszenie przepisu prawa materialnego ma zatem miejsce wówczas, gdy wystąpi błąd subsumcji, a więc gdy prawidłowemu ustaleniu faktycznemu sąd przypisze niewłaściwą kwalifikację prawną, tj. nie zastosuje przepisu prawa materialnego, który ma obowiązek zastosować lub zastosuje przepis prawa materialnego, którego zastosować mu nie wolno. Jeżeli stan faktyczny nie został - zdaniem stron procesowych - należycie ustalony, to ewentualna uchybienie tego rodzaju "wyprzedza" zagadnienia oceny prawnokarnej, gdyż tej nie można prawidłowo dokonać przed ustaleniem prawdziwych okoliczności zdarzenia będącego przedmiotem osądu.

Podnosząc zarzuty obrazy prawa materialnego, apelująca posłużyła się argumentacją, której istotą jest próba podważenia trafności ocen dokonanych przez sąd orzekający, skoro uchybienie wskazane w zarzucie pierwszym ma polegać na „niewłaściwej ocenie strony przedmiotowej ww. przestępstwa i ustaleniu, iż w kontekście odpowiedzialności za typ kwalifikowany przestępstwa rozboju koniecznym jest przypisanie środkom obezwładniającym cechy niebezpiecznych, stwarzających bezpośrednie zagrożenie dla życia pokrzywdzonego, podczas gdy prawidłowa analiza znamion przestępstwa stypizowanego w art. 280 § 2 k.k. prowadzi do wniosku, że nadanie środkom obezwładniającym cech niebezpiecznych jak broń palna czy nóż eliminuje z katalogu narzędzi wskazanych w ww. przepisie środki obezwładniające sprawiając, że katalog tychże środków okazuje się pusty (...)”.

W opisanej sytuacji kontroli instancyjnej należało poddać prawidłowość ustaleń faktycznych, uwzględniając wszakże stanowisko zaprezentowane przez apelującą na poparcie podnoszonego przez nią zarzutu obrazy prawa materialnego. Ocena taka nie naruszała reguły wnioskującej z art. 434 § 1 zdanie 2 k.p.k. Wprawdzie bowiem zgodnie z art. 433 § 1 i 2 k.p.k. sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach środka odwoławczego, a w zakresie szerszym o tyle, o ile ustawa to przewiduje, nadto jest obowiązany rozważyć wszystkie wnioski i zarzuty wskazane w środku odwoławczym, to jednak w art. art. 434 § 1 zdanie 2 k.p.k. mowa jest o stwierdzeniu uchybień (a nie zarzutów) podniesionych w środku odwoławczym. Tym samym rozbieżność, polegająca na zarzuceniu przez oskarżyciela publicznego uchybienia z art. 438 pkt 1 k.p.k. z jednoczesnym powołaniem argumentacji, mającej wskazywać na uchybienie z art. 438 pkt 3 k.p.k., nie stało na przeszkodzie rozważaniu, czy wystąpiło drugie z nich.

Odnosząc się do argumentacji prokuratora, sąd ad quem zważył, iż jest ona oczywiście chybiona.

Aprobując ocenę zaprezentowaną w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, należy na wstępie przypomnieć, iż Sąd Okręgowy stanął na stanowisku zbliżonym z treścią Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24.01.2001r., I KZP 45/00 (OSNKW 2001/3-4/17), zgodnie z którą wymieniony w art. 280 § 2 k.k. „środek obezwładniający” - podobnie jak i inne wskazane tam przedmioty i sposób działania - musi być „niebezpieczny”, tj. bezpośrednio zagrażający życiu człowieka. Nie przytaczając ponownie uzasadnienia Uchwały I KZP 45/00 ani nie powielając argumentacji zawartej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, godzi się jedynie tytułem wstępu, przypomnieć, iż sąd a quo przyjął, że:

zgodnie z wykładnią językową i celowościową, dla bytu rozboju kwalifikowanego przez posłużenie się „środkiem obezwładniającym”, konieczne jest ustalenie, że środek ten jest w konkretnej sprawie „niebezpieczny” w stopniu podobnym do broni palnej lub noża,

paralizator stanowiący dowód rzeczowy, będący z definicji „środkiem obezwładniającym”, nie mógł być w niniejszej sprawie uznany za środek obezwładniający „niebezpieczny” podobnie jak broń palna lub nóż, albowiem sprzeciwiały się temu ustalenia co do sposobu jego użycia, właściwości osoby pokrzywdzonej oraz faktycznych skutków jego użycia.

Aprobując powyższą argumentację sądu orzekającego należy powołać następujące argumenty.

1. zapatrywania sądu ad quem w przedmiocie „niebezpieczeństwa” jako cechy „środka obezwładniającego” w rozumieniu art. 280 § 2 k.k.;

Apelująca nie zdołała podważyć prawidłowości toku rozumowania sądu a quo, opartego o wykładnię językową i celowościową. Analiza treści art. 280 § 2 k.k. nie pozostawia wątpliwości, że przymiotnik „niebezpieczny” należy odnosić nie tylko do poprzedzającego go słowa „przedmiot”, ale i do następującego po nim pojęcia „środek

obezwładniający", gdyż zwrot „inny podobnie niebezpieczny przedmiot" połączony jest spójnikiem „lub" z określeniem „środek obezwładniający", w związku z czym przymiotnik "niebezpieczny" dookreśla zarówno "inny przedmiot", jak i "środek obezwładniający" oraz w równym stopniu odnosi się do obu tych pojęć. Z kolei użycie przed przymiotnikiem „niebezpieczny" słowa „podobnie" niewątpliwie odnosi się - chociażby z braku innej możliwości - do początkowej części przepisu, w której mowa o broni palnej i nożu. Zatem „środek obezwładniający" nie ma być „niebezpieczny" w ogóle, ale „podobnie niebezpieczny" jak broń palna lub nóż.

Pozostając przy wykładni językowej, należy przytoczyć istotny argument, wynikający z uzasadnienia Uchwały I KZP 45/00, iż gdyby intencją ustawodawcy było traktowanie każdego środka obezwładniającego jako elementu determinującego surowszą odpowiedzialność na podstawie art. 280 § 2 k.k., to umieściliby go na początku tego przepisu w katalogu przedmiotów niebezpiecznych ze swej istoty, tj. obok broni palnej i noża.

Prawidłowość wykładni językowej potwierdza wykładnia celowościowa. Sad Najwyższy (por. Uchwałę I KZP 45/00) oraz sąd a quo mają niewątpliwie rację, że typ kwalifikowany rozboju został zbudowany na podstawie kryterium stopnia zagrożenia życia pokrzywdzonego, wynikającego z użytego wobec niego środka lub sposobu napadu. Innymi słowy - przesłanką konieczną do przypisania sprawcy przestępstwa rozboju typu kwalifikowanego jest posłużenie się przedmiotami, środkami lub sposobami ataku, których użycie stwarza bezpośrednie zagrożenie dla życia pokrzywdzonego. W przypadku broni palnej i noża takiego zagrożenia nie trzeba dowodzić, gdyż ma ono charakter domniemania, wynikającego z art. 280 § 2 k.k. in principio. W przypadku pozostałych, przewidzianych tym przepisem przedmiotów, środków lub sposobów, w szczególności środków obezwładniających, każdorazowo koniecznym jest przeprowadzenie procesu dowodzenia, iż są one „niebezpieczne".

Koncepcja odmienna do powyższej, iż każdy środek obezwładniający, czyli pozbawiający napadniętego możliwości fizycznego przeciwstawienia się atakowi, stanowiłby czynnik determinujący przyjęcie kwalifikowanego typu przestępstwa rozboju, nie jest trafna, gdyż jej przyjęcie:

eliminowałoby w praktyce możliwość zastosowania art. 280 § 1 k.k. in fine k.k.,

prowadziłoby do surowszego kwalifikowania tych stanów faktycznych, w których użyto środka obezwładniającego nie wywołującego żadnych dolegliwości fizycznych, w porównaniu ze stanami, które charakteryzowały się znacznym nasileniem przemocy, połączonej nieraz z poważnymi lub długotrwałymi dolegliwościami wyrządzonymi pokrzywdzonemu.

Na poparcie powyższego rozumowania należy przytoczyć aktualne poglądy doktryny, iż:

„środek obezwładniający winien być podobnie niebezpieczny jak broń palna lub nóż" (M. Kulik – Kodeks karny – Komentarz, wyd. Lex 2013, teza 16 do art. 280),

„konstrukcja przepisu art. 280 § 2 k.k., w tym w szczególności posłużenie się spójką „lub" występującą między pojęciami „podobnie niebezpieczny przedmiot" i „środek obezwładniający", przesądza, że przepis ten określa alternatywę w postaci „posłużenia się innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem lub posłużenia się innym podobnie niebezpiecznym środkiem obezwładniającym" (M. Dąbrowska-Kardas – Kodeks karny – Komentarz, wyd. Zakamycze 2006, teza 105 do art. 280).

Należy przy tym wskazać, że nawet w ramach poglądu częściowo odmiennego, zgodnie z którym „środkiem obezwładniającym" w rozumieniu art. 280 § 2 k.k. „nie musi (...) być środek „podobnie" niebezpieczny do broni palnej lub noża" (A. Marek - Kodeks karny - Komentarz, wyd. Lex 2010, teza 21 do art. 280) zastrzega się, że „środek obezwładniający" „(...) musi jednak być w ogóle niebezpieczny, tj. stwarzać realne zagrożenie dla zdrowia pokrzywdzonego" (op. cit.).

Jakkolwiek zatem w doktrynie nie ma pełnej zgodności co do tego, czy środek obezwładniający winien być niebezpieczny podobnie jak broń palna lub nóż (pogląd dominujący), czy też generalnie niebezpieczny dla życia lub

zdrowia, to jednak zgodnie za nieuprawnione uznaje się odnoszenie pojęcia innego podobnie niebezpiecznego środka obezwładniającego wymienionego w art. 280 § 2 k.k. do wszelkich środków obezwładniających rozumianych jako środki prowadzące do pozbawienia ofiary możliwości poruszania się w ogóle lub unieruchomienia tylko niektórych części ciała (podobnie M. Dąbrowska-Kardas - Kodeks karny - Komentarz, wyd. Zakamycze 2006, teza 105 do art. 280).

Oceniając argumentację prokuratora należy w pierwszej kolejności odnotować, że w apelacji nie zakwestionowano poglądu, zgodnie z którym środek obezwładniający musi być „niebezpieczny” w rozumieniu art. 280 § 2 k.k. Powołując się na tezę wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 29.12.2000r., II AKa 444/00, apelująca podjęła jedynie próbę wykazania, że „niebezpieczeństwa”, o jakim mowa w art. 280 § 2 k.k. nie powinno się porównywać z tym, które stwarza użycie broni palnej lub noża. Odpierając ten pogląd, sąd ad quem ponownie odwołuje się do wykładni językowej i celowościowej, zgodnej z poglądem Sądu Najwyższego

W uzasadnieniu apelacji nie uwiarygodniono podnoszonej tezy, zgodnie z którą konieczność przypisywania środkowi obezwładniającemu cech, czyniących go niebezpiecznym w stopniu podobnym co nóż lub broń palna, powodowałyby, że przepis art. 280 § 2 k.k. w tej części byłby martwy, gdyż zbiór desygnatów nazwy „środek obezwładniający” byłby pusty. Nie jest takim uwiarygodnieniem powołanie się na tezę wyroku II AKa 444/00 Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, gdyż samo przytoczenie konkretnego judykatu nie może zastępować własnego rozumowania, którego w tym przypadku zabrakło. Nie jest zadaniem sądu odwoławczego domyślanie się, jaką konkretnie sytuację apelująca - będąca podmiotem profesjonalnym - ma na myśli. Sąd Apelacyjny za celowe uważa w tej sytuacji ograniczenie się do ogólnego stwierdzenia, iż środkiem obezwładniającym, którego użycie niesie ładunek niebezpieczeństwa podobny do tego, który wiąże się z użyciem broni palnej lub noża, będzie określony środek, który ze względu na sumę kumulatywnie rozpatrywanych okoliczności w postaci:

własnych cech (np. siły rażenia prądem w przypadku paralizatora, rodzaju użytego gazu w przypadku miotacza lub rodzaju użytej substancji w przypadku środków chemicznych),

sposobu jego użycia (np. czasu rażenia prądem w przypadku paralizatora lub odległości i warunków, w jakich użyto gazu w przypadku miotacza),

cech osoby pokrzywdzonej (np. posiadania rozrusznika serca w przypadku użycia paralizatora),

będzie stwarzał bezpośrednie i realne zagrożenie dla życia lub zdrowia pokrzywdzonego.

Nie sposób podzielić obaw apelującej, że takie przypadki w praktyce nie wystąpią. Można wprawdzie się zgodzić, że „niebezpieczne” użycie paralizatora (podobnie miotacza lub substancji chemicznych) będzie stosunkowo rzadkie, ale argument ten nie uprawnia do formułowania tezy o „pustym zbiorze desygnatów”, a tym samym o obrazie art. 280 § 2 k.k. w związku z wykładnią zaprezentowaną przez Sąd Okręgowy.

2. zapatrywania sądu ad quem w przedmiocie „niebezpieczeństwa” jako cechy paralizatora użytego w niniejszej sprawie.

Zgodnie z ustaleniami sądu orzekającego, opartymi na opinii biegłego z zakresu elektrotechniki (k. 510-526, 1169v-1170v akt):

dowodowy paralizator był sprawny, kompletny i generował prąd o natężeniu 65 mA.,

każde urządzenie generujące prąd o natężeniu powyżej 10 mA uznaje się za potencjalnie stanowiące zagrożenie dla zdrowia, a w niektórych przypadkach dla życia człowieka,

Zgodnie z ustaleniami sądu orzekającego, opartymi na opinii biegłych z G. (...) (k. 1350-1354 akt), odnoszącymi się do skutków użycia paralizatora:

skutki porażenia prądem zależą od natężenia (mA), napięcia (V), oporu stawianego przez tkanki oraz czasu trwania i kierunku przepływu prądu,

w przypadku prądu o natężeniu 50 - 75 mA następuje skurcz wszystkich mięśni szkieletowych, w tym oddechowych (jeżeli prąd nie zostanie przerwany, nastąpi uduszenie), zaś w przypadku prądu o natężeniu 75 - 100 mA często dochodzi do zaburzenia rytmu lub zatrzymania akcji serca,

w każdym z powyższych przypadków znaczenie ma czas – nawet mały prąd przy długim czasie użycia, może być szkodliwy,

paralizatory co do zasady nie dają długiego działania prądu, gdyż generują impulsy, maksymalnie 15-sekundowe., a często krótsze,

impuls do 15 sekund nie powoduje zaburzeń fizjologicznych, w tym zaburzeń serca,

zagrożenia takie mogą nastąpić przy czasie działania 20-45 sekund, ale nie są częste,

zagrożenie dla życia może nastąpić przy porażeniu osób przewlekle chorych na serce, zarówno choroby organiczne, jak i zaburzeniami czynności elektrycznej serca lub u osób z rozrusznikiem serca.

Przytoczone wyżej opinie dawały sądowi orzekającemu podstawę do wniosku, że jakkolwiek prąd generowany przez dowodowy paralizator był potencjalnym zagrożeniem dla życia lub zdrowia ludzkiego (opinia z zakresu elektrotechniki), to jednak w tym konkretnym wypadku, nie stanowił realnego zagrożenia, o czym świadczyły argumenty natury medycznej (opinia z G. (...)). Oto bowiem w świetle wniosków sformułowanych przez biegłych lekarzy, generowany w tym wypadku impuls, ze względu na krótki czas trwania (do 15 sekund), nie powodował zaburzeń fizjologicznych, w tym zaburzeń serca, przy czym nawet przy dłuższym działaniu impulsu (20-45 sekund), zaburzenia takie nie są częste. Co więcej - pokrzywdzony nie należał do żadnej z grup ryzyka, jego stan zdrowia był dobry, a znaczna masa ciała powodowała, że stawiało ono stosunkowo duży opór prądowi elektrycznemu.

W efekcie sąd orzekający, opierając się na niekwestionowanych przez apelującą dowodach (zeznania pokrzywdzonego, opinie biegłych), zasadnie uznał, że in concreto paralizator stwarzał jedynie potencjalne zagrożenie dla zdrowia lub życia pokrzywdzonego. O ile bowiem co do zasady generował on niebezpieczny dla organizmu ludzkiego prąd elektryczny, to jednak:

natężenie prądu (poniżej 75 mA) wykluczało możliwość jego wpływu na akcję serca,

krótki czas trwania impulsów elektrycznych uniemożliwiał spowodowanie śmierci pokrzywdzonego przez uduszenie (wskutek skurczu mięśni oddechowych), względnie uszkodzenia jego ciała przy założeniu ustalonego modus operandi sprawców,

pokrzywdzony nie należał do żadnej z grup ryzyka, nadto faktycznie doznał jedynie lekkich obrażeń ciała.

Zestawiając powyższe stanowisko z poglądem wyrażonym w apelacji należy wskazać na bezzasadność obaw, iż środek obezwładniający, a w szczególności paralizator elektryczny, nigdy nie będzie „niebezpieczny” w takim stopniu, by jego użycie przez sprawcę uzasadniało przyjęcie kwalifikacji prawnej z art. 280 § 2 k.k. [por. zarzut obrazy prawa materialnego wraz z wywodami o „pustym zbiorze desygnatów (...)”]. Oto bowiem można sobie wyobrazić stan faktyczny, polegający na użyciu paralizatora o mocy zagrażającej akcji serca (75-100 mA), z jednoczesnym poddaniem ofiary długotrwałemu działaniu prądu elektrycznego i w następstwie jej śmiercią, względnie dotkliwymi obrażeniami ciała, chociażby wynikającymi z upadku lub wykonywania niekontrolowanych ruchów ciała.

W efekcie omawiany w tym miejscu zarzut apelacji prokuratora należało uznać za oczywiście bezzasadny

IV.

motywy nieuwzględnienia apelacji obrońcy oskarżonego B. P.

W tej części uzasadnienia, tytułem uwag wstępnych, sąd odwoławczy za konieczne uznaje stwierdzenie, że Sąd Okręgowy przeprowadził postępowanie z poszanowaniem wszelkich zasad procesowych. Poczynione przez sąd a quo ustalenia co do winy B. P. niewątpliwie mają walor prawdziwych, a przez to zgodnych z wymogiem wynikającym z przepisu art. 2 § 2 k.p.k. Dokonano ich w sposób obiektywny, badając, zgodnie z art. 4 k.p.k., okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego. Materiał dowodowy poddano wszechstronnej analizie, a oceny, na podstawie których sformułowano kluczowe dla rozstrzygnięcia sprawy wnioski, realizowane były w sposób swobodny, tj. zgodnie z art. 7 k.p.k., przy uwzględnieniu zasad prawidłowego rozumowania, a także wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Stanowisko sądu pierwszej instancji znalazło kompleksowe odzwierciedlenie w treści pisemnego uzasadnienia wyroku, które w pełnym zakresie poddaje się kontroli instancyjnej.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, mającego w głównej mierze wynikać z obrazu przepisów postępowania karnego. Podnosząc go, autor apelacji zarówno w zarzucie, jak i w uzasadnieniu środka odwoławczego, nie wskazał na konkretne błędy w dochodzeniu przez sąd a quo do określonych ocen. Tymczasem tylko stwierdzenie tego rodzaju nieprawidłowości może skutkować uznaniem, że mamy do czynienia z błędem dowolności jako postacią błędu w ustaleniach faktycznych (podobnie - postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26.07.2007r., sygn. akt IV KK 175/07). Wyrażone w środku odwoławczym stanowisko stanowi zatem jedynie polemikę z ocenami, dokonanymi przez sąd orzekający.

Odnosząc się do podnoszonego w apelacji obrońcy B. P. zarzutu obrazu przepisów postępowania w zakresie, w jakim dotyczy on przepisów art. 7 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k. należy na wstępie wyrazić pogląd, że regulacje zawarte w powołanych przepisach mają charakter rozłączny co oznacza, że problem wiarygodności danego dowodu musi być rozstrzygnięty na płaszczyźnie art. 7 k.p.k., zaś stosowanie reguły wyrażonej w art. 5 § 2 k.p.k. powinno odnosić się tylko do nie dających się usunąć wątpliwości w sferze faktów. Tego rodzaju wątpliwości nie mogą się zaś wiązać z kwestią oceny wiarygodności określonego dowodu (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 07.12.2010r., sygn. akt II AKa 90/10). Nieuprawnionym jest więc łączenie przez autora apelacji w jednym zarzucie oraz uzasadnianie tą samą argumentacją naruszenia zasad in dubio pro reo oraz swobodnej oceny dowodów.

Powyzsza uwaga wiąże się z wielokrotnie wyrażanym przez sądy powszechne i Sąd Najwyższy poglądem, iż obraza art. 5 § 2 k.p.k. jest możliwa wyłącznie w sytuacji, gdy orzekający w sprawie sąd powziął wątpliwości co do treści ustaleń faktycznych lub wykładni prawa i - wobec niemożliwości ich usunięcia - rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego. Jeżeli natomiast pewne ustalenia faktyczne zależne są od oceny dowodów, w szczególności od uznania za wiarygodne lub odmowy dania wiary zeznaniom świadków lub wyjaśnieniom oskarżonych, to nie można mówić o naruszeniu zasady in dubio pro reo, a ewentualne zastrzeżenia co do oceny wiarygodności konkretnego dowodu lub grupy dowodów podlegają rozstrzygnięciu jedynie na płaszczyźnie respektowania przez sąd orzekający zasady swobodnej oceny dowodów (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14.12.2010r., sygn. akt III K 378/10).

In concreto zatem niewątpliwie nie mogło dojść i nie doszło do naruszenia zasady in dubio pro reo, albowiem treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wskazuje, aby sąd orzekający powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do faktów lub ich prawnej oceny, zaś cały ciężar wnioskowania skupił się w wykazywaniu wiarygodności dowodów oskarżenia, w tym kluczowego tzw. dowodu z pomówienia w postaci wyjaśnień M. K..

Oceniając poszczególne zarzuty i argumenty, zaprezentowane przez apelującego na poparcie zarzutu obrazu przepisów postępowania, sąd ad quem zważył, co następuje.

Wbrew stanowisku apelującego, prawidłową jest dokonana przez sąd orzekający ocena dowodu z wyjaśnień M. K.. Niewątpliwie nie doszło w tym względzie do naruszenia reguły in dubio pro reo, albowiem treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wskazuje, by sąd orzekający powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do wiarygodności pomówienia, a następnie rozstrzygnął je niezgodnie z regułą, wynikającą z art. 5 § 2 k.p.k. Pisemne motywy wyroku

przekonują, iż Sąd Okręgowy w swoim rozumowaniu stosował zasady oceny swobodnej, określone treścią art. 7 k.p.k., a sformułowane przeciwko tej ocenie zarzuty obrońcy, nie są słuszne.

Nie jest trafnym argument apelującego, iż bezpodstawnym było danie wiary M. K. na okoliczność przekazania B. P. paralizatora. Wbrew stanowisku obrońcy, dokonana przez sąd orzekający ocena, iż dowodowy paralizator jest tym samym, który M. K. nabył na polecenie B. P., a następnie otrzymał od niego w dniu napadu, jest oceną swobodną, zgodną z treścią art. 7 k.p.k. Nie doszło również do obrazy art. 410 k.p.k., gdyż okoliczność, wynikająca z opinii biegłego P. B., iż dowodowy paralizator ma porysowaną obudowę, została wzięta pod uwagę przez sąd orzekający.

Przede wszystkim należy wyrazić aprobatę dla rozważań sądu a quo w tym przedmiocie, zaprezentowanych na s. 33-34 oraz 36-37 uzasadnienia zaskarżonego wyroku.

Sąd odwoławczy podziela ocenę, iż wyjaśnienia M. K. na okoliczność nabycia paralizatora na polecenie i za pieniądze B. P., przekazania go współoskarżonemu, a następnie otrzymania od niego bezpośrednio przed napadem, były logiczne, gdyż przy ustaleniu, że B. P. zaplanował rozbój i kierował jego wykonaniem, należało uznać za logiczną możliwość określenia przez niego modus operandi, rodzaju narzędzia i sfinansowania jego zakupu. Z tymi ustaleniami korespondowały te, które dotyczyły trudnej sytuacji materialnej M. K. i pożyczania przez niego pieniędzy od B. P., albowiem tłumaczy to powód, dla którego zakup paralizatora nie został sfinansowany przez M. K..

Wyjaśnienia M. K. na powyższe okoliczności były konsekwentne w stopniu uzasadniającym danie im wiary. Niezmienną była wersja o zakupie paralizatora na polecenie współoskarżonego i za jego środki oraz przekazywania go między oskarżonymi. Należy zgodzić się z sądem orzekającym, iż oceny o generalnej konsekwencji pomówienia nie wyłącza fakt, że na etapie postępowania sądowego M. K. podjął próbę wykazania, że paralizator zakupił w sklepie w G., a nie „przez kogoś z rodziny”. Po pierwsze bowiem wersja o zakupie w sklepie się nie potwierdziła, po drugie zaś realnym jest, że M. K. przed sądem kierował się obawą przed skierowaniem postępowania karnego przeciwko członkowi rodziny, od którego przyjął (nabył) urządzenie, na którego posiadanie wymagane było zezwolenie. Ta ostatnia wersja pośrednio znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu apelacji, w którym jej autor powołał się na przypuszczenie, iż paralizator dostarczył ojczym M. K. (s. 6 apelacji). Jakkolwiek zatem jest to jedynie domniemanie, to w sposób logiczny tłumaczy ono zmienność relacji pomawiającego tylko w tym jednym fragmencie. Ocena dokonana z takiego punktu widzenia przekonuje, że nie mamy do czynienia z pomówieniem generalnie chwiejnym lub niekonsekwentnym.

W następstwie powyższych rozważań, należało podzielić ocenę sądu a quo, zgodnie z którą dowodowy paralizator nie został nabyty w sklepie prowadzonym przez świadka P. S..

Wbrew ocenie obrońcy nie było podstaw do przyjęcia, że istniały dwa różne paralizatory - pierwszy, użyty przy usiłowaniu napadu i stanowiący dowód rzeczowy w niniejszej sprawie (mający według biegłego P. B. porysowaną obudowę) oraz drugi, kupiony przez M. K. na prośbę B. P., rzekomo przechowywany w samochodzie tego ostatniego i nie używany do dokonania napadu. Sąd Okręgowy ma rację (s. 38 uzasadnienia), iż B. P. nie był w tej mierze konsekwentny, albowiem początkowo twierdził, że nie pamięta, czy przekazywał paralizator M. K., a dopiero w późniejszym czasie potwierdził wersję współoskarżonego o przekazaniu mu 300 zł. na zakup urządzenia, by następnie utrzymywać, że paralizatora używał do samoobrony i woził go w schowku w drzwiach samochodu. W świetle zasad prawidłowego rozumowania i doświadczenia życiowego (art. 7 k.p.k.) nie mogło bowiem ulegać wątpliwości, że taka ewolucja wyjaśnień B. P. nie daje się wytłumaczyć spontanicznym i szczerym tłumaczeniem okoliczności sprawy, lecz dostosowywaniem linii obrony do realiów występującego w sprawie materiału dowodowego. Innymi słowy - nie może ulegać wątpliwości, że B. P. w pewnym momencie przedstawił wersję o poleceniu M. K. zakupu paralizatora, gdyż uznał, że w ten sposób „osłabi” wymowę pomówienia. Gdyby intencją B. P. było złożenie w sprawie szczerych wyjaśnień, a nie jedynie próba obrony przed zarzutem, o poleceniu jego zakupu wyjaśniłby niezwłocznie, przy pierwszym przesłuchaniu.

Należy dodać, że nie jest brakiem postępowania lub uchybieniem w jego przebiegu, brak czynności zmierzających do weryfikacji twierdzeń B. P., że w jego samochodzie znajduje się paralizator, nabyty dla niego przez M. K..

Należy podkreślić, że po zatrzymaniu B. P. twierdził, że nie pamięta, czy przekazywał paralizator M. K., zaś w trakcie zatrzymania M. K. zabezpieczono dowodowy paralizator (...). Tym samym brak było wówczas podstaw do poszukiwania innego paralizatora niż dowodowy. Prowadzenie takich poszukiwań później - po zmianie wyjaśnień przez B. P. - było oczywiście niecelowe, skoro sam on twierdził, że nie wyklucza zabrania jego paralizatora z drzwi samochodu przez M. K., gdy ten jeździł jego pojazdem jako pasażer.

Dla definitywnego rozstrzygnięcia powyższej kwestii, sąd odwoławczy wyraża zapatrywanie, iż gdyby nawet (hipotetycznie) doszło do ustalenia, że w mieszkaniu lub samochodzie B. P. znajduje się paralizator inny od tego, który zabezpieczono w czasie zatrzymania M. K., to okoliczność ta pozostawałaby bez wpływu na prawidłowość oceny dowodu z pomówienia. Skoro bowiem wyjaśnienia M. K. o zakupie paralizatora za 300 zł na polecenie B. P. są prawdziwe (B. P. tego faktu nie kwestionował), a upadła wersja o zakupie paralizatora przez M. K. w sklepie świadka P. S. (a więc paralizatora nowego), to brak jest logicznych podstaw do uznania, że M. K. nabył i przekazał B. P. nowy paralizator, pochodzący ze sklepu. Na taką wersję nie ma żadnego dowodu, a przy tym przeczą jej zeznania świadka P. S. i rejestr zakupów w sklepie (...). Ponownego podkreślenia wymaga przy tym, iż wersja pomawiającego o nabyciu urządzenia w sklepie pojawiła się dopiero na późnym etapie postępowania i - jak wykazano wyżej - była ukierunkowana na uchronienie przez odpowiedzialnością osoby najbliższej.

W następstwie powyższych rozważań nieuprawnionym jest pogląd obrońcy, iż nie stwierdzono ponad wszelką wątpliwość, że paralizator użyty w napadzie (dowodowy) i opisany w wyjaśnieniach przez B. P., są jednym i tym samym urządzeniem.

Oceny o wiarygodności pomówienia nie podważa argumentacja, zgodnie z którą - jak uważa obrońca - zaplanowanie napadu było nieudolne.

Nawet przy założeniu, że na zaplanowanej trasie oddalenia się z miejsca napadu były kamery monitoringu, nie sposób jest twierdzić, iż B. P. planował nieudolnie, a zatem pełnienie przez niego roli kierowniczej jest wątpliwe. W zaprezentowanym wnioskowaniu apelujący nie wziął pod uwagę, iż mogło dojść do pomyłki oskarżonego lub zwyczajnie niestarannego zaplanowania napadu. Fakt bowiem, że miał miejsce podział ról, a przestępstwo przygotowywano dłuższy czas, nie wyklucza działania niedokładnego, częściowo nieprzemyślanego, obciążonego nawet poważnymi lukami w obrębie planu działania. Przeciwnie - stosunkowo często zdarza się, że sprawcy przestępstw z pozoru doskonale przygotowanych, popełniają proste błędy z powodu których dochodzi do ich ujęcia.

Ta sama argumentacja służy skutecznemu odparciu argumentu obrońcy, iż paralizatora użyto nieudolnie, tj. wobec osoby o dużej masie ciała i wysportowanej, zaś D. K. nie podjął żadnych działań i uciekł. Jest bowiem w pełni logicznym, że oskarżeni, w tym B. P., nie mając żadnych doświadczeń w użytkowaniu paralizatora (nie ma dowodów, iż takowe mieli), pozostawali w błędnym przekonaniu, że urządzenie, którym dysponują, będzie wystarczające. Przypomnienia wymaga w szczególności, iż M. K. - co wynika z ustaleń sądu a quo - zapewnił B. P., że nabędzie paralizator „silniejszy”. Stąd też B. P., ufając M. K. (byli znajomymi od wielu lat), był z pewnością utwierdzony w przekonaniu, że dysponuje sprzętem dużej mocy. Należy dodać, że wiedza o skutkach działania paralizatora elektrycznego nie ma charakteru powszechnego i nawet w niniejszej sprawie stosowne ustalenia wymagały powołania biegłych z dwóch dziedzin - elektrotechniki i medycyny.

Tak więc wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego (art. 7 k.p.k.) nie sprzeciwiały się uznaniu, że B. P. dopuścił się sprawstwa kierowniczego, o co pomawiał go M. K..

Wbrew pogładowi obrońcy fakt, że M. K. był uprzednio karany za czyn z art. 258 k.k. nie uzasadnia wniosku, że posiadał on jakieś szczególne predyspozycje co fałszywego pomówienia B. P.. Apelujący ma niewątpliwie rację co do tego, że M. K. można zaliczyć do osób dobrze obeznanych z realiami postępowania karnego, niemniej jednak sam ten fakt nie może dyskwalifikować jego wyjaśnień. Gdy bowiem weźmie się pod uwagę ich konsekwentny i logiczny charakter, częściowe potwierdzenie jakie znajdują one w innych dowodach oraz - nade wszystko - pomówienie przez M. K. również samego

siebie, to nie sposób wskazać racjonalnej przyczyny, dla której miałby on dążyć do fałszywego obciążenia innej osoby, a w szczególności swojego kolegi, z którym znajomość zawarł w zakładzie karnym.

Polemiczny, a przez to nieskuteczny charakter mają argumenty apelującego, zmierzające do podważenia prawidłowości dokonanej przez sąd a quo oceny wyjaśnień oskarżonego D. K.. Na aprobatę zasługuje ocena tych wyjaśnień zaprezentowana na s. 37-38 uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Sąd Okręgowy ma rację, że skoro wyjaśnienia, o których mowa, były niekonsekwentne, to nie sposób dać im wiary w całości. Istotne jest przy tym zastrzeżenie sądu orzekającego, iż wyjaśnienia D. K. „(...)pośrednio potwierdzają jego własny udział w przestępstwie i role każdego z oskarżonych” (s. 37), co należy rozumieć jako potwierdzenie pewnych faktów (np. własnego udziału), przy zanegowaniu innych (np. zaprzeczanie zamiarowi kradzieży z utrzymywaniem, że działał jedynie w celu odzyskania długu). Dostrzegając taką specyfikę omawianych wyjaśnień, sąd pierwszej instancji dokonał słusznego rozumowania w przedmiocie przyczyn, dla których tylko na pewnym etapie postępowania D. K. mówił o udziale w przestępstwie „znajomego M. K.” (w ocenie Sądu Okręgowego musiało chodzić o B. P.). Skoro bowiem w pierwszych wyjaśnieniach D. K. zaprzeczał istnieniu sprawcy, wiozącego ich na miejsce przestępstwa, by w kolejnych mówić, że podwoził ich znajomy M. K. samochodem „S.(...)” (taki posiadał B. P.), a wreszcie wycofać się w tej drugiej wersji (na rozprawie), to mamy do czynienia z ewidentnym dostosowywaniem wyjaśnień do sytuacji procesowej. Jest zgodnym z zasadami logicznego myślenia i doświadczenia życiowego (art. 7 k.p.k.), że D. K. początkowo nie ujawnił udziału B. P. ze względu na solidarność przestępczą, w tym fakt, że wymieniony występował względem niego jako „zleceniodawca” przestępstwa. Późniejsze ujawnienie (w toku śledztwa), iż jednak istniał „kolega M. K.”, niewątpliwie było spowodowane wiedzą, że B. P. został tymczasowo aresztowany. Tym bowiem daje się wytłumaczyć brak motywacji do dalszego „ukrywania” współsprawcy. Sytuacja zmieniła się przed sądem, gdzie D. K. niewątpliwie obawiał się pomówienia B. P. w jego obecności. Takie rozumowanie zasługuje na miano swobodnego, a przez to jego podważenie w drodze argumentacji „konkurencyjnej”, nie może być skuteczne.

Obrońca nie ma racji, że wyjaśnienia, w których D. K. pomówił B. P., zostały wywołane zachowaniem policjanta, który miał pokazać D. K. protokół przesłuchania M. K.. Sąd Okręgowy brał pod uwagę taką możliwość i poddał ją stosownej ocenie (s. 38 uzasadnienia). Nie przekracza przy tym granic oceny swobodnej pogląd sądu a quo, iż nie było jakichkolwiek dowodowych podstaw do odmowy dania wiary zeznaniom funkcjonariuszy Policji – J. W. i D. K. (1) (s. 33-34 uzasadnienia). Stąd wyrażona w apelacji teza, iż doszło do wpływania przez policjanta na wyjaśnienia D. K., jest tezą całkowicie nieuprawnioną w realiach niniejszej sprawy. Tym samym nadużyciem ze strony obrońcy jest stwierdzenie - por. s. 6 apelacji - iż funkcjonariusze policji cyt.: „(...) bezspornie udostępnili mu akta mając na celu uzyskanie zgodnego pomówienia odnośnie udziału w sprawie S. i P.”. Oczywiście jest, że wobec braku stosownych ustaleń sądu, względnie chociażby zapatrywań strony przeciwnej, o jakiegokolwiek „bezsorności” nie może być tu mowy.

Na prawidłowość oceny pomówienia nie wpływa fakt, że D. K. konsekwentnie twierdził, iż za udział w przestępstwie miał otrzymać 1000 zł. Obrońca ma wprawdzie rację, że twierdzenie takie pozostaje w sprzeczności z wyjaśnieniami M. K. o zamiarze równego podziału uzyskanej kwoty, jednakże nie oznacza to konieczności zanegowania wersji, głoszonej przez pomawiającego. Przeciwnie - jest to ze strony sądu orzekającego ocena w pełni konsekwentna, skoro generalnie nie dał on wiary wyjaśnieniom D. K., uznając za wiarygodne wyjaśnienia M. K.. Co istotne - D. K. miał motyw do zaniżenia kwoty, jaką chciał uzyskać z napadu, gdyż mógł w ten sposób dążyć do umniejszenia zakresu własnej odpowiedzialności. W efekcie danie wiary M. K., który logicznie wskazał, że podział miał być równy (czym obciążył również siebie), nie może być uznane za ocenę dowolną.

Nie zasługuje na aprobatę zaprezentowana przez obrońcę, oparta w dużej części o pytania retoryczne, krytyka dokonanej przez sąd a quo oceny wyjaśnień M. S.. W tym względzie w pełni przekonuje argumentacja sądu pierwszej instancji na s. 39-40 uzasadnienia, której przytaczanie w tym miejscu uznać należy za niecelowe, z ograniczeniem się jedynie do przypomnienia, że M. S. przed sądem, przed zastosowaniem tymczasowego aresztowania, co do zasady potwierdził udział w rozmowach o planowanym przestępstwie i podziale zysku oraz pomówił współoskarżonych, w tym B. P..

Za wysoce naiwne uznać należy pytanie obrońcy, „po co był potrzebny S., dlaczego miał brać udział w podziale uzyskanej z rozboju kwoty, skoro B. P. posiadał od niego całą wiedzę na temat właściwości pokrzywdzonego A. W.” (s. 6 apelacji). Treść pytania sugeruje, że w ocenie apelującego, skoro M. S. wykonał zadanie i przekazał B. P. informacje, to winien być pominięty w podziale łupu. Tymczasem wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego uczą, że osoby dokonujące przestępstw w kontaktach ze sobą przestrzegają pewnych reguł, a już z pewnością nie jest normą „oszukiwanie” współnika lub pomocnika. Pomijając już nawet względy etyczne wskazać należy, że jeśli M. S. w zamian za informacje obiecano partycypowanie w zysku, to w razie pominięcia go, pozostali sprawcy mogli obawiać się zemsty, polegającej chociażby na złożeniu przeciwko nim doniesienia (anonimowego) na policję.

Prawidłowości ocen sądu orzekającego nie podważa brak odpowiedzi na kolejne z pytań stawianych przez obrońcę, dotyczące źródła wiedzy M. S. o posiadaniu przez pokrzywdzonego części pieniędzy w torbie, a części w kieszeni. Prawdą jest, że o takim sposobie przenoszenia gotówki miała wiedzieć tylko żona pokrzywdzonego (por. zeznania A. W.), ale też nie ulega wątpliwości, że na etapie planowania przestępstwa wiedzę taką posiadali również oskarżeni (por. wyjaśnienia M. K.). W efekcie nie było błędem Sądu Okręgowego uznanie, iż tę szczegółową wiedzę M. K., B. P. i D. K. musieli posiadać od M. S., skoro nie dysponowali w tej mierze żadnym innym źródłem informacji. Okoliczności, które podnosi obrońca, nie zostały wprawdzie wyjaśnione, ale nie jest to brak, który podważałby trafność dokonanych ocen.

Nie sposób zgodzić się z obrońcą, że M. S., ratując się przed tymczasowym aresztowaniem, próbował dostarczyć jakichkolwiek informacji na temat współoskarżonych. Tej treści teza nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym. Co więcej - wyjaśnienia składane przez M. S. w czasie posiedzenia w przedmiocie tymczasowego aresztowania - świadczą niezbicie, że dostarczone przez niego wówczas informacje nie były „jakimkolwiek”, a ściśle korespondowały z wyjaśnieniami M. K.. Apelujący nie ma racji próbując dowodzić, że im dłużej trwało postępowanie, tym M. K. miał więcej wiedzy na temat M. S.. Poza domniemaniem obrońcy nic nie wskazuje bowiem, że wiedza M. K. istotnie „rosła”, a co najwyżej można wyrazić ocenę, iż w ramach współpracy z organami ścigania starał się on odpowiedzieć na kolejne spośród stawianych mu pytań.

Wbrew stanowisku obrońcy nie jest niekonsekwencją w ocenie wyjaśnień M. S. uznanie, że w czasie posiedzenia w przedmiocie tymczasowego aresztowania mówił o prawdę, z jednoczesnym nie daniem wiary jego twierdzeniu, że rozmowy współoskarżonych uważał za żart. Sąd a quo ma bowiem niewątpliwie rację, że na ówczesnym etapie postępowania tak właśnie przedstawiała się linia obrony M. S.. Linii tej nie sposób uznać za nielogiczną lub nieuzasadnioną. O ile bowiem zdawał on sobie sprawę, że jego udział w spotkaniu może być łatwy do udowodnienia, o tyle już jego stosunek psychiczny do poruszanych kwestii będzie kwestią bardziej oceną, dającą szansę na skuteczną obronę. Takie rozumowanie nie przekracza granic oceny swobodnej, pozostając w zgodzie z zasadami prawidłowego rozumowania, a także wskazaniem doświadczenia życiowego (art. 7 k.p.k.).

Obrońca nie ma racji, że błędem w procesie wnioskowania było pominięcie próby wyjaśnienia motywu działania M. S. poprzez ustalenie, dlaczego mając pracę i dochody, zajął się działalnością przestępczą. Uwadze obrońcy uszło, że zgodnie z ustaleniami Sądu Okręgowego, motywem działania oskarżonego było osiągnięcie korzyści majątkowej, zaś spodziewana korzyść była stosunkowo wysoka w zestawieniu z deklarowanym przez niego poziomem dochodów. Te same okoliczności przemawiały przeciwko postulowanemu przez apelującego badaniu statusu majątkowego B. P., albowiem cel jego działania był w niniejszej sprawie oczywisty.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut obrazy art. 2 § 2 k.p.k. poprzez oparcie zaskarżonego wyroku na materiale dowodowym częściowym, w tym nieprawdziwych dowodach.

Fakt, że M. K. i D. K. poruszali się trasą, na której znajdowały się kamery monitoringu, nie czyni nieprawdziwymi ustaleń o poinstruowaniu ich przez B. P. celem uniknięcia nagrania przez kamery. Jak już bowiem wskazano wyżej, nie sposób zakładać, że wskazówki B. P. były precyzyjne, bezbłędne, a przygotowanie przestępstwa staranne i dokładne. Stąd też wywodzenie wniosku o fałszywym charakterze pomówienia z okoliczności, że B. P. nie przygotował optymalnej trasy, nie jest przejawem braku uwzględnienia okoliczności, przemawiającej na jego korzyść.

Z tego samego powodu, co wskazany wyżej, bezzasadnym jest argument obrońcy o zaniechaniu zweryfikowania dokładnej trasy sprawców pod kątem, czy faktycznie nie było tam żadnych kamer jak utrzymuje M. K. (zdaniem obrońcy należało okazać plan miasta lub przeprowadzić eksperyment procesowy). Sąd ad quem stoi bowiem na stanowisku, że nawet ustalenie obecności kamer na trasie przemieszczania się oskarżonych (planowanej lub faktycznej) nie podważa prawidłowości ustaleń, że B. P. brał udział w jej przygotowaniu.

Nie sposób uznać za trafny - w kontekście zarzutu obrazu art. 2 § 2 k.p.k. - argumentu o bezpodstawnym przyjęciu, iż zabezpieczony paralizator stanowił własność B. P. i zaniechaniu czynności w celu weryfikacji tego ustalenia. Nieuprawnioną jest ocena, iż sąd pierwszej instancji oparł się w tym zakresie na spekulacji, a nie na faktycznym, prawdziwym ustaleniu. Apelującego należy w tym względzie odesłać do ponownej lektury stanowiska sądu odwoławczego we fragmencie odnoszącym się do zarzutów obrazu przepisów art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k.

Bezzasadnym jest zarzut obrazu art. 2 § 2 k.p.k. poprzez uznanie wyjaśnień M. S., złożonych w trakcie posiedzenia w przedmiocie tymczasowego aresztowania za wiarygodne w przeciwieństwie do jego pozostałych wyjaśnień, podczas gdy doświadczenie życiowe wskazuje zdaniem obrońcy, iż M. S. jako osoba niekarana, znalazłszy się w bardzo trudnej sytuacji życiowej, znając już zarówno z zarzutów jak i przeprowadzonych w jego udziałem przesłuchań stan faktyczny, próbował udzielić żądanych przez organy ścigania jakichkolwiek informacji w celu uniknięcia tymczasowego aresztowania. Kwestia prawidłowości oceny wyjaśnień M. S. na płaszczyźnie art. 7 k.p.k. została już omówiona w treści niniejszego uzasadnienia.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut błędu w ustaleniach faktycznych. Wnioskowanie sądu orzekającego uznać należy za trafne, gdyż ma charakter obiektywny i swobodny, nadto oparte zostało o całość materiału dowodowego. Stanowisko w tej mierze Sąd Apelacyjny zaprezentował we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia, odpierając zarzuty obrońcy, dotyczące obrazu przepisów art. 2 § 2 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. Powtarzanie powołanej argumentacji w tym miejscu nie jest celowe. Godzi się, co najwyżej, odrębnie odeprzeć tezę obrońcy, iż winę B. P. potwierdziły jedynie zmienne, niewiarygodne wyjaśnienia M. K., nie potwierdzone żadnymi innymi obiektywnymi dowodami. Oto bowiem - po pierwsze - dowód z pomówienia miał w niniejszej sprawie charakter dowodu konsekwentnego, zaś nieistotny wyłom w tej zasadzie stanowiła zmiana wyjaśnień co do sposobu nabycia paralizatora, dająca się racjonalnie wytłumaczyć „ochroną” osoby najbliższej przez ewentualnymi konsekwencjami prawnymi. Po drugie - wersję M. K. co do roli B. P. potwierdzili niezależnie od siebie D. K. i M. S., którzy wprawdzie generalnie nie byli w swoich wyjaśnieniach konsekwentni, lecz zarazem w żaden przekonujący, racjonalny sposób nie wyjaśnili powodu negowania tych własnych, wcześniejszych wersji, w których opisywali udział współoskarżonego. Innymi słowy - D. K. i M. S., niezależnie od siebie, na pewnym etapie postępowania, wskazywali na współudział B. P., co stanowi istotne dowodowe potwierdzenie wersji M. K..

Nie zasługiwał na uwzględnienie argument na s. 5 apelacji o braku gwarancji sprawiedliwego procesu, co miało wynikać na etapie śledztwa z braku konfrontacji z M. K. i nieudostępnienia akt, zaś przed sądem na braku możliwości zadania pytań M. K.. Wbrew takiemu stanowisku, wszelkie działania organów prowadzących postępowania miały umocowanie w stosownych przepisach prawa (obrońca nie podniósł zarzutu obrazu przepisów, regulujących przebieg postępowania dowodowego), zaś subiektywna ocena apelującego, iż proces nie był sprawiedliwy, jest oceną gołosłowną i nieopartą rzeczowymi argumentami.

V.

motywy nieuwzględnienia apelacji obrońcy oskarżonego D. K.

Oczywiście bezzasadnym okazał się zarzut rażącej niewspółmierności kary.

Wbrew stanowisku obrońcy, kara wymierzona D. K. nie jest karą rażąco niewspółmiernie surową. W judykaturze i doktrynie powszechnie przyjmuje się, że rażąca niewspółmierność kary, o jakiej mowa w art. 438 pkt 4 k.p.k., zachodzi wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar

kary, można przyjąć, iż zachodzi wyraźna dysproporcja pomiędzy karą orzeczoną przez sąd pierwszej instancji, a karą, jaką należałoby sprawcy wymierzyć w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw sądowego wymiaru kary określonych w art. 53 k.k. Przedmiotowe uchybienie nie dotyczy zatem każdej różnicy w ocenie surowości lub łagodności kary między sądem orzekającym a sądem odwoławczym, lecz jedynie niewspółmierności wyraźnej, oczywistej, widocznej już na pierwszy rzut oka.

Akceptacja przez sąd ad quem powyższego poglądu musiała skutkować uznaniem, że orzeczona wobec D. K. kara 3 lat pozbawienia wolności nie zasługuje na miano kary surowej w stopniu tak jaskrawym, jak wymaga tego przepis art. 438 pkt 4 k.p.k. Na aprobatę zasługują w tym względzie motywy zaprezentowane przez sąd a quo na s. 56-58 uzasadnienia, których przytaczanie w tym miejscu jest niecelowe.

Odnosząc się do argumentów autora apelacji, sąd odwoławczy zważył, co następuje.

Nie jest trafnym pogląd o nadmiernej surowości kary ze względu na nieuwzględnienie, iż oskarżony - cyt. - „obecnie jest innym człowiekiem, zmienił się, odciął się od kryminalnej przeszłości, pragnie jak najszybciej opuścić zakład karny i ułożyć sobie życie osobiste i zawodowe”, nadto „nie jest zdemoralizowany, pracował zawodowo, pomagał matce osobiście i finansowo, miał dobrą opinię, wywiązywał się z płatności alimentów”.

Przede wszystkim surowość kary została umotywowana przez sąd orzekający głównie przesłankami z katalogu tzw. podstawowych dyrektyw wymiaru kary (art. 53 § 1 k.k.), zaś postawa oskarżonego (zwłaszcza - według Sądu Okręgowego - podjęcie pracy jako próba przystosowania się do zasad panujących w społeczeństwie) należy do przesłanek tzw. dopełniających (art. 53 § 2 k.k.), a więc - nawet z racji usytuowania ustawowego - mających mniejsze znaczenie dla wymiaru kary. Wpływ tych ostatnich na karę nie ulega zmianie, gdy weźmie się pod uwagę okoliczności wymienione przez obrońcę w uzasadnieniu apelacji. Gdy bowiem zważy się - aprobując oceny sądu a quo - iż znaczny był stopień społecznej szkodliwości czynu, a orzeczone kary nie przekraczają stopnia winy, to nie sposób przyjąć, że okoliczności „dopełniające” (art. 53 § 2 k.k.) w postaci generalnie dobrej opinii o oskarżonym, winny skutkować wymierzeniem mu kary znacznie łagodniejszej, tym bardziej, że w tej samej grupie przesłanek znajdują się okoliczności w postaci sposobu działania, motywacji i niskich pobudek oskarżonego (s. 57 uzasadnienia).

Za uwzględnieniem apelacji nie przemawiał fakt, że Sąd Okręgowy, motywując zróżnicowanie kar, dostrzegł mniejsze natężenie złej woli D. K. (s. 58 uzasadnienia). Jakkolwiek bowiem nie ma podstaw do kwestionowania tej oceny, to jednak nie uprawnia ona do formułowania wniosku o podrzędnej roli oskarżonego w popełnieniu przestępstwa. Za taką nie sposób bowiem uznać zamiaru realizacji jednej z zasadniczych czynności wykonawczych w postaci zaboru (wyrwania) pokrzywdzonemu torby z pieniędzmi. To, że D. K. ostatecznie czynności tej nie zrealizował, nie uzasadnia minimalizowania jego zaangażowania w przestępstwo, albowiem zaniechanie to wynikało z okoliczności zupełnie od niego niezależnych.

W świetle powyższych rozważań sąd odwoławczy nie dopatrzył się podstaw do uwzględnienia apelacji obrońcy D. K..

VI.

pozostałe rozstrzygnięcia

O zasądzeniu od Skarbu Państwa na rzecz obrońców oskarżonych M. K. i D. K. kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w postępowaniu odwoławczym orzeczono na podstawie § 14 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. nr 163 poz. 1348 ze zm.)

O zasądzeniu od oskarżonych M. K., B. P. i D. K. na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze orzeczono na podstawie art. 627 k.p.k. i art. 634 k.p.k.

Wobec M. K. orzeczono jedną opłatę za obie instancje zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 23.06.1973 r. o opłatach w sprawach karnych (tekst jednol. Dz. U. z 1983 r. nr 49 poz. 223). Wysokość opłat zasądzonych od wymienionych wyżej trzech oskarżonych ustalono w oparciu o art. 2 ust. 1 pkt 5 powołanej ustawy.

W części dotyczącej oskarżonego M. S., kosztami procesu za postępowanie odwoławcze obciążono Skarb Państwa na podstawie art. 636 § 1 k.p.k., albowiem w tym zakresie apelację wnosił jedynie oskarżyciel publiczny, a nie została ona uwzględniona.