

**Sygn. akt II AKa 241/14**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 lutego 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi, II Wydział Karny, w składzie:

Przewodnicząca:	SSA Izabela Dercz
Sędziowie:	SA Piotr Feliniak (spr.) SO del. Sławomir Lerman
Protokolant:	sekr. sądowy Jadwiga Popiołek

przy udziale K. G., Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Łodzi

po rozpoznaniu w dniu 12 lutego 2015 r.

sprawy

1) **R. B.**

oskarżonego z art. 280 §2 kk

2) **G. K.**

oskarżonego z art. 280 §2 kk w zw. z art.64 §1 kk

na skutek apelacji wniesionych przez obrońców

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt XVIII K 20/14

1) zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, iż:

a) przyjmuje, że oskarżony G. K. chcąc, aby oskarżony R. B. dokonał przypisanego temu oskarżonemu przestępstwa, udzielił mu pomocy do jego popełnienia i że czyn ten wypełnił dyspozycję art. 18 §3 kk w związku z art. 280 §2 kk i art. 64 §1 kk, zaś za podstawę prawną wymiaru kary przyjmuje art. 19 §1 kk w związku z art. 280 §2 kk,

b) obniża karę orzeczoną wobec oskarżonego R. B. do 3 (trzech) lat pozbawienia wolności i na podstawie art. 62 kk orzeka terapeutyczny system jej wykonania;

2) utrzymuje w mocy wyrok w pozostałej zaskarżonej części;

3) zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. E. C. – Kancelaria Adwokacka w Ł., kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu G. K. z urzędu w postępowaniu odwoławczym;

4) zwalnia oskarżonych od kosztów sądowych za drugą instancję.

II AKa 241/14

## UZASADNIENIE

Oskarżonego R. B. oraz G. K. oskarżono o to, że w dniu 15 marca 2013 roku około godz. 13.15 w S., woj. (...), przy ul. (...), działając w zamiarze bezpośrednim, wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, w celu uzyskania korzyści majątkowej, w ten sposób, że grożąc pokrzywdzonej nożem, a nadto używając przemocy w postaci przewrócenia jej na ziemię i ciągnięcia za włosy oraz krępując ręce i usta pokrzywdzonej taśmą klejącą, dokonali zaboru w celu przywłaszczenia złotych obrączek, pierścionka z Kameą, sygnetu męskiego z kamieniem ozdobnym, złotej bransoletki o szerokości około 1 cm, sygnetu z aleksandrytem, uszkodzonego pierścionka z koralem i innej złotej biżuterii, a nadto pieniędzy w kwocie 80 złotych, wszystko o łącznej wartości 11 080 złotych na szkodę J. W., przy czym G. K. czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6-ciu miesięcy pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne tj. o czyn z art. 280 §2 kk, zaś wobec G. K. o czyn z art. 280 §2 kk w zw. z art. 64 §1 kk.

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi, z dnia 15 kwietnia 2014 roku, w sprawie sygn. akt XVIII K 20/14 oskarżonych R. B. i G. K. uznano za winnych tego, że dnia 15 marca 2013 roku w S. działając wspólnie i w porozumieniu, posługując się nożem i używając przemocy polegającej na przewróceniu J. W., ciągnięciu jej za włosy, skrupowaniu rąk i zakryciu ust taśmą klejącą oraz grożąc pozbawieniem jej życia dokonali zaboru w celu przywłaszczenia dwóch złotych obrączek, plecionego pierścionka złotego, złotego pierścionka z kameą, złotego sygnetu męskiego z aleksandrytem, złotego sygnetu z ametystem, złotej bransoletki o szerokości około 1 cm, uszkodzonego złotego pierścionka z koralem, złotego łańcuszka, a nadto pieniędzy w kwocie 80 złotych, tj. mienia o łącznej wartości około 11080 złotych na szkodę pokrzywdzonej, przy czym G. K. czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6-ciu miesięcy pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne, czym R. B. wyczerpał dyspozycję art. 280 §2 kk, a G. K. art. 280 §2 kk w zw. z art. 64 §1 kk i za to na podstawie art. 280 §2 kk wymierzono im kary po 5 lat pozbawienia wolności.

Na poczet kar zaliczono oskarżonym okresy tymczasowego aresztowania. Rozstrzygnięto o kosztach obrony z urzędu i zwolniono oskarżonych od kosztów sądowych (wyrok k. 989-991).

Apelacje od powyższego wyroku złożyli obrońcy oskarżonych.

Obrońca oskarżonego G. K. na zasadzie art 425 §1 i 2 kpk i 444 kpk zaskarżył powyższy wyrok w całości na korzyść oskarżonego. Na zasadzie art. 438 pkt. 2 i 3 kpk wyrokowi temu zarzucił:

- obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 4 kpk, art. 7 kpk oraz art. 410 i 424 §1 kpk poprzez dokonanie ustaleń na podstawie dowolnej, wybiórczej oceny materiału dowodowego analizowanego bez wzajemnego powiązania zależności z pominięciem zasad logicznego rozumowania i wbrew zasadom wiedzy i doświadczenia życiowego, a nadto oparcie ustaleń faktycznych wyłącznie na wyjaśnieniach oskarżonego R. B. z postępowania przygotowawczego oraz bezzasadną odmowę wiarygodności wyjaśnieniom tego oskarżonego z rozprawy – bez należytego uzasadnienia takiego stanowiska,
- bezzasadnej odmowie wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego G. K. złożonym w toku całego postępowania w sytuacji, gdy są one zbieżne z wyjaśnieniami osk. R. B. z rozprawy, a w konsekwencji
- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, który mógł mieć wpływ na jego treść polegający na uznaniu winy i sprawstwa oskarżonego G. K. w zarzucanym mu akcie oskarżenia czynne.

Na zasadzie art. 427 §1 kpk wniósł, aby sąd odwoławczy działając na podstawie art. 437 §1 i 2 kpk zmienił zaskarżony wyrok, orzekł odmiennie co do istoty sprawy i uniewinnił oskarżonego G. K. od zarzucanego mu czynu, ewentualnie uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę sądowi I instancji do ponownego rozpoznania (apelacja k. 1053-1055).

Obrońca oskarżonego R. B. na zasadzie art. 444 kpk w zw. z art. 425 §3 kpk zaskarżył wyrok w całości i zarzucił:

1. na zasadzie art. 427 §2 kpk w zw. z art. 438 pkt 2 kpk obrazę przepisu postępowania, a to art. 201 kpk, która miała wpływ na treść orzeczenia, a to poprzez oddalenie wniosku dowodowego obrony w przedmiocie badania oskarżonego R. B. przez dwóch biegłych psychiatrów z Kliniki (...) Wojskowego Instytutu Medycznego (...) Szpitala (...) w W., podczas gdy przeprowadzenie przedmiotowego dowodu pozwoliłoby na ustalenie okoliczności o istotnym znaczeniu dla sprawy, w szczególności tego, że oskarżony jako kombatant (...), dotknięty jest syndromem PTSD, co ma istotne znaczenie w zakresie ustaleń w przedmiocie jego winy i orzeczonej kary, a nadto wyeliminowałoby niespójności i luki istniejące we wcześniej wydanej opinii o stanie psychicznym oskarżonego;

2. na zasadzie art. 427 §2 kpk w zw. z art. 438 pkt 1 kpk obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 60 §3 kk i art. 60 §2 pkt 1 kk, a to poprzez ich nie zastosowanie w stosunku do oskarżonego R. B., podczas gdy to właśnie oskarżony ujawnił wobec organu uprawnionego do ścigania przestępstw, informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa, a to G. K. oraz istotne okoliczności popełnienia czynu, których to informacji urząd prokuratorski w momencie rozpoczęcia przesłuchania oskarżonego R. B. nie posiadał, a nadto pominął fakt, iż pokrzywdzona pojednała się ze sprawcą i mu wybaczyła;

3. na zasadzie art. 427 §2 kpk w zw. z art. 438 pkt 3 kpk błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, że okoliczności związane z osobą oskarżonego, a dotyczące przebiegu jego zawodowej służby wojskowej, w tym w Polskim Kontyngencie Wojskowym w Afganistanie, nie mają znaczenia w przedmiotowej sprawie, nawet w kontekście jego warunków i właściwości osobistych oraz sposobu życia przed popełnieniem zarzucanego mu czynu i zachowania po jego popełnieniu;

4. na zasadzie art. 427 §2 kpk w zw. z art. 438 pkt 4 kpk rażącą niewspółmierność kary pozbawienia wolności orzeczonej w stosunku do oskarżonego R. B., podczas gdy okoliczności dotyczące czynu i osoby sprawcy prawidłowo ustalone w toku postępowania obligowały do indywidualizacji kary i orzeczenia kary w granicach dolnego zagrożenia ustawowego, jeśli nie do zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary i orzeczenia jej wykonania w warunkach terapeutycznych.

Wobec powyższych zarzutów na zasadzie art. 427 §1 kpk wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec oskarżonego R. B. kary pozbawienia wolności z zastosowaniem jej nadzwyczajnego złagodzenia lub kary w granicach dolnego zagrożenia ustawowego – wykonywanej w warunkach terapeutycznych, albo uchylene zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania (apelacja k. 1060-1065).

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Częściowo zasadna okazała się apelacja obrońcy oskarżonego R. B., natomiast apelacja obrońcy oskarżonego G. K. jest apelacją oczywiście bezzasadną. Tym niemniej jej wywiedzenie, zaskarżenie wyroku w całości, spowodowało kontrolę odwoławczą wydanego orzeczenia i jej wynik nakazywał zmianę oceny prawno-karnej przypisanego temu oskarżonemu zachowania.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do apelacji obrońcy oskarżonego R. B.. Jest ona zasadna zwłaszcza w zakresie zarzutu określonego w pkt 4, a opartego na względnej przesłance odwoławczej określonej w art. 438 pkt 4 kpk.

Nie są natomiast zasadne pozostałe sformułowane w niej zarzuty.

Co do pierwszego zarzutu, ma on charakter wręcz bezpodstawny, bowiem w przedmiotowej sprawie w toku postępowania podjęto próbę zbadania stanu zdrowia psychicznego i oceny poczytalności oskarżonego w oparciu o opinię instytutu, o którym pisze w zarzucie skarżący. Jednakże dowodu tego nie można było przeprowadzić, a związane to było z faktem izolacji oskarżonego.

Jednocześnie wbrew twierdzeniom skarżącego, dowód jaki w tym zakresie przeprowadzono i w oparciu, o który dokonano ustaleń co do poczytalności oskarżonego w chwili dokonania przypisanego mu przestępstwa, w postaci opinii psychiatrycznej (k. 444-450 oraz k. 735-746) oraz opinii psychologicznej (k. 747-762) ma charakter pełny i rzetelny i brak jest podstaw do tego, aby uznać, iż dotknięty został wadami, o których mowa w art. 201 kpk, a tylko taka sytuacja umożliwiałaby uwzględnienie zarzutów apelacyjnych.

Postanowienie jakie w tym zakresie wydał Sąd Okręgowy na rozprawie, w dniu 15 kwietnia 2014 roku (k. 985), zostało więc prawidłowo uzasadnione i powołano się na właściwą podstawę prawną.

Podkreślić należy, iż to po stronie obrońcy leżało wykazanie jakie okoliczności przesądzają o mankamentach wydanej opinii (patrz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2013 roku, sygn.. II K 320/12, LEX 1288661). Odwoływanie się w tym zakresie przez skarżącego do notoryjności powszechnej, jest tylko jego hipotezą, nie znalazło wyrazu w realiach przedmiotowej sprawy i nie jest wystarczające do uwzględnienia zarzutu.

Okoliczności, do których odwołuje się skarżący były znane, zostały uwzględnione i ocenione przez biegłych, którzy opiniowali w przedmiotowej sprawie.

Nie zachodziła więc sytuacja, aby można było uznać wydane opinie za niepełne (patrz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 2011 roku, sygn. III KZ 29/11, LEX 869602).

Brak jest także podstaw do uwzględnienia zarzutu sformułowanego w pkt 2. Ma on także charakter oczywistej bezzasadności. Związane jest to z faktem, iż oskarżony w toku postępowania nie zachował się w sposób umożliwiający zastosowanie wobec niego instytucji przewidzianej w art. 60 §3 kk. Jego postawa, zmiana wyjaśnień, jaka nastąpiła w toku postępowania rozpoznawczego, właśnie to uniemożliwiła. Ustalona linia orzecznicza wskazuje, iż sprawcą, który chce skorzystać z nadzwyczajnego złagodzenia kary na mocy art. 60 §3 kk, winien nie tylko ujawnić, wobec organu powołanego do ścigania przestępstw, informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia, ale jest także zobowiązany do podtrzymania przed sądem, w całej rozciągłości, treści wyjaśnień złożonych w postępowaniu przygotowawczym (patrz przykładowo wyrok SA w Krakowie z dnia 3 kwietnia 2014 roku, sygn.. akt II AKa 27/14 KZS 2014/78/67).

Taka sytuacja w przedmiotowej sprawie w toku postępowania pierwszoinstancyjnego nie nastąpiła i nie konwalidowało tej okoliczności oświadczenie oskarżonego złożone w toku rozprawy apelacyjnej (k. 1227).

Zarzut z pkt 3 jest częściowo zasadny, ale należy go wiązać z zarzutem, który podlegał uwzględnieniu w przedmiotowej sprawie, sformułowanym w pkt 4 apelacji.

Rażąca niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu kary zachodzi wtedy, gdy suma zastosowanych kar i środków karnych za przypisane oskarżonemu przestępstwo nie uwzględnia należycie stopnia społecznej szkodliwości czynu oraz nie realizuje w wystarczającej mierze celu kary w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, z jednoczesnym uwzględnieniem celów zapobiegawczych i wychowawczych, jakie kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego (por. na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. : wyr. SN z dnia 10.07.1974 r. OSNKW 1974, z. 11, poz. 213 ; zobacz też wyr. SN z dnia 14.11.1986 r. OSNPG 1987, z. 10, poz. 131 oraz z dnia 30.11.1990 r., OSNKW 1991, z. 7-9, poz. 39). Z uwagi na znaczne przewartościowanie tzw. dyrektyw sądowego wymiaru kary w art. 53 kk w porównaniu z art. 50 kk z 1969 r. dodać należy, iż w każdym przypadku sąd powinien baczyć przede wszystkim na to, aby dolegliwość całokształtu represji nie przekraczała stopnia jego winy, albowiem każda kara nie spełniająca tego ostatniego wymogu uznana będzie za rażąco surową w rozumieniu art. 438 pkt 4 kpk.

Jak czytamy w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14.11.1973 r. (OSNPG 1974, z. 3-4, poz. 51), rażąca niewspółmierność kary, o której mowa w 438 pkt 4 kpk, zachodzić może tylko wówczas, gdyby na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, iż zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez sąd pierwszej instancji a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji rewizyjnej (ob. odwoławczej), w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art.

53 kk oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo Sądu Najwyższego (zob. też aprobujące uwagi M. Cieślaka i Z. Dody, Pal. 1975, nr 3, str. 64).

Na gruncie art. 438 pkt 4 kpk nie chodzi o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać można byłoby – również w potocznym znaczeniu tego słowa – „rażąco” niewspółmierną, to jest niewspółmierną w stopniu nie dającym się wręcz zaakceptować.

W realiach przedmiotowej sprawy niewątpliwie wystąpiła taka sytuacja.

W pierwszej kolejności związana była ona z ustaleniem przez sąd, jako istotnej okoliczności obciążającej, faktu zrealizowania przez sprawcę swoim działaniem znamion rozboju, gdy tymczasem, w świetle powszechnej, aprobowanej przez doktrynę i judykaturę tezy, „okoliczność”, która stanowi znamię czynu zabronionego przez ustawę karną i została już uwzględniona przez ustawodawcę, przy określaniu granic ustawowego zagrożenia (sankcji karnej) nie może być traktowana dodatkowo jako okoliczność wpływająca na wymiar kar w ramach tej właśnie sankcji chyba, że podlega stopniowaniu co do nasilenia lub jakości (przykładowo wyrok SA we Wrocławiu z dnia 17 lipca 2014 roku, w sprawie II AKa 202/14, LEX 1499088 nawiązujący do utrwalonego w tym zakresie poglądu).

Ponadto oskarżony nie zaprzeczył swojemu sprawstwu, ale nawet kwestionowanie innych okoliczności, w tym sprawstwa współoskarżonego, nigdy nie może być traktowane jako okoliczność obciążająca, albowiem jest to ustawowo gwarantowane uprawnienie oskarżonego (patrz wyrok SA we Wrocławiu z dnia 10 kwietnia 2014 roku, sygn.. akt II AKa 85/14, LEX 1455681).

Także w przedmiotowej sprawie niewątpliwie doszło do pojednania pomiędzy oskarżonym, a pokrzywdzoną, co zostało całkowicie pominięte przez sąd I instancji, a co samo w sobie przesądzić może o obniżeniu kary nawet do ustawowego minimum (patrz wyrok SA w Krakowie z dnia 7 listopada 2013 roku, sygn.. akt II Aka 187/13, KZS 2014/1/60).

Nie można także nie dostrzec, iż wymiar takich samych kar wobec obu oskarżonych, narusza zasadę wewnętrznej sprawiedliwości wymiaru kar, jeżeli weźmie się pod uwagę okoliczności obciążające przemawiające na niekorzyść drugiego z oskarżonych, w tym chociażby jego działania w warunkach powrotu do przestępstwa, określonych w art. 64 §1 kk.

Te okoliczności, a więc błędne ustalenie okoliczności obciążających, pominięcie okoliczności łagodzących, uwzględnienie tych, które ujawniły się w toku postępowania odwoławczego (k. 1227-1228) w ocenie Sądu Apelacyjnego przemawiały za orzeczeniem wobec oskarżonego kary w najniższym ustawowym wymiarze i mając na uwadze treść opinii psychiatrycznych i psychologicznej, nakazywały jej wykonanie w systemie terapeutycznym.

Przechodząc do apelacji obrońcy oskarżonego G. K. to, co do zasady apelacja w większości sformułowanych w niej zarzutów jest niezasadna, a ponadto dotknięta jest wadami konstrukcji, które pozwoliły ocenić ją w części nawet jako apelację oczywiście bezzasadną. Dotyczy to przede wszystkim zarzutów obrazy prawa procesowego.

Przypomnieć autorowi apelacji należy więc, że zarzut naruszenia art. 410 kpk może być zasadny jedynie w przypadku gdy sąd opierał się na materiale dowodowym, który w sprawie nie został ujawniony, bądź orzekał w oparciu jedynie o część ujawnionego materiału dowodowego (patrz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2013 roku, sygn. akt IV KK 82/13, LEX 1350322).

Obraza przepisu art. 424 kpk nigdy nie jest naruszeniem prawa procesowego mającym wpływ na treść orzeczenia, bowiem do sporządzenia uzasadnienia dochodzi po wydaniu wyroku (patrz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2013 roku, sygn. akt II AKa 95/13, LEX 1312112).

Obraza art. 4 kpk nie może być podstawą zarzutu apelacyjnego, bowiem formułuje ogólną zasadę procesową, której naruszenie może nastąpić przez obrazę konkretnych przepisów postępowania gwarantujących realizację zasady

obiektywizmu (patrz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2010 roku, sygn. akt III KK 92/10, OSNwSK z 2010 roku, z.1 poz. 775).

Problematyką wskazania jako podstaw apelacyjnych w ramach przesłanki określonej w art. 438 pkt 3 kpk, art. 4 kpk, art. 410 kpk oraz art. 424 kpk zajął się także w sposób analogiczny jak w wyżej cytowanych orzeczeniach Sąd Apelacyjny w Krakowie, wydając w dniu 14 maja 2008 roku wyrok w sprawie II AKa 50/08, opublikowany w KZS z 2008 roku, z. 9, poz. 35.

Należało mieć także na uwadze i to, iż przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną reguły z art. 7 kpk, jeżeli jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, stanowi wyraz rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść jak i na niekorzyść oskarżonego oraz jest zgodne ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a nadto zostało wyczerpująco i logicznie uargumentowane w uzasadnieniu wyroku (patrz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2012 roku, sygn. akt III KK 298/12, LEX 1232292).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, analiza treści zapadłego rozstrzygnięcia w kontekście jego pisemnych motywów, dowodów zgromadzonych w sprawie i ujawnionych w toku postępowania rozpoznawczego wskazuje, iż zaskarżony wyrok, wbrew treści zarzutów zawartych w wywiedzionej skardze apelacyjnej, wszystkie powyższe kryteria spełnia, a więc pozostaje pod ochroną reguły wyrażonej w treści tego przepisu.

Każdy fakt i okoliczności, mające znaczenie w przedmiotowej sprawie, zostały bowiem przez sąd orzekający uwzględnione, ocenione i znalazły odpowiednie odzwierciedlenie w pisemnych motywach zaskarżonego orzeczenia. Ustalenia sądu co do przebiegu zdarzenia znajdują oparcie w przywołanych dowodach, zaś ocena źródeł dowodowych jest kompleksowa i wszechstronna i nie nosi cech dowolności, o których pisze w swojej apelacji obrońca oskarżonego G. K..

Apelacja więc, w zakresie w jakim kwestionuje sprawstwo oskarżonego w zakresie przypisanego mu czynu, ma niepodlegający uwzględnieniu w postępowaniu odwoławczym, charakter polemiki z prawidłowymi ustaleniami sądu I instancji. Wskazuje na to nie tylko sposób sformułowanych zarzutów, ale także argumentacja zawarta w uzasadnieniu złożonej apelacji, bowiem skarżący opiera ją na założeniu wiarygodności wyjaśnień oskarżonego.

Nie wykazuje przy tym, aby w zakresie oceny tego źródła dowodowego Sąd Okręgowy naruszył którąkolwiek z przywołanych zasad procesowych, przeciwstawiając jej, i to w sposób wybiórczy, własną ocenę.

Niezależnie jednak od powyższego, zaskarżenie wyroku w całości spowodowało korektę zapadłego rozstrzygnięcia. Stwierdzić należy, iż Sąd Okręgowy w zakresie dokonanej oceny prawno-karnej zachowania oskarżonego G. K., dopuścił się obrazy prawa materialnego. Z prawidłowych ustaleń sądu I instancji wynika, iż oskarżony ten nie uczestniczył bezpośrednio w wypełnieniu znamion przypisanego mu przestępstwa rozboju (k. 115-117).

Sąd ustalił, iż oskarżony wskazał R. B. dom pokrzywdzonej i udzielił wskazówek dotyczących postępowania w trakcie napadu, jak i po jego dokonaniu. Ustalono również sposób podziału spodziewanych korzyści. Ustalono też, iż plan ten został zrealizowany.

Na gruncie prawa materialnego sformułowano dwie teorie współsprawstwa.

Według teorii formalno-obiektywnej, przyjęcie współsprawstwa wymagałoby wypełnienia przez każdego ze współdziałających chociażby części znamion czasownikowych danego typu czynu zabronionego (por. W. Wolter – Nauka o przestępstwie, Warszawa 1973, s. 296-297; a także P. Kardas – Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie, Kraków 2001, s. 456 i n.; A. Liszewska – Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna, Łódź 2004, s. 48 i n.; R. Dębski: O teoretycznych podstawach regulacji współdziałania przestępnego w kodeksie karnym z 1979 r., Studia Prawno-Ekonomiczne 1998, t. LVII, s. 123 i n.; Ł. Pohl – Pomocnictwo a inne zjawiskowe formy czynu zabronionego (kryteria różnicujące) – Prokuratura i Prawo 2001,

nr 6, s. 27 i n; P. Palka – Glosa do postanowienia SN z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. V KK 351/03, Przegląd Sądowy 2005, nr 7-8, s. 259 i n.).

Z tego punktu widzenia, czynności wykonywane przez oskarżonego G. K., jakkolwiek służące popełnieniu napadu rabunkowego z użyciem noża i w sposób istotny ułatwiający je, a wręcz organizujący je, nie polegały jednak na wypełnieniu przez niego chociażby części znamion czasownikowych danego typu czynu zabronionego, a zatem czynności stosowania przemocy lub groźby jej użycia, posługiwania się przy tym nożem oraz zaboru mienia pokrzywdzonej.

Według teorii materialno-obiektywnej, za współsprawstwo należałoby uznać oparte na porozumieniu wspólne wykonanie czynu zabronionego, charakteryzujące się odegraniem istotnej roli w procesie realizacji ustawowych znamion czynu zabronionego po stronie każdego ze współników.

Na podstawie tej koncepcji współsprawcą byłaby zarówno osoba, która w porozumieniu z inną realizowałaby całość lub część znamion czynu zabronionego, jak i taka osoba, która wprawdzie nie wykonałaby czynności odpowiadającej znamieniu czasownikowemu danego czynu zabronionego, ale której zachowanie się - uzgodnione ze współnikiem - stanowiłoby istotny wkład w realizację wspólnego przestępczego zamachu (A. Wąsek - Kodeks karny, Komentarz, tom I, s. 248-251; tegoż: Współsprawstwo w polskim kodeksie karnym, Warszawa 1977, s. 117; także postanowienie SN z dnia 1 marca 2005 r., sygn. III KK 208/04 – OSNKW 2005, z. 7-8, poz. 62).

Także w postanowieniu z dnia 20 kwietnia 2004 r. sygn. V KK 351/03 Sąd Najwyższy, analizując zawarte w art. 18 § 1 k.k. znamię współsprawstwa, jakim jest "wspólne i w porozumieniu wykonywanie czynu zabronionego", stwierdził, że znamię to realizuje także ten współdziałający, który nie biorąc osobiście udziału w czynności sprawczej tego czynu, swoim zachowaniem zapewnia realizację uzgodnionego z tą osobą wspólnego przestępczego zamachu. Wkład w realizację znamienia skutkowego (zabijania) w ramach przyjętego między sprawcami działającymi w porozumieniu podziału ról musi być jednak na tyle istotny, by można było przyjąć, że umożliwiał on, a nie tylko ułatwiał wykonanie wspólnego zamiaru pozbawienia życia (OSNKW 2004, z. 5, poz. 53).

Ujęcie współsprawstwa, jako „wspólnego i w porozumieniu wykonania czynu zabronionego”, niezależnie od tego, jaką teorię współsprawstwa przyjmie się za właściwą, zakłada, że czynności podejmowane przez każdego ze współdziałającego muszą łączyć się czasowo z wypełnieniem znamion typu czynu zabronionego (in concreto aktem przemocy w celu zaboru mienia). Współsprawstwo obejmuje tylko zachowania przejawiające się uczestnictwem w realizacji przestępstwa, w chwili jego wykonywania i nie obejmuje zachowań ułatwiających lub umożliwiających jego dokonanie, podejmowanych przed lub po realizacji znamion wspólnego czynu. Są to zachowania właściwe dla współdziałania, w formie pomocnictwa.

Czynności podejmowane przez współsprawców w chwili "wspólnego wykonywania czynu" muszą rzeczywiście stanowić o współwykonywaniu czynu, a nie jedynie o ułatwieniu wykonania czynu przez innego współdziałającego. W odniesieniu do przestępstw materialnych, jakim jest zbrodnia rozboju, powiązanie między czynem, a powstałym skutkiem, jest koniecznym znamieniem typu takiego czynu zabronionego, co oznacza, że w przypadku współsprawstwa stwierdzenie przesłanek obiektywnego przypisania takiego skutku musi być wykazane w stosunku do każdego współsprawcy. Nie każde współdziałanie w popełnieniu przestępstwa musi oznaczać współsprawstwo. Taką formą jest też przewidziane w art. 18 §3 kk pomocnictwo, kryminalizujące zachowania ułatwiające innej osobie popełnienie przestępstwa, jakie w niektórych z cytowanych wypowiedzi Sądu Najwyższego w sposób nieuprawniony było łączone ze współsprawstwem (zob. wyrok z dnia 29 czerwca 2006 r., sygn. V KK 391/05, OSNwSK 2006/1/1289).

Sąd Najwyższy w kolejnych orzeczeniach podkreślał także jako cechę współsprawstwa, element subiektywny, w postaci woli bycia sprawcą, traktowania czynu jako swój (animus auctoris), a nie działania jedynie z zamiarem udzielenia drugiemu współdziałającemu pomocy w dokonaniu przez niego czynu zabronionego. Przykładem tego było choćby powoływane wcześniej postanowienie z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. V KK 351/03, w którym Sąd Najwyższy podkreślił, że definiując w art. 18 §2 i 3 kk inne od sprawstwa formy zjawiskowe popełnienia przestępstwa, jakimi są podżeganie i pomocnictwo, ustawodawca wprowadził do ich struktury, a ściślej do strony podmiotowej, subiektywny

stosunek podżegacza i pomocnika do czynu zabronionego oczekiwanego od sprawcy. Czynu tego nie uważają oni za swój i nie obejmują go własną wolą popełnienia. Nie działają więc *animus auctoris*. Podżegacz zmierza do wywołania zamiaru popełnienia czynu zabronionego u potencjalnego sprawcy, a pomocnik ułatwia popełnienie takiego czynu przez osobę, która powzięła zamiar popełnienia. W ten sposób Sąd Najwyższy uzupełnił materialno - obiektywne ujęcie współsprawstwa, oparte na elemencie istotności roli współdziałającego w popełnieniu wspólnego przestępstwa, o niewymagalny według tej teorii pierwiastek subiektywny, działania *cum animo auctoris*.

Wbrew wnioskowi Sądu Okręgowego, także na gruncie teorii materialno-obiektywnej nie było prawidłowe przypisanie oskarżonemu G. K. współsprawstwa w napadzie rabunkowym. Nie budziło bowiem wątpliwości, że sprawcą tego przestępstwa był R. B.. To on miał zrealizować napad rabunkowy jako sprawca własnego przedsięwzięcia, natomiast oskarżony G. K. swoim zachowaniem do tego przestępstwa podzegał, zlecał je i ułatwiał, ale nie traktował go jako własne przedsięwzięcie.

Uniemożliwiało to przyjęcie, że był współsprawcą przestępstwa, gdyż zabrakło elementu działania *cum animo auctoris*, zaś w trakcie wykonania napadu rabunkowego rola oskarżonego G. K. nie była tak istotna, że bez jego współdziałania, R. B. nie dokonałby rozboju na osobie pokrzywdzonej. Podczas napadu rabunkowego nie miał on żadnego kontaktu z bezpośrednim sprawcą, nie mógł koordynować przebiegu przestępstwa, modyfikować jego przebiegu lub przerwać przestępczą akcję. Między oskarżonym a bezpośrednim sprawcą tego przestępstwa R. B. nie było także żadnego stosunku podległości. Uniemożliwia to przypisanie oskarżonemu G. K. sprawstwa kierowniczego lub polecającego (art. 18 §1 kk).

Nie oznaczało to jednak, że nie można przypisać oskarżonemu G. K. podżegania i pomocnictwa do rozboju z użyciem broni palnej, gdyż nakłaniał do przeprowadzenia przestępstwa i wyszukał bezpośredniego sprawcę, brał on udział w planowaniu napadu, podjął szereg czynności dla jego ułatwienia i sprawnego przeprowadzenia, a po rozboju wziął udział w podziale łupu.

Jak słusznie stwierdził Sąd Najwyższy: „Zlecenie innej osobie wykonania czynu zabronionego, także w wyniku przyjęcia <oferty> osoby wyrażającej gotowość jego dokonania, może wypełniać znamię czynności sprawczej podżegania jako zjawiskowej formy popełnienia przestępstwa określonej w art. 18 §2 kk” (wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2006 r., sygn. V KK 316/05 – OSNKW 2006, z. 5, poz. 52).

Oczywiście, pomocnictwo może zostać udzielone w czasie poprzedzającym podjęcie czynności związanych z popełnieniem czynu zabronionego, w trakcie przygotowania, usiłowania lub dokonywania czynu zabronionego przez inną osobę. Granicą odpowiedzialności za pomocnictwo jest moment zakończenia czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę, który przy niektórych typach czynu zabronionego może być późniejszy niż moment dokonania (por. A. Wąsek – Kodeks karny, Komentarz, tom I, s. 275; wyrok SN z 10 listopada 1981 r., sygn. II KR 272/81 – OSNKW 1981, z. 12, poz. 75). Rzecz jednak w tym, że zachowanie ułatwiające sprawcy uniknięcie odpowiedzialności karnej, np. przez jego ukrycie lub zacieranie śladów przestępstwa może być uznane za pomocnictwo w sensie art. 18 §3 kk, jeżeli było wynikiem wcześniejszej (przed dokonaniem czynu zabronionego lub w trakcie dokonania) obietnicy udzielenia sprawcy pomocy (por. A. Zoll (w:) K. Buchała, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I, Zakamycze, 1998, teza 52 do art. 18 kk). Taki wypadek zachodzi w odniesieniu do oskarżonego, gdy chodzi o wszelkie działania zamierzające do zatarcia śladów przestępstwa i pomocy bezpośrednim sprawcom, aby oddalili się z miejsca przestępstwa.

Sąd Okręgowy, na co wskazuje uzasadnienie orzeczenia (k. 1031-1032), uznał wkład oskarżonego G. K. w popełnienie przestępstwa przez R. B., jako istotny i uznał, że czynności podejmowane przez tego oskarżonego wynikały z przyjętego podziału ról, eksponował fakt, że oskarżony ten w początkowej fazie planowania przestępstwa miał być jego wykonawcą bezpośrednim oraz to, że uczestniczył w podziale łupów.

Sąd odwoławczy oczywiście dostrzeża tę istotną rolę oskarżonego, lecz jest to rola istotna, a nawet wiodąca, na gruncie realiów przedmiotowej sprawy, ale w ramach współdziałania przestępczego, a nie współsprawstwa.



„Istotność wkładu” na gruncie współsprawstwa, w popełnieniu wspólnie realizowanego przestępczego znamienia (w tym rozumieniu, że dane zachowanie stanowi przejaw czy to koniecznego warunku podjęcia zachowania w sposób bezpośredni realizującego znamiona typu czynu zabronionego, czy też stanowi jego istotne ułatwienie lub znacznie zmniejsza ryzyko tej realizacji) musi być oceniane w ramach konkretnych ustaleń faktycznych składających się na obraz poddanego osądowi zdarzenia, nie może być ocenione w sposób „abstrakcyjny”, w oderwaniu od jego realiów (patrz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2014 roku, sygn.. akt V KK 408/13, LEX 1482487).

Sama świadomość, a nawet akceptacja zachowań innych osób, bez realizacji znamion podmiotowych współsprawstwa, jest niewystraszająca (patrz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 2011 roku, sygn.. akt III KK 208/11, LEX III KK 208/11).

Oskarżony G. K. tych znamion nie realizował, co wynika wprost z ustaleń i ocen Sądu Okręgowego. Wcześniejszy jego zamiar nie ma na gruncie tej oceny znaczenia, bo za sam zamiar nie można nikogo ukarać. Podział łupów także nie przesądza o współsprawstwie, bowiem może on być dokonany także na gruncie przestępstwa współdziałania.

Mając więc powyższe na uwadze, zmieniono zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego G. K., dokonując korekty opisu czynu i uznając, iż czynem swoim wypełnił on dyspozycję art. 18 §3 kk w związku z art. 280 §2 kk i art. 64 §1 kk. Dokonano stosownej korekty podstawy prawnej wymiaru kary.

Wymierzoną oskarżonemu karę jednostkową za ten czyn poddano analizie w kontekście względnej przesłanki odwoławczej określonej w art. 438 pkt 4 kpk. W ocenie Sądu Apelacyjnego, brak było podstaw do uznania, aby nosiła ona cechy rażącej niewspółmierności.

Jeżeli weźmie się pod uwagę rolę tego oskarżonego w realizacji popełnionego przestępstwa, w tym zwłaszcza te okoliczności, które Sąd Okręgowy błędnie ocenił jako elementy współsprawstwa, a ponadto fakt, iż jest on sprawcą, który był już uprzednio karany i działał w warunkach powrotu do przestępstwa, określonych w art. 64 §1 kk, należy uznać, iż karę tę przy tych okolicznościach obciążających wymierzono mu w takich rozmiarach, które trudno uznać za rażące w ramach cytowanej wyżej przesłanki.

Kara ta także czyni zadość wewnętrznej sprawiedliwości wyroku, w tym aspekcie.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach obrony z urzędu orzeczono przy uwzględnieniu nakładu pracy obrońcy oraz obowiązujących stawek.

Podstawą zwolnienia oskarżonych od kosztów sądowych, związanych z postępowaniem odwoławczym, było wystąpienie wobec nich okoliczności, o których mowa w art. 624 §1 kpk.

ms