

*Sygn. akt II AKa 208/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 13 września 2018 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:*

*Przewodniczący: SSA – Zbigniew Kapiński*

*Sędziowie: SA – Marzanna Piekarska - Drązek*

*SA – Dorota Tyrała (spr.)*

*Protokolant: st. sekr. sąd. – Małgorzata Reingruber*

*przy udziale Prokuratora Anny Adamiak*

*po rozpoznaniu w dniu 13 września 2018 r.*

*sprawy:*

1) *D. T.*

*urodz. (...) w Ł.,*

*syna W. i H. z d. M.,*

*oskarżonego z art. 13§1k.k. w zw. z art. 282 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k., z art. 278§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k.*

2) *T. B.*

*urodz. (...) w W.*

*syna Z. i T. z d. N.,*

*oskarżonego o czyny z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 282 k.k., z art. 278§1 k.k. oraz z art. 288§1 k.k.*

*na skutek apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonych*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 19 stycznia 2018 r. sygn. akt XII K 128/16*

*I. zmienia zaskarżony wyrok stosunku do oskarżonych D. T. i T. B. w ten sposób, że:*

1) *uchyla orzeczenie o karach łącznych z punktu 4 wyroku;*

2) *z opisu czynu przypisanego oskarżonym w punkcie 1 wyroku eliminuje zapis „a także grożąc użyciem wobec niego noża i siekiery”, a orzeczone wobec oskarżonych za czyn ten kary obniża:*

*- wobec oskarżonego D. T. do 4 (czterech) lat pozbawienia wolności,*

*- wobec oskarżonego T. B. do 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;*

3) **oskarżonych D. T. i T. B. uniewinnia od popełnienia czynu zarzucanego w punkcie II aktu oskarżenia, a przypisanego w punkcie 2. wyroku, zaś koszty postępowania w tej części ponosi Skarb Państwa;**

**II. w pozostałej części utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;**

**III. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86§1 k.k. orzeka wobec oskarżonego T. B. karę łączną w wymiarze 4 (czterech) lat pozbawienia wolności;**

**IV. na podstawie art. 63§1 k.k. zalicza na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności:**

a) **oskarżonemu D. T. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 10 grudnia 2015 r. do dnia 20 grudnia 2016 r. oraz od dnia 17 marca 2017 r. do dnia 18 kwietnia 2017 r.;**

b) **oskarżonemu T. B. okres zatrzymania w sprawie od dnia 17 lutego 2016 r. do dnia 19 lutego 2016 r.;**

**V. zasądza od oskarżonych D. T. i T. B. na rzecz Skarbu Państwa kwoty po 400 (czterysta) złotych tytułem opłaty za obie instancje oraz zwalnia ich od wydatków w sprawie, obciążając nimi Skarb Państwa;**

**VI. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. Z. (1), Kancelaria Adwokacka w W., kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych – zawierającą 23 % VAT – tytułem wynagrodzenia za nieopłaconą pomoc prawną udzieloną oskarżonemu D. T. z urzędu w postępowaniu odwoławczym.**

## UZASADNIENIE

**D. T. i T. B.** zostali oskarżeni o to, że:

I. w dniu 8 grudnia 2015 r. w W. przy ul. (...), działając wspólnie i porozumieniu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, usiłowali dokonać wymuszenia rozbójniczego, grożąc G. S. użyciem siekiery i noża oraz uderzając go pięściami po głowie i twarzy, żądali od w/w 20.000 zł, lecz zamierzonego celu nie osiągnęli, z uwagi na ucieczkę pokrzywdzonego,

**tj. o przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 282 k.k.**

- przy czym D. T. czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu kary co najmniej sześciu miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej za przestępstwo z art. 279 § 1 k.k., tj. o przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 282 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

II. w dniu 8 grudnia 2015 r. w W. przy ul. (...), działając wspólnie i porozumieniu, dokonali zaboru mienia w celu przywłaszczenia w postaci pieniędzy w kwocie 900 zł na szkodę G. S.,

**tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 k.k.**

- przy czym D. T. czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu kary co najmniej sześciu miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej za przestępstwo z art. 279 § 1 k.k., tj. o przestępstwo z art. 278 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

a nadto **T. B.** o to, że:

II. w dniu 08 grudnia 2015 r. w W. przy ul. (...), umyślnie uszkodził telefon komórkowy (...) o wartości 1.000 zł, działając na szkodę G. S.,

**tj. o przestępstwo z art. 288 § 1 k.k.**

Sąd Okręgowy w Warszawie w dniu 19 stycznia 2018 r. sygn. akt XII K 128/16:

1. w ramach czynu zarzucanego w pkt I a/o, oskarżonych D. T. i T. B. uznał za winnych tego, że w dniu 8 grudnia 2015 r. w W. przy ul. (...), działając wspólnie i porozumieniu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, używając przemocy wobec G. S. polegającej na uderzaniu pięściami po głowie i w twarz, a także grożąc użyciem wobec niego noża i siekiery, usiłowali doprowadzić go do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem w postaci pieniędzy w kwocie 20.000 zł, lecz zamierzonego celu nie osiągnęli, z uwagi na postawę pokrzywdzonego, tj. popełnienia czynu z art. 13§1 kk w zw. z art. 282 kk, przy czym D. T. czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu co najmniej sześciu miesięcy kary pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Wołominie z dnia 30 maja 2011 r. w sprawie sygn. II K 169/09., tj. popełnienia czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 282 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to oskarżonego D. T. na podstawie art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 282 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. skazał, a na podstawie art. 282 kk w zw. z art. 14§1 kk wymierzył mu karę 4 (czterech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności, zaś oskarżonego T. B. na podstawie art. 13§1 kk w zw. z art. 282 kk skazał, a na podstawie art. 282 kk w zw. z art. 14§1 kk wymierzył mu karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności;

2. w ramach czynu zarzucanego w pkt II a/o, oskarżonych D. T. i T. B. uznał za winnych tego, że w dniu 8 grudnia 2015 r. w W. przy ul. (...), działając wspólnie i porozumieniu, z portfela należącego do G. S., zabrali w celu przywłaszczenia pieniądze w kwocie nie mniej niż 800 zł. i nie więcej niż 900 zł., działając na szkodę w/wym., tj. popełnienia czynu z art. 278 § 1 k.k., przy czym D. T. czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu co najmniej sześciu miesięcy kary pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Wołominie z dnia 30 maja 2011 r. w sprawie sygn. II K 169/09, tj. popełnienia czynu z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., i za to oskarżonego D. T. na podstawie art. 278 § 1 kk w zw. z art. 64§1 kk skazał, a na podstawie art. 278§1 kk wymierzył mu karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności, zaś oskarżonego T. B. na podstawie art. 278§1 kk skazał i wymierzył mu karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności; na podstawie art. 46§1 kk orzekł wobec oskarżonych D. T. i T. B. obowiązek naprawienia szkody, w ten sposób, że mają solidarnie zapłacić na rzecz pokrzywdzonego G. S. kwotę 800 (osiemset) zł.;

3. w ramach czynu zarzucanego w pkt III a/o, oskarżonego T. B., uznał za winnego tego, że w dniu 08 grudnia 2015 r. w W. przy ul. (...), umyślnie uszkodził telefon komórkowy marki S. (...) o wartości około 1.000 złotych w ten sposób, że rzucił nim o ścianę, działając na szkodę G. S., tj. popełnienia czynu z art. 288 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 288§1 kk oskarżonego skazał i wymierzył mu karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności; na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego T. B. obowiązek naprawienia szkody w ten sposób, że ma zapłacić na rzecz G. S. kwotę 1.000 (tysiąc) zł.;

4. na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego D. T. i oskarżonego T. B. kary łączne po 4 (cztery) lata i 6 (sześć) miesięcy pozbawienia wolności;

5. na podstawie art. 63 §1 kk na poczet orzeczonej wobec oskarżonego D. T. kary łącznej 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 10 grudnia 2015 r. do dnia 20 grudnia 2016 r. i od dnia 17 marca 2017 r. do dnia 18 kwietnia 2017 r., a na poczet orzeczonej wobec oskarżonego T. B. kary łącznej 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres zatrzymania w sprawie w dniach od 17 lutego 2016 r. do 19 lutego 2016 r.;

6. na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. Z. (2) kwotę 5.040 (pięć tysięcy czterdzieści) złotych, plus podatek VAT od tej kwoty, tytułem wynagrodzenia za nieopłaconą obronę z urzędu oskarżonego D. T.;

7. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zasądził od oskarżonych D. T. i T. B. kwoty po 400 (czterysta) złotych tytułem opłaty sądowej, w pozostałym zakresie zwolnił oskarżonych od zapłaty kosztów postępowania w sprawie i obciążył nimi Skarb Państwa.

Apelacje od powyższego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonych.

**Obrońca oskarżonego D. T.** wyrokowi zarzucił:

I. na zasadzie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 438 § pkt 2 k.p.k. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k., art. 4 k.p.k., 6 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 92 k.p.k., art. 167 § 1 k.p.k., art. 172 k.p.k. art. 174 k.p.k., art. 193 § 1 k.p.k. art. 394 § 2 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k., mające wpływ na treść wyroku, polegające na:

1) naruszeniu art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k., art. 6 k.p.k., w zw. z art. 9 k.p.k., w zw. z art. 167 § 1 k.p.k. w zw. z art. 172 k.p.k. poprzez zaniechanie przez Sąd I instancji realizacji dążenia do wykrycia prawdy materialnej i zaniechanie wyjaśnienia okoliczności dotyczących zarzucanych oskarżonemu D. T. czynów, których wyjaśnienie mogłoby doprowadzić do odmiennej oceny stanu faktycznego sprawy, w szczególności poprzez nieuwzględnienie wniosku obrońcy o przeprowadzenie konfrontacji pomiędzy pokrzywdzonym, a świadkiem R. R. (1) w celu weryfikacji ewidentnie występujących sprzeczności co do pobytu w lokalu pokrzywdzonego osoby określanej mianem (...) oraz ustalenie personaliów tej osoby, celem przesłuchania na okoliczność przekazywania przez niego portfela pokrzywdzonemu. To zaniechanie Sądu I instancji doprowadziło w efekcie do naruszenia prawa do obrony i skazania oskarżonego D. T., pomimo niepopelnienia przez oskarżonego inkryminowanego czynu z pkt II aktu oskarżenia,

2) naruszeniu art. 6 k.p.k. w zw. z art. 174 k.p.k. poprzez nieuwzględnienie wniosków obrońcy o okazanie, ewentualnie odczytanie notatek służbowych zeznającym przed Sądem funkcjonariuszom policji, w celu przypomnienia okoliczności ich sporządzenia, co ograniczyło możliwość przesłuchania wskazanych świadków, w tym w szczególności co do osób znajdujących się w lokalu pokrzywdzonego, wchodzących lub wychodzących z lokalu oraz okoliczności związanych z przekazaniem pokrzywdzonemu portfela i odebranie telefonu przez świadka R. R. (1), co w efekcie uniemożliwiło oskarżonemu udowodnienie, że to inna osoba mogła dokonać zaboru pieniędzy w kwocie 900 zł z portfela pokrzywdzonego, a tym samym pozbawiło oskarżonego prawa do obrony i w sposób oczywisty miało wpływa na treść wyroku,

3) naruszeniu art. 7 k.p.k., art. 9 k.p.k., w zw. z art. 394 § 2 k.p.k., w zw. z art. 410 k.p.k., poprzez zaliczenie w poczet materiału dowodowego bez odczytywania protokołów oględzin z monitoringu i zapisu z monitoringu, co miało wpływ na rozstrzygnięcie, tym bardziej, że Sąd I instancji dostrzegł na zapisie monitoringu, że jeden z oskarżonych chowa coś pod kurtką i uznał w kontekście zeznań pokrzywdzonego, że przedmiotem tym była siekiera, podczas, gdy dokładna analiza zapisu monitoringu zdecydowanie nie wskazuje na to, aby którykolwiek z oskarżonych wchodząc do lokalu posiadał przy sobie tak duży przedmiot, jak siekiera,

4) naruszeniu art. 7 k.p.k., art. 9 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k., poprzez brak dopuszczenia z urzędu dowodu z przeprowadzenia badań mechanoskopijnych, w szczególności w sytuacji, kiedy Sąd oparł swoje rozstrzygnięcie w zakresie użycia przez oskarżonych niebezpiecznych narzędzi również na podstawie tego protokołu, gdy tymczasem protokół z oględzin miejsca zdarzenia nie zawiera danych mogących doprowadzić do ustaleń poczynionych przez Sąd I instancji, co miało oczywisty wpływ na wynik sprawy,

5) naruszeniu art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., oraz art. 410 k.p.k., mających wpływ na treść wyroku, poprzez nienależyte rozważenie całokształtu materiału dowodowego sprawy oraz jego jednostronną ocenę, a także wyciągnięcie zbyt daleko idących wniosków odnośnie sprawstwa oskarżonego D. T., nie mających odzwierciedlenia w materiale dowodowym przywołanym przez Sąd (protokół oględzin lokalu, zapis z monitoringu) i uznanie za wiarygodne zeznania pokrzywdzonego, pomimo pojawienia się w toku postępowania rozpoznawczego szeregu okoliczności je podważających, a nadto wskazujących, iż złożone zeznania nie odpowiadają prawdzie, z jednoczesną odmową przyznania waloru wiarygodności zeznaniom świadków J. P. i A. P.;

II. na zasadzie art. art. 427§ 1 i 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 3 k.p.k. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść orzeczenia, polegające na nietrafnym ustaleniu, że oskarżony D. T. dopuścił się zarzucanych mu czynów, podczas, gdy prawidłowa analiza materiału dowodowego prowadzi do odmiennych wniosków, w szczególności:

1. przyjęciu przez Sąd I instancji, iż "Ustalony przez Sąd stan faktyczny, wyklucza aby zaboru pieniędzy mogła dokonać inna osoba, tym bardziej, że na miejscu zdarzenia w bardzo niedługim czasie pojawiła się policja.", w sytuacji, kiedy przyjazd policji nastąpił w ciągu ok. pół godziny od opuszczenia lokalu przez oskarżonych, a w tym czasie do tego lokalu wchodziło i wychodziło co najmniej dwie osoby, z których jedna - obywatel (...) o imieniu D. wszedł w posiadanie portfela pokrzywdzonego, zanim został zwrócony on pokrzywdzonemu,

2. przyjęciu posiadania przez oskarżonego D. T. niebezpiecznego narzędzia w sytuacji, kiedy w toku postępowania rozpoznawczego ponad wszelką wątpliwość zostało ustalone, że pokrzywdzony dopuścił się wraz ze świadkiem R. P. swoistej mistyfikacji polegającej na ukrywaniu faktu znajomości z oskarżonymi- motywu ich działania oraz przedstawienia całego zdarzenia w sposób bardziej drastyczny, niż miało ono miejsce w rzeczywistości, pomimo istnienia dowodów przeczących wyreżyserowanej wersji pokrzywdzonego i świadka R. P. w postaci zeznań świadka A. P. i świadka J. P. oraz faktu, że wbrew ocenie Sądu na zapisie monitoringu nie widnieje scena, w której drugi z oskarżonych chowa siekierę pod kurtkę, jak również nieprawidłowej ocenie przez Sąd śladów, o których mowa w protokole oględzin lokalu, w którym miało miejsce zdarzenie z dnia 8 grudnia 2018 r., z uwagi na to, że protokół nie zawiera opisu tych śladów i wobec tego nie jest możliwe na tej podstawie ustalenie, czy uszkodzenia widniejące w lokalu były "świeże", czy też mogły powstać w czasie, sposobie i okolicznościach wskazywanych przez pokrzywdzonego;

III. na zasadzie art. art. 427 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 4 k.p.k. rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu D. T. w stosunku do stopnia społecznej szkodliwości czynu oraz winy, nierozważeniu okoliczności łagodzących, w szczególności biorąc pod uwagę tak istotne okoliczności jak przyznanie się oskarżonego D. T. do winy w zakresie czynu, który rzeczywiście popełnił oraz to, że przemoc użyta przez oskarżonego wobec pokrzywdzonego miała podłoże wzajemnych rozliczeń powstałych na tle usiłowania popełnienia wspólnie z pokrzywdzonym innego przestępstwa.

Na zasadzie art. 437 § 1 i 2 k.p.k. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XII Wydziału Karnego i uniewinnienie oskarżonego D. T. od czynu zarzucanego mu w pkt II aktu oskarżenia oraz złagodzenie kary wymierzonej za czyn z pkt II aktu oskarżenia z jednoczesną zmianą opisu czynu poprzez wyeliminowanie z niego użycia niebezpiecznych narzędzi w postaci noża i siekiery.

**Apelacja obrońcy oskarżonego T. B.** zarzuciła wyrokowi:

I. błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść orzeczenia, a przejawiający się w błędnym przyjęciu, iż oskarżony T. B. wspólnie i w porozumieniu dopuścił się zaboru mienia w celu przywłaszczenia w postaci pieniędzy w kwocie 900 zł. na szkodę G. S., podczas gdy prawidłowa analiza zebranego materiału dowodowego, w tym w oparciu o zasady logicznego rozumowania oraz w oparciu o doświadczenie życiowe wskazuje, iż oskarżony nie dopuścił się zarzucanego mu czynu;

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść orzeczenia, a przejawiający się w błędnym przyjęciu, iż oskarżony T. B. umyślnie uszkodził telefon komórkowy działając na szkodę G. S., podczas gdy prawidłowa analiza zebranego materiału dowodowego, w tym w oparciu o zasady logicznego rozumowania oraz w oparciu o doświadczenie życiowe wskazuje, iż oskarżony nie dopuścił się zarzucanego mu czynu;

III. błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść orzeczenia, a przejawiający się w błędnym przyjęciu, iż oskarżony T. B. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej usiłował dokonać wymuszenia rozbójniczego, grożąc G. S. użyciem siekiery i noża, podczas gdy prawidłowa analiza zebranego materiału dowodowego, w tym w oparciu o zasady logicznego rozumowania oraz w oparciu o doświadczenie życiowe wskazuje, iż oskarżony nie posługiwał się siekierą lub nożem;

co w efekcie doprowadziło do

IV. rażąco niewspółmierności kary poprzez wymierzenie oskarżonemu T. B. czterech lat pozbawienia wolności, podczas gdy właściwości osobiste oskarżonego jak i okoliczności przedmiotowe i podmiotowe sprawy wskazują,

iż szkodliwość społeczna zarzucanego mu czynu jest znikoma, co przemawia za wymierzeniem kary jednego roku pozbawienia wolności;

wniósł o:

V. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego T. B. od czynów zarzucanych mu w pkt II i III oraz wymierzenie mu kary jednego roku pozbawienia wolności za czyn zarzucany mu w pkt I.

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

Mając na uwadze, że wniosek o sporządzenie uzasadnienia złożył wyłącznie obrońca oskarżonego D. T. – Sąd Apelacyjny zgodnie z treścią art. 457§ 2i 3 k.p.k. w zw. z art. 422 k.p.k. i art. 433 k.p.k. pisemne motywy wyroku sporządził wyłącznie w zakresie odnoszącym się do tejsze skargi odwoławczej.

***Apelacje obrońców oskarżonych D. T. i T. B. wywołując postępowanie odwoławcze doprowadziły do wydania w sprawie wyrok reformatoryjnego. Niemniej większość zarzutów apelacyjnych sformułowanych w apelacji obrońcy oskarżonego D. T. związanych z obrazą przepisów postępowania nie zasługiwało na uwzględnienie.***

Zaznaczenia już na wstępie wymaga, że zarzut z art. 438 pkt 2 k.p.k. może dotyczyć jedynie niezgodności przebiegu postępowania z wymogami prawa procesowego poprzez zaniechane wypełnienia konkretnych nakazów lub naruszenie zakazów proceduralnych, ewentualnie przepisów dotyczących samego orzekania, czy konstruowania orzeczenia (vide: wyrok SN z dnia 8 września 2009 r., WA 26/09, OSNwSK 2009/1/1844).

Kwalifikowanie zatem naruszenia z powołaniem art. 2§1 pkt 1 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 6 k.p.k. i art. 9 k.p.k., jako zarzutu obrazu prawa procesowego - nie może być uznane za skuteczne, bowiem w istocie rzeczy tak sformułowany zarzut oznacza odwołanie się do normy w znaczeniu idei prawa, a więc swoistej normy wyższego stopnia, współtworzącej strukturę modelową procesu karnego i spełniającej nade wszystko funkcję źródła dyrektyw (wskazań) interpretacyjnych (tak: SN w postanowieniu z dnia 28 czerwca 2007 r., III KK 489/06, OSNwSK 2007/1/1488; por. również: postanowienie SN z dnia 13 września 2012 r., III KZ 55/12, LEX nr 1220896; postanowienie SN z dnia 3 października 2011 r., V KK 112/11, LEX nr 1044069). Wielokrotnie orzecznictwo Sądu Najwyższego podkreśla, że zarzut naruszenia norm procesowych nie może opierać się o normy ogólne, a o naruszenia tego rodzaju, które wskazują na wadliwie przeprowadzone postępowanie poprzez nieprawidłowe przeprowadzenie bądź nieprzeprowadzenie określonych dowodów.

Nie ma przy tym potrzeby prowadzenia szczegółowego wywodu w zakresie prawidłowości konstruowania petitum apelacji – czego oczekiwać należałoby od podmiotów fachowych – niemniej warto przypomnieć, że właściwy rodzajowo zarzut winien w sposób precyzyjny wskazywać dostrzeżone uchybienie, a sytuacja taka prowadzi do wniosku, iż winien on być oparty o konkretny przepis proceduralny, który został naruszony. Błędem jest taki sposób redakcji zarzutów obrazu prawa procesowego, który wymienia równocześnie kilka przepisów postępowania, które Sąd rzekomo naruszył. Wszak obok wskazania istoty uchybienia opierającego się o konkretną regulację niezbędne jest wykazanie jego wpływu na treść wyroku – co wprost wynika z treści art. 438 pkt 2 k.p.k. Taka redakcja z reguły prowadzi do nadmiernego rozbudowania zarzutu, skoro należy wykazać wpływ naruszenia każdego powołanego przepisu proceduralnego na treść wyroku – co w efekcie co najmniej utrudnia (o ile nie uniemożliwia) odczytanie intencji skarżącego.

Odnosząc się wprost do zarzutów sformułowanych przez skarżącego obrońcę stwierdzić należy co następuje:

Po pierwsze zarzut z punktu 1) apelacji po jego dogłębnej analizie sprowadza się do wskazania uchybienia Sądu I instancji, jakoby poprzez brak konfrontacji pomiędzy pokrzywdzonym a świadkiem R. R. (2) doszło do obrazu art. 172 k.p.k. Według skarżącego obrońcy, gdyby w sposób prawidłowy Sąd I instancji ocenił te dowody powziąłby wątpliwości

co do wiarygodności zeznań pokrzywdzonego oraz okoliczności w jakich doszło do zaboru pieniędzy – a zatem w istocie uchybienie według skarżącego polegało na obrazie art. 7 k.p.k.

Przypomnieć należy skarżącemu obrońcy, że przepis art. 172 k.p.k. daje jedynie możliwość przeprowadzenia konfrontacji, zaś odstępianie od tej czynności jest uprawnieniem Sądu jako organu prowadzącego postępowanie na etapie wyrokowania i w żadnym wypadku nie można mówić o obrazie tego przepisu postępowania (tak przykładowo: wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 22 marca 2017 r., II AKa 37/17). Wyjaśnienie ewentualnych niejasności czy rozbieżności w zeznaniach poszczególnych przesłuchiwanym osób poprzez ich jednoczesne przesłuchanie jest czynnością fakultatywną, uzależnioną od oceny organu procesowego, który powinien z tego korzystać wówczas, gdy może się to przyczynić do wyjaśnienia sprzeczności i prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Chodzi więc o użyteczność tej czynności przy dokonaniu prawdziwych ustaleń faktycznych. Wymieniony cel organy postępowania mogą osiągnąć także na etapie oceny dowodów, poprzez uznanie niektórych z nich za wiarygodne, a innych za niewiarygodne. Konfrontacja nie stanowi więc jedynego sposobu eliminowania sprzeczności w relacjach osób przesłuchiwanym. Oceniając argumentację obrońcy związaną z tym zarzutem stwierdzić należy, że w realiach niniejszej sprawy przeprowadzenie konfrontacji w żaden sposób nie prowadziłyby do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, bowiem w dalszym ciągu nie byłoby możliwe odtworzenie okoliczności czy i kto dokonał zaboru pieniędzy z portfela należącego do pokrzywdzonego.

Nie ma również racji skarżący obrońca zarzucając, że doszło do obrazu art. 174 k.p.k. Zapisy protokołu rozprawy z dnia 19 października 2017 r. wskazują, że sporządzone notatki urzędowe były okazywane na rozprawie przesłuchiwanym policjantom, czemu nota bene skarżący obrońca nie przeczy. Równocześnie zapisy tegoż protokołu nie wskazują, aby obrońca oskarżonego D. T. zgłaszał jakiegokolwiek zastrzeżenia do formy w jakiej notatki powyższe zostały okazane funkcjonariuszom policji. Jest zatem niedopuszczalne wywodzenie na etapie postępowania odwoławczego, że czynność powyższa była przeprowadzona przez Sąd meriti w sposób nieprawidłowy. Rację miał również Sąd I instancji oddalając wniosek obrony o odczytanie przedmiotowych notatek przesłuchiwanym policjantom. Odwołanie się przez apelującego do orzecznictwa Sądu Najwyższego jest nieskuteczne, bowiem potwierdza jedynie, że tryb postępowania Sądu I instancji był prawidłowy. Podkreślenia wymaga, że ugruntowane poglądy doktryny i orzecznictwa sądowego wskazują, iż notatki urzędowe pracowników śledczych mogą zawierać jedynie informacje o źródłach dowodowych i okolicznościach, które mają być przy ich pomocy udowodnione, a nie mogą zastępować dowodów. (zob. wyr. SA w Krakowie z 16.1.2002 r., II AKa 143/01, KZS 2002, Nr 2, poz. 39; zob. także post. SN z 21.1.2004 r., IV KK 234/03, OSNKW 2004, Nr 4, poz. 40). Stąd też nie jest dopuszczalne sporządzenie z przesłuchania świadka bądź oskarżonego notatki urzędowej. Odstąpienie od obowiązku nałożonego przez Kodeks i sporządzenie z przesłuchania świadka notatki urzędowej (służbowej) zamyka możliwości wykorzystania notatki jako dowodu (zob. też wyr. SN z 24.10.2001 r., III KKN 545/99, Legalis; wyr. SA w Lublinie z 10.1.2006 r., II AKa 284/05, OSProk. i Pr. 2006, Nr 7–8, poz. 31; wyr. SA we Wrocławiu z 2.3.2005 r., II AKa 30/05, OSA 2005, Nr 10, poz. 75).

Kontrola odwoławcza dokonana przez Sąd Apelacyjny nie potwierdziła także zarzutu obrazu art. 394§2 k.p.k. Przepis powyższy umożliwia skrócenie rozprawy poprzez uznanie za ujawnione bez odczytania protokołów i dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, a tym samym wprowadzenie ich do materiału dowodowego.

Jak wynika z zapisu protokołu rozprawy żadna ze stron obecnych na rozprawie (w tym skarżący obrońca) nie złożyła sprzeciwu, a zatem nie nic nie stało na przeszkodzie do skorzystania z trybu przewidzianego powyższym przepisem.

Co do zarzutu obrazu art. 193§1 k.p.k. poprzez brak inicjatywy dowodowej zmierzającej do ustalenia uszkodzeń w wyniku użycia przez oskarżonych niebezpiecznego narzędzia i braku przeprowadzenia z urzędu dowodu z opinii mechanoskopijnej - już na wstępie zauważenia wymaga, że strony w tym zakresie nie wykazywały żadnej inicjatywy dowodowej. Niemniej zgodnie z treścią art. 193 k.p.k. opinii biegłego zasięga się wyłącznie wówczas, gdy stwierdzenie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Opinia taka jest więc zbędna, gdy stwierdzenie owych okoliczności może nastąpić bez takich wiadomości, a w oparciu o doświadczenie życiowe i wiedzę sędziowską. W realiach niniejszej sprawy skoro Sąd dysponował jedynie protokołem oględzin, nie zdołano zabezpieczyć natomiast narzędzia jakim posługiwali się oskarżeni – to uprawniony jest pogląd, że ewentualna opinia

biegłego miałyby charakter czysto hipotetyczny, a w konsekwencji przeprowadzenie dowodu z takiej opinii stałoby się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Zgodnie z dyrektywami rządzącymi procesem karnym Sąd przeprowadza dowody (i to z urzędu, jak i na wniosek stron) oceniając ich istotność dla ustaleń prawidłowego stanu faktycznego. Powyższe oznacza, że dowód istotny to taki, który jest zmierzający do ustalenia istotnej dla wyrokowania okoliczności – a takimi niewątpliwie są treści wypełniające znamiona czynu zarzucanego, a następnie przypisanego w wyroku. W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, że zarzucone jako uchybienie procesowe dotyczące naruszenia art. 167 k.p.k. wnioskowane przez obrońcę oskarżonego dowody takich kryteriów nie spełniają.

Podsumowując tą część rozważań stwierdzić należy, że podniesione przez obrońcę oskarżonego D. T. i omówione zarzuty obrazy prawa procesowego de facto zmierzały do wykazania, że proces gromadzenia dowodów w sprawie był wadliwy i stąd ocena dowodów przeprowadzonych w sprawie przez Sąd meriti jest co najmniej przedwczesna, bowiem nie wyczerpano wszystkich dowodowych możliwości zweryfikowania zeznań istotnych świadków oraz pominięcia przez Sąd niektórych okoliczności mogących mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia w sprawie. Niemniej mimo mnożonych i rozbudowanych w sprawie zarzutów obrazy prawa procesowego kwestionowanie rozstrzygnięcia w istocie sprowadza się do podniesionego zarzutu obrazy art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., które doprowadziły do błędów w ustaleniach faktycznych w zakresie czynu przypisanego w punkcie I wyroku poprzez przyjęcie, że oskarżeni D. T. i T. B. „posiadali niebezpieczne narzędzia” oraz uznaniu ich winy w zakresie czynu przypisanego w punkcie II wyroku z art. 278§1 k.k. (w zw. z art. 64§1 k.k. co do oskarżonego D. T.).

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu należy zauważyć, że Sąd I instancji za podstawę dowodową poczynionych ustaleń faktycznych przyjął wyjaśnienia oskarżonych D. T. i T. B. oraz pokrzywdzonego G. S. złożone w toku postępowania w sprawie.

Zgodnie z regułami procesu karnego pod ochroną art. 7 k.p.k. pozostaje ocena dowodów – w tym wyjaśnień oskarżonego – wówczas, gdy jest to poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, rozważeniem okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, jest zgodna ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego oraz została wyczerpująco i logicznie uargumentowana w uzasadnieniu wyroku.

W niniejszej sprawie warunki te nie do końca zostały spełnione. Sąd dostrzegając z jednej strony konsekwencję w wyjaśnieniach oskarżonego D. T. – zbyt dużą wagę przywiązał do tych wyjaśnień, w których przyznał się do wszystkich czynów mu zarzucanych, wnosząc o dobrowolne poddanie się karze. Nie uwzględnił w swej ocenie, że wyjaśnienia powyższe nie zawierają w istocie żadnych szczegółów co do przebiegu zajścia – a tymczasem zarówno z pierwszych wyjaśnień, jak i kolejnych składanych w sprawie tak D. T., jak i T. B. konsekwentnie przedstawiali tak wcześniejszą znajomość z pokrzywdzonym, łączące ich interesy w postaci próby wyłudzenia kredytu, jak też zaprzeczyli, by podczas zarzucanej próby wymuszenia rozbójniczego z art. 282 k.k. grozili pokrzywdzonemu użyciem noża czy siekiery oraz dokonali zaboru pieniędzy z portfela. Powyższe okoliczności wynikały wyłącznie z zeznań pokrzywdzonego G. S. – a te w toku weryfikacji innymi przeprowadzonymi dowodami doprowadziły jednak do oceny Sądu I instancji, że nie mogą zyskać waloru pełnej wiarygodności. Rację ma skarżący obrońca, że protokół oględzin miejsca zdarzenia zawiera zapisy odnośnie uszkodzeń – niemniej nie zawiera takich opisów, by możliwe było na tej podstawie ustalenie, że są to uszkodzenia świeże i spowodowane przez oskarżonych. Prawidłowo zarzucił także obrońca, że zaliczony w poczet materiału dowodowego protokół z odtworzenia płyt z monitoringu zawiera zapis, by któryś z oskarżonych chował „coś pod kurtką” – co jest równoznaczne z oceną, że były to nóż bądź siekiera. Załączona do akt sprawy płyta z zapisem z kamer monitoringu nie była odtwarzana przez Sąd I instancji, niemniej wbrew twierdzeniom tego Sądu nie zawiera zapisów uprawniających do takich ustaleń. Doznane przez pokrzywdzonego obrażenia podczas zdarzenia w dniu 8 grudnia 2015 r. niewątpliwie wskazują na brutalność sprawców, niemniej nawet przyjęcie, iż prawidłowa jest relacja świadka R. R. (3), że uciekł z lokalu należącego do pokrzywdzonego na widok „jakiegoś drewnianego narzędzia” w rękach jednego z napastników – nie może w sposób kategoryczny prowadzić do wniosku o posługiwaniu się przez oskarżonych i groźeniu użyciem wobec pokrzywdzonego noża i siekiery.



Podobnie jako trafne uznać należy zarzuty obrońcy oskarżonego związane z kompletnością i oceną materiału dowodowego w zakresie czynu zarzuconego oskarżonemu D. T. co do czynu z punktu II aktu oskarżenia, przypisanego w punkcie 2 wyroku. Zdaniem Sądu Apelacyjnego mając na uwadze prawidłowe zakwestionowanie wiarygodności pokrzywdzonego w sprawie istnieją w tym zakresie poważne wątpliwości, które zgodnie z zasadą in dubio pro reo wobec braku możliwości ich usunięcia rozstrzygnąć należy na korzyść oskarżonego.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny dokonał zmiany zaskarżonego wyroku eliminując z jego treści ustalenie, że oskarżeni grozili „użyciem wobec niego noża i siekiery” – czego skutkiem było obniżenie orzeczonych wobec oskarżonych za czyn ten kar:

- wobec oskarżonego D. T. do 4 (czterech) lat pozbawienia wolności,
- wobec oskarżonego T. B. do 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności.

Tak ukształtowana kara wobec oskarżonego D. T. uwzględnia okoliczności obciążające (w szczególności wcześniejszą karalność oskarżonego i odpowiadanie za czyn w warunkach z art. 64§1 k.k.), łagodzące ( w szczególności przyznanie się do winy), jak i osobowość sprawcy oraz okoliczności popełnienia przestępstwa, by dolegliwość kary nie przekraczała stopnia winy.

Ponadto uznając, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na wykluczenie by zaboru pieniędzy mogła dokonać inna osoba w czasie po opuszczeniu przez nich lokalu – Sąd Apelacyjny oskarżonych D. T. i T. B. uniewinnił od popełnienia czynu zarzuconego w punkcie II aktu oskarżenia, a przypisanego w punkcie 2. wyroku, zaś koszty postępowania w tej części ponosi Skarb Państwa.

***Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny – w oparciu o art. 437 § 2 k.p.k. – uwzględniając częściowo apelację obrońcy oskarżonego D. T. zmienił zaskarżony wyrok.***

Zgodnie z art. 634 k.p.k. w zw. z art. 633 k.p.k. oraz z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (tekst jedn.: Dz. U. z 1983 r. Nr 49, poz. 233 ze zm.), w razie obniżenia lub podwyższenia wymiaru kary zasadniczej, zmiany jej rodzaju albo skazania dopiero przez sąd odwoławczy, sąd wymierzył za obie instancje jedną opłatę według kary przez siebie orzeczonej; nadto na podstawie art. 630 k.p.k. orzekł o kosztach postępowania w części dotyczącej uniewinnienia oskarżonych.