

Sygn. akt II AKa 415/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 kwietnia 2018r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA – Zbigniew Kapiński

Sędziowie: SA – Dorota Tyrała

SA – Adam Wrzosek (spr.)

Protokolant: – sekr. sąd. Sylwester Leńczuk

przy udziale Prokuratora Leszka Woźniaka

po rozpoznaniu w dniu 21 marca 2018 r.

sprawy:

1. P. M., syna Z. i R. z domu K., urodz. (...) w W.,

2. P. B., syna J. i G. z domu P., urodz. (...) w W.,

3. M. M., syna T. i T. z domu T., urodz. (...) w K.

oskarżonych z art. 280 § 2 k.k.

na skutek apelacji, wniesionych przez obrońców oskarżonych i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie

z dnia 1 sierpnia 2017 r. sygn. akt V K 220/15

I. uchyla zaskarżony wyrok w części dotyczącej oskarżonego M. M. i w tym zakresie sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu Warszawa – Praga w Warszawie do ponownego rozpoznania;

II. zmienia zaskarżony wyrok w części dotyczącej oskarżonych P. M. i P. B. w ten sposób, że w czynnie przypisanym im w pkt I sformułowanie: „grożąc natychmiastowym użyciem przemocy” zastępuje sformułowaniem: „posługując się nożem”, z powyższego czynu eliminuje osobę oskarżonego M. M. oraz ustala, iż oskarżeni działali wspólnie i w porozumieniu z inną osobą i za powyższy czyn na podstawie art. 280 § 2 k.k. skazuje P. M. i P. B. na kary po 3 (trzy) lata pozbawienia wolności, a na podstawie art.33 § 1, 2 i 3 kk, orzeka po 50 (pięćdziesiąt) stawek dziennych grzywny w kwocie 10 (dziesięciu) zł każda;

III. utrzymuje tenże wyrok w pozostałej części wobec oskarżonych P. M. i P. B. w mocy;

IV. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności zalicza okresy rzeczywistego pozbawienia wolności:

- oskarżonemu P. M. od dnia 22 lipca 2015 r. do dnia 15 października 2015 r.,

- oskarżonemu P. B. od dnia 29 lipca 2015 r. do dnia 4 sierpnia 2015 r.;

V. zasądza od oskarżonych P. M. i P. B. na rzecz Skarbu Państwa kwoty po 500 (pięćset) zł tytułem opłaty za obie instancje i zwalnia ich od przypadających na nich wydatków w sprawie, obciążając nimi Skarb Państwa;

VI. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz:

1. adw. A. B. Kancelaria Adwokacka w W. – obrońcy oskarżonego P. M.,

2. adw. M. Ł. Kancelaria Adwokacka w W. – obrońcy oskarżonego P. B.,

wynagrodzenie w kwotach po 738 (siedemset trzydzieści osiem) zł, zawierające 23% VAT, za obronę z urzędu wyżej wymienionych oskarżonych przed Sądem Apelacyjnym.

UZASADNIENIE

W sprawie Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie sygn. akt V K 220/15 oskarżono **P. M., P. B., M. M.** o to że:

- w dniu 22 lipca 2015r w K. woj. (...) przy ulicy (...), w salonie (...), działając wspólnie w porozumieniu dokonali rozboju na osobach K. M. (1) i M. J. (1) grożąc nożem, a następnie zabrali w celu przywłaszczenia pieniądze w kwocie 3580 zł, telefon komórkowy m-ki N. na szkodę K. B., dwa telefony komórkowe m-ki S., tablet m-ki L., portfel z zawartością pieniędzy w kwocie ok. 200 zł, kart bankomatowych, dowodu osobistego - wszystko o wartości około 800 zł na szkodę M. J. (1) oraz na szkodę K. M. (1) - telefonu komórkowego S. (...), torby z napisem N., z zawartością kosmetyków, legitymacji i pieniędzy - wszystko o wartości ok. 210 zł

tj. o czyn z art. 280 § 2 k.k.

Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 1 sierpnia 2017 r.:

I. w ramach czynu zarzucanego oskarżonym P. M., P. B. i M. M. uznał ich za winnych tego, że w dniu 22 lipca 2015 r. w K., woj. (...), działając w celu kradzieży, wspólnie i w porozumieniu, grożąc natychmiastowym użyciem przemocy wobec K. M. (1) i M. J. (1), zabrali w celu przywłaszczenia pieniądze w kwocie 1358,79 zł oraz telefon komórkowy marki N. na szkodę K. B., dwa telefony, tablet marki L. i portfel z zawartością, tj. mienie wartości około 800 zł na szkodę M. J. (1) oraz na szkodę K. M. (1) mienie wartości około

210 zł, w postaci telefonu S. (...) oraz torby z napisem N. z zawartością tj. czynu z art. 280 § 1 k.k. i za to wymierzył:

- oskarżonym P. M. i M. M. z mocy art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 33 § 1, 2 i 3 k.k. kary po 2 (dwa) lata pozbawienia wolności i po 50 (pięćdziesiąt) stawek dziennych grzywny po 10 (dziesięć) zł stawka,

- oskarżonemu P. B. z mocy art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 60 § 3 i § 6 pkt 3 k.k. w zw. z art. 33 § 1, 2 i 3 k.k. kary 1 (jednego) roku i 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny po 10 zł (dziesięć) zł stawka;

II. na zasadzie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności zaliczył okresy rzeczywistego pozbawienia wolności oskarżonym: P. M. od dnia 22 lipca 2015r. do dnia 15 października 2015 r., M. M. od dnia 30 lipca 2015 r. do dnia 15 października 2015 r. i P. B. od dnia 29 lipca 2015 r. do dnia 15 października 2015r.

III. zasądził na rzecz Skarbu Państwa od oskarżonych: P. M., P. B. i M. M. kwoty po 400 zł (czterysta) zł tytułem opłaty, zwalniając ich od obowiązku ponoszenia pozostałych kosztów postępowania w sprawie, przejmując je na rachunek Skarbu Państwa.

Wyrok zawiera nadto rozstrzygnięcia o dowodach rzeczowych oraz o zasądzeniu od Skarbu Państwa na rzecz obrońców z urzędu stosownego wynagrodzenia.

Od powyższego wyroku apelacje złożyli obrońcy oskarżonych oraz prokurator.

Obrońca oskarżonego P. M. zaskarżyła wyrok w całości, zarzucając:

- obrazę prawa materialnego przez uznanie, że oskarżony popełnił przestępstwo z art. 280 § 1 k.k.;
- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, polegający na sprzecznym z materiałem dowodowym uznaniu, że zachowanie oskarżonego podczas przedmiotowego zdarzenia wyczerpuje znamiona przypisanego mu przestępstwa.

W konkluzji apelacji obrońca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec oskarżonego łagodniejszej kary z warunkowym jej zawieszeniem, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego P. B. zaskarżył wyrok w części dotyczącej orzeczenia o karze, zarzucając rażąco niewspółmierność kary pozbawienia wolności wymierzonej bez warunkowego zawieszenia wykonania, podczas gdy prawidłowa ocena okoliczności dotyczących jej wymiaru uzasadniała orzeczenie tejże kary z warunkowym zawieszeniem wykonania.

W konkluzji apelacji obrońca wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez:

- orzeczenie kary 1 roku 10 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania na okres próby 10 lat oraz wymierzenie kary grzywny w liczbie 50 stawek dziennych po 10 zł stawka,

ewentualnie

- obniżenie kary pozbawienia wolności do 1 roku 6 miesięcy oraz wymierzenie kary grzywny w liczbie 50 stawek dziennych po 10 zł stawka.

Obrońca oskarżonego M. M. zaskarżył wyrok w całości, zarzucając błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść zaskarżonego wyroku, polegający na bezpodstawnym przyjęciu, że oskarżony M. M. wspólnie i w porozumieniu z pozostałymi współoskarżonymi działał w zamiarze dokonania na M. J. (1) i K. M. (1) przestępstwa rozboju, podczas gdy z materiału dowodowego wynika, że swoim zachowaniem, w ramach zawartego wcześniej porozumienia, akceptował on jedynie podejmowanie przez współoskarżonych czynności zmierzających do zaboru cudzych rzeczy ruchomych z wyłączeniem świadomości faktu posiadania przez jednego ze współoskarżonych przedmiotu w postaci noża oraz gróźb użycia natychmiastowej przemocy wobec pokrzywdzonych, znajdując się tempore criminis w oddaleniu kilkudziesięciu metrów od centrum wydarzeń rozgrywających się w pomieszczeniu zamkniętym, bez możliwości czynienia przez niego obserwacji zachowań pozostałych współoskarżonych (i wpływu na nie), co w konsekwencji uzasadniało dokonanie odmiennego ustalenia, a mianowicie, że M. M. nie obejmował swoją świadomością i wolą dokonywanego przez P. M. i P. B. rozboju i nie wyrażał na ten czyn zgody, nawet dorozumianej, co eliminuje ustaloną przez Sąd I instancji równorzędność ról i w konsekwencji skutkowało przyjęciem błędnej kwalifikacji prawnej z art. 280 § 1 k.k. oraz skazaniem oskarżonego za ten czyn zamiast za czyn z art. 278 § 1 k.k.

W konkluzji apelacji obrońca wniósł o uznanie, że oskarżony M. M. swoim zachowaniem wypełnił znamiona czynu z art. 278 § 1 k.k., a w konsekwencji o obniżenie kary pozbawienia wolności do 1 roku oraz warunkowe jej zawieszenie na okres próby lat 3.

Prokurator zaskarżył wyrok na niekorzyść wszystkich oskarżonych zarzucając błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na wyrażeniu niesłusznego poglądu, iż nie narażając się na zarzut naruszenia przepisu art. 5 § 2 k.p.k. należało przyjąć za udowodnione ponad wszelką wątpliwość, że wszyscy trzej

oskarżeni dopuścili się czynu z art. 280 § 1 k.k., podczas gdy z zeznań świadków M. J. (1), K. M. (1), B. Z., P. U., T. C., S. P., K. B., a nadto częściowo z wyjaśnień oskarżonego P. B. wynika, że działanie oskarżonych P. M., P. B. i M. M. wyczerpało dyspozycję art. 280 § 2 k.k.

W konkluzji apelacji prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu Warszawa - Praga w Warszawie.

Na rozprawie odwoławczej prokurator powyższy wniosek w odniesieniu do oskarżonych P. M. i P. B. zmodyfikował i wniósł o dokonanie zmiany zaskarżonego wyroku poprzez przyjęcie, że wyżej wymienieni dopuścili się popełnienia przestępstwa z art. 280 § 2 k.k. i orzeczenie wobec nich kar po 3 lata pozbawienia wolności i po 50 stawek dziennych grzywny po 10 zł każda stawka.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja prokuratora, po uwzględnieniu wniosków zmodyfikowanych na rozprawie odwoławczej, okazała się zasadna. Apelacje obrońców oskarżonych P. M. i P. B. nie mogły zostać uwzględnione.

I.

W odniesieniu do oskarżonych P. M. i P. B..

Na wstępie należy zauważyć, że w apelacji obrońcy oskarżonego P. M. zawarto zarzut obrazy art. 280 § 1 k.k. oraz zarzut błędu w ustaleniach faktycznych. Obraza prawa materialnego może być przyczyną odwoławczą jedynie wtedy, gdy ma charakter samoistny. Naruszenie prawa materialnego polega bowiem na jego wadliwym zastosowaniu (niezastosowaniu) w orzeczeniu, które oparte jest na trafnych i niekwestionowanych ustaleniach faktycznych. Nie można więc mówić o obrazie prawa materialnego w sytuacji, gdy wadliwość orzeczenia w tym zakresie jest wynikiem błędnych ustaleń faktycznych przyjętych za jego podstawę lub naruszenia przepisów procesowych (vide: Komentarz do Kodeksu postępowania karnego pod red. prof. dr hab. Zbigniewa Gostyńskiego, Dom Wydawniczy ABC, 1998, teza 5 do art. 438, str. 457 – 458, tom II). Analiza treści złożonego środka odwoławczego, w tym jego uzasadnienia, prowadzi do wniosku, że kwestionowane są w nim ustalenia Sądu I instancji, iż sprawcy grozili pokrzywdzonym natychmiastowym użyciem przemocy. Tym samym zarzut obrazy prawa materialnego sprowadza się do kwestionowania ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd meriti.

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stwierdził, że nagranie z monitoringu obejmującego salon gier, w którym miał miejsce napad: „... pozwala na ustalenie, że żaden z dwóch będących wewnątrz lokalu napastników nie użył noża w sposób podawany przez M. J. i K. M.” (str. 5 uzasadnienia zaskarżonego wyroku). Z tego rodzaju ustaleniem nie można się zgodzić. Z nagrania znajdującego się w pliku oznaczonego symbolem (...), na płycie DVD+R. E. (...),(...) , która to płyta była odtworzona na rozprawie przed Sądem I instancji, wynika jednoznacznie, że **w momencie wtargnięcia przez jednego ze sprawców na zaplecze salonu gier, trzymał on w lewym ręku nóż. Nożem tym wymachiwał i nie wypuszczał go z dłoni podczas przeszukiwania szuflady biurka.** W tej sytuacji nie do zaakceptowania są wątpliwości Sądu I instancji, co do posługiwania się przez jednego ze sprawców nożem podczas zdarzenia i podnoszenie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że skoro sprawca przeszukiwał szuflady biurka to w rękę miał różne przedmioty, co sugeruje, iż w pewnym momencie mógł wyjąć z biurka przedmiot podobny do noża (str. 5 uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

Powyższe nagranie w pełni koreluje z zeznaniami pokrzywdzonych K. M. (1) i M. J. (1). Obie stwierdziły, że sprawca, który wbiegł na zaplecze trzymał w lewym ręku nóż, wymachiwał nożem i żądał wydania pieniędzy (zeznania M. J. (1) z postępowania przygotowawczego k. 3 – 5, 168 – 169 i z rozprawy k. 123v. – 125, zeznania K. M. (1) z postępowania przygotowawczego k. 75 i z rozprawy k. 125 – 126). K. M. (1) podała też, co zgodne jest z nagraniem z monitoringu, że sprawca: „Jednocześnie chwycił tą samą ręką co trzymał nóż rzeczy z biurka” (k. 75). Zeznania pokrzywdzonych są z kolei kompatybilne z zeznaniami funkcjonariusza Policji S. P. i pracownika ochrony T. C., którzy zeznali, że pokrzywdzone poinformowały ich, że jeden z napastników groził użyciem noża (k. 30, 40 – 41 akt postępowania

przygotowawczego i zeznania złożone na rozprawie k. 121 v. – 122, k. 122 – 122v.). Funkcjonariusze Policji B. Z. i P. U. również zeznali, że otrzymali informację o napadzie z użyciem noża (k. 19, 21 akt postępowania przygotowawczego oraz k. 123 – 123v i k. 183v akt sądowych). Nie można też w tym miejscu pominąć wyjaśnień M. M. z 31 lipca 2015 r. kiedy to stwierdził, że pozostali oskarżeni po dokonaniu napadu mówili, że użyli noża (k. 185 – 187 akt postępowania przygotowawczego). Z powyższym materiałem dowodowym korespondują też wyjaśnienia P. B. z 29 lipca 2015 r., który co prawda nie wyjaśnił, że po wejściu do salonu posługiwano się nożem lecz stwierdził, że P. M. miał nóż, którym miał zastraszyć pracownicę i zabrać to co jest wartościowe (k. 142 – 143 akt postępowania przygotowawczego). Fakt posiadania noża nie był kwestionowany przez oskarżonego P. M., z tym, że według niego nóż miał mieć oskarżony P. B. (k. 93 akt postępowania przygotowawczego).

Oskarżony P. M. nie został zatrzymany bezpośrednio na miejscu zdarzenia. To, że nie znaleziono przy nim noża nie oznacza, iż tego rodzaju przedmiotem nie posługiwał się on podczas zdarzenia. Pozbycie się przez oskarżonego noża jest w pełni zrozumiałe. Sprawcy, w tym oskarżony P. M., poruszali się pieszo i nie mogli wykluczyć, że Policja po przybyciu na miejsce zdarzenia dokona penetracji terenu, co mogło wiązać się z legitymowaniem osób znajdujących się w pobliżu, zwłaszcza, że ruch pieszy z uwagi na porę zdarzenia, był niewielki. Do wyprowadzenia tego rodzaju wniosku nie było konieczne uzyskanie od któregokolwiek z oskarżonych potwierdzenia, że nóż został wyrzucony bądź przekazany innej osobie. Tej ostatniej sytuacji również nie można wykluczyć. Skoro bowiem pozostali oskarżeni zostali zatrzymani później, to mieli oni czas na pozbycie się noża.

Z nagrania z monitoringu wynika, że dwóch sprawców weszło do salonu gier, przy czym sprawca posiadający w ręku nóż, wszedł na zaplecze i wymachując nożem dokonał zaboru przedmiotów w postaci telefonów, tabletu, a także pieniędzy. Drugi ze sprawców pozostał przy drzwiach wejściowych, ale też podchodził do drzwi prowadzących na zaplecze, zaglądając do jego wnętrza. Sąd I instancji ustalił, że sprawcą, który posługiwał się nożem był oskarżony P. M.. Okoliczność ta nie jest kwestionowana w apelacji obrońcy tegoż oskarżonego. Bezspornym jest zatem, że sprawcą tym był oskarżony P. M.. Skoro oskarżony P. M. wchodząc z P. B. do salonu trzymał w ręku nóż, a P. B. w trakcie zdarzenia zaglądał na zaplecze to musiał on mieć świadomość, że P. M. dokonując na oczach pokrzywdzonych zaboru rzeczy znajdujących się w tym pomieszczeniu, posługiwał się nożem. Charakterystyczna jest przy tym sytuacja, jaka miała miejsce o godz. 01:07:21 (vide: plik opisany wyżej), kiedy to P. M. wykonując ruchy ramionami wysunął rękę, w której trzymał nóż, poza obręb zaplecza, a za nim stał P. B., zwrócony twarzą w kierunku tegoż pomieszczenia. Ustalenia dotyczące posługiwania się nożem przez jednego ze sprawców podczas zdarzenia korespondują z relacją P. B. odnoszącą się do opisu zdarzeń poprzedzających ich pojawienie się w salonie gier, a mianowicie, że P. M. miał nóż, którym miał zastraszyć osoby znajdujące się w salonie. Tym niemniej podstawą poczynionych przez Sąd odwoławczy ustaleń, że podczas zdarzenia P. M. użył noża, były nie depozycje złożone przez P. B. lecz zapis z nagrania z monitoringu oraz relacje pokrzywdzonych.

W świetle rozważań zawartych w niniejszym uzasadnieniu należało dokonać zmiany zaskarżonego wyroku i przypisać oskarżonym P. M. i P. B. popełnienie przestępstwa kwalifikowanego rozboju z art. 280 § 2 k.k. Tym samym apelacja obrońcy oskarżonego P. M., w której zarzucono, że materiał dowodowy zebrany w sprawie nie pozwalał na zakwalifikowanie zachowanie oskarżonego jako przestępstwa z art. 280 § 1 k.k., nie mogła być uznana za trafną. Jednocześnie w pełni zasadna okazała się, w stosunku do oskarżonych P. M. i P. B. apelacja prokuratora wraz z wnioskami zmodyfikowanymi na rozprawie odwoławczej.

Sąd Okręgowy wobec oskarżonego P. B. zastosował nadzwyczajne złagodzenie kary w oparciu o uregulowanie zawarte w art. 60 § 3 k.k. Rozstrzygnięcie w tym zakresie Sąd I instancji uzasadnił tym, że oskarżony P. B. ujawnił, że w zdarzeniu brał także udział M. M. oraz opisał jego rolę, a mianowicie, że przy pomocy sms-ów kierowanych do M. J. (1) ustalił on, iż, poza pokrzywdzonymi w salonie nie przebywają inne osoby, a następnie podczas zdarzenia stał po drugiej stronie ulicy, by ostrzec pozostałych sprawców o zbliżających się osobach. Faktycznie oskarżony P. M., który został zatrzymany wcześniej niż pozostali oskarżeni, w wyjaśnieniach złożonych w dniu 23 lipca 2015 r. nie wspomniał o M. M.. O tym, że M. M. brał udział w zdarzeniu świadczą późniejsze relacje P. M. oraz depozycje złożone przez samego M. M. po jego zatrzymaniu.

Nadzwyczajne złagodzenie kary, o którym mowa w art. 60 § 3 k.k. ma charakter obligatoryjny, a przesłankami do jego zastosowania jest współdziałanie przez sprawcę z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa oraz ujawnienie wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacji o osobach uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotnych okoliczności jego popełnienia. Istotną okolicznością czynu, którego dopuścili się oskarżeni był sposób ich zachowania w trakcie zdarzenia, a mianowicie, że oskarżony P. M. posługiwał się nożem. Skoro – jak już zauważono wyżej – P. M. wspólnie z P. B. wszedł do salonu gier, trzymając w ręku nóż i nóż ten miał w ręku podczas przeszukiwania szuflad biurka na zapleczu, to oskarżony P. B., który zaglądał na zaplecze – uwzględniając przy tym, opisaną wyżej, sytuację mającą miejsce o godz. 01:07:21 – miał pełną świadomość, iż jego kolega posługiwał się nożem podczas zdarzenia. Tymczasem w wyjaśnieniach złożonych w dniu 29 lipca 2015 r. oskarżony P. B. co prawda wskazał, że P. M. dysponował nożem, którym po wejściu do salonu miał zastraszyć znajdujące się tam osoby, jednakże relacjonując sam przebieg zdarzenia w salonie nie wspomniał, iż P. M. miał w ręku nóż, w tym także podczas zdarzeń mających miejsce na zapleczu, chociaż widział jak P. M. brał pieniądze z biurka a wskazywała mu je dziewczyna, która stała. O posługiwaniu się nożem przez P. M. oskarżony P. B. nie wspominał też podczas posiedzenia Sądu procedującego w przedmiocie zastosowania środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania. Na rozprawie oskarżony P. B. pominął kwestie związane z posiadaniem bądź posługiwaniem się nożem przez P. M. i dopiero po ujawnieniu wyjaśnień złożonych w postępowaniu przygotowawczym stwierdził, że P. M. przed zdarzeniem dysponował nożem, jednakże ciężko mu powiedzieć, czy miał on nóż po wejściu do salonu gier, a nadto nie widział P. M. na tyle, aby mógł zauważyć, czy nożem tym wymachiwał (k.112v. – 113v.). Ewidentnym jest zatem, że oskarżony P. B. opisując na rozprawie przebieg zdarzenia nie tylko nie ujawnił wszystkich istotnych jego okoliczności, ale starał się przedstawić P. M. w jak najbardziej korzystnym świetle. Tego rodzaju postawa oskarżonego P. B. skutkowałą poczynieniem przez Sąd I instancji wadliwych ustaleń faktycznych. Dlatego też Sąd odwoławczy nie mógł zastosować do tegoż oskarżonego dobrodziejstwa przewidzianego w art. 60 § 3 k.k. Trzeba pamiętać, że od sprawcy, który liczy na skorzystanie z instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary w oparciu o powyższą regulację należy oczekiwać konsekwentnej postawy, a chwiejność jego stanowiska świadczy, że nie jest on zdecydowany na współpracę określoną w tym przepisie (vide: uwagi zawarte w tezie 34 do art. 60 w Komentarzu do Kodeksu Karnego. Część ogólna pod red. naukową Włodzimierza Wróbla i Andrzeja Zolla Wolters Kluwer, Warszawa 2016, tom I, str. 156).

Na nagraniu utrwalonym przez kamerę nr 1 monitoringu widać, że na kilka minut przed wtargnięciem sprawców jedna z kobiet przebywających na zapleczu otworzyła drzwi, wyszła z zaplecza i zapaliła w salonie dodatkowe światło, a następnie wróciła na zaplecze. Po krótkim czasie ponownie wyszła z zaplecza, podeszła do telewizora wiszącego na ścianie. Potem stanęła w drzwiach prowadzących na zaplecze i oglądała program telewizyjny bądź film. Przeglądała też informacje bądź grafik wiszący na drzwiach. Tego rodzaju zachowanie nie daje podstaw do twierdzenia, że obie pokrzywdzone bądź jedna z nich współpracowała ze sprawcami, a napad był upozorowany. Nie znajduje to zresztą potwierdzenia w relacjach oskarżonych.

Przy wymiarze kary Sąd Apelacyjny do okoliczności obciążających zaliczył uprzednią karalność obu oskarżonych (k. 148 – 149, 250) oraz znaczną społeczną szkodliwość przypisanego im czynu, wynikającą z charakteru i okoliczności przestępnego zachowania. Do okoliczności łagodzących w stosunku do oskarżonego P. B. Sąd Apelacyjny zaliczył ujawnienie przez niego, że poza nim i P. M. w przestępstwie brał udział jeszcze jeden sprawca, a także prowadzenie ustabilizowanego trybu życia bowiem po opuszczeniu jednostki penitencjarnej podjął on zatrudnienie.

Mając na uwadze wniosek prokuratora złożony na rozprawie odwoławczej Sąd Apelacyjny orzekł w stosunku do obu oskarżonych kary pozbawienia wolności w najniższym ustawowo wymiarze. Nie było jednakże żadnych podstaw do nadzwyczajnego jej złagodzenia wobec P. B., a tym bardziej w stosunku do oskarżonego P. M.. W związku z tym, że oskarżeni przypisanego im czynu dopuścili się w celu osiągnięcia korzyści majątkowej orzeczono też wobec nich, na podstawie art. 33 § 2 k.k., kary grzywny. Orzeczone kary są zgodne z zasadami i dyrektywami określonymi w art. 53 § 1 i § 2 k.k., winny wdrożyć oskarżonych do przestrzegania porządku prawnego oraz są sprawiedliwe w odczuciu społecznym.

Na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności zaliczono okresy rzeczywistego pozbawienia wolności:

- oskarżonemu P. M. od 22 lipca 2015 r. do 4 sierpnia 2015 r.,

- oskarżonemu P. B. od 29 lipca 2015 r. do 15 października 2015 r.

Sąd Apelacyjny na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności nie zaliczył P. M. okresu tymczasowego aresztowania po dniu 4 sierpnia 2015 r. gdyż wówczas wprowadzono do wykonania kary orzeczone w stosunku do niego w innych sprawach (vide: informacja uzyskana z systemu NOE – SAD).

O wydatkach i opłacie sądowej orzeczono zgodnie z art. 626 § 1, art. 627, art. 633, art. 634 k.p.k., art. 2 ust. 1 pkt 5, art. 3 ust. 1, art. 10 ust. 1, art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 29 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (j.t. Dz. U. z 1983 r. nr 49, poz. 223 z późn. zm.).

O wynagrodzeniu za obronę z urzędu oskarżonego P. M. w postępowaniu przed Sądem Apelacyjnym orzeczono w myśl § 2 § 3, § 4, § 17 ust. 2 pkt 5 rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz. U. 2016.1714).

II.

W odniesieniu do oskarżonego M. M..

Jak już podniesiono przy omawianiu rozstrzygnięcia dotyczącego oskarżonych P. M. i P. B., z depozycji tego ostatniego wynika, że M. M. był zorientowany, iż jego koledzy udali się do salonu gier w celu dokonania zaboru mienia i miał on świadomość, że w powyższym salonie przebywają dwie kobiety. Okoliczności tych oskarżony M. M. nie zakwestionował w złożonych wyjaśnieniach. Przyznał, że nie wszedł on do salonu gdyż znał M. J. (1), z którą nawiązał kontakt sms-owy w celu ustalenia, czy poza nią w salonie przebywają inne osoby.

Dla prawidłowego ustalenia zakresu odpowiedzialności M. M. niezbędnym jednakże było ustalenie, czy miał on świadomość, że oskarżeni, którzy weszli do salonu, będą w trakcie zdarzenia posługiwać się nożem. Oskarżony M. M. w postępowaniu przygotowawczym wyjaśnił, że nie wiedział, iż jeden z kolegów dysponował nożem i dopiero jak wyszli oni z salonu, to usłyszał od nich o użyciu noża (k. 185 – 187 akt postępowania przygotowawczego). P. M. wyjaśnił, że w obecności M. M. nie zapadły ustalenia co do użycia noża i nie wie on, czy M. M. widział u P. B. nóż (k. 227 – 228 akt postępowania przygotowawczego). P. M. wyjaśnił też, że przed wejściem do salonu (...) pokazywał nóż (k. 93 akt postępowania przygotowawczego). Z kolei P. B. opisując zdarzenie mające miejsce przed wejściem do salonu, stwierdził, że P. M. miał nóż, którym miał zastraszyć osoby będące w salonie gier (k. 142 – 143 akt postępowania przygotowawczego). W świetle powyższego materiału niezbędnym było przeprowadzenie szczegółowego przesłuchania P. M. i P. B. i wyjaśnienie, w którym miejscu i na jaki czas przed wejściem do salonu nóż był wyjmowany i pokazywany przez jednego z oskarżonych i gdzie wtedy znajdował się M. M. oraz wyjaśnienie gdzie znajdował się M. M., kiedy była mowa o tym, że P. M. miał zastraszyć nożem osoby znajdujące się w salonie. W związku z rozbieżnościami występującymi pomiędzy relacjami P. M. i P. B. niezbędnym jest przeprowadzenie konfrontacji pomiędzy nimi, a ewentualnie także konfrontacji tych osób z M. M..

Zaniechanie przeprowadzenia tych czynności, uniemożliwia poczynienie prawidłowych ustaleń faktycznych w odniesieniu do oskarżonego M. M. i powoduje, że zaskarżony wyrok nie może się ostać, a sprawa podlega przekazaniu Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

W przypadku gdy nie będzie można w sposób niewątpliwy ustalić, czy oskarżony M. M. miał świadomość, że jeden ze sprawców podczas zdarzenia będzie posługiwać się nożem, Sąd Okręgowy winien ustalić, czy M. M. obejmował swoim

zamiarem, że jego koledzy po wejściu do salonu będą zachowywać się w sposób, o którym mowa w dyspozycji art. 280 § 1 k.k.

W odniesieniu do dowodów, które nie miały wpływu na uchylene wyroku Sądu Okręgowego rozważy możliwość ich ujawnienia w trybie określonym w art. 442 § 2 k.p.k.

O wynagrodzeniu za obronę z urzędu oskarżonego M. M. przed Sądem Apelacyjnym orzeczono w myśl przepisów wskazanych przy omawianiu środków odwoławczych dotyczących pozostałych oskarżonych.

Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w wyroku.