

Warszawa, dnia 13 listopada 2017 r.

Sygn. akt VI Ka 924/17

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie :

Przewodniczący: SSO Aleksandra Mazurek

Sędziowie: SO Anita Jarząbek - Bocian

SR del. Michał Bukiewicz (spr.)

protokolant: protokolant sądowy – stażysta Renata Szczegot

przy udziale prokuratora Józefa Gacka

po rozpoznaniu dnia 13 listopada 2017 r.

sprawy A. K. (1), syna A. i K., ur. (...) w O.

oskarżonego o przestępstwo z art. 263 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi - Północ w Warszawie

z dnia 27 kwietnia 2017 r. sygn. akt IV K 2936/06

zaskarżony wyrok uchyla i na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 kpk postępowanie przeciwko A. K. (1) umarza; zasądza od Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi - Północ w Warszawie na rzecz adw. M. S. kwotę 516,60 zł obejmującą wynagrodzenie za obronę z urzędu w instancji odwoławczej oraz podatek VAT; kosztami postępowania w sprawie obciąża Skarb Państwa;

SSR del. Michał Bukiewicz SSO Aleksandra Mazurek SSO Anita Jarząbek - Bocian

Sygn. akt VI Ka 924/17

## UZASADNIENIE

**A. K. (1)** został oskarżony o to, że: w dniu 12 grudnia 2000 r. w W., w kantorze wymiany walut przy ul. (...) w W., podczas dokonywanego wspólnie z M. P. (1) napadu rabunkowego, posiadał broń palną bez wymaganego zezwolenia tj. o przestępstwo z art. 263 § 2 kk.

Wyrokiem Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi – Północ w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2017 r. sygn. akt IV K 2936/06:

1. oskarżonego A. K. (1) w ramach zarzuconego mu czynu uznano za winnego tego, że w dniu 12 grudnia 2000 roku w W. posiadał bez wymaganego zezwolenia dwie sztuki broni palnej, jeden pistolet bez tłumika oraz drugi pistolet z założonym tłumikiem, który przekazał M. P. (1), a następnie podczas dokonanego w/w dniu wspólnie z M. P. (1) napadu rabunkowego w kantorze walut przy ulicy (...) w W. posiadał broń palną w postaci pistoletu bez tłumika tj. czyn z art. 263 § 2 kk i za czyn ten skazano go i wymierzono karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

2. zasądzono od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. S. kwotę 619,92 zł. plus VAT z tytułu pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu;

3. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolniono oskarżonego od zapłaty kosztów sądowych, przejmując je na rachunek Skarbu Państwa.

Apelację od powyższego wyroku na korzyść oskarżonego, wywiódł obrońca A. K. (1), zaskarżając wydany wyrok w całości. W przedmiotowym środku odwoławczym obrońca podniósł dokonaną przez Sąd I instancji obrazę przepisów prawa procesowego tj.:

- art. 5 § 2 kpk - poprzez jego niezastosowanie i rozstrzygnięcie na niekorzyść oskarżonego nie dających się usunąć wątpliwości, w sytuacji gdzie świadek M. P. (1) zeznając w niniejszej sprawie, na rozprawie w dniu 10 lipca 2006 r. zaprzeczył swoim uprzednim, obciążającym oskarżonego zeznaniom;

- art. 7 kpk w zw. z art. 4 kpk - poprzez odrzucenie jako niewiarygodnego dowodu z przesłuchania świadka M. P. (1), które potwierdziło wiarygodność wyjaśnień oskarżonego odnoszących się do stawianego mu zarzutu rzekomego posiadania broni.

Jednocześnie obrońca oskarżonego podniósł, iż w/w uchybienia miały wpływ na wynik postępowania, co doprowadziło do wydania niekorzystnego dla oskarżonego rozstrzygnięcia, w oparciu o błędnie ustalone okoliczności faktyczne przyjęte za jego podstawę.

Dodatkowo skarżący wskazał na obrazę przepisów prawa procesowego poprzez naruszenie:

- art. 17 § 1 pkt 1 kpk - polegające na wszczęciu i prowadzeniu postępowania karnego przeciwko oskarżonemu w związku z czynem z art. 263 § 2 kk, w sytuacji gdy oskarżony nie dopuścił się jego popełnienia,

- art. 17 § 1 pkt 2 kpk – polegające na przypisaniu działaniu podjętemu przez oskarżonego sprowadzającego się do posługiwania się atrapą broni palnej znamion przestępstwa z art. 263 § 2 kk.

W konkluzji apelacji obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku, uniewinnienie oskarżonego od stawianego mu zarzutu z art. 263 § 2 kk, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

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

Na wstępie podnieść należy, że apelacja obrońcy oskarżonego przyczyniła się do kontroli orzeczenia Sądu I instancji, jednak przedmiotowy wyrok należało uchylić nie ze względu

na podniesione przez skarżącego zarzuty, a z uwagi na ujawnienie się negatywnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej co do zarzucanego oskarżonemu czynu, którego dotyczyło postępowanie w sprawie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do treści złożonego w przedmiotowej sprawie środka odwoławczego należy wskazać, iż zdaniem Sądu II instancji Sąd Rejonowy orzekając w przedmiotowej sprawie nie dopuścił się tego rodzaju uchybień, które zostały podniesione w apelacji. W istocie bowiem nie doszło w przedmiotowej sprawie do naruszenia przez Sąd Rejonowy przepisów procedury karnej wskazanych przez obrońcę, a konieczność uchylenia wydanego wyroku, jak już wskazano, podyktowana została zaistnieniem w sprawie bezwzględnej przyczyny odwoławczej o której mowa w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k., a która nie została podniesiona w złożonej na korzyść oskarżonego apelacji.

Sąd Rejonowy zdaniem tut. Sądu dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych w sprawie w zakresie uznania, iż oskarżony istotnie w dniu 12 grudnia 2000 r. w W. posiadał broń palną, bez wymaganego zezwolenia. Słusznie zdaniem Sądu Odwoławczego, na podstawie swobodnie ocenionego ujawnionego materiału dowodowego uznano, iż broń ta nie stanowiła, jak wskazywał obrońca oskarżonego, jedynie atrapy broni palnej, a tym zasadnym było uznanie, iż oskarżony w dniu 12 grudnia 2000 r. posiadał broń palną na której posiadanie nie miał wymaganego przepisami

zezwoleń. O powyższym, zgodnie z argumentacją poczynioną przez Sąd Rejonowy, która tut. Sąd w całości podziela, świadczył jednoznacznie materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, w tym zeznania świadka M. P. (1) w części w której Sąd I instancji uznał je za wiarygodne, nadto zeznania świadków U. A. oraz T. G. oraz treść ekspertyzy balistycznej. Zdaniem Sądu Okręgowego Sąd I instancji swobodnie i szczegółowo ocenił zatem ujawnione dowody dochodząc do słusznych wniosków w zakresie w/w ustaleń faktycznych prowadzących do uznania, iż oskarżony dysponował bronią palną. Ocena materiału dowodowego została dokonana zdaniem tut. Sądu w sposób prawidłowy z uwzględnieniem reguł zawartych w przepisach art. 5 kpk i art. 7 kpk, a zatem Sąd I instancji nie dopuścił się naruszenia tych przepisów.

Niezależnie jednakże od powyższego, a zatem niezasadności zarzutów złożonej w przedmiotowej sprawie apelacji, wydany wyrok podlegał uchyleniu, z uwagi na niepodważalnie istniejące w czasie wyrokowania powody do umorzenia postępowania o czyn zarzucony oskarżonemu w treści aktu oskarżenia. W tym zakresie należy wskazać, iż oskarżony A. K. (1) wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie XVIII K 225/01 z dnia 26.03.2002 r. został uznany za winnego popełnienia przestępstwa z 280 § 2 kk polegającego na dokonaniu w dniu 12 grudnia 2010r. w kantorze przy ul. (...) w W. wspólnie i w porozumieniu z M. P. (1) rozboju z użyciem broni palnej. Jednocześnie M. P. (1) skazany został za popełnienie w tym samym miejscu i czasie czyn z art. 13§1 kk w zw. z art. 148§ 2 i 4 kk czyli kwalifikowany typ usiłowania zabójstwa w związku z rozbojem i użyciem broni palnej. Podczas popełnienia przedmiotowego czynu oskarżony posługiwał się bronią palną, której posiadanie, de facto jedynie w chwili przedmiotowego napadu, zarzucił oskarżonemu oskarżyciel publiczny w treści zarzutu aktu oskarżenia sporządzonego w sprawie IV K 2936/06. Choć tu powstaje pytanie czy chodzi o też jednostkę broni którą trzymał i strzelał z niej M. P. (1) czy też tylko tą utrzymaną przez oskarżonego w chwili napadu rabunkowego bo prokurator w akcie oskarżenia o czyn z art. 263§2 kk tego z niewiadomych powodów nie precyzuje ani w zarzucie ani uzasadnieniu. Istota współdziałania przestępczego pozwala na przypisanie każdemu z współsprawców tego co uczynił drugi w ramach porozumienia. Zatem każdy z nich miał świadomość posługiwania się przez drugiego bronią i każdy odpowiadał jak ustalił Sąd Okręgowy w Warszawie za posługiwanie się nią przez drugiego dla potrzeby dokonania rozboju. Choć ta reguła w sprawie niniejszej nie wydaje się pomocna to należy przyjąć, że może chodzić o posiadanie obydwu jednostek broni. Posiadanie przedmiotowej broni o której mowa w treści skargi Prokuratora i jej użycie było jednak podstawą do przypisania oskarżonemu dopuszczenia się rozboju w jego postaci kwalifikowanej w sprawie XVIII K 225/01. Nie ma zatem zdaniem Sądu Okręgowego żadnych wątpliwości, iż w rozpoznawanej na skutek apelacji obrońcy oskarżonego niniejszej sprawie występuje tożsamość podmiotowo-przedmiotowa zdarzenia historycznego, które było już przedmiotem osądu sądu w sprawie XVIII K 225/01, zakończonej wydaniem wobec oskarżonego prawomocnego wyroku skazującego. Uwzględniając ramy prowadzonego przez Sąd I instancji postępowania sądowego, które wyznaczone zostały niewątpliwie skargą wniesioną przez oskarżyciela publicznego, zdaniem Sądu Odwoławczego nie sposób zgodzić się z zapatrywaniami Sądu Rejonowego zgodnie z którymi oskarżony, chociaż co słusznie ustalono, w dniu 12 grudnia 2010 r. posiadał broń palną bez zezwolenia o czym mowa w art. 263 § 2 kk to dopuścił się w tym zakresie kolejnego, odrębnego czynu zabronionego.

Zachowanie oskarżonego A. K. (1) należało uznać za jeden czyn niezależnie od liczby skutków zachowania i liczby naruszonych norm prawa karnego. Mamy tu do czynienia z zagadnieniem prawnej jedności czynu, do której ustalenia przyjmuje się w doktrynie następujące kryteria:

-wyodrębnienie zintegrowanych zespołów aktywności sprawcy (jeżeli nastąpi takie wyodrębnienie z punktu widzenia społecznego oglądu czynu to nie należy tej jedności rozbić na mniejsze elementy)

- zwartość czasowa i miejscowa między zespołami działań

- tożsamość motywacji względnie planu sprawcy

(por. A. Wąsek Kodeks Karny Komentarz tom I, Gdańsk 1999 str. 147-148).

Analizując ustalony stan faktyczny w świetle tych kryteriów nie sposób mówić o realnym zbiegu przestępstw jak to czyni Prokurator i Sąd I instancji. Mamy w sprawie do czynienia tu z jednym przestępstwem przy zbiegu przepisów art. 280§2 kk i art. 263§2 kk przy czym Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż zachodzi tu zbieg niewłaściwy, pomijalny.

Wynika to z konieczności zastosowania jednej z reguł wyłączenia wielości ocen tj. zasady konsumpcji. Z pozoru zatem czyn podpada pod kilka przepisów ustawy, jednakże głębsza analiza prowadzi do wniosku, że in concreto nie mamy do czynienia z przestępstwem o cechach złożonych, wskutek czego odpaść musi zbiorcza ocena czynu w postaci kumulatywnej kwalifikacji prawnej (por. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks Karny Komentarz, Warszawa 1977r. str. 47)

Zasada konsumpcji wchodzi w grę wtedy, gdy przepis, który traktujemy jako konsumujący, jest skonstruowany w ten sposób, że w realizację jego znamion włączono w zasadzie te elementy decydujące o ładunku społecznej szkodliwości, które wiążą się z realizacją znamion typu, który podlega skonsumowaniu, albo jeszcze szerzej kryminalna zawartość wiążąca się ze znamionami typu, który podlega skonsumowaniu, jest już uwzględniona w sankcji za przewidzianej za typ, który konsumuje, wobec czego nie należy w kwalifikacji kumulatywnej tego odzwierciedlać (por. K. Buchała, Komentarz do kodeksu karnego, Część Ogólna 1994r. str. 93).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt rozpoznawanej przez Sąd Okręgowy sprawy należy wskazać, iż niewątpliwie przypisany oskarżonemu w sprawie XVIII K 225/01 czyn wyczerpujący dyspozycje art. 280 § 2 kk pozostawał w możliwie najbliższej zawartości miejscowej i czasowej z czynem zarzuconym oskarżonemu w sprawie IV K 2936/06, a polegającym na posiadaniu przez oskarżonego broni palnej bez zezwolenia, którą to bronią oskarżony posłużył się w czasie popełnionego przestępstwa rozboju. Czynem dominującym, o większym ładunku społecznej szkodliwości (większej zawartości bezprawia) był przy tym niewątpliwie czyn wyczerpujący dyspozycję art. 280 § 2 kk. Samo posiadanie broni w dniu dokonania przedmiotowego rozboju było zaś jedynie niewątpliwie swoistym środkiem do celu, jakim było dopuszczenie się przestępstwa zaboru mienia z użyciem broni palnej. W realiach przedmiotowej sprawy, biorąc pod uwagę sposób popełnionego rozboju, tj. z posłużeniem się bronią palną nie sposób było dopuścić się owego czynu, nie wchodząc uprzednio w jej posiadanie. Zamiarem oskarżonego nie było zatem samo posiadanie broni, ale jej użycie przy realizacji znamion przestępstwa z art. 280 § 2 kk. Trudno byłoby wskazać w jaki sposób oskarżony miałby dopuścić się kwalifikowanego przestępstwa rozboju przy użyciu broni palnej gdyby uprzednio takowej broni nie posiadał. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia bowiem z zachowaniem, co do którego zachodzi zbieżność miejsca i czasu oraz motywacji sprawcy, wykluczająca sztuczne dzielenie zachowania oskarżonego na dwa odrębne czyny karalne i poddawanie ich osobnemu osądowi. Działania oskarżonego w dniu 12 grudnia 2000 r., choć składały się z kilku czynności sprawczych, to pozostawały w związku czasowo- przestrzennym. Nadto z obiektywnego punktu widzenia sankcja i wymiarzenie w oparciu o nią oskarżonemu kary jednostkowej za czyn z art. 280 § 2 kk w wymiarze 7 lat pozbawienia wolności oddają jednocześnie całą zawartość kryminalną czynu i bezprawia zachowania sprawcy. Nie ma przy tym zdaniem Sądu Okręgowego znaczenia fakt, iż oskarżony posiadał przedmiotową broń nielegalnie. Powyższe bowiem w żaden sposób nie zmienia charakteru przestępstwa rozboju, nie zmienia jego typu oraz tego, iż przedmiotowa broń miała służyć oskarżonemu do popełnienia innego ściśle zaplanowanego przestępstwa kwalifikowanego z art. 280 § 2 kk. W jego potencjalną realizację i następnie ocenę włączono elementy szkodliwości społecznej wiążące się z nielegalnym posiadaniem broni.

Zwrócić uwagę należy, że Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie XVIII K 225/01 skazując A. K. (1) za czyn z art. 280 § 2 kk także nie dostrzegł potrzeby zakwalifikowania jego zachowania dodatkowo z art. 263 § 2 kk.

Chociaż istotnie Sąd Rejonowy wyrokując w przedmiotowej sprawie zmienił opis czynu zarzuconego oskarżonemu, niejako rozszerzając jego czasookres o zdarzenia poprzedzające sam moment obecności sprawców w kantorze a więc o chwilę spotkania się tuż przed napadem i rozdzielnią dostarczonej przez oskarżonego A. K. (1) broni oraz przypisując sprawcy dodatkowo posiadanie drugiej sztuki broni, to powyższe, abstrahując w tym miejscu od kwestii ewentualnego przekroczenia w tym zakresie przez Sąd granic czynu objętego aktem oskarżenia i zasady skargowości również nie dało podstaw do uznania, że mamy w ustalonym stanie faktycznym do czynienia z odrębnym zachowaniem oskarżonego stanowiącym podstawę do wydania wobec niego kolejnego wyroku skazującego. Nie mamy tu do czynienia z posiadaniem broni przez znaczny okres poprzedzający napad. Nie mamy dowodów wykluczających wersję, że A. K. (1) wszedł w jej posiadanie tuż przed spotkaniem i przekazaniem jednej z nich M. P. (1).

Posiadanie przez A. K. (1) dwóch jednostek broni palnej w dniu 12 grudnia 2000 w miejscu dostarczenia ich na miejsce spotkania z M. P. (1) i rozdzielenia jej pomiędzy sobą a co miało miejsce ok. 15.30 (k. 23 - wyjaśnienia M. P. (1)) a więc bezpośrednio przez napad na kantor, który miał miejsce ok. godz. 17.00 należy traktować jako czyn współukarany uprzedni, polegający na działaniach przygotowawczych do omówionego wyżej czynu głównego z art. 280 § 2 kk z użyciem tej nielegalnie posiadanej broni palnej.

Wskazać w tym miejscu należy, iż zastosowanie konstrukcji czynu ukaranego uprzednio może mieć miejsce wówczas, gdy po pierwsze - występuje ścisła więź dwóch przestępstw o charakterze "środka do celu", tworząca zwartą całość zachowania się sprawcy, w szczególności chodzi tu - choć nie tylko - o fazy stadialne czynu zabronionego i przygotowanie (gdy jest karalne), usiłowanie, które zostają wyeliminowane przez dokonanie tego czynu, a po wtóre - gdy czyn uprzedni, będący środkiem do celu zawiera nieporównanie niższy ładunek społecznej szkodliwości, co z kolei wymaga dogłębnych ocen i wyważenia stopnia szkodliwości obu tych czynów, a także rozważenia hipotetycznego wpływu skazania za oba czyny na ukształtowanie ewentualnej kary łącznej." (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 9 lipca 2014 r. w sprawie II Aka 180/14, Sądu Apelacyjnego w Katowicach w wyroku z dnia 19 maja 2006r. sygn. II Aka – 114/06). Przy współukaranym czynie uprzednim chodzi zatem niewątpliwie o sytuację, w których pewne przygotowawcze działanie sprawcy godzi w to samo w istocie dobro prawne, w jaki godzi czyn główny (por. K. Mioduski [w] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks Karny Komentarz, Warszawa 1977 r. Wydawnictwo Prawnicze str. Str. 50). Zatem chodzi tutaj o takie działania poprzedzające główny czyn przestępny lub po nim następujące, które oceniane osobno, mogłyby być uznane za odrębne przestępstwa, jednakże przy całościowej ocenie zdarzenia należy uznać je za skwitowane przez wymierzenie kary za przestępstwo główne (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1964r. sygn. VI Ko – 57/63). W realiach tejże sprawy, zdaniem Sadu Okręgowego, taka sytuacja zachodziła w stosunku do oskarżonego.

W doktrynie i judykaturze niemal zgodnie przyjmuje się, że jeżeli sprawca najpierw czyni przygotowania do popełnienia przestępstwa, a następnie przestępstwa tego dokona, to co do zasady, wcześniejsze przygotowanie stanowi czyn współukarany (uprzedni) w stosunku do dokonania. W takiej sytuacji sprawca odpowiada jedynie za dokonanie. Warunkiem takiego „współukarania” jest to, by czyn współukarany był objęty zamiarem, którego zakres mieści się w zakresie zamiaru realizowanego „czynem głównym” (tak A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116 k.k., Zakamycze 1998, s. 554-555). Przyjmuje się również, że ukaranie sprawcy jedynie za dokonanie, oddaje pełną zawartość kryminalną całości zdarzenia, tym bardziej, że kara wymierzana sprawcy powinna uwzględniać również czyn współukarany (tak: A. Zoll, op. cit. s. 555, a także A. Marek, Kodeks karny. Komentarz. wyd.4, s.43). U podstaw redukcji wielości ocen przy zbiegu przestępstw, na zasadzie przestępstwa współukaranego (w tym wypadku uprzedniego) leży również niewątpliwie wzgląd funkcjonalny wynikający z przekonania, zgodnie z którym nie zachodzi potrzeba karania za wszystkie zbiegające się przestępstwa, jeżeli kara wymierzona za jedno z tych przestępstw spełni wszystkie te funkcje, jakie miałyby spełnić kary wymierzone za każde ze zbiegających się przestępstw, a zatem kara wymierzona za jeden ze zbiegających się czynów przestępnych obejmuje niejako karę, jaką można by było wymierzyć za pozostałe czyny przestępne. Warunkiem ustalenia pomijalnego zbiegu przestępstw jest stwierdzenie znacznej różnicy stopnia społecznej szkodliwości czynów, przy czym czyny te muszą być ze sobą powiązane w ten sposób, iż tworzą pewną zwartą całość. W literaturze wskazywano, że u podstaw wyłączenia wielości ocen w ramach czystej wielości czynów leży nadto generalne wskazanie teleologiczne, zgodnie z którym ukaranie za czyn o większej zawartości bezprawia usuwa możliwość ukarania za czyn o mniejszej zawartości bezprawia (tak W. Macior: Z problematyki zbiegu przestępstw i przepisów ustawy (w sprawie pozornego zbiegu realnego przestępstw), PiP nr 1 z 1965r., s.77). Podstawą przyjęcia zatem konstrukcji pomijalnego zbiegu przestępstw jest wzajemny stosunek dwóch co najmniej różnych zachowań, realizujących znamiona typu czynu zabronionego, przy czym chodzi tutaj o taki wzajemny układ dwóch czynów, z których jeden ma charakter główny, społecznie istotniejszy, drugi natomiast poboczny, dla oceny całości mniej istotny. Nie bez znaczenia pozostaje również wskazywana już uprzednio ocena wzajemnej więzi poszczególnych przestępstw, tożsamość zaatakowanego dobra prawnego, społeczny ogląd czynu, element pewnej zawartości czasowej i ewentualnie miejscowej, a także czynnik jedności zamiaru sprawcy.

Zdaniem Sądu Okręgowego podstaw do przyjęcia odpowiedzialności oskarżonego za wyczerpanie znamion art. 263 § 2 kk nie było również przy uwzględnieniu opisu czynu przypisanego oskarżonemu przez Sąd I instancji, w tym co do posiadania przez oskarżonego broni użytej do popełnienia przestępstwa rozboju w nieznacznie szerszych ramach czasowych oraz co do posiadania przez oskarżonego drugiej broni użytej przez współsprawcę czynu z art. 280 § 2 kk. Sąd pierwszej instancji zdawał się w części dostrzegać brak uzasadnienia dla formułowania takiego zarzutu jak czyni to prokurator. Sprecyzowanie w zarzucie dokładnie czasu i miejsca posiadania broni ( w kantorze, podczas napadu rabunkowego) musi nasuwać w sposób oczywisty potrzebę rozważenia tożsamości czynu z tym będącym przedmiotem rozpoznania w sprawie XVIII K 225/01 Sądu Okręgowego w Warszawie. Rozstrzygnięcie Sądu I instancji choć sygnalizuje jego wątpliwości było jednak w swym całości kształcie nieuprawnione i zapadło przede wszystkim z naruszeniem art. 17 par. 1 pkt 7 kpk. Na marginesie należy wskazać, iż zdaniem tut. Sądu dokonanie przez Sąd Rejonowy takiej modyfikacji opisu czynu zarzuconego oskarżonemu stanowiło już wyjście poza granice aktu oskarżenia i nie mogło zostać uznane za prawidłowe. Granicę zarzutu aktu oskarżenia wyznaczył opis dokonany przez prokuratora. Zdaniem Sądu Okręgowego, dla tej oceny istotne jest to, że Prokurator już w fazie postępowania przygotowawczego dysponował wiedzą, że oskarżony chwilę przed dokonaniem przestępstwa rozboju musiał posiadać dwie sztuki broni palnej, jedną której sam użył do popełnienia przestępstwa, oraz drugą, którą bezpośrednio przed jego dokonaniem przekazał współsprawcy. Mimo to oskarżyciel publiczny nie zarzucił oskarżonemu popełnienia przestępstwa posiadania broni w szerszym czasookresie niż stricte ten, w którym dokonany został rozbój. Powyższe wskazuje jednoznacznie, iż intencją oskarżyciela było wąskie sformułowanie zarzutu postawionego oskarżonemu, a dokonana przez Sąd modyfikacja nie może zostać uznana jako mieszcząca się w granicach tego samego zdarzenia historycznego. Jednocześnie należy zauważyć, iż nawet przyjęcie jako dopuszczalnej modyfikacji opisu czynu dokonanej przez Sąd Rejonowy nie uprawniałoby do skazania oskarżonego za odrębny czyn wyczerpujący dyspozycję art. 263 § 2 kk. Niewątpliwie posiadanie przez oskarżonego krótko przed napadem dwóch sztuk broni i wydanie jednej M. P. (1) zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami, również było jedynie realizowaniem uprzednio poczynionych przez współsprawców założeń w zakresie dokonania przestępstwa rozboju z użyciem broni palnej. Oczywistym jest, iż dla dokonania przez sprawców rozboju w jego postaci kwalifikowanej koniecznym było posiadanie przez nich broni w okresie bezpośrednio poprzedzającym dokonanie owego czynu, w tym w dniu, w którym owy rozbój został dokonany. Czasookres czynu przypisanego oskarżonemu przez Sąd I instancji obejmował tylko fragment dnia w którym sprawca dokonał przestępstwa rozboju, zatem należało uznać, że owo posiadanie na miejscu spotkania z którego udano się po kilkudziesięciu minutach do kantoru wchodziło niewątpliwie w skład czynności przygotowawczych a więc uprzednich, jakie sprawca uczynił w zamiarze dokonania przestępstwa rozboju z użyciem broni palnej. Skoro zatem czynności przygotowawcze nie mogą być uznane za odrębne przestępstwo od przestępstwa głównego, a to ostatnie było przedmiotem prawomocnie zakończonych postępowania w sprawie XVIII K 225/01 to w sprawie zaistniała negatywna przesłanka procesowa.

Mając zatem na uwadze powyższe, zdaniem Sądu Okręgowego w przedmiotowej sprawie zaistniała tzw. bezwzględna przyczyna odwoławcza zdefiniowana w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. zachodząca wówczas, gdy zaskarżone orzeczenie zostało wydane pomimo, iż postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało już prawomocnie zakończone. Ponieważ okoliczność ta stanowi jednocześnie o konieczności umorzenia postępowania w oparciu o art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., zgodnie z nakazem określonym w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. Sąd Okręgowy na podstawie art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. uchylił zaskarżony wyrok i na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. umorzył postępowanie karne o czyn z art. 263 § 2 k.k.

Sąd zasądził nadto na rzecz adw. M. S. kwotę 516,60 zł obejmującą wynagrodzenie za obronę z urzędu w instancji odwoławczej oraz podatek VAT. Kosztami postępowania Sąd obciążył Skarb Państwa.