

Sygn. akt : II AKa 7/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 marca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Bożena Brewczyńska (spr.)
Sędziowie	SSA Marek Charuza SSA Michał Marzec
Protokolant	Oktawian Mikołajczyk

przy udziale **Prokuratora Prok. Okręg. del. Wandy Ostrowskiej**

po rozpoznaniu w dniu 7 marca 2013 r. sprawy

1. **A. S. (1)**, s. R. i M., ur. (...) w B.,

oskarżonego z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 280 § 2 kk;

2. **A. S. (2)**, s. P. i A., ur. (...) w B.,

oskarżonego art. 18 § 2 kk w zw. z art. 280 § 2 kk i art. 18 § 3 kk w zw. z art. 280 § 2 kk

na skutek apelacji obrońców

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 11 października 2012 r., sygn. akt IV K 103/12

1. zmienia zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego A. S. (2) w ten sposób, że przyjmuje, iż czyny przypisane mu w pkt 3 i 4 wyroku stanowią jedno przestępstwo wyczerpujące znamiona czynu z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 280 § 1 kk oraz z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 280 § 1 kk i w zw. z art. 11 § 2 kk i za to na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 280 § 1 kk oraz 11 § 3 kk przy zastosowaniu art. 60 § 2 kk i art. 60 § 6 pkt 3 kk skazuje go na karę 1 (jednego) roku i 9 (dziewięciu) miesięcy pozbawienia wolności, na poczet której na mocy art. 63 § 1 kk zalicza okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 20 kwietnia 2012 roku do dnia 21 kwietnia 2012 roku;

2. uchyla orzeczenie zawarte w pkt 5 wyroku;

3. zmienia zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego A. S. (1) w ten sposób, że orzeczoną karę łagodzi do 1 (jednego) roku pozbawienia wolności, na poczet której zalicza oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 3 kwietnia 2012 roku do dnia 12 listopada 2012 roku;

4. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

5. zasądza od Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Gliwicach) na rzecz adwokata R. R.– Kancelaria Adwokacka w R., kwotę 738 zł (siedemset trzydzieści osiem złotych), w tym 23 % podatku VAT, z tytułu obrony z urzędu udzielonej oskarżonemu A. S. (1) w postępowaniu odwoławczym;

6. zwalnia oskarżonych A. S. (1) i A. S. (2) od ponoszenia kosztów sądowych postępowania odwoławczego, obciążając nimi Skarb Państwa.

II AKa 7/ 13

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 11 października 2012 roku uznał oskarżonych A. M. i A. S. (1) za winnych tego, że w nocy z 27 na 28 marca 2012r w R. działając wspólnie i w porozumieniu, posługując się innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem w postaci metalowego łomu, po uprzednim użyciu przemocy w postaci uderzenia metalowym łodem, kneblowania, obwiązywania szyi taśmą, przewrócenia na podłogę, usiłowali doprowadzić pokrzywdzonego K. L. do stanu bezbronności, a następnie zabrać w celu przywłaszczenia pieniądze z automatów do gier o nieustalonej wartości znajdujące się w lokalu w R. przy ulicy (...), na szkodę C. B., jednak zamierzonego celu nie osiągnęli ze względu na opór stawiany przez pokrzywdzonego K. L., czym wyczerpali znamiona czynu z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 280 § 2 kk i za to na zasadzie art. 280 § 2 kk w zw. z art. 14 § 1 kk przy zastosowaniu art. 60 § 2 pkt 1 i 2 kk i art. 60 § 6 pkt . 2 kk skazał ich na kary po 2 lata pozbawienia wolności .

Tym samym wyrokiem uznał też oskarżonego A. S. (2) za winnego tego, że w pierwszym kwartale 2012r w B. chcąc, żeby A. M. dokonał czynu zabronionego w postaci rozboju nakłonił go do tego, czym wyczerpał znamiona przestępstwa z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 280 § 2 kk i za to na podstawie przepisu art. 19 § 1 kk przy zastosowaniu art. 60 § 2 pkt 1 i 2 kk i art. 60 § 6 pkt . 2 kk skazał go na karę 2 lata pozbawienia wolności, nadto oskarżonego tego uznał za winnego także tego, że w marcu 2012r w B. poprzez udzielenie rad i informacji dotyczących sposobu realizacji przedsięwzięcia oraz wyznaczeniu ról dla poszczególnych wykonawców, pomógł A. M. i A. S. (1) w usiłowaniu dokonania rozboju przy użyciu niebezpiecznego narzędzia w dniu 27 marca 2012r w R. na osobie K. L., czym wyczerpał znamiona czynu z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 280 § 2 kk i za to na podstawie przepisu art. 19 § 1 i 2 kk przy zastosowaniu art. 60 § 2 pkt 1 i 2 kk i art. 60 § 6 pkt . 2 kk skazał go na karę 2 lata pozbawienia wolności. Jako karę łączną orzekł w stosunku do oskarżonego A. S. (2) karę 2 lat pozbawienia wolności.

Wszystkim oskarżonym na poczet orzeczonych kar zaliczył okresy rzeczywistego pozbawienia wolności, nadto rozstrzygnął o przepadku dowodów rzeczowych i kosztach sądowych zwalniając oskarżonych od ich ponoszenia. Z uwagi na fakt, że oskarżeni korzystali z pomocy obrońców z urzędu zasądził od Skarbu Państwa na rzecz obrońców zwrot kosztów udzielonej obrony.

Apelację od tego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonych A. S. (1) i A. S. (2).

Obrońca oskarżonego A. S. (1) wyrok zaskarżył w całości i zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych polegający na tym, że sąd ustalił iż oskarżony posługiwał się metalowym łodem wspólnie i w porozumieniu z A. M. (1), podczas gdy z materiału dowodowego sprawy nie wynika, że oskarżony w jakikolwiek sposób akceptował użycie łomu polegające na uderzeniu nim pokrzywdzonego K. L., co skutkowało przyjęciem błędnej kwalifikacji czynu z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 280 § 2 kk, zamiast z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 280 § 1 kk. Jako zarzut drugi, obrońca podniósł zarzut rażącej niewspółmierności kary polegający na orzeczeniu kary dwóch lat pozbawienia wolności w sytuacji gdy kara ta jest nieproporcjonalna do stopnia zawinienia i nie odzwierciedla wszystkich dyrektyw kary z art. 53 i 54 kk, a w szczególności nie zmierza do tego by oskarżonego wychować.

W oparciu o tak postawione zarzuty wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji, względnie o zmianę wyroku poprzez złagodzenie orzeczonej kary pozbawienia wolności i orzeczenie jej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Z kolei obrońca oskarżonego A. S. (2)zaskarżył wyrok jedynie w części dotyczącej orzeczenia o karze, zarzucając jej rażącą niewspółmierność w relacji do celów jakie kara winna spełniać w zakresie prewencji szczególnej i społecznego oddziaływania oraz dyrektyw wymiaru kary wyrażonych w przepisie art. 53 kk. Stawiając powyższy zarzut wniósł o znaczne złagodzenie orzeczonej kary i orzeczenie warunkowego zawieszenia jej wykonania.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego A. S. (1) w zakresie kwestionującym ustalenia faktyczne nie zasługuje na uwzględnienie.

Wbrew wywodom skarżącego, poczynione przez sąd I instancji ustalenia dot. przypisanego oskarżonemu czynu są w pełni trafne.

Zgromadzony materiał dowodowy pozwala na jednoznaczne i nie budzące wątpliwości uznanie, że działanie obu oskarżonych – A. M. i A. S. (1), miało charakter działania wspólnego i w porozumieniu, stąd też trafnie zachowanie ich obu, zakwalifikowane zostało jako zbrodnia rozboju z art. 280 § 2 kk.

Pomimo, że istotnie oskarżeni początkowo nie planowali użycia metalowego łomu w celu obezwładnienia pokrzywdzonego K. L., to jednak w toku wydarzeń, gdy oskarżony A. M. łomem tym posłużył się, oskarżony A. S. fakt ten w pełni zaakceptował o czym świadczy dalsza sekwencja zdarzeń.

Zauważyć bowiem trzeba, że gdy w wyniku zaciętego oporu ze strony pokrzywdzonego, oskarżony A. S. nie był w stanie go obezwładnić, do pomocy w obezwładnieniu przystąpił A. M. uderzając pokrzywdzonego metalowym łomem, po tym zaś A. S. kontynuował użycie przemocy, usiadł pokrzywdzonemu na biodrach, przytrzymał go za ręce, próbował zakneblować usta. Zrodzona w czasie zdarzenia wspólność działań obu oskarżonych jawi się zatem jako oczywista. Na okoliczność tą dodatkowo przytoczyć można też wyjaśnienia oskarżonego A. S., jakie złożył przed sądem / k. 319 v/, w których stwierdził „nie dawałem sobie rady z pokrzywdzonym, więc A. M. jeden raz uderzył pokrzywdzonego łomem. Po uderzeniu pokrzywdzony upadł na ziemię, ja wsadzałem mu knebel”. Takie postępowanie oskarżonego A. S., który kontynuował atak dowodzi pełnej akceptacji zachowania współoskarżonego A. M..

Poczynione zatem przez sąd I instancji ustalenia faktyczne, jako prawidłowe nie budzą zastrzeżeń, a fakt wspólnego wykonywania przez obu oskarżonych czynu jest oczywisty. Porozumienie pomiędzy współsprawcami może zrodzić się nie tylko przed przystąpieniem do działania, ale także i w trakcie czynu. W rozpoznawanej sprawie, w zakresie użycia niebezpiecznego przedmiotu, do porozumienia między oskarżonymi doszło właśnie w toku wspólnej realizacji przestępczego zachowania.

Tak więc uznanie przez sąd I instancji, że zarówno oskarżony A. S., jak i A. M. dopuścili się usiłowania popełnienia czynu z art. 280 § 2 kk jest prawidłowe.

Przyjęcie jednak takiej samej kwalifikacji prawnej z art. 280 § 2 kk, także i w stosunku do oskarżonego A. S. (2) było błędne.

W sprawie nin. brak jest bowiem jakichkolwiek dowodów świadczących o tym, że oskarżony A. S. (3) podlegał czy nakłaniał współoskarżonych do posłużenia się niebezpiecznym narzędziem jakim jest łom. Wręcz przeciwnie, nakłaniając A. M. do dokonania czynu właśnie na terenie lokalu w R. przy ulicy (...), zwracał on uwagę na to, że pilnujący automatów stróż, jest osobą starszą, słabą, której ewentualny opór łatwo będzie pokonać. Z wyjaśnień A. S., które nie zostały w żaden sposób podważone wynika, „że uważał on, że dziadka wystarczy położyć na ziemię”, „taśma i sznurek zostały natomiast wzięte przez oskarżonych jedynie na wszelki wypadek”. Żaden z dowodów nie

wskazuje natomiast na to by oskarżony A. S. dopuszczał użycie przez współdziałających łomu w innym celu niż w celu otwarcia automatów.

Przypisując oskarżonemu A. S. podżeganie i pomocnictwo do przestępstwa z art. 280 § 2 kk sąd orzekający problemowi kwalifikacji prawnej czynu właśnie z § 2 art. 280 kk nie poświęcił najmniejszej uwagi i nie dostrzegł też, że sporządzony przez prokuratora opis czynu w zakresie zarzutu II aktu oskarżenia wcale nie oznaczał, by oskarżonemu zarzucono rozbój w postaci kwalifikowanej. W opisie czynu mowa jest bowiem wyłącznie o przestępstwie rozboju, bez bliższego określenia jego typu / podstawowego lub kwalifikowanego / .

Podkreślić jednocześnie należy iż oczywistym jest, że zarówno podżegacz, jak i pomocnik odpowiadają za „swoje” przestępstwo, a więc za takie do jakiego podżegli, czy też udzielali pomocy, a nie za przestępstwo popełnione przez wykonującego czyn zabroniony.

Podstawą odpowiedzialności pomocnika / podżegacza na płaszczyźnie przedmiotowej jest zatem ten czyn zabroniony, do popełnienia którego podżegacz nakłaniał lub pomocnik udzielił pomocy, a nie ten czyn, który został przez sprawcę głównego popełniony.

Pomocnik / podżegacz popełnia własne przestępstwo w granicach swojego zamiaru, niezależnie od tego, czy i jakie przestępstwo popełnił sprawca główny. Oznacza to, że pomocnik nie odpowiada za eksces bezpośredniego wykonawcy, nie objęty jego zamiarem (wyrok SN z dnia z dnia 23 sierpnia 2011 r. sygn. VKK 83 / 11 / .

Tak więc, mimo braku zakwestionowania przez obrońcę oskarżonego A. S. nieprawidłowo przyjętej przez sąd I instancji kwalifikacji prawnej czynów z pkt. 3 i 4 wyroku, Sąd Apelacyjny działając z urzędu, poprawił błędną kwalifikację prawną na korzyść oskarżonego.

Potrzeba zmiany zaskarżonego wyroku sięgała jednak jeszcze dalej, a to również i na płaszczyznę oceny jedności lub wielości czynów przypisanych oskarżonemu A. S..

W ocenie Sądu Apelacyjnego zachowania faktyczne oskarżonego, wyczerpujące znamiona podżegania i pomocnictwa do czynu z art. 280 § 1 kk w istocie stanowiły jeden czyn zabroniony w znaczeniu ontologicznym. W wypowiedziach oskarżonego przeplatały się treści będące zarówno nakłanianiem do popełnienia przestępstwa, jak i radą gdzie i na czyją szkodę przestępstwo winno zostać dokonane. Fragmentów tych nie sposób rozdzielić, tak więc przyjęć trzeba, że oskarżony A. S. jednym czynem wyczerpał znamiona dwóch przestępstw, a to podżegania i pomocnictwa, to zaś nakazuje zastosowanie przepisu art. 11 § 1 kk. Przepis ten stanowi, że ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo, które jednak może wyczerpywać znamiona dwóch lub więcej przestępstw. Z tych względów dokonano zmiany przyjętej w stosunku do oskarżonego A. S. kwalifikacji prawnej czynu poprzez uznanie, że przypisane mu zachowania stanowią czyn z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 280 § 1 kk i z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 280 § 1 kk i art. 11 § 2 kk.

Dokonana przez Sąd Apelacyjny zmiana kwalifikacji prawnej czynu z surowszej na łagodniejszą skutkowałą również złagodzeniem orzeczonej kary. Za orzeczeniem kary poniżej ustawowego zagrożenia, podobnie jak przyjął to sąd I instancji, przemawiają takie okoliczności jak młody wiek oskarżonego, przyznanie się do winy, czy wyrażenie skruchy. Z drugiej jednak strony na niekorzyść oskarżonego świadczy jego uprzednia karalność i fakt iż bez jego udziału pozostali oskarżeni, którzy dotychczas nie wchodzili w konflikt z prawem, nie dopuścili by się przestępstwa. Waga i znaczenie okoliczności obciążających stanęły jednak na przeszkodzie orzeczeniu kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Kara taka nie spełniła by swoich represyjno – prewencyjnych i wychowawczych zadań.

Oceniając zaś trafność wymiaru kary orzeczonej w stosunku do oskarżonego A. S., Sąd Apelacyjny doszedł do wniosku, że możliwym i celowym jest złagodzenie orzeczonej wobec tego oskarżonego kary do wysokości 1 roku pozbawienia wolności. Za taką oceną przemawia nie tylko młody wiek oskarżonego, jego dotychczasowa niekaralność, ale też fakt, że do popełnienia przestępstwa został nakłoniony przez współoskarżonego A. M., stosunkowo długo nie chciał się na to zgodzić, a w toku działań przestępczych nie wykazywał szczególnej brutalności, czy agresji. Na korzyść oskarżonego

A. S. świadczy też fakt , że pokrzywdzony przebaczył sprawcom, oraz to , że oskarżony obecnie podjął starania w kierunku uzyskania wykształcenia i pracy zarobkowej , a więc w kierunku zmiany dotychczasowego sposobu życia.

Okoliczności te przemówiły częściowym uwzględnieniem apelacji obrońcy i zmianą zapadłego wyroku.

Udział w postępowaniu odwoławczym obrońcy z urzędu , uzasadnił zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów obrony. Oskarżonych , nie posiadających żadnego majątku zwolniono od ponoszenia kosztów sądowych.