

**Sygn. akt: II AKa 320/12**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 września 2012 roku

**Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:**

<b>Przewodniczący</b>	<b>SSA Jolanta Śpiechowicz</b>
<b>Sędziowie</b>	<b>SSA Robert Kirejew</b> <b>SSA Aleksander Sikora (spr.)</b>
Protokolant	Magdalena Baryła

przy udziale **Prokuratora Prok. Apel. Adama Rocha**

po rozpoznaniu w dniu 13 września 2012 roku sprawy

**R. G.** s. R. i H.

ur. (...) w B.

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

na skutek apelacji prokuratora i obrońcy

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 14 maja 2012 r. sygn. akt. XVI K 238/11

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania

Sądowi Okręgowemu w Katowicach.

Sygn. akt II AKa 320/12

## UZASADNIENIE

R. G. oskarżony został o to, że w dniu 4 kwietnia 2011 roku

w B. działając wspólnie i w porozumieniu z nieustalonym sprawcą, posługując się środkami obezwładniającymi w postaci bliżej nieokreślonego paralizatora elektrycznego oraz miotacza gazu obezwładniającego (...), którymi porazili K. P., oraz stosując wobec niego przemoc w postaci uderzeń pięściami w głowę, usiłowali zabrać w celu przywłaszczenia samochód marki T. (...)nr rej. (...)o wartości ok. 20.000,00 zł oraz gotówkę w wysokości 30.000,00 zł stanowiące wartości(...)sp. z o.o. z s. we W.tj.

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

Wyrokiem z dnia 14 maja 2012 roku w sprawie sygnatura XVI K 238/11 Sąd Okręgowy w Katowicach :

1. uznał oskarżonego R. G. winnym tego, że w dniu 4.04.2011r.

w B. działając wspólnie i w porozumieniu z nieustalonym sprawcą, posługując się niebezpiecznymi narzędziami w postaci środków obezwładniających – bliżej nieokreślonego paralizatora elektrycznego, oraz miotacza gazu obezwładniającego (...), którymi porazili K. P. w kark, oraz pobili go zadając mu kilka uderzeń w twarz, przez co narazili go na nastąpienie skutku określonego w art. 156§1 kk lub

w art. 157§1 kk – wskutek czego usiłowali zabrać w celu przywłaszczenia przewożone przez niego samochodem marki T. (...) nr rej. (...) pieniądze w kwocie 30 000 złotych, stanowiące własność firmy (...) Sp. z o.o. z s. we W., lecz zamierzonego celu nie osiągnęli z uwagi na reakcję i ucieczkę pokrzywdzonego K. P. w/w samochodem, tj. czynu wyczerpującego ustawowe znamiona przestępstwa z art. 280§2 kk i art. 159§1 kk w zw. z art. 11§2 kk i za to na podstawie art. 14§1 kk w zw. z art. 280§2 kk i art. 11§3 kk skazał go na karę 4 lat pozbawienia wolności;

2. na podstawie art. 63§1 kk na poczet wymierzonej oskarżonemu R. G. kary pozbawienia wolności zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia go wolności od dnia 3 października 2011 r. do dnia 14.05.2012 r.;

3. na podstawie art. 44§2 kk orzekł przepadek dowodów rzeczowych zapisanych pod pozycją 5/12;

4. na podstawie art. 624 kpk i art. 17 ustawy o opłatach w sprawach karnych zwolnił oskarżonego od ponoszenia opłaty i wydatków sądowych należnych Skarbowi Państwa w całości.

Apelację od wyroku złożyli prokurator i obrońca oskarżonego.

Prokurator zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego. Orzeczeniu temu zarzucił:

- obrazę przepisów prawa materialnego w postaci art. 280 § 2 kk i art. 159 kk, polegającą na przyjęciu, iż rozbój kwalifikowany z art. 280 § 2 kk, polegający na kradzieży i posłużeniu się przy tym środkiem obezwładniającym i pobicie z użyciem broni palnej, noża lub innego podobnie niebezpiecznego narzędzia, opisane w art. 159 kk mogą pozostawać w zbiegu kumulatywnym, podczas gdy zakres przedmiotowy wyrażony w art. 280 § 2 kk pochłania użycie innego podobnie niebezpiecznego narzędzia opisane w art. 159 kk;

- obrazę przepisów prawa materialnego w postaci art. 13 § 1 kk w zw. z art. 280§2 kk, polegającą na zakwalifikowaniu czynu przypisanego oskarżonemu jako wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 280 § 1 kk i art. 159 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, podczas gdy oskarżony dopuścił się usiłowania rozbju, a nie jego dokonania;

- mający wpływ na treść orzeczenia błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na przyjęciu, iż zamiarem oskarżonego nie był zabór samochodu osobowego marki T. (...), którym poruszał się pokrzywdzony, podczas gdy prawidłowa ocena całości zebranego materiału dowodowego, w szczególności faktu usiłowania zaboru kluczyka do samochodu przez oskarżonego, prowadzi do wniosku, że oskarżony usiłował dokonać również zaboru tego pojazdu.

Opierając się na tych zarzutach prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Obrońca zaskarżył wyrok w całości, zarzucając mu:

- błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na przyjęciu, iż oskarżony R. G. i inny nieustalony mężczyzna, posługując się niebezpiecznymi narzędziami w postaci środków obezwładniających – bliżej nieokreślonego paralizatora elektrycznego oraz miotacza gazu obezwładniającego (...), którym porazili K. P. w kark oraz pobili go zadając kilka uderzeń w twarz przez co narazili go na nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 kk lub w art. 157 § 1 kk, podczas gdy materiał dowodowy zawiera w tym zakresie sporo sprzeczności, a oskarżony konsekwentnie wyjaśniał, że obejmował swoim zamiarem wyłącznie zabór mienia w postaci pieniędzy w kwocie 30 tys. złotych;

- rażącą niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu, poprzez wymierzenie kary zbyt surowej w stosunku do ustalonych okoliczności czynu, a w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że oskarżony R. G. przyznał się jedynie do

tego, że szarpał pokrzywdzonego za ubranie lecz nie uderzył go i nie używał wobec niego paralizatora i pojemnika z gazem.

W konsekwencji obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez modyfikację kwalifikacji prawnej czynu, polegającą na pominięciu art. 159 kk i wymierzenie kary w dolnych jej granicach, ewentualnie zaś o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Obie apelacje okazały się częściowo uzasadnione, zaś wyrok Sądu I instancji nie mógł się ostać, jednakże nie tylko z powodów wskazanych w omówionych wyżej środkach odwoławczych.

Na wstępie należy stwierdzić, iż w ocenie Sądu Apelacyjnego, oczywiście bezzasadny jest zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, sformułowany przez prokuratora. W żadnej mierze nie sposób zgodzić się z argumentacją przedstawioną przez autora tego środka odwoławczego, sugerującą, iż fakt usiłowania zaboru kluczyka do samochodu, co miało być działaniem oskarżonego, winien był implikować dokonanie ustalenia, iż oskarżony zmierzał do dokonania zaboru nie tylko pieniędzy znajdujących się w pojeździe, ale również samego pojazdu. Zgodzić należy się w tym zakresie z wywodami Sądu I instancji zawartymi w pisemnym uzasadnieniu, iż z faktu usiłowania zaboru kluczyków w realiach niniejszej sprawy nie sposób wysnuć jednoznacznego wniosku, że celem działania oskarżonego i drugiego nieustalonego sprawcy, był zabór samochodu. Wskazać należy skarżącemu, iż oskarżony R. G. konsekwentnie podawał, iż umawiał się z drugim sprawcą na kradzież pieniędzy z samochodu, a wynikało to z wiedzy tegoż współsprawcy na temat tego, iż pokrzywdzony będzie w samochodzie przewoził większą kwotę pieniędzy. Wywód przedstawiony przez prokuratora w uzasadnieniu apelacji uznać należy jedynie za polemikę i spekulację, bo w żadnej mierze nie musi być usiłowanie zaboru kluczyka do samochodu uznane w realiach niniejszej sprawy za pierwszy krok zmierzający do zaboru pojazdu. Przeciwnie, biorąc pod uwagę treść dowodów zebranych w sprawie, w tym również relację K. P., należy raczej uznać, że był to sposób zatrzymania na miejscu pokrzywdzonego, który próbował odjechać samochodem, a tym samym sposób realizacji zamiaru zaboru pieniędzy z tegoż samochodu. Wszak sprawcy, aby dokonać kradzieży pojazdu, jak chce tego prokurator wybrać mogli jakiegokolwiek innego pokrzywdzonego, podczas gdy ich wybór padł na K. P., o którym wiedzieli, że zbiera gotówkę z automatów do gry. Tak więc tok rozumowania Sądu I instancji był w pełni logiczny i uzasadniał zmianę opisu czynu dokonaną w wyroku. Jako również polemiczny, a przez to całkowicie nietrafny ocenił Sąd Apelacyjny zarzut błędu w ustaleniach faktycznych sformułowany w apelacji obrońcy. Wbrew twierdzeniom autora tego środka odwoławczego ustalenia dokonane przez Sąd I instancji, w zakresie czynności podejmowanych przez poszczególnych sprawców, są w pełni prawidłowe. Podkreślić trzeba, iż źródłem dowodowym, będącym podstawą ustaleń w tym zakresie, były zeznania pokrzywdzonego. K. P. konsekwentnie i logicznie opisywał całe zajście, mimo, iż miało ono bardzo dynamiczny przebieg. Nie sposób zgodzić się z obrońcą, że wątpliwe jest ustalenie Sądu, polegające na stwierdzeniu, że obaj sprawcy przez częściowo otwarte okno atakowali pokrzywdzonego w różny sposób. Wbrew argumentom obrońcy nie można tego uznać za niemożliwe, zwłaszcza w sytuacji kiedy z opisu podanego przez pokrzywdzonego nie wynika wcale, aby przez cały czas zajścia obaj sprawcy działali równolegle i to w taki sposób, że zgodnie z intencją skarżącego, brakowałoby im miejsca, bądź mieliby się wzajemnie blokować. Również i te wywody obrońcy, które kwestionują prawidłowość ustaleń Sądu w zakresie tego, który ze sprawców używał gazu, a który paralizatora nie są zasadne. W tej mierze zeznania pokrzywdzonego dostarczyły Sądowi I instancji wystarczających informacji, mimo, iż pokrzywdzony nie był zdolny do rozpoznania twarzy napastników, ale wystarczająco indywidualizował podejmowane przez poszczególne osoby działania.

Jako oczywiście zasadne ocenić należy zarzuty naruszenia prawa materialnego podniesione w obu apelacjach. Pominięcie przez Sąd I instancji w podstawie prawnej skazania art. 13 § 1 kk, przy równoczesnym podaniu w opisie czynu przypisanego, iż sprawcy usiłowali zabrać w celu przywłaszczenia mienie, oraz przy wskazaniu jako podstawy wymiaru kary art. 14 § 1 kk, jednoznacznie wskazuje, iż Sąd Okręgowy wbrew dyspozycji art. 13 § 1 kk nie powołał tego przepisu dla pełnego oddania prawnego opisu działania oskarżonego.

Równie zasadny jawi się podniesiony w obu apelacjach zarzut obrazy art. 280 § 2 kk i art. 159 kk. Nie wymaga bowiem szerszego wywodu pogląd, iż oba te przepisy pozostają wobec siebie w takim stosunku, iż ich dyspozycje krzyżują się, a tym samym w sytuacji przypisania sprawcy popełnienia zbrodni z art. 280 § 2 kk kwalifikacja prawna czynu popełnionego z użyciem niebezpiecznego przedmiotu wyklucza równoczesne zastosowanie dla opisu takiego czynu art. 159 kk. Jako oczywistą omyłkę traktować zapewne należy powołanie przez Sąd I instancji w podstawie prawnej skazania art. 159 § 1 kk, jako że, na co również wskazują skarżący, przepis ten nie posiada takiej jednostki redakcyjnej.

Niezależnie jednak od wskazanych uchybień wyrok Sądu I instancji musiał zostać uchylony, a sprawa skierowana do ponownego rozpoznania z uwagi na fakt, iż ustalenia Sądu Okręgowego, odnoszące się do charakteru prawnego oraz fizycznych właściwości używanych przez sprawców w czasie rozboju przedmiotów, są niewystraszające. Stwierdzić należy, iż Sąd I instancji poprzestał jedynie na konkluzji, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem niebezpiecznym narzędziem obeszczadniającym w rozumieniu art. 280 § 2 kk jest paralizator elektryczny, jak i gaz obeszczadniający. Nie podejmując polemiki z tak ogólnym stwierdzeniem, które

w istocie nie oddaje do końca bogactwa orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, stanowiąc w pewnym sensie spłylenie problemu, podkreślić trzeba, iż w niniejszej sprawie właściwości zarówno gazu, jak i nieustalonego paralizatora ocenił Sąd I instancji całkowicie dowolnie. W zasadzie rzec by można, że dla przyjęcia kwalifikacji prawnej z art. 280 § 2 kk wystarczyły nazwy tych przedmiotów lub substancji, nie zaś ich właściwości fizyczne, czy chemiczne. Paralizator nie został

w sprawie zabezpieczony i w związku z tym o potencjalnym jego wpływie na życie i zdrowie pokrzywdzonego, bądź właściwościach obeszczadniających, należało wnioskować ze stwierdzonych na ciele ofiary śladów i opisu działania tego przedmiotu podanego przez K. P.. Tymczasem opinia biegłego lekarza w niniejszej sprawie ogranicza się w tym zakresie jedynie do stwierdzenia, że przebieg zajścia podany przez pokrzywdzonego odpowiada stwierdzonym na jego ciele obrażeniom. Pojemnik z gazem został zabezpieczony w sprawie, nie poddano jednak żadnym badaniom substancji czynnej znajdującej się w jego wnętrzu. Również z reakcji pokrzywdzonego trudno przy tak skromnych ustaleniach Sądu I instancji wnioskować o ewentualnym sposobie działania tego gazu i stopniu zagrożenia dla życia, bądź zdrowia pokrzywdzonego, ewentualnie o możliwym i efektywnym obeszczadniającym wpływie takiej substancji. Ustaleń w tym zakresie zabrakło w toku postępowania dowodowego zarówno na etapie śledztwa, jak i rozprawy i brak ten uznać należy za istotny, jako że rzutować to może na ocenę czy ocena prawna czynu oskarżonego obejmować winna kwalifikowaną, czy też podstawową formę rozboju.

Wobec uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, brak było podstaw do podejmowania oceny zarzutu niewspółmierności wymierzonej oskarżonemu kary.

Prowadząc postępowanie ponownie Sąd I instancji, powtarzając je w całości, winien szczególną uwagę poświęcić zagadnieniom dotyczącym ustaleń odnośnie przedmiotów i substancji użytych przez sprawców w ramach usiłowania dokonania rozboju. W drodze opinii odpowiedniej specjalności biegłych należy dążyć do ustalenia zawartości zabezpieczonej w sprawie puszk, składu chemicznego substancji i jej możliwego sposobu działania na organizm pokrzywdzonego. Analizie należy również poddać, już jednak bez możliwości odniesienia się do zabezpieczonego dowodu, to co wynika z materiału zebranego w sprawie na temat cech paralizatora, który miał być użyty w czasie zajścia. W tym zakresie pozostaje droga szczegółowego przesłuchania pokrzywdzonego oraz poddania analizie przez właściwego biegłego tejże relacji, jak i opisanych w materiałach sprawy śladów na ciele K. P.. Wszystkie tak przeprowadzone czynności winny umożliwić Sądowi Okręgowemu prawidłową ocenę prawną zachowania oskarżonego, w szczególności poprzez właściwe zakwalifikowanie do odpowiedniej kategorii przedmiotów użytych w czasie usiłowania rozboju. Jednocześnie Sąd I instancji winien mieć na uwadze wywodu Sądu Apelacyjnego zawarte w niniejszym uzasadnieniu, a dotyczące możliwej już

w chwili obecnej częściowej oceny zasadności, bądź bezzasadności niektórych podniesionych w apelacjach zarzutów. W razie sporządzania ponownie pisemnego uzasadnienia należy zważać na to, aby było ono pełne i wyczerpujące, zwłaszcza

w tych fragmentach, które traktować będą o kwestiach omówionych wyżej przez Sąd Odwoławczy.