

Sygnatura akt II AKa 6/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 lutego 2017 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Tadeusz Kielbowicz

Sędziowie: SSA Cezariusz Baćkowski (spr.)

SSO del. do SA Edyta Gajgał

Protokolant: Anna Czarniecka

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej Beaty Lorenc – Kociubińskiej

po rozpoznaniu w dniu 8 lutego 2017 r.

sprawy **M. S. (1) i Ł. B. (1)**

oskarżonych o czyny z art. 280 § 2 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora wobec obu oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 6 października 2016 r. sygn. akt III K 91/16

**I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego M. S. (1) w punkcie I tiret pierwszy części rozstrzygającej w ten sposób, że w zakresie czynu opisanego w punkcie I części wstępnej zaskarżonego wyroku oskarżonego M. S. (1) uznaje za winnego tego, że w dniu 10 lutego 2016 r. w G. współdziałając z inną osobą wybrali sklep monopolowy (...), w którym dokonają napadu rabunkowego, współdziałający przywiózł go w pobliże tego miejsca, a M. S. (1) po wejściu do sklepu posługując się bronią palną – rewolwerem alarmowo – kinetycznym marki M. (...),5” kal.(...) i grożąc sprzedawczyni K. C. pozbawieniem życia wzywał ją do wydania pieniędzy, a następnie zabrał w celu przywłaszczenia 1047 złotych oraz siedem paczek papierosów wartości 134,9 złotych to jest łącznie 1181,9 złotych na szkodę B. i R. H. , a następnie oddalił się na uprzednio ustalone ze współdziałającym miejsce skąd odjechali to jest przestępstwa z art. 280 § 2 k.k.,**

**II. uchyla zaskarżony wyrok wobec oskarżonego Ł. B. (1) (punkty VI i VII części rozstrzygającej) i sprawę w tej części przekazuje Sądowi Okręgowemu w Opolu do ponownego rozpoznania,**

**III. w pozostałej części zaskarżony wyrok wobec oskarżonego M. S. (1) utrzymuje w mocy,**

**IV. zwalnia oskarżonego M. S. (1) od przypadających od niego kosztów sądowych postępowania odwoławczego i określa, że Skarb Państwa ponosi te koszty , a także koszty sądowe w zakresie nieuwz gładnionej apelacji prokuratora.**

## UZASADNIENIE

**M. S. (1)** został oskarżony o to, że:

I. w dniu 10 lutego 2016 roku w G. działając wspólnie i w porozumieniu z Ł. B. (1) poprzez wspólne udanie się z nim z K. do G. samochodem osobowym marki V. (...) o nr rej. (...) prowadzonym przez Ł. B. (1), który pozostał w aucie i obserwował sklep o nazwie (...), zapewniając mu działanie przy ul. (...) na terenie sklepu (...), w którym posługując się trzymaną w ręce bronią palną typu krótkiego w postaci rewolweru (...) E. (...),5” kal. (...) mm nr (...) - (...) poprzez wykonanie pojedynczego wystrzału groził ekspedientce ww. sklepu (...) zabójstwem i wzywał ją kilkakrotnie do wydania pieniędzy, a następnie zabrał w celu przywłaszczenia środki pieniężne w kwocie 1047 zł oraz 7 paczek papierosów marki M. (...) i 2 paczek papierosów marki (...) o wartości 134,90 zł, powodując straty w łącznej wysokości 1181,90 zł na szkodę B. H. i R. H., po czym po wyjściu ze sklepu skierował się w kierunku ww. pojazdu, po czym po wejściu do środka przekazał Ł. B. (1) nn. ilość pieniędzy uzyskanych ze sklepu (...), a następnie oddalił się z nim samochodem z miejsca zdarzenia,

**tj. o czyn z art. 280 § 2 k.k.,**

II. w dniu 10 marca 2016 roku około godziny 20:20 w K. przy ulicy (...) będąc ubrany w odzież zasłaniającą twarz oraz posługując się bronią palną typu krótkiego w postaci rewolweru (...) E. (...),5” kal. (...) mm nr (...) - (...) wszedł do pomieszczenia sklepu (...), które mieści się w budynku oznaczonym numerem (...), po czym kierując ww. broń w kierunku pracownicy tego lokalu K. D. zagroził jej użyciem tej broni i pozbawieniem życia oraz zażądał wydania pieniędzy, po czym zabrał w celu przywłaszczenia wydane przez K. D. pieniądze w kwocie 2550 złotych polskich, czym działał na szkodę ww. i właściciela sklepu (...),

tj. o czyn z art. 280 § 2 k.k.,

**Ł. B. (1)** został oskarżony o to, że:

III. w dniu 10 lutego 2016 roku w G. przy ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z M. S. (1), poprzez wspólne udanie się z nim z K. do G., prowadząc samochód osobowy marki V. (...) o nr rej. (...), pozostał w aucie i obserwował sklep o nazwie (...), zapewniając działanie ww. współsprawcy, który po wyjściu z jego auta i wejściu na teren ww. sklepu, posługując się trzymaną w ręce bronią palną typu krótkiego w postaci rewolweru (...) E. (...),5” kal. (...) mm nr (...) - (...) poprzez wykonanie pojedynczego wystrzału groził ekspedientce ww. sklepu (...) zabójstwem i wzywał ją kilkakrotnie do wydania pieniędzy, a następnie zabrał w celu przywłaszczenia środki pieniężne w kwocie 1047 zł oraz 7 paczek papierosów marki M. (...) i 2 paczek papierosów marki (...) o wartości 134,90 zł, powodując straty w łącznej wysokości 1181,90 zł na szkodę B. H. i R. H., po czym po wyjściu ze sklepu skierował się w kierunku ww. pojazdu po czym po wejściu do środka przekazał mu nn. ilość pieniędzy uzyskanych ze sklepu (...), a następnie oddalił się z nim samochodem z miejsca zdarzenia,

**tj. o czyn z art. 280 § 2 k.k.**

Sąd Okręgowy w Opolu wyrokiem z dnia 6 października 2016 r. (sygn. akt III K 91/16) orzekł:

I. **oskarżonego M. S. (1)** uznał za winnego popełnienia:

- czynu zabronionego opisanego w punkcie I. części wstępnej wyroku, z tym że wyeliminował z opisu, że działał wspólnie i w porozumieniu z Ł. B. (1), tj. eliminując sformułowania: „działając wspólnie i w porozumieniu z Ł. B. (1) poprzez wspólne udanie się z nim z K. do G. samochodem osobowym marki V. (...) o nr rej. (...) prowadzonym przez Ł. B. (1), który pozostał w aucie i obserwował sklep o nazwie (...), zapewniając mu działanie przy ul. (...)” oraz „, po czym po wyjściu ze sklepu skierował się w kierunku ww. pojazdu, po czym po wejściu do środka przekazał Ł. B. (1) nn. ilość pieniędzy uzyskanych ze sklepu (...), a następnie oddalił się z nim samochodem z miejsca zdarzenia”;

- czynu zabronionego opisanego w punkcie II. części wstępnej wyroku,

**tj. przestępstw z art. 280 § 2 k.k., popełnionych w ciągu przestępstw określonym w art. 91 §1 k.k. i za to na podstawie art. 280 §2 k.k. w zw. z art. 91 §1 k.k. wymierzył karę 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;**

II. na podstawie art. 44 §2 k.k. orzekł przepadek dowodów rzeczowych opisanych w wykazie dowodów rzeczowych Drz. 87/16 nr I/2/16/B poz. 1, k. 235 oraz w wykazie dowodów rzeczowych Drz. 88-95/16 nr II/24/16/P poz. 2-5 i 7-9, k. 236;

III. na podstawie art. 46 §1 k.k. zasądził od oskarżonego M. S. (1) na rzecz R. i B. H. solidarnie kwotę 1.181,90 zł;

IV. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. dowody rzeczowe opisane w wykazie dowodów rzeczowych Drz. 88-95/16 nr II/24/16/P poz. 6, k. 236 zwrócił Ł. B. (1) jako osobie uprawnionej;

V. na podstawie art. 63 §1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu M. S. (1) okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od 10 marca 2016r. do 6 października 2016 r.;

VI. **oskarżonego Ł. B. (1)** uniewinnił od zarzutu popełnienia czynu zabronionego opisanego w punkcie III. części wstępnej wyroku;

VII. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz Ł. B. (1) kwotę 2.040 zł tytułem kosztów ustanowienia obrońcy w sprawie;

VIII. na podstawie art. 624 §1 k.p.k. zwolnił oskarżonego M. S. (1) od obowiązku ponoszenia kosztów procesu obciążając nimi Skarb Państwa.

Apelację od powyższego wyroku wniósł **prokurator** zaskarżając go w całości na niekorzyść Ł. B. (1) oraz na niekorzyść M. S. (1) w części dotyczącej czynu I aktu oskarżenia oraz dotyczącej orzeczenia o karze. Prokurator zarzucił wyrokowi:

I. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, a polegający na błędnym wyrażeniu poglądu, iż mając na względzie całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego brak jest podstaw do przyjęcia, aby Ł. B. (1) dopuścił się zarzucanego mu czynu, bezkrytycznym daniu wiary wyjaśnieniom oskarżonego Ł. B. (1) dotyczącym przekonania o tym, że M. S. (1) tylko żartował na temat zamiaru dokonania rozboju, oraz bezzasadnym zakwestionowaniu wyjaśnień oskarżonego M. S. (1) w wyniku dowolnego przyjęcia, że był w znacznym stopniu nietrzeźwy i uznaniu, że mogło mu się jedynie wydawać, że porozumiał się z Ł. B. (1), podczas gdy właściwa analiza zgromadzonego materiału, a zwłaszcza wyjaśnień samego oskarżonego Ł. B., które są nielogiczne i niekonsekwentne, w tym co do samej rozmowy ze współoskarżonym o zamierzonym rozboju tylko w konwencji żartu, a następnie rzekomym szoku, jakiego miał doznać, gdy dowiedział się o rozboju, a jednocześnie twierdzeniu, że obawiał się M. S. (1) i dlatego nie zawiadomił organów ścigania, przy uwzględnieniu wyjaśnień M. S. (1), który konsekwentnie wyjaśniał, że Ł. B. (1) działał z nim wspólnie i porozumieniu, wskazując zdecydowanie, że wspólnie ustalili miejsce przestępstwa i jego cel oraz miejsce, w którym Ł. B. (1) miał czekać w samochodzie na M. S. (1) uciekającego z łupem i de facto zabezpieczać mu odwrót że ustalili, w jaki sposób podzielią się uzyskanymi z kradzieży rzeczami, oraz okoliczność że Ł. B. (1) widział w samochodzie broń palną u M. S. (1), który trzymał ją w ręce również wychodząc z samochodu, a po napadzie natychmiast odjechał z miejsca zdarzenia, a następnie aktywnie i z zainteresowaniem sprawdzał zawartość plecaka, w którym M. S. (1) przeniósł rzeczy pochodzące z rozboju oraz brał udział w podziale łupów, winy prowadzić do wniosku, że Ł. B. (1) wyczerpał swym zachowaniem znamiona zarzucanego mu przestępstwa działając wspólnie i w porozumieniu z M. S. (1);

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, a polegający na błędnym wyrażeniu poglądu, iż mając na względzie całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego brak jest podstaw do przyjęcia, aby M. S. (1) działał wspólnie i w porozumieniu z Ł. B. (1) co do czynu opisanego w punkcie I aktu oskarżenia, bezkrytycznym daniu wiary wyjaśnieniom oskarżonego Ł. B. (1) dotyczącym przekonania o tym że M. S. (1) tylko żartował na temat zamiaru dokonania rozboju, oraz bezzasadnym zakwestionowaniu wyjaśnień oskarżonego M. S. (1) w wyniku dowolnego przyjęcia, że był w znacznym stopniu nietrzeźwy i uznaniu, że mogło mu

się jedynie wydawać, że porozumiał się z Ł. B. (1) a w konsekwencji błędnym przyjęciu, że M. S. (1) działał w pojedynkę przy popełnieniu przestępstwa wskazanego w punkcie I aktu oskarżenia, podczas gdy właściwa analiza zgromadzonego materiału, a zwłaszcza wyjaśnień samego oskarżonego Ł. B., które są nielogiczne i niekonsekwentne, w tym co do samej rozmowy ze współoskarżonym o zamierzonym rozboju tylko w konwencji żartu, a następnie rzekomym szoku, jakiego miał doznać, gdy dowiedział się o rozboju, a jednocześnie twierdzeniu, że obawiał się M. S. (1) i dlatego nie zawiadomił organów ścigania, przy uwzględnieniu wyjaśnień M. S. (1), który konsekwentnie wyjaśniał, że Ł. B. (1) działał z nim wspólnie i porozumieniu, wskazując zdecydowanie, że wspólnie ustalili miejsce przestępstwa i jego cel oraz miejsce, w którym Ł. B. (1) miał czekać w samochodzie na M. S. (1) uciekającego z łupem i de facto zabezpieczać mu odwrót że ustalili, w jaki sposób podzielią się uzyskanymi z kradzieży rzeczami, oraz okoliczność że Ł. B. (1) widział w samochodzie broń palną u M. S. (1), który trzymał ją w ręce również wychodząc z samochodu, a po napadzie natychmiast odjechał z miejsca zdarzenia, a następnie aktywnie i z zainteresowaniem sprawdzał zawartość plecaka, w którym M. S. (1) przeniósł rzeczy pochodzące z rozboju oraz brał udział w podziale łupów, winy prowadzić do wniosku, że Ł. B. (1) wyczerpał swym zachowaniem znamiona zarzucanego mu przestępstwa działając wspólnie i w porozumieniu z M. S. (1);

III. rażąco niewspółmierność kary orzeczonej wobec M. S. (1) poprzez orzeczenie względem niego kary 3 lat i 6 miesięcy za dwie zbrodnie z art. 280 § 2 k.k. popełnione w ciągu przestępstw, to jest kary w pobliżu dolnej granicy ustawowego zagrożenia, podczas gdy wysoki stopień społecznej szkodliwości czynów oraz zawinienia sprawcy, ilość popełnionych przez niego przestępstw i zuchwałość działania, a co za tym idzie względy prewencji zarówno szczególnej, jak i ogólnej przemawiają za wymierzeniem kary pozbawienia wolności w surowszym wymiarze.

W związku z powyższym prokurator wniósł o:

- uchylenie rozstrzygnięcia zawartego w punkcie VI części dyspozytywnej wyroku dotyczącego uniewinnienia Ł. B. (1) od popełnienia czynu opisanego w punkcie III części wstępnej wyroku i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sadowi okręgowemu w Opolu;
- uchylenie rozstrzygnięcia zawartego w punkcie I części dyspozytywnej wyroku w zakresie przypisania M. S. (1) popełnienia jedynie czynu opisanego w punkcie I części wstępnej wyroku jako sprawcy działającemu samodzielnie i przekazanie tej sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sadowi Okręgowemu w Opolu;
- zmianę rozstrzygnięcia zawartego w punkcie I części dyspozytywnej wyroku poprzez przypisanie M. S. (1) popełnienia jedynie czynu opisanego w punkcie I części dyspozytywnej wyroku przez wymierzenie M. S. (1) na zasadzie art. 91 §1 k.k. za przestępstwa z art. 280 §2 k.k. kary 6 lat pozbawienia wolności.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja prokuratora częściowo zasługuje na uwzględnienie.

Zasadny jest zarzut apelacji prokuratora dotyczący błędu w ustaleniach faktycznych (pkt I i II apelacji). Warto przypomnieć, że błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia to błąd, który, jak słusznie pisze T. Grzegorzczak: „wynika bądź to z niepełności postępowania dowodowego (tzw. błąd "braku"), bądź też z przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów (błąd "dowolności"). Może on więc być wynikiem nieznanomości określonych dowodów lub nieprzestrzegania dyrektyw obowiązujących przy ocenie dowodów (art. 7), np. błąd logiczny w rozumowaniu, zlekceważenie niektórych dowodów, danie wiary dowodom nieprzekonującym, bezpodstawne pominięcie określonych twierdzeń dowodowych, oparcie się na faktach w istocie nieudowodnionych itd.” (Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Zakamycze 2003, Wyd. III, komentarz do art. 438 k.p.k. Lex Omega). Niewątpliwie w tej sprawie słusznie prokurator wiąże podniesiony zarzut błędu w ustaleniach faktycznych z przekroczeniem granic swobodnej oceny dowodów (tzw. „błąd dowolności”), w tym zwłaszcza dowodu z wyjaśnień oskarżonego M. S. (1).

Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok wobec oskarżonego Ł. B. (1) (punkty VI i VII części rozstrzygającej) i sprawę w tej części przekazał Sądowi Okręgowemu w Opolu do ponownego rozpoznania,

W ocenie Sądu Apelacyjnego przekonanie Sądu meriti o niewinności oskarżonego Ł. B. (1) nie zostało oparte na wszechstronnej analizie wszystkich zgromadzonych w sprawie dowodów. Analiza w postępowaniu odwoławczym dowodów zgromadzonych w tej sprawie potwierdza zarzut podniesiony w apelacji prokuratora, że orzeczenie dotyczące oskarżonego Ł. B. (1) oparte zostało o ustalenia dokonane w wyniku dowolnej, powierzchownej i wybiórczej oceny materiału dowodowego z naruszeniem obowiązku dochodzenia prawdy, a nadto bez podjęcia starań w celu wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności zdarzenia będącego przedmiotem postępowania i bez oparcia rozstrzygnięcia na całości materiału dowodowego. Orzeczenie sądu pierwszej instancji wydane zostało więc z rażącym naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.), głównie w wyniku powierzchownej i fragmentarycznej oceny relacji oskarżonego M. S. (1), który w swoich wyjaśnieniach jako współdziałającego w przestępstwie rozboju mającego miejsce w dniu 10 lutego 2016 r. w G., w sklepie o nazwie (...) wskazał oskarżonego Ł. B. (1). Wyrażona w art. 7 k.p.k. zasada swobodnej oceny dowodów oznacza nakaz dokonywania oceny uwzględniającej kryteria obiektywne (logikę, wiedzę, doświadczenie życiowe), która podlega kontroli procesowej w trybie odwoławczym, a sąd w uzasadnieniu podjętej decyzji musi wyjaśnić motywy jakie nim kierowały w dokonywaniu rozstrzygnięcia. Ustalenia faktyczne przyjęte za podstawę rozstrzygnięcia zawartego w wyroku zatem tylko wtedy nie naruszają zasady swobodnej oceny dowodów, gdy dokonane zostały na podstawie wszechstronnej analizy przeprowadzonych dowodów, a ocena tych dowodów nie wykazuje błędów natury faktycznej czy logicznej i jest zgodna ze wskazaniami wiedzy oraz doświadczenia życiowego.

Sąd meriti oparł orzeczenie uniewinniające oskarżonego Ł. B. (1) od popełnienia zarzucanego mu przestępstwa powołując się także na przepis art. 5 § 2 k.p.k. Ustawodawca statuuje w nim jedną z naczelnych i znaną już w najwcześniejszych procesach karnych, zasadę in dubio pro reo, w myśl której: „nie dające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego”. Nie wszelkie zatem wątpliwości, lecz takie, których usunięcie w trybie procesowym okazuje się niemożliwe. Zasada in dubio pro reo nie ogranicza zasady swobody oceny dowodów. Jeżeli z materiału dowodowego wynikają różne wersje wydarzenia, to nie jest to jeszcze równoznaczne z zaistnieniem niedających się usunąć wątpliwości w rozumieniu tego przepisu. W takim wypadku sąd jest zobowiązany do dokonania ustaleń właśnie na podstawie swobodnej oceny dowodów. Dopiero wtedy, gdy po wykorzystaniu wszelkich istniejących możliwości wątpliwości nie zostaną usunięte, należy je wytlumaczyć w sposób korzystny dla oskarżonego. Reguła in dubio pro reo nie ma zastosowania do wątpliwości pojawiających się w związku z oceną dowodów i podejmowaniem decyzji, który z wzajemnie sprzecznych dowodów, zasługuje na wiarę, a który tego waloru nie ma. Zatem nie wolno korzystać z rozwiązania wskazanego w art. 5 § 2 k.p.k., gdy nasuwające się wątpliwości mogą być usunięte przy zastosowaniu oceny zebranego materiału dowodowego zgodnie ze standardami wytyczonymi przez zasadę z art. 7 k.p.k.

Oskarżony M. S. (1) przyznał się do winy, w tym do dokonania rozboju w dniu 10 lutego 2016 r. w G., w sklepie o nazwie (...), twierdząc jednocześnie, że także inna osoba tj. oskarżony Ł. B. (1) współdziałał w tym przestępstwie. Oskarżony Ł. B. (1) w toku całego postępowania konsekwentnie zaprzeczał obciążającym go wyjaśnieniom oskarżonego M. S. (1). W zasadzie ta okoliczność jak i przyjęcie przez Sąd meriti, że pomawiający oskarżony pozostawał pod takim wpływem alkoholu, że nie mógł wiarygodnie potwierdzić, że oskarżony Ł. B. (1) miał świadomość, że będzie współdziałać w popełnieniu przestępstwa rozboju i de facto zgłosił w nim swój udział zdecydowały o uniewinnieniu oskarżonego Ł. B. (1). Jednak samo konsekwentne zaprzeczanie przez oskarżonego Ł. B. (1) obciążającym go wyjaśnieniom oskarżonego M. S. (1), nie może być bezkrytycznie oceniane za wiarygodne bez uprzedniej wnikliwej analizy tych wyjaśnień z uwzględnieniem całokształtu okoliczności sprawy. Pomówienie, czyli obciążanie innej osoby odpowiedzialnością za przestępstwo jest w ujęciu prawa karnego procesowego dowodem podlegającym swobodnej ocenie na równi z innymi dowodami, nie może być więc z góry traktowane z nieufnością, uznawane za dowód "niepełnowartościowy" i ograniczane do pojęcia fałszywego oskarżenia (zob. wyrok Sądu Najwyższego - Izba Karna z dnia 12 stycznia 2006 r. II KK 29/05; OSNKW 2006 nr 4, poz. 41, str. 53, Biul. SN 2006 nr 4, Prok. i Pr. 2006 nr 6, poz. 14, str. 11, Wokanda 2006 nr 10, str. 27, KZS 2006 nr 5, poz. 13, OSNwSK 2006 nr 1, poz. 131, Legalis). Jednocześnie należy zgodzić

się, że każde pomówienie, jako pochodzące od osoby zainteresowanej rozstrzygnięciem, powinno być oceniane z całą ostrożnością, z zachowaniem dużej dozy krytycyzmu i zasad logicznego rozumowania, a przy tym w konfrontacji z pozostałymi dowodami i okolicznościami sprawy (wyr. SN z 7.6.1978 r., I KR 66/78, GP 1978, Nr 23 z aprobatą M. Cieślaka, Z. Dody, Przegląd, Pal. 1979, Nr 6, s. 77 oraz w zasadzie akceptującymi uwagami W. Daszkiewicza, Przegląd, PiP 1979, Nr 12, s. 110).

W pierwszej kolejności konieczne jest zwrócenie uwagi na niekonsekwencję w ocenie dowodu z wyjaśnień oskarżonego M. S. (1). Sąd meriti nie miał przecież żadnych wątpliwości co możliwości wiarygodnego odtworzenia przez oskarżonego M. S. (1) jego własnej roli w dokonaniu rozboju z art. 280 § 2 k.k. w sklepie monopolowym w G. i przebiegu tego zdarzenia. Sąd ten nie wyjaśnił, dlaczego oskarżony M. S. (1) miał błędnie wskazać, że oskarżony Ł. B. (1) zgłosił swój udział w przestępstwie rozboju, gdy jednocześnie wiarygodnie odtworzył swoją rolę w popełnieniu przestępstwa rozboju i opisał jego przebieg w sposób zgodny z relacją pokrzywdzonej K. C. (k.520-521, 26-27, odpis - 28). Skoro jak twierdzi Sąd meriti oskarżony M. S. (1) był pod takim wpływem alkoholu, że jego przekonania o zawarciu porozumienia z oskarżonym Ł. B. (1) co do dokonania przestępstwa rozboju nie można uznać za wiarygodne dlaczego jednocześnie uznał, że relacja tego oskarżonego co do pozostałych istotnych okoliczności zdarzenia nie była obarczona takiego rodzaju wadą i oskarżony M. S. (1) miał wówczas zdolność do prawidłowego odbierania i rejestrowania rzeczywistości. Oskarżony M. S. (1) przyznał, że spożywał alkohol (wypił 0,7 l wódki), ale jednocześnie wskazał, że alkohol zaczął działać już po napadzie bowiem nie pamięta, gdzie potem jeździli (k.161 v i 163 v). Z kolei oskarżony Ł. B. (1) wyjaśnił, że widać było że S. wypił, ale się nie przewracał, wiedział co robi (k. 163v).

Kolejną istotną kwestią jest to, że Sąd meriti pominął w swoich rozważanych sytuację procesową obu oskarżonych. Należy przecież pamiętać, że przede wszystkim konsekwentne i stanowcze zaprzeczanie przez oskarżonego Ł. B. (1), że przystał on na realizację planu dokonania rozboju, stanowiło w jego ocenie szansę na uniknięcie odpowiedzialności karnej. Wyjaśnienia osoby postawionej w stan oskarżenia są jednak nie tylko dowodem w postępowaniu, ale także sposobem, środkiem służącym do obrony - i zaprzeczanie własnemu udziałowi w przestępstwie nie jest w postępowaniu karnym niczym wyjątkowym. Odnośnie zaś oskarżonego M. S. (1) wskazać należy, że w swoich początkowych wyjaśnieniach pominął on udział oskarżonego Ł. B. (1) w rozboju mającym miejsce w sklepie monopolowym w G.. Dopiero przed Sądem Rejonowym w Głubczycach (k.126), w trakcie posiedzenia w przedmiocie tymczasowego aresztowania, ujawnił udział oskarżonego Ł. B. (1) w całym zdarzeniu. Treść wyjaśnień oskarżonego M. S. (1) złożonych w trakcie tego posiedzenia i na późniejszym etapie postępowania karnego wskazuje, że motywem złożenia przez niego wyjaśnień opisujących nie tylko rolę oskarżonego Ł. B. (1), ale także własną rolę w dokonaniu przestępstwa rozboju kwalifikowanego, nie była chęć uniknięcia za tę zbrodnię własnej odpowiedzialności, a nawet zmniejszenia winy własnej. W tym kontekście warto zwrócić uwagę, że organy postępowania przygotowawczego nie dysponowały dowodami jednoznacznie wskazującymi na udział M. S. (1) w rozboju w dniu 10 lutego 2016 r. W postępowaniu nie podjęło jednak nawet próby ustalenia, jaki mógł być motyw pomówienia przez M. S. (1) o udział w przestępstwie niewinnej osoby.

Sąd meriti badając wiarygodność wyjaśnień oskarżonego M. S. (1) wskazał w uzasadnieniu, że oskarżony M. S. (1) nie potrafił w racjonalny sposób wskazać na czym oparł przekonanie, że żarty się skończyły, że doszło pomiędzy nim a Ł. B. (1) do porozumienia co do popełnienia czynu zabronionego (k.605). Nie wiadomo jednak co Sąd Okręgowy wypowiadając taki pogląd miał na myśli. Przecież treść wypowiedzi oskarżonego M. S. (1) jest całkowicie zrozumiała i zawarty w nich sens nie nasuwa żadnych problemów interpretacyjnych. Sam prosty i oszczędny sposób formułowania wypowiedzi przez oskarżonego M. S. (1), w niczym nie różniący się od tego, jak mówią inni przedstawiciele jego środowiska i ludzie na podobnym poziomie intelektualnym, nie powinien rzutować na ocenę wiarygodności złożonych przez niego wyjaśnień. Doświadczenie, jakie zdobywa się w praktyce sądowej wskazuje, że relacje o przebiegu przestępstwa wcale nie przychodzą ich sprawcom z łatwością i nie zawsze posługują się oni właściwie dobranymi słowami.

Oskarżony M. S. (1) wyraźnie wskazał, że faktycznie pomysł napadu był początkowo żartem ale potem przerodził się w poważny plan, który został zrealizowany (zob. wyjaśnienia tego oskarżonego, z których wynika, że: k. 162- pomysł napadu pojawił się podczas jazdy do G., nie pamięta od kogo, najpierw żartowaliśmy a potem na poważnie ustaliliśmy,

że dojdzie do napadu, był ustalony sklep; k. 163 -nie pamięta czy osk. Ł. B. (1) próbował odwieść go od napadu, pamięta, że mówił byśmy nie świrowali, potem wyszło jak wyszło, nie jechaliśmy w konkretne miejsce, po drodze zobaczyliśmy sklep wtedy podjęliśmy decyzję o napadzie, razem podjęliśmy decyzję, i on zatrzymał auto w okolicach sklepu; k. 517- jak jechaliśmy i rozmawialiśmy napadzie to z żartu przerodziło się w napad, praktycznie pod sklepem zdecydowaliśmy że zrobimy napad, to był impuls, po prostu z żartów nagle mówimy: to dawaj, miałem iść do sklepu a on na mnie czekać; k. 518- padł taki pomysł napadu, zaczęliśmy z niego żartować i z żartów przeszliśmy do rzeczy, do pewnego momentu żartowaliśmy, w drodze zdecydowaliśmy się na napad, podjechaliśmy pod ten sklep, zatrzymaliśmy się, ustaliliśmy że to ten sklep, powiedzieliśmy: dobra robimy, nie ustalaliśmy co ukraść, chodziło o pieniądze). Oskarżony w swoich wyjaśnieniach odróżnia więc to kiedy żartowali, od tego kiedy zdecydowali o dokonaniu napadu rabunkowego, wybrali sklep, ustalili role, miejsce gdzie Ł. B. (1) miał oczekiwać na M. S. (1).

Sąd meriti nie dokonał także bliższej i bardziej szczegółowej analizy wyjaśnień oskarżonego M. S. (1) w dalszych istotnych dla sprawy kwestiach, tj. odnośnie wyboru miejsca napadu (zob. wyjaśnienia osk. M. S. w których wskazuje on, że: k. 382v- miejsce napadu to nasza decyzja, wcześniej przecież jeździliśmy aby wybrać sklep) i wiedzy oskarżonego Ł. B. odnośnie posiadania broni przez oskarżonego M. S., kiedy wychodził z samochodu (zob. wyjaśnienia osk. M. S., z których wynika, że: k. 517 – Ł. B. wiedział że mam broń, pokazywałem mu, nie informowałem że zamierzam użyć w rozboju, jak wychodziłem z auta miałem ją w rękę; k. 528- broń pokazałem Ł. podczas jazdy do G., miałem ją na wierzchu on ją widział) oraz założenia przez oskarżonego M. S. (1) bluzy z kapturem, którą miał podczas napadu (wyjaśnienia osk. Ł. B. z których wynika, że oskarżony wziął od niego bluzę z kapturem, którą miał w czasie napadu - k. 142i k. 148v; wyjaśnienia M. S.: k. 161v -nie żartowałem, że idę zrobić napad, użyłem zieloną bluzę z samochodu Ł., nie pamiętam czy dał czy sam wziąłem).

Sąd meriti pobieżnie przeanalizował te wyjaśnienia oskarżonych, które dotyczyły roli oskarżonego Ł. B. w przestępstwie. Ogólnie z wyjaśnień osk. M. S. wynika, że oskarżony Ł. B. (1) miał czekać na niego w umówionym miejscu w samochodzie (wyjaśnienia oskarżonego M. S.: k. 126v-jak jechaliśmy i jak mnie zostawił, to wiedział że idę, on na mnie czekał, z nim odjechałem, nie miał pilnować czy nikt nie idzie, miał na mnie tylko czekać, był moim współnikiem, jak jechaliśmy razem wpadliśmy na ten pomysł; k. 518- wiedział w którym miejscu czekać; k. 161v- ustaliliśmy z Ł. miejsce gdzie będzie na mnie czekał i tam czekał; k. 163 - miejsce gdzie miał na mnie czekać było na zakręcie, koło sklepu, tak ustaliliśmy, i w tym miejscu wszedłem do auta, wysiadałem w innym miejscu, 163v- jak przejeżdżaliśmy pod sklepem ustaliliśmy z Ł. miejsce gdzie będzie na mnie czekał). Tymczasem z wyjaśnień oskarżonego Ł. B. wynika, że próbował parkować za sklepem ale nie było tam miejsca i zatrzymał się w innym miejscu, nie podjeżdżając pod sklep bowiem nie wiedział, gdzie jechać. Jednakże przejeżdżał kilka razy obok sklepu więc orientował się w topografii okolicy a jak wynika z zabezpieczonego monitoringu miejsca parkingowe przy sklepie były wolne (k. 148v, k.519, -k.40a, kamera 3 i 6).

Sąd meriti ustalając stan faktyczny sprawy stwierdził, że oskarżony Ł. B. (1) nie przyjął pieniędzy od oskarżonego M. S. (1) pochodzących z rozboju w sklepie monopolowym w G.. Tymczasem takie ustalenie nosi cechy dowolności. Z wyjaśnień oskarżonego M. S. (1) wynika, że nastąpił równy podział pieniędzy pochodzących z rozboju i że oskarżony Ł. B. (1) wiedział skąd pochodzą i je przyjął (np. k.162). Z kolei wyjaśnienia oskarżonego Ł. B. (1) nie są już takie konsekwentne. Wprawdzie twierdził on, że nie wziął pieniędzy pochodzących z rozboju i kupił paliwo do samochodu za swoje pieniądze, ale jednocześnie twierdząc tak wskazał, że oskarżony M. S. potem dał mu 70 zł na paliwo (k. 148 v i k. 163 v). Sąd Okręgowy nie uznaje omawianego fragmentu relacji M. S. (1) za nie prawdziwy.

Ponadto należy podzielić stanowisko apelacji oskarżyciela publicznego, że Sąd meriti pominął w swoich rozważaniach zachowanie oskarżonego Ł. B. (1) po jego tymczasowym aresztowaniu relacjonowane przez oskarżonego M. S. (1) i świadków J. S. i K. P., a które miało sprowadzać się do gróźb i zniewag kierowanych wobec M. S. (1) i wyzywania jego konkubiny słowami wulgarnymi, mających spowodować odwołanie przez oskarżonego M. S. (1) obciążających go wyjaśnień (k. 352, 355-356, 381-382).

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonego Ł. B. (1) wymaga ponownej, wszechstronnej, wnikliwej i obiektywnej, uwzględniającej całokształt zgromadzonego w sprawie materiału

dowodowego analizy, w tym przede wszystkim ponownego odniesienia się do dowodu z wyjaśnień oskarżonego M. S. (1) i jego oceny zgodnie z dyrektywami z art. 7 k.p.k. Sąd Okręgowy dokona zatem takiej oceny bez pomijania okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia tak tych przemawiających na korzyść jak i niekorzyść oskarżonego Ł. B. (1), a następnie wyda stosowne rozstrzygnięcie w przedmiocie odpowiedzialności karnej tego oskarżonego za zarzucane mu przestępstwo. Sąd Okręgowy przy ponownym rozpoznaniu sprawy, jeżeli uzna, że w istocie oskarżony Ł. B. (1) współdziałał w rozboju mającym miejsce w sklepie monopolowym w G., będzie także zobowiązany ustalić czy rola tego oskarżonego polegała na współsprawstwie, czy pomocnictwie do przestępstwa rozboju, a ewentualnie ustalenia czy jego zachowanie wyczerpywało znamiona innego przestępstwa np. paserstwa (stąd w opisie czynu przypisanego M. S. (1) posłużono się ogólnym określeniem „współdziałający”). Na tym etapie postępowania Sąd Apelacyjny tej kwestii nie może jednak przesądzić.

Stosownie do aktualnego brzmienia art. 437 § 2 k.p.k. zd. II uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania może nastąpić wyłącznie w wypadkach wskazanych w art. 439 § 1, art. 454 lub jeżeli jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości. Żadna z tych sytuacji nie zachodzi w odniesieniu do oskarżonego M. S. (1) i kwestii rozważenia współdziałania z Ł. B. (1) w rozboju z dnia 10 lutego 2016 r. Stąd żądanie uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania także wobec M. S. (1) w zakresie pierwszego z zarzucanych mu czynów zawarte w apelacji prokuratora było niezasadne.

Dlatego Sąd Apelacyjny uwzględniając zarzut błędu w ustaleniach faktycznych wymieniony w punkcie II apelacji dokonał zmiany zaskarżonego wyroku w odniesieniu do oskarżonego M. S. (1) w punkcie I tiret pierwszy części rozstrzygającej w ten sposób, że w zakresie czynu opisanego w punkcie I części wstępnej zaskarżonego wyroku oskarżonego M. S. (1) uznał za winnego tego, że w dniu 10 lutego 2016 r. w G. współdziałając z inną osobą wybrali sklep monopolowy (...), w którym dokonają napadu rabunkowego, współdziałający przywiózł go w pobliże tego miejsca, a M. S. (1) po wejściu do sklepu posługując się bronią palną – rewolwerem alarmowo – kinetycznym marki M. (...),5” kal.(...)mm i grożąc sprzedawczyni K. C. pozbawieniem życia wzywał ją do wydania pieniędzy, a następnie zabrał w celu przywłaszczenia 1047 złotych oraz siedem paczek papierosów wartości 134,9 złotych to jest łącznie 1181,9 złotych na szkodę B. i R. H., a następnie oddalił się na uprzednio ustalone ze współdziałającym miejsce skąd odjechali, to jest przestępstwa z art. 280 § 2 k.k.

Sąd Apelacyjny podzielił twierdzenia apelującego o wiarygodności wyjaśnień oskarżonego M. S. (1) w całości, także w zakresie współdziałania tego oskarżonego w popełnieniu przestępstwa rozboju z oskarżonym Ł. B. (1). W ocenie Sądu Apelacyjnego wyjaśnienia te są logiczne, jasne i konsekwentne. Oskarżony opisał całe zdarzenie tj. rozbój do którego doszło w sklepie monopolowym w G., nie kryjąc przecież swojej dominującej roli w przestępczym przedsięwzięciu. Wyjaśnił, że faktycznie początkowo pomysł dokonania rozboju był żartem, ale jasno też wskazał, że w pewnym momencie obaj oskarżeni przestali żartować i przystąpili do realizacji planu (np. k. 517- jak jechaliśmy i rozmawialiśmy o napadzie to z żartu przerodziło się w napad, Ł. mówił żebyśmy nie świrowali, praktycznie pod sklepem zdecydowaliśmy że zrobimy napad, to był impuls, po prostu z żartów nagle mówimy: to dawaj, miałem iść do sklepu a on na mnie czekać; k. 518- padł taki pomysł napadu, zaczęliśmy z niego żartować i z żartów przeszliśmy do rzeczy, do pewnego momentu żartowaliśmy, w drodze zdecydowaliśmy się na napad, podjechaliśmy pod ten sklep, zatrzymaliśmy się ustaliliśmy że to ten sklep, powiedzieliśmy: dobra robimy, nie ustalaliśmy co ukraść, chodziło o pieniądze). Wybrali sklep w którym miało dojść do napadu, oskarżony M. S. (1) ubrał bluzę z kapturem, jak wychodził z samochodu to miał broń w ręku, a po wyjściu z samochodu na twarz nałożył maskę (k. 126v-Ł. B. (1) wiedział, że idę na rozbój; k. 382- od początku wiedział po co jedziemy pod sklep, zastanawialiśmy się, czy sterroryzować osoby w sklepie; k. 382v- miejsce napadu to nasza decyzja, wcześniej przecież jeździliśmy aby wybrać sklep; k. 126v-jak jechaliśmy i jak mnie zostawił to wiedział że idę, on na mnie czekał z nim odjechałem, nie miał pilnować czy nikt nie idzie, miał na mnie tylko czekać, był moim współnikiem, jak jechaliśmy razem wpadliśmy na ten pomysł; k. 517 - Ł. B. wiedział że mam broń pokazywałem mu, nie informowałem że zamierzam użyć w rozboju, jak wychodziłem z auta miałem ją w ręku, k. 528 - broń pokazałem Ł. podczas jazdy do G., miałem ją na wierzchu on ją widział). Po dokonaniu napadu wrócił do samochodu, w którym czekał na niego oskarżony Ł. B. (1) (k. 161v - nie żartowałem że idę zrobić napad, użyłem zieloną bluzę z samochodu Ł. B. nie pamiętam czy dał czy sam wziąłem, maskę założyłem po wyjściu



z auta, ustaliliśmy z Ł. miejsce gdzie będzie na mnie czekał i tam czekał). Następnie razem odjechali i podzielili się pieniędzmi. (k. 126v-podzieliliśmy się łupem pół na pół po ok.400zł, jadąc nie ustaliliśmy sposobu podziału; k. 518-wiedział w którym miejscu czekać). Wyjaśnienia oskarżonego M. S. (1) nie miały na celu obciążenia osoby niewinnej ale stanowiły szczerą relację z przebiegu zdarzenia. Nie był on przecież osobiście zainteresowany pomówieniem swojego kolegi, bowiem ani nie przerzucał winy na niego ani też nie zmniejszał winy własnej.

W pozostałej części zaskarżony wyrok wobec oskarżonego M. S. (1) utrzymano w mocy.

Niezasadny był zarzut rażącej niewspółmierności kary w odniesieniu do oskarżonego M. S. (1) (punkt III apelacji prokuratora). Prokurator podnosząc ten zarzut wyeksponował przede wszystkim wysoki stopień społecznej szkodliwości czynów przypisanych temu oskarżonemu i zawinienia, popełnienie w ramach ciągu dwóch przestępstw i zuchwałość działania. W ocenie prokuratora względy prewencji zarówno szczególnej, jak i ogólnej przemawiają za wymierzeniem oskarżonemu kary pozbawienia wolności w surowszym wymiarze. Należy jednak pamiętać, że na gruncie art. 438 pkt 4 k.p.k. 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 niedającym się wręcz zaakceptować (zob. np. wyrok SN z 6 października 1994 r., II KRN 189/94, OSN Prok. i Pr. 1995, nr 5, poz. 18). Rażąca niewspółmierność kary zachodzić może tylko wówczas, gdy 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 odwoławczej w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art. 53 k.k. oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo Sądu Najwyższego.

Wbrew stanowisku skarżącego, Sąd I instancji, wymierzając oskarżonemu za przypisane mu przestępstwa karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, we właściwy sposób ocenił stopień społecznej szkodliwości tego czynu, jak również rozmiar winy oskarżonego. Uwzględnił również i odpowiednio wyważył wszystkie ujawnione w toku sprawy okoliczności łagodzące i obciążające, jakie w stosunku do oskarżonego zachodziły. Zdaniem Sądu Apelacyjnego brak jest powodów dla kwestionowania tej oceny Sądu meriti. W tej sprawie, podobnie jak w każdej innej należy bowiem mieć na uwadze, że wymiar kary jest wypadkową uwzględniania zarówno okoliczności obciążających jak i łagodzących dotyczących oskarżonego, które nie muszą być oceniane jednowymiarowo. Podobnie nie każda z dyrektyw wymiaru kary musi być uwzględniona w każdym przypadku w jednakowym stopniu. Każda z nich wywiera inny wpływ na wymiar kary konkretnego sprawcy, dzięki czemu możliwa jest modyfikacja kary w przypadkach jednostkowych. Z jednej strony Sąd meriti wziął pod uwagę znaczny stopień społecznej szkodliwości popełnionych przestępstw przejawiający się naganną motywacją działania oskarżonego i jego zuchwałością. Z drugiej zaś strony uwzględnił, że oskarżony nie spowodował na zdrowiu pokrzywdzonych żadnego uszczerbku (pistolet załadował gumowymi kulami), nie był karany, częściowo naprawił szkodę, przyznał się do winy, z własnej inicjatywy ujawnił to, że dokonał także rozboju na sklep monopolowy w G. i wyraził skruchę.

Zatem w ocenie Sądu Apelacyjnego dokonana przez Sąd meriti ocena okoliczności podmiotowych i przedmiotowych istotnych z punktu widzenia społecznej szkodliwości, a także pozostałych okoliczności mających wpływ na wymiar kary pozbawienia wolności jest trafna. Sąd meriti wymierzając oskarżonemu karę pozbawienia wolności uwzględnił wszystkie dyrektywy jej wymiaru zawarte w art. 53 k.k. i całą pewnością karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczoną wobec oskarżonego nie można uznać za karę rażąco łagodną.

Sąd Apelacyjny zwolnił oskarżonego M. S. (1) od przypadających od niego kosztów sądowych postępowania odwoławczego (art. 624 k.p.k.) i określił, że Skarb Państwa ponosi te koszty, a także koszty sądowe w zakresie nieuwzględnionej apelacji prokuratora.

***SSA Cezariusz Baćkowski SSA Tade usz Kielbowicz SSO(del.do SA) Edyta Gajgał***