

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 listopada 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w II Wydziale Karnym w składzie

Przewodniczący	SSA Nadzieja Surowiec (spr.)
Sędziowie	SSA Andrzej Czapka SSA Janusz Sulima
Protokolant	Anna Tkaczyk

przy udziale Janusza Kordulskiego Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Białymstoku

po rozpoznaniu w dniu 30 października 2012 r.

sprawy **D. R. s. S.**

oskarżonego z art. 13§1kk w zw. z art. 280§2kk w zb. z art. 157§2kk w zw. z art. 11§2kk w zw. z art. 64§1kk

z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 13 czerwca 2012 r. sygn. akt III K 120/11

I. zmienia zaskarżony wyrok i uniewinnia D. R. od popełnienia zarzucanego czynu;

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. K. 738 złotych w tym 138 złotych podatku VAT tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu w postępowaniu odwoławczym;

III. kosztami procesu obciąża Skarb Państwa.

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Białymstoku wyrokiem z dnia 13 czerwca 2012r. uznał oskarżonego D. R. za winnego tego, że w dniu w dniu 2 października 2010 r. około godz. 05.30 w B. na posesji przy ul. (...) usiłował dokonać rozboju na osobie E. K. (1) posługując się przy tym niebezpiecznym przedmiotem w postaci pistoletu śrutowego w ten sposób, że grożąc napadniętemu wskazanym powyżej pistoletem, zażądał od niego wydania pieniędzy, a wobec oporu ze strony zaatakowanego, skierował z miotacza gazowego na jego twarz strumień gazu pieprzowego i uderzył go nasadą pistoletu w okolicę lewego oka, czym spowodował wielomiejscowe stłuczenia tkanek miękkich, wylewy krwawe i otarcia naskórka w okolicy nosa i poniżej powieki dolnej lewego oka, a także podrażnienia spojówek, co spowodowało naruszenie czynności narządów ciała E. K. (1) trwające nie dłużej niż 7 dni, lecz zamierzonego celu przywłaszczenia mienia nie osiągnął z powodu skutecznej obrony zaatakowanego, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności orzeczonej za umyślne przestępstwo podobne,

tj. czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na mocy art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. skazał go, a na mocy art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 10 (dziesięć) lat pozbawienia wolności.

Zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. K. kwotę 1.440,00 zł (jeden tysiąc czterysta czterdzieści złotych) tytułem wynagrodzenia za nieopłaconą przez stronę pomoc prawną udzieloną z urzędu oskarżonemu oraz należny od tej kwoty podatek VAT-stawka 23% (dwadzieścia trzy procent).

Zwolnił oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych, w tym od opłaty i pozostałych wydatków poniesionych przez Skarb Państwa od chwili wszczęcia postępowania w sprawie.

Apelację od powyższego wyroku złożyła obrońca oskarżonego.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

I. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

a) art. 4, 5 § 2, 7 kpk w zw. z art. 92 kpk, 410 kpk i 424 § 1 kpk polegającą na dowolnej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego i rozstrzygnięciu na niekorzyść oskarżonego, wbrew zasadzie in dubio pro reo, nie dających się usunąć wątpliwości, co doprowadziło do ustalenia że D. R. dopuścił się zarzucanego mu czynu, przy jednoczesnym zaniechaniu stosownego uzasadnienia swojego stanowiska, poprzez:

- pominięcie konsekwentnego nieprzyznawania się D. R. do popełnienia opisanego w akcie oskarżenia przestępstwa i udowodnionego faktu przebywania oskarżonego w dniu zdarzenia od godziny 3.00 do godz. 4.00, a następnie od godziny 6.56 w swoim mieszkaniu przy ul. (...) w B., co potwierdza iż nie miał on możliwości popełnienia przestępstwa,
- pominięcie wyników przeprowadzonych już w początkowym etapie śledztwa badań . biegłych z zakresu traseologii, chemii, daktyloskopii, osmologii, identyfikacji substancji biologicznych i porównywania profili DNA, które to nie potwierdziły związku D. R. z przedmiotową sprawą,
- pominięcie opinii biegłego T. J. w zakresie w jakim biegły wskazał, iż na ciele oskarżonego nie było żadnych obrażeń, czy też uszkodzeń, które mogłyby powstać w dniach od 2 do 5 października 2010 roku, co biorąc pod uwagę dynamiczny przebieg zdarzenia z dnia 2 października 2010 r. i obrażenia powstałe u pokrzywdzonego oraz sposób ich powstawania wyklucza w nim udział D. R.,
- uznanie rozpoznania D. R. jako sprawcę przestępstwa przez E. K. (1) i świadka anonimowego za wiarygodne, pomimo, że całkowicie odmiennie opisywali osobę sprawcy, która później miała być wskazana jako D. R.,
- uznanie rozpoznania wizerunku D. R. jako sprawcę przestępstwa przez świadka anonimowego za wiarygodne, pomimo że świadkowi okazano nieaktualną fotografię z wizerunkiem oskarżonego, który znacznie odbiegał od jego wyglądu w dacie 2 października 2010 r.;

b) art. 173 § 1 kpk w zw. z § 5 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2003 r. w sprawie technicznych warunków przeprowadzania okazania polegającą na poczynieniu ustaleń faktycznych w oparciu o wyniki czynności okazania osoby oskarżonego E. K. (1), która to czynność z uwagi na rażące różnice w wyglądzie zewnętrznym osób przybranych do okazania z wyglądem oskarżonego, nie została przeprowadzona w sposób wyłączający sugestię;

c) art. 173 § 1 kpk w zw. z § 5 ust. 1 oraz w zw. z § 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2003 r. w sprawie technicznych warunków przeprowadzania okazania polegającą na poczynieniu ustaleń faktycznych w oparciu o wyniki czynności okazania osoby oskarżonego świadkowi anonimowemu, która to czynność z uwagi na rażące różnice w wyglądzie zewnętrznym osób przybranych do okazania z wyglądem oskarżonego, a także z

uwagi na uprzednie okazanie świadkowi anonimowemu wizerunku oskarżonego, nie została przeprowadzona w sposób wyłączający sugestię;

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, że oskarżony D. R. dopuścił się usiłowania rozboju z posłużeniem się niebezpiecznym przedmiotem na osobie E. K. (1), w sytuacji gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy pozostawia istotne wątpliwości w zakresie jego udziału - mając na uwadze wyjaśnienia D. R., w których konsekwentnie nie przyznaje się do popełnienia czynu, logowanie się jego telefonu komórkowego, opinie biegłych z zakresu traseologii, chemii, daktyloskopii, osmologii, identyfikacji substancji biologicznych i porównywania profili DNA, które to nie potwierdziły związku D. R. z przedmiotową sprawą, sprzeczne ze sobą opisy w wyglądzie sprawcy u pokrzywdzonego i świadka anonimowego, pozbawioną wartości dowodowej czynność okazania osoby oskarżonego pokrzywdzonemu i świadkowi anonimowemu, brak bezpośredniego, poza zeznaniami świadka anonimowego, dowodu świadczącego o sprawstwie oskarżonego, w sytuacji w której dowód ten nie może być dowodem nie tylko wyłącznym ale także dominującym świadczącym o sprawstwie określonej osoby.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, obrońca wniosła o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego D. R. od popełnienia zarzucanego mu czynu ewentualnie
- uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sadowi Okręgowemu w Białymstoku.

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

Apelacja obrońcy oskarżonego, zarzucająca obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść rozstrzygnięcia i fakt, że w wyniku ich naruszenia doszło do błędnych ustaleń faktycznych, jest zasadna i zasługuje na uwzględnienie.

Analiza akt sprawy i treści uzasadnienia wyroku dowodzi, iż Sąd Okręgowy w sposób rzetelny przeprowadził postępowanie dowodowe w sprawie, dokonał szczegółowej analizy zebranych dowodów, jednakże dokonując oceny tych dowodów uczynił to w sposób odległy od zgodnego ze wskazaniami wiedzy i zasadami doświadczenia życiowego, a zatem nie ustrzegł się błędów.

W sprawie niniejszej jako udowodniony należało uznać fakt zaistnienia zdarzenia w postaci usiłowania dokonania napadu rabunkowego na osobie E. K. (1) w sposób przedstawiony przez pokrzywdzonego, a tym samym przyjęty przez Sąd I instancji w zaskarżonym wyroku.

Wbrew stanowisku tego Sądu, uznającego za sprawcę czynu oskarżonego D. R., w ocenie Sądu Apelacyjnego zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na przypisanie w sposób nie budzący wątpliwości popełnienia tego czynu wymienionemu oskarżonemu.

Dowodami przesądzającymi w ocenie sądu orzekającego o sprawstwie oskarżonego były zeznania pokrzywdzonego E. K. (1), jego żony H. K., B. R., P. G. i świadka anonimowego.

Przy czym zeznania P. G., który nie posiadał żadnej wiedzy odnośnie będącego przedmiotem rozpoznania zdarzenia, miały stanowić zanegowanie prezentowanej przez oskarżonego linii obrony, a w szczególności jego twierdzeń, iż krytycznego dnia położył się spać około godziny 4-tej i spał do godzin południowych.

Ustalenie na podstawie zeznań tego świadka, potwierdzonych wykazem połączeń telefonicznych, że w godz. 6:57 – 6:59 dwukrotnie łączył się z numerem oskarżonego i przysyłał wiadomość – sms-a, uwzględniając jednocześnie, że oskarżony przebywał w tym czasie w miejscu zamieszkania, nie pozbawia wiarygodności twierdzeń oskarżonego, że odbyło się to kiedy nie wstał on jeszcze z łóżka. Oceniając przy tym wiarygodność oskarżonego i świadka w

kwestii przeprowadzonej rozmowy, czemu oskarżony zaprzeczał, nie można pominąć faktu, że wiadomość sms-owa była przesłana później, bezpośrednio po zarejestrowanym połączeniu telefonicznym, co skłaniałoby do przyjęcia, że do rozmowy mogło rzeczywiście nie dojść, a co uzasadniałoby nadanie przez świadka wiadomości tekstowej.

Zatem zeznania P. G. nie mogą być uznane za dowód wskazujący w jakikolwiek sposób na sprawstwo oskarżonego. Świadczą one tylko i wyłącznie o tym, że w czasie wykonywania połączenia, a więc o godz. 6:59 oskarżony przebywał w swoim miejscu zamieszkania.

Dokonując oceny tego dowodu nie można pominąć faktu, że o ustalenie miejsca pobytu w dniu zdarzenia na podstawie logowań telefonu komórkowego wnioskował sam oskarżony.

Oskarżonego, co wynika z ustaleń Sądu, miał rozpoznać pokrzywdzony i świadek anonimowy. Przy czym pokrzywdzony nie widział twarzy napastnika, jako że przez cały czas trwania zdarzenia był on zamaskowany. Jeżeli się porówna opis osoby sprawcy, którym według ustaleń Sądu I instancji był oskarżony, przedstawiony przez pokrzywdzonego, jego żonę i świadka anonimowego, jest on zasadniczo odbiegający od siebie.

I tak pokrzywdzony i jego żona opisując sprawcę określają go jako ubranego w obszerną puchową czarną kurtkę, czarną kominiarkę na głowie, rękawiczki, spodnie wpuszczone w buty typu traper czy glany, szczupłej budowy ciała, o wzroście minimalnie wyższym od pokrzywdzonego. Zaznaczyć należy, że pokrzywdzony według jego twierdzeń ma 172 cm wzrostu. Porównanie ich wzrostu na sali sądowej dowiodło, że oskarżony jest w sposób widoczny wyższy od pokrzywdzonego (k. 557 odwr.).

Świadek anonimowy przedstawia uciekającego mężczyznę, w którym rozpoznaje oskarżonego „jako mężczyznę mającego około 180 cm wzrostu, krępej budowy ciała, misiowatego, o puciołowatej twarzy, ubranego w kurtkę ortalionową czy bluzę z kolorowym nadrukiem, buty sportowe i spodnie dresowe ze ściągaczem”.

Sąd Okręgowy dokonując oceny spostrzeżeń wymienionych co do wyglądu sprawcy, dostrzega istniejące rozbieżności w opisie wyglądu, jednak uznaje je za „drobne różnice nie mające charakteru zasadniczych, spowodowane upływem czasu, ograniczoną widocznością, dynamicznym i krótkotrwałym przebiegiem zajścia”, uznaje jednocześnie rozpoznanie oskarżonego za miarodajne.

Tak dokonana ocena nie mogła zyskać akceptacji sądu odwoławczego. Wbrew wnioskowaniu Sądu orzekającego są to różnice na tyle istotne, że sprzeciwiają się czynieniu jednoznacznych ustaleń, zwłaszcza w sytuacji, że są to jedynie dowody, na podstawie których wyprowadzono wnioski o sprawstwie oskarżonego.

Zakwestionować należało, wbrew stanowisku sądu orzekającego, rozpoznanie oskarżonego przez pokrzywdzonego podczas dokonanego na etapie śledztwa okazania (k. 739).

Jeżeli się uwzględni, że wszyscy trzej przybrani do okazania mężczyźni, mimo że ubrani w takie same stroje i kominiarki na głowach, w sposób zdecydowany przewyższali wzrostem oskarżonego, jak również to, że pokrzywdzony w sposób wyraźny na rozprawie oświadczył, że gdyby okazano mu czterech szczupłych mężczyzn tego samego wzrostu, to nie rozpoznałby oskarżonego jako napastnika, to takie okazania, jak słusznie podnosi skarżąca, nie może mieć żadnej wartości dowodowej. Zostało ono bowiem dokonane z naruszeniem art. 173§1 kpk w zw. z §5 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2003r. w sprawie technicznych warunków okazania (Dz. U. nr 104, poz. 981). Już sam dobór osób do okazania daleki był od obiektywizmu. Jak zeznał jeden z przybranych do okazania mężczyzn „pani pedagog poprosiła o dwóch najwyższych, a my jesteśmy klasą siatkarską” (k. 769 odwr.). Policjanci typując przybrane do okazania osoby znali wzrost oskarżonego, wiedzieli zatem, że nie ma on wzrostu siatkarza.

Nie ma zatem racji Sąd Okręgowy wywodząc, że dysproporcja wzrostu nie stanowi o tak dużych różnicach, które dyskwalifikowałyby wartość okazania.

Jako dowód sprawstwa, jak przyjął Sąd I instancji, nie może służyć, w ocenie sądu odwoławczego, rozpoznanie oskarżonego na sali sądowej, zwłaszcza w sytuacji, gdy on jeden odpowiadał przez Sądem za ten czyn.

Nie może też być uznane za miarodajne rozpoznanie oskarżonego przez pokrzywdzonego po głosie.

Napastnik miał wypowiadać słowa „kasa, kasa, oddaj kasę”. Mimo twierdzeń pokrzywdzonego, że ma dobrą pamięć słuchową i wyczulony słuch oraz pewności świadka co do rozpoznania głosu napastnika, w ocenie Sądu Apelacyjnego nie przekonuje, by mógł on na podstawie kilku wypowiedzianych słów zapamiętać i następnie po upływie pewnego czasu rozpoznać głos napastnika.

Za w pełni uzasadniony uznać należy zarzut apelacji co do niewiarygodności rozpoznania oskarżonego przez świadka anonimowego i wskazania jego później na zdjęciu sygnalitycznym.

Według zeznań tego świadka widziała ona po drugiej stronie ulicy, z odległości większej niż szerokość jezdni, przebiegającego ukosem mężczyznę. Miała z nim kontakt wzrokowy, który trwał ok. 10 sekund (k. 596), obserwowała jego twarz przez około minutę, a nawet dłużej, opisała jego wygląd, podała, że miał ciemne włosy i ciemne oczy.

Sąd orzekający rozważając możliwość rozpoznania korzystał z nadesłanych przez stosowne służby informacji odnośnie warunków atmosferycznych krytycznego ranka, widzialności i widoczności, doszedł do wniosku, iż możliwe było dostrzeżenie wyglądu zewnętrznego – sylwetki, wzrostu, budowy ciała i odzieży.

Sąd Apelacyjny tego nie kwestionuje. Uważa jednak, uwzględniając porę zdarzenia, za niemożliwe rozpoznanie takich szczegółów, które wskazuje świadek anonimowy, jak kolor oczu, zwłaszcza, że początek świtu tego dnia był o godz. 5.51, a wschód słońca o godz. 6.30 (k. 743). Kłóci się też z zasadami doświadczenia życiowego możliwość obserwacji twarzy biegnącego przez taki czas jak wskazuje świadek, jeżeli miałyby do czynienia z człowiekiem uciekającym z miejsca przestępstwa, jak też podane przez świadka tempo biegu – nie za szybko ani nie za wolno.

Może również budzić wątpliwość rozpoznanie oskarżonego na zdjęciu sygnalitycznym. Już sąd orzekający zauważa, że zdjęcie na którym świadek miała rozpoznać oskarżonego pochodzi z 2008r., a jego wygląd różni się od uwidocznionego na innych zdjęciach, w tym wykonanego kilka dni po zdarzeniu, wskazuje czego dotyczą różnice, wyprowadza przy tym wniosek, że różnice te nie uniemożliwiają identyfikacji, bowiem na każdym ze zdjęć jest ta sama osoba.

Sąd Apelacyjny mając możliwość zapoznania się ze zdjęciami sygnalitycznymi oskarżonego, zresztą załączonymi do akt w toku postępowania sądowego na wniosek obrońcy, uwzględniając przede wszystkim to, które stało się podstawą rozpoznania, mając też możliwość obserwowania oskarżonego na rozprawie, a jednocześnie nie tracą z pola widzenia pory, sytuacji i okoliczności, w jakich świadek miała kontakt z przebiegającym ulicą mężczyzną, uważa rozpoznanie za mało prawdopodobne, a wręcz niemożliwe.

Zakwestionować należało okazanie oskarżonego przez lustro weneckie, bowiem dokonane było po okazaniu zdjęć, co stanowiło swego rodzaju sugestię.

Badając zasadność zarzutów apelacji nie sposób nie zwrócić uwagi na ustalony przez Sąd I instancji, niebudzący wątpliwości fakt przebywania oskarżonego w miejscu swojego zamieszkania do godz. około 4-tej i od godz. około 6:50, jak również to, że zamieszkuje on w odległości ok. 5,9 km od miejsca będącego przedmiotem rozpoznania czynu.

Jeżeli się uwzględni, że napad był dokonany o godz. 5:30, to oskarżony musiałby mieć ściśle wyliczony czas umożliwiający dotarcie z jego miejsca zamieszkania na ulicę (...) i powrót do domu, a przede wszystkim pewność, co do godziny wyjazdu pokrzywdzonego z domu do pracy jak też wiedzę co do rytuału związanego z wyjazdem.

Stwierdzenie sądu, iż miał możliwość dotarcia pieszo lub skorzystać ze środków transportu takich jak samochód, rower czy motocykl, to są dywagacje nie znajdujące oparcia w dowodach.

Żadnej mocy dowodowej co do sprawstwa oskarżonego nie mogą mieć zeznania B. R.. Widziała ona z okna swojego mieszkania napad, jednakże nie potrafiła opisać wyglądu osoby szarpiącej się z E. K. (1).

W ocenie Sądu odwoławczego nie może być uznany za nieistotny fakt, że żadna z wykonanych opinii, a były to opinie z zakresu traseologii, badań daktyloskopijnych, osmologicznych, chemicznych i DNA, nie wykazała śladu obecności oskarżonego na miejscu zdarzenia.

Pamiętać należy, że sprawca pozostawił na miejscu napadu pistolet śrutowy i rękawiczki.

Oczywiste jest, że treść opinii nie wyklucza sprawstwa oskarżonego, zwłaszcza w sytuacji gdy przemawiają za tym inne niezbite dowody. Takich dowodów brak jest w sprawie niniejszej, zaś doświadczenie zawodowe związane z rozpoznaniem tego typu spraw wskazywałoby na możliwość wyprofilowania DNA z pozostawionych przedmiotów, z którymi osoba je pozostawiająca miała bezpośredni kontakt.

Pamiętać należy, że wyrok karny skazujący może być wydany jedynie w oparciu o dowody, które spełniają wymóg bezwzględnej wiarygodności i nie budzą żadnych wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Oznacza to, że udowodnienie winy oskarżonemu musi być całkowicie pewne, wolne od wątpliwości (wyrok Sądu Najwyższego z 24.02.1999r, V KKN 362/97, Prokuratura i Prawo z 1999r., nr 7-8, str. 11).

Kontrola instancyjna wykazała, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oceniony z zachowaniem wymogów określonych treścią art. 7 kpk, nie pozwala na przypisanie oskarżonemu D. R. popełnienia zarzucanego mu czynu w sposób niebudzący wątpliwości.

A to powoduje, że zaskarżony wyrok należało zmienić i uniewinnić oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Stąd też Sąd Apelacyjny orzekł jak w dyspozycyjnej części wyroku.

O wynagrodzeniu obrońcy z urzędu rozstrzygnął na podstawie § 14 ust.2 pkt.5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 z późn.zm.) zaś o kosztach na podstawie art. 634 i 632 ust.2 kpk.

(...)(...)