

**Sygnatura akt VI Ka 176/18**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **10 kwietnia 2018** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Krzysztof Ficek

Protokolant Aleksandra Studniarz

przy udziale Gabrieli Grzywacz

Prokuratora Prokuratury Rejonowej G. w G.

po rozpoznaniu w dniu 10 kwietnia 2018 r.

sprawy **M. J. syna H. i G.,**

**ur. (...) w S.**

oskarżonego z art. 278§1 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 64§1kk

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 27 listopada 2017 r. sygnatura akt III K 427/17

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art. 435 kpk, art. 634 kpk

1. zmienia zaskarżony wyrok, również co do niewnoszących apelacji oskarżonych P. P. i M. Z., w ten sposób, że w miejsce czynu przypisanego oskarżonemu M. J. w punkcie 1, oskarżonemu P. P. w punkcie 2 oraz oskarżonemu M. Z. w punkcie 3 uznaje ich za winnych tego, że działając wspólnie i w porozumieniu:

- w dniu 29 września 2016 roku w G. na terenie sklepu (...) przy ulicy (...) dokonali kradzieży cudzej rzeczy ruchomej w postaci butelki wódki o wartości 390 złotych na szkodę S. K., tj. wykroczenia z art.119 § 1 kw,

- w dniu 30 września 2016 roku w G. na terenie sklepu (...) przy ulicy (...) dokonali kradzieży cudzej rzeczy ruchomej w postaci dwóch butelek wódki o łącznej wartości 351,50 złotych na szkodę S. K., tj. wykroczenia z art.119 § 1 kw,

i za to na mocy art.119 § 1 kw w zw. z art.9 § 2 kw wymierza :

- oskarżonemu M. J. łącznie karę grzywny w wysokości 2000 (dwa tysiące) zł.,

- oskarżonemu P. P. łącznie karę aresztu w ilości 30 (trzydziestu) dni,

- oskarżonemu M. Z. łącznie karę grzywny w wysokości 1500 (jeden tysiąc pięćset) zł.;

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. wymierza oskarżonemu P. P. jedną opłatę za obie instancje w kwocie 30 (trzydzieści) zł. ;

4. wymierza oskarżonemu M. Z. jedną opłatę za obie instancje w kwocie 150 (sto pięćdziesiąt) zł.;

5. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. P. C. kwotę 516,60 zł (pięćset szesnaście złotych i sześćdziesiąt groszy) obejmującą kwotę 96,60 zł (dziewięćdziesiąt sześć złotych i sześćdziesiąt groszy) podatku VAT, tytułem zwrotu nieuiszczonych kosztów obrony oskarżonego M. J. z urzędu w postępowaniu odwoławczym;

6. zasądza od oskarżonego M. J. na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 536,60 zł (pięćset trzydzieści sześć złotych sześćdziesiąt groszy) i wymierza mu jedną opłatę za obie instancje w wysokości 200 (dwieście) zł.

Sygn. akt VI Ka 176/18

## UZASADNIENIE

### ***wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 10 kwietnia 2018 r.***

Sąd Rejonowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 27 listopada 2017 r. sygn. akt III K 427/17 uznał oskarżonego M. J. za winnego popełnienia występku z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. polegającego na tym, że w G. w okresie od dnia 29 września 2016 r. do dnia 30 września 2016 r. działając z góry powziętym zamiarem w krótkich odstępach czasu wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi sprawcami, na terenie sklepu (...) przy ul. (...) dokonał zaboru celem przywłaszczenia trzech butelek wódki o łącznej wartości 741,50 zł. na szkodę S. K., przy czym czynu tego dopuścił się będąc uprzednio skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 19 maja 2008 r. sygn. akt III K 783/07 i wyrokiem Sądu Rejonowego w Tarnowie z dnia 19 czerwca 2015 r. o sygn. II K 601/15 za umyślne przestępstwa podobne, którą to karę odbył w ramach kary łącznej 5 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności w okresie od dnia 29 listopada 2010 r. do dnia 3 sierpnia 2016 r.

Tym samym wyrokiem oskarżony P. P. został uznany za winnego popełnienia występku z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. polegającego na tym, że w G. w okresie od dnia 29 września 2016 r. do dnia 30 września 2016 r. działając z góry powziętym zamiarem w krótkich odstępach czasu wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi sprawcami, na terenie sklepu (...) przy ul. (...) dokonał zaboru celem przywłaszczenia trzech butelek wódki o łącznej wartości 741,50 zł. na szkodę S. K..

Z kolei oskarżonego M. Z. uznano za winnego popełnienia występku z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., polegającego na tym, że w G. w okresie od dnia 29 września 2016 r. do dnia 30 września 2016 r. działając z góry powziętym zamiarem w krótkich odstępach czasu wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi sprawcami, na terenie sklepu (...) przy ul. (...) dokonał zaboru celem przywłaszczenia trzech butelek wódki o łącznej wartości 741,50 zł na szkodę S. K..

Za te czyny Sąd Rejonowy skazał M. J. na karę 200 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 20 złotych, P. P. na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności, zaś M. Z. na karę 100 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 20 złotych. Jednocześnie zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. P. C. zwrot nieopłaconych kosztów obrony z urzędu oskarżonego M. J. i zasądził od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe i wydatki postępowania.

Apelację od powyższego orzeczenia wywiódł wyłącznie obrońca oskarżonego M. J., zaskarżając je w całości. Zarzucił skarżonemu rozstrzygnięciu obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 278 § 1 w zw. z art. 12 w zw. z art. 64 § 1 k.k., poprzez błędne zakwalifikowanie czynów oskarżonego popełnionych w okresie od 29 do 30 września 2016 r. jako czynu ciągłego wypełniającego znamiona przestępstwa z art. 278 § 1 k.k. (popełnionego w warunkach recydywy specjalnej zwykłej), podczas gdy z ustalonego stanu faktycznego nie wynika, że oskarżony działał „z góry powziętym zamiarem”, przez co jego czyny należy zakwalifikować jedynie jako dwa odrębne wykroczenia z art. 119 § 1 k.w.

Zarzucając powyższe obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uznanie oskarżonego za winnego popełnienia dwóch wykroczeń z art. 119 § 1 k.k. oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów nieopłaconej pomocy prawnej, udzielonej przez adwokata ustanowionego z urzędu w postępowaniu odwoławczym, albowiem nie zostały one uiszczone ani w całości ani w części.

W odpowiedzi na apelację prokurator wniósł o nieuwzględnienie podniesionego w apelacji zarzutu i utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku.

Sąd Okręgowy stwierdził, co następuje:

Niezależnie od wadliwości sformułowania zarzutu środka odwoławczego, co trafnie dostrzegł prokurator w odpowiedzi na apelację (k.217v.), rozpoznanie apelacji musiało doprowadzić do zmiany zaskarżonego wyroku poprzez przypisanie oskarżonemu M. J. w miejsce przestępstwa z art.278 § 1 k.k. dwóch wykroczeń, każde kwalifikowane z art.119 § 1 k.w. Ponieważ oskarżony współdziałał w zarzucanym mu przestępstwie z P. P. i M. Z., co do których wyrok nie był skarżony, z uwagi na te same względy należało zmienić wyrok również co do tych oskarżonych (art.435 k.p.k.).

Zarzut obrazy prawa materialnego można podnieść jedynie w sytuacji niekwestionowania ustaleń faktycznych. Obrońca, zarzucając naruszenie prawa materialnego podważał w istocie ustalenia faktyczne sprowadzające się do przyjęcia, że zabór w celu przywłaszczenia w dniu 29 i 30 września 2016 roku łącznie trzech butelek wódki był realizacją przez sprawców z góry powziętego zamiaru. Zatem uchybienie to prawidłowo powinno być ujęte jako błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść wyroku.

Zgodnie z art.12 k.k. dwa lub więcej zachowań, podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, uważa się za jeden czyn zabroniony. Jeżeli przedmiotem zamachu jest dobro osobiste, warunkiem uznania wielości zachowań za jeden czyn zabroniony jest tożsamość pokrzywdzonego. Z góry powzięty zamiar oznacza zamiar, który już w chwili jego powzięcia odnosi się do wszystkich zindywidualizowanych, co najmniej w ogólnym zarysie, zachowań, składających się na czyn ciągły (tak m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12 października 2000 roku, II AKa 155/00). W postanowieniu z dnia 9 marca 2006 roku, V KK 271/05 Sąd Najwyższy wskazał, że zamiar sprawcy musi istnieć w kształcie obejmującym wszystkie zachowania składające się na czyn ciągły albo przed przystąpieniem do działania albo co najmniej w chwili podjęcia pierwszego zachowania składającego się na ciąg. W przypadku czynu ciągłego sprawca realizuje bowiem przestępczy zamiar w kolejnych odsłonach, czy też "na raty".

Przechodząc do realiów sprawy zgodzić trzeba się z apelującym, że ustalenia Sądu I instancji są tego rodzaju, że na ich podstawie wykluczone jest zastosowanie art.12 k.k. Pisze Sąd Rejonowy, że oskarżeni M. J., M. Z. i P. P. w dniu 29 września 2016 roku zamierzali dokonać kradzieży alkoholu. Weszli do sklepu (...) w G. przy ulicy (...) i wykorzystując nieuwagę kasjerki zabrali butelkę wódki o wartości 390 złotych. Następnego dnia wszyscy trzej mężczyźni „postanowili dokonać kolejnej kradzieży alkoholu” (k.199). W tym samym sklepie skradli dwie butelki wódki o łącznej wartości 351,50 złotych. Przytoczone ustalenia faktyczne są w swej wymowie jednoznaczne. Druga kradzież alkoholu nie była realizacją powziętego przed pierwszą kradzieżą w dniu 29 września 2016 roku zamiaru, ale stanowiła tzw. zamiar odnawialny, który pojawił się dopiero następnego dnia. Zatem już chociażby wskazane ustalenia faktyczne Sądu Rejonowego, nie do podważenia w świetle kierunku zaskarżenia wyłącznie na korzyść oskarżonego, czynią apelację obrońcy zasadną.

Dodać trzeba, że istnienie z góry powziętego zamiaru musi znajdować odzwierciedlenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym i zarazem brak jest podstaw do "jakiegokolwiek dorozumianego czy domniemywanego przyjmowania działania w wykonaniu z góry powziętego zamiaru" (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 lutego 2006 roku, II KK 127/05). Z góry powzięty zamiar stanowi bowiem jeden z określonych w ustawie karnej, konstytucyjnych warunków czynu ciągłego. Z relacji oskarżonych nie wynika, by dwukrotna kradzież w sklepie (...) była realizacją z góry powziętego zamiaru (k.164v.). Na podstawie ich wyjaśnień nie da się przyjąć istnienia przywołanego elementu konstrukcji z art.12 k.k., odnoszącego się przecież do strony podmiotowej czynu ciągłego. Bliskość czasowa zdarzeń oraz zabór w obu wypadkach alkoholu nie wystarcza, nawet w ogólnym zarysie, do ustalenia po stronie oskarżonych zamiaru powstałego najpóźniej z momentem rozpoczęcia pierwszej kradzieży, którym sprawcy obejmowałyby obie kradzieże.

Konsekwencją braku w działaniu oskarżonych elementu w postaci „z góry powziętego zamiaru” jest niemożność potraktowania ich zachowania jako jednego czynu ciągłego, złożonego z wielu zachowań. Natomiast każde zachowanie z osobna, z uwagi na wartość zabranego alkoholu, stanowi wykroczenie kradzieży cudzej rzeczy ruchomej. Dlatego w

miejsce czynu przypisanego w zaskarżonym wyroku oskarżonemu M. J. w punkcie 1, oskarżonemu P. P. w punkcie 2 oraz oskarżonemu M. Z. w punkcie 3, uznano ich za winnych popełnienia wspólnie i w porozumieniu dwóch wykroczeń z art.119 § 1 k.w., polegających na tym, że:

- w dniu 29 września 2016 roku w G. na terenie sklepu (...) przy ulicy (...) dokonali kradzieży cudzej rzeczy ruchomej w postaci butelki wódki o wartości 390 złotych na szkodę S. K.,

- w dniu 30 września 2016 roku w G. na terenie sklepu (...) przy ulicy (...) dokonali kradzieży cudzej rzeczy ruchomej w postaci dwóch butelek wódki o wartości 351,50 złotych na szkodę S. K..

Na podstawie art.119 § 1 k.w. w zw. z art.9 § 2 k.w. Sąd odwoławczy wymierzył oskarżonemu M. J. łącznie karę grzywny w wysokości 2000 złotych, oskarżonemu P. P. łącznie karę 30 dni aresztu, oskarżonemu M. Z. łącznie karę grzywny w wysokości 1500 złotych. Nowe kary musiały być łagodniejsze, skoro doszło do ukarania za dwa wykroczenia w miejsce jednego przestępstwa. W przypadku M. J. odpadł też art.64 § 1 k.k. możliwy do zastosowania na gruncie Kodeksu karnego. Jednocześnie należało wziąć pod uwagę naprawienie szkody przez M. J. oraz M. Z. i zawarcie przez nich ugody z pokrzywdzonym S. K.. Kary grzywny są rozstrzygnięciami adekwatnymi do popełnionych wykroczeń oraz dochodów, stosunków rodzinnych i majątkowych oraz możliwości zarobkowych tych oskarżonych. Zostały zróżnicowane tak jak i kary grzywny w zaskarżonym wyroku.

Co się tyczy oskarżonego P. P., to w jego przypadku karą adekwatną do popełnionych czynów jest kara aresztu, w wymiarze najwyższym z możliwych 30 dni. Po jego stronie brak jest tych okoliczności łagodzących, o których wspomniano przy pozostałych sprawcach. Na szczególne potępienie zasługuje dwukrotna kradzież sklepowa, której przedmiotem był alkohol, przez sprawcę wiele razy karanego m.in. za przestępstwa przeciwko mieniu, w tym z użyciem przemocy oraz uprzednio odbywającego karę pozbawienia wolności. Waga czynu oraz okoliczności sprawy świadczą o dużej demoralizacji P. P.. Na szczególne potępienie zasługuje też sposób jego działania. Stąd przy ustawowym zagrożeniu za wykroczenie z art.119 § 1 k.w. karą aresztu, ograniczenia wolności albo grzywną wybrać należało karę aresztu i to w wysokości 30 dni. Odbyciu tej kary nie stoją na przeszkodzie warunki osobiste sprawcy, który jest osoba młodą, w pełni sił.

W pozostałym zakresie Sąd Okręgowy zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Na rzecz obrońcy oskarżonego M. J. zasądził kwotę 516,60 złotych tytułem pomocy prawnej świadczonej temu oskarżonemu z urzędu w postępowaniu odwoławczym.

Orzeczenie nowych kar skutkowało wymierzeniem po jednej opłacie wobec każdego z oskarżonych za obie instancje. I tak M. J. w wysokości 200 złotych, M. Z. w kwocie 150 złotych, zaś P. P. w wysokości 30 złotych.

Uwzględnienie apelacji obrońcy oskarżonego M. J., które nie doprowadziło do uniewinnienia, musiało spowodować obciążenie tego oskarżonego wydatkami postępowania odwoławczego w wysokości 536,60 złotych (art.634 k.p.k.).