

Sygn. akt II AKa 193/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 04 października 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA – Małgorzata Janicz

Sędziowie: SA – Maria Mrozik-Sztykiel

SA – Ewa Plawgo (spr.)

Protokolant: Olaf Artymiuk

przy udziale prokuratora Leszka Woźniaka

po rozpoznaniu w dniu 20 września 2017 r.

sprawy M. K., syna Z. i M. z d. M., urodzonego dnia (...) w W.

oskarżonego z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 10 § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. (x2) oraz z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. (x2)

na skutek apelacji, wniesionych przez obrońcę oskarżonego i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 30 stycznia 2017 r., sygn. akt XII K 229/15

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1/ uchyla orzeczenie o karze łącznej pozbawienia wolności zawarte w pkt IV wyroku;

2/ na podstawie art. 60 § 1 k.k. w zw. z art. 10 § 3 k.k. oraz art. 60 § 6 pkt 2 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 08 czerwca 2010 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k. nadzwyczajnie łagodzi kary wymierzone M. K. za czyny przypisane mu w pkt I i II wyroku do rozmiarów po roku i 11 (jedenaście) miesięcy pozbawienia wolności za każdy z nich;

3/ uchyla wyrok w pkt III – tj. co do zarzutów III i IV aktu oskarżenia i sprawę w tym zakresie przekazuje Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania;

II. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części;

III. na podstawie art. 85 k.k. i 86 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierza M. K. karę łączną w wysokości roku i 11 (jedenastu) miesięcy pozbawienia wolności;

IV. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet kary pozbawienia wolności orzeczonej w pkt III zalicza oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 05 listopada 2009 r. do dnia 22 czerwca 2011 r. oraz od dnia 03 sierpnia 2011 r. do dnia 11 listopada 2011 r.;

V. zwalnia M. K. od kosztów sądowych w sprawie, wydatkami obciążając Skarb Państwa;

VI. *wydatkami związanymi z apelacją prokuratora obciąża Skarb Państwa.*

UZASADNIENIE

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 stycznia 2017 r. (sygn. akt XII K 229/15), mocą którego orzeczono co do wszystkich zarzucanych M. K. czynów w ten sposób, że odnośnie zarzutów III i IV na podstawie art. 15 § 1 k.k. – po przyjęciu, że odstąpił od usiłowania – odstąpiono od wymierzenia kary, zaś wymierzono kary za czyny z pkt I i II oraz karę łączną 5 lat pozbawienia wolności, apelacje wnieśli obrońca oraz prokurator.

Obrońca zaskarżył wyrok na korzyść M. K. w części dotyczącej skazania za czyny I i II wyroku. Skarżący ten wyrokowi postawił trzy zarzuty, wnosząc o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia czynów przypisanych mu w pkt I i II wyroku, ewentualnie o uchylenie wyroku w tym zakresie i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, nadto „ewentualnie z daleko posuniętej ostrożności” o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rodzinnemu i Nieletnich (w wypadku przyjęcia, że zachowanie M. K. wypełnia znamiona art. 278 § 1 k.k.), ewentualnie o zmianę wyroku i wymierzenie kary o charakterze wolnościowym.

Prokurator zaskarżył wyrok na niekorzyść M. K. w części dotyczącej odstąpienia przez Sąd orzekający od wymierzenia kary za usiłowanie dokonania rozbojów na osobach K. K. i K. T. (pkt III wyroku), postawił dwa zarzuty i wniósł o uchylenie wyroku w skarżonym zakresie i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego jej rozpoznania w tej części.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy nie jest zasadna. Doprowadziła ona do zmiany orzeczenia o karze, ale z innych względów niż ujęte w tym środku odwoławczym.

Zasadna okazała się apelacja prokuratora.

Co do apelacji obrońcy:

Nietrafny jest zarzut I.2 tej apelacji. Zarzuty oparte o art. 438 pkt 2 k.p.k. – aby były skuteczne – wymagają wykazania nie tylko tego, że w toku rozpoznania sprawy doszło do naruszenia przepisu prawa procesowego, ale i tego, że owo naruszenie co najmniej mogło mieć wpływ na treść wyroku, wpływ nie hipotetyczny, a realny. Uwagi te są niezbędne, gdyż o ile trafnie wskazał obrońca, że Sąd Okręgowy nieprawidłowo pouczył wskazanych w zarzucie świadków o prawie odmowy zeznań, naruszając tym samym art. 186 § 1 k.p.k. w zw. z art. 182 § 1 k.p.k. (obecne przesłuchanie nie było pierwszym w rozumieniu art. 186 § 1 k.p.k., a uprzednio świadkowie nie skorzystali z tego prawa), o tyle nie wykazał, by uchybienie to mogło mieć jakikolwiek wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia. Potrzebę wykazania nie tylko obrazy przepisu postępowania, ale także choćby potencjalnego wpływu tejże obrazy na treść skarżonego orzeczenia zdaje się skarżący ten dostrzegać, o czym świadczy konstrukcja zarzutu – w jego końcowym fragmencie mowa o pominięciu treści zeznań tych świadków przy dokonywaniu ustaleń faktycznych, jednak brak w tak sformułowanym zarzucie próby wykazania, jak owe ustalenia faktyczne mogłyby się przedstawiać, gdyby przy ich dokonywaniu uwzględnić zeznania Z. i P. K.. Jakiegokolwiek próby wykazania tego nie podjęto także w uzasadnieniu apelacji. Motywacja tego dotycząca (str. 14-15 apelacji) ogranicza się wyłącznie do wykazania, że Sąd Okręgowy postąpił nieprawidłowo pouczając przy kolejnym rozpoznaniu tej sprawy ojca i brata M. K. o prawie odmowy złożenia zeznań, w sytuacji, w której podczas poprzedniego rozpoznania z prawa tego nie skorzystali, a zatem obecnie im ono nie przysługuje, przy czym obrońca nawet nie podjął próby wykazania, jak to uchybienie mogło przełożyć się na treść wyroku. Ani ojciec, ani brat M. K. nie był świadkiem zdarzeń będących przedmiotem osądu w niniejszej sprawie, ich zeznania dotyczą kwestii odnoszących się do osoby oskarżonego, a ich wymowa nie odbiega od wymowy innych dowodów związanych z tym wątkiem postępowania. Brak zatem podstaw do zasadnego twierdzenia, że uchybienie Sądu I instancji w postaci obrazy art. 186 § 1 k.p.k. mogło mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku, co sprawia, że zarzut I.2 nie mógł być uznany za zasadny.

Na marginesie jedynie należy stwierdzić, że – jak wynika z zapisów protokołu rozprawy głównej z dnia 16 stycznia 2017 r. (k. 2793 v)) – zeznania świadków Z. i P. K. zostały w trybie art. 394 § 1 k.p.k. zaliczone do materiału dowodowego. Nastąpiło to za zgodą stron, w tym obrońcy. Należało zatem postawić – w tym stanie rzeczy – także zarzut obrazu np. art. 410 k.p.k. tego dotyczący, jako że z uzasadnienia wyroku wynika, że do omawianych obecnie dowodów nie odniesiono się w procesie wyrokowania. Uchybienie to z przyczyn ujętych powyżej wpływu na treść wyroku nie mogło mieć. Zadziwiające jest jednak, że Sąd I instancji z jednej strony uznał (błędnie, o czym powyżej), iż ojcu i bratu M. K. służy prawo odmowy zeznań, odstąpił od ich przesłuchania, a z drugiej – mimo tego, że oświadczyli oni, że z niego korzystają - wbrew oczywistej normie art. 186 § 1 k.p.k. zeznania te ujawnił, wprowadzając tym samym do postępowania przy aprobacie stron, w tym skarżącego, do takiego sposobu procedowania. Podsumowując: wszelkie uchybienia związane ze sposobem procedowania Sądu meriti w zakresie przeprowadzenia dowodu z zeznań ojca i brata M. K. nie należą do mogących mieć wpływ na treść zapadłego wyroku, w związku z czym zarzuty z tym związane nie mogą być skuteczne.

Tożsamo należy ocenić zarzut I.3 tej apelacji. Dotyczy on opinii sądowo-psychiatrycznej w aspekcie poczytalności oskarżonego i zasadza się na tym, że ma być ona niepełna, bowiem opiera się na danych sprzed kilku lat, a obecnie M. K. nie był przez tych biegłych powtórnie badany. Z tak postawionym zarzutem nie sposób się zgodzić. Aktualne badanie podsądnego miałyby znaczenie np. w aspekcie rozstrzygnięcia o jego obecnym stanie zdrowia psychicznego i związaną z nim możliwością uczestnictwa w aktualnie prowadzonych czynnościach procesowych, do czego brak było podstaw, tj. wątpliwości tego dotyczących, zaś brak powtórnego badania w aspekcie orzekania w przedmiocie poczytalności tempore criminis nie jest niezbędne i nie powoduje stanu niepełności opinii (art. 201 k.p.k.), obligującego do aktywności dowodowej Sądu w tej materii (art. 167 k.p.k.), ani naruszenia obowiązku wyjaśnienia istotnych dla prawidłowego wyrokowania okoliczności (art. 366 § 1 k.p.k.). Z uzasadnienia tej części apelacji wynika, że zarzut ten skarżący wiąże z kwestiami poruszonymi w zarzucie II b, bowiem uważa, że opinia biegłego seksuologa W. C. winna skłonić do powtórnego badania oskarżonego. Ze stanowiskiem tym nie można się zgodzić. Biegli lekarze psychiatrzy opiniujący co do poczytalności oskarżonego tempore criminis byli przesłuchani podczas obecnego rozpoznania sprawy i odnieśli się do przytaczanych w apelacji wypowiedzi biegłego W. C., który jest biegłym innej specjalności niż psychiatria. Trudno więc zasadnie podnosić, że Sąd I instancji zignorował stanowisko W. C. w takim ujęciu, jakie zarzuca mu apelujący w zarzucie II b (pominięcie), bowiem przyjmując stanowisko biegłych lekarzy psychiatrów, zaznaczył, że czym innym jest możliwość panowania nad sobą i swoimi zachowaniami, a czym innym zdolność pokierowania swoim postępowaniem, odniósł się zatem do tego, co stanowi istotę obecnie omawianego zarzutu i czego nie można utożsamiać z pominięciem opinii W. C.. Istotą opinii sądowo-psychiatrycznej jest ustalenie, czy oskarżony miał możliwość rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, ale w znaczeniu psychiatrycznym, zaś materia, której dotyczy opinia W. C. odnosi się do innej sfery i związanej z nią możliwości pokierowania swoim zachowaniem, ale w aspekcie panowania nad sobą i swoimi poczynaniami. Teoretyczne wywody dotyczące procesu opiniowania przez biegłych psychiatrów nie mogą w realiach niniejszej sprawy prowadzić do wniosków postulowanych przez apelującego – tj. że wydana opinia jest niepełna, dlatego, że nie uwzględnia aktualnego sposobu funkcjonowania oskarżonego i stanowiska W. C.. Opiniowanie w aspekcie wystąpienia przesłanek z art. 31 § 1 lub 2 k.k. odnosi się do zdarzeń będących przedmiotem osądu, zatem zdarzeń z przeszłości, w związku z tym brak ponownego badania podsądnego na potrzeby orzekania o poczytalności nie czyni opinii niepełną, jeśli nie ujawnią się okoliczności, które uzasadniają takowe badanie. W realiach niniejszej sprawy wg obrońcy, okolicznością takową ma być opinia W. C.. Do opinii tej biegli lekarze psychiatrzy się odnieśli, nie dostrzegając podstaw do zmiany uprzednio zajętego stanowiska, a wnioski swoje umotywowali. Nie zachodził zatem stan ujęty w art. 201 k.p.k. Miał więc prawo Sąd Okręgowy – bez naruszenia art. 167 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k. – do zaniechania prowadzenia dalszych czynności dowodowych z tym związanych i do uznania, że okoliczność tę wyjaśnił w sposób należyty.

Chybione są także zarzuty I.1a i b apelacji obrońcy. Oba dotyczą sposobu oceny dowodów związanych z zarzutami I i II. Pomijając fakt, że art. 4 k.p.k. stanowi normę o charakterze ogólnym, zaś zarzut obrazu art. 5 § 2 k.p.k. i art. 7 k.p.k. się wzajemnie wykluczają, to należy uznać, że skarżącemu w istocie chodzi o to, że zebrane dowody nie upoważniały – wg niego – do przyjęcia, że działaniom oskarżonego wobec M. C. i G. S. towarzyszył zamiar właściwy normie art. 280 § 1 k.k. Zarzuty te zasadzają się bowiem na twierdzeniach, że istotą tych zachowań względem pokrzywdzonych była chęć zaspokojenia popędu płciowego, a nie zabór mienia. Zarzucając Sądowi meriti wadliwą ocenę zeznań

pokrzywdzonych i wyjaśnień oskarżonego, a w konsekwencji nieprawidłowe ustalenie zamiaru towarzyszącego zachowaniu oskarżonego wobec tych dwóch pokrzywdzonych, bo do tego sprowadzają się rozbudowane zarzuty I.1 a i b, obrońca próbuje dokonać sztucznego podzielenia przedmiotowych zdarzeń, a w zasadzie „wyzolowania” z nich zachowań polegających na zaborze mienia pokrzywdzonych, uważając, że temu zaborowi nie towarzyszyły środki wskazane w art. 280 § 1 k.k. Inaczej rzecz tę ujmując: atak fizyczny na obie kobiety wiązał się wyłącznie z chęcią zaspokojenia popędu płciowego, a nie z zaborem mienia. Z powyższym nie można się zgodzić. Nie może być skuteczne powoływanie się na wybrane fragmenty uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2012 r. nie tylko dlatego, że obecnie orzekający Sąd nie był związany tymi wytycznymi, zaś przytoczone w apelacji (str. 10) stwierdzenie z uzasadnienia wyroku o związaniu treścią pierwszego z wyroków zapadłych w niniejszej sprawie odnosiło się do rozstrzygnięcia uprzedniego, lecz w aspekcie zakazu reformationis in peius, ale dlatego, że uchylając pierwszy z wyroków wydanych w niniejszej sprawie, Sąd Apelacyjny – wyrażając przytoczone wątpliwości - nakazał ponowne zbadanie zamiaru oskarżonego, eksponując, że nie nastąpiło to (choć powinno) w toku postępowania przygotowawczego. Bazowanie na wybranych fragmentach zeznań, wyjaśnień, uzasadnień wyroków może być zabiegiem skutecznym tylko wówczas, gdy fragmenty te są zbieżne z wymową całości tych depozycji, czy rozważań, a nie wyrwane z kontekstu. Odnieść to należy także do przytoczonych w apelacji fragmentów zeznań pokrzywdzonych. Odwołując się do niczego innego, jak do poczynionych ustaleń faktycznych – niekwestionowanych przez obrońcę - wypada wskazać skarżącemu, że Sąd Okręgowy przyjął, że oskarżony nie chciał początkowo od zaatakowanych kobiet pieniędzy, torebki, innego mienia, że zabór ten nastąpił w dalszym etapie zdarzeń. Oznacza to, że pierwotnym zamiarem był zamiar użycia przemocy i gróźb w innym celu, a dopiero w trakcie tych zdarzeń, powstał zamiar właściwy art. 280 § 1 k.k., tj. zamiar kradzieży z użyciem metod wskazanych w tym przepisie. Oddaje to zresztą opis obu przypisanych oskarżonemu czynów (pkt I i II wyroku). Oddają to również ustalenia faktyczne, z których jasno wynika, że do kradzieży doszło już po (albo w trakcie) zaspokojenia popędu płciowego przez oskarżonego. Znamienne przy tym, że zainteresowanie zawartością torebki G. S. nastąpiło wówczas, gdy sprawca przyciskał ją do muru (str. 3 uzasadnienia wyroku), zaś przeszukanie portfela M. C. miało miejsce wtedy, gdy oskarżony siedział na jej brzuchu, potem kopnął ją silnie i oddalając się zabrał ze sobą torebkę. Zabór ten nastąpił więc przy użyciu środków wskazanych w art. 280 § 1 k.k. Nawet więc ustalając, że pierwotnym zamiarem nie był zamiar dokonania rozboju, zebrane dowody uprawniały do przyjęcia, że zamiar ten zrodził się w trakcie zdarzeń i został przez M. K. zrealizowany w sposób wypełniający znamiona art. 280 § 1 k.k. Trudno skutecznie podnosić, że pozostaje to w sprzeczności z zeznaniami pokrzywdzonych. Nie sposób też zarzucić Sądowi I instancji, że niewłaściwie ocenił wyjaśnienia oskarżonego, uznając je za wiarygodne w takim zakresie, w jakim znajdują potwierdzenie w tej części materiału dowodowego, którą uznał za podstawę ustaleń w sprawie. Stan ten nie powoduje, że – jak określił to skarżący – wyrok wymyka się spod kontroli instancyjnej. Sygnalizowane mimochodem zaniechanie dodatkowego przesłuchania pokrzywdzonych pozostaje bez wpływu na ocenę zamiaru, bowiem relacjonowały one nie jeden raz zdarzenia odległe w czasie, zaś dokładnie umiejscowiły wśród licznych działań podjętych wobec nich przez oskarżonego moment zaboru mienia i okoliczności, w jakich miał on miejsce. Ocen działań sprawcy zarzucanych zachowań winien dokonywać wyłącznie Sąd orzekający. Odwoływanie się do takowych ocen poczynionych przez biegłego skuteczne zatem być nie może (str. 12-13 apelacji, odwołanie się do stanowiska biegłego W. C.). Brak akceptacji takiego stanowiska nie stanowi obrazy art. 410 k.p.k. Z seksuologicznego punktu widzenia zabór mienia może pozostać rzeczywiście zachowaniem bez znaczenia dla biegłego, lecz ocena prawna takich zachowań aspektu tego pomijać nie może. Zważywszy na wiek oskarżonego nie może on przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. odpowiadać za całokształt zachowań podjętych wobec pokrzywdzonych – gdyby był dorosły w chwili czynu, konstrukcja ta znalazłaby zastosowanie i zasadnym byłby pogląd, że stosując przemoc i groźby – środki właściwe dla czynu z art. 197 k.k. i art. 280 § 1 k.k. – dopełnił dyspozycje obu tych przepisów. Jego sytuacja prawna nakazuje rozważania te podjąć wyłącznie w aspekcie odpowiedzialności za czyn z art. 280 § 1 k.k. z tym ustaleniem, że zamiar dokonania rozbojów na obu pokrzywdzonych zrodził się w trakcie działań, za które nie może ponieść odpowiedzialności. Upoważniały do tego zebrane dowody ocenione zgodnie z art. 7 k.p.k. Nie ma tu żadnych wątpliwości nieusuwalnych, nie może zatem w grę wchodzić obraza art. 5 § 2 k.p.k.

Obszerny materiał dowodowy znajdujący się w aktach i przytoczony w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku prowadzi do wniosku, że Sąd I instancji nie obraził art. 10 § 2 k.k. Braku podstaw do stosowania tej regulacji skarżący upatruje w przeszłości M. K., akcentując brak przeszłości kryminalnej oskarżonego oraz po raz kolejny opinię W. C. i zarzuc

Sądowi I instancji oparcie się w tym względzie na opiniach biegłych wydanych w sprawie. Odwołując się wprost do dyspozycji art. 10 § 2 k.k. wypada przypomnieć, że odpowiedzialność nieletniego na zasadach określonych w Kodeksie karnym może nastąpić jeżeli okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju sprawcy i jego właściwości i warunki osobiste za tym przemawiają, a **w szczególności** jeżeli poprzednio stosowane środki wychowawcze lub poprawcze okazały się bezskuteczne. Wynika z tego, że warunkiem zastosowania art. 10 § 2 k.k. nie jest uprzednie stosowanie wobec sprawcy środków wychowawczych lub poprawczych. Także bazowanie wyłącznie na twierdzeniu biegłego W. C. nie może prowadzić do wniosku, że Sąd I instancji niezasadnie ustalił (zarzut ten winien sprowadzać się do wadliwych ustaleń tego dotyczących, a nie obrazy przepisu prawa materialnego, skoro w art. 10 § 2 k.k. mowa o możliwości poniesienia odpowiedzialności przy zastosowaniu tego przepisu), iż oskarżony winien odpowiadać, jak dorosły. Sąd ten – w przeciwieństwie do skarżącego – miał na uwadze całokształt okoliczności dotyczących osoby M. K., w tym i te pozytywne, eksponowane w apelacji. Apelacja zresztą wątku tego szczegółowo nie rozwija, zawiera wywody teoretyczne, zaś okoliczności związane z osobą oskarżonego ogranicza wyłącznie do omówionych powyżej, co uprawnia do wyrażenia poglądu, iż skarżący nie wykazał, by stanowisko Sądu Okręgowego w tym względzie było nietrafne (zarzut II nie mógł zostać podzielony). Zdaniem Sądu Apelacyjnego, brak jest podstaw do przyjęcia, że wadliwie ustalono podstawy odpowiedzialności M. K. w oparciu o art. 10 § 2 k.k.

Odnosząc się do zarzutu III, należy zważyć, że okazał się on częściowo słuszny, aczkolwiek z innych przyczyn, niż podniesione w apelacji. Sąd Okręgowy podkreślił, że w aspekcie zakazu reformationis in peius czuł się związany wyrokiem tego Sądu z dnia 05.09.2011 r., mając przy tym świadomość, że w sprawie zapadł jeszcze jeden wyrok (przed Sądem Rejonowym dla Warszawy-Woli w Warszawie), który również został uchylony i sprawa została przekazana Sądowi Okręgowemu jako Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania (str. 26 uzasadnienia wyroku). W rozważaniach dotyczących zakazu pogarszania sytuacji oskarżonego w aspekcie drugiego z wydanych w sprawie orzeczeń, ograniczył się wyłącznie do rozmiaru kary pozbawienia wolności, tracąc z pola widzenia fakt, że wyrok ten był zaskarżony wyłącznie na korzyść, zaś Sąd Rejonowy przyjął, że wobec M. K. należy stosować nadzwyczajne złagodzenie kary. To, że czyniąc takie ustalenie, w efekcie do omawianych obecnie zarzutów Sąd ten instytucji tej nie zastosował, bowiem dokonał niezwykłego zrównoważenia okoliczności wskazanych w art. 91§ 1 k.k., który nie mógł znaleźć zastosowania w tej sprawie z przyczyn prawnych, z obowiązkiem orzekania poniżej dolnego progu ustawowego zagrożenia, nie zwalniało Sądu orzekającego obecnie z obowiązku zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary. Orzeczenie odmienne narusza zakaz reformationis in peius. Dlatego też Sąd Apelacyjny – przy zastosowaniu art. 10 § 3 k.k., karę za oba czyny nadzwyczajnie złagodził do roku i 11 miesięcy pozbawienia wolności za każdy z nich, orzekając karę łączną przy zastosowaniu zasady pełnej absorpcji, mając na uwadze to, że taką zastosowano w I instancji, a wyrok w tej części zaskarżony został wyłącznie na korzyść. Stosowano przepisy tzw. stare – tj. art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. z uwagi na daty czynów i słuszne stosowanie art. 4 § 1 k.k. co do poszczególnych czynów z uwagi na brzmienie art. 10 § 2 k.k. do dnia 08.06.2010 r. Jedynie powyższe względy prawne – a nie zawarte w apelacji - zadecydowały o takim kształcie wyroku Sądu II instancji, bowiem Sąd ten nie podzielił argumentacji zawartej w tym środku odwoławczym dotyczącej kwestii kary. Zważyć bowiem należy na fakt, że uzasadnienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie, na które powołuje się obrońca, zostało sporządzone w innym stanie prawnym i faktycznym. Prawidłowe ustalenia dotyczące odpowiedzialności w trybie art. 10 § 2 k.k. powodują, że odnoszenie się do treści ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (u.p.n.) i jej celów i preambuły jest bezprzedmiotowe, bowiem nie ona kreuje zasady orzekania o karze wobec oskarżonego. Sąd Apelacyjny, obecnie orzekający w sprawie dostrzega okoliczności świadczące o pozytywnym sposobie funkcjonowania oskarżonego, ma na względzie także jego wiek w chwili obu zdarzeń, jak też upływ czasu od nich do dnia wyrokowania w instancji odwoławczej, co w wypadku osoby tak młodej, jak M. K. ma dużo większe znaczenie, niż u osoby w wieku dojrzałym. Nie można zgodzić się z poglądem obrońcy, jakoby na stopień szkodliwości czynów przypisanych miała wpływ wartość skradzionego mienia obu pokrzywdzonym. Niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie, które Sąd Apelacyjny w tym składzie podziela, że w przypadku rozbójów dokonywanych na przypadkowych pokrzywdzonych – np.: w parkach, środkach komunikacji miejskiej, na ulicach – sprawca zabiera to, co pokrzywdzony ma przy sobie, tak więc wartość szkody jest okolicznością w pewnym sensie również przypadkowa i to, że nie jest wysoka, nie przekreśla znacznego stopnia społecznej szkodliwości przestępstwa. Kontynuując ten wątek, należy zwrócić uwagę na pominięte całkowicie przez obrońcę okoliczności obu zdarzeń i ich przebieg – vide: ustalenia faktyczne. Choć skarżący ich nie dostrzega, nie

mogą one umknąć przy rozważaniu kwestii wymiaru kary. To suma okoliczności waży na rozmiarze represji. Zatem także okoliczności zdarzeń mają znaczenie w tej materii, o czym mowa nie tylko w art. 10 § 2 k.k., ale też art. 53 § 1 i 2 k.k., którego treść ma zastosowanie do oskarżonego, bowiem funkcjonuje on łącznie z art. 54 § 1 k.k. Spojrzenie na okoliczności sprawy nie mogą, jak chce tego obrońca, ograniczać się tylko do osoby sprawcy, przy całkowitym zignorowaniu okoliczności zdarzeń i sytuacji pokrzywdzonych.

Co do apelacji prokuratora:

Apelacja ta okazała się słuszna. Wprawdzie jej konstrukcja nasuwa zastrzeżenia natury prawnej, lecz Sąd Apelacyjny podzielił zawarty w niej wniosek o uchylenie wyroku w części zaskarżonej na niekorzyść i sprawę w tym zakresie przekazał do ponownego rozpoznania.

Zarzut obrazy przepisu prawa materialnego jest zarzutem samoistnym, tj. nie powinien być łączony z zarzutami dotyczącymi oceny dowodów – tak, jak uczynił to ten apelujący. Niezależnie jednak o tych wad konstrukcyjnych apelacji, prokurator słusznie podniósł, że ustalenia faktyczne dotyczące zarzutów III i IV nie upoważniały do przyjęcia dobrowolnego odstąpienia od usiłowania (dokonania). Z ustaleń tych jednoznacznie wynika, że powodem ucieczki oskarżonego z miejsca zdarzenia z pkt III była reakcja pokrzywdzonej na atak. Sąd Okręgowy ustala (str. 6 uzasadnienia wyroku), że pokrzywdzona podjęła aktywną obronę i „Reakcja pokrzywdzonej doprowadziła do zaniechania przez M. K. dalszej fizycznej ofensywy. Puścił on gardło K. K. (2) i tą ręką zgarnął z ziemi okulary, po czym zaczął uciekać”. Odnośnie zdarzenia z udziałem K. T. (pkt IV) ustalili, że pokrzywdzona wymachiwała nogami usiłując się bronić i „Wymach lewą nogą w kierunku napastnika, spłoszyło M. K., który zaczął uciekać w kierunku ulicy (...)” – str. 7 uzasadnienia w brzmieniu dosłownym. Oba powyższe ustalenia nie upoważniały do przyjęcia, że oskarżony odstąpił dobrowolnie od dalszych działań wobec obu pokrzywdzonych, tym samym do przyjęcia konstrukcji z art. 15 § 1 k.k., co słusznie wskazano w omawianej obecnie apelacji. Określenie „dobrowolnie” należy rozumieć tak, jak w języku potocznym, słowu temu w ustawie nie nadano innego znaczenia. Dobrowolnie oznacza zatem – z własnej woli, bez wpływu czynników zewnętrznych sprawca, który miał zamiar dokonania czynu zabronionego i może, ma nadal możliwość kontynuowania zachowania zmierzającego do jego dokonania, podejmuje decyzję o tym, że zachowań tych zmierzających do popełnienia tego czynu, kontynuował nie będzie. Powodem odstąpienia nie może być zatem np. zbliżający się patrol policji, głośnie wzywanie pomocy przez pokrzywdzonego, które zwraca uwagę otoczenia, czy aktywna obrona fizyczna zaatakowanej osoby, czy jej opór, bowiem wówczas poniechanie zamierzonych uprzednio zachowań nie nosi cech dobrowolności. Ustalenia dokonane w sprawie co do czynów III i IV w części przytoczonej powyżej (str. 6, 7 uzasadnienia) pozostają zatem w sprzeczności z treścią wyroku, jak też tą dalszą częścią uzasadnienia, w której mowa o podstawie prawnej rozstrzygnięcia (str. 32-33), co sprawia, że nie mógł się on w tej części ostać i musiał zostać uchylony, a sprawa w tym zakresie przekazana do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. W sprawie niniejszej – zawisłej przed sądem przed dniem 1 lipca 2015 r. – w pewnym zakresie mają zastosowanie tzw. przepisy stare, to jest obowiązujące do tej daty. Dotyczy to także art. 454 § 2 k.p.k.

Rozpoznając sprawę ponownie Sąd I instancji będzie miał na uwadze powyższe wywody, rozważy, czy konieczne jest przesłuchanie pokrzywdzonych, wielokrotnie zeznających już w sprawie, w tym także na temat przebiegu zdarzeń i reakcji oskarżonego na podjęte przez nie działania, mając przy tym na uwadze upływ czasu od tychże wydarzeń. Postępowanie ponowne przeprowadzi w zakresie niezbędnym dla prawidłowego wyrokowania w odniesieniu do zarzutów, co do których będzie orzekał. Nadto Sąd Okręgowy oceni zachowanie oskarżonego właściwie stosując przepisy prawa procesowego i materialnego, unikając sprzeczności między wyrokiem, a jego częścią motywacyjną (jeśli będzie ją sporządzał), jak też wewnętrznej sprzeczności w treści uzasadnienia. Odniesie się – jeśli zajdzie taka konieczność – do orzecznictwa Sądu Najwyższego i Sądów powszechnych, stanowiska doktryny, przy czym, jeżeli wydane orzeczenie będzie odbiegało od dotąd przyjętej linii orzecznictwa i poglądów doktryny, dogłębnie uzasadni podstawę prawną wyroku, wykazując, dlaczego poglądów tych nie podziela.

Z powyższych względów Sąd Odwoławczy orzekł, jak w wyroku, a rozstrzygając o kosztach sądowych w związku ze zmianą zaskarżonego wyroku zwolnił oskarżonego od obowiązku ich uiszczenia z uwagi na jego sytuację majątkową.