

**Sygn. akt: II AKa 141/16**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 02 czerwca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Grażyna Wilk</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SA Piotr Filipiak</b> <b>SO del. Andrzej Ziębiński (spr.)</b>
Protokolant	Grzegorz Pawelczyk

przy udziale **Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Siemianowicach Śląskich del. do Prokuratury Regionalnej w Katowicach Justyny Grzesiak**

po rozpoznaniu w dniu 02 czerwca 2016 r. sprawy

**oskarżonego R. B.** ur. (...) w B.,

s. K. i I.

oskarżonego o czyn z art. 258 § 2 kk, art. 280 § 2 kk, art. 275 § 1 kk przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 65 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk i inne

na skutek apelacji prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie

z dnia 21 grudnia 2015 roku, sygn. akt II K 152/14

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Skarb Państwa.

II AKa 141/16

## UZASADNIENIE

Od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 21 grudnia 2015 r., wydanego w sprawie o sygn. akt II K 152/14, apelację wniósł prokurator, zaskarżając wyrok na niekorzyść oskarżonego R. B. w części dotyczącej rozstrzygnięć z punktów I i II. Skarżący zarzucił:

1. obrazę prawa materialnego, a to art. 102 k.k., polegającą na dokonaniu błędnej wykładni pojęcia „wszczęcie postępowania przeciwko osobie” i uznaniu, że w niniejszej sprawie nie doszło do przejścia postępowania karnego w fazę in personam w granicach czasowych określonych przez art. 101 § 1 pkt 3 k.k., co skutkowało rozstrzygnięciem umarzającym postępowanie w trybie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. o czyn opisany w punkcie I komparycji wskazanego

orzeczenia, podczas gdy prawidłowa analiza treści art. 102 k.k. (w powiązaniu z treścią art. 313 § 1 k.p.k.) prowadzi do wniosku, że skoro w niniejszej sprawie postanowienie o przedstawieniu zarzutów R. B. zostało sporządzone przed upływem terminu przedawnienia karalności zarzucanego mu czynu, a jego niezwłoczne ogłoszenie (pomimo podjętych prób) nie było możliwe z powodu wyjazdu z kraju i pobytu za granicą osoby podejrzanej, po czym równie niezwłocznie podjęto działania mające na celu spowodowanie wykonania czynności procesowych z jego udziałem (list gończy, Europejski Nakaz Aresztowania), to postępowanie karne przeszło w fazę „przeciwko osobie” już w chwili sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów i nie doszło do przedawnienia karalności czynu;

2. obrazę prawa materialnego, a to art. 11 § 1 i 2 k.k., poprzez pominięcie zasady normatywnej wyrażającej się tym, iż jeden czyn stanowić może tylko jedno przestępstwo oraz art. 11 § 3 k.k. stanowiącego podstawę do określenia granic ustawowego zagrożenia karą czynu o kumulatywnej kwalifikacji prawnej, a w konsekwencji:

- obrazę art. 157 § 2 k.k., art. 275 § 1 k.k., polegającą na wyeliminowaniu z kwalifikacji prawnej czynu przypisanego w punkcie II wyroku znamion występków z art. 157 § 2 k.k. oraz art. 275 § 1 k.k. z uwagi na wpływ przedawnienia ich karalności, podczas gdy w przypadku przyjęcia konstrukcji kumulatywnej kwalifikacji prawnej wskazanej w akcie oskarżenia, która oddawała pełną zawartość kryminalną zachowania sprawcy, traktowanego jako jedno przestępstwo – brak jest podstaw do wielokrotnej oceny tego zachowania dokonanej przez Sąd, albowiem przedawnienie karalności przestępstwa w przypadku zbiegu przepisów następuje w czasie wyznaczonym przez najsurowszą sankcję,

- obrazę art. 279 § 1 k.k., polegającą na wyeliminowaniu z kwalifikacji prawnej czynu przypisanego w punkcie II wyroku znamion występków z art. 279 § 1 k.k.

Stawiając powyższe zarzuty, skarżący wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku w punkcie I i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji,
2. zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie II poprzez uzupełnienie kwalifikacji prawnej czynu o znamiona występków z art. 275 § 1 k.k., art. 157 § 2 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. oraz uzupełnienie podstawy wymiaru kary oskarżonemu o art. 11 § 3 k.k.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja prokuratora okazała się nieskuteczna pomimo trafności większości sformułowanych w niej zarzutów.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w punkcie pierwszym, należy stwierdzić, iż jest on oczywiście trafny, lecz jednocześnie nie mógł być uwzględniony wobec ustania karalności czynu opisanego w punkcie 1 części wstępnej zaskarżonego wyroku już po zapadnięciu tegoż orzeczenia.

Na wstępie warto przytoczyć okoliczności sprawy mające znaczenie dla oceny zapadłego w punkcie I rozstrzygnięcia. Otóż w dniu 2 czerwca 2010 r. sporządzono postanowienie o zmianie i uzupełnieniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów R. B., obejmując nim w szczególności zarzut popełnienia przestępstwa z art. 258 § 2 k.k. W dniu 11 maja 2009 r. Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach zastosował na wniosek prokuratora tymczasowe aresztowanie wobec R. B. na okres 14 dni od daty jego zatrzymania, a w dniu 2 czerwca 2009 r. wydano za podejrzanym list gończy. Wobec ustalenia, że podejrzany przebywa za granicą, w dniu 23 kwietnia 2012 r. Sąd Okręgowy w Katowicach na wniosek prokuratora wydał Europejski Nakaz Aresztowania. W dniu 11 lipca 2014 r. doszło do wydania podejrzanego stronie polskiej, a w dniu 24 lipca 2014 r. ogłoszono mu zarzuty i przesłuchano w charakterze podejrzanego.

Sąd Okręgowy w Częstochowie uznał, że doszło do przedawnienia karalności czynu z art. 258 § 2 k.k., który miał zostać popełniony w okresie od czerwca 2000 r. do lutego 2001 r. Zdaniem Sądu dopiero w dniu 24 lipca 2014 r., a więc z momentem ogłoszenia R. B. zarzutów i przesłuchania go w charakterze podejrzanego, postępowanie przygotowawcze

przeszło w fazę in personam, a zatem nastąpiło to już po upływie wskazanego w art. 101 § 1 pkt 3 k.k., wynoszącego 10 lat terminu przedawnienia przestępstwa. W tej sytuacji nie było więc podstaw do zastosowania normy z art. 102 k.k.

Z powyższym wywodem nie zgodził się prokurator, który, przywołując poglądy doktryny i orzecznictwa, podniósł, iż zgodnie z treścią art. 313 § 1 k.p.k. w sytuacji niemożności ogłoszenia zarzutu i przesłuchania podejrzanego z powodu jego ukrywania się lub nieobecności w kraju przedstawienie zarzutów staje się skuteczne z chwilą sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów.

Stanowisko prokuratora należy uznać za słuszne. Podnieść bowiem należy, iż zgodnie z art. 71 § 1 k.p.k. „wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów w stosunku do określonej osoby” powoduje przekształcenie postępowania przygotowawczego z fazy in rem w fazę in personam. Zgodzić się też należy z dominującym w orzecznictwie Sądu Najwyższego poglądem, że pomiędzy terminami „wydanie” postanowienia z art. 71 § 1 k.p.k. a „sporządzenie” postanowienia z art. 313 § 1 k.p.k., zachodzi istotna różnica, jako że dla „wydania” niezbędne jest dopełnienie kolejnych czynności procesowych wskazanych w tym drugim przepisie, określanych jako „promulgacja” postanowienia, która jest z kolei niezbędna dla skuteczności tej czynności procesowej. Tym samym dla przyjęcia, że nastąpiło przekształcenie postępowania z fazy in rem w fazę in personam, niezbędne jest łączne spełnienie trzech warunków: sporządzenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów, jego niezwłoczne ogłoszenie i przesłuchanie podejrzanego (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 2007 r., IV KK 31/07, LEX nr 262649). W sytuacji wszakże, gdy promulgacja postanowienia o przedstawieniu zarzutów jest niemożliwa z przyczyn niezależnych od organów ścigania, gdyż sprawca ukrywa się lub przebywa za granicą, data sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów jest też datą wszczęcia postępowania przeciwko osobie (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2009 r., IV KK 256/08, OSNwSK 2009/1/124, Prok.i Pr.-wkl. 2009/6/29, Biul.PK 2009/3/74; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2010 r., V KK 376/09, LEX nr 590304; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2013 r., V KK 453/12, LEX nr 1341289; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 września 2015 r., II AKa 268/15, LEX nr 1962872; T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2008, s. 670; K. Woźniowski, Głosa do postanowienia SN z dnia 24 kwietnia 2007 r., IV KK 31/07, GSP-Prz.Orz. 2008, nr 1, s. 113-118; R.A. Stefański, Skuteczność przedstawienia zarzutów, Prok. i Pr. 2013, nr 6, s. 5 i nast.).

W świetle powyższych uwag, stanowisko Sądu Okręgowego należało ocenić jako błędne. Jak już jednak wyżej zasygnalizowano, pomimo zasadności postawionego zarzutu, apelacja prokuratora w omawianej części nie mogła być skuteczna, albowiem nastąpiło już przedawnienie karalności czynu zarzucanego oskarżonemu w punkcie 1.

Czyn ten miał zostać popełniony w okresie od czerwca 2000 r. do lutego 2001 r. Od czasu wejścia w życie z dniem 1 września 1998 r. ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 533 z późn. zm.) stypizowane w art. 258 § 2 k.k. przestępstwo polegające na braniu udziału w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnianie przestępstw o charakterze zbrojnym było zagrożone karą od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności. Ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. (Dz. U. Nr 93, poz. 889), obowiązującą od dnia 1 maja 2004 r., podwyższono zagrożenie ustawowe za omawiane przestępstwo, ustanawiając sankcję od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności. W tej sytuacji należało przyjąć, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy, że ustawą dla oskarżonego względniejszą w rozumieniu art. 4 § 1 k.k. jest kodeks karny w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 maja 2004 r.

W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 101 § 1 pkt 3 k.k. karalność przestępstwa stanowiącego występki zagrożony karą pozbawienia wolności przekraczającą 3 lata ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynęło lat 10. Zgodnie natomiast z art. 102 k.k. w aktualnym brzmieniu, nadanym ustawą z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz. U. z 2016, poz. 189), jeżeli w okresie, o którym mowa w art. 101, wszczęto postępowanie, karalność przestępstw określonych w art. 101 § 1 ustaje z upływem 10 lat, a w pozostałych wypadkach - z upływem 5 lat od zakończenia tego okresu. Trzeba wszakże zaznaczyć, iż do czasu wejścia w życie wspomnianej nowelizacji art. 102 k.k. stanowił, iż jeżeli w okresie, o którym mowa w art. 101, wszczęto postępowanie przeciwko osobie, karalność popełnionego przez nią przestępstwa przedawnia się z upływem 5 lat od zakończenia tego okresu.

Problematykę międzyczasowego prawa karnego w odniesieniu do instytucji przedawnienia karalności rozpatrywać należało w tej sytuacji poprzez normę art. 2 wspomnianej wyżej ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, zgodnie z którą „do czynów popełnionych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy - a zatem do dnia 1 marca 2016 r. - stosuje się przepisy o przedawnieniu w brzmieniu nadanym tą ustawą, chyba że termin przedawnienia już upłynął”.

Przepis ten stanowi powtórzenie treści art. 15 Przepisów wprowadzających Kodeks karny z 1997 r. (Dz. U. Nr 88, poz. 554 z późn. zm.) i art. 2 ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny (Dz. U. Nr 132, poz. 1109), w związku z czym nie ma przeszkód, aby przy jego wykładni odwołać się do utrwalonej i jednolitej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego wypracowanej na gruncie tych właśnie przepisów, którą orzekający w niniejszej sprawie skład Sądu Apelacyjnego w pełni podziela (zob. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 1999 r., I KZP 25/99, OSNKW 1999, z. 9-10, poz. 53, z dnia 2 lipca 2002 r., II KK 143/02, LEX 55526 i z dnia 21 kwietnia 2004 r., II KK 321/04, LEX 109466; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2005 r., V KK 300/05, LEX nr 164314; zob. też A. Zoll [w:] A. Zoll [red.], Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I, s. 1309; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 maja 2004 r., SK 44/03, OTK-A 2004, nr 5, poz. 46), Uznając za niecelowe powtarzanie przytoczonej w powołanych judykatach argumentacji, wystarczy stwierdzić, że użyte w art. 2 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny sformułowanie „chyba że termin przedawnienia już upłynął” oznacza, że przepisu tego nie stosuje się, jeżeli do dnia wejścia w życie tej ustawy, tj. do dnia 2 marca 2016 r., upłynął już termin przedawnienia karalności określony w art. 101 k.k., a gdy w okresie tym wszczęto postępowanie przeciwko osobie, także termin wskazany w art. 102 k.k. - w brzmieniu obowiązującym przed dniem 2 marca 2016 r. Jeżeli natomiast przed dniem 2 marca 2016 r. na podstawie dotychczasowych przepisów, tj. art. 101 i art. 102 k.k. w brzmieniu obowiązującym do czasu wejścia w życie ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, nie nastąpiło przedawnienie, kwestię przedawnienia karalności należy oceniać według art. 101 i art. 102 k.k. - w brzmieniu obowiązującym od dnia 2 marca 2016 r.

Reasumując, należy stwierdzić, że wobec upływu na podstawie art. 101 § 1 pkt 3 k.k. i art. 102 k.k. (w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 marca 2016 r.) z dniem 28 lutego 2016 r., a więc przed dniem 2 marca 2016 r., karalności zarzucanego oskarżonemu czynu z art. 258 § 2 k.k. (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 maja 2004 r.), nie mają zastosowania przepisy kodeksu karnego o przedawnieniu w aktualnie obowiązującym brzmieniu.

Kierując się powyższymi względami, Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy zaskarżony wyrok w części umarzającej postępowanie o czyn zarzucony oskarżonemu w punkcie 1 na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.

Przed ustosunkowaniem się do zarzutu podniesionego w punkcie drugim apelacji należy zwrócić uwagę na błędną konstrukcję apelacji prokuratora. Skarżący nie dostrzegł mianowicie, że w razie uwzględnienia przez Sąd odwoławczy tego zarzutu, postulowana we wnioskach apelacyjnych korekta zaskarżonego wyroku przez uzupełnienie podstawy wymiaru kary wymierzonej oskarżonemu w punkcie II o przepis art. 11 § 3 k.k. nastąpiłaby z naruszeniem prawa materialnego.

Przypomnieć w tym miejscu należy, iż w punkcie II oskarżonemu przypisano popełnienie trzech czynów kwalifikowanych z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i art. 64 § 1 k.k. (w tym jednego również z art. 13 § 1 k.k.), przy jednoczesnym uznaniu, że stanowią one ciąg przestępstw w rozumieniu art. 91 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 lipca 2015 r. Uzupełnienie kwalifikacji prawnej dwóch z tych czynów we wnioskowany przez skarżącego sposób skutkowałoby tym, że odpadłby jeden z warunków ciągu przestępstw, jakim do dnia 30 czerwca 2015 r. była tożsamość kwalifikacji prawnej czynów (zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r., V KK 145/14, LEX nr 1621621). Brak byłoby zarazem podstaw do zastosowania przepisu art. 91 § 1 k.k. w aktualnym brzmieniu, gdyż wprawdzie nie wymaga on już tożsamości kwalifikacji prawnej czynów, lecz jedynie przepisu stanowiącego podstawę wymiaru kary dla każdego z przestępstw, to niewątpliwie nie zostałby w niniejszej sprawie spełniony inny ustawowy warunek w postaci popełnienia przestępstw „z wykorzystaniem takiej samej sposobności”. Z powyższych względów wniosek skarżącego o zmianę kwalifikacji prawnej czynów przypisanych w punkcie II poprzez uzupełnienie jej o przepisy z art. 275 § 1 k.k., art. 157 § 2 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k., winien był

zostać połączony w wnioskiem nie o uzupełnienie wymiaru kary wymierzonej oskarżonemu o przepis art. 11 § 3 k.k., lecz o wymierzenie kar jednostkowych za każde z trzech przestępstw objętych kwestionowanym rozstrzygnięciem oraz – w konsekwencji – zmiany rozstrzygnięcia o karze łącznej orzeczonej w punkcie VI. Dalsze rozważania pod kątem sposobu procedowania w takiej sytuacji procesowej przez sąd odwoławczy są jednak bezprzedmiotowe wobec braku podstaw do uwzględnienia omawianego zarzutu.

W pierwszej kolejności należy z całą stanowczością zakwestionować trafność stanowiska Sądu Okręgowego, które legło u podstaw wyeliminowania z kwalifikacji prawnej czynów przypisanych oskarżonemu przepisów art. 157 § 2 k.k. i art. 275 § 1 k.k. Twierdzenie Sądu meriti, jakoby nastąpiło przedawnienie karalności wskazanych w tych przepisach „występków”, jest w oczywisty sposób sprzeczne z kardynalną zasadą prawa karnego, zgodnie z którą ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo (art. 11 § 1 k.k.). Immanentną cechą reguły niepodzielności czynu jest niepodzielność kwalifikacji prawnej także wówczas, gdy ma ona charakter kumulatywny. Sprawca zatem, który w warunkach określonych w art. 11 § 2 k.k. wyczerpuje swoim zachowaniem znamiona określone w dwóch lub więcej przepisach ustawy, nie realizuje znamion wielu przestępstw, lecz popełnia jeden czyn, odpowiadający przestępstwu stypizowanemu przez zbiegające się przepisy, które wchodząc w skład kumulatywnej kwalifikacji, tracą swoją samodzielność. Utworzony w ten sposób „nowy” typ przestępstwa zagrożony jest karą, której granice wyznacza ustawowe zagrożenie przepisu przewidującego najsurowszą karę. W dalszej konsekwencji kara ta staje się też wyznacznikiem terminu przedawnienia, które ustawodawca w przepisie art. 101 § 1 k.k. wiąże z zagrożeniem karą. Stąd też jeżeli upływ terminu przedawnienia właściwego dla przestępstwa określonego w przepisie wchodzącym w skład kumulatywnej kwalifikacji prawnej nie dotyczy przepisu, który w myśl art. 11 § 3 k.k. stanowi podstawę wymiaru kary, to pozostaje on bez znaczenia dla odpowiedzialności oskarżonego i nie kształtuje podstawy prawej skazania (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 maja 2013 r., II AKa 563/12, LEX nr 1378466).

Eliminowanie z podstawy prawnej skazania kwalifikacji prawnej określającej typ przestępstwa, którego znamiona, obok innych przepisów, wypełniło zachowanie sprawcy czynu - jak to uczynił Sąd Okręgowy - oznaczałoby odejście od traktowania czynu podlegającego multikwalifikacji jako jednego przestępstwa, a zatem postąpienie wbrew normie zawartej w przepisie 11 § 2 k.k. i przyjęcie konstrukcji „przedawnienia kwalifikacji prawnej”, a nie przestępstwa wbrew dyspozycji normy z art. 101 § 1 k.k. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2010 r., V KK 235/09, OSNKW 2010/6/50, Biul.SN 2010/5/22-23).

Przychylenie się do słusznej krytyki autora apelacji poglądu Sądu I instancji, które legło u podstaw wyeliminowania z kwalifikacji prawnej czynów przypisanych oskarżonemu przepisów art. 157 § 2 k.k. i art. 275 § 1 k.k., nie oznacza jednak w realiach niniejszej sprawy skuteczności zarzutu apelacji prokuratora w omawianej części.

Przypisanie oskarżonemu odpowiedzialności również za realizację określonych w art. 275 § 1 k.k. znamion typu czynu zabronionego wymaga ustalenia, że dokonując zaboru mienia, swoim zamiarem obejmował również dokonanie kradzieży dokumentów wymienionych w powołanym przepisie (por. cyt. wyżej wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 maja 2013 r., II AKa 563/12). Stwierdzić jednak trzeba, że w przypadku oskarżonego R. B. brak było podstaw do poczynienia takiego ustalenia w odniesieniu do czynu przypisanego mu w punkcie II tiret pierwsze zaskarżonego wyroku. Nie ulega wątpliwości, że dokonując kradzieży torby należącej do J. D., oskarżony kierował się zamiarem przywłaszczenia mienia pokrzywdzonego. Nic nie wskazuje na to, aby temu działaniu towarzyszył jednocześnie zamiar zaboru dowodu osobistego, który w tej torbie się znajdował. Trudno byłoby dowodzić, że decydując się na kradzież torby, oskarżony musiał zakładać możliwość jednoczesnej realizacji znamion przestępstwa z art. 275 § 1 k.k. Doświadczenie życiowe uczy przecież, iż przechowywanie w trzymanej w ręce torbie tego rodzaju dokumentu, jak dowód osobisty, nie jest rzeczą zwyczajną i powszechną. Stąd też wyeliminowanie przez Sąd Okręgowy z podstawy prawnej skazania przepisu art. 275 § 1 k.k. k.k., choć oparte na niewłaściwej przesłance, okazało się w istocie rzeczy słuszne.

Z kolei wyczerpanie znamion przestępstwa z art. 157 § 2 k.k. można przypisać tylko tej osobie, która swoim działaniem lub zaniechaniem spowodowała konkretne obrażenia powodujące naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia trwający nie dłużej niż siedem dni (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 maja 2014 r., II AKa

105/14, LEX nr 1477362). Takiego zaś ustalenia, iż to działanie oskarżonego spowodowało powstanie u każdego z pokrzywdzonych lekkich obrażeń ciała, Sąd I instancji nie poczynił ani w części rozstrzygającej, ani w części motywacyjnej zaskarżonego wyroku. W opisie czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie II tiret drugie przyjęto jedynie – za aktem oskarżenia – że działając wspólnie z innymi osobami oskarżony użył przemocy wobec dwóch pokrzywdzonych, „której następstwem” były doznane przez nich lekkie obrażenia ciała. W opisie czynu brak zatem ustalenia, że obrażenia pokrzywdzonych zostały spowodowane przez oskarżonego, a nie inne współdziałające z nim osoby. Tym samym brak podstaw do uwzględnienia zarzutu obrazy przepisów art. 157 § 2 k.k.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że obraza prawa materialnego polega na wadliwym jego zastosowaniu lub niezastosowaniu w orzeczeniu opartym na prawidłowych ustaleniach faktycznych. Nie ma natomiast obrazy prawa materialnego, gdy wadliwość orzeczenia w tym zakresie jest wynikiem błędnych ustaleń przyjętych za jego podstawę. Jeżeli zatem apelujący kwestionuje zastosowaną w wyroku kwalifikację prawną, ponieważ jego zastrzeżenia budzi ustalony w wyroku przebieg zdarzenia, to podstawą takiej apelacji może być tylko zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku (art. 438 pkt 3 k.p.k.), a nie obraza prawa materialnego określonej w art. 438 pkt 1 k.p.k. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 1974 r., V KR 212/74, OSNKW 1974/12/233). Wprawdzie w niniejszej sprawie zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku nie podniesiono, to zważywszy na kierunek jego zaskarżenia sąd odwoławczy był uprawniony i zobowiązany do dokonania oceny, czy niepoczynienie ustalenia o spowodowaniu przez oskarżonego u pokrzywdzonych obrażeń ciała i w konsekwencji niezakwalifikowanie jego działania także z art. 157 § 2 k.k. nie skutkowało rażąco niesprawiedliwością wyroku (art. 440 k.p.k.).

Dokonana przez Sąd Apelacyjny analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego prowadzi jednakże do wniosku, że nie pozwala on na dokonanie ustalenia, iż to działanie oskarżonego spowodowało obrażenia ciała u pokrzywdzonych. Każdy z nich został zaatakowany przez innego napastnika. Ponieważ byli oni zamaskowani, pokrzywdzeni nie byli w stanie ich rozpoznać. Oskarżony przyznał w swoich wyjaśnieniach, że kopnął jednego z pracowników ochrony, do drugiego się nie zbliżył. Jego wyjaśnienia wskazują zatem z jednej strony, że nie jest możliwe przyjęcie, że spowodował on obrażenia ciała u obu pokrzywdzonych, z drugiej zaś strony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, którego z nich zaatakował. Obaj bowiem zostali kopnięci i u obu stwierdzono obrażenia ciała. Względy zatem dowodowe nie uzasadniały rozstrzygnięcia sprawy niezależnie od podniesionego zarzutu w trybie art. 440 k.p.k. W rezultacie także wyeliminowanie przez Sąd Okręgowy z podstawy prawnej skazania przepisów art. 157 § 2 k.k., mimo że oparte na błędnych podstawach, okazało się słuszne.

Ustosunkowanie się do zarzutu obrazy art. 11 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. należy poprzedzić uwagą, iż w doktrynie i orzecznictwie sformułowano odmienne stanowiska w zakresie kwalifikacji prawnej zdarzeń, w których sprawcy wyczerpują znamiona zarówno kradzieży z włamaniem, jak i rozboju.

Według pierwszego poglądu kwalifikacja czynu jako rozboju pochłania czynności wykonawcze włamania jako współukarane (tak konsekwentnie Sąd Apelacyjny w Krakowie - zob. wyroki z dnia 12 marca 1992 r., II AKr 109/91, LEX nr 27688; z dnia 29 października 1992 r., II AKr 95/92, LEX nr 27801; z dnia 16 września 1998 r., II AKa 165/98, LEX nr 35260; z dnia 10 grudnia 2003 r., II AKa 258/03, LEX nr 103930; B. Michalski [w:] A. Wąsek [red.] Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Warszawa 2004, s. 788-789; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] A. Zoll [red.] Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. III, Kraków 2006, s. 137) i do tego właśnie stanowiska odwołał się Sąd Okręgowy orzekający w niniejszej sprawie. Według poglądu przeciwnego należy stosować kumulatywną kwalifikację prawną czynu z art. 279 k.k. i art. 280 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. (tak Sąd Apelacyjny Lublinie w wyroku z dnia 10 maja 1993 r., II AKr 45/93, LEX nr 21205; M. Kulik [w:] M. Mozgawa [red.] Kodeks karny. Komentarz, WK 2015). Zdaniem Sądu Apelacyjnego w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę żaden z przytoczonych poglądów nie jest trafny.

Stanowisko, jakoby w omawianym wypadku w grę wchodziła konstrukcja czynów współukaranych, byłoby trafne jedynie w razie przyjęcia, że sprawca dopuszcza się dwóch czynów - jednego wypełniającego znamiona kradzieży z włamaniem i drugiego wyczerpującego znamiona rozboju. Takie założenie jest jednak błędne. Nie można przyjmować dwóch czynów tam, gdzie prowadziłyby to do przypisania jednemu sprawcy dwóch przestępstw skutkowych o

wspólnym skutku (tak W. Gnatiuk, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 maja 1993 r., II AKr 45/93, Palestra 1994, nr 9-10, s. 230). Niewątpliwie mamy tu zatem do czynienia nie z dwoma czynami, lecz z jednym czynem złożonym. Przemawia za tym nie tylko i nie tyle zwartość czasowo-przestrzenna i jedność zamiaru sprawcy, ale przede wszystkim decyduje o tym identyczność tego fragmentu jego zachowania, jakim jest realizacja wspólnego dla obu norm sankcjonujących znamienia czynnościowego opisanego słowem „kradnie”. W sytuacji bowiem, gdy ten sam wycinek zachowania sprawcy, poddawany prawnokarnemu wartościowaniu, daje się uznać za relewantny z punktu widzenia dwóch norm sankcjonujących, zostaje spełnione kryterium tożsamości czynu (zob. szerzej P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011, s. 140 i nast.).

Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że w wypadku wypełnienia jednym czynem znamion przestępstwa kradzieży z włamaniem i rozboju mamy do czynienia ze zbiegiem przepisów, co jednak jeszcze nie oznacza, że czyn taki należy każdorazowo kwalifikować z art. 279 k.k. i art. 280 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. O ile w pełni podzielić należy zawarte w przytoczonym wyżej judykacie stanowisko Sądu Apelacyjnego w Lublinie, iż nie ma tu zastosowania ani zasada specjalności, ani reguła subsydiarności, o tyle nie można uznać za trafne wykluczenie możliwości zastosowania zasady konsumpcji, w myśl której zakwalifikowanie zachowania z jednego ze zbiegających się przepisów czyni zbędnym, z punktu widzenia potrzeby oddania zawartości kryminalnej, kwalifikowanie z drugiego przepisu. Powszechnie akcentuje się, że zasada konsumpcji związana jest z oceną dokonywaną *in concreto* z uwzględnieniem wszystkich okoliczności łączących się z wartościowanym czynem. Stąd też nie sposób wskazać *in abstracto* grup przepisów, między którymi zbieg byłby rozstrzygalny już na etapie przekładu przepisów na normy poprzez wykorzystanie zasady *lex consumens derogat legi consumptae* (zob. P. Kardas, *op. cit.*, s. 340; tenże, Problem zbiegu przepisów ustawy karnej a różne postaci współdziałania, *Prok. i Pr.* 2005, nr 7-8, s. 194).

Zbieg przepisów art. 279 k.k. i art. 280 k.k. może wystąpić w wielu bardzo różniących się stanach faktycznych, nie sposób zatem wykluczyć różnorodności ocen co do możliwości zastosowania zasady konsumpcji. Najczęściej zbieg przepisów będzie miał charakter rzeczywisty (realny), możliwe jest jednak - w myśl reguły wykorzystywania zasady konsumpcji *in concreto* - wystąpienia także takich stanów faktycznych, w których zbieg tych przepisów będzie miał charakter pomijalny. Skoro warunkiem zastosowania zasady konsumpcji jest stwierdzenie, że stopień społecznej szkodliwości czynu oceniany z perspektywy jednego ze zbiegających się przepisów jest istotnie niższy niż stopień społecznej szkodliwości oceniany przez pryzmat drugiego ze zbiegających się przepisów (zob. P. Kardas, *Problem zbiegu...*, s. 196 i cyt. tam literaturę), to z oczywistych względów warunek ten częściej zostanie spełniony w przypadku zbiegu przepisu art. 279 k.k. z art. 280 § 2 k.k. niż w przypadku zbiegu art. 279 k.k. z art. 280 § 1 k.k. Niewątpliwie też - zwłaszcza w pierwszym przypadku - kontrowersji nie powinno budzić spełnienie kolejnego warunku zastosowania zasady konsumpcji, jakim jest stwierdzenie, że kryminalnopolityczna zawartość wynikająca z realizacji znamion jednego ze zbiegających się przepisów jest uwzględniona w sankcji przewidzianej w drugim ze zbiegających się przepisów, tak iż wykorzystanie jako podstawy kwalifikacji jedynie tego ostatniego czyni zbędnym wykorzystywanie także drugiego ze zbiegających się przepisów (P. Kardas, *Problem zbiegu...*, s. 200).

Reasumując należy stwierdzić, iż w sytuacji gdy sprawca włamania używa przemocy wobec osoby lub grozi natychmiastowym jej użyciem albo doprowadza człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności, aby dokonać kradzieży mienia albo w opisany sposób obezwładnia osobę chroniącą mienie w celu dokonania kradzieży z włamaniem, popełnia jeden czyn. co do którego występuje zbieg przepisów art. 279 k.k. i art. 280 k.k. W zależności od dokonanej *in concreto* oceny poszczególnych elementów zachowania realizujących znamiona rozboju i włamania, zbieg ten może mieć charakter rzeczywisty, prowadzący do kumulatywnej kwalifikacji, lub może być zbiegiem pomijalnym, rozstrzyganym w oparciu o zasadę konsumpcji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, należy podnieść, że okoliczności zdarzenia pozwalały na zastosowanie zasady konsumpcji i w konsekwencji na zakwalifikowanie działania oskarżonego wyłącznie z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k. przy zast. art. 65 § 1 k.k. i art. 64 § 1 k.k. Stopień społecznej szkodliwości zachowania oskarżonego realizującego znamiona przepisu art. 280 § 2 k.k. był szczególnie wysoki. Rozbój był zaplanowany. Oskarżony i inni napastnicy byli uzbrojeni i zamaskowani. Sprawcy obezwładnili dwóch pracowników ochrony, a stopień użytej przemocy był na tyle znaczny, że obaj pokrzywdzeni doznali obrażeń ciała. Wykraczający poza te

ustalenia wycinek czynu oskarżonego realizującego znamiona przepisu 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. sprowadzał się natomiast wyłącznie do usiłowania pokonania zabezpieczenia sejfów. W tych konkretnych okolicznościach uznać zatem należało, iż stopień społecznej szkodliwości czynu oceniany z perspektywy art. 279 § 1 k.k. jest istotnie niższy niż stopień społecznej szkodliwości oceniany przez pryzmat art. 280 § 2 k.k.

Kierując się powyższymi względami, Sąd Apelacyjny nie uwzględnił apelacji prokuratora i zaskarżony wyrok utrzymał w mocy, kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze obciążając Skarb Państwa (art. 636 § 1 k.p.k.).