

**Sygn. akt: II AKa 150/17**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 czerwca 2017 roku

**Sąd Apelacyjny w Katowicach II Wydział Karny w składzie :**

<b>Przewodniczący :</b>	<b>SSA Beata Basiura</b>
	<b>SSA Grzegorz Wątroba</b> <b>SSO del. Marcin Schoenborn (spr.)</b>
Protokolant :	Magdalena Bauer

przy udziale **Prokuratora Prokuratury Regionalnej w Katowicach Doroty Gnizy – Osiadacz**

po rozpoznaniu w dniu 22 czerwca 2017 roku sprawy

**M. K. (1) (K.) (...)** s. W. i G.

ur. (...) w M.

oskarżonego z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i w zw. z art. 64 § 1 k.k.  
i inne

na skutek apelacji prokuratora i obrońcy

od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie

z dnia 13 grudnia 2016 roku, sygn. akt II K 29/15

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- czyn przypisany oskarżonemu w pkt III kwalifikuje jako zbrodnię z art. 280 § 2 kk i art. 157 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 65 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk, a za podstawę wymiaru kary pozbawienia wolności orzeczonej za ten czyn przyjmuje art. 280 § 2 kk w zw. z art. 11 § 3 kk w zw. z art. 65 § 1 kk,
- uchyla rozstrzygnięcie z pkt IV,
- w pkt VI z podstawy wymiaru kar łącznych eliminuje art. 85 § 1 kk,

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zasądza od Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Częstochowie) na rzecz rady prawnej R. J. – Kancelaria Racy Prawnego

w K. kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych, obejmującą kwotę 138 (sto trzydzieści osiem) złotych podatku VAT, tytułem zwrotu nieopłaconych kosztów obrony udzielonej z urzędu oskarżonemu w postępowaniu odwoławczym;

4. zasądza od oskarżonego M. K. (1) poprzednio K. na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 758 (siedemset pięćdziesiąt osiem) złotych oraz wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 1.200 (tysiąc dwieście) złotych.

SSO del. Marcin Schoenborn SSA Beata Basiura SSA Grzegorz Wątroba

**Sygn. akt II AKa 150/17**

## UZASADNIENIE

**wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22 czerwca 2017 r. w całości**

Sąd Okręgowy w Częstochowie wyrokiem z dnia 13 grudnia 2016 r. sygn. akt II K 29/15 orzekł następująco:

1. w pkt I na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 kpk przy zast. art. 4 § 1 kk umorzył postępowanie w zakresie czynu z art. 258 § 2 kk zarzucanego oskarżonemu w pkt 1 aktu oskarżenia i w tej części wydatkami postępowania obciążył Skarb Państwa;
2. w pkt II uznał oskarżonego za winnego popełnienia czynów z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk w zw. z art. 65 § 1 kk zarzuczanych w pkt 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9 i 11 aktu oskarżenia, przy czym zmodyfikował każdorazowo wartość skradzionych rzeczy oraz na nowo opisał recydywę, a nadto przyjął, że czyny te stanowią ciąg przestępstw w rozumieniu art. 91 § 1 kk w zw. z art. 4 § 1 kk i za to na mocy art. 279 § 1 kk w zw. z art. 65 § 1 kk w zw. z art. 91 § 1 kk przy zastosowaniu art. 4 § 1 kk oraz art. 33 § 2 i 3 kk wymierzył oskarżonemu karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w ilości 150 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 złotych;
3. w pkt III uznał oskarżonego za winnego popełnienia czynu zarzucanego w pkt 10 aktu oskarżenia, przy czym zmodyfikował jego opis, również w zakresie recydywy, wskazując w nim jednak dalej jako jeden ze skutków działania oskarżonego we współsprawstwie z innymi osobami spowodowanie rozstroju zdrowia u pokrzywdzonego na okres do 7 dni, czyn ten jednak zakwalifikował wyłącznie z art. 280 § 2 kk w zw. z art. 64 § 1 kk w zw. z art. 65 § 1 kk i za to na mocy art. 280 § 2 kk w zw. z art. 65 § 1 kk oraz art. 33 § 2 i 3 kk wymierzył oskarżonemu karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w ilości 80 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 złotych;
4. w pkt IV na podstawie art. 46 § 1 kk zobowiązał oskarżonego solidarnie z osobami zobowiązanymi na mocy orzeczeń sądowych do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem zarzucanym w pkt 10 aktu oskarżenia przez przekazanie kwoty 108.814,88 złotych na rzecz (...) S.A. w S. jako następcy prawnemu Towarzystwa (...) S.A. w K.;
5. w pkt V uznał oskarżonego za winnego popełnienia czynu z art. 263 § 2 kk zarzucanego w pkt 12 aktu oskarżenia i za to na mocy art. 263 § 2 kk wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności;
6. w pkt VI na podstawie art. 91 § 2 kk w zw. z art. 85 § 1 kk oraz art. 86 § 1 i 2 kk w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r. przy zastosowaniu art. 4 § 1 kk połączył wymierzone oskarżonemu kary pozbawienia wolności oraz grzywny i orzekł karę łączną 4 lat pozbawienia wolności oraz karę łączną grzywny w ilości 200 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 złotych;
7. w pkt VII uniewinnił oskarżonego od popełnienia czynu z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk w zw. z art. 65 § 1 kk zarzucanego w pkt 8 aktu oskarżenia i w tej części wydatkami postępowania obciążył Skarb Państwa;
8. w pkt VIII na mocy art. 63 § 1 kk oraz art. 607f kpk zaliczył oskarżonemu na poczet kary łącznej pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności od 28 maja 2014 r. do 25 lipca 2014 r.;

9. w pkt IX na mocy art. 624 § 1 kpk zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych;

10. w pkt X zasądził od Skarbu Państwa na rzecz wyznaczonego obrońcy z urzędu kwotę 3.099,60 złotych tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu.

Apelacje od tego wyroku wywiedli prokurator oraz obrońca oskarżonego.

Oskarżyciel publiczny zaskarżył orzeczenie co do winy w zakresie pkt III (odnośnie kwalifikacji prawnej przypisanego oskarżonemu czynu). Zarzucając obrazę prawa materialnego, a to art. 11 § 1 i 2 kk poprzez pominięcie zasady normatywnej wyrażającej się tym, iż jeden czyn stanowić może tylko jedno przestępstwo oraz art. 11 § 3 kk, stanowiącego podstawę do określenia granic ustawowego zagrożenia karą czynu o kumulatywnej kwalifikacji prawnej, a w konsekwencji obrazę art. 157 § 2 kk polegającą na wyeliminowaniu z kwalifikacji prawnej czynu przypisanego w punkcie III znamion występku z art. 157 § 2 kk z uwagi na upływ okresu przedawnienia jego karalności, podczas gdy w przypadku przyjęcia konstrukcji kumulatywnej kwalifikacji prawnej, 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, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt III i uzupełnienie kwalifikacji prawnej czynu o znamiona występku z art. 157 § 2 kk.

Obrońca z kolei zaskarżył wyrok w zakresie rozstrzygnięcia o karze z pkt II, w zakresie rozstrzygnięcia z pkt III tak co do winy i kary oraz co do środka karnego, o którym orzeczono w pkt IV, a także w zakresie rozstrzygnięcia z pkt V co do winy i kary, zatem i odnośnie kar łącznych z pkt VI.

Co do pkt II zarzucił rażąco niewspółmierność kary wyrażającą się w wymierzeniu oskarżonemu kary powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia w sytuacji gdy wysokość tej kary przekracza stopień winy i tym samym nie realizuje celów kary, a nadto rozmiar represji zastosowanej wobec oskarżonego jest w sposób oczywisty nieproporcjonalny w stosunku do dolegliwości wymierzonej podobnym sprawcom w podobnych sprawach, tym bardziej że oskarżony w żaden sposób nie utrudniał postępowania, złożył obszernie wyjaśnienia, które przyczyniły się do ujawnienia i ustalenia szeregu przestępstw popełnionych przez grupę P. G., a od krótkiego okresu objętego zarzutami w niniejszej sprawie upłynęło 15 lat, podczas gdy oskarżony swoją postawą wykazał, że zrozumiał swoje błędy i nie będzie już naruszał porządku prawnego.

Co do pkt V zarzucił naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 7 kpk poprzez dowolną, jednostronną oraz sprzeczną z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego, ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dowodów z wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadków, a w konsekwencji błędne przyjęcie, iż M. K. (1) posiadał w dniu 1 czerwca 2000 r. wbrew przepisom ustawy pistolet gazowy wraz z amunicją, podczas gdy z wyjaśnień oskarżonego wynika, iż w tym konkretnym dniu nie posiadał broni gazowej, która spełniałaby kryteria wskazane w ustawie z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji, zeznania świadków wskazują, iż w trakcie zdarzenia w (...)w C. żaden ze współsprawców, w tym M. K. (1) nie posługiwał się bronią, a brak jest pozaosobowych dowodów pozwalających na przypisanie oskarżonemu sprawstwa zarzucanego mu przestępstwa z art. 263 § 2 kk.

Co do pkt III zarzucił naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 7 kpk poprzez dowolną, jednostronną oraz sprzeczną z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dowodów z wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadków, a w konsekwencji błędne przyjęcie, iż M. K. (1) w trakcie zdarzenia w dniu 1 czerwca 2000 r. przyłożył do głowy i groził bronią palną pokrzywdzonemu J. M., podczas gdy ani wyjaśnienia oskarżonego, ani zeznania świadków biorących udział w zdarzeniu nie pozwalają na ustalenie i przypisanie, czy to oskarżonemu, czy innej osobie posiadanie broni palnej w trakcie tegoż zdarzenia, a brak jest pozaosobowych dowodów pozwalających na przypisanie oskarżonemu sprawstwa zarzucanego mu przestępstwa z art. 280 § 2 kk.

Co do pkt IV zarzucił naruszenie prawa materialnego, tj. art. 46 § 1 kk poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i orzeczenie wobec oskarżonego obowiązku naprawienia szkody solidarnie z innymi osobami wyrządzonej przestępstwem zarzuconym w pkt 10 aktu oskarżenia na rzecz (...) S.A., podczas gdy owo towarzystwo ubezpieczeń nie wykazało w sposób należyty, iż jest następcą prawnym Towarzystwa (...) S.A. w K., a także iż zasądzona kwota została przekazana pokrzywdzonemu w toku postępowania likwidacyjnego dotyczącego zgłoszonej szkody i w związku ze zdarzeniem z dnia 1 czerwca 2000 r. oraz że (...) S.A. jest uprawnione do jej dochodzenia w toku postępowania sądowego.

Z powołaniem się na powyższe zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku polegającą na uchyleniu orzeczenia o karze łącznej, obniżeniu kary w pkt II do dolnej granicy ustawowego zagrożenia, wyeliminowaniu z opisu czynu z pkt III groźenie bronią palną i przyłożenie jej pokrzywdzonemu do głowy oraz zmodyfikowaniu kwalifikacji prawnej tego czynu i wymierzeniu kar w dolnej granicy ustawowego zagrożenia, uniewinnieniu oskarżonego od popełnienia czynu z pkt V, wymierzeniu kary łącznej na zasadzie pełnej absorpcji przy zastosowaniu art. 4 § 1 kk oraz uchyleniu pkt IV. Z ostrożności procesowej obrońca postulował uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Oczekiwał też zwolnienia oskarżonego pod ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny w Katowicach zważył, co następuje.

Zaskarżony wyrok wymagał korekty w uwzględnieniu w całości apelacji oskarżyciela publicznego, a także w następstwie podzielenia zarzutu obrazy prawa materialnego podniesionego w apelacji obrońcy oraz dostrzeżenia z urzędu, choć w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, pewnej wadliwości podstawy prawnej rozstrzygnięcia o karach łącznych z pkt VI.

Najdalej idącymi były zarzuty apelacji obrońcy odnośnie czynów przypisanych oskarżonemu w pkt III i V zaskarżonego wyroku. Toteż do nich w pierwszej kolejności należało się odnieść.

Wbrew stanowisku tego skarżącego, sąd merytoryczny kompletnie zgromadzony materiał dowodowy poddał rzetelnej ocenie, wyprowadzając z niego trafne wnioski końcowe, w tym co do nielegalnego posiadania przez oskarżonego broni gazowej wraz z amunicją w związku z dokonaniem we współsprawstwie z innymi osobami napadem rabunkowym na sklep firmy (...) w (...) w C. w dniu 1 czerwca 2000 r., który to przedmiot w trakcie tego zdarzenia przyłożył do głowy pokrzywdzonemu pracownikowi ochrony. Tok rozumowania i sposób wnioskowania Sądu Rejonowego przedstawiony w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku jest jak najbardziej prawidłowy pod względem logicznym i zgodny ze wskazaniami wiedzy oraz doświadczenia życiowego. Sąd odwoławczy nie doszukał się najmniejszych podstaw do odmiennej od dokonanej przez Sąd pierwszej instancji oceny dowodów, ani też do zakwestionowania trafności jego istotnych dla rozstrzygnięcia ustaleń faktycznych. Sąd Okręgowy dochodząc do ostatecznych wniosków nie przekroczył bowiem ram swobodnej oceny dowodów, jak i nie popełnił innych uchybień prawa procesowego, które mogłyby rzutować na treść wydanego przez niego merytorycznego rozstrzygnięcia.

W żadnym razie nie było tak, aby Sąd Okręgowy nie dysponował dowodami na wskazane powyżej okoliczności dotyczące posiadania broni gazowej wraz z amunicją oraz posłużenia się nią przez oskarżonego podczas rozboju na terenie (...) w C.. Myli się przy tym skarżący uważając, iż takowy dowód stanowiło wyłącznie przyznanie się oskarżonego do zarzucanych mu czynów w postępowaniu przygotowawczym, jak też twierdząc, że z wyjaśnień M. K. (1) z rozprawy miało wynikać, iż dysponował bronią i to bez magazynka, lecz akurat bez związku ze zdarzeniem z dnia 1 czerwca 2000 r. na terenie (...) w C.. Dla przekonania o trafności swych wywodów apelujący przywołał fragmenty relacji złożonych w toku postępowania sądowego przez współdziałających z oskarżonym w popełnieniu przestępstwa przypisanego w pkt III P. G., A. M. i D. K.. Nie omieszkał jednak przeinaczyć sensu wypowiedzi dwóch ostatnich, a także kompletnie zlekceważyć ich wcześniejsze relacje składane w charakterze podejrzanych, które przecież podczas przesłuchania przed sądem zostały im odczytane w warunkach art. 391 § 1 i 2 kpk, a odnosząc się do ich treści wskazani świadkowie podtrzymali wynikające z nich okoliczności faktyczne.

Tym samym, to nie Sąd I instancji, lecz apelujący podszedł wybiórczo do zgromadzonego materiału dowodowego oczekując w istocie pominięcia przy wyrokowaniu szeregu niekorzystnych dla oskarżonego okoliczności ujawnionych w toku rozprawy mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a zatem postąpienia wbrew nakazom wypływającym z art. 4 kpk i art. 410 kpk, co siłą rzeczy musiałyby prowadzić do naruszenia art. 7 kpk, a w konsekwencji i do błędnych ustaleń faktycznych.

Przypomnieć więc trzeba, iż zgodnie z art. 410 kpk podstawę wyroku stanowić może jedynie całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej. Istotą tego dyrektywnego sformułowania jest to, że sąd musi opierać swój wyrok na wszystkich istotnych okolicznościach, które zostały ujawnione w toku rozprawy głównej, nie może ograniczyć się do części jedynie ujawnionego materiału dowodowego, a zawarte w wyroku rozstrzygnięcie musi być wynikiem analizy całokształtu ujawnionych okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, zarówno tych, które potwierdzają słuszność ustaleń włączonych do faktycznej podstawy wyroku, jak również tych, które im przeczą. Okoliczności ujawnione na rozprawie głównej nie sprowadzają się jednak do tych tylko, które zostały ustalone w oparciu o dowody bezpośrednio przeprowadzone na rozprawie poprzez kontakt bezpośredni sądu ze źródłem dowodu (oskarżonym, świadkiem, biegłym, dokumentem, dowodem rzeczowym), ale są nimi także te, które zgromadzone zostały w toku postępowania przygotowawczego, a także te, które zostały przeprowadzone w postępowaniu przygotowawczym lub przed sądem w innej sprawie albo w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę (art. 389 § 1, art. 391 § 1 i 2, art. 392 § 1, art. 393 § 1 kpk), a wreszcie te, które zostały w tej samej sprawie przeprowadzone na rozprawie przed wydaniem postanowienia o jej prowadzeniu w całości od początku, oczywiście pod warunkiem że zostały one, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa procesowego, ujawnione na rozprawie, w trybie odczytania protokołów dokumentujących przebieg i wyniki tych czynności dowodowych lub też uznania za ujawnione protokołów i innych dokumentów wnioskowanych jako dowody do przeprowadzenia na rozprawie głównej (zob. wyrok SN z 7 marca 1979 r., III KR 35/79, OSNPG 1979, Nr 8, poz. 123; wyrok SN z 1 lutego 1996 r., III KRN 191/95, Prok. i Pr. - wkł. 1996, Nr 7-8, poz. 11; wyrok SA we Wrocławiu z 15 maja 2008 r., II AKa 73/08, KZS 2009, Nr 3, poz. 62; wyrok SN z 2 grudnia 2008 r., III KK 221/08, OSNwSK 2008, Nr 1, poz. 2498).

Należy więc wskazać, iż A. M. jako podejrzany wyjaśnił, że to konkretnie K., a tak przed laty nazywał się M. K. (1), miał pistolet gazowy należący do M. K. (2) i to oskarżony powiedział do drugiego ochroniarza, który zbiegł z góry, „kładź się na ziemię, bo strzelam”. Użył przy tym określenia, iż ochroniarz został „położony” przez K. (k. 566), w toku eksperymentu procesowego precyzując, że przystawił mu owy pistolet na bliską odległość i kazał się mu położyć (k. 591v). Później jeszcze rozpoznał oskarżonego, którego znał z pseudonimu „(...)” (k. 616). Po latach natomiast słuchany jako świadek zbyt wiele nie pamiętał, choć dalej kojarzył, iż w Pasażu była broń gazowa K., nie był jednak w stanie przypomnieć sobie, kto się nią posługiwał (k. 635). Zdążył jednak potwierdzić wcześniej złożone wyjaśnienia, w których m.in. odnośnie tej okoliczności wypowiedział się dość precyzyjnie (k. 633).

Z relacją M. korespondowały wyjaśnienia D. K., który podał, że w napadzie do Pasażu brał również udział chłopak, którego danych nie kojarzył, pamiętał też, że miał ze sobą pistolet gazowy, choć nie wiedział, czy nabity. Ten chłopak miał postraszyć tym pistoletem ochroniarza, a być może również nim go uderzyć, on też pilnował tego ochroniarza (k. 773). Wówczas nie identyfikował tego chłopaka jako znajomego P. G., który brał udział w tym napadzie, a miał pseudonim „(...)”. Później jednak twierdził, że to K. mający pseudonim „(...)” naszedł na ochroniarza, a następnie podczas drogi powrotnej chwalił się, iż musiał go „powalić” (k. 784). D. K. słuchany natomiast na rozprawie w charakterze świadka nie pamiętał, czy oskarżony lub ktokolwiek inny ze współdziałających ze sobą osób posiadał broń podczas napadu rabunkowego w (...) w C., choć kojarzył, że akurat M. K. (1) miał chyba przytrzymać wtedy ochroniarza (k. 818). Jednocześnie jednak potwierdził, że P. G. dysponował bronią gazową w czasie, gdy był członkiem kierowanej przez niego zorganizowanej grupy przestępczej o charakterze zbrojnym. Miała to być broń M. K. (2) (k. 819). Nie wyparł się też wcześniej złożonych wyjaśnień, również tych opisujących zaangażowanie K..

Wartym też zauważenia jest, że posługiwania się pistoletem gazowym podczas zdarzenia z dnia 1 czerwca 2000 r. nie wykluczał inny jego uczestnik, tj. D. S. pseudonim (...). Wyjaśnił w charakterze podejrzanego, że K. w jakiś sposób doprowadził do tego, że ten drugi ochroniarz leżał na podłodze twarzą do podłogi, a wcześniej jeszcze obu im P. G.

miał oznajmić, iż w przypadku zatrzymania grozić będzie trzy lata odsiadki (k. 540-541). Kara od 3 lat pozbawienia wolności charakteryzuje zaś przecież zbrodnię rozboju z art. 280 § 2 kk polegającą m.in. na posługiwaniu się właśnie bronią palną, w którym to pojęciu mieści się również broń gazowa (zob. uchwałę 7 sędziów SN z 29 stycznia 2004 r., I KZP 39/2003, OSNKW z 2004 r. Nr 2 poz. 13).

Pierwotne wyjaśnienia oskarżonego nie pozostawały zatem odosobnionymi.

Jedynie P. G. twierdził stanowczo i konsekwentnie, iż podczas zdarzenia na terenie (...) w C. nikt ze współdziałających w popełnieniu dokonanego wówczas napadu rabunkowego nie był w posiadaniu jakiegokolwiek broni. Nie mniej wypowiedziom tym przeczyły ewidentnie wyjaśnienia oskarżonego, również te z rozprawy, toteż już tylko z tego względu, kierując się zasadami logiki oraz wskazaniem doświadczenia życiowego, nie sposób było zawierzyć zapewnieniom P. G.. Poza tym sam pokrzywdzony J. M. potwierdził, iż jeden z napastników, choć nierozpoznany, również w osobie M. K. (1) noszącego ówczas nazwisko K., posiadał przedmiot co najmniej wyglądem przypominający broń palną, który przystawił mu do głowy celem powstrzymania przed podniesieniem alarmu.

Z tych samych względów nie można się też było opierać na wyjaśnieniach zmarłego T. B., kiedy nie twierdził on w ogóle, by oskarżony brał udział w przedmiotowym napadzie, a wskazywał, że pilnującym ochroniarza miał być (...), czyli M. (k. 284).

Na tle przedstawionych okoliczności nieprzypadkowym być więc musiało przyznanie się oskarżonego w postępowaniu przygotowawczym tak to władania bronią gazową wraz z amunicją, jak i posłużenia się tym przedmiotem podczas dokonywania napadu na sklep firmy (...), nawet jeśli wówczas zbyt wiele odnośnie tych okoliczności nie wyjaśnił. Dopiero bowiem podczas drugiego przesłuchania powiedział o pistolecie gazowym, choć jednocześnie przyznał, iż wcześniej o nim zapomniał, zaznaczając również, że nie było jego zamiarem użycie tej broni, a więc jej wykorzystanie zgodnie z funkcją i przeznaczeniem, czyli dla oddania strzału (k. 116). Nie twierdził jednak wtedy, iż owy pistolet był pozbawiony magazynku, co podnosił przesłuchiwany przed sądem, wskazując przy tym, iż podczas przedmiotowego zdarzenia tylko on z grona współdziałających mężczyzn posiadał broń (k. 158). Zaznaczenia wymaga, iż oskarżony zawsze twierdził, iż rozumie stawiane mu zarzuty, a o posiadaniu pistoletu gazowego w toku postępowania przygotowawczego wypowiadał się wyłącznie w kontekście zdarzenia w (...) w C., co akurat nie mogło dziwić, skoro właśnie w dacie popełnienia w tym miejscu napadu rabunkowego, czyli konkretnie 1 czerwca 2000 r. w C., miał przecież być popełniony przez niego też zarzucany mu czyn z art. 263 § 2 kk. Zapewnienie oskarżonego z rozprawy, iż poza wypadkiem z dnia 1 czerwca 2000 r. w innych okolicznościach nie był w nielegalnym posiadaniu pistoletu gazowego, towarzyszące akurat nie przyznawaniu się w tej fazie postępowania do popełnienia czynu z art. 263 § 2 kk, nie pozostawało więc w kolizji z wcześniejszym przeciwnym ustosunkowaniem się względem tego zarzutu, jak też z wypowiedziami świadków, którzy mówili, iż M. K. (1) nie posiadał pistoletu gazowego (zeznanie A. M. – k. 634), względnie nie było wiadomym, aby posiadał taki przedmiot (zeznanie D. K. – k. 819). W sprawie przecież nie chodziło o broń należącą do oskarżonego, lecz przedmiot udostępniony mu na potrzeby napadu dokonanego w (...) w C.. Okoliczność tę natomiast oskarżony potwierdził przesłuchiwany na rozprawie.

Ponadto trzeba mieć było również w polu widzenia, że w treści zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 263 § 2 kk była mowa o konkretnym egzemplarzu broni gazowej i nieustalonej ilości amunicji do niej. Skoro pierwotnie przyznawał się do nielegalnego posiadania tych przedmiotów, musi być oczywistym, że nie mógł jednocześnie twierdzić, że broń była pozbawiona magazynku. Gdyby tak twierdził, nie przyznałby się przecież do posiadania amunicji. Stąd późniejsze twierdzenie, że pistolet był bez magazynku, a zatem nie mógł posiadać jednocześnie amunicji, w żadnym razie nie może być postrzegane jako uzupełnienie wcześniejszych niepełnych wyjaśnień, lecz jako nowa jakość pozostająca w sprzeczności z wcześniejszym w istocie przeciwnym zapewnieniem. Sąd I instancji miał zaś prawo uwierzyć pierwotnym wyjaśnieniom oskarżonego, kiedy zmiany stanowiska co do stanu pistoletu gazowego, którym władał w krytycznym czasie i miejscu, nie potrafił przekonująco wytłumaczyć. Z przyczyny wyżej naprowadzonej nie mogło być bowiem tak, iż podczas drugiego przesłuchania w śledztwie wspominał o braku magazynka, a okoliczność ta nie została jedynie uwzględniona w treści protokołu. Zasady prawidłowego rozumowania oraz wskazania doświadczenia

życiowego podpowiadały z kolei, że zmieniając nieco wyjaśnienia przed sądem oskarżony próbował umniejszyć swoją winę.

Te wszystkie okoliczności musiał mieć na uwadze Sąd Okręgowy dochodząc do jak najbardziej prawidłowych wniosków nie dając w istocie wiary wyjaśnieniom oskarżonego z rozprawy w zakresie, w jakim nie przystawały one do pierwotnych jego twierdzeń, jak i relacji M. oraz K., które oceniane z uwzględnieniem ich wyjaśnień złożonych w charakterze podejrzanych, wbrew wywodom apelującego, potwierdzały posługiwanie się przez M. K. (1) podczas napadu rabunkowego w Pasażu pistoletem gazowym po uprzednim wejściu w posiadanie tego przedmiotu wraz amunicją, którymi władał niewątpliwie bez wymaganego zezwolenia, a więc nielegalnie.

Obrońca nie przedstawił natomiast żadnych przekonujących argumentów, które dokonana przez Sąd orzekający ocenę dowodów nakazywałyby uznać za wykraczającą poza ramy oceny swobodnej pozostającej pod ochroną art. 7 kpk. Sąd nie można się było zgodzić z apelującym w tym, że błędnymi były ustalenia niezbitnie wynikające z dowodów przez Sąd Okręgowy uznanych za wiarygodne. Zgodnie z istotą swobodnej oceny dowodów stanowisko to wprawdzie oparte było o własne przekonanie organu orzekającego, nie mniej uwzględniało wszystkie przeprowadzone dowody ocenione zgodnie z zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego.

Tymczasem zarzut naruszenia art. 7 kpk nie może ograniczać się do wskazania wadliwości sędziowskiego przekonania o wiarygodności jednych, a niewiarygodności innych źródeł czy środków dowodowych, lecz powinien wykazywać konkretne błędy w samym sposobie dochodzenia do określonych ocen, przemawiające w zasadniczy sposób przeciwko dokonanemu rozstrzygnięciu (zob. postanowienie SN z 26 lipca 2007 r., IV KK 175/07, OSNwSK z 2007 Nr 1 poz. 1738; wyrok SA w Katowicach z 20 grudnia 2007 r., II AKa 381/07, Prok.i Pr.-wkl. z 2008 Nr 9 poz. 31). Temu skarżący nie sprostął, również z tego względu, że nierzetelnie przywoływał wypowiedzi oskarżonego. Oskarżony nie przyznając się do zarzutu 12 aktu oskarżenia rzeczywiście powiedział cyt. „... ja nigdy nie miałem żadnego pistoletu gazowego” ale zaraz dodał cyt. „tylko raz jak byliśmy na włamaniu w C. do domu handlowego to G. dał mi pistolet ...” (k. 159). Tego już skarżący nie raczył przytoczyć, zupełnie dowolnie i w oderwaniu od treści wyjaśnień z rozprawy twierdząc również, że obecność broni mogła mieć związek z innym zdarzeniem nie objętym aktem oskarżenia.

Wbrew zatem przekonaniu skarżącego nie było podstaw do uniewinnienia oskarżonego od czynu zarzucanego mu w pkt 12 aktu oskarżenia, jak też przypisania mu w ramach zarzutu z pkt 10 aktu oskarżenia jedynie rozboju w typie podstawowym. Również w odniesieniu do tych czynów sprawstwo i wina oskarżonego wątpliwości budzić nie mogły.

Opis czynu przypisanego oskarżonemu w pkt III oddawał jego istotę wyrażającą się nawet nie tyle w doprowadzeniu pokrzywdzonego do stanu bezbronności, lecz w użyciu względem niego przemocy (uderzenie w głowę metalowym prętem), a także grożąc mu natychmiastowym jej użyciem (w związku z przyłożeniem do głowy broni palnej). To zaś, iż w jego opisie nie użyto tego rodzaju ustawowych zwrotów określających jego znamiona, nie jest równoznaczne, że ich w ogóle nie wskazano (zob. postanowienie SN z 26 listopada 2009 r., V KK 204/09, LEX nr 553758). Procedura karna nie ma charakteru formułkowego, co oznacza, iż przepis art. 413 § 2 pkt 1 kpk nie zawiera wymogu, aby w opisie czynu przytoczono dosłownie wszystkie ustawowo określone znamiona czynu zabronionego. Pominięcie ustawowego określenia znamienia przestępstwa w opisie czynu przypisanego nie stanowi przeszkody w uznaniu, że wypełnia on znamiona konkretnego przestępstwa, jeżeli opis ten mieści się w granicach pojęć, którymi przepis prawa materialnego określa te znamiona (zob. wyrok SN z 4 listopada 2016 r., II KK 246/16, Legalis). Na gruncie art. 280 kk oczywistym natomiast pozostaje, że stan bezbronności ofiary może być osiągnięty tylko przez inne sposoby działania sprawcy niż użycie przemocy wobec osoby lub groźby jej natychmiastowego użycia (zob. wyrok SN z 13 października 1995 r., II KRN 120/95, BIP 1997 Nr 1 str. 45; postanowienie SN z 24 kwietnia 2007 r., II KK 175/06, Prok. i Pr. – wkl. 2007, Nr 10, poz. 6).

Broń gazowa była i jest natomiast niewątpliwie bronią palną zarówno w rozumieniu art. 263 § 2 kk, jak i art. 280 § 2 kk (zob. uchwałę 7 sędziów SN z 29 stycznia 2004 r., I KZP 39/03, OSNKW 2004, Nr 2, poz. 13). Pamiętać też trzeba, że gotowe lub obrobione istotne części broni lub amunicji uważa się za broń lub amunicję. Istotnymi częściami broni palnej są natomiast szkielet broni, baskila, lufa, zamek i komora zamkowa. Z kolei istotnymi częściami

amunicji są m.in. pociski wypełnione chemicznymi środkami obezwładniającymi, jak też same spłonki inicjujące spalanie materiału miotającego (por. art. 5 ustawy o broni i amunicji). Stąd nie dziwi, że defekty broni nadające się do usunięcia nie pozbawiają danego urządzenia cech broni palnej (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 20 stycznia 2014 r., II AKa 228/13, OSA 2016 Nr 1 poz. 4). Poczynione przez Sąd I instancji ustalenia niezbitcie natomiast wskazywały, iż pozostający we władaniu oskarżonego pistolet gazowy stanowił niebezpieczne dla życia lub zdrowia urządzenie, które w wyniku działania sprężonych gazów, powstających na skutek spalania materiału miotającego, było zdolne do wystrzelenia pocisku lub substancji z lufy albo z elementu zastępującego lufę, a przez to do rażenia celów na odległość (art. 7 ustawy o broni i amunicji w brzmieniu obowiązującym do 9 marca 2011 r.). Tym bardziej stanowić musiał przenośną broń lufową, która miota, jest przeznaczona do miotania lub może być przystosowana do miotania jednego lub większej liczby pocisków lub substancji w wyniku działania materiału miotającego (art. 7 ustawy o broni w aktualnym brzmieniu). Nowelizacja ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji dokonana ustawą z 5 stycznia 2011 r. zmieniła bowiem dotychczasową definicję broni palnej o charakterze ogólnym zawartą w art. 7 eliminując z niej takie cechy broni palnej, jak niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia i zdolność do rażenia celów na odległość.

Tymczasem nawet krótkotrwałe władanie bronią palną i amunicją do niej bez zezwolenia daje podstawę do przyjęcia odpowiedzialności karnej przewidzianej w art. 263 § 2 kk (zob. postanowienie SN z 5 lipca 2012 r., III KK 186/12, Legalis).

Posłużenie się bronią palną w rozumieniu art. 280 § 2 kk jest z kolei pojęciem szerszym od użycia, o którym mowa w art. 159 kk. Nie wymaga więc oddania z niej strzału. Broń ta nie musi być nawet nabita (zob. wyrok 7 sędziów SN z 30 września 1975 r., VI KRN 33/75, OSNKW 1976, Nr 1, poz. 3). Konieczne jest jedynie okazanie broni pokrzywdzonemu w celu wzbudzenia w nim obawy jej niezwłocznego użycia (zob. wyrok SN z 18 kwietnia 1984 r., II KR 73/84, OSNKW 1984, Nr 9–10, poz. 91; wyrok SN z 12 listopada 1985 r., IV KR 274/85, OSNKW 1986, Nr 9–10, poz. 78). Wystarczy, że niebezpieczny przedmiot zostanie co najmniej okazany na początku rozboju lub w jego trakcie (zob. wyrok SN z 13 kwietnia 1973 r., III KR 32/73, OSNKW 1973, Nr 11, poz. 143). W rozpatrywanym przypadku oskarżony nie tylko posiadał przedmiotowy pistolet gazowy, ale również zademonstrował możliwość jego użycia, co wystarczało do potraktowania przypisanego mu czynu jako kwalifikowanej postaci rozboju (por. wyrok SA w Krakowie z 30 marca 1995 r., II AKr 59/95, Prok. i Pr. – wkł. 1996, Nr 1, poz. 14).

W świetle niekwestionowanych ustaleń zastrzeżeń nie wzbudzało także dla oddania w pełni kryminalnej zawartości uwzględnienie w kwalifikacji prawnej przypisanego oskarżonemu rozboju, podobnie jak i ciągu ośmiu kradzieży z włamaniem, art. 64 § 1 kk i art. 65 § 1 kk.

Do zaakceptowania były również efekty zastosowania przez Sąd I instancji reguły prawa intertemporalnego wyrażonej w art. 4 § 1 kk.

Zgodzić należało się jednak z apelującym prokuratorem, iż niezasadnie pominiętym został w kwalifikacji prawnej przypisanego oskarżonemu rozboju przepis art. 157 § 2 kk, na zrealizowanie którego znamion wskazywały tak poczynione ustalenia faktyczne, jak i opis tego czynu. Podkreślenia wymaga, iż nie było kwestionowanym, że oskarżony, choć nie ustalono, iż to on konkretnie swoim zachowaniem spowodował obrażenia ciała u pokrzywdzonego M. skutkujące rozstrojem zdrowia do 7 dni, jako osoba współdziałająca z innymi osobami w charakterze współsprawcy zdawała sobie sprawę, że dla dokonania zaplanowanej kradzieży zegarków koniecznym będzie poradzenie sobie z ochraniającymi obiekt mężczyznami. W pełni zatem musiał akceptować obrany po temu sposób działania, następstwem którego były również zdiagnozowane obrażenia ciała u w/w pokrzywdzonego. Istniały zatem podstawy do przypisania oskarżonemu skutku w postaci stwierdzonego u J. M. uszczerbku na zdrowiu jako przejawu wspólnego działania mającego cechy współsprawstwa (zob. wyrok. SA w Gdańsku z dnia 29 grudnia 1994 r., II AKr 432/95, Prok. i Pr. 1995/9/21).

Oznaczało to, iż przypisany oskarżonemu rozbój należało kwalifikować kumulatywnie w rozumieniu art. 11 § 2 kk z uwzględnieniem art. 157 § 2 kk. W takiej sytuacji o terminie przedawnienia czynu decydowało zagrożenie ustawowe wynikające z przepisu przewidującego karę najsurowszą, a to zgodnie z art. 11 § 3 kk. In concreto owo zagrożenie



musiał zatem wyznaczać przepis art. 280 § 2 kk, skoro za tego rodzaju zbrodnię grozi kara od 3 do 15 lat pozbawienia wolności, a czyn stypizowany w art. 157 § 2 kk zagrożony jest alternatywnie karą grzywny, karą ograniczenia wolności oraz karą pozbawienia wolności do 2 lat.

Tymczasem Sąd Okręgowy zdawał się nie rozumieć instytucji przedawnienia, która odnosi się do czynu jako pewnej całości, nigdy zaś do jego kwalifikacji prawnej, w szczególności jednego z jej elementów. Niezależnie od tego, ile przepisów ustawy karnej tworzy kumulatywną kwalifikację czynu będącego przedmiotem postępowania, to jako ten sam czyn może on stanowić tylko jedno przestępstwo (art. 11 § 1 kk). Skoro tak, to termin przedawnienia karalności odnosi się do przestępstwa w jego integralnej całości, mimo że różne są terminy przedawnienia poszczególnych typów przestępstw, które obejmuje kumulatywna kwalifikacja. Przedmiotem przedawnienia jest czyn, a nie kwalifikacja prawna (zob. postanowienie SN z dnia 30 października 2014 r., I KZP 19/14, Biul SN rok 2014 Nr 10; postanowienie SN z dnia 22 marca 2016 r., V KK 345/15, Legalis; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 19 lutego 2015 r., II AKa 13/15, Legalis; wyrok SA w Katowicach z dnia 24 maja 2013 r., II AKa 563/12, KZS 2013, Nr 10, poz. 70).

Kiedy zaś weźmie się pod uwagę, iż określony w art. 101 kk termin przedawnienia właściwy dla zbrodni rozboju wynosi 20 lat, nie może być mowy o przedawnieniu czynu kwalifikowanego z uwzględnieniem art. 280 § 2 kk, a popełnionego niewiele ponad 17 lat temu, nawet jeśli winien być on traktowany jako realizujący również znamiona występku z art. 157 § 2 kk, w przypadku którego termin przedawnienia określony w art. 101 kk wynosił 5 lat, a przedłużony o kolejne 5 lat zgodnie z art. 102 kk w jego brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r. niewątpliwie ładnych kilka lat temu upłynął.

Stąd w następstwie podzielenia podniesionego w apelacji oskarżyciela publicznego zarzutu obrazy prawa materialnego konieczną okazała się zmiana zaskarżonego wyroku polegająca na zakwalifikowaniu przypisanego oskarżonemu w pkt III czynu jako zbrodni z art. 280 § 2 kk i art. 157 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 65 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk. Wbrew oczekiwaniu wskazanego skarżącego nie można było na tego rodzaju korekcie poprzestać. Przyjęcie kwalifikacji kumulatywnej wymusiło bowiem również modyfikację podstawy wymiaru kary pozbawienia wolności poprzez jej uzupełnienie o art. 11 § 3 kk.

Dodać jeszcze trzeba, iż już tylko wniosek apelacji prokuratora domagającego się zakwalifikowania zbrodni z pkt III z uwzględnieniem art. 157 § 2 kk dowodził złożenia przez tegoż uczestnika postępowania w sposób dorozumiany oświadczenia, o którym mowa w art. 60 § 1 kk, a było ono koniecznym, by w kwalifikacji prawnej tego czynu przypisanego oskarżonemu uwzględnić wspomniany przepis, który in concreto penalizował zachowanie stanowiące czyn ścigany z oskarżenia prywatnego (zob. art. 157 § 4 kk oraz zob. T. Grzegorzczak, Komentarz do art. 60 kpk, LEX, teza 3 oraz Jan Grajewski, Komentarz do art. 60 kpk, LEX, tezy 9 i 10), a którego to przepisu nie obejmowała kwalifikacja prawna czynu zarzucanego oskarżonemu w pkt 10 aktu oskarżenia.

Kiedy niezmienionymi zostały ustalenia faktyczne stanowiące podstawę przypisania oskarżonemu zbrodni rozboju nie było powodów do łagodzenia wymierzonych oskarżonemu za ten czyn kary pozbawienia wolności i kary grzywny, a nie mogły one w żadnym razie uchodzić za rażąco niewspółmiernie surowe. Kara 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności ukształtowana została przeciwko blisko dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a z uwagi na popełnienie czynu w warunkach art. 65 § 1 kk musiała zostać wymierzona w rozmiarze co najmniej 3 lat i 1 miesiąca. Nie można przy tym zapominać o szeregu okolicznościach obciążających oskarżonego, jak popełnienie czynu nie tylko w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, ale również uczynienie sobie z przestępstwa stałego źródła dochodu, nie wspominając działania w warunkach recydywy specjalnej niewiele ponad 3 lata po odbyciu kary pozbawienia wolności orzeczonej w innej sprawie. Upływ czasu od popełnienia przestępstwa, jak też zaistniałe w tym okresie zmiany w życiu oskarżonego, podobnie postawa w toku postępowania, nie mogły przemawiać za jego łagodniejszym potraktowaniem. Przecież, jak wykazało postępowanie dowodowe, nie był w pełni szczery i chciał pomniejszyć swoją odpowiedzialność. Również wymierzona grzywna w ilości 80 stawek dziennych do wygórowanych nie należy. Wysokość jednej stawki dziennej bliska przeciwko także minimalnej uwzględnia z kolei możliwości płatnicze oskarżonego określone z uwzględnieniem kryteriów wskazanych w art. 33 § 3 kk.

Nie do podważenia była również kara za występki z art. 263 § 2 kk. Wymierzoną została bowiem oskarżonemu w dolnej granicy ustawowego zagrożenia.

Nie podzielił ponadto Sąd odwoławczy podniesionego w apelacji obrońcy zarzutu rażącej niewspółmierności kary wymierzonej oskarżonemu za ciąg kradzieży z włamaniem, co do których to czynów rozstrzygnięcie o winie nie było kwestionowanym, a w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, w tym wyjaśnień oskarżonego, nie mogło wzbudzać najmniejszych wątpliwości, nawet jeśli w większości przypadków rola M. K. (1) sprowadza się miała do stania na tzw. czujce. Do przyjęcia współsprawstwa nie jest bowiem konieczne, aby każda z osób działających w porozumieniu realizowała niejako własnoręcznie znamię czynu zabronionego, zwane w teorii prawa czynnością czasownikową, lecz wystarcza, że osoba taka – dążąc do realizacji zaplanowanego wspólnie czynu – działa w ramach uzgodnionego podziału ról, ułatwiając co najmniej bezpośredniemu sprawcy wykonanie wspólnie zamierzonego celu (zob. wyrok SN z 19 czerwca 1978 r., I KR 120/78, OSNKW 1978, z. 10, poz. 110; wyrok SN z 26 kwietnia 1984 r., III KR 322/83, OSNKW 1984, z. 11–12, poz. 117). Stąd współudział nie musi polegać na podejmowaniu czynności czasownikowej, będącej realizacją istniejącego między współsprawcami porozumienia (...), również osobnik, który zgodnie z przyjętym podziałem ról stoi na czatach, może być uznany za współsprawcę (...), a nie tylko za pomocnika (zob. wyrok SN z 12 lipca 1979 r., II KR 189/79, OSNPG 1980, Nr 1, poz. 1). Stąd o działaniu wspólnym mówimy nie tylko wtedy, gdy każda ze współdziałających osób realizuje część znamion składających się na opis czynu zabronionego, a suma ich zachowań stanowi realizację znamion określonego typu czynu zabronionego, ale także wtedy, gdy współdziałający nie realizuje żadnego znamienia czasownikowego popełnianego wspólnie czynu zabronionego, ale wykonywana przez niego czynność ma istotne znaczenie dla popełnienia tego czynu (zob. wyrok SA w Łodzi z 23 listopada 2000 r., II AKa 169/00, Prok. i Pr.-wkł. 2001, Nr 6, poz. 13; wyrok SA w Białymstoku z 4 lutego 2013 r., II AKa 246/12, Legalis).

Wymierzona oskarżonemu zgodnie z art. 65 § 1 kk powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia kara 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności za osiem czynów, z których każdy z osobna był zagrożony karą od 1 roku do 10 lat pozbawienia wolności, nie może w konkretnych okolicznościach sprawy uchodzić za rażąco surową, a więc taką, że na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, że zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd I instancji, a karą jaką należałoby wymierzyć w następstwie prawidłowego zastosowania dyrektyw wymiaru kary określonych w art. 53 kk oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo SN (zob. wyrok SN z 14 listopada 1973 r., III KR 254/73, OSNPG 1974, Nr 3 poz. 51 i aprobatę tego stanowiska: M. Cieślak, Z. Doda, Przegląd orzecznictwa, Pał. 1975, z. 3, s. 64). Wysokość wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności nie przekracza stopnia jego winy oraz przystaje do stopnia społecznej szkodliwości przypisanych mu czynów, determinowanych przecież nie tylko rodzajem i wagą naruszonych dóbr prawnych, rozmiarem wyrządzonej szkody, motywacją sprawcy i postacią jego zamiaru, ale również wysoce karygodnym sposobem i okolicznościami popełnienia przypisanych kradzieży z włamaniem, a to właśnie w związku z działaniem we współsprawstwie w zorganizowanej grupie przestępczej i uczynieniem sobie z przestępstw stałego źródła dochodu. Trudno usprawiedliwiać oskarżonego tym, że w ramach podziału ról jego zaangażowanie z perspektywy postronnego obserwatora w większości przypadków ograniczało się do stania na tzw. czujce, gdy właśnie taki sposób jego działania obliczony był każdorazowo wedle zamiaru współdziałających ze sobą na skuteczność w realizacji obranego przez te osoby przestępczego celu. Zatem udział oskarżonego w przestępstwach nie był przypadkowy, lecz z góry zaplanowany, co zdaje się skarżący dostrzegać powołując się na dotyczące tej kwestii wypowiedzi P. G.. Rzeczywiście nie był on ich organizatorem, jak i osobą odpowiedzialną za planowanie i przygotowanie się do ich popełnienia. W grupie przestępczej P. G. nie pełnił też istotnej roli, był najzwyczajniej wykonawcą poleceń osób kierujących tym organizmem. Nie miał jednak najmniejszych oporów, żeby dołączyć do współdziałających mężczyzn zawsze wtedy, kiedy jego zaangażowanie było potrzebnym do zrealizowania przestępczych zamiarów. Nie tłumaczyło go z tego ówczesne odurzanie się alkoholem i narkotykami. Nie sposób więc wywodzić, aby udział M. K. (1) w grupie i popełnianych przez nią przestępstwach, nawet jeśli przez kierownictwo miał być on traktowany jako tzw. niestały członek grupy, mógł być uważany za znikomy, czy marginalny. Czas, przez który się w ten sposób udzielał, jakkolwiek rzeczywiście niezbyt długi, wynikał też przecież z okoliczności od M. K. (1) niezależnej, a mianowicie z zatrzymania, tymczasowego aresztowania, a następnie odbywania kary pozbawienia

wolności orzeczonej w związku z przestępstwem popełnionym początkiem lipca 2000 r. w K. na terenie (...). Sąd Okręgowy miał zaś w polu widzenia postawę oskarżonego, jak też jego zachowanie po popełnieniu przestępstw na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat i okoliczności z tym związane niewątpliwie poczytał mu na jego korzyść. Dla Sądu I instancji nie budziło wątpliwości, iż oskarżony zrozumiał popełnione błędy młodości i po opuszczeniu zakładu karnego w 2005 r. zerwał z przestępczą przeszłością. Nie mogło to jednak oznaczać aż tak łagodnego potraktowania, jakiego spodziewał się skarżący. W tym kontekście nie można zapominać, że oskarżony przez lata unikał odpowiedzialności i dopiero stosowna procedura (tzw. uproszczona ekstradycja, w ramach której nie korzystał z tzw. zasady specjalności wyrażonej w art. 596 kpk, ponieważ państwo wydające wyraziło zgodę na objęcie postępowaniem oraz pozbawienie wolności także za inne przestępstwo niż to, w związku z którym nastąpiło wydanie, popełnione przed dniem wydania) spowodowała, iż przymusowo znalazł się z powrotem na terytorium RP. Przesadą było jednak twierdzić, iż wyjaśnienia oskarżonego przyczyniły się do rozpoznania działalności grupy przestępczej P. G.. Wypowiadał się przecież tylko o przestępstwach, w których miał uczestniczyć, o innych wiedzy nie posiadał. W tym czasie już inni ze współdziałających z nim mężczyzn zdążyli też pójść na współpracę z organami ścigania. Poza tym kara ma oddziaływać nie tylko na sprawcę, ale również na społeczeństwo kształtując w nim właściwe postawy. Z tej perspektywy nie do pogodzenia z celami ogólnoprewencyjnymi jest zbyt łagodne traktowanie przestępczości zorganizowanej, choćby osoby w nią zaangażowane do odpowiedzialności pociągniętymi miałyby zostać wiele lat po wycofaniu się z „branży”.

Wskazane wyżej okoliczności przekonywały również, iż nie do podważenia był wymiar grzywny w ilości 150 stawek dziennych orzeczonej kumulatywnie obok kary pozbawienia wolności na podstawie art. 33 § 2 kk. Co do wysokości stawki dziennej aktualnymi pozostawały natomiast uwagi przedstawione powyżej względem kary grzywny wymierzonej za zbrodnię rozboju.

W konsekwencji, kiedy wszystkie kary jednostkowe, tak co do rodzaju, jak i wymiaru, zyskały akceptację instancji odwoławczej, nie było powodów do ingerencji w rozmiar orzeczonych wobec oskarżonego kar łącznych, kiedy skarżący przede wszystkim oczekiwał ich obniżenia jako konsekwencji złagodzenia kar stanowiących podstawę ich ukształtowania.

Co prawda wyraził też pogląd, iż kara łączna powinna zostać wymierzona na zasadzie absorpcji, a więc w wysokości odpowiadającej najwyższej z łączonych kar, nie mniej nie przedstawił żadnych powodów, dla których tak się stać powinno, a Sąd I instancji niezasadnie sięgnął po zasadę asperacji, w przypadku kary łącznej pozbawienia wolności nawet w postaci zbliżonej do zasady absorpcji. Przypomnieć więc należy, że zasadę absorpcji stosuje się, gdy przestępstwa objęte realnym zbiegiem przestępstw wskazują na bliską więź przedmiotową i podmiotową, są jednorodnej i popełnione zostały w bliskim związku czasowym i miejscowym, stanowiąc jeden zespół zachowań sprawy, objęty jednym planem działania, mimo godzenia w różne dobra osobiste (zob. wyrok SA w Szczecinie z 7 marca 2013 r., II AKa 1/13. LEX nr 1293731). Ma więc ona zastosowanie, gdy związek podmiotowo-przedmiotowy zbiegających się przestępstw jest tak ścisły, że upodabnia je do jednego przestępstwa jak w przypadku pomijalnego zbiegu przestępstw lub ciągu przestępstw, gdy nie potrzeba podwyższać progu represji karnej (zob. wyrok SA w Krakowie z 20 września 2012 r., II AKa 168/12, KZS 2012/10/39). Niewątpliwie tak ścisłe relacje pomiędzy zbiegającymi się przestępstwami popełnionymi przez oskarżonego nie zachodziły.

Z urzędu przez Sąd odwoławczy dostrzeżone zostało jednak, że Sąd Okręgowy orzekając kary łączne łączące jednostkowe kary pozbawienia wolności oraz jednostkowe kary grzywny wymierzone oskarżonemu za zbiegające się przestępstwa i ciąg przestępstw w podstawie ich wymiaru błędnie powołał art. 85 § 1 kk, czym obraził art. 413 § 2 pkt 2 kpk i miało to wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Po pierwsze dlatego, że stosując zgodnie z regułą intertemporalną z art. 4 § 1 1 kk stan prawny wcześniejszy względem tego obowiązującego od 1 lipca 2015 r. powołał przepis w brzmieniu obowiązującym od tej daty. Dopiero bowiem od tego dnia w art. 85 kk wyodrębnione zostały jednostki redakcyjne w postaci kolejnych paragrafów. Po wtóre i przede wszystkim jednak dlatego, iż podstawą wymiaru kary łącznej orzekanej z połączenia kar wymierzonych za przestępstwa i ciąg przestępstw, winien być art. 91 § 2 kk, a nie art. 85 kk. Oczywiście jest, że skoro art. 85 kk określa zasady orzekania kary łącznej w przypadku, gdy sprawca popełnił przypisane mu przestępstwa w ich realnym zbiegu, a art. 91 § 2 kk dotyczy sytuacji, w której sprawca popełnił w warunkach określonych w art. 85 kk dwa lub więcej ciągów przestępstw określonych w § 1 art. 91 kk lub ciąg przestępstw oraz

inne przestępstwo, to powołanie w podstawie prawnej wymiaru kary łącznej art. 85 kk jest wadliwe. W takiej sytuacji, podstawą prawną wymiaru kary łącznej winien być art. 91 § 2 kk i ten przepis należy powoływać, konstruując wyrok (zob. wyrok SA w Katowicach z 18 lipca 2002 r., II AKa 249/02, Prok. i Pr.-wkl. 2003 Nr 5 poz. 18).

Obrońca skutecznie natomiast zakwestionował rozstrzygnięcie oparte o art. 46 § 1 kk. Wedle Sądu Okręgowego orzeczenie wobec oskarżonego obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przypisanym rozbojem miało być obligatoryjne w związku z wnioskiem pełnomocnika (...) S.A. złożonym w terminie określonym w art. 49a kpk (w piśmie z dnia 24 grudnia 2014 r. - k. 1392), przy przyjęciu, że wskazane towarzystwo ubezpieczeń rzeczywiście było następcą prawnym (...) S.A. ubezpieczającego w 2000 r. mienie okradzonego sklepu firmy (...), na co wskazywały zeznania B. J. i P. Ż..

Tymczasem zgodzić należy się z apelującym, że w żadnym razie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dawał podstaw do stwierdzenia owego następstwa prawnego, a bez tego złożony wniosek z art. 46 § 1 kk musiał uchodzić za procesowo bezskuteczny.

Zgłaszający się do sprawy pełnomocnik (...) S.A. pozostał gołosłownym w tego rodzaju twierdzeniu. Niczym go nie poparł. Natomiast z czasem do akt sprawy dołączony został odpis pełny z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczący (...) S.A. (m.in. k. 89-94 akt z odezwy o przesłuchanie świadka o sygn. VII Ko 14/16), z którego wynika, iż nie doszło do połączenia z tym podmiotem (...). Innych okoliczności wskazujących na następstwo prawne domyślać się nie można i powinny zostać wykazane, w szczególności, że wcale nie musiało chodzić o następstwo prawne pod tzw. tytułem ogólnym, a więc z przejściem ogółu praw majątkowych dotychczasowego podmiotu na jego następcę. Inaczej rzecz ujmując, prawa i obowiązki z umowy ubezpieczenia zawartej z (...) przez firmę (...) mogły więc np. nie być przedmiotem cesji na rzecz (...) S.A. Następstwo prawne na pewno nie mogło wynikać z nabycia akcji (...) S.A. przez (...) S.A. stanowiących cały kapitał zakładowy. W dalszym ciągu mieliśmy przecież do czynienia z odrębnymi podmiotami prawa. Stąd jedynie sposób zadysponowania majątkiem (...) mógł wskazywać na następstwo prawne (...) S.A..

Sąd Apelacyjny podjął starania, by tę kwestię na etapie postępowania odwoławczego wyjaśnić. Ze względu na bierność (...) S.A. okazało się to nie być możliwe. Na tej podstawie należało zatem przyjąć, że (...) S.A. nie było następcą prawnym (...) w zakresie praw i obowiązków wynikających z rzeczowej umowy ubezpieczenia. Jeśli tak, nie mogło być beneficjentem rozstrzygnięcia opartego o art. 46 § 1 kk jako podmiot nie posiadający statusu pokrzywdzonego w rozumieniu art. 49 § 3 kk.

Natomiast ze względu na uregulowanie art. 46 § 1 kk w brzmieniu obowiązującym do 7 czerwca 2010 r., ewidentnie względniejsze dla oskarżonego od późniejszych wersji tego przepisu, bowiem orzeczenie obowiązku naprawienia szkody uzależniało od wniosku pokrzywdzonego lub prokuratora, który w niniejszej sprawie złożony być musiał do zamknięcia przewodu sądowego (por. art. 27 i 36 pkt 3 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw), a takowego brak, oczywistym było, że w grę nie wchodziło w ogóle rozważanie uczynienia (...) beneficjentem orzeczenia z pkt VI, co wymagałoby wcześniejszego ustalenia, że podmiot ten jeszcze formalnie istnieje.

Stąd już tylko z tego względu, a bez potrzeby dociekania, czy i w jakim zakresie (...) naprawiło szkodę firmie (...), względnie obowiązyane było do tego na podstawie umowy ubezpieczenia, rozstrzygnięcie z pkt VI należało uchylić w ramach korekty zaskarżonego wyroku jako dotknięte obrazą art. 46 § 1 kk.

Nie dostrzegając natomiast innych uchybień, niż te, które doprowadziło do zmiany zaskarżonego wyroku, w szczególności tych podlegających uwzględnieniu niezależnie od kierunku i granic zaskarżenia orzeczenia, Sąd odwoławczy w pozostałej części utrzymał go w mocy.

Zasądzając koszty obrony z urzędu w postępowaniu odwoławczym, wobec ich nieopłacenia przez oskarżonego i złożenia stosownego wniosku przez obrońcę wyznaczonego w trybie art. 84 § 2 kpk, Sąd odwoławczy kierował się uregulowaniami art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze oraz przepisami rozporządzenia

Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (Dz.U. z 2016 r. poz. 1715) . W konsekwencji objęły one opłatę w wysokości należnej za obronę przed sądem apelacyjnym podwyższoną o stawkę podatku VAT obowiązującą w dacie orzekania.

Zmiana zaskarżonego wyroku czy to w uwzględnieniu apelacji oskarżyciela publicznego, czy też częściowo apelacji obrońcy, zgodnie z art. 627 kpk w zw. z art. 634 kpk i art. 635 kpk skutkować musiała też obciążeniem oskarżonego kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze, tj. wydatkami obejmującymi również przyznane nieopłacone koszty pomocy prawnej udzielonej z urzędu w postępowaniu odwoławczym oraz opłatą w wysokości należnej za pierwszą instancję. Tym samym nie podzielił Sąd odwoławczy wniosku obrońcy, który oczekiwał zwolnienia oskarżonego od ponoszenia tych kosztów po myśli art. 624 § 1 kpk. Nie zostało wykazaniem, by ze względu na sytuację finansową i perspektywę izolacji wyłożenie przez oskarżonego kwoty niewiele wyższej od 2.000 złotych było rzeczywiście zbyt uciążliwe dla niego. Pamiętać trzeba, iż na skutek zmiany zaskarżonego wyroku co do pkt VI oskarżony uwolniony został od zapłaty na rzecz (...) S.A. kwoty przeszło 100.000 złotych.

SSO del. Marcin Schoenborn SSA Beata Basiura SSA Grzegorz Wątroba