

Sygnatura akt IV Ka 588/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 września 2013 roku.

Sąd Okręgowy w Świdnicy w IV Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący :	SSO Agnieszka Połyniak (spr.)
Sędziowie :	SO Adam Pietrzak SO Tomasz Wysocki
Protokolant :	Magdalena Telesz

przy udziale Barbary Chodorowskiej Prokuratora Prokuratury Okręgowej,

po rozpoznaniu w dniu 25 września 2013 roku

sprawy

1. **P. S.**

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

2. **R. Z.**

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

na skutek apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Rejonowego w Świdnicy

z dnia 18 kwietnia 2013 roku, sygnatura akt VI K 238/11

I. uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania;

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. M.z Kancelarii Adwokackiej w Ś.516, 60 złotych tytułem kosztów nie opłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu R. Z.z urzędu w postępowaniu odwoławczym.

Sygnatura akt IV Ka 588/13

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 18 kwietnia 2013r. Sąd Rejonowy w Świdnicy, w sprawie o sygn. akt VI K 238/11, uznał **P. S.** za winnego tego, że:

I. w nocy z 11/12 września 2009r. w M., woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami po uprzednim użyciu przemocy polegającej na biciu, kopaniu po ciele E. K. i doprowadzeniu go do stanu nieprzytomności dokonał

kradzieży pieniędzy w kwocie nie mniejszej niż 1000, 00 zł, tj. czynu z art. 280§1 k.k. i za to na tego przepisu przy zastosowaniu art. 10§3 k.k. wymierzył mu karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności,

II. w dniu 2 maja 2010r. w Ś., woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z R. Z. doprowadził do stanu bezbronności B. B. recepcjonistę Hotelu (...) poprzez stosowanie przemocy polegającej na biciu go po twarzy, głowie, a następnie po uderzeniu butelką po piwie w głowę i użyciu wobec niego gazu łzawiącego w wyniku czego doznał obrażeń w postaci rany tłuczonej głowy, wstrząśnienia mózgu, stłuczenia szyi, skutkujących naruszeniem czynności na okres poniżej dni 7, dokonał kradzieży 15 paczek papierosów różnych marek, 6 butelek piwa różnych marek o wartości łącznej 200 złotych działając tym samym na szkodę właściciela Hotelu (...) D. S., tj. czynu z art. 280 §1 k.k. art. 157§2 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. i za to na podstawie art. 280§1 k.k. w zw. z art. 11§3 k.k. przy zastosowaniu art. 10§3 k.k. wymierzył mu karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Następnie na podstawie art. 85k.k. i art. 86§1 k.k. połączone zostały w/wym. kary jednostkowe pozbawienia wolności i wymierzona została kara łączna 3 lat pozbawienia wolności, zaliczając na jej poczet okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 15.06.2010r. do 21.06.2010r.

Tym samym wyrokiem Sąd Rejonowy w Świdnicy uznał **R. Z.** za winnego tego, że w dniu 2 maja 2010r. w Ś., woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z P. S. doprowadził do stanu bezbronności B. B. recepcjonistę Hotelu (...) poprzez stosowanie przemocy polegającej na biciu go po twarzy, głowie, a następnie po użyciu wobec niego gazu łzawiącego w wyniku czego doznał obrażeń w postaci rany tłuczonej głowy, wstrząśnienia mózgu, stłuczenia szyi, skutkujących naruszeniem czynności na okres poniżej dni 7, dokonał kradzieży 15 paczek papierosów różnych marek, 6 butelek piwa różnych marek o wartości łącznej 200 złotych działając tym samym na szkodę właściciela Hotelu (...) D. S., przy czym zarzucanego mu czynu dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa będąc uprzednio karanym wyrokiem Sądu Rejonowego w Świdnicy II Wydziału Karnego z dnia 08.06.2007r. sygn. akt II K 294/07 za czyn z art. 280§1 k.k. w zw. z art. 275§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. za który wymierzono mu karę 4 lat pozbawienia wolności oraz za czyn z art. 157§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. za który wymierzono mu karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności i orzeczono karę łączną w wymiarze 4 lat pozbawienia wolności, którą odbywał w okresie od 22.02.2007r. do dnia 06.04.2010r., tj. czynu z art. 280 §1 k.k. art. 157§2 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. w zw. z art. 64§2 k.k. i za to na podstawie art. 280§1 k.k. w zw. z art. 11§3 k.k. w zw. z art. 64§2 k.k. wymierzono mu karę 4 lat pozbawienia wolności.

Z rozstrzygnięciem tym nie pogodzili się oskarżeni, którzy za pośrednictwem swych obrońców zaskarżyli wyrok w całości na swoją korzyść.

I. Obrońca oskarżonego R. Z. zarzucił :

1) obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść wydanego orzeczenia, a to:

a) art. 5§2 k.p.k. i art. 7 k.p.k. sprowadzającą się do przypisania sprawstwa oskarżonemu R. Z., pomimo szeregu istotnych wątpliwości mających niewspółmiernie doniosłe znaczenie w procesie dochodzenia do prawdy obiektywnej i materialnej w odniesieniu do zarzucanego mu czynu z art. 280§1 k.k. i art. 157§2 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. w zw. z art. 64§2 k.k., a także polegające na tłumaczeniu wszelkich sprzeczności oraz wątpliwości na niekorzyść – co miało decydujący wpływ na treść rozstrzygnięcia i spowodowało rażące pogwałcenie interesów w/w oskarżonego;

b) art. 410 §1 k.p.k. sprowadzającą się do poczynienia przez Sąd Rejonowy ustaleń faktycznych m.in. w oparciu o depozycje oskarżonego P. S. złożonych przezeń w dniu 8 września 2010r. przed Sądem Rodzinnym w Świdnicy w postępowaniu wyjaśniającym, a więc na dowodzie formalnie nieujawnionym, a także polegające na nieodtworzeniu na rozprawie nagrania z monitoringu na którym zarejestrowano wizerunki bezpośrednich sprawców napadu na pokrzywdzonego B. B.;

c) na podstawie art. 389§1 k.p.k. sprawdzające się do potraktowania przez Sąd Rejonowy, jako dowodu w sprawie depozycji oskarżonego P. S. zawartych w protokole wysłuchania nieletniego przed Sądem Rodzinnym w Świdnicy

z dnia 8 września 2010r. pomimo, iż w/w nie posiadał wówczas statusu oskarżonego i został pouczone przez Sąd Rodzinny o obowiązku mówienia prawdy;

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mogący mieć wpływ na jego treść, wyrażający się w przyjęciu sprawstwa oskarżonego R. Z. w zakresie czynu stypizowanego w części wstępnej zaskarżonego wyroku, polegający na arbitralnym, dowolnym, generalnie oraz causalnie nieuzasadnionym w okolicznościach niniejszej sprawy stwierdzeniu winy w/w oskarżonego głównie w oparciu o treść zeznań B. B., pomimo faktu, iż początkowo na etapie postępowania przygotowawczego pokrzywdzony ten nie był w stanie rozpoznać sprawców dokonanego na nim rozboju, a uczynił to dopiero na etapie postępowania jurydycznego, nie wskazując przy tym na obiektywne okoliczności które dały mu asumpt do postawienia takiego kategorię wniosku.

Formułując te zarzuty obrońca R. Z. wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przed Sądem I instancji.

Obrońca oskarżonego P. S. zarzucił:

1) obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść wydanego orzeczenia, a to:

a) naruszenie art. 410 kpk, 389 § 1 i 2 kpk oraz art. 334 § 2 kpk polegające na dokonaniu ustaleń faktycznych w oparciu o protokół wysłuchania nieletniego P. S. z dnia 8 września 2010 roku (k. 786), podczas którego P. S. wysłuchany przed Sądem Rodzinnym został pouczone o obowiązku mówienia prawdy i w konsekwencji wysłuchany w trybie przepisów kodeksu postępowania cywilnego, które to wysłuchanie, jako nieprzeprowadzone w oparciu o przepisy kodeksu postępowania karnego nie może zostać wykorzystane przeciwko oskarżonemu w toczącym się postępowaniu a na którym to dowodzie Sąd oparł dokonane w sprawie ustalenia faktyczne mimo iż protokół ten nie został przez Sąd odczytany oskarżonemu ani również ujawniony w związku z czym w ogóle nie może stanowić dowodu w przedmiotowym postępowaniu;

b) naruszenie art. 7 kpk na skutek przekroczenia swobodnej oceny dowodów polegającej na uznaniu za wiarygodne zeznań pokrzywdzonego B. B., które mimo swojej szczegółowości zawierają wewnętrzne sprzeczności, przede wszystkim w zakresie rozpoznania przez pokrzywdzonego z całą pewnością oskarżonych mimo iż ze złożonych zeznań wynika, że nie widział twarzy napastników a twarz jednego ze sprawców widział tylko od nosa w dół, ponadto został oślepiiony gazem oraz, że nie pamięta co działo się odkąd wyszedł z pomieszczenia recepcji, które to rzutują na ich wiarygodność i podważają możliwość rozpoznania przez pokrzywdzonego oskarżonego P. S. podczas przeprowadzonego okazania;

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mogący mieć wpływ na jego treść, wyrażający się w przyjęciu przez Sąd, że oskarżony P. S. w nocy z 11/12 września 2009 roku w M., działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami po uprzednim użyciu przemocy polegającej na biciu, kopaniu po ciele E. K. i doprowadzeniu go do stanu nieprzytomności dokonał kradzieży pieniędzy w kwocie nie mniejszej niż 1 000 zł, podczas gdy w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym brak jest bezpośrednich dowodów świadczących o udziale oskarżonego P. S. w tym zdarzeniu a pojawiające się dowody pośrednie, które nie zostały udowodnione w sposób niewątpliwy i które nie tworzą logicznej i zamkniętej całości nie mogą stanowić podstawy do przypisania oskarżonemu P. S. winy i sprawstwa w zakresie czynu opisanego w punkcie i zaskarżonego wyroku;

3) rażącą niewspółmierność orzeczonych wobec oskarżonego P. S. kar 1 roku i 6 miesięcy za każdy z czynów i kary łącznej 3 lat bezwzględnej pozbawienia wolności w stosunku do celów jakie kara ta winna spełniać w zakresie prewencji szczególnej, kiedy to Sąd winien kierować się szczególnymi względami wymierzając karę w stosunku do młodocianego, który w chwili popełnienia czynu nie miał ukończonych 17 lat i względem którego w pierwszej kolejności należało rozważyć takie ukształtowanie wymiaru kary, która będzie oddziaływać na sprawcę wychowawczo oraz z uwzględnieniem szczególnych dyrektyw wymiaru kary łącznej jaką jest chociażby ostrożne podejmowanie decyzji skrajnych.

Mając na uwadze powyższe zarzuty obrońca oskarżonego P. S. w oparciu o art. 437 § 1 k.p.k. wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Prokurator Prokuratury Rejonowej w Świdnicy zaskarżył wyrok w części dotyczącej oskarżonego P. S. dotyczącej orzeczenia o karze na jego niekorzyść i na podstawie art. 438 pkt 3 i 4 k.p.k.: zarzucił:

1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a polegający na przyjęciu, że P. S. będąc nieletnim po ukończeniu 15 lat, który dopuścił się czynów zabronionych z art. 280 § 1 k.k., którego stopień rozwoju oraz warunki i właściwości osobiste przemawiają za tym, aby odpowiadał na zasadach określonych w kodeksie karnym, zasługuje na dobrodziejstwo nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 10 § 3 k.k., podczas gdy wynikające z zebranego w sprawie materiału dowodowego okoliczności sprawy wskazują, że nadzwyczajne złagodzenie kary względem oskarżonego nie jest uzasadnione z uwagi na jego dotychczasowy sposób życia wskazujący na lekceważącą postawę wobec porządku prawnego, demoralizację, agresję i bezwzględność oraz uczynienie z popełnienia przestępstw przeciwko zdrowiu i mieniu łatwego źródła zarobku, co powoduje, że tak wymierzona kara nie może spełnić jej celów;

2) rażącą niewspółmierność kary poprzez wymierzenie P. S. kar jednostkowych 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności za każde z przypisanych mu występków podczas, gdy wysoki stopień winy oskarżonego, znaczny stopień społecznej szkodliwości popełnionych przez niego występków z uwagi na godzenie w istotne dobra chronione – życie, zdrowie i mienie, znaczną agresję i bezwzględność oskarżonego, umyślność działania oraz motywację, a także względem celów zapobiegawczych i wychowawczych, jakie kara ma osiągnąć wobec oskarżonego, w szczególności w obliczu eskalacji agresywnych zachowań tego młodego jeszcze człowieka, jak również negatywne następstwa jego zachowań w postaci śmierci pokrzywdzonego E. K. będącego osobą starszą w następstwie doznanych obrażeń nie uzasadniają wniosku, jakoby oskarżony zasługiwał na dobrodziejstwo nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Prokurator wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy sądowi i instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd odwoławczy zważył, co następuje:

Apelującym nie sposób odmówić racji, bowiem istotnie Sąd Rejonowy w Świdnicy, rozpoznając niniejszą sprawę, dopuścił się szeregu uchybień, które rzutują na treść wyroku i okoliczności stanowiących podstawę jego ustaleń. I to nie tylko na skutek obrazy przepisów postępowania, ale – przede wszystkim z uwagi na niepełny i wybiórczo przeanalizowany materiał dowodowy, co w sytuacji, gdy oskarżonym zarzucono popełnienie czynów „wspólnie i w porozumieniu”, prowadzi do wewnętrznej i zewnętrznej sprzeczności wyroku.

W końcu, zgodzić się należy z Prokuratorem, że zastosowanie alternatywnie przewidzianego w art. 10 §3 k.k. nadzwyczajnego złagodzenia dla wymierzanych kar jednostkowych pozbawienia wolności P. S. budzi zastrzeżenia, i to poważne, tym bardziej, że sąd meriti ani jednym słowem nie wskazał dlaczego akurat z tej możliwości skorzystał.

Tym samym wspólny wniosek wszystkich apelujących o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania (w całości) jest oczywiście słuszny.

I tak zasadnie podnoszą obrońcy oskarżonych, że sąd orzekający dopuścił się obrazy przepisów postępowania, tj. art. 410 k.p.k., bowiem dokonał ustaleń faktycznych na podstawie dowodu, którego nie przeprowadził, choć uznał go za „istotny w sprawie” (k. 1464), tj. protokołu wysłuchania nieletniego P. S. z dnia 08.09.2010r. przed Sądem Rodzinnym i Nieletnich w Świdnicy (k.786).

Jak wynika bowiem z protokołu rozprawy, oskarżonemu P. S. odczytano wyjaśnienia, które złożył w sprawie (k. 1079v), lecz nie odczytano w/wym. protokoły wysłuchania nieletniego. Dowodu tego nie ujawniono ani w toku postępowania dowodowego, ani przed zamknięciem przewodu sądowego (k.1404v).

Jakkolwiek skarżący mają słuszość, że sąd oprął się na materiale nieujawnionym w toku rozprawy głównej, to już nie można zgodzić się z nimi, że nie jest dopuszczalne przeprowadzenie takiego dowodu na podstawie art. 389 §1 k.p.k., tj. poprzez odczytanie oskarżonemu protokołu jego wysłuchania jako nieletniego przed sądem rodzinnym.

Ugruntowany jest pogląd, przedstawiony przez Sąd Najwyższy na gruncie poprzedniego Kodeksu karnego z 1969r. (i nadal aktualny), że „przesłuchanie osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa w charakterze podejrzanego przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów jest dopuszczalne w wypadkach i z zachowaniem warunków określonych w art. 276 § 1 dk.p.k. (obecnie art. 308 §1 i 2 k.p.k.). Protokół przesłuchania - w trybie art. 276 § 1 dk.p.k. - osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa w charakterze podejrzanego przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów podlega odczytaniu na rozprawie, jeżeli zachodzi sytuacja określona w art. 334 § 1 dk.p.k. (obecnie 389§1 k.p.k.)” / wyrok SN z 11.10.1979r., sygn. akt II KR 276/79, . OSNKW 1980/1-2/20/.

Nie ulega wątpliwości, że „wysłuchanie” nieletniego P. S. nastąpiło w związku z podejrzeniem popełnienia przez niego czynu karalnego.

Gdy uwzględni się, że w świetle art. 1 § 1 pkt 2 i § 2 pkt 1 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz.U. Nr 35, poz. 228), nieletnim jest osoba, która po ukończeniu lat 13, a przed ukończeniem lat 17 dopuściła się czynu karalnego, w stosunku do której o ten czyn toczy się postępowanie, takiego nieletniego „wysłuchuje się” we wszystkich fazach postępowania przewidzianego w omawianej ustawie (art. 19, art. 35 § 2 pkt 1, art. 53 § 2 upn). Ustawodawca nie sprecyzował bliżej pojęcia „wysłuchania”, ale biorąc pod uwagę rolę nieletniego w postępowaniu opartym o ustawę z dnia 26 października 1982 r. i funkcje jakie ma pełnić owo „wysłuchanie” w tym postępowaniu, należy przyjąć, że są to wyjaśnienia nieletniego. Mówi o tym wprost art. 53 § 2 tej ustawy, stwierdzając, że podczas rozprawy sąd „wysłuchuje” wyjaśnień nieletniego. Z kolei istota, cel i zadanie postępowania wyjaśniającego (rozdział 3 cytowanej wyżej ustawy) w sprawie nieletniego o czyn karalny są zbieżne z postępowaniem przygotowawczym. Postępowanie wyjaśniające między innymi ma na celu zgromadzenie i utrwalenie dowodów, wszechstronne wyjaśnienie sprawy (art. 35 § 1 i § 2 upn), a przede wszystkim ustalenie - czy nieletni rzeczywiście popełnił czyn karalny (art. 33 upn). Efekt końcowy postępowania wyjaśniającego znajduje wyraz w wydaniu postanowienia o rozpoznaniu sprawy w określonym trybie (wychowawczym lub poprawczym), albo w przekazaniu jej prokuratorowi lub innym organom (art. 42§3 upn). Taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie, kiedy to postanowieniem z 14.10.2010r. Sąd Rodzinny i Nieletnich w Świdnicy postanowił o przekazaniu sprawy nieletniego P. S. Prokuratorowi Rejonowemu w Świdnicy (k. 292).

Zatem „jeśli sąd rodzinny w trybie art. 42 § 3 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich wyda postanowienie o przekazaniu sprawy nieletniego prokuratorowi wobec stwierdzenia okoliczności uzasadniających wymierzenie kary nieletniemu na podstawie art. 9 § 2 k.k. z 1969 r. (obecnie art. 10 § 2 k.k.), zaś prokurator wniesie akt oskarżenia do sądu, to w tych warunkach protokół wysłuchania nieletniego stanowi protokół wyjaśnień podejrzanego, podlegający odczytaniu na rozprawie w warunkach art. 389 § 1 k.p.k.” (tak np. Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 18.01.2000r., sygn. akt II AKa 241/99, Prok. i Pr. – wkł. 2000/10/34).

Tym samym wobec odmowy wyjaśnień przez oskarżonego P. S. na rozprawie w dniu 24.08.2011r., sąd miał nie tylko prawo, ale nawet obowiązek odczytania protokołu wysłuchania nieletniego, a następnie jego oceny w konfrontacji z pozostałymi dowodami i okolicznościami sprawy. Błąd sądu polegał więc nie na tym, że uznał dopuszczalność przeprowadzenia tego dowodu, ale na tym, że dowód ten pominął i „uznał go za istotny” dopiero na etapie uzasadnienia wyroku.

W tym miejscu koniecznym jest odnieść się do „zarzutu” podniesionego w uzasadnieniu apelacji obrońcy R. Z. (k. 1483 – 1484), a który dotyczy odczytanych w trybie art. 389§1 k.p.k. protokołów wyjaśnień tego oskarżonego z posiedzenia w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania w innej sprawie, a to wobec nie uwzględnienia okoliczności, w jakich zostały złożone, a oparcie się przy ich analizie na „lakonicznych wyjaśnieniach współoskarżonego P. S.(...) przed sądem rodzinnym oraz depozycjach pokrzywdzonego B. B.” (k. 1484).

Sąd odwoławczy z urzędu dopuścił i przeprowadził dowód z odpisu wyroku Sadu Okręgowego w Świdnicy wraz z uzasadnieniem (sygn. akt III K 226/10), w toku której stosowanym był wyżej wzmiankowany środek zapobiegawczy. Gdy zatem przeanalizuje się treść zarzutów stawianych w tamtej sprawie R. Z. oraz przypisanych mu czynów, a przede wszystkim dowodów, które wziął pod uwagę sąd okręgowy (str. 3 i 4 uzasadnienia), to istotnie rzeczą Sądu Rejonowego w Świdnicy, było wnikliwie przeanalizowanie czy R. Z., opisując okoliczności pobicia pracownika hotelu, miał na uwadze hotel (...) czy może położony przy ul. (...) w Ś.U (...) i zdarzenie z czerwca 2010r. Jest to o tyle istotne, że sąd a quo uznał, że „dowód ten (tj. protokół wysłuchania P. S.) w kontekście wyjaśnień R. Z. złożonych na posiedzeniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania kiedy to przyznał się do swojego udziału w zdarzeniu jakie miało miejsce w Hotelu (...) nie pozostawia, w ocenie Sądu, żadnych wątpliwości w zakresie winy oskarżonych...” (k. 1464).

Jednakże, gdy uwzględni się to, że od samego początku jako sprawcy wymieniani byli właśnie obaj oskarżeni (vide postanowienie o przedstawieniu zarzutów P. S. – k. 82), zasadnym wydaje się przeanalizowanie materiału dowodowego, którym dysponowali prowadzący postępowanie przygotowawcze w sprawie IIIK 226/10, a który skutkował pytaniami, m.in. w toku posiedzenia o zastosowanie tymczasowego aresztowania, właśnie dotyczącymi zdarzenia z hotelu (...).

Już tylko powyższe uchybienia obligowałyby do uchylenia zaskarżonego wyroku co do czynu, którego P. S. i R. Z. mieli się dopuścić wspólnie i w porozumieniu.

Odnosząc w tym miejscu do wspólnych – co do istoty – zarzutów obrońców oskarżonych P. S. i R. Z. a tyczący wątpliwości związanych z „rozpoznaniem” napastników przez pokrzywdzonego B. B., to i tu całkowicie odmówić skarżącym racji nie sposób.

Jak wynika bowiem z relacji pokrzywdzonego, którą przekazał „na gorąco” interweniującym funkcjonariuszom, jednego z mężczyzn narodowości romskiej jest w stanie rozpoznać bo z nim rozmawiał i „widział jego twarz”, natomiast drugi z mężczyzn miał na głowę założony kaptur w taki sposób, że „nie widział jego twarzy” (k. 1).

Następnie w toku już „oficjalnego” przesłuchania doprecyzował, że widział twarz jednego z mężczyzn „od nosa w dół”, zaś opisując drugiego napastnika, zeznał, że „był troszkę wyższy od pierwszego, miał na głowie jasny kaptur (...) trochę go kojarzę sobie z tonu głosu, jakby go wcześniej słyszał” (k. 7) oraz, że „też był cyganem”, a „ich twarze widział od nosa do końca brody” (k. 8).

W toku przesłuchania przez prokuratora B. B. 28.07.2010r. stwierdził, że „dwukrotnie miał na Komendzie Policji w Ś. okazane zdjęcia mężczyzn i rozpoznał wśród nich jednego z cyganów, czy drugiego to nie wie” (k. 216). Z dalszej wypowiedzi pokrzywdzonego wynika jednoznacznie, że rozpoznał P. S. („tego młodego, co teraz jest na wolności”), a okazania odbywały się po przesłuchaniu go w charakterze świadka (k. 216). Nader lakoniczne są natomiast wypowiedzi tyczącego R. Z..

W tych okolicznościach zastanawiająco brzmi treść notatki R. M. (sic!), który 15.08.2010r. odnotował, że pokrzywdzony – nie pamięta już kiedy (!) – miał mu oświadczyć, że „nie jest w stanie rozpoznać sprawców” oraz, że nie wyraził zgody na okazanie typowanych sprawców”, a do tego miał przyglądać się zdjęciom Romów, lecz „nie rozpoznał żadnej z tych osób” (k. 263). Z większą uwagą należało także odnieść się do „wyjaśnienia” tej sytuacji przedstawionego przez Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Świdnicy (k. 1312). Skoro bowiem kluczowym dowodem było nagranie z monitoringu, nie zaś rozpoznanie B. B., to zgodzić się należy z apelującymi, że niezbędnym było przeprowadzenie na rozprawie dowodu z odtworzenia tego zapisu.

Niewystarczającym w takim przypadku jest poprzestanie – jak uczynił to sąd orzekający – na „ujawnieniu” przeprowadzonego z urzędu dowodu z opinii wydanej na podstawie ekspertyzy kryminalistycznej z zakresu fotografii i technik wizualnych oraz odtwarzania wyglądu osób i przedmiotów (k. 1404v). Z treści zapisu protokołu nie wynika przy tym czy strony miały możliwość zapoznania się z tym dowodem. Wynika to stąd, że dopiero na rozprawie w dniu 17.10.2012r. sąd zwracał się do prokuratury o dołączenie nagrania (k. 1359v), pod koniec listopada 2012r. opinia

została do sądu przesłana, zaś na kolejnej rozprawie (w dniu 14.01.2013r.) dowód z w/wym. opinii ujawniono, choć to wówczas przesłuchiowano pokrzywdzonego właśnie na okoliczności związane z rozpoznaniem sprawców (k. 1403v – 1404). Z niewiadomych przyczyn nie okazano zdjęć pokrzywdzonemu, by się do nich odniósł.

Sporządzającego ową notatkę R. M. także przesłuchano w charakterze świadka, lecz nie rozpytano na okoliczność jej sporządzenia oraz treści w niej zawartych (k.1427v).

Kwestie te są nader istotne dla możliwości wykazania, w sposób nie budzący wątpliwości czy pokrzywdzony rozpoznał sprawców i to było podstawą ustalenia ich personaliów, czy może były to inne czynności operacyjne

Wyjaśnienie tych kwestii jest konieczne, by można było uznać, że ciąg poszlak, którymi dysponuje sąd I instancji jest na tyle „mocny”, że pozwala na wykazanie, iż to właśnie R. Z.był owym drugim sprawcą, o którym zeznawał pokrzywdzony. Bo o ile bytność P. S.potwierdza dowód obiektywny w postaci śladów jego linii papilarnych na kontuarze recepcji, o tyle w przypadku drugie oskarżonego takich „namacalnych” dowodów jak dotychczas sąd meriti nie ujawnił.

Zastrzeżenia budzi przy tym sam opis czynu zarzuconego obu oskarżonym, w którym znalazło się sformułowanie, że każdy z nich „doprowadził do stanu bezbronności B. B.recepcjonistę Hotelu (...)poprzez stosowanie przemocy...”.

Przypomnieć zatem należy, że **„doprowadzenie człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności** to zachowania, które **nie polegają na użyciu przemocy wobec osoby**” (wyrok SN z dnia 26 listopada 1980 r., Rw 410/80, OSNKW 1981, nr 3, poz. 14; wyrok SA w Krakowie z dnia 26 marca 1991 r., II AKz 9/91, KZS 1991, z. 4, poz. 14; Górniok (w:) Górniok i in., t. 2, s. 393; Górniok, Pleńska, Przystępstwa... (w:) System, 1989, s. 431; Marek, Komentarz, s. 598; Michalski (w:) Wąsek II, s. 825). Prowadzą one natomiast pokrzywdzonego do utraty przytomności lub czynią go bezbronnym. **Spowodowanie stanu nieprzytomności** może polegać na przykład na odurzeniu pokrzywdzonego, uśpieniu go. **Spowodowanie stanu bezbronności** polega na tym, że pokrzywdzony, mający do tej pory możliwości obrony lub ucieczki, zostaje ich pozbawiony (Łagodziński, Pojęcie..., s. 40 i n.). Może być to na przykład zabranie wózka inwalidzkiego osobie niepełnosprawnej itp.

Skoro zatem napastnicy użyli przemocy, to nie ma już mowy o doprowadzeniu do stanu bezbronności. Tym bardziej, że gaz łzawiący użyty został „na końcu” działań sprawców.

Odnosnie zaś zarzutu z art. 280 §1 k.k. przedstawionego P. S. a opisanemu w pkt I części wstępnej wyroku, to i tu z uwagi na uchybienia w gromadzeniu materiału dowodowego oraz uogólnienia w jego analizie, wyrok nie może być zaakceptowany.

W tym miejscu zaznaczyć trzeba i to, że z uwagi na kierunek zaskarżenia (Prokurator kwestionuje jedynie okoliczności związane z wymiarem kary), przy ponownym rozpoznaniu sprawy, sąd I instancji będzie musiał mieć na względzie ograniczenia wynikające z art. 443 k.p.k. i okoliczność tę sąd ad quem już sygnalizuje, zdając sobie jednocześnie sprawę z tego, jakie trudności będzie to powodowało przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Niemniej kwestie związane z dostrzeżonymi uchybienia są niebagatelne i nie mogły pozostać bez wpływu na wynik postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że P. S.zarzucono pierwotnie popełnienie czynu z art. 280 §1 k.k. i art. 158 §1 i 3 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k., którego miał się dopuścić **„wspólnie i w porozumieniu z M. P.i innymi nieustalonymi osobami”** zaś przedmiotem zaboru miały być „pieniądze w kwocie nie mniejszej niż 20 zł” i co do tak sformułowanego czynu Sąd Rodzinny i Nieletnich w Świdnicy wydał postanowienie o przekazaniu sprawy Prokuratorowi Rejonowemu w Świdnicy (k. 292). Taki też zarzut (choć tu zabór miał dotyczyć kwoty nie mniejszej niż 100 złotych) przedstawiono M. P., zaś przypisano mu – co istotne – prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 18.11.2010r. (sygn. akt III K 114/10) popełnienie czynu z art. 280 §2 kk. i art. 156 §1 pkt 2 i § 3 k.k. w zw. z art. 11 §3 k.k. i wymierzono karę 12 lat pozbawienia wolności. Uznano przy tym, że **„działał wspólnie i w porozumieniu z inną osobą”**.

Sprawę tę – niestety – rozpoznano oddzielnie, wyłączając do odrębnego rozpoznania postępowanie dotyczące P. S.. I już wówczas powstała sytuacja (łagodnie rzecz ujmując) zadziwiająca, a której sąd I instancji nawet nie próbował zaradzić (trudno za taką próbę uznać postanowienie o zwrocie sprawy w trybie art. 345 §1 k.p.k., a zupełnie pominięcie kwestii badania właściwości rzeczowej – art. 25§1 k.p.k. i art. 35 §1 k.p.k.).

Pomimo bowiem pierwotnego brzmienia zarzutu, Prokurator, która prowadziła tę wyłączoną sprawę P. S., zmieniła opis czynu zarzuconego, tj. ograniczyła jego opis jedynie do znamion występku z art. 280§1 k.k. (dopisując do pierwotnej wartości skradzionej sumy 100 złotych jeszcze jedno „0”, co dało kwotę 1000 złotych), choć nadal pozostało w opisie, że oskarżony działał wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami”, ograniczając sposób działania nieletniego do „przeszukania pomieszczeń mieszkalnych” (k. 823). Próżno szukać jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia takiej decyzji, zwłaszcza zaś powodów dla których skutki użycia przemocy pozostały poza opisem czynu zarzuconego, skoro jeden i drugi sprawca działali „wspólnie i w porozumieniu”. Jest to o tyle zastanawiające, że ostateczna wersja zarzut, która „znalazła się” w akcie oskarżenia ma jeszcze inne brzmienie (k. 929).

Gdy zatem uwzględni się zasadnicze brzmienie pojęcia „porozumienie”, które wszak winno obejmować realizację całości ustawowych znamion czynu zabronionego (Marek, Komentarz, s. 71; wyrok SN z dnia 22 listopada 1971 r., Rw 1202/71, OSNKW 1972, nr 3, poz. 54), oraz że może ono mieć charakter wyraźny lub domniemany (wyrok SA w Łodzi z dnia 11 października 2000 r., II AKa 120/00, Prok. i Pr.-wkł. 2001, nr 5, poz. 26), ale musi dotyczyć całości czynu będącego przedmiotem porozumienia. W wypadku kiedy część współsprawców dopuszcza się zachowań nieobjętych porozumieniem, pozostali za nie nie odpowiadają. Sytuację taką nazywa się w doktrynie ekscesem współsprawcy. Czy zatem owe obrażenia i ich skutek był takim właśnie ekscesem? Trudno spekulować w tym zakresie, tym bardziej, że sąd w uzasadnieniu stwierdził, z jednej strony, że P. S. dopuścił się rozboju, tj. dokonał kradzieży pieniędzy w kwocie nie mniejszej niż 1000 zł „po uprzednim użyciu przemocy, polegającej na biciu, kopaniu po ciele E. K.”, a następnie, że „jednak przeprowadzone w sprawie postępowanie dowodowe nie wykazało, aby uderzył pokrzywdzonego” (k. 1465). To zatem porozumienie obejmowało użycie przemocy wobec pokrzywdzonego czy też nie? Jeśli zaś obejmowało, to jaki ma to wpływ na odpowiedzialność karną oskarżonego?

Jaką konkluzję sąd meriti wyprowadził nie sposób wyczytać, bowiem zamiast niej zacytowane zostały liczne orzeczenia, które same w sobie odpowiedzi nie dają (k. 1465). Skoro bowiem P. S. nie działał „wspólnie i w porozumieniu” co najmniej z M. P. i tylko ten ostatni swoim zamiarem miał obejmować użycie przemocy wobec E. K. oraz ponieść odpowiedzialność za skutki jej użycia, to co obejmowało owo „porozumienie”, które legło u podstaw przypisania obu oskarżonym znamion przestępstwa rozboju?

Nadto nie ma odpowiedzi na pytanie dotyczące ustaleń, które legły u podstaw – odmiennego aniżeli pierwotnie - określenia wartości skradzionej sumy pieniędzy. Skoro w ślad za prokuratorem (autorką aktu oskarżenia) przyjął sąd orzekający, iż oskarżony dokonał zaboru kwoty nie mniejszej niż **1000 złotych**, winien był wykazać w oparciu o co dokonał takich ustaleń. Analiza czy to uzasadnienia, czy akt sprawy VI K 238/11, dokonana przez sąd odwoławczy, nie daje odpowiedzi na to pytanie.

W tej sytuacji koniecznym zdaje się przeprowadzenie dowodu z akt sprawy M. P. i przeanalizowanie materiału dowodowego, którym dysponował Sąd Okręgowy w Świdnicy, a który określił wartość przywłaszczonej gotówki „na kwotę nie mniejszą niż 100 złotych”.

Reasumując, stwierdzić należy, że zaniechał Sąd Rejonowy poprawnej oceny karnoprawnej czynu (pomimo wadliwości jego opisu), który zarzucono P. S. oraz wynikającej stąd zmiany właściwości rzeczowej sądu I instancji, jak też uchylił się od oceny skutków użycia przemocy wobec E. K. (k. 1451 – 1452), przez sprawców działających wspólnie i w porozumieniu.

Tu należy odnieść się do zarzutu obrońcy P. S. (pkt 2 apelacji), błędów w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę uznania sprawstwa i winy tego oskarżonego.

I w tym przypadku nie ma (nie zabezpieczono) dowodów bezpośrednich (obiektywnych) bytności P. S. w M. w domu E. K.. Niemniej nie sposób pominąć pierwotnych relacji A. W. i R. S., co nader istotne, konkubiny oskarżonego oraz korespondujących z nimi zeznań J. P., które złożyła w obecności biegłego psychologa. Depozycje tych osób, w których wskazują na „zaangażowanie” P. S., racjonalnie tłumaczą tak liczne kontakty telefoniczne z M. P., który w inny sposób aniżeli od P. S., nie mógł powziąć informacji o E. K., który miałby posiadać znaczną ilość gotówki po sprzedaży domu.

Zatem ten „łańcuch” dowodów osobowych (pomimo późniejszych starań o dyskredytację ich wartości dowodowej), w powiązaniu z analizą połączeń telefonicznych M. P. i P. S., pozwala na wyprowadzenie jedynie słusznego, bo logicznego wniosku, że oskarżony był w M. i to on nakłonił M. P., by udali się w nocy z 11/12 września 2009r. do domu pokrzywdzonego po gotówkę.

Z tego też względu nie zasługują na uwzględnienie argumenty przedstawione przez obronę, a które mają świadczyć o naciskach i braku swobody wypowiedzi świadków: J. P., R. S. oraz A. W. czy relacji M. P., który przyznał się do sprawstwa (k. 609v - 610), choć nie ujawnił osoby, z którą wspólnie tam był i od której dowiedział się o samotnym starszym mieszkańcu M..

Reasumując, przy ponownym rozpoznaniu sprawy, co o czynu z art. 280 § 1 kk zarzucanego P. S., sąd odwoławczy, który ma na względzie brzmienie art. 440 kpk, wskazuje, że Sąd orzekający winien podjąć takie kroki, które umożliwiają pociągnięcie do pełnej odpowiedzialności karnej osoby, która była inicjatorem przestępstwa, uczestniczyła czynnie w jego dokonaniu, nie tracąc z pola widzenia jego skutków dla E. K..

Wszak „stan rażącej niesprawiedliwości poddanego kontroli instancyjnej orzeczenia, uniemożliwiający utrzymania w mocy zachodzi wówczas, gdy w toku procedowania przed sądem a quo doszło do takich uchybień, które rażąco naruszają poczucie sprawiedliwości oraz że w grę wchodzi każda z uwzględnionych przyczyn odwoławczych stwierdzona poza granicami zaskarżenia, w tym również ta określona w art. 438 pkt 4 kpk”. (postan. SN z 02.04.2012r. III KK 98/12, LEX nr 1163194).

Odnosząc się natomiast do zarzutu rażącej niewspółmierność kary, który podniósł obrońca (pkt 3 apelacji), to w świetle powyższych uwag dotyczących podstaw uznania sprawstwa i winy P. S., jest on co do zasady przedwczesny. Zauważyć jedynie należy, że „zastosowanie wobec nieletniego art. 10 § 2 k.k. wiąże się z koniecznością uwzględnienia okoliczności sprawy, właściwości osobistych sprawcy, tj.t cech indywidualizujących nieletniego, w szczególności wyrażających się w jego poziomie rozwoju umysłowego, ilorazie inteligencji, stopniu demoralizacji oraz warunkach osobistych, co wykazać powinny przeprowadzone badania psychiatryczne, psychologiczne i osobopoznawcze, to chodzi o wykazanie, że w powszechnym odczuciu nie zasługuje on na łagodniejsze traktowanie jak nieletni i za tym, aby odpowiadał jak dorosły dodatkowo przemawiają ujawnione ujemne cechy osobowości sprawcy” (np. S.A w Gdańsku w wyroku z dnia 2709.2012r. sygn. akt II AKa 245/12, LEX nr 1246618). Zatem ten aspekt sprawy istotnie musi stanowić element ustaleń i zważeń sądu orzekającego w sprawie. Niemniej gdyby – abstrahując od wyżej wskazanych zarzutów co do sposobu procedowania w sprawie – mieć na uwadze charakter czynów przypisanych, okoliczności ich popełnienia, jak również postawę P. S., to wymierzone kary jednostkowe jawią się wręcz jako rażąco łagodne.

W tym miejscu wskazać bowiem należy, że sąd a quo zastosował wymierzając obie kary jednostkowe nadzwyczajne złagodzenie kary, choć nawet słowem nie wyjaśnił powodów takiego postąpienia. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 10 § 2 i 3 k.k. nieletni, który po ukończeniu 15 lat dopuścił się czynu zabronionego określonego m.in. w art. 280 k.k., może odpowiadać na zasadach określonych w Kodeksie karnym, jeżeli okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste za tym przemawiają, a w szczególności, jeżeli poprzednio stosowane środki wychowawcze lub poprawcze okazały się bezskuteczne, a wymierzona kara nie może przekroczyć dwóch trzecich górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za przypisane sprawcy przestępstwo. Sąd **może** zastosować także nadzwyczajne złagodzenie kary (zd. 2 § 3 art. 10 k.k.).

„ Art. 10 § 3 k.k. daje możliwość nadzwyczajnego złagodzenia tej kary, lecz nie może ona być stosowana automatycznie. Każdorazowo należy ocenić, czy przemawiają za tym względy

określone w art. 54 § 1 k.k., a te nie eliminują zasad wymiaru kary określonych w art. 53 k.k. Jedynie na pierwszym miejscu spośród wymienionych w tym przepisie dyrektyw stawiają względy wychowawcze. Istotnymi przesłankami przy ustalaniu prawidłowej kary nieletniemu lub młodocianemu sprawcy muszą być stopień jego zdemoralizowania, tryb życia przed popełnieniem przestępstwa, zachowanie po jego popełnieniu oraz motyw i sposób działania” (tak S.A w Katowicach w wyroku z dnia 21.04.2005r., sygn. akt II AKa 114/05, Prok. i Pr. – wkł. 2006/1/16), a tutejszy sąd odwoławczy w pełni ten pogląd podziela.

Tym samym co do zasady zgodzić się należy z Prokuratorem Prokuratury Rejonowej w Świdnicy, że przy tych ustaleniach, które poczynił sąd merita, to że skorzystał z dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary nie jest oczywiste w stopniu takim, by nie wymagało wyjaśnienia przesłanek. W konsekwencji tak ukształtowane kary jednostkowe istotnie jawią się jako niewspółmiernie (rażąco) łagodne.

Jednakże uwagi te mają charakter czysto teoretyczny, a to wobec konieczności ponownego prawidłowego przeprowadzenia postępowania dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem wyżej wskazanych braków w materiale dowodowym i koniecznego ich usunięcia. Dopiero wynik tego postępowania będzie mógł stać się podstawą dla jakichkolwiek rozważań dotyczących zasad i wymiaru kar jednostkowych oraz łącznej.

Z tych też względów wyrok został uchylony, a sprawę przekazano do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Ponieważ oskarżony R. Z.korzystał z pomocy obrońcy z urzędu, Sąd odwoławczy zasądził od Skarbu Państwa na rzecz obrońcy kwotę należną z uwagi na brzmienia §14 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002r w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 ze zm.).