

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 sierpnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Edward Stelmasik (spr)
Sędziowie:	SSA Witold Franckiewicz SSA Barbara Krameris
Protokolant:	Anna Turek

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Marka Szczęsnego

po rozpoznaniu w dniach 25 lipca 2013r. i 13 sierpnia 2013 r.

sprawy **J. G. (1)**

oskarżonego z art. 280 § 2 k.k. i art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

i **M. M. (1)**

oskarżonego z art. 280 § 2 k.k. i art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 8 kwietnia 2013 r. sygn. akt III K 171/12

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok wobec oskarżonych J. G. (1) i M. M. (1);

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. K. 720 zł tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oskarżonemu M. M. (1) w postępowaniu odwoławczym oraz 165,60 zł tytułem zwrotu podatku VAT;

III. zwalnia oskarżonych J. G. (1) i M. M. (1) od ponoszenia kosztów sądowych za drugą instancję.

UZASADNIENIE

J. G. (1) i M. M. (1) zostali oskarżeni o to, że : w dniu 30 sierpnia 2012 r. w C. woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu po uprzednim użyciu przemocy w postaci uderzenia pięścią w twarz, przewrócenia na ziemię, kopania i bicia po całym ciele S. D. (1) oraz posługując się nożem, poprzez przecięcie naskórka lewego przedramienia zabrali w celu przywłaszczenia, na jego szkodę, telefon komórkowy marki N. o wartości 50.00 zł, powodując u niego obrażenia w postaci złamania kości twarzoczaszki typu L. F. II, złamania kości nosa, otwartej rany grzbietu nosa, podbiegnięcia krwawego na głowie i twarzy, otarcia naskórka na twarzy i kończynach górnych, dwóch płytkich ran

ciętych na kończynie górnej lewej, rany tłuczonej nosa, podspojówkowych wybroczyn krwawych obu gałek ocznych, które naruszyły czynności narządów jego ciała na okres trwający powyżej siedmiu dni;

przy czym M. M. (1) zarzuconego mu czynu dopuścił się będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w Wałbrzychu z dnia 29.04.2004 r., sygn. akt: II K 60/04 na karę 1 roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności, za czyny z art. 279 § 1 k.k., którą odbył w okresie od 15.07.2009 r. do dnia 13.03.2011 r.;

tj. o czyn z art. 280 § 2 k.k. i art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. – wobec J. G. (1); oraz o czyn z art. 280 § 2 k.k. i art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. – wobec M. M. (1).

Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z dnia 8.04.2013 r., uznał obu tych oskarżonych za winnych zarzuconego czynu i za to wymierzył kary:

- M. M. (1) – na podstawie art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. 6 lat pozbawienia wolności z zaliczeniem tymczasowego aresztowania od 3.10.2012 r. do 8.04.2013 r.;

- J. G. (1) – na podstawie art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. 4 lata pozbawienia wolności z zaliczeniem tymczasowego aresztowania od 12.09.2012 r. do 8.04.2013 r.

Wyrokiem tym ponadto zwolniono oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych za drugą instancję (sygn. akt: III K 171/12).

Wyrok powyższy został zaskarżony przez obrońców obu oskarżonych.

Obrońca oskarżonego J. G. (1) zarzucił temu wyrokowi obrazę przepisów postępowania, a konkretnie:

1. art. 7 k.p.k. polegające na przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów przez przyjęcie, że cały szereg dowodów pośrednich wobec braku dowodu bezpośredniego i zasadniczego, prowadzić musi do wniosku, że drugim współsprawcą rozboju na S. D. (1) by J. G. (1).

2. art. 5 § 2 k.p.k. polegające na rozstrzygnięciu nie dających się usunąć wątpliwości, a odnoszących się do rzeczywistego udziału osk. J. G. (1) w rozboju, z niekorzyścią dla oskarżonego, miast przeciwnie rozstrzygnąć je na korzyść oskarżonego.

3. uwzględnieniu stanowiska oskarżenia, że oskarżeni działali przy użyciu noża w sytuacji kiedy narzędzie to nie stało się w śledztwie przedmiotem jakiegokolwiek procesowej oceny, a to nie zabezpieczono go bezpośrednio po przestępstwie, nie zebrano śladów linii papilarnych, nie wykonano opinii czy obrażenia stwierdzone u pokrzywdzonego S. D. (1) są tymi, które musiały zostać zadane przedmiotowym nożem, czy może też innym narzędziem posiadającym cechy zbliżone do noża znalezionego w mieszkaniu pokrzywdzonego, jak również czy znajdujące się na nożu ślady krwi pochodzą od pokrzywdzonego S. D. (1).

4. art. 391 § 1 k.p.k. polegające na odstąpieniu od bezpośredniego przesłuchania na rozprawie świadka D. M. (1) w sytuacji, kiedy zdaniem obrony nie wykorzystano wszystkich możliwości, aby świadka tego sprowadzić na rozprawę, a podjęte w tej sprawie czynności, obrona traktuje jako pozorne, jedynie zmierzające do doprowadzenia świadka do Sądu.

5. art. 193 k.p.k. poprzez oddalenie uzasadnionego wniosku obrony o zarządzenie badań „wariograficznych” oskarżonego J. G. (1).

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku polegający na przyjęciu, że zgromadzony materiał dowodowy pozwala przyjąć, iż oskarżony J. G. (1) współdziałał w rozboju na S. D. (1), i że sprawcy posługiwali się niebezpiecznym narzędziem w postaci noża (zarzut ten jest częściowo tożsamy z zarzutem sformułowanym w pkt I 1.nin.apelacji).

III. rażąco niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu J. G. (1) kary pozbawienia wolności.

Powołując się na powyższe zarzuty, wniósł ten apelujący o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku przez:

- uniewinnienie oskarżonego J. G. od zarzuczonego czynu,
- względnie, znaczne złagodzenie orzeczonej kary, a przy wyeliminowaniu ustaleń o posłużeniu się nożem, wymierzenie jej z warunkowym zawieszeniem wykonania.

2. alternatywnie – o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Świdnicy do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego M. M. (1) zarzucił zaskarżonemu wyrokowi:

1. obrazę przepisów postępowania w postaci art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. mającą wpływ na treść orzeczenia, a polegającą na zaniechaniu uwzględnienia wszystkich okoliczności sprawy i przekroczeniu dopuszczalnych granic swobodnej oceny dowodów i zasady in dubio pro reo, co znajduje wyraz w szczególności w całkowitej aprobach przez Sąd zeznań pokrzywdzonego S. D. (1) bez dokładnej weryfikacji okoliczności i przebiegu zajścia, w którym rzekomo uczestniczyli oskarżeni M. M. (1) i J. G. (1) oraz polegającą na rozstrzygnięciu niewyjaśnionych okoliczności sprawy na niekorzyść oskarżonego M. M. (1).

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę skarżonego wyroku, a polegający na przyjęciu, iż czyn oskarżonego opisany w pkt I części dyspozytywnej wyroku wyczerpuje znamiona przestępstwa rozboju z art. 280 § 2 k.k., podczas gdy całość okoliczności sprawy, a zwłaszcza wnikliwa analiza zebranego materiału dowodowego wskazuje, iż oskarżonemu można przypisać co najwyżej popełnienie w tej części przestępstwa z art. 280 § 1 k.k.

3. rażąco niewspółmierność orzeczonej względem oskarżonego M. M. (1) kary do celów, jakie kara ta winna spełnić w zakresie prewencji indywidualnej i ogólnej, zwłaszcza w kontekście młodego wieku oskarżonego oraz faktu złożenia przez niego wyjaśnień, które przyczyniły się do szybkiego zakończenia prowadzonego postępowania.

Skarżący ten wniósł w konsekwencji o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku przez:

- uniewinnienie oskarżonego M. M. od zarzuczonego czynu;
- względnie – złagodzenie wymierzonej kary z równoczesną zmianą kwalifikacji prawnej czynu (treść apelacji świadczy, iż skarżący domaga się by czyn zakwalifikować jako występki z art. 280 § 1 k.k.).

2. alternatywnie – o uchylenie tego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Na wstępie stwierdzić należy, że obie apelacje uznano za niezasadne. Na uzasadnienie tego stanowiska przedstawia Sąd odwoławczy następujące argumenty.

I. Co do apelacji obrońcy oskarżonego M. M. (1).

1. Na wstępie zauważa się, że powołane przez obrońcę oskarżonego M. M. w pkt 1 zarzuty procesowe w istocie sprowadzają się do kwestionowania ustaleń o okolicznościach przedmiotowego napadu, a więc stanowią uzupełnienie zarzutu, zawartego w pkt 2 apelacji, skierowanego przeciwko ustaleniom faktycznym. Zarzuty te uznano za chybione.

Przede wszystkim mało zrozumiałą jest wniosek tego apelującego o uniewinnienie M. M. (1) od zarzucanego mu czynu. Pozostaje on bowiem w sprzeczności nie tylko z zeznaniami pokrzywdzonego S. D. (1), lecz i postawą tego oskarżonego. Przecież oskarżony M. M. od początku konsekwentnie przyznawał się do zarzucanego mu napadu. Kwestionował jedynie jego okoliczności, w tym przede wszystkim fakt posługiwania się nożem, a nadto utrzymywał, że w czynie tym nie uczestniczył osk. J. G. (1). Nie zmienia to jednak faktu, że winy swej nigdy nie kwestionował. Zresztą i sam apelujący okoliczność tę w uzasadnieniu wniesionego środka odwoławczego przyznaje (patrz: strona 3 apelacji). Sąd Apelacyjny nie będzie dokładniej zajmował się w tym fragmencie uzasadnienia kwestią udziału w przedmiotowym rozboju osk. J. G.. Uczyni to w dalszej części, gdy oceniana zostanie apelacja drugiego obrońcy. W tym miejscu natomiast odnieść się należy do wywodów, które wg obrońcy osk. M. M. mają dowodzić bezzasadności zakwalifikowania czynu tego sprawcy jako kwalifikowanego rozboju, z uwagi na posłużenie się nożem. Zarzuca ten skarżący, iż ujawniony na miejscu przestępstwa nóż, nie został poddany jakimkolwiek badaniom. To prawda, noża tego nie poddawano specjalistycznym badaniom. Jego oględziny przeprowadzono dopiero 13 września 2012 r. (k.33-37), a więc po powrocie pokrzywdzonego ze szpitala i to wówczas kiedy został on wcześniej przez niego umyty (patrz: S. D. k. 442, Tom III). Kwestii rodzaju badań, jakim miałby zostać ten nóż poddany, bliżej obrońca osk. M. M. nie wyjaśnia. Zapewne ma on na uwadze takie badania, jakie wskazał w swej apelacji obrońca osk. J. G.. Uprzedzając dalsze argumenty, jakie zostaną przedstawione w trakcie rozważań nad drugą z tych apelacji, stwierdzić należy, że przydatność takich badań wydaje się być wysoce wątpliwa. Przecież nawet fakt ujawnienia krwi pokrzywdzonego na tym nożu niczego istotnego by nie wnosił do sprawy, zwłaszcza zaś nie dowodziłby jego użycia wobec pokrzywdzonego. Zważyć przecież należy, że osoby, które widziały mieszkanie pokrzywdzonego, zwróciły uwagę, że nóż leżał na podłodze, na której była znaczna ilość krwi, bo pokrzywdzony mocno krwawił (patrz: zeznania świadków B. C., J. M., D. K.). Gdyby więc w wyniku badań ujawniono, że na nożu jest krew pokrzywdzonego, to apelujący zasadnie zarzuciliby, iż niczego to nie dowodzi, a zwłaszcza nie potwierdza tezy o zadawaniu tym nożem uderzeń pokrzywdzonemu. Krew ta bowiem mogła znaleźć się na tym nożu z tego powodu, że pokrzywdzony mocno krwawił.

Wydaje się, iż apelujący obrońcy zarzuciliby również, że niczego nie dowodzi fakt ujawnienia linii papilarnych na tym nożu, gdyż sugerowaliby, że było to następstwem przypadkowego dotknięcia go, nie zaś wynikiem posłużenia się w trakcie napadu.

Nie wydaje się także, aby lekarz dokonujący badań, a konkretnie oględzin przedmiotowego noża, mógł w sposób stanowczy stwierdzić, że właśnie nim zadano rany, ujawnione na ciele pokrzywdzonego. Istotnym jest natomiast to, że z opinii lekarskiej wynika, iż dwie płytkie rany cięte na przedramieniu lewym to wynik działania narzędzi „ostrych, ostrokrawędzistych” i „mogły powstać w czasie i okolicznościach podawanych przez badanego” (cytaty z opinii k. 102-103). Opinię tę należy więc oceniać w powiązaniu z treścią zeznań pokrzywdzonego S. D., zwłaszcza gdy opisuje fakt zadawania mu przez jednego ze sprawców uderzeń nożem (k.23, Tom I). W tym stanie rzeczy uznano, że bezpodstawne są zarzuty apelującego obrońcy osk. Mm M., skierowane przeciwko ustaleniom o posłużeniu się przez sprawców nożem w trakcie przypisanego im rozboju. Wprawdzie nie zdołano ustalić, który ze sprawców użył noża, ale fakt ten jest bez znaczenia dla ich odpowiedzialności za kwalifikowaną postać rabunku. Zważyć bowiem należy, że gdyby to nie M. M., lecz J. G. zadawał uderzenia nożem, to fakt odpowiedzialności M. M. za zbrodnię z art. 280 § 2 k.k. byłby konsekwencją „działania wspólnie z inną osobą, która posługuje się nożem” (cytowany fragment z art. 280 § 2 k.k.). Nie ma bowiem żadnych podstaw do ewentualnego ustalenia, iż posłużenie się nożem w trakcie napadu przez jednego ze sprawców, odbył się poza wiedzą drugiego z nich. Świadczy o tym m.inn. fakt wspólnego telefonowania do D. M. (1), aby dała im tzw. „alibi”. Dowodzą tego zeznania D. M. (k.305-306 w zw. z art. 622), oraz informacja dotycząca połączeń telefonicznych, dokonanych 30.08.2012 r. przez oskarżonych do D. M. (k.278, Tom II).

2. Bezzasadny jest także zarzut, jakoby razila surowością kara wymierzona M. M.. Zważyć należy, że napad rabunkowy miał bardzo brutalny charakter. Jego ofiarą był mężczyzna w podeszłym wieku (ukończył 67 lat), któremu sprawcy zadali szereg bardzo dotkliwych uderzeń, powodując m.in.:

- złamani twarzoczaszki,

- złamanie kości nosa,
- otwartą ranę grzbietu nosa,
- podbiegnięcia krwawe na głowie i twarzy,
- ranę tłuczoną na nosie,
- otarcia naskórka na twarzy i nogach,
- podspojówkowe wybroczyny krwawe obu gałek ocznych,
- dwie płytkie rany cięte na lewym przedramieniu.

Obrażenia te dowodzą, iż w istocie miało miejsce maltretowanie starszego człowieka, które przybrało niemalże postać „działania w sposób bezpośrednio zagrażający życiu” tego pokrzywdzonego. Można byłoby więc rozważać, czy nie wystąpiła w sprawie druga przesłanka, upoważniająca do zakwalifikowania przedmiotowego rozboju, jako zbrodni z art. 280 § 2 k.k. Oczywiście przy braku zaskarżenia w tym zakresie nie był Sąd Apelacyjny upoważniony do dokonania takich niekorzystnych dla sprawców ustaleń. Nie zmienia to jednak faktu, że okoliczność powyższa nie mogła być pominięta przy ocenie kar, wymierzonych oskarżonym.

Sąd Apelacyjny jest świadom, że kara 6 lat, jaką orzeczono wobec M. M. jest surowa. Nie sposób jednak uznać by raziła ona surowością. To prawda, że sprawca przyznał się do winy. Zważyć jednak należy, że znaczenie tej okoliczności nie sposób przeceniać. Obciążały go bowiem zeznania pokrzywdzonego, a w sposób pośredni i zeznania kilku świadków. Postawy tego oskarżonego w procesie nie sposób wyolbrzymiać i z tego powodu, że nie wyjaśnia on wszystkich okoliczności czynu. Fakt zatajenia osoby współnika, dowodzi, że sprawca ten mocno przyswoił sobie zasady funkcjonujące wśród zdemoralizowanych przestępców, a polegające na niechęci do współdziałania z organami wymiaru sprawiedliwości. Przy ocenie tej kary nie można pomijać także takich okoliczności, odnoszących się do osoby wymienionego sprawcy jak:

- uprzednia karalność, w tym zwłaszcza fakt skazania w warunkach określonych w art. 64 § 1 k.k.,
- popełnienie przedmiotowego rabunku po upływie zaledwie roku od opuszczenia zakładu karnego,
- stan nietrzeźwości w chwili czynu i popełnienie rozboju w celu zdobycia środków na dalsze spożywanie alkoholu,
- daleko posunięty stopień zdemoralizowania, czego dowodami są m.in. fakt prowadzenia pasożytniczego trybu życia i brak jakiegokolwiek zainteresowania losem czwórki dzieci, co do których pozbawiony został władzy rodzicielskiej (nie wie nawet gdzie dzieci te przebywają – patrz: wyjaśnienia z k. 189 i wywiad kuratora k 288-289).

W tym stanie rzeczy uznano, że kara 6 lat wymierzona M. M. w pełni realizuje wskazania zawarte w art. 53 k.k.

W konsekwencji zaskarżony wyrok co do tego oskarżonego, przy braku podstaw do jego uchylecia lub zmiany na podstawie art. 439, 440 i 455 k.p.k., utrzymano w mocy.

II. Ocena apelacji obrońcy oskarżonego J. G. (1).

Jak to już wyżej zasygnalizowano, niezasadna okazała się także apelacja obrońcy osk. J. G..

1. W apelacji tej podniesiono szereg zarzutów procesowych. Ich analiza dowodzi, że odnoszą się one do postępowania dowodowego w tym głównie do oceny dowodów, które, wg apelującego obrońcy, doprowadziły do błędnych ustaleń o winie osk. J. G.. Oba te zarzuty, a więc o charakterze procesowym, jak i co do ustalenia stanu faktycznego, zostaną rozważone łącznie.

a) W apelacji zarzuca się w pierwszej kolejności niedostatki w zakresie postępowania przygotowawczego. Mianowicie, zdaniem tego skarżącego, zaniechano przeprowadzenia badań, zabezpieczonego noża i przez to nie ustalono, czy był on użyty w trakcie napadu a także, który ze sprawców się nim posłużył. Oceniając tę argumentację, zauważyć należy, iż była ona przedmiotem rozważań w poprzednich fragmentach uzasadnienia, poświęconych apelacji obrońcy osk. M. M.. To prawda, że ograniczono się do zabezpieczenia i oględzin noża, który był widziany przez świadków na miejscu zdarzenia. Czynność tę przeprowadzono po powrocie pokrzywdzonego ze szpitala i to po upływie 2 tygodni od krytycznego zdarzenia (T. I, k. 33-37). Jest więc zrozumiałym, że ewentualne badania biologiczne, sugerowane w apelacji obrońcy J. G., niczego by do sprawy nie wniosły, albowiem nóż ten najpierw pokrzywdzony umył, a ponadto używał. W samej zaś rzeczy, stwierdzić należy, że gdyby nawet badania takie przeprowadzono, to ich rezultaty trudno byłoby przeceniać z następujących powodów:

- ujawnienie krwi pokrzywdzonego na tym nożu nie dowodziłoby, że zadano nim rany ujawnione na jego przedramieniu, gdyż nóż ten leżał na podłodze, na której było większa ilość krwi pochodzącej z ran zadanych temu pokrzywdzonemu;

- ewentualne ujawnienie linii papilarnych na tym nożu pochodzących od osk. J. G. dowodziłoby, że sprawca ten miał kontakt z tym nożem, ale nie dowodziłoby, że nożem tym się posłużył w trakcie napadu;

- równie mało przydatne byłoby zasięgnięcie opinii specjalistów, czy powierzchowne płytki rany, ujawnione na przedramieniu pokrzywdzonego, zostały zadane przy użyciu tego zabezpieczonego noża. Nie trzeba bowiem dysponować specjalną wiedzą żeby stwierdzić, że żaden specjalista nie jest w stanie wydać w tym zakresie kategoriycznej opinii. Stąd też nie bez powodu w opiniach lekarskich stwierdza się, że rana mogła być spowodowana użyciem przedmiotu ostrego lub ostrokrawędzistego (tak jak in concreto na k. 102-103). Warunkom tym odpowiada użycie każdego noża.

W tej sytuacji Sąd Okręgowy nie przekroczył ram swobodnej oceny dowodów, gdy dał wiarę pokrzywdzonemu S. D., że sprawcy napadu posłużyli się nożem. Kwestia ta była przedmiotem wcześniejszych rozważań, gdy oceniano apelację M. M., stąd też, unikając zbędnych powtórzeń, odwołuje się Sąd Apelacyjny do tych poprzednich fragmentów niniejszego uzasadnienia. Aktualne pozostają w tym zakresie i rozważania co do oceny prawnej tego przestępstwa i to nawet przy ustaleniu, że to nie J. G. użył noża.

b) Nie podzielono także zarzutów obrońcy osk. J. G., skierowanych wobec sposobu przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka D. M. (1). Oczywiście – jest poza sporem, że jej zeznania w znacznym stopniu przeczą wersji osk. J. G., jakoby nie brał udziału w przypisanym mu rozboju. Pożądanym byłoby więc, żeby osobę tę przesłuchać w trakcie rozprawy. Okoliczności tej nie stracił jednak z pola widzenia Sąd Okręgowy, podejmując szereg przedsięwzięć, mających na celu doprowadzenie D. M. (1) na rozprawę. Analiza akt sprawy dowodzi, że działania, zmierzające do jej przesłuchania, trwały od 11 stycznia 2013 r. (k. 462, T. III) do 8 kwietnia 2013 r. (k. 622, T., IV). Dowodzą tego następujące dane:

1) D. M. nie stawiała się na pierwszy z terminów tj. na dzień 11.01.2013 r. Wprawdzie uznano, że została prawidłowo wezwana bo wezwanie to pokwitowała jej matka (k.462 i 456), ale późniejsze ustalenia dowodzą, że o terminie rozprawy nie była informowana, gdyż już wcześniej tj. w listopadzie 2012 r. wyjechała w nieznanym kierunku (patrz k. 572, Tom IV).

2) Sąd Okręgowy powyższych informacji jeszcze w tym czasie nie posiadał, stąd też ukarał D. M. karą pieniężną i zarządził wezwanie jej na kolejny termin tj. na 25.01.2013 r. (patrz: k. 462 i 463, T. III).

3) w Dniu 25.01.2013 r. D. M. (1) także nie stawiała się, gdyż Sąd Okręgowy, jak to już wyżej wskazano, był przeświadczony, iż aktualny jest adres pod który wysłano poprzednie wezwanie (k. 490 i 497v). Dopiero w trakcie tej rozprawy jej brat tj. oskarżony M. M. (1) poinformował Sąd, że powyższy adres u matki jest nieaktualny, bo cyt. „siostra zamieszkiwała sama” (k. 497v).

4) W tej sytuacji w dniu 28 stycznia 2013 r. zwrócono się do Komisariatu Policji w B. o ustalenie, czy D. M. (1) mieszka w rejonie tamtego posterunku, a w szczególności w G., gdzie mieszkała w czasie przedmiotowego napadu. Równocześnie wysłano do tego Posterunku wezwanie dla tej świadek celem jej doręczenia (k.508, T. III).

5) W dniu 8 lutego 2013 r. Komendant Posterunku Policji w B., odpowiadając na pismo opisane w p. 4, poinformował, że D. M. nie zamieszkuje na tamtejszym terenie i wg posiadanych informacji ma przebywać w W., z tym, że dokładnego adresu Policji nie udało się ustalić (k. 523, T. III).

6) W trakcie rozprawy w dniu 12 lutego Sąd Okręgowy zasięgał informacji u osk. M. M. (1) odnośnie miejsca pobytu siostry. Nie był on jednak w stanie nic bliższego na ten temat powiedzieć. Stwierdził mianowicie, że po eksmisji z C. siostra krótko mieszkała z matką, a potem wyjechała w nieznanym kierunku, określając to mianem, że „wsiąkla” (k. 525v).

7) W oparciu o te informacje Sąd zwrócił się 25.02.2013 r. kolejny raz do Posterunku Policji w B. o ustalenie, czy D. M. (1) mieszka w tej miejscowości przy ul. (...), a nadto, gdyby wynik tych ustaleń był negatywny, o przeprowadzenie wywiadu z jej matką co do miejsca pobytu córki (k. 541 Tom III).

8) Podobnie jak w pkt 7 pisma skierowano do Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w W. (k.543) i Komendy Miejskiej Policji w W. (k.544, T. III).

9) W tym samym czasie tj. (...).2013 r. obrońca oskarżonego J. G. poinformował Sąd Okręgowy, że D. M. (1) przebywa na terenie Czech. Wskazał on równocześnie numer telefonu za pośrednictwem którego można skierować wezwanie dla niej celem stawiennictwa na rozprawę (k. 549, T. III).

10) W związku z powyższą informacją obrońcy sekretariat Wydziału Karnego Sądu Okręgowego w Świdnicy podjął próbę nawiązania kontaktu telefonicznego z D. M. (1). Próby te okazały się bezskuteczne. Rozmówca poinformował, że D. M. (1) „skrywa się gdzieś” prawdopodobnie na terenie Czech (k.550, Tom III).

11) W dniu 6 marca 2013 r. wpłynęły do Sądu Okręgowego w Świdnicy odpowiedzi z MOPS w B. na pisma z pkt 7, że D. M. (1) nie pobiera w tej instytucji żadnych świadczeń (k. 554 i 555, T. III).

12) Z kolei w dniu 10 marca 2013 r. Komendant Komisariatu Policji w B. udzielił odpowiedzi na pismo wskazane w pkt 6. Wynika z niego, że zarówno ten Komisariat jak i matka D. M. (1) nie znają miejsca tej poszukiwanej (k.573).

13) W dniu 12 marca 2013 r. wpłynęła do Sądu odpowiedź z Komendy Miejskiej Policji w W. z której wynika, że podejmowane przez tę K. działania także nie doprowadziły do ustalenia miejsca pobytu D. M. (1). W piśmie tym zawarto także istotną informację, a mianowicie, że w bazie (...), nie zarejestrowano faktu legitymowania D. M. (1) (k.577, T. IV).

14) Podczas rozprawy w dniu 14 marca 2013 r. podjął Sąd Okręgowy próby zasięgnięcia informacji co do miejsca pobytu D. M. (1) u jej brata to jest oskarżonego M. M. (1). Ten zasugerował, iż poszukiwana może przebywać w Czechach u drugiej siostry tj. A. M. (k.581, T. IV). Wskazał on przy tym numer telefonu tej drugiej siostry.

15) W oparciu o powyższą informację zwrócił się Sąd kolejny raz do Komisariatu Policji w B., celem sprawdzenia danych podanych przez M. M. (1) co do miejsca pobytu D. M. (1) (k. 591, T. IV), a nadto próbowano nawiązać kontakt telefoniczny z A. M. na numer wskazany przez M. M. (1). Próby nawiązania kontaktu telefonicznego okazały się nieskuteczne, natomiast Komisariat Policji poinformował, iż D. M. (1) zamieszkuje w W. przy ul. (...) (k. 612).

16) Okazało się jednak, że powyższa informacja także okazała się nieprawdziwa, gdyż Komisariat Policji w W. stwierdził, iż mieszkanie przy ulicy (...) „od 1,5 roku stoi puste” (k.618, T. IV).

Skoro więc zważy się, iż trwające kilka miesięcy rozmaite próby, zmierzające do przesłuchania D. M. (1) okazały się nieskuteczne, tym samym Sąd Okręgowy miał wszelkie podstawy, aby podjąć decyzję przewidzianą w art. 391 §1

k.p.k. o odczytaniu jej zeznań (k.622, T. IV). Przy ocenie zasadności tej decyzji nie można tracić z pola widzenia (...). Prowadzi ona niestabilizowany tryb życia, stąd też ustalenie miejsca pobytu takiej osoby jest wysoce utrudnione. Jest znamienne, że nawet najbliżsi nie są w stanie wskazać, gdzie ta poszukiwana może przebywać. Wykazane wyżej przedsięwzięcie, podejmowane przez Sąd Okręgowy, w sposób oczywisty przeczą sugestiom apelującego obrońcy, jakoby działania te były „pozorne” (cytat z apelacji). Wręcz przeciwnie – Sąd Apelacyjny prezentuje pogląd, że Sąd Okręgowy wykazał się w tym względzie daleko idącą determinacją, chociaż procesowe znaczenie zeznań tej świadek nie było tak znaczne. Przecież nie była ona bezpośrednim świadkiem rozboju, natomiast wyjaśniła treść rozmów jakie odbyli z nią przed godziną 24.00 obaj oskarżeni. Oczywiście jest istotnym, że wskazała ona, iż obaj ci oskarżeni poprosili ją o danie im „alibi” na tę porę swego pobytu. Okoliczność ta ma niewątpliwie duże znaczenie dla oceny wiarygodności wyjaśnień J. G., a także zeznań jego najbliższych (tj. S. i S. G.). Zważyć jednak należy, iż wersja tych 3 osób, jakoby J. G. (1) miał przebywać od godz. 18.00 u S. i S. G., pozostaje w oczywistej sprzeczności nie tylko z zeznaniami osób, które widziały obu oskarżonych w dniu 30.08.2012 r. około północy w rejonie miejsca zdarzenia, lecz przede wszystkim z wynikami analizy połączeń telefonicznych wykonanych z aparatów J. G. (1) i M. M. (1) do D. M. (1). Mianowicie obaj oni przeprowadzili takie rozmowy w dniu 30.08.2012 r. o tej samej porze tj. o godz. 23⁴⁸ i (...) i to z tego samego miejsca (T. II, k. 278).

Oceniając zasadność decyzji Sądu Okręgowego w przedmiocie odczytania zeznań D. M. (1) nie stracił Sąd Apelacyjny z pola widzenia także treści art. 182 k.p.k. oraz art. 186 k.p.k. Zważyć należy, że wymieniona świadek, jako siostra osk. M. M. (1), mogła odmówić zeznań co do okoliczności odnoszących się do czynu zarzuconego jej bratu. Zważyć jednak należy, że obaj oskarżeni to współsprawcy tego samego rozboju, stąd też trudno byłoby przesłuchać D. M. (1) wyłącznie co do roli osk. J. G.. Fakt ten nie oznacza jednak, że w istniejącej sytuacji procesowej Sąd Okręgowy nie był uprawniony do odczytania zeznań tej osoby stosownie do przepisu art. 391 § 1 k.p.k. Przepis art. 182 k.p.k. ma bowiem na celu przede wszystkim ochronę świadka, który znajduje się w szczególnej sytuacji. Z jednej bowiem strony jest on zobowiązany do składania prawdziwych zeznań pod groźbą odpowiedzialności karnej za składanie zeznań nieprawdziwych, zaś z drugiej jest on w pewien sposób krepowany względami wynikającymi z powiązań rodzinnych. Uznano jednak, że takie problemy o charakterze moralnym nie występują, gdy świadek nie składa zeznań przed sądem z różnych przyczyn, wskazanych w art. 391 § 1 k.p.k. W takiej sytuacji, zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie było przeszkód procesowych do odczytania zeznań D. M. (1), stosownie do treści w/w przepisu.

W tym miejscu pragnie odnieść się Sąd Apelacyjny do sugestii obrońcy osk. J. G., sugerującego, jakoby niewłaściwie zinterpretowano ustalenia organów ścigania co do miejsca logowania się tego oskarżonego, gdy telefonował do D. M. (1). Mianowicie – przyjęto, że obaj oskarżeni wykonali te połączenia z tego samego miejsca. Aby podważyć to ustalenie przedstawił obrońca oskarżonego J. G. pismo operatora sieci P. z 19.07.2013 r. Z pisma tego istotnie wynika, że istotnie może wystąpić możliwość łączenia telefonu z nadajnikiem usytuowanym w innej miejscowości niż miejscowość, w której faktycznie przebywał abonent. Taka sytuacja może zaistnieć zwłaszcza wówczas gdy chodzi o miejscowości w których nadajniki położone są blisko siebie oraz w razie przeciążenia tego najbliższej położonego nadajnika. Co do tego czy w tym czasie ten najbliższy położony nadajnik, a więc w C. był przeciążony, to nie sposób się wypowiedzieć. Wydaje się to jednak mało prawdopodobne. Zważyć bowiem należy, że rozmowę telefoniczną wykonał J. G. tuż przed północą. Poza sporem jest jednak, że obie miejscowości, w których w tym czasie mógł przebywać J. G. są położone blisko siebie. Między C. a L. jest odległość ok. 10 km. Praktycznie rzecz biorąc nie byłoby przeszkód, aby osk. J. G. po dokonaniu rozboju zdążył przejechać jakimś „okazyjnym” środkiem lokomocji do L. i stamtąd wykonać telefon o godz. 23⁴⁹. W podsumowaniu więc stwierdzić należy, że w/w dowód przedstawiony w trakcie postępowania apelacyjnego, nie może stanowić podstawy do podważenia ustaleń o udziale J. G. w przypisanym mu rozboju. Zauważyć przy tym należy, że treść pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku świadczy, iż dowód dotyczący miejsca logowania rozmów telefonicznych nie miał dla Sądu Okręgowego także decydującego znaczenia (patrz: strona 9 uzasadnienia). Nie zmienia to jednak faktu, że fakt niemalże równoczesnego wykonania rozmów przez obu oskarżonych z D. M. (1), wykonanych z różnych miejscowości wydaje się być mało prawdopodobny. Jeszcze raz jednak powtórzył stanowisko, że Sąd Apelacyjny takiej sytuacji nie wyklucza, a więc dopuszcza możliwość, że przed godziną 23⁴⁹ J. G. znalazł się

w L. i stamtąd wykonał telefon do D. M. (1) a także, że o tej samej porze do siostry swej tj. D. M. (1) zatelefonował osk. M. M. (1).

c) Nie podzielono także stanowiska apelującego obrońcy osk. J. G., jakoby Sąd Okręgowy dopuścił się obrazy art. 193 k.p.k. oddalając wniosek o badanie „wariograficzne” tego oskarżonego. Merytoryczna zasadność postanowienia wydanego 14 marca 2013 r. nie budzi zastrzeżeń (k. 581-582, Tom IV). Pewne wątpliwości wywołuje jedynie stwierdzenie, jakoby tego rodzaju badania mogły być prowadzone przede wszystkim w trakcie postępowania przygotowawczego w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych w sprawie. Tak istotnie stanowi powołany w uzasadnieniu tego postanowienia przepis art. 192^a k.p.k. Zważyć jednak należy, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny inny przepis a mianowicie art. 199^a k.p.k. dopuszcza także możliwość przeprowadzenia takich badań wobec oskarżonych w trakcie postępowania jurysdykcyjnego (patrz: Tomasz Grzegorzczak, Komentarz do Kodeksu postępowania karnego 5 wydanie, LEX, Warszawa 2008, tezy do art. 199^a k.p.k. strony 459-461). Nie tracąc jednak z pola widzenia powyższych uwag, stwierdzić należy, że merytoryczna zasadność stanowiska Sądu Okręgowego w przedmiocie oddalenia wniosku o badanie „wariograficzne” oskarżonego J. G., nie budzi zastrzeżeń. Przywołać w tym względzie należy stanowisko, wskazanego wyżej przedstawiciela doktryny, że cyt. „sam wynik badania o jakim mowa w art. 199^a k.p.k., dowodzi jednak tylko i wyłącznie tego, jakie były reakcje oskarżonego na określone, zadawane mu pytania. Nie można go uznać za dowód tego sprawstwa, czy winy” (op.cit. s. 461).

Wobec powyższego, skoro Sąd Okręgowy uznał, że badaniami „wariograficznymi” nie rozstrzygnie się o winie lub niewinności oskarżonego J. G., tym samym był władny oddalić wniosek obrońcy złożony w tym przedmiocie, stosownie do treści art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k.

d) Nie podzielono także zarzutów procesowych, podniesionych w pkt I ust. 1, 2 apelacji, odnoszących się do oceny zgromadzonego materiału dowodowego, które skutkować miały, wg twierdzeń obrońcy osk. J. G., błędnym ustaleniu o udziale tego oskarżonego w zarzuconym mu rabunku, popełnionym na S. D. (1) (pkt I ust. 1 i 2 oraz pkt II zarzutów apelacji). Uzasadniając powyższe stanowisko, zważyć należy, iż autor tej apelacji sugerując, jakoby proces przeciwko J. G. miał cyt. „wyraźnie poszlakowy charakter” (cytat z k. 3 apelacji). Stwierdzenie to nie w pełni odpowiada sytuacji procesowej, z jaką mamy do czynienia w tej sprawie. Byłoby ono w pewnym stopniu trafne, gdyby uwzględniono wyłącznie materiał dowodowy z postępowania przygotowawczego. Zdezaktualizowało się ono natomiast w postępowaniu sądowym. W trakcie rozprawy bowiem pokrzywdzony S. D., któremu w trakcie śledztwa nie okazywano oskarżonych, gdyż miał on wątpliwości, czy rozpoznałby drugiego, obok znanego mu M. M., sprawcę rozboju tj. J. G., w sposób stanowczy wskazał na tego oskarżonego jako drugiego, obok M. M. sprawcę napadu (S. D., Tom III, k. 441-442). To prawda, iż wcześniej różne osoby informowały go o nazwisku drugiego, obok znanego mu M. M. sprawcy rozboju. Czym innym jest jednak wiedza co do nazwiska domniemanego sprawcy, a czym innym rozpoznanie go w trakcie rozprawy. Sąd Apelacyjny nie widzi racjonalnych powodów, dla których pokrzywdzony miałby bezpodstawnie wskazywać w trakcie rozprawy na J. G. (1) jako drugiego z napastników. W samej zaś rzeczy za trafnością tego rozpoznania świadczą w sposób daleko idący inne dowody, zgromadzone w tej sprawie. Wskazał na nie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy. Jedynie dla ich usystematyzowania przedstawione one zostaną w skrótowej postaci także w niniejszych pisemnych motywach.

1) Po pierwsze – nie stracił Sąd Okręgowy z pola widzenia treści zeznań S. G. (tj. brata oskarżonego J. G. (1)), który dał tzw. „alibi” swemu oskarżonemu bratu, sugerując, jakoby 30 sierpnia 2012 r. już od godzin 17.00-19.00 J. G. (1) miał przebywać w jego mieszkaniu w L., gdzie podobno opiekował się dziećmi tego świadka. Miał tam przebywać do rana tj. do 31.08.2012 r. W pisemnych motywach zaskarżonego wyroku wskazano przekonujące argumenty świadczące o nieprawdziwości tych zeznań (patrz: strona 9 uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

2) Po drugie – w samej zaś rzeczy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku odwołano się do zeznań szeregu osób informujących, że osk. J. G. (1) w dniu 30.08.2012 r. towarzyszył M. M. (1) niemalże przez cały dzień aż do późnych godzin nocnych. Tak przecież zeznawali:

a) D. K. „Potem po 22.00 do 22.30 widziałam jak M. chodził z J. G. (3) po drodze za barakiem moim i pana S.” (cytat z k. 170 w zw. z k. 493-495).

b) Ł. O. „Okolo godziny 24.00 tak mi się wydaje bo było bardzo późno ja wraz z siostrą wyszedłem z domu celem wyprowadzenia psów na spacer, siostra ma bowiem dwa psy, w tym czasie R. został z dziećmi w domu. Zeznaję, że zanim wyszliśmy z siostrą na dwór, mogło być około 20-30 minut wcześniej, to przez okno od strony wejścia do domu D., zauważyłem M. M. (1) i J. G. (1) jak szli w kierunku domu S. D. (1), dom ten jest zaraz obok domu siostry i widać go z okien” (cyt. z k. 229 w zw. z k. 496-497).

c) R. B. (konkubina D. K.) „W późnych godzinach już wieczorem, jeszcze z okien konkubina widziała ich tj. oskarżonych – uwaga S.A., jak się kręcili w okolicy baraków” (k. 418 w zw. z k. 495-496).

d) D. K., która zeznała, że kiedy odmówiła ona oskarżonym pożyczki pieniędzy na zakup kolejnej ilości alkoholu, to osk. M. M. (1) powiedział jej, że w tej sytuacji po pieniądze udadzą się do S. D. (1), gdyż, wg niego, mógł on otrzymać już rentę, bo to koniec miesiąca (istotnie zdarzenie rozegrało się pod koniec sierpnia – konkretnie 30.08.2012 r.).

e) D. M. (1), której zeznania także w sposób pośredni wspierają trafność ustaleń o udziale J. G. w zarzuconym rozboju. Trudno przecież inaczej wytłumaczyć fakt równoczesnego wykonania do niej przez obu oskarżonych telefonu przed godz. 24.00 z prośbą, by zapewniła im „alibi” na tę porę. Gdyby więc nawet założyć, że J. G. zadzwonił do niej z L., a nie z C., to rodzaj prośby, a więc o danie „alibi”, wspiera trafność dokonanych ustaleń o współudziale tego oskarżonego w napadzie rabunkowym na osobie S. D. (1).

W tym stanie rzeczy uznano, że Sąd Okręgowy dokonał trafnych ustaleń o współudziale J. G. w rozboju na osobie S. D.. Nie budzi zastrzeżeń także ocena prawna tego czynu, gdy zważy się, iż sprawcy posłużyli się nożem.

3. Chybiony okazał się również alternatywnie podniesiony z tzw. „niezbędnej ostrożności procesowej” zarzut rażącej surowości kary (sformułowanie zacytowano w ślad za użytym na stronie 2 apelacji). Przypomnieć wobec tego należy, że Sąd Okręgowy wymierzył J. G. (1) 4 lata pozbawienia wolności. Jest to więc kara, która jedynie w niewielkim stopniu przekracza minimum ustawowego zagrożenia. Już w poprzednich fragmentach uzasadnienia gdy analizowano apelację obrońcy osk. M. M. zwrócono uwagę na wyjątkowo znaczny stopień społecznej szkodliwości zbrodni, której dopuścili się oskarżeni. Wydaje się, że Sąd Apelacyjny nie przekroczył swych uprawnień, gdy przestępne zachowanie oskarżonych określił mianem maltretowania człowieka w podeszłym wieku (S. D. ukończył w chwili czynu 66 lat). Z uwagi na podeszły wiek pokrzywdzonego winni liczyć się sprawcy z możliwością spowodowania zgonu tak bestialsko bitej ofiary. Obciążają oskarżonego J. G. (1) nadto stan nietrzeźwości w chwili czynu, a także negatywna pobudka działania jaką jest chęć zdobycia pieniędzy na kupno alkoholu. Praktycznie rzecz biorąc co do tego oskarżonego nie dopatrzono się żadnych okoliczności łagodzących. Trudno za taką uznać dotychczasową niekaralność, skoro przestrzeganie prawa winno być standardem (k. 50, T. I). Dla przeciwwagi zwrócić należy uwagę na negatywną opinię o tym sprawcy z miejsca zamieszkania (k. 284-286, T. II). W tym stanie rzeczy zaskarżony wyrok co do J. G. utrzymano w mocy.

Orzeczenie o kosztach sądowych za drugą instancję ma oparcie w przepisie art. 624 § 1 k.p.k.