

Sygnatura akt II AKa 83/21

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 października 2021 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący SSA Maciej Skórniak

Sędziowie: SA Cezariusz Baćkowski (spr.)

SA Janusz Godzwon

Protokolant: Joanna Rowińska

przy udziale Zbigniewa Jaworskiego prokuratora Prokuratury (...)

po rozpoznaniu w dniu 20 października 2021 r.

sprawy:

1. **D. G. (1)**

oskarżonego z art. 280 § 2 kk

2. **M. S. (1)**

oskarżonego z art. 280 § 2 kk w związku z art. 64 § 1 kk

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy

z dnia 22 grudnia 2020 r., sygn. akt III K 139/19

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonych D. G. (1) i M. S. (1):

1. **w punkcie I części rozstrzygającej i wyrażenie: „350 hrywien” zastępuje wyrażeniem: „283 hrywiny”,**

2. **w punkcie III części rozstrzygającej i na podstawie art. 46 § 2 k.k. orzeka wobec oskarżonych D. G. (1) i M. S. (1) na rzecz pokrzywdzonego V. H. nawiązki po 550 (pięćset pięćdziesiąt) złotych,**

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. K. i adw. E. K. po 738 złotych (w tym należny podatek od towarów i usług) kosztów nieopłaconej pomocy prawnej z urzędu udzielonej oskarżonym w postępowaniu odwoławczym,

IV. zasądza od oskarżonych D. G. (1) i M. S. (1) na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w częściach równych.

UZASADNIENIE

D. G. (1) został oskarżony o to, że:

1. w dniu 4 października 2019 r. w miejscowości skwer (...) w dniu 04 października 2019 r w L. przy skwerze (...), działając wspólnie i w porozumieniu z nieustalonym do chwili obecnej mężczyzną , przy użyciu przemocy i posługując się nożem, który przyłożył do szyi V. H., stosując przy tym groźby pozbawienia życia, dokonał zaboru w celu przywłaszczenia telefon komórkowy marki S. (...) o wartości 1000 zł, pieniędzy w kwocie 100 zł, 350 hrywien powodując łączne straty w kwocie 1156 zł, czym działali na szkodę obywatela Ukrainy V. H.;

Wartość szkody: 1156.00 PLN

tj. o czyn z art. 280 § 2 k.k.

A. S. został oskarżony o to, że:

1. w dniu 4 października 2019 r. w L. działając wspólnie i w porozumieniu z D. G. (1), po uprzednim doprowadzeniu do stanu bezbronności V. H. poprzez przyłożenie mu od tyłu noża do szyi oraz skierowanie gróźb pozbawienia życia, dokonał zaboru w celu przywłaszczenia telefonu komórkowego marki s. (...) o wartości 1000 zł i środków pieniężnych w kwocie 100 zł i 350 hrywien działając na szkodę V. H., przy czym zarzucanego czynu dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa z art. 64 § 1 k.k.

tj. o czyn z art. 280 § 2 k.k. w związku z art. 64 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy w Legnicy wyrokiem z 22 grudnia 2020 r., sygn. akt III K 139/19:

I. uznał oskarżonych D. G. (1) i M. S. (1) za winnych popełnienia zarzucanego im czynu z art. 280 §2 k.k., a w odniesieniu do M. S. (1) czynu z art. 280 §2 k.k. w zw. z art. 64 §1 k.k., eliminując z opisu tego czynu, że uprzednio doprowadzili V. H. do stanu bezbronności i za to na podstawie art. 280 §2 k.k. skazał:

- D. G. (1) na karę 3 lat pozbawienia wolności,

- M. S. (1) na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 63 §1 k.k. na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności zaliczył oskarżonym okres ich rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie:

- D. G. (1) od dnia 05 października 2019 r. godzina 09:20 do dnia 26 sierpnia 2020 r. godzina 13:50,

- M. S. (1) od dnia 12 grudnia 2019 r. godzina 17:40 do dnia 02 września 2020 r. godzina 17:40;

III. zasądził od oskarżonych D. G. (1) i M. S. (1) na rzecz pokrzywdzonego V. H. nawiazki w kwotach po 572,75 złotych;

IV. zwolnił oskarżonych D. G. (1) i M. S. (1) od kosztów sądowych w tym opłat w sprawie;

V. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. E. K. kwotę 2411,80 złotych plus 23% podatku VAT za udzieloną oskarżonemu M. S. (1) i nieopłaconą obronę z urzędu.

Apelacje od tego wyroku wnieśli oskarżeni za pośrednictwem obrońców.

Obrońcy oskarżonego D. G. (1) zaskarżyła wyrok w całości zarzucając:

1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który mógł mieć wpływ na jego treść (art. 438 pkt 3 k.p.k.) polegający na:

a) przypisaniu oskarżonemu D. G. (1) zamiaru dokonania rozboju kwalifikowanego z użyciem noża, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy, oceniony wszechstronnie, obiektywnie i przy zachowaniu standardów wskazanych w przepisach art. 5 § 2 k.p.k. nie dawał podstaw do takich ustaleń;

b) uznaniu za wiarygodne zeznań pokrzywdzonego w zakresie dysponowania przez napastnika nożem, podczas gdy w toku postępowania pokrzywdzony niekonsekwentnie przedstawia wersję wydarzeń w tym zakresie wskazując raz, iż nóż został mu przyłożony do szyi (zbliżony), zaś następnie wskazuje, że „On mi tym ostrzem nie dotykał skóry, trzymał to ostrze w pewnej odległości od mojego ciała”, a rozbieżności tych nie udało się wyjaśnić podczas przesłuchania pokrzywdzonego przed Sądem meriti, ponieważ czynność ta okazała się niemożliwa do przeprowadzenia i nie skonfrontowano tych zeznań z wersją wydarzeń „A.” – znajomego pokrzywdzonego, który złożył telefoniczne zawiadomienie o zdarzeniu, zatem organy ścigania dysponują jego numerem telefonu;

c) ustaleniu przez Sąd Okręgowy w Legnicy, że potencjalnie użytym przedmiotem przez napastnika, którym miał być D. G. (1), w czasie zdarzenia był nóż, który stanowił zagrożenie dla życia pokrzywdzonego w rozumieniu przepisu art. 280 § 2 k.k., podczas gdy w aktach sprawy nie znajduje się wiarygodny dowód potwierdzający iż którykolwiek z napastników posługiwał się nożem, który był widziany jedynie przez samego pokrzywdzonego, a w świetle treści m.inn. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2001 r., sygn. akt: I KZP 45/00 (OSNKW 2001/3-4/17), podstawą uznania rozboju za kwalifikowany w rozumieniu przepisu art. 280 § 2 k.k., jest pewne ustalenie, że użyty w czasie rozboju przedmiot stwarzał niebezpieczeństwo dla życia pokrzywdzonego, natomiast w niniejszej sprawie brak jest potwierdzenia, że jakkolwiek przedmiot został przez sprawców użyty.

2) obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na jego treść (art. 438 pkt 2 k.p.k.), tj.:

a) naruszenie w toku postępowania przygotowawczego art. 173 § 1 k.p.k. oraz § 5 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie warunków technicznych przeprowadzenia okazania przez przeprowadzenie czynności okazania sposób sugerujący osobę sprawcy, albowiem osoby okazywane były zbliżone wyłącznie wiekiem, zaś osoby te powinny być również podobnego wzrostu, tuszy, ubioru i innych cech charakterystycznych - gdyż pokrzywdzony zwrócił uwagę wyłącznie na to, że „napastnik z tyłu był grubszy”, zaś z karty poglądowej wynika, iż jedyną grubszą osobą z okazywanych był D. G. (1), co miało sugerować pokrzywdzonemu osobę sprawcy, zatem czynność ta nie została przeprowadzona w sposób wyłączający sugestię i wskazuje na nieprawidłowe procedowanie w sprawie,

b) niezastosowanie zasady in dubio pro reo, tj. art. 5 § 2 k.p.k. polegające na nierozstrzygnięciu na korzyść oskarżonego wszelkich niedających się usunąć wątpliwości co do ustalenia osoby sprawcy, a w konsekwencji również nieuzasadnione przypisanie oskarżonemu odpowiedzialności karnej z art. 280 § 2 k.k., będące konsekwencją bezpodstawnego przyjęcia, że oskarżony D. G. (1) w dniu 4 października 2019 r. popełnił kwalifikowany typ przestępstwa rozboju na szkodę pokrzywdzonego V. H., gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał jednoznacznie przyjąć, że do popełnienia przedmiotowego przestępstwa doszło w warunkach określonych przepisem art. 280 § 2 k.k., a więc że oskarżony lub osoba z nim współdziałająca posługiwała się w tym dniu nożem kuchennym i brak jest logicznego uzasadnienia co do tego skąd oskarżony, wybierający się do klubu, miałby mieć przy sobie nóż kuchenny;

c) naruszenie art. 410 k.p.k. i 7 k.p.k. przez dowolną i wysoce intuicyjną ocenę dowodów, polegającą na oparciu orzeczenia na okolicznościach nieudowodnionych oraz dokonaniu ustaleń sprzecznych ze sobą, tj.:

- w zakresie rzekomej świadomości pokrzywdzonego, co do faktu posiadania noża przez napastnika oraz użycia go celem przełamania oporu ze strony pokrzywdzonego, choć żaden z dowodów przeprowadzonych w trakcie postępowania przygotowawczego nie wskazuje na to w sposób niewątpliwy, zaś zeznania pokrzywdzonego w zakresie umiejscowienia noża są wewnętrznie sprzeczne i brak jest jednoznacznych dowodów potwierdzających jego stanowisko w tym zakresie, a co więcej porównanie postury pokrzywdzonego i oskarżonego D. G. (1) (który jest dużo większy od pokrzywdzonego) wskazuje na to, że pokrzywdzony z tego powodu działał zgodnie z poleceniami napastników;

- pominięcie faktu, że zdarzenie miało miejsce w godzinach nocnych, na słabo oświetlonej ulicy – co dodatkowo poddaje w wątpliwość możliwości percepcji pokrzywdzonego.

3) rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu i ustaleniu znacznego stopnia społecznej szkodliwości czynu na podstawie tego, że oskarżony D. G. (1) miał nie poprzestać na okazaniu noża, ale też zbliżyć go do szyi pokrzywdzonego, podczas gdy zeznania pokrzywdzonego w zakresie użycia noża przez napastników są wewnętrznie sprzeczne, gdyż raz pokrzywdzony zeznał: „On mi tym ostrzem nie dotykał skóry, trzymał to ostrze w pewnej odległości od mojego ciała”, zaś wcześniej wskazywał, że nóż przyłożył w okolice szyi, zatem błędnie przyjęto iż oskarżony miał nie poprzestać wyłącznie na okazaniu noża, co skutkowało błędnym skazaniem oskarżonego za rozbój w typie kwalifikowanym i nie zastosowanie możliwości złagodzenia wymiaru kary.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelująca wniosła o: zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez: - uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu; bądź wyeliminowanie z opisu czynu znamienia posługiwania się nożem i przyjęcie, że czyn zabroniony przypisany oskarżonemu stanowi występki rozboju z art. 280 § 1 k.k. i wymierzenie oskarżonemu D. G. (1) znaczącego łagodniejszej kary uznając na podstawie art. 283 k.k., że czy był wypadkiem mniejszej wagi i w związku z art. 37a k.k. orzec karę grzywny lub ograniczenia wolności; ewentualnie – uchylene wyroku w całości w zakresie oskarżonego D. G. (1) i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Obrończyni oskarżonego M. S. (1) również zakwestionowała wyrok w całości zarzucając:

I. rażąco obrazę przepisów postępowania, tj. treści art. 28 § 2 k.p.k. polegającą na przeprowadzeniu rozprawy w dniu 26 listopada 2020 r. w niepełnym składzie Sądu – pod nieobecność ławnika W. T., co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą w rozumieniu treści art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.

II. obrazę przepisów postępowania mającą istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia, a to jest treści art.:

1) 7 k.p.k. w zw. z art. 173 § 1 k.p.k. i § 5 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie warunków technicznych przeprowadzenia okazania z dnia 2 czerwca 2003 r. polegającą na dowolnej, a nie na swobodnej ocenie dowodów, przeprowadzonej w oderwaniu od zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, tj. dowodu z protokołu przesłuchania – okazania pokrzywdzonemu wizerunku oskarżonego M. S. (1) z dnia 11 października 2019 r. i uznanie tego dowodu za wiarygodny i przeprowadzony w sposób prawidłowy, w sytuacji gdy, czynność okazania wizerunku oskarżonego na tablicy poglądowej została przeprowadzona w sposób sugestywny.

2) 7 k.p.k. w zw. art. 204 § 1 pkt 2 k.p.k. polegającą na dowolnej, a nie na swobodnej ocenie dowodów przeprowadzonej, w oderwaniu od zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, tj. protokołu ustnego zawiadomienia o przestępstwie, złożenia wniosku o ściganie, przesłuchania w charakterze świadka osoby zawiadamiającej z dnia 5 października 2019 r., protokołu okazania wizerunku z dnia 5 października 2019 r., protokołu okazania osoby z dnia 6 października 2019 r., protokołu z dnia 11 października 2019 r. i uznanie tych dowodów za wiarygodne nie przeprowadzone w sposób prawidłowy w sytuacji gdy, czynności przesłuchania pokrzywdzonego i okazania mu na tablicy poglądowej z wizerunkiem M. S. (1) została przeprowadzona w nieprawidłowy, albowiem odbyła się z pominięciem obligatoryjnego udziału tłumacza, gdyż pokrzywdzony jako obywatel Ukrainy nie władał językiem polskim.

3) art. 391 § 1 k.p.k. w zw. z art. 204 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. poprzez odczytanie na rozprawie w dniu 22 grudnia 2020 r. protokołu ustnego zawiadomienia o przestępstwie, złożenia wniosku o ściganie, przesłuchania w charakterze świadka osoby zawiadamiającej z dnia 5 października 2019 r., protokołu okazania wizerunku z dnia 5 października 2019 r., protokołu okazania osoby z dnia 6 października 2019 r., protokołu z dnia 11 października 2019 r., mimo ich nieprawidłowego przeprowadzenia w postępowaniu przygotowawczym z uwagi na przeprowadzenie tych czynności bez udziału tłumacza, w sytuacji gdy Sąd zobowiązany był do przeprowadzenia dowodu z przesłuchania w/w świadka w sposób bezpośredni z udziałem tłumacza, co stanowiło powieleni błędów i naruszeń z postępowania przygotowawczego będąc jednocześnie rażącym naruszenie prawa do obrony oskarżonego M. S. (1).

4) art. 391 § 1 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. poprzez odczytanie na rozprawie w dniu 22 grudnia 2020 r. protokołu ustnego zawiadomienia o przestępstwie, złożenia wniosku o ściganie, przesłuchania w charakterze świadka osoby zawiadamiającej z dnia 5 października 2019 r., protokołu okazania wizerunku z dnia 5 października 2019 r., protokół okazania osoby z dnia 6 października 2019 r., protokołu z dnia 11 października 2019 r., w sytuacji gdy z protokołu rozprawy z dnia 26 listopada 2020 r. wynika, że pokrzywdzony w dniu 3 października 2020 r. na terenie Ukrainy odebrał wezwanie do stawienia na rozprawę w dniu 26 listopada 2020 r., a w aktach sprawy brak jest wezwania, tłumaczeni wezwania oraz zwrotnego potwierdzenia odbioru wezwania przez V. H. na termin rozprawy w dniu 26 listopada 2020 r., przy czym jednocześnie Sąd zobowiązany był do ponownego jego wezwania na znany adres zamieszkania w Ukrainie i ewentualnego zastosowania wobec niego kary porządkowej, o której mowa w treści art. 285 § 1 k.p.k., co stanowi rażące naruszenie prawa do obrony oskarżonego M. S. (1).

5) art. 7 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k. polegająca na tym, że Sąd w sposób dowolny a nie swobodny ocenił wyjaśnienia oskarżonego M. S. (1) i wyjaśnienia oskarżonego D. guza uznając je za niewiarygodne przy jednoczesnym przyjęciu, że są one nielogiczne i gołosłowne, podczas gdy dowody te pozostają ze sobą spójne i łączą się ze sobą logicznie, a ponadto pozostają spójne z pozostałym zebrany w sprawie materiałem dowodowym, dlatego też należy nadać im prymat dowodów wiarygodnych, a pozostające w sprawie wątpliwości należy rozstrzygnąć na korzyść oskarżonego.

III. błąd w ustaleniach faktycznych sprawy polegający na błędnym uznaniu, że M. S. (1) w dniu 4 października 2019 r. w L., działając wspólnie i w porozumieniu z D. G. (1) poprzez przyłożenie V. H. od tyłu noża do szyi oraz skierowanie gróźb pozbawienia życia dokonał zaboru w celu przywłaszczenia telefon komórkowy marki S. (...) o wartości 1000 zł i środków pieniężnych w kwocie 100 zł i 350 hrywien.

IV. Obrazę przepisów postępowania mającą istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia, a to jest treści art. 7 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k. polegająca na tym, że Sąd w sposób dowolny a nie swobodny ocenił protokół ustnego zawiadomienia o przestępstwie, złożenia wniosku o ściganie, przesłuchania w charakterze świadka osoby zawiadamiającej z dnia 5 października 2019 r., protokół okazania wizerunku z dnia 5 października 2019 r., protokołu okazania osoby z dnia 6 października 2019 r., protokołu z dnia 11 października 2019 r., uznając je za wiarygodne przy jednoczesnym przyjęciu, że są one logiczne, spójne, podczas gdy dowody te pozostają ze sobą w rażącej sprzeczności wewnętrznej co do przebiegu zdarzenia z dnia 4 października 2019 r., w tym sposobu wejścia w posiadanie telefonu S.(...), ilości pieniędzy posiadanych przez pokrzywdzonego oraz walut, a także zachowania sprawców rzekomego rozboju i ich wizerunku, a ponadto nie pozostają one spójne z pozostałym zebrany w sprawie materiałem dowodowym, dlatego też należy winny zostać uznane przez Sąd jako niewiarygodne i nie powinny stanowić podstawy ustaleń faktycznych w niniejszej sprawie, a wątpliwości wynikające z powyższego winny zostać rozstrzygnięte na korzyść oskarżonego M. S. (1), co w konsekwencji doprowadziło do:

V. błędu w ustaleniach faktycznych sprawy polegającego na błędnym uznaniu, że M. S. (1) w dniu 4 października 2019 r. w L., działając wspólnie i w porozumieniu z D. G. (1) poprzez przyłożenie V. H. od tyłu noża do szyi oraz skierowanie gróźb pozbawienia życia dokonał zaboru w celu przywłaszczenia telefonu komórkowego marki S. (...) o wartości 1000 zł i środków pieniężnych w kwocie 100 zł i 350 hrywien.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelująca wniosła o:

- 1) uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji;
- 2) o uniewinnienie oskarżonego M. S. (1) od zarzucanego mu czynu w całości;

ewentualnie:

- 3) uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacje obrońcy oskarżonych D. G. (1) i M. S. (1) są zasadne tylko w części gdzie kwestionują ustalenia faktyczne, a to w zakresie mienia będącego przedmiotem rozboju i w konsekwencji, co do wielkości nawiązek orzeczonych wobec oskarżonych.

1. Zarzut obrazy art. 28 § 2 k.p.k. o konsekwencjach bezwzględniej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. podniesiony w apelacji obrońcy M. S. (1) nie jest zasadny.

Apelująca łączy go z wywołaną chorobą nieobecnością ławnika W. T. na terminie rozprawy wyznaczonym na 26 listopada 2020 r. Sporządzony na tę okoliczność dokument nazwany „protokołem rozprawy” odnotowuje: obecność dwóch pozostałych członków składu orzekającego, stron, ich reprezentantów, niestawiennictwo pokrzywdzonego V. H., ujawnienie potwierdzenia odbioru wezwania pokrzywdzonego, pismo (...) Urzędu Wojewódzkiego ((...)) oraz zarządzenie Przewodniczącego składu sądu o przerwie w rozprawie do 22 grudnia 2020 r. (k.445).

Z bezwzględny powodami odwoławczymi mamy do czynienia gdy zaistnieją rzeczywiście, a nie wynikają tylko z wadliwego udokumentowania czynności (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 1977 r., II KZ 55/77, OSNKW 1977, z. 4-5, poz. 46).

Stosownie do art. 118 § 1 k.p.k. znaczenie czynności procesowej ocenia się według treści złożonego oświadczenia, co odnosi się nie tylko do czynności stron, ale i organów postępowania, w tym Sądu (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 2 marca 2001 r., V KKN 3/01, OSNKW 2001 r., z. 7-8, poz. 63). Zatytułowanie dokumentu „protokołem rozprawy” i sporządzenie go w szablonie „protokołu rozprawy” nie czyni rozprawą główną tego, co wówczas miało miejsce, ani obecni członkowie składu orzekającego tak tego nie traktowali. Jasne jest przecież, że sędzia Przewodniczący i ławnik nie tworzyli sądu w rozumieniu ustawy, a więc i wyznaczona na 26 listopada ub.r. rozprawa nie mogła się odbyć. Właściwym postąpieniem byłoby więc odnotowanie w formie notatki urzędowej obecności osób, które się stawiły i zarządzenie zmiany terminu rozprawy z 26 listopada 2020 r. na 22 grudnia 2020 r. Tak też należało potraktować dokument zamieszczony na k. 445 i wydane wtedy zarządzenie. Poinformowanie obecnych o treści dokumentów, które dotarły do Sądu: zwrotnego potwierdzenia odbioru wezwania pokrzywdzonego, pisma (...) o toczeniu się postępowania administracyjnego z udziałem pokrzywdzonego i adresu jaki tam podał było zasadne ponieważ miało znaczenie dla interesów procesowych stron. Jednocześnie gdyby obecni 26 listopada ub.r. członkowie składu orzekającego uważali, że brak trzeciego członka tego składu nie jest przeszkodą w procedowaniu w tym dniu na rozprawie, to przecież prowadziliby postępowanie dowodowe np. w zakresie w jakim miało to miejsce na rozprawie 22 grudnia 2020 r.

Apelująca wskazuje na stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z 14 grudnia 2001 r., II KKN 283/01, (Prok. i Pr. 2002 r., z. 9, poz. 9), że „przepis art. 439 § 1 pkt 2 in fine k.p.k. wymaga obecności każdego członka składu orzekającego na całej rozprawie, która rozpoczyna się z chwilą wywołania sprawy (art. 381 k.p.k.), a kończy ogłoszeniem wyroku (art. 418 k.p.k.), nie można zatem przyjąć, że wprowadza on obowiązek uczestniczenia wszystkich członków składu sądu jedynie podczas przeprowadzania dowodów” (podobnie ten Sąd w wyrokach: z 5 stycznia 2000 r., V KKN 534/97, LEX nr 40309, z 2 października 2006 r., V KK 266/06, LEX nr 198113, oraz S. Zabłocki [w:] Kodeks postępowania karnego. Tom IV. Komentarz do art. 425–467, red. R. A. Stefański, Warszawa 2021, teza III.23 do art. 439).

Zważywszy, że omawiany przepis ma służyć realizacji zasady koncentracji materiału dowodowego, niezmienności składu orzekającego i bezpośredniości Sąd Apelacyjny podziela pogląd, że wymóg obecności członków składu orzekającego na całej rozprawie oznacza, konieczność realnej obecności każdego z członków podczas ujawnienia okoliczności stanowiących podstawę orzekania (uchwała Sądu Najwyższego z 30 września 1998 r., I KZP 13/98, OSNKW 1998/9–10, poz. 45., wyrok Sądu Najwyższego z 10 czerwca 2010 r., IV KK 428/09, LEX nr 590289, postanowienie Sądu Najwyższego z 23 marca 2011 r., I KZP 33/10, OSNKW 2011/4, poz. 32, J. Matras [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. II, red. K. Dudka, Warszawa 2020, tezy 6, 10 do art. 439, D. Świecki [w:] B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki, Kodeks postępowania karnego, Komentarz aktualizowany, teza 32 do art. 439).

26 listopada 2020 r. nie były prowadzone czynności procesowe i końcowe zmierzające do wydania wyroku, oskarżeni nie składali wyjaśnień, ani nie podawali danych o sobie, strony nie przedstawiały swoich stanowisk, ujawnione im zwrotne potwierdzenie odbioru wezwania i pismo urzędu wojewódzkiego (zbieżne z wcześniej odczytanymi) nie były podstawą wyroku. Zatem także podzielenie błędnego stanowiska obrończyni, że w tym dniu Sąd Okręgowy przeprowadził rozprawę prowadzi do wniosku, że wszyscy członkowie składu orzekającego byli obecni na całej rozprawie, podczas której sąd rozpoznawał sprawę.

2. Z zarzutem tym łączy się twierdzenie apelacji obrończyni M. S. (1) o obrazie art. 391 § 1 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. polegające na ujawnieniu na rozprawie złożonych w postępowaniu przygotowawczym zeznań V. H., gdy Sąd zobowiązany był do przesłuchania tego świadka na rozprawie.

Art. 391 § 1 k.p.k. dozwala na odczytanie zeznań świadka przebywającego za granicą nie uzależniając tego od długotrwałości tego pobytu, czy znaczenia zeznań dla rozstrzygnięcia sprawy, jeśli przeszkody w bezpośrednim zetknięciu się sądu ze źródłem dowodowym są porównywalne z niemożliwością doręczenia wezwania lub innymi niedającymi się usunąć przeszkodami (wyrok Sądu Najwyższego z 18 marca 2015 r., II KK 318/14, OSNKW 2015 r., z. 9, poz. 73). Zważywszy na zasadę prawdy, której sprzyja opieranie ustaleń na dowodach pierwotnych z którymi sąd miał bezpośredni kontakt, oraz prawo do obrony w szczególności w wypadku zeznań świadka mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia uzasadnione jest podjęcie działań zmierzających do przesłuchania świadka (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 6 czerwca 1997 r., III KKN 114/96, LEX nr 162239). Ocena sposobu wprowadzenia takiego dowodu do podstawy rozstrzygnięcia powinna nadto uwzględniać stopień prawdopodobieństwa, że zeznania takiego świadka złożone w toku postępowania jurysdykcyjnego będą istotnie odmienne od złożonych uprzednio oraz realność wpływu na taką istotną odmienną, pytań obrońcy i oskarżonego (postanowienie Sądu Najwyższego z 23 sierpnia 2018 r., V KK 243/18, OSNKW z 2018 r., z. 12, poz. 79).

Na rozprawie 22 grudnia 2020 r. Sąd Okręgowy rozstrzygnął o uznaniu za ujawnione bez odczytania zeznań pokrzywdzonego W. H. z k. 5, 6, 16, 35-36, 71-72 (art. 391 § 1 k.p.k., art. 405 § 2 k.p.k.), a obrończyni oskarżonego M. S. (1) nie sprzeciwiała się takiemu postąpieniu, nie wskazywała na zagrożenia dla prawa do obrony (k. 458). Jeśli obecnie apelująca podnosi omawiany tu zarzut, to powstaje wątpliwość co do jego instrumentalnego wykorzystywania.

Sąd I instancji podejmował starania o przesłuchanie na rozprawie pokrzywdzonego, ustalenie miejsca jego pobytu:

- Komenda Miejska Policji w L. pismami z 20 lutego 2020 r. (k. 306), 30 maja 2020 r. (k. 307), 8 lipca 2020 r. (k.361) informowała, że świadek nie mieszka pod wskazanym adresem w kraju, nie pracuje w firmie która jest pod tym adresem, pismami z 14 października 2020 r. (k.440) , 11 grudnia 2020 r. (k. 463), że z rozpytania pracowników wynika, że W. H. wyjechał na Ukrainę i nie wrócił,

- podczas przerwy w rozprawie 4 czerwca 2020 r. telefonowano do pokrzywdzonego kilkakrotnie w odstępach 30 min. na dwa numery z akt, adresat był niedostępny (k.314),

- (...) Urząd Wojewódzki we W. pismami z 23 czerwca 2020 r. (k. 346) i 7 października 2020 r. (k. 439) zawiadamiał, że toczy się postępowanie administracyjne z udziałem pokrzywdzonego o zezwolenie na pobyt i pracę w którym podał adres L. ul. (...),

- pismem z 8 lipca 2020 r. (k.362) -pismo b. pracodawca pokrzywdzonego (...) sp. z o.o. informował, że pokrzywdzony tam nie pracuje, wskazując jego adres na Ukrainie,

- na terminy rozprawy 1 lipca 2020 r. (k.347) i 25 sierpnia 2020 r. pokrzywdzony nie stawił się, wezwanie dwukrotnie awizowano, nie stawił się również na wyznaczony na 26 listopada ub.r. termin rozprawy mimo prawidłowego wezwania na adres w Ukrainie (k.445).

Zatem Sąd Okręgowy podjął wystarczające, acz nieskuteczne kroki by na rozprawie przesłuchać pokrzywdzonego przebywającego w Ukrainie przez dłuższy czas. Nie ograniczały się one do prób doręczenia wezwań, ale Sąd korzystał z pomocy Policji, byłego pracodawcy świadka i urzędu wojewódzkiego by ustalić miejsce jego pobytu i doręczyć wezwanie.

W. H. odebrał co prawda wezwanie na rozprawę 26 listopada ub.r., ale przecież nie stawił się, nie usprawiedliwił nieobecności. Uprawniony jest więc wniosek, że świadek nie chce złożyć zeznań przed sądem, a możliwości skłonienia go do tego przez stosowanie kar porządkowych jest iluzoryczna jeśli wskazać, że pokrzywdzony przebywa w Ukrainie i jest obywatelem tego kraju. W konsekwencji Sąd I instancji natknął się na takie przeszkody w przesłuchaniu na rozprawie świadka W. H., które nie dały się usunąć mimo podejmowanych prób.

Pokrzywdzony jest obywatelem Ukrainy dlatego nie jest możliwe przesłuchanie go w polskiej placówce dyplomatycznej, lub urzędzie konsularnym (art. 586 § 1 k.p.k.).

Wbrew twierdzeniom apelacji obrończyń (o czym będzie mowa niżej) W. H. zbieżnie opisuje okoliczności w jakich doszło do rozboju (k.5-6, 11, 12-13, 35-36, 70-72). Autor notatki urzędowej z k. 1, policjant Ł. K., zgodnie z zeznaniami pokrzywdzonego przedstawia (k.313), to co ten mu opowiedział mu o napadzie rabunkowym, którego padł ofiarą. Zważywszy na treść art. 174 k.p.k. dowodowe wykorzystanie tej notatki (podobnie jak pozostałych wymienionych w apelacji obrończyni M. S. (1)) jedynie obok (a nie zamiast) zeznań pokrzywdzonego mogłoby służyć ich weryfikacji: potwierdzeniu, wyjaśnieniu różnic (wyrok tut. Sądu z 28 grudnia 2012 r., II AKa 389/12, LEX nr 1254584). Upływ czasu od zdarzenia (ponad dwa lata), konsekwentne zeznania pokrzywdzonego, że on wydał napastnikom mienie, relacje oskarżonych, że to mężczyzna przekazał im pieniądze powodują, że nierealne jest by W. H. złożył istotnie odmienną niż wcześniej relację. Obrończyni nie wskazuje jakie pytania chciałaby ona, lub oskarżony świadkowi zadać, czego nie mogli uczynić, zaś artykułowane w formie zarzutów zastrzeżenia do relacji pokrzywdzonego są niezasadne, o czym jest mowa niżej. W konsekwencji brak podstaw by uznać, że relacja pokrzywdzonego, gdyby został przesłuchany przed Sądem I instancji, lub w drodze pomocy prawnej przez właściwy organ Strony ukraińskiej, byłaby odmienna w istotnej dla odpowiedzialności oskarżonych części, czy inna byłaby ocena zeznań W. H..

Zeznania tego świadka mają istotne znaczenie dla odpowiedzialności oskarżonych, ale nie są dowodem wyłącznym. Trzeba bowiem zwrócić uwagę (o czym szerzej poniżej), że oskarżeni faktycznie wyjaśniają, że byli na miejscu zdarzenia, choć odmiennie opisują jego przebieg wskazując, że nieznanemu mężczyźnie dobrowolnie wydał im hrywny (k. 255-256, 312v-313, 128, 253v-255, 39,103). Relację pokrzywdzonego pośrednio potwierdza zapis monitoringu (k. 66, protokół oględzin k. 91), gdzie widoczny jest samochód S. (...) parkujący w pobliżu miejsca zdarzenia i w czasie o którym mówi pokrzywdzony, wysiadający, a następnie odchodzący dwaj mężczyźni, którzy po minucie wracają i odjeżdżają. Z zeznań A. G. (k.347v-348, 31) wynika, że tym autem poruszał się w dniu zdarzenia D. G. (1), a w wyniku przeszukania tego oskarżonego następnego dnia rano odnaleziono 283 hrywny ukraińskie (k. 24-26), o których zabraniu przez sprawców mówi pokrzywdzony (k.11v, 72). Opisane dowody w istotnym zakresie potwierdzają relację pokrzywdzonego, któremu obrończynie i oskarżeni nie mogli zadawać pytań.

Obrońcy oskarżonego D. G. (1) podnosi, że Sąd I instancji nie przeprowadził z urzędu dowodu z zeznań mężczyzny o imieniu „A.”, z którym bezpośrednio po zdarzeniu miał kontakt pokrzywdzony i który o rozboju zawiadomił telefonicznie Policję (art. 366 § 1 k.p.k., art. 167 k.p.k.).

Art. 167 k.p.k. stwarza sądowi możliwość przeprowadzenia dowodu z urzędu, niezależnie od inicjatywy stron, lub nawet wbrew ich intencjom. Nie można jednak tracić z pola widzenia, że przepis ten wprowadza wyraźne rozróżnienie: w pierwszej kolejności wskazuje, że wprowadzenie dowodów do procesu następuje z inicjatywy stron, a dopiero w końcowej części, wymienia przeprowadzenie dowodów z urzędu. Jest to zrozumiałe, wszak, stosownie do zasady kontradiktoryjności sprzyjającej czynieniu prawdziwych ustaleń, to równouprawnione strony toczą ze sobą spór a bezstronny sąd rozstrzyga o przedmiocie procesu w granicach określonych skargą uprawnionego oskarżyciela. To przecież stronom przysługuje prawo do udziału w czynnościach procesowych, składania wniosków, w tym inicjatywa dowodowa (art. 167 k.p.k.), prawo przedstawienia swego stanowiska, co do każdej rozstrzyganej kwestii, zadawania pytań osobom przesłuchiwanym, składania oświadczeń o przeprowadzanych dowodach, porozumiewania się odnośnie skazania i wymiaru kary, zaskarżania rozstrzygnięć sądu. Strony nie są biernymi obserwatorami poczynań sądu i ich recenzentami w razie zapadnięcia niesatysfakcjonującego rozstrzygnięcia, lecz aktywnymi, równoprawnymi uczestnikami procesu mogącymi ponosić negatywne konsekwencje braku aktywności. Inne ujęcie prowadziłoby do obciążenia sądu powinnością realizacji zasady śledczej, poszukiwania dowodów sprawstwa i winy grożąc uchybieniem zasadzie obiektywizmu i ciężaru dowodu.

W konsekwencji w wypadku braku inicjatywy stron, powinność sądu wynikająca z art. 167 k.p.k. powstaje tylko wtedy, gdy możliwy do przeprowadzenia dowód, o którym sąd powziął informację, może mieć istotne znaczenie w sprawie, a zaniechanie jego przeprowadzenia stwarza niebezpieczeństwo dokonania błędnych ustaleń faktycznych i wydania nietrafnego rozstrzygnięcia kończącego postępowanie w sprawie (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 20.03.2014 r., II A Ka 56/14, LEX nr 1451878, postanowienie Sądu Najwyższego z 4.02.2015 r., V KK 318/14, LEX nr 1652730).

Apelująca nie wskazuje, że istniały przeszkody, w złożeniu przez nią czy oskarżonego wniosku przed Sądem I instancji o ustalenie danych osoby o imieniu „A.” i jej przesłuchanie. Jest niesporne, że mężczyzna ten nie widział zdarzenia, dowiedział się o nim od W. H. w lokalu (...) i na tej podstawie telefonicznie powiadomił Policję. Informacje uzyskane od pokrzywdzonego przekonały mężczyznę o imieniu „A.” o konieczności takiego postąpienia, a policjanta o potrzebie prowadzenia czynności w sprawie tej informacji. Niezależnie od ewentualnych trudności z dotarciem do tej osoby na podstawie numeru telefonu z którego dzwoniła, jej pamięci, miałyby ona potwierdzić wersję zdarzenia przedstawianą przez W. H. podczas przesłuchań, tak jak uczynili to przesłuchani w sprawie policjanci z którymi tej samej nocy, kilkanaście minut potem rozmawiał pokrzywdzony. Trzeba więc stwierdzić, że w istocie osoba ta miałaby złożyć zeznania na niekorzyść oskarżonych gdzie ciężar dowodzenia spoczywa w zasadzie na stronie oskarżającej (art. 6 ust. 1 dyrektywy Parlamentu i Rady z 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym), a rezygnacja z przeprowadzenia z urzędu kolejnego dowodu pośredniego na tę samą okoliczność nie stwarzała zagrożenia dokonania błędnych ustaleń faktycznych i wydania nietrafnego wyroku.

Z tych powodów zarzuty obraży art. 391 § 1 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. oraz art. 366 § 1 k.p.k. i art. 167 k.p.k. nie były zasadne.

3. Obrońcy oskarżonego M. S. (1) podnosi, że zeznania W. H. złożone w śledztwie nie mogły być ujawnione na rozprawie i być podstawą ustaleń ponieważ w jego przesłuchaniach nie uczestniczył tłumacz języka ukraińskiego, którego udział był konieczny ponieważ świadek nie władał językiem ukraińskim (zarzuty obraży art. 391 § 1 k.p.k. w zw. z art. 204 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. i art. 7 k.p.k. w zw. z art. 204 § 1 pkt 2 k.p.k.).

O tym czy udział biegłego tłumacza języka obcego w przesłuchaniu jest niezbędny rozstrzyga stopień opanowania języka polskiego w mowie: rozumienie zadawanych podczas przesłuchania pytań i zdolność do konstruowania

wypowiedzi w języku polskim zgodnie ze swą intencją (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 7 czerwca 2017 r., III KK 101/17, LEX nr 2350658).

W. H. stwierdził (k. 5v), że rozumie język polski w mowie i piśmie, w innym miejscu (k.11v), że zrozumiał treść udzielonych pouczeń, zna język polski i nie żąda obecności tłumacza przy przesłuchaniu. Ani świadek, ani przesłuchujący nie stwierdzili, by W. H. nie opanował języka polskiego w stopniu koniecznym do rozumienia wypowiedzi osoby przesłuchującej i pozwalającym na formułowanie myśli w tym języku. Stanowisko Sądu Okręgowego, że trzyletni okres pobytu w Polsce pozwalał pokrzywdzonemu na opanowanie języka polskiego w stopniu nie wymagającym udziału tłumacza w przesłuchaniu nie jest dowolne, lecz oczywiście trafne zważywszy na opisane okoliczności, a także przedmiot relacji – przedstawienie nieskomplikowanego, nie wymagającego specjalistycznego słownictwa zdarzenia. Przeciwnie twierdzenie obrończyni jest dowolne. Nie wspiera go pogląd świadka Ł. K. (k.313v), który ocenił znajomość języka polskiego przez W. H. na 3+ (w skali sześciostopniowej). Niezależnie od subiektywności tej oceny, braku kryteriów, z tej wypowiedzi świadka nie wynika, że pokrzywdzony nie rozumiał pytań przesłuchujących, czy nie potrafił właściwie formułować myśli w języku polskim. Przeciwnie świadek opisuje, co mu przekazał W. H., przyznaje, że nie mieli „problemu kontaktowego”, mogli się dogadać (k. 313v), czego już obrończyni nie dostrzega. Twierdzenie, że pokrzywdzony nie zapoznał się z treścią protokołu przesłuchania przed podpisaniem jest gołosłowne, w żaden sposób nie zostało uprawdopodobnione. To, że o przestępstwie zawiadomił telefonicznie kolega pokrzywdzonego, a nie on sam nie wskazuje na niezajomość języka polskiego przez ofiarę rozboju. Wynikało bowiem z faktu, że kolega dzwonił z własnego telefonu na prośbę W. H., który utracił aparat (k.6). Przecież po drodze do domu pokrzywdzony opowiedział napotkanemu patrolowi Policji, co go spotkało i został zrozumiany (tamże).

W konsekwencji Sąd Okręgowy mimo nieobecności przy przesłuchaniach biegłego tłumacza języka ukraińskiego mógł odczytać zeznania pokrzywdzonego i czynić na ich podstawie ustalenia jeśli uznał je za wiarygodne.

4. Obie apelacje kwestionują prawidłowość czynności okazania wizerunków oskarżonych z powodu ich dokonania w sposób sugerujący i co za tym idzie możliwość włączenia ich do podstawy ustaleń (zarzut obrazy art. 7 k.p.k. w zw. z art. 173 § 1 k.p.k. i § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 2 czerwca 2003 r. w sprawie warunków technicznych przeprowadzenia okazania - Dz.U. z 2003 r., Nr. 104, poz. 981).

Skoro okazanie jest czynnością niepowtarzalną i ma być przeprowadzone w sposób wyłączający sugestię (art. 173 § 1 k.p.k.), co przecież służy czynieniu prawdziwych ustaleń faktycznych, to istotne naruszenie wskazanego wymogu winno dyskwalifikować pod względem dowodowym rezultat tej czynności (M. Kornak, Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z 18 lipca 2013 r., III KK 92/13, LEX el. 2014 r.).

Pokrzywdzony nie rozpoznał D. G. (1) jako jednego ze sprawców napadu rozbójniczego (k. 11v, 18, 35v). Od początku (k.6) zresztą W. H. deklarował, że jest w stanie zidentyfikować mężczyznę stojącego naprzeciw niego, a drugiego napastnika znajdującego się za jego plecami i przykładającego mu nóż do szyi nie. Obrończyni ma rację, że wizerunek D. G. (1) istotnie odbiegał (w szczególności tuszą) od wizerunków osób przybranych. Negatywny wynik okazania nie jest więc miarodajnym materiałem dowodowym. Sąd Okręgowy nie czynił jednak ustaleń na podstawie tego dowodu. Jednocześnie powodem nie rozpoznania tego oskarżonego było to, że pokrzywdzony nie zapamiętał drugiego ze sprawców. Podstawy trafnego ustalenia, że tym napastnikiem był D. G. (1) Sąd Okręgowy przedstawił w podsekcji 2.1. uzasadnienia.

Wbrew apelacji obrończyni M. S. (1) tablica poglądowa z wizerunkami osób okazywanych pokrzywdzonemu (k. 70) została przez Sąd Okręgowy ujawniona na rozprawie. Nastąpiło to w trybie art. 405 § 2 k.p.k. skoro prokurator w akcie oskarżenia wniósł o przeprowadzenie tego dowodu (punkt II, poz. 5), a Sąd Okręgowy tego wniosku nie oddalił.

W. H. (k.71-72) po okazaniu tablicy poglądowej z wizerunkami czterech mężczyzn (k.70) rozpoznał oskarżonego M. S. (1) jako tego napastnika, który stał blisko przed nim i dobrze zapamiętał jego twarz, a jedyna różnica to to, że w czasie czynu sprawca miał krótsze niż na zdjęciu włosy. Ogląd tablicy z fotografiami M. S. (1) i trzech przybranych mężczyzn (k.70) przekonuje, że osoby te są w zbliżonym wieku, mają podobną tuszę, ubiór, długość włosów (krótkie, jedna osoba przybrana ma wygoloną głowę), kształt uszu, twarzy. Również ustawienie głowy oskarżonego nie wyróżnia się na tle

pozostałych fotografii. Głowa M. S. (1) jest odchylona lekko do tyłu i w lewo (fot. nr 2), mężczyzna na fot. 4 ma głowę nieznacznie przechyloną w prawo, a mężczyzna na fot. 1 nieznacznie opuszczoną.

Z tych powodów zarzut, że okazanie wizerunku M. S. (1) odbyło się w sposób sugerujący jest niezasadny, a skutki nieprawidłowego okazania wizerunku drugiego oskarżonego nie przeniosły się na postępowanie sądowe.

5. Obie apelacje kwestionują ocenę zeznań pokrzywdzonego W. H., a obrońcy M. S. (1) także wyjaśnień oskarżonych.

Wbrew argumentom tam zawartym stanowisko Sądu I instancji w tej kwestii nie jest dowolne, lecz stanowi rezultat wszechstronnej analizy wszystkich istotnych okoliczności przemawiających na korzyść i niekorzyść oskarżonych ujawnionych na rozprawie w sposób nastawiony na dociekanie prawdy.

Obrońcy oskarżonego D. G. (1) wskazuje na niekonsekwencję pokrzywdzonego co do sposobu posługiwania się nożem przez napastnika. W. H. mówi (k.5v, 71v), że stojący za nim mężczyzna przykładł mu nóż w okolicę szyi. Nie wydaje się by z tych wypowiedzi wynikało, że to narzędzie zetknęło się z szyją pokrzywdzonego, czy tylko zbliżało się do niej, jak to ustala Sąd Okręgowy, zresztą na korzyść oskarżonych. Sygnalizowana sprzeczność w zeznaniach W. H. nie zachodzi. Pamiętając o: nagłości niespodziewanego ataku oskarżonych, porze nocnej, usytuowaniu D. G. (1), sposobie posłużenia się nożem utrudniających obserwację tego czy miał kontakt z jego szyją, dynamice zajścia i jego krótkotrwałości, stanie emocjonalnym pokrzywdzonego mógł on nie zarejestrować, czy nóż dotykał jego szyi, a już tym bardziej powiedzieć o tym przed Sądem.

O kwestii rozbieżności między notatką urzędową z k. 1 i zeznaniami W. H. oraz niemożności czynienia ustaleń na podstawie notatki sprzecznej z zeznaniami świadka była mowa w punkcie 2. Nie zachodzi natomiast rozbieżność między zeznaniami pokrzywdzonego i Ł. K. – autora notatki z k. 1 odtwarzającej ex post to, co zapamiętał świadek z wypowiedzi W. H..

Pokrzywdzony konsekwentnie zeznaje o okolicznościach napadu rabunkowego i utracie telefonu komórkowego oraz 100 zł. Istotnie natomiast w pierwszych zeznaniach złożonych tuż po północy 5 października 2019 r. (k.5-6) nie mówił o wydaniu sprawcom także ukraińskiej waluty. Powiedział o tym tego samego dnia podczas okazania wizerunku (k.11v) wskazując, że przekazał szcuplejszemu z napastników około 350 hrywien. Zeznając po raz kolejny (k.72) podaje, że mogło to być 283 hrywny, czyli suma odnaleziona rano dzień po zdarzeniu u D. G. (1) (k.24-25). Należy zwrócić uwagę, że zawiadomienie o przestępstwie świadek składał „na gorąco”, krótko po napadzie kiedy emocje z nim związane jeszcze nie opadły. Utracona suma nie była poważna (jedna hrywna ukraińska to wówczas około 0,16 zł wg średniego kursu NBP), a pokrzywdzony przebywając w Polsce od trzech lat nie używał waluty ukraińskiej (k.72). Stąd do jej straty przywiązywał mniejszą wagę i w pierwszej chwili, pod wpływem emocji mógł o jej zaborze zapomnieć, a potem, po ochłonięciu przypominając sobie, nie pamiętać dokładnie kwoty jaką stracił.

W. H. od początku deklarował zapamiętanie napastnika, który stał w bliskiej odległości naprzeciwko niego, opisywał jego wygląd (k.6). Rzeczywiście mówił, że mężczyzna był łysy. Jednak podczas okazania wizerunku, tydzień po zdarzeniu, świadek nie miał wątpliwości, że oskarżony M. S. (1) jest tym sprawcą. Jak zeznał jedyna różnica dotyczy długości włosów: podczas napadu oskarżony miał je krótsze niż na fotografii. Określenie przymiotnikiem: „łysy” mężczyzny krótko ostrzyżonego nie jest niczym nadzwyczajnym w potocznej mowie polskiej. Artykułowana w apelacji sprzeczność w zeznaniach pokrzywdzonego jest pozorna.

Jak już wskazano w punkcie 2., co podnosi też Sąd I instancji, oskarżeni w istocie przyznają (k.39, 254, 128, 255v), że byli na miejscu zdarzenia, nie potwierdzając (w zasadzie), że byli tam razem i podnosząc, że mężczyzna narodowości ukraińskiej dobrowolnie wydał hrywny. Wyjaśnienia oskarżonych potwierdzają natomiast zeznania pokrzywdzonego, że sprawcy poruszali się samochodem marki S., że im wydał ukraińską walutę i rozpoznanie M. S. (1). Kolejnym potwierdzeniem relacji W. H., co do pojazdu, którym odjechali napastnicy, miejsca gdzie był zaparkowany jest także

zapis monitoringu (k.66 i 91), a co do zaboru pieniędzy ukraińskich – wynik przeszukania D. G. (1) u którego odnaleziono 283 hrywny około 12 godzin po napadzie (k. 24-26).

Sąd Okręgowy trafnie zwraca uwagę, że pokrzywdzony nie miał powodu by zawiadamiać o rozboju, który nie zaistniał i rozpoznawać jako sprawcę M. S. (1), którego nie znał. Słusznie też przekonało ten Sąd o wiarygodności zeznań W. H. jego zachowanie bezpośrednio po rozboju kiedy poinformował kolegę, by zawiadomił Policję i sam powiadomił napotkany patrol Policji, a także logiczna deklaracja, że nie jest w stanie rozpoznać napastnika, który stał za jego plecami, tylko tego, który stał naprzeciw niego.

Sąd I instancji trafnie ocenił wyjaśnienia oskarżonych prezentując przekonujące powody dla których tak uczynił. Obrońcy M. S. (1) nie wskazują dlaczego ta ocena jest wadliwa poprzestając na wyrażeniu odmiennego stanowiska, co nie wystarczy je by podważyć. Przyjęcie, że są w całości prawdziwe prowadziłyby do nieprawdopodobnej sytuacji, że w tym samym czasie i miejscu, niezależnie od siebie i nie mając ze sobą kontaktu oskarżeni z towarzyszącymi im mężczyznami spotkali dwóch Ukraińców, którzy na ich prośby wydali im hrywny, a oskarżeni (i ich koledzy) odjechali dwoma zaparkowanymi S.. Twierdzenie o dobrowolności wydania pieniędzy razi naiwnością już tylko w kontekście okoliczności żądania opisywanych przez oskarżonych i przerażenia ofiary o czym mówi M. S. (1) (k.128).

Odnosząc się do tego zarzutu można jeszcze zauważyć, że nakaz rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść osoby oskarżonej (art. 5 § 2 k.p.k.) nie odnosi się do oceny dowodów, która następuje stosownie do art. 7 k.p.k., dopiero po jej dokonaniu mogą pojawić się wątpliwości o jakich mowa w art. 5 § 2 k.p.k. (postanowienie Sądu Najwyższego z 6 lutego 2013 r., sygn. V KK 270/12, LEX nr 1293868).

Z tych powodów zarzuty apelacji obrońcy oskarżonych odnoszące się do oceny dowodów były niezasadne.

6. Niezasadne są, poza kwestią ilości zabranych hrywn, zarzuty apelacji podważające ustaloną podstawę faktyczną wyroku.

Zapis monitoringu, gdzie widoczny jest przyjazd S. Cordoby, zaparkowanie opodal miejsca rozboju, wyjście dwóch mężczyzn, ich powrót i odjazd, protokół oględzin (k.12-13, fotografie k. 14-15) gdzie pokrzywdzony wskazuje miejsca rozboju i parkowania seata, którym odjechali sprawcy, w powiązaniu z wyjaśnieniami D. G. (1) (k. 39, 254v) i zeznaniami jego ojca (k.347v-348, 31) z których wynika, że tym autem kierował wówczas ten oskarżony pozwolił na stwierdzenie, że D. G. (1) u którego ujawniono hrywny W. H. jest jednym ze sprawców rozboju. Rację ma przy tym Sąd I instancji wskazując, że wyjaśnienia M. S. (1) niedwuznacznie sugerują, że towarzyszył mu D. G. (1) (k. 128), skoro oskarżony mówi, że jechali samochodem marki S. (a takim poruszał się współoskarżony, taki zaparkował opodal miejsca napadu - por. monitoring, i takim odjechali sprawcy wg pokrzywdzonego), zaś wypowiadając się co do tego kto mu towarzyszył powiedział: „kto był tym kolegą wiecie, jest w aktach”, gdy wówczas osobą, która była kolegą M. S. (1) i której dane znajdowały się w aktach był D. G. (1).

Z powodów opisanych w punkcie 4 czynność okazania pokrzywdzonemu wizerunku M. S. (1) była prawidłowa. W punkcie 5 przedstawiono przyczyny dla których ocena zeznań pokrzywdzonego dokonana przez Sąd Okręgowy jest trafna. Jeśli więc W. H. rozpoznał bez wątpliwości wizerunek M. S. (1) jako jednego ze sprawców napadu rabunkowego, który domagał się wydania mienia, gdy drugi mężczyzna manipulował nożem i któremu przekazywał pieniądze oraz telefon, to ustalenie Sądu o udziale tego oskarżonego w rozboju jest prawidłowe.

Trzeba przypomnieć, o czym była już mowa w punkcie 5, że z wyjaśnień oskarżonych wynika, że byli na miejscu zdarzenia, tylko ich zdaniem inaczej ono przebiegało. Tam też opisano dlaczego zeznania pokrzywdzonego słusznie zostały uznane za wiarygodne.

W. H. podaje, że napastnik stojący za jego plecami manipulował nożem w okolicy jego szyi. Wzajemne usytuowanie mężczyzn, sposób demonstrowania noża pozwalają ocenić, sięgając do doświadczenia, że pokrzywdzony był w stanie dostrzec opisywane przez siebie ostrze noża (proste, przypominające nóż kuchenny – k.5v). Jeśli zaś pokrzywdzony był w stanie rozpoznać napastnika stojącego w niewielkiej odległości naprzeciwko niego i opisać jego wygląd, to nie

widać powodu dla którego ze względu na zmniejszoną widoczność nie mógł spostrzec ostrza noża. Oczywistą intencją sprawcy posługującego się niebezpiecznym narzędziem by skłonić ofiarę do wydania mienia jest by ten komunikat do niej dotarł i był zdalny do przełamania oporu. Jeśli więc napastnik manipuluje nożem żądając przekazania mu mienia to tak, by pokrzywdzony fakt posługiwania się nożem zarejestrował. Uznane za wiarygodne zeznania świadka są wystarczającym dowodem pozwalającym na ustalenie, że D. G. (1) posługiwał się nożem. By je poczynić Sąd I instancji nie było konieczne zabezpieczenie tego przedmiotu. Krajowa procedura karna wyraża zasadę swobodnej, a nie prawnej oceny dowodów określającej, co, kiedy i na podstawie jakich dowodów, można (należy) ustalić. Materiał dowodowy zebrany w sprawie nie dostarczył dostatecznych podstaw do ustalenia skąd oskarżony wziął nóż przypominający kuchenny którym posługiwał się podczas rozboju. Natomiast nie jest niczym niezwykłym zaopatrywanie się w to narzędzie przez sprawców przestępstw udających się na dyskotekę. Jeśli zaś nóż ten o prostym ostrzu przypominał kuchenny (k.5v), te zaś służą do cięcia, krojenia, to wniosek Sądu I instancji, że nóż którym posłużyli się sprawcy stwarzał zagrożenie dla życia i zdrowia jest trafny.

Skoro pokrzywdzony nie pamiętał jaką dokładnie kwotę hrywien miał w portfelu, bo ich nie używał, a tylko rząd wielkości: 300 – 350 hrywien (k. 11v, 72), zaś podczas przeszukania D. G. (1) 5 października 2019 r. rano, około 12 godzin do rozboju, ujawniono u niego 283 hrywiny (k.24-26), co jest sumą zbliżoną do podawanych przez W. H., to zasadne jest przyjęcie, że ta ostatnia suma, a nie 350 hrywien była przedmiotem przestępstwa (tak zresztą przyjmuje Sąd Okręgowy w uzasadnieniu).

7. W konsekwencji nie budzi wątpliwości stanowisko Sądu Okręgowego odnośnie sprawstwa, winy i oceny prawnej zachowania oskarżonych jako wyczerpującego dyspozycję art. 280 § 2 k.k., a w stosunku do M. S. (1) także w zw. z art. 64 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowej oceny stopnia karygodności czynu oskarżonych oraz stopnia ich winy, w kontekście wpływu tych ocen na wysokość kary, dostrzegł, że oskarżeni dopuścili się rozboju kwalifikowanego w ramach przestępnego współdziałania, a D. G. (1) posługiwał się nożem zbliżając go do szyi pokrzywdzonego stwarzając zagrożenie dla jego życia. Sąd Okręgowy nie ustalił, że nóż którym się posługiwał ten oskarżony miał kontakt z szyją W. H.. Natomiast sytuacja gdy D. G. (1) stał za pokrzywdzonym i manipulował nożem w okolicy jego szyi zważywszy na dynamikę zajścia stwarzała realne ryzyko poważnego, nawet przypadkowego zranienia W. H.. Sąd I instancji nie pominął niekarałości D. G. (1) nadając jej właściwą rangę. Nie stracił też z pola widzenia wcześniejszej karałości M. S. (1) i popełnienia przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej. Okoliczność ta podobnie jak negatywna opinia środowiskowa wskazuje na istotny stopień demoralizacji tego oskarżonego.

W konsekwencji wymierzonych oskarżonym kar: trzech lat pozbawienia wolności równej dolnemu progowi ustawowego zagrożenia (D. G.), oraz tylko o sześć miesięcy przekraczającej ten próg (M. S.) nie można uznać za surowe w stopniu rażącym, co dopiero pozwalałoby Sądowi Apelacyjnemu na ich obniżenie. O rażącej niewspółmierności wymierzonej kary można bowiem mówić wtedy, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny oddziaływać na wymiar kary, można uznać, iż zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez sąd pierwszej instancji a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej, w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary. Taka sytuacja tego w odniesieniu do oskarżonych nie zachodzi.

W związku z odmiennymi ustaleniami opisanymi wyżej należało ograniczyć orzeczone wobec oskarżonych nawiązki do kwot po 550 złotych (art. 46 § 2 k.k.) odpowiadających połowie wartości utraconego i nie odzyskanego przez pokrzywdzonego mienia (telefon komórkowy – 1000 zł, pieniądze – 100 zł, W. H. odzyskał 283 hrywiny – k. 73).

8. Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w wyroku (art. 437 § 2 k.p.k.).

O kosztach obrony z urzędu oskarżonych orzeczono na podstawie art. 29 ust. 1 prawa o adwokaturze.

O wydatkach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k.

Cezariusz Baćkowski

Maciej Skórniak

Janusz Godzwon