

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 lipca 2014 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Krawiec
Sędziowie:	SSA Bogusław Tocicki (spr.) SSA Wiesław Pędziwiatr
Protokolant:	Anna Turek

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Teresy Łozińskiej - Fatygi

po rozpoznaniu w dniu 9 lipca 2014 r.

sprawy **A. G.**

oskarżonego z art. 281 k.k., art. 280 § 2 k.k. i art. 278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., art. 280 § 1 k.k. i art. 278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., art. 280 § 2 k.k. i art. 278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora i oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 28 marca 2014 r. sygn. akt III K 405/13

**I. zmienia zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego A. G. w ten sposób, że:**

**a. na podstawie art. 105 § 1 i 2 k.p.k. prostuje oczywistą omyłkę pisarską w punkcie IV części wstępnej tego wyroku stwierdzając, że zarzut IV aktu oskarżenia postawiony A. G. miał brzmienie: „w dniu 14 lipca 2013 roku we W. dokonał rozboju na osobie T. W. w ten sposób, że grożąc użyciem rozbitej butelki i kierując ją w stronę pokrzywdzonego zażądał wydania wartościowych przedmiotów i pieniędzy, po czym dokonał kradzieży karty płatniczej banku (...) S.A., za pomocą której dokonał szeregu transakcji na łączną kwotę 150 zł i 35 groszy, tj. o czyn z art. 280 § 2 k.k. i art. 278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.”;**

**b. w miejsce czynów przypisanych oskarżonemu A. G. w punktach: II i VI części rozstrzygającej tego wyroku (objętych zarzutem II części wstępnej) uznaje oskarżonego A. G. za winnego tego, że w dniu 14 lipca 2013r. we W. dokonał rozboju na osobie S. W. w ten sposób, że grożąc użyciem rozbitej butelki i przystawiając ją do brzucha pokrzywdzonego zażądał wydania wartościowych przedmiotów i pieniędzy, po czym dokonał kradzieży pieniędzy w kwocie 30 zł oraz dwóch kart bankomatowych banku (...) S.A., po czym za pomocą jednej z kart usiłował wypłacić pieniądze w kwocie nie wyższej niż 400 zł, tj. przestępstwa z art. 280 § 2 k.k.;**

c. w miejsce czynu przypisanego oskarżonemu A. G. w punkcie II części rozstrzygającej tego wyroku (objętego zarzutem IV części wstępnej) uznaje oskarżonego A. G. za winnego tego, że w dniu 14 lipca 2013r. we W. dokonał rozboju na osobie T. W. w ten sposób, że grożąc użyciem rozbitej butelki i kierując ją w stronę pokrzywdzonego zażądał wydania wartościowych przedmiotów i pieniędzy, po czym dokonał kradzieży karty bankomatowej banku (...) S.A., za pomocą której dokonał szeregu transakcji na łączną kwotę 150 zł i 35 groszy, tj. przestępstwa z art. 280 § 2 k.k.;

d. przyjmuje, że przypisane wyżej czyny z art. 280 § 2 k.k. (objęte zarzutami II i IV części wstępnej tegoż wyroku) stanowiły ciąg przestępstw z art. 91 § 1 k.k. i na podstawie art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierza za nie oskarżonemu A. G. karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności;

e. stwierdza, że utraciła moc kara łączna wymierzona oskarżonemu w punkcie IV części rozstrzygającej;

f. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokata T. K. 1.140 złotych tytułem kosztów nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonego A. G. podczas śledztwa oraz w postępowaniu przed sądem I instancji, a także 262,20 złotych tytułem zwrotu podatku VAT;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. na podstawie art. 85 k.k. oraz art. 86 § 1 k.k. i art. 91 § 2 k.k. łączy orzeczone kary jednostkowe i wymierza oskarżonemu A. G. karę łączną 4 (czterech) lat pozbawienia wolności, na poczet której – na podstawie art. 63 § 1 k.k. – zalicza oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 14 lipca 2013r. do dnia 9 lipca 2014r.;

IV. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokata T. K. 600 złotych tytułem kosztów nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonego A. G. w postępowaniu odwoławczym oraz 138 złotych tytułem zwrotu podatku VAT;

V. zwalnia oskarżonego A. G. od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, obciążając nimi Skarb Państwa.

## UZASADNIENIE

**Prokurator Rejonowy dla Wrocławia – Starego Miasta oskarżył A. (...) o to, że :**

I. w dniu 14 czerwca 2013 roku we W., bezpośrednio po dokonaniu kradzieży telefonu komórkowego marki S. (...) o wartości 700 zł, chcąc utrzymać się w jego posiadaniu, groził M. K. użyciem przemocy,

**- tj. o przestępstwo z art. 281 k.k.;**

II. w dniu 14 lipca 2013 roku we W., dokonał rozboju na osobie S. W. w ten sposób, że grożąc użyciem rozbitej butelki i przystawiając ją do brzucha pokrzywdzonego zażądał wydania wartościowych przedmiotów i pieniędzy, po czym dokonał kradzieży pieniędzy w kwocie 30 zł oraz dwóch kart płatniczych banku (...) S.A. przy czym za pomocą jednej z kart usiłował wypłacić pieniądze w kwocie nie wyższej niż 400 zł,

**- tj. o przestępstwo z art. 280 § 2 k.k. i art. 278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;**

III. w dniu 14 lipca 2013 roku we W., dokonał rozboju na osobie M. M. w ten sposób, że grożąc użyciem noża zażądał wydania wartościowych przedmiotów i pieniędzy, po czym dokonał kradzieży pieniędzy w kwocie 14 zł, karty płatniczej banku (...) S.A. oraz odtwarzacza mp3 o wartości 114 zł,

**- tj. o przestępstwo z art. 280 § 1 k.k. i art. 278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;**

IV. w dniu 14 lipca 2013 roku we W., dokonał rozboju na osobie T. W. w ten sposób, że grożąc użyciem rozbitej butelki i kierując ją w stronę pokrzywdzonego zażądał wydania wartościowych przedmiotów i pieniędzy, po czym dokonał kradzieży karty płatniczej banku (...) S.A., za pomocą której dokonał szeregu transakcji na łączną kwotę 150 zł i 35 groszy,

**- tj. o przestępstwo z art. 280 § 2 k.k. i art. 278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k..**

**Wyrokiem z dnia 28 marca 2014r. sygn. akt III K – 405/13 Sąd Okręgowy we Wrocławiu orzekł następująco:**

I. oskarżonego **A. G.** uznał winnym czynu opisanego w punkcie I części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 281 k.k. i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

II. oskarżonego uznał winnym tego, że w dniu 14 lipca 2013 roku we W., dokonał rozboju na osobie S. W. w ten sposób, że grożąc użyciem rozbitej butelki i przystawiając ją do brzucha pokrzywdzonego zażądał wydania wartościowych przedmiotów i pieniędzy, po czym dokonał kradzieży pieniędzy w kwocie 30 zł oraz dwóch kart bankomatowych banku (...) S.A., tj. czynu z art. 280 § 2 k.k. oraz uznał oskarżonego winnym czynu opisanego w punkcie IV części wstępnej wyroku z tym, że zmienił jego opis w ten sposób, że zamiast „karty płatniczej” przyjął „karty bankomatowej”, a nadto przyjął, że stanowi on przestępstwo z art. 280 § 2 k.k. i za to na podst. art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. za obydwa czyny wymierzył mu karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności;

III. oskarżonego uznał winnym czynu opisanego w punkcie III części wstępnej wyroku z tym, że przyjął, że stanowi on przestępstwo z art. 280 § 1 k.k. i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

IV. na podst. art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. oraz art. 91 § 2 k.k. połączył orzeczone w punktach: I-III kary pozbawienia wolności i wymierzył oskarżonemu karę łączną 4 (czterech) lat pozbawienia wolności;

V. na podst. art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności zalicza oskarżonemu okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 14.07.2013r. do 28.03.2014r.;

VI. oskarżonego uznał winnym tego, że w dniu 14 lipca 2013 roku we W., za pomocą jednej z kart bankomatowych skradzionych w trakcie rozboju opisanego w punkcie II wyroku usiłował wypłacić pieniądze w kwocie ok. 30 zł, tj. czynu z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. i na podstawie art. 14 § 2 k.k. odstąpił od wymierzenia kary;

VII. na podstawie art. 46 k.k. tytułem obowiązków naprawienia szkody orzekł od oskarżonego na rzecz:

a) pokrzywdzonej D. K. – 700,- (siedemset) złotych;

b) pokrzywdzonego M. M. – 128,- (sto dwadzieścia osiem) złotych;

II. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. T. K. kwotę 1.390,80 zł. brutto tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu;

III. na podst. art. 672 k.p.k. i art. 17 ustawy o opłatach w sprawach karnych zwolnił oskarżonego od kosztów sądowych w sprawie, w tym opłaty.

Powyższy wyrok zaskarżyli: Prokurator Rejonowy dla Wrocławia – Starego Miasta w części dotyczącej orzeczenia o winie w zakresie czynów opisanych w punktach: II i VI wyroku – na niekorzyść oskarżonego A. G., a także obrońca z urzędu oskarżonego A. G., adw. T. K. – w części dotyczącej orzeczenia o karze.

**Prokurator Rejonowy dla Wrocławia – Starego Miasta**, powołując się na przepisy art. 427 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 1 i 3 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił:

I. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, polegający na pominięciu w opisie czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie II wyroku czynności wykonawczej w postaci dokonania szeregu transakcji na łączną kwotę 150 zł 35 groszy, co w konsekwencji doprowadziło do braku w treści wyroku przytoczenia dokładnego opisu czynu, którego popełnienie oskarżyciel zarzucił oskarżonemu w punkcie IV aktu oskarżenia;

II. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 13 § 2 k.k. i art. 279 § 1 k.k., polegającą na ich zastosowaniu i przyjęciu, że czyn zabroniony oskarżonego zarzucony w punkcie II aktu oskarżenia stanowi dwa przestępstwa, tj. przestępstwo z art. 280 § 2 k.k. i przestępstwo z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k., podczas gdy przyjęcie prawidłowej kwalifikacji opartej na art. 280 § 2 k.k. pochłania jako współukarany czyn spenalizowany w przepisie art. 279 § 1 k.k..

Podnosząc powyższy zarzut prokurator wniósł o: uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie w tym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji.

**Obrońca z urzędu oskarżonego A. G., adw. T. K.** na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 4 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- rażąco niewspółmierność kary, przejawiającą się nadmierną jej surowością spowodowaną w istocie błędnym przyjęciem przez Sąd meriti, że tylko tak surowa kara, jak orzeczona w zaskarżonym wyroku, będzie w stanie skutecznie oddziaływać wychowawczo na oskarżonego, podczas gdy uzasadnione jest przyjęcie, że cele kary pozbawienia wolności orzeczonej w niższym wymiarze w pełni pozwolą uświadomić oskarżonemu nieopłacalność przekraczania prawa oraz spełnią wymogi tak prewencji indywidualnej jak i ogólnej.

Podnosząc powyższy zarzut, obrońca oskarżonego A. G. na podstawie art. 437 § 1 i 2 k.p.k. wniósł o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie kar za poszczególne przestępstwa jak kary łącznej i wymierzenie ich w łagodniejszym wymiarze;
- 2) zasądzenie kosztów obrony z urzędu za postępowanie przed sądem odwoławczym, które nie zostały opłacone w części, ani w całości.

**W osobistym piśmie procesowym zatytułowanym „apelacja” (k. 317-318) oskarżony A. G.** zarzucił, że kara 4 lat pozbawienia wolności orzeczona wyrokiem Sądu I instancji jest dla niego zbyt surowa. Podniósł, że działał pod wpływem silnych emocji rodzinnych, gdyż był na utrzymaniu starszej siostry, a osiągnane przez nią dochody nie wystarczały na utrzymanie rodziny. Dopuścił się przestępstw by pomóc rodzinie, Wyraził głęboki żal z popełnienia zarzuconych czynów, prosząc o wyrozumiałość sądu. Wskazał na to, że dopiero ukończył 19 lat i chciałby kontynuować naukę, choćby w systemie zaocznym.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

I. Na uwzględnienie zasługiwała wyłącznie apelacja prokuratora, gdyż Sąd I instancji rzeczywiście dopuścił się obrazy prawa materialnego i procesowego w odniesieniu do przestępstw z art. 280 § 2 k.k., zarzuconych oskarżonemu w punktach II i IV części wstępnej zaskarżonego wyroku, przypisanych mu w punktach II i VI części rozstrzygającej. Nie zasługiwał jednak na uwzględnienie wniosek apelacji oskarżyciela publicznego o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, gdyż po dokonaniu korekty wyroku w kierunku wnioskowanym przez prokuratora, jawił się on generalnie jako sprawiedliwy w odniesieniu do zakresu odpowiedzialności karnej oskarżonego A. G. oraz wymierzonych mu kar jednostkowych i kary łącznej. Co więcej, mimo wspomnianego wniosku, prokurator w najmniejszym stopniu nie zakwestionował w apelacji prawidłowości orzeczenia o karze, a w wystąpieniu końcowych na rozprawie głównej domagał się kary łącznej właśnie w takim wymiarze, jak orzekł Sąd Okręgowy we Wrocławiu.

Nie była natomiast zasadna apelacja obrońcy oskarżonego A. G., ponieważ kary jednostkowe wymierzone zaskarżonym wyrokiem nie były dotknięte rażąco niewspółmiernością (nadmierną surowością), a wręcz przeciwnie, były łagodne i zbliżone do dolnej granicy ustawowego zagrożenia, natomiast karę łączną orzekł Sąd I instancji z zastosowaniem najkorzystniejszej dla oskarżonego zasady absorpcji.

II. Odnosząc się do apelacji Prokuratora Rejonowego dla Wrocławia – Starego Miasta należało podzielić zarzuty o następujących uchybieniach:

1) obrazie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 13 § 2 k.k. i art. 279 § 1 k.k., polegającej na ich zastosowaniu i przyjęciu, że czyn oskarżonego dotyczący napadu rabunkowego na S. W. (zarzucony w punkcie II części wstępnej i przypisany w punktach: II i VI części rozstrzygającej) stanowi dwa przestępstwa, tj. przestępstwo z art. 280 § 2 k.k. i przestępstwo z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k., podczas gdy przyjęcie prawidłowej kwalifikacji opartej na art. 280 § 2 k.k. pochłania jako współukarany czyn spenalizowany w przepisie art. 279 § 1 k.k.;

2) obrazie art. 413 § 1 pkt 4 k.p.k. przez niewłaściwe przytoczenie opisu czynu, którego popełnienie oskarżyciel zarzucił oskarżonemu, mającej wpływ na treść wyroku, przez pominięcie w opisie napadu rabunkowego na T. W. (zarzuconego w punkcie IV części wstępnej i przypisanego w punkcie II części rozstrzygającej) czynności wykonawczej w postaci dokonania szeregu transakcji na łączną kwotę 150 zł 35 groszy.

Na wstępie należy przypomnieć, że w orzecznictwie i doktrynie zgodnie przyjmuje się, że znamiona kradzieży z włamaniem po myśli art. 279 § 1 k.k. wyczerpuje także posłużenie się przez sprawcę skradzionym oryginalnym kluczem (por. A. Marek – Kodeks karny. Komentarz, LEX, teza 2 do art. 279 k.k.). Podobne stanowisko dominuje w orzecznictwie. Sąd Najwyższy w wyroku z 9 listopada 1971r. sygn. V KRN – 406/71 stwierdził, iż „Kradzież pieniędzy z zamkniętego pokoju w mieszkaniu pokrzywdzonego, dokonana przez oskarżonych, po dostaniu się do mieszkania przez okno i otwarciu drzwi do pokoju **znalezionym kluczem**, zawiera znamiona kradzieży z włamaniem w rozumieniu art. 208 k.k.” (OSNKW 1972, z. 3, poz. 51). W kolejnym orzeczeniu Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że „zabór mienia z pomieszczenia zamkniętego, które sprawca otworzył **kluczem właściwym (oryginalnym)** wbrew woli osoby uprawnionej do dysponowania tym pomieszczeniem, działając w zamiarze dokonania w ten sposób kradzieży, wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 208 k.k.” (wyrok z 18.02.1972r. sygn. VI – KZP 74/71 – OSNKW 1972, z. 5, poz. 78).

Można zatem stwierdzić, że ***kod (...), jako swoisty i niepowtarzalny klucz elektroniczny zabezpieczający dostęp do konta bankowego danej osoby za pośrednictwem bankomatu, wraz z kartą bankomatową, w świetle wskazanych wyżej poglądów doktryny i judykatury dotyczących klucza materialnego, stanowią przeszkodę do zawładnięcia mieniem innej osoby. Pokonanie takiej przeszkody przez posłużenie się przez sprawcę skradzioną kartą bankomatową wraz z kodem (...) (kluczem elektronicznym) w celu pobrania wbrew jej woli pieniędzy z bankomatu, wyczerpuje niewątpliwie znamiona kradzieży z włamaniem w rozumieniu art. 279 § 1 k.k..***

Jeżeli chodzi o uchybienia wskazane w apelacji Prokuratora Rejonowego dla Wrocławia – Starego Miasta należy w pierwszej kolejności przypomnieć słuszne stanowisko Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu wyrażone w wyroku z dnia 5 sierpnia 2004r. sygn. II AKa – 220/04 i zaakceptowane w doktrynie, że „przepis art. 280 k.k. jest normatywnie powiązany, jako kwalifikowana postać, z każdą formą kradzieży, a zatem odnosi się do wszystkich typów przestępstwa kradzieży opisanych w art. 278 k.k. To prowadzi do oczywistego wniosku, że znamiona rabunku wyczerpuje tak czyn polegający na zaborze w celu przywłaszczenia rzeczy, przy użyciu przemocy wobec osoby lub groźby natychmiastowego jej użycia albo doprowadzeniu człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności, jak i dokonany w taki sam sposób zabór karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego” (OSA 2005, nr 2, poz. 8).

Zatem zasadnie Sąd I instancji wyeliminował z opisu przestępstw zarzuconych oskarżonemu w punktach II i IV części wstępnej i przypisanych oskarżonemu A. G. w punkcie II części rozstrzygającej kwalifikację z art. 278 §1 i 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. uznając, że dopuścił się on wyłącznie zbrodni z art. 280 § 2 k.k.. Pozostaje jednak istotne zagadnienie,

czy dokonane przez sprawcę napadu rabunkowego, podczas którego skradł on kartę bankomatową, podjęcie pieniędzy (albo usiłowanie podjęcia pieniędzy) stanowiło odrębne przestępstwo z art. 279 § 1 k.k. (ewentualnie w zw. z art. 13 § 1 k.k.), czy też było tzw. czynem współukaranym następczym w ramach przestępstwa z art. 280 § 2 k.k..

Problematykę tę podjął już Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w niepublikowanym wyroku z dnia 29 listopada 2011r. sygn. II AKa – 355/11, przedstawiając w uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia także przegląd poglądów przedstawicieli doktryny i orzecznictwa na istotę funkcjonującego w orzecznictwie sądowym czynu współukaranego. Sąd Apelacyjny przypomniał stanowisko A. Marka i P. Gensikowskiego, że: „instytucja czynu współukaranego ma charakter pozaustawowy, dlatego też dla określenia jej istoty, warunków wymaganych do zastosowania, możliwych postaci oraz podstawy rozstrzygnięcia sądu w sytuacji przyjęcia czynu współukaranego niezbędne jest odwołanie się do reguł wypracowanych w tym zakresie w doktrynie oraz orzecznictwie. Mając to na względzie, należy zgodzić się z poglądem, że z konstrukcją czynów współukaranych mamy do czynienia w przypadku czynów poprzedzających dokonanie przestępstwa albo następujących po nim. Czyny takie, mimo że **wypełniają znamiona odrębnego czynu zabronionego**, nie podlegają odrębnemu ukaraniu z uwagi na to, że przy całościowej ocenie przestępstwa zostaje &lt;&lt;wliczone&gt;&gt; ich ukaranie. Uważa się, iż przy całościowej ocenie zachowania sprawcy kara wymierzona za jedno przestępstwo powinna realizować funkcje, jakie miałyby spełniać kary jednostkowe i wymierzona na ich podstawie kara łączna” (A. Marek i P. Gensikowski – Konstrukcja czynów współukaranych i jej implikacje praktyczne – Prokuratura i Prawo 2004, nr 10, s. 7-8). Wskazani przedstawiciele doktryny odwołali się dalej do poglądów judykatury, a w szczególności uchwały Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1964r. sygn. VI Ko – 57/63, w której stwierdzono, że „przez współukarane czyny uprzednie lub następcze rozumie się ... 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” (OSNKW 1964 nr 10, poz. 142).

Pozostając przy orzecznictwie sądowym w omawianej kwestii godzi się nadto przytoczyć tezę zawartą w wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 stycznia 2001r. sygn. II AKa – 248/00: „Jeżeli chodzi o czyn współukarany uprzedni, to zastosowanie omawianej konstrukcji może mieć miejsce wówczas, gdy po pierwsze – występuje ścisła więź dwu przestępstw o charakterze &lt;&lt;środku do celu&gt;&gt;, 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**” (Prokuratura i Prawo – wkładka 2001, nr 10, poz. 108; podobny pogląd wyraził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 19 maja 2006r. sygn. II AKa – 114/06 – OSA w Katowicach 2006, nr 3, poz. 1).

W konkluzji, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu we wspomnianym wyroku z dnia 29 listopada 2011r. sygn. II AKa – 355/11 (niepubl.) stwierdził, że u podstaw redukcji wielości ocen przy zbiegu przestępstw, na zasadzie przestępstwa współukaranego (uprzedniego lub następczego) leży 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 (por. A. Spotowski – Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw, Warszawa 1976 r., s. 159). Według tego ujęcia podstawą redukcji oceny przy zbiegu przestępstw jest założenie, że 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 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 1965 r., s. 77).

Przenosząc powyższe poglądy doktryny i judykatury w kwestii czynu współukaranego następczego na grunt niniejszej sprawy, należy jeszcze raz odnieść się do trafnie ustalonego przez Sąd I instancji stanu faktycznego co do przestępstwa z art. 280 § 2 k.k. (zarzuczonego w punkcie II części wstępnej i przypisanego w punktach: II i VI części rozstrzygającej) polegającego na dokonaniu w dniu 14 lipca 2013r. rozboju na osobie S. W..

Po pierwsze, opierając się na materiale dowodowym w postaci zeznań świadków: S. W. (k. 36-37, 141, 292-292v) i M. Z. (k. 39-40, 258-259), wynikach przeszukania osoby oskarżonego A. G., przy którym policjanci ujawnili pieniądze w kwocie 30 zł w banknotach o nominałach 20 zł i 10 zł oraz kartę bankomatową (...) S.A., które zwrócono pokrzywdzonemu za pokwitowaniem (k. 27-29, k. 142) i wyjaśnieniach samego oskarżonego A. G. (k. 71, 75, 80, 208, 254-255), Sąd Okręgowy we Wrocławiu ustalił bowiem, że oskarżony A. G., w celu zaboru mienia, groził pokrzywdzonemu użyciem rozbitej butelki i żądał od niego wydania wartościowych przedmiotów i pieniędzy, po czym dokonał kradzieży pieniędzy i karty bankomatowej banku (...) S.A.. Jednocześnie oskarżony żądał podania przez pokrzywdzonego kodu (...), co jednoznacznie wskazywało na jego zamiar wykorzystania karty już od początku akcji przestępczej wobec S. W. i, rzeczywiście, po zaborze karty bankomatowej i uzyskaniu kodu (...), oskarżony A. G. w krótkim czasie, jeszcze tego samego dnia usiłował wypłacić pieniądze z bankomatu na podstawie skradzionej karty. Takie zachowanie oskarżonego, stanowiące nieprzerwany ciąg przestępczej akcji, podporządkowany podjętemu na początku zamiarowi bezpośredniemu zaboru pieniędzy i karty bankomatowej, a także uzyskania kodu (...) w celu wypłacenia na jej podstawie pieniędzy z bankomatu, jednoznacznie wskazywało na ciągłość zachowań oskarżonego, objęty dyspozycją art. 12 k.k.. **Usiłowanie wypłaty pieniędzy na podstawie karty bankomatowej skradzionej podczas napadu rabunkowego, a także przy wykorzystaniu kodu (...), którego ujawnienia domagał się sprawca w trakcie rozboju, stanowiło czyn współukarany następczy przestępstwa z art. 280 § 2 k.k., a nie odrębne przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k.** Jeden czyn może bowiem stanowić tylko jedno przestępstwo, zgodnie z art. 11 § 1 k.k..

Po drugie, w odniesieniu do przypisanego oskarżonemu A. G. przestępstwa z art. 280 § 2 k.k. (zarzuczonego w punkcie IV części wstępnej i przypisanego w punkcie II części rozstrzygającej) polegającego na dokonaniu w dniu 14 lipca 2013r. rozboju na osobie T. W., Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił stan faktyczny. Opierając się na materiale dowodowym w postaci zeznań świadka T. W. (k. 57-60, 62-63, 98-101, 111-112, 274-275), informacji banku o operacjach na koncie pokrzywdzonego (k. 113-116), zapisie CD (k. 110) i wyjaśnieniach samego oskarżonego A. G. (k. 71, 75, 80, 208, 254-255), ustalił bowiem, że oskarżony A. G., w celu zaboru mienia, groził pokrzywdzonemu użyciem rozbitej butelki i żądał od niego wydania wartościowych przedmiotów i pieniędzy, po czym dokonał kradzieży karty bankomatowej banku (...) S.A.. Jednocześnie oskarżony żądał podania przez pokrzywdzonego kodu (...), co jednoznacznie wskazywało na jego zamiar wykorzystania karty już od początku akcji przestępczej wobec T. W.. Rzeczywiście, po zaborze karty bankomatowej i uzyskaniu kodu (...), oskarżony A. G. w krótkim czasie, jeszcze tego samego dnia przeprowadził szereg transakcji wspomnianą kartą na kwotę łączną 150 zł i 35 groszy.

Mimo prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, Sąd Okręgowy nie dał wyrazu w sentencji orzeczenia, czy uznaje, że realizacja transakcji skradzioną kartą bankomatową w opisanych okolicznościach było odrębnym przestępstwem z art. 279 § 1 k.k., czy też czynem współukaranym następczym w stosunku do przestępstwa z art. 280 § 2 k.k.. Takie stanowisko byłoby zrozumiałe, gdy uwzględnili się, że Sąd I instancji w odniesieniu do napadu rabunkowego na osobie pokrzywdzonego S. W. (zarzut z punktu II) uznał, że doszło do dwóch przestępstw: z art. 280 § 2 k.k., a następnie z art. 13 § 2 k.k. i art. 279 § 1 k.k..

Wspomniana kwestia nie została jednak przez Sąd I instancji dostrzeżona, gdyż na stronie 13 uzasadnienia zaskarżonego wyroku dał wyraz temu, że „dalsze płatności przy użyciu karty skradzionej T. W. na szkodę (...) Banku (...) SA nie stała się przedmiotem zarzutu w przedmiotowej sprawie i została wyłączona do odrębnego postępowania (k. 217)” (k. 308 akt sprawy). Takie stanowisko, jak słusznie zarzucił w apelacji prokurator, było z gruntu błędne i wynikało z oczywistej omyłki pisarskiej w przytoczeniu zarzutu IV aktu oskarżenia (k. 229 akt sprawy) w części wstępnej zaskarżonego wyroku, w której nie podano ostatniego fragmentu tego zarzutu: „za pomocą której dokonał szeregu transakcji na łączną kwotę 150 zł i 35 groszy” (k. 204v). Należało zatem dokonać nie tylko sprostowania oczywistej

omyłki pisarskiej w treści części wstępnej zaskarżonego wyroku w odniesieniu do zarzutu IV akty oskarżenia, lecz także zmienić zaskarżony wyrok w taki sposób, by dać wyraz temu, że przypisane oskarżonemu A. G. w punkcie II części rozstrzygającej przestępstwa z art. 280 § 2 k.k. obejmowały jako „czyny współukarane następcze” także transakcje zrealizowane przy użyciu skradzionych kart bankomatowych oraz transakcje, które sprawca chciał zrealizować.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego A. G. w ten sposób, że:

a) na podstawie art. 105 § 1 i 2 k.p.k. sprostował oczywistą omyłkę pisarską w punkcie IV części wstępnej tego wyroku stwierdzając, że zarzut IV aktu oskarżenia postawiony A. G. miał brzmienie: „w dniu 14 lipca 2013 roku we W. dokonał rozboju na osobie T. W. w ten sposób, że grożąc użyciem rozbitej butelki i kierując ją w stronę pokrzywdzonego zażądał wydania wartościowych przedmiotów i pieniędzy, po czym dokonał kradzieży karty płatniczej banku (...) S.A., za pomocą której dokonał szeregu transakcji na łączną kwotę 150 zł i 35 groszy, tj. o czyn z art. 280 § 2 k.k. i art. 278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.”;

b) w miejsce czynów przypisanych oskarżonemu A. G. w punktach: II i VI części rozstrzygającej tego wyroku (objętych zarzutem II części wstępnej) uznał oskarżonego A. G. za winnego tego, że w dniu 14 lipca 2013r. we W. dokonał rozboju na osobie S. W. w ten sposób, że grożąc użyciem rozbitej butelki i przystawiając ją do brzucha pokrzywdzonego zażądał wydania wartościowych przedmiotów i pieniędzy, po czym dokonał kradzieży pieniędzy w kwocie 30 zł oraz dwóch kart bankomatowych banku (...) S.A., po czym za pomocą jednej z kart usiłował wypłacić pieniądze w kwocie nie wyższej niż 400 zł, tj. przestępstwa z art. 280 § 2 k.k.;

c) w miejsce czynu przypisanego oskarżonemu A. G. w punkcie II części rozstrzygającej tego wyroku (objętych zarzutem IV części wstępnej) uznał oskarżonego A. G. za winnego tego, że w dniu 14 lipca 2013r. we W. dokonał rozboju na osobie T. W. w ten sposób, że grożąc użyciem rozbitej butelki i kierując ją w stronę pokrzywdzonego zażądał wydania wartościowych przedmiotów i pieniędzy, po czym dokonał kradzieży karty bankomatowej banku (...) S.A., za pomocą której dokonał szeregu transakcji na łączną kwotę 150 zł i 35 groszy, tj. przestępstwa z art. 280 § 2 k.k.;

d) przyjął, że przypisane wyżej czyny z art. 280 § 2 k.k. (objęte zarzutami II i IV części wstępnej tegoż wyroku) stanowiły ciąg przestępstw z art. 91 § 1 k.k. i na podstawie art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierzył za nie oskarżonemu A. G. karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności;

e) stwierdził, że utraciła moc kara łączna wymierzona oskarżonemu w punkcie IV części rozstrzygającej.

III. Odnosząc się do apelacji obrońcy oskarżonego A. G., uzupełnionej osobistym pismem procesowym oskarżonego zatytułowanym „apelacja” (k. 317-318) należy zdecydowanie odrzucić zarzuty, że zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego był dotknięty rażąco niewspółmiernością kary, przejawiającą się nadmierną jej surowością spowodowaną błędnym wnioskiem, że tylko kara w tej postaci będzie skutecznie oddziaływać wychowawczo na oskarżonego, podczas gdy – w ocenie oskarżonego i jego obrońcy – uzasadnione jest przyjęcie, że cele kary pozbawienia wolności orzeczonej w niższym wymiarze w pełni pozwolą uświadomić oskarżonemu nieopłacalność przekraczania prawa oraz spełnią wymogi tak prewencji indywidualnej jak i ogólnej.

Kwestionując orzeczenie o karze – jako rażąco surowej – obrońca oskarżonego A. G. podnosił dyrektywę art. 54 k.k., nakazującą takie ukształtowanie kary wobec młodocianego sprawcy, aby go wychować. Jego zdaniem, sens normatywny powołanego przepisu sprowadza się do ustanowienia prymatu celu wychowawczego kary w sytuacji ewentualnego konfliktu z pozostałymi dyrektywami wymiaru kary, w szczególności z dyrektywą prewencji generalnej czy też celami zapobiegawczymi. Ponadto oskarżony przyznał się do popełnienia zarzucanych mu czynów, wyraził żal i skruchę przyznając, że żałuje popełnionych czynów, a jednocześnie – w ocenie obrońcy – Sąd I instancji nie wziął pod uwagę, że działanie oskarżonego nie było nacechowane szczególną agresywnością, czy bezwzględnością o czym świadczy swoiste negocjowanie z pokrzywdzonymi: S. W. i T. W. co do wyboru przedmiotów, które mają zostać im zabrane. Pokrzywdzeni oddali napastnikowi jedynie część wartościowych rzeczy przez nich posiadanych, a sprawca pozostawił im np. telefony komórkowe, będąc świadomym, że pokrzywdzeni są w ich posiadaniu. Wobec żadnego



z pokrzywdzonych oskarżony nie dopuścił się choćby naruszenia nietykalności osobistej. Jaki stwierdził obrońca, orzeczenie wobec oskarżonego bezwzględnej kary pozbawienia wolności w wymiarze 4 lat jest zbyt surowe i może wywołać odmienny skutek niż cele wychowawcze oczekiwane przez Sąd orzekający, gdyż izolacja oskarżonego przez tak długi czas, biorąc pod uwagę wiek oskarżonego i możliwość resocjalizacji poprzez naukę i leczenie z uzależnienia. Zbyt surowe karanie sprawców młodocianych, zamiast ich wychowania, może przynieść przeciwny skutek w postaci pogłębienia zdemoralizowania, będącego następstwem zbyt długiej izolacji od najbliższych i naturalnego młodemu wiekowi w takiej sytuacji poczucia krzywdy.

Kary jednostkowe orzeczone wobec oskarżonego A. G., a także kara łączna 4 lat pozbawienia wolności zastosowana zgodnie z zasadą absorpcji, są wyważone i sprawiedliwe.

Po pierwsze, przestępstwa przypisane w obecnym procesie nie są pierwszymi popełnionymi przez oskarżonego. A. G. był w przeszłości umieszczony w zakładzie poprawczym za dokonanie rozboju, a potem dwukrotnie w 2012r. skazany za przestępstwa przeciwko mieniu na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania (k. 67, 118-119, 282-285, 259). Mimo takich doświadczeń życiowych, oskarżony nie wyciągnął żadnych wniosków, a wręcz w osobistej „apelacji” tłumaczył swoje zachowanie potrzebą zapewnienia rodzinie środków finansowych (por. k. 317-318).

Po drugie, wbrew stanowisku obrońcy, mimo młodego wieku oskarżony A. G. jest wysoce zdemoralizowany, co potwierdza nie tylko dotychczasowa karalność, negatywna opinia środowiskowa (k. 153), sytuacja osobista i społeczna oskarżonego (brak stabilizacji, wykształcenia, zawodu i ukształtowanych celów życiowych), zachowanie w warunkach aresztu śledczego, które nie wskazuje na istotne postępy resocjalizacyjne (k. 179-182), ale przede wszystkim sposób popełnienia przestępstw (w krótkich odstępach czasowych, w biały dzień, w ruchliwych miejscach dużego miasta, bezrefleksyjnie, z wywołaniem przerażenia pokrzywdzonych, którzy nie tylko oddawali mienie, ale także podawali oryginalne kody (...)).

Po trzecie, uzależnienie oskarżonego od dopalaczy (por. opinia sądowo-psychiatryczna – k. 166-170), w połączeniu z jego brakiem stabilizacji życiowej, czyni także traktować oskarżonego jako na tyle istotne zagrożenie dla porządku prawnego i społeczeństwa, że niezbędne jest orzeczenie bezwzględnej kary pozbawienia wolności. Pozwoli to także na resocjalizację oskarżonego i leczenie z uzależnienia (co wypełni cele zapobiegawcze i wychowawcze).

Po czwarte, w opisaney sprawie w ogóle nie zachodzi „rażąca niewspółmierność kary” uwzględniając stopień winy i stopień społecznej szkodliwości czynu. Ta niewspółmierność powinna być widoczna, rzucająca się w oczy, choć nie musi być rażąca (por. G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Zakamycze 2004, wyd. II, Tom I – teza 14 do art. 60 k.k.).

Sam młody wiek nie mógł stanowić dostatecznej przesłanki zastosowania wobec oskarżonego istotnego złagodzenia kary, gdyż nie eliminuje zasad wymiaru kary określonych w art. 53 k.k., natomiast stopień winy sprawcy, stopień jego demoralizacji, społeczna szkodliwość czynu oraz potrzeby społecznego oddziaływania kary mogą przemawiać za wymierzeniem sprawcy w młodym wieku (także młodocianemu) kary surowszej, gdy jedynie taka kara będzie odpowiadała wymogom prewencyjnym (por. wyrok SA w Krakowie z dnia 14 maja 2008r. sygn. I AKa – 50/08).

Zgodnie z przepisem art. 54 § 1 k.k. wymierzając karę nawet sprawcy nieletniemu albo młodocianemu, sąd kieruje się przede wszystkim tym, aby sprawcę wychować, to jednak nie oznacza to „konieczności” orzekania wobec sprawców młodocianych (tym bardziej zatem wobec sprawców w młodym wieku, którzy nie są młodocianymi) wyłącznie kar wolnościowych lub nadzwyczajnego złagodzenia kary. Jedynie na marginesie należy przypomnieć stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z dnia 7 września 2006r. sygn. II KK – 118/06: "Młodocianość" i "względy wychowawcze" nie mają samodzielnego bytu jako podstawa szczególnego kształtowania wymiaru kary (złagodzenia kary), a stanowią jedynie punkt wyjściowy i muszą być zestawione z pozostałymi okolicznościami podmiotowymi i przedmiotowymi, mającymi znaczenie dla wymiaru kary. Względy wychowawcze kary nie wyłączają funkcji represyjnej kary. Równie ważnymi przesłankami przy ustalaniu kary młodocianemu sprawcy jest też stopień jego zdemoralizowania, tryb życia przed popełnieniem przestępstwa, zachowanie się po jego popełnieniu, motyw i

sposoby działania czynniki te mogą przeważać tak dalece, iż zasadne będzie wymierzenie takiemu sprawcy kary nawet w górnych granicach ustawowego zagrożenia” (OSNwSK 2006/1/1696).

Mając powyższe na uwadze, zmieniając zaskarżony wyrok zaakceptowano kary jednostkowe wymierzone uprzednio przez Sąd I instancji i, ostatecznie, na podstawie art. 85 k.k. oraz art. 86 § 1 k.k. i art. 91 § 2 k.k. połączono orzeczone kary jednostkowe i wymierzono oskarżonemu A. G. karę łączną 4 (czterech) lat pozbawienia wolności, na poczet której – na podstawie art. 63 § 1 k.k. – zaliczając oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 14 lipca 2013r. do dnia 9 lipca 2014r.. Kara ta pozwoli nie tylko zrealizować cele zapobiegawcze i wychowawcze, w tym będą dla oskarżonego sygnałem, że jego czyny zostały napiętnowane, zaś przestępstwa się nie opłacają i w wypadku dalszego łamania zasad porządku prawnego może spodziewać się sankcji karnej. Ponadto w zakresie społecznego oddziaływania kary – szczególnie w odniesieniu do sposobu działania oskarżonego – będzie to kara zrozumiała i sprawiedliwa.

Młody wiek sprawców w tego rodzaju przestępczości połączonej z użyciem przemocy, nie stanowi wyjątku, zaś społeczne oddziaływanie kary musi trafić do świadomości ludzi młodych, którzy powinni zdawać sobie sprawę z wielkiej szkodliwości tego rodzaju czynów oraz z konsekwencji natury prawnej, jakie z tymi czynami się wiążą.

Mając powyższe na uwadze, nie uwzględniono apelacji wniesionej na korzyść oskarżonego.

IV. Analizując wysokość wynagrodzenia zasądzonego przez Sąd I instancji na rzecz adw. T. K. – obrońcy z urzędu oskarżonego A. G. za śledztwo i postępowanie pierwszoinstancyjne, uznano, że zostało ono ukształtowane nieprawidłowo.

Wysokość wynagrodzenia adwokackiego za te fazy procesu karnego, ustalona w oparciu o § 14 ust. 1 pkt 2, § 14 ust. 2 pkt 5 oraz § 16, a także § 2 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 z późniejszymi zmianami) powinna wynosić łącznie 1.140 złotych (w tym 300 złotych za śledztwo, 600 złotych podstawowej zapłaty za rozprawę główną oraz 240 złotych z tytułu odroczonej rozprawy – 2 terminy, czyli dodatkowo 40 % z kwoty 600 złotych), a także 262,20 złotych tytułem zwrotu podatku VAT.

Mając powyższe na uwadze, zmieniono zaskarżony wyrok w tym zakresie przyznając obrońcy z urzędu wynagrodzenie w prawidłowej wysokości.

Podstawę przyznania adwokatowi T. K. wynagrodzenia za udzieloną pomoc prawną w postępowaniu odwoławczym, która nie została opłacona, był przepis art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982r. Prawo o adwokaturze (tekst jednolity: Dz. U. z 2002r., Nr 123, poz. 1058 z późniejszymi zmianami).

Wysokość wynagrodzenia adwokackiego, w tym co do zwrotu podatku VAT, ustalono w oparciu o § 14 ust. 2 pkt 5 oraz § 2 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 z późniejszymi zmianami).

W oparciu o przepisy art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 635 k.p.k. zwolniono oskarżonego A. G. od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, w tym od opłaty za obie instancje, obciążając tymi kosztami Skarb Państwa. W zakresie tego rozstrzygnięcia uwzględniono stan majątkowy i osobisty oskarżonego, a także fakt orzeczenia wobec niego bezwzględnej kary pozbawienia wolności, który znacznie ograniczy jego możliwości zarobkowe.