

Sygn. akt II Ka 146/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 lipca 2014 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie Wydział II Karny w składzie:

Przewodniczący: SSO Marzena Ossolińska-Plęś

Sędziowie: SSO Grażyna Artymiak

SSR del. Anna Romańska (spr.)

Protokolant: st.sekr.sądowy Aneta Galej

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Rzeszowie - Danuty Czarnoty

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2014 r.

sprawy **A. S. (1)**

oskarżonego o przestępstwo z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk (4-krotnie)

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego i obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Rzeszowie

z dnia 30 października 2013, sygn. akt II K 215/13

uchyla zaskarżony wyrok, a na podstawie art. 435 kpk również
w części dotyczącej B. K. i sprawę **przekazuje** Sądowi Rejonowemu w Rzeszowie do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt II Ka 146/14

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 30 października 2013 roku sygn. akt II K 215/13 Sąd Rejonowy w Rzeszowie po rozpoznaniu na rozprawie sprawy przeciwko:

1. **A. S. (1)** oskarżonemu o to, że :

I. W dniu 8 października 2010 roku w R. kierował wykonaniem czynu zabronionego przez A. Z. (1), polegającego na mającym na celu osiągnięcie korzyści majątkowej wprowadzeniu osób działających w imieniu i na rzecz (...) Sp. z o.o. z/s w W. w błąd, co do zamiaru i możliwości wykonania przyjętego przez A. Z. (1) zobowiązania wynikającego z zawartej przez niego w dniu 8 października 2010 roku umowy nr (...) o świadczenie usług telekomunikacyjnych, i doprowadzeniu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 1276,79 złotych Spółki (...) Sp. z o. o. z/s w W. w postaci sprzedaży po promocyjnej cenie aparatu telefonicznego N. (...), oraz dostarczeniu usług telekomunikacyjnych, w ten sposób, że wskazał mu autoryzowany punkt sprzedaży P., oraz poinstruował o sposobie zachowania, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu kary co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej za umyślne przestępstwo podobne, za które był już skazany, tj. o przestępstwo z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk,

II. W dniu 8 marca 2010 roku w R. kierował wykonaniem czynu zabronionego przez R. M., polegającego na mającym na celu osiągnięcie korzyści majątkowej wprowadzeniu osób działających w imieniu i na rzecz (...) Sp. z o.o. z/s w W. w błąd, co do zamiaru i możliwości wykonania przyjętego przez R. M. zobowiązania wynikającego z zawartej przez niego w dniu 8 lutego 2011 roku umowy nr (...) o świadczenie usług telekomunikacyjnych i doprowadzeniu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 538,23 złotych Spółki (...) Sp. z o. o. z/s w W. w postaci sprzedaży po promocyjnej cenie aparatu telefonicznego H. (...), oraz dostarczeniu usług telekomunikacyjnych, w ten sposób, że wskazał mu autoryzowany punkt sprzedaży P., oraz poinstruował o sposobie zachowania, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu kary co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej za umyślne przestępstwo podobne, za które był już skazany, tj. o przestępstwo z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk

III. W dniu 7 lutego 2011 roku w R. kierował wykonaniem czynu zabronionego przez B. K., polegającego na mającym na celu osiągnięcie korzyści majątkowej wprowadzeniu osób działających w imieniu i na rzecz (...) Sp. z o.o. z/s w W. w błąd, co do zamiaru i możliwości wykonania przyjętego przez B. K. zobowiązania wynikającego z zawartej przez niego w dniu 7 lutego 2011 roku umowy nr (...) o świadczenie usług telekomunikacyjnych, i doprowadzeniu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 1801,24 złotych Spółki (...) Sp. z o. o. z/s w W. w postaci sprzedaży po promocyjnej cenie aparatu telefonicznego N. (...) C., oraz dostarczeniu usług telekomunikacyjnych, w ten sposób, że wskazał mu autoryzowany punkt sprzedaży P., oraz poinstruował o sposobie zachowania, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu kary co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej za umyślne przestępstwo podobne, za które był już skazany, tj. o przestępstwo z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk

IV. W dniu 8 lutego 2011 roku w R. kierował wykonaniem czynu zabronionego przez B. K., polegającego na mającym na celu osiągnięcie korzyści majątkowej wprowadzeniu osób działających w imieniu i na rzecz (...) Sp. z o.o. z/s w W. w błąd, co do zamiaru i możliwości wykonania przyjętego przez B. K. zobowiązania wynikającego z zawartej przez niego w dniu 8 lutego 2011 roku umowy nr (...) o świadczenie usług telekomunikacyjnych i doprowadzeniu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 1186,65 złotych Spółki (...) Sp. z o. o. z/s w W. w postaci sprzedaży po promocyjnej cenie aparatu telefonicznego N. (...) C., oraz dostarczeniu usług telekomunikacyjnych, w ten sposób, że wskazał mu autoryzowany punkt sprzedaży P., oraz poinstruował o sposobie zachowania, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu kary co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej za umyślne przestępstwo podobne, za które był już skazany, tj. o przestępstwo z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk

2. **B. K.** oskarżonemu o to, że:

V. W okresie od 7 lutego 2011 roku do 8 maja 2011 roku w R. województwa (...) działając w wykonaniu z góry powziętego celu osiągnięcia korzyści majątkowej pod kierownictwem A. S. (1) doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 1801,24 złotych (...) Sp. z o.o. z/s ul. (...), (...)-(...) W. za pomocą wprowadzenia w błąd co do zamiaru i możliwości wywiązania się przyjętego na siebie zobowiązania osób działających w imieniu i na rzecz tej firmy w ten sposób, że nie mając ani możliwości, ani też zamiaru wywiązania się z przyjętego na siebie zobowiązania zawarł w dniu 7 lutego 2011 roku umowę nr (...) o świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci P. i doprowadził do sprzedaży mu po promocyjnej cenie 1 zł aparatu telefonicznego marki N. (...) C., o wartości 829 zł oraz dostarczeniu usług telekomunikacyjnych o wartości 973,24 zł za które nie zapłacił, tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 12 kk,

VI. W okresie od 8 lutego 2011 roku do 8 kwietnia 2011 roku w R. województwa (...) działając w wykonaniu z góry powziętego celu osiągnięcia korzyści majątkowej pod kierownictwem A. S. (1) doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 1186,65 złotych (...) Sp. z o.o. z/s ul. (...), (...)-(...) W. za pomocą wprowadzenia w błąd co do zamiaru i możliwości wywiązania się przyjętego na siebie zobowiązania osób działających w imieniu i na rzecz tej firmy w ten sposób, że nie mając ani możliwości, ani też zamiaru wywiązania się z przyjętego na siebie zobowiązania zawarł w dniu 8 lutego 2011 roku umowę nr (...) o świadczenie usług telekomunikacyjnych w

sieci P. i doprowadził do sprzedaży mu po promocyjnej cenie 1 zł aparatu telefonicznego marki N. (...) C., o wartości 829 zł oraz dostarczeniu usług telekomunikacyjnych o wartości 358,65 zł za które nie zapłacił, tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 12 kk

- u z n a ł oskarżonego A. S. (1) za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie I a stanowiącego przestępstwo z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk i za to na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk, skazał go na karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności,

- u z n a ł oskarżonego A. S. (1) za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie II po przyjęciu, iż R. M. zawarł umowę w dniu 8 marca 2010 roku, a stanowiącego przestępstwo z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk i za to na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk, skazał go na karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności,

- u z n a ł oskarżonego A. S. (1) za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie III a stanowiącego przestępstwo z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk i za to na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk, skazał go na karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności,

- u z n a ł oskarżonego A. S. (1) za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie III a stanowiącego przestępstwo z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk i za to na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk, skazał go na karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności,

- na podstawie art. 85 kk, art. 86 § 1 kk wymierzone oskarżonemu A. S. (1) kary pozbawienia wolności za czyny z punktu I do IV połączył i wymierzył karę łączną 1 (jednego) roku pozbawienia wolności,

- u z n a ł oskarżonego B. K. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie V a stanowiącego przestępstwo z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 12 kk i za to na podstawie art. 286 § 1 kk, skazał go na karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

- u z n a ł oskarżonego B. K. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie VI a stanowiącego przestępstwo z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 12 kk i za to na podstawie art. 286 § 1 kk, skazał go na karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

- na podstawie art. 85 kk, art. 86 § 1 kk wymierzone oskarżonemu B. K. kary pozbawienia wolności za czyny z punktu V do VI połączył i wymierzył karę łączną 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności,

- na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 pkt 1 kk warunkowo zawiesił oskarżonemu B. K. wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności na okres próby 3 (trzech) lat,

- na podstawie art. 46 § 1 kk orzekł wobec oskarżonych A. S. (1) i B. K. solidarnie obowiązek naprawienia szkody w całości poprzez zapłatę łącznej kwoty 2987,98 (dwa tysiące dziewięćset osiemdziesiąt siedem, 87/100) złotych, na rzecz pokrzywdzonego spółki (...) Sp. z o.o. z/s w W.,

- na podstawie art. 618 § 1 pkt 11 kpk zasądził od Skarbu Państwa na rzecz Kancelarii Adwokackiej adw. M. P. kwotę 723,24 (siedemset dwadzieścia trzy, 24/100) złotych tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oskarżonemu A. S. (1),

- na podstawie art. 624 § 1 kpk zwolnił oskarżonych A. S. (1) i B. K. od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych, a wydatkami obciążył Skarb Państwa.

Apelacje od powyższego wyroku złożyli obrońca oskarżonego A. S. (1) i osobiście oskarżony A. S. (1).

Obrońca oskarżonego zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wyroku, tj .:

a) art. 4 k.p.k, i 7 k.p.k. poprzez:

- odmowę dania wiary w całości wyjaśnieniom oskarżonego A. S. (1), mimo iż jego wyjaśnienia są spójne, logiczne i zgodne z zasadami prawidłowego rozumowania, a także znajdują potwierdzenie w wyjaśnieniach oskarżonego B. K. złożonych na etapie postępowania sądowego, a także zeznań świadków R. M. i A. Z. (1) złożonych na etapie postępowania sądowego oraz świadka M. M., dotyczących znajomości z R. M. i A. Z. (1);
- odmowę dania wiary wyjaśnieniom oskarżonego B. K. złożonych na etapie postępowania sądowego, a także zeznaniom świadków R. M. i A. Z. (1) złożonych na etapie postępowania sądowego, mimo że ich wyjaśnienia i zeznania są spójne, logiczne i zgodne z zasadami prawidłowego rozumowania;
- uznanie za wiarygodne zeznań świadków A. Z. (1) i R. M. oraz wyjaśnień oskarżonego B. K., złożonych na etapie postępowania przygotowawczego, mimo iż ich zeznania i wyjaśnienia są niespójne, nielogiczne, niekonsekwentne, a także sprzeczne z ich zeznaniami złożonym w innych postępowaniach, a także z zeznaniami świadka M. M. ;
- nie wyjaśnienie w sposób nie budzący wątpliwości i jednoznaczny rozbieżności między treścią zeznań świadków R. M. i M. M., dotyczących daty poznania się R. M. i oskarżonego A. S. (1);

b) art. 5 § 1 i § 2 k.p.k. poprzez:

- naruszenie zasady domniemania niewinności i rozstrzygnięcie nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, poprzez błędne przyjęcie, iż A. S. (1) dopuścił się dokonania czynów zarzucanych mu aktem oskarżenia;
- ' nierozważenie, iż sprzeczności w sferze dowodów obciążających nigdy nie są równoważne ze sprzecznościami w zakresie dowodów obciążających, a to na oskarżycielu spoczywa obowiązek udowodnienia, że wina oskarżonego nie może budzić wątpliwości;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść wyroku, poprzez:

a) bezpodstawne przyjęcie, iż oskarżony A. S. (1) dopuścił się czynów opisanych w sentencji wyroku, mimo że zebrane w sprawie dowody nie wykazały w sposób dostateczny i jednoznaczny, aby zdarzenia miały przebieg w sposób wskazany przez Sąd w ustalonym stanie faktycznym;

b) ustalenie, iż A. S. (1) swoim czynem wyczerpał znamiona przestępstwa z art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., podczas gdy nie zostało wykazane, aby oskarżony A. S. (1) kierował wykonaniem czynu zabronionego przez A. Z. (1), R. M. oraz B. K..

Konkludując obrońca wniósł o :

- zmianę zaskarżonego wyroku w ten sposób, że Sąd orzeka odmiennie co do istoty sprawy

i uniewinnia oskarżonego A. S. (1)

ewentualnie

- uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi

I instancji.

W osobistej apelacji oskarżony A. S. (1) zarzucił:

- obrazę prawa materialnego,
- obrazę przepisów prawa procesowego ,
- błędy w ustaleniach faktycznych przyjęte za podstawę orzeczenia,
- rażąco niespójność treści wyroku z jego uzasadnieniem.

Wniósł o uniewinnienie od popełnienia zarzucanych czynów ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia przez Sąd Rejonowy w Rzeszowie.

Rozwijając zarzuty apelacyjne oskarżony wskazał, że Sąd Rejonowy nie zweryfikował okoliczności tego, że telefony objęte zarzutami były tanimi telefonami i gdyby A. Z. (1) dał 400 zł za telefon, to nie miały w tym celu, gdyż ten telefon w sprzedaży mógł nawet nie kosztować 400 zł.

Oskarżony wskazał, że wszystkich współoskarżonych przesłuchiwał jeden policjant i wszystkie zeznania są prawie identyczne. Podniósł, że współoskarżeni w poprzednich wyjaśnieniach celowo pomówili go aby samym poddać się karze, a przed sądem zeznawali pouczeni o odpowiedzialności za składanie fałszywych zeznań. Oskarżony zarzucił, że sąd z urzędu powinien przesłuchać policjanta, który przesłuchiwał współoskarżonych.

Oskarżony zarzucił oddalenie wniosków dowodowych dotyczących logowania telefonów i billingów rozmów. Wskazał na zeznania A. Z. (1) złożone w innej sprawie, w której miał wskazać, że spotkali się pierwszy raz w marcu 2011r.

Oskarżony w apelacji podniósł również, że B. K. zeznawał, że stać go było na opłacenie rachunków, że wtedy pracował, że dogadał się z (...) i spłaca rachunki a w związku z tym że oskarżonemu błędnie przypisano art. 286 § kk. Oskarżony podniósł że na ww okoliczności powinien być przesłuchany bezpośrednio W. B., którego zeznania jedynie odczytano.

Oskarżony zarzucił również że dopiero na pierwszej rozprawie otrzymał odpis aktu oskarżenia, przy czym nie został pouczone o możliwości złożenia odpowiedzi na akt oskarżenia.

Skarżący podniósł również, że były wątpliwości co do poczytalności R. M., a zatem powinno się przesłuchać jego opiekuna prawnego brata L. odnośnie okoliczności umowy z P..

Ponadto, podobnie jak obrońca, podniósł niekonsekwencję sądu w zakresie ustaleń faktycznych podjętych na podstawie zeznań M. M..

Oskarżony zarzucił również brak określenia w wyroku sądu pierwszej instancji orzeczenia będącego podstawą zastosowania w stosunku do niego art. 64 §1 kk. Zarzucił również, że w stosunku do B. K. zastosowano art. 12 kk a wobec niego nie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Obie apelacje są zasadne, o ile wskazują na konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, przy czym rozstrzygnięcie to musiało dotyczyć całości wyroku, również w części dotyczącej B. K..

Zgodnie z zasadami trafnej reakcji karnej (art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.), prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k.), obiektywizmu (art. 4 k.p.k.) i swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.), sąd meriti jest zobowiązany do poddania w toku procesu, w tym w szczególności w fazie wyrokowania, drobiazgowej analizie wszelkich okoliczności sprawy istotnych z punktu widzenia prawidłowego rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu. Z taką samą uwagą i według tożsamyh reguł sąd ten powinien rozważyć i ocenić dowody obciążające jak i odciążające. Następnie zaś winien zająć w odniesieniu do powyższych kwestii kompleksowe, logiczne i wyczerpujące stanowisko w części motywacyjnej wyroku.

Kontrola instancyjna zaskarżonego wyroku dokonana przez Sąd Okręgowy wykazała, iż stanowisko Sądu Rejonowego, który uznał oskarżonego A. S. (1) za winnego zarzucanych mu czynów, a B. K. za winnego zarzucanych czynów pod kierownictwem A. S. (2) jest przedwczesne, ponieważ nie uwzględnia wszystkich istotnych okoliczności przedmiotowej sprawy. Taki stan rzeczy spowodowany jest zbyt powierzchownym ustaleniem stanu faktycznego sprawy i zbyt powierzchowną, a przy tym nie wolną od błędów logicznych oceną przeprowadzonych dowodów, a także brakami postępowania dowodowego przeprowadzonego przez sąd.

Podkreślić należy, że w przedmiotowej sprawie jedynymi dowodami obciążającymi oskarżonego A. S. (1) są depozycje osób wcześniej współoskarżonych wraz z nim. Przypomnieć w tym miejscu należy ugruntowane w orzecznictwie poglądy na temat znaczenia takich dowodów i szczególnych obowiązków Sądu związanych z ich oceną.

Niewątpliwie dowód z pomówienia jest jednym z rodzajów wyjaśnień osoby zainteresowanej w wyniku procesu, mogącym być dowodem winy, nawet jeśli został odwołany, o ile spełnia on odpowiednie warunki (jest logiczny, nie wykazuje chwiejności, nie jest nieprawdopodobny, jest stanowczy, konsekwentny, zgodny z doświadczeniem życiowym oraz logiką wypadków, znajduje potwierdzenie w innych bezpośrednich i pośrednich dowodach i nie jest wyrazem osobistego zainteresowania pomawiającego, wyrażającym się w przerzuceniu winy na inną osobę, czy umniejszeniu stopnia własnego zawinienia) (...). (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17.02.2005r. II AKA 411/04 LEX nr 151786).

Każde pomówienie musi być oceniane z całą ostrożnością, z zachowaniem dużej dozy krytycyzmu i zasad logicznego rozumowania, a przy tym w konfrontacji z pozostałymi dowodami i okolicznościami sprawy (wyrok SN z 7.06.1978r. I KR 66/78 Gazeta Prawna 1978, nr 23)

Wyjaśnienia podejrzanego, które obciążają inną osobę, aby mogły być uznane za wystarczający w sprawie dowód, powinny mieć charakter jednolity, powinny być logiczne i konsekwentne oraz wsparte innymi dowodami lub okolicznościami sprawy, przy czym nie jest obojętna dla ich oceny osobowość zarówno pomawiającego, jak i obciążonego takimi wyjaśnieniami (wyrok SN z 12.07.1979r. IV KR 136/79, OSNKW 1979/11-12/122)

W przedmiotowej sprawie pierwotnie współoskarżeni R. M., A. Z. (1), B. K. obciążali A. S. (1), następnie przed Sądem odwoływali w tym zakresie swoje stwierdzenia. Sąd I instancji ocenił te zmienione wyjaśnienia i zeznania za niewiarygodne, przy czym ocenę tę należy uznać za niepełną i w pewnym zakresie nielogiczną w związku z innymi dowodami przeprowadzonymi w sprawie.

Mianowicie Sąd Rejonowy uznał za wiarygodne zeznania M. M., który wskazał, że oskarżony A. S. (1) i R. M. poznali się jesienią 2010r. i wskazał, że te zeznania przemawiają za przyjęciem, że w dacie popełnienia czynu przez R. M. znał on A. S. (1). Tymczasem data popełnienia tego czynu ustalona przez Sąd to 8 marca 2010r.. Sąd popełnił zatem błąd logiczny w ocenie wiarygodności dowodów, który mógł mieć wpływ na ocenę całokształtu materiału dowodowego nie tylko w związku z czynem przypisanym R. M..

Słuszny jest zarzut dotyczący braku rozważenia przez Sąd daleko idącego podobieństwa treści protokołów pierwotnych wyjaśnień R. M. i A. Z. (1) . W szczególności sformułowania dotyczące tego, że A. S. (1) wybierał salon, miał instruować współoskarżonych, co mają mówić, jak się zachowywać, by umowa mogła zostać podpisana, w protokołach przesłuchania R. M. i A. Z. (1) k.34-37, k.199-202 akt. II K 671/12 są identyczne, co budzi wątpliwości odnośnie swobody i samodzielności wypowiedzi ówczesnych podejrzanych. Na tę okoliczność powinien zostać przesłuchany Policjant dokonujący powyższych czynności M. D..

Zarzut oskarżonego odnoszący się do "poczytalności " R. M. jest o tyle słuszny, że istotnie, jak wynika z akt sprawy R. M. leczyl się psychiatrycznie. Gdy był on przesłuchiwany na okoliczność różnic w swoich zeznaniach i wyjaśnieniach, tłumaczył, że "wygląda to tak jakby mi ktoś zrobił wodę z mózgu", "ja mam problemy z pamięcią". W aktach związkowych sygn. II K 671/12 znajduje się opinia dotycząca jego poczytalności, w której odnotowano, że R. M. ma zwolniony tok myślenia, funkcje pamięci i uwagi obniżone, organiczne zaburzenia w OUN. Mając zatem na

uwadze pojawiające się wątpliwości co do zdolności tego świadka rejestrowania i odtwarzania spostrzeżeń powinien on być przesłuchany w obecności biegłego psychologa czy też psychiatry zgodnie z art. 192§2 kpk. Z treści art. 192 § 2 k.p.k. wynika możliwość przesłuchania świadka z udziałem biegłego lekarza lub biegłego psychologa. Jednak w sytuacji zaistnienia w sposób oczywisty okoliczności w tym przepisie wskazanych możliwość ta przekształca się w obowiązek sądu, skoro art. 192 § 2 k.p.k. ma na celu ułatwienie poczynienia przez wspomniany organ ustaleń faktycznych odpowiadających prawdzie. Przeprowadzenie przesłuchania R. M. w trybie art. 192§2 kpk jest tym bardziej istotne w niniejszej sprawie biorąc pod uwagę konieczność oceny wiarygodności zeznań tego świadka w zakresie jego poprzednich depozycji obciążających oskarżonego A. S. (1). Stwierdzić więc należy naruszenie art. 192§2 kpk, które mogło mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Podnoszona przez oskarżonego kwestia konieczności przesłuchania opiekuna prawnego R. M. powinna zostać poprzedzona ustaleniem, czy R. M. jest ubezwłasnowolniony i w jakim stopniu.

Odnosnie zarzutów zarówno obrońcy, jak i oskarżonego odnośnie nierozważenia przez Sąd I instancji zeznań i wyjaśnień wcześniej składanych przez A. Z. (1) i R. M. w innej sprawie co do daty spotkania z A. S. (1), co do kwestii dawania pieniędzy za udział w przestępstwach, to idąc dalej niż ujęto to w treści apelacji stwierdzić należy, że dowód z protokołów przesłuchania tych osób w sprawie X K 5/12 został przeprowadzony nieprawidłowo.

W protokole rozprawy na karcie 228 odnotowano, że A. S. (1) wniósł o dopuszczenie dowodu z protokołów przesłuchania A. Z. (1) w sprawie X K 5/12. Bezpośrednio potem odnotowano, że sąd postanowił dopuścić dowód z protokołów przesłuchania A. Z. (2) w charakterze świadka i protokołu przesłuchania R. M. w charakterze podejrzanego. Brak jest adnotacji, o odczytaniu tych protokołów (jedynie wcześniej k.163 na rozprawie ujawniono w całości akta X K 5/12), a w każdym razie złożenie tego wniosku i jego rozpoznanie nastąpiło po przesłuchaniu tych osób w charakterze świadków w niniejszej sprawie. Jak wynika z akt X K 5/12 w przedmiotowych protokołach wskazani świadkowie podawali okoliczności dotyczące znajomości z A. S. (1), okoliczności rozliczania się z nim finansowo nieco inaczej niż w niniejszym postępowaniu, a przynajmniej w pierwotnej części postępowania. Powinien zatem mieć zastosowanie artykuł 391 § 1 i 3 kpk, zgodnie z którym należało odczytać wypowiedzi zawarte w protokołach w sprawie X K 5/12, a następnie, po odczytaniu protokołów zwrócić się do świadka o wypowiedzenie się co do ich treści i o wyjaśnienie zachodzących sprzeczności. W przedmiotowej sprawie doszło zatem do naruszenia art. 391§1 i 3kpk.

Ponadto zarzut oskarżonego, że B. K. zeznawał, że stać go było na opłacenie rachunków, że wtedy pracował, że dogadał się z P. i spłaca rachunki a w związku z tym że oskarżonemu błędnie przypisano art. 286 § kk. jest słuszny w części dotyczącej braku ustalenia, czy wg deklaracji B. K. spłaca on zadłużenie wobec pokrzywdzonego, co pomniejszałoby szkodę podlegającą naprawieniu w drodze obowiązku z art. 46§1 kk. Na okoliczność tę nie jest jednak konieczne bezpośrednie przesłuchanie W. B.. Wystarczające będzie dosłuchanie na ten temat B. K. i uzyskanie pisemnej informacji od pokrzywdzonego podmiotu.

B. K. powinien również zostać rozpytany na okoliczność sms-ów odnotowanych w protokole oględzin w aktach X K 5/12 k.308, które w treści zawierają słowa mogące świadczyć o namawianiu początkiem kwietnia B. K. przez nadawcę do obciążania A. S. (1) ps. (...). Kwestia tego, czy, kto i w jakiej sprawie, czy też sprawach dopuszczał się takiego nakłaniania jest istotna dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. W tym celu Sąd powinien głębiej sięgnąć do akt X K 5/12 i przesłuchać osoby związane z tym sms-em, chociażby wskazywanego w wyjaśnieniach B. K. k. 317 akt X K 5/12 jako nadawcę sms-a A. M..

Słuszny jest również zarzut braku określenia w wyroku sądu pierwszej instancji orzeczenia będącego podstawą zastosowania w stosunku do niego art. 64 §1 kk. Wprawdzie nie jest wymagane, aby w opisie przypisanego oskarżonemu czynu znalazły się dane identyfikujące orzeczenie, którym oskarżony skazany został za umyślne przestępstwo podobne, ani też dokładne określenie czasu, w jakim odbywał on orzeczoną karę pozbawienia wolności, gdyż dla przyjęcia działania w warunkach powrotu do przestępstwa określonego w art. 64 § 1 k.k. wystarczające jest określenie warunków recydywy w opisie czynu i w jego kwalifikacji prawnej, co Sąd Rejonowy zawarł w sentencji wyroku, ale stwierdzić należy uchybienie art.424§1 kpk w postaci braku wyjaśnienia w uzasadnieniu podstawy

prawnej tej części wyroku, albowiem Sąd Rejonowy również w pisemnych motywach wyroku nie wytłumaczył, który wcześniejszy wyrok skazujący stanowił podstawę przyjęcia kwalifikacji prawnej działania w warunkach powrotu do przestępstwa. W tej sytuacji zachodzą trudności w weryfikowaniu poprawności przyjęcia tej podstawy skazania przez Sąd odwoławczy.

Powyższe uchybienia są tak dalece idące, że przemawiają za kasatoryjnym orzeczeniem sądu odwoławczego. Sąd Okręgowy uchylił zaskarżony wyrok, na podstawie art. 435 kpk również w części dotyczącej B. K. i sprawę przekazał Sądowi Rejonowemu w Rzeszowie do ponownego rozpoznania, pomimo że B. K. nie wniósł środka odwoławczego, gdyż te same względy przemawiają za uchyleniem wyroku na rzecz ww, albowiem i w tym przypadku konieczne jest ponowne zbadanie, czy działał on pod kierownictwem A. S. (1), oraz czy naprawił i w jakim zakresie szkodę.

Zbędne jest odnoszenie się do pozostałych zarzutów, niemniej odnośnie kilku z nich należy poczynić pewne uwagi.

Zarzut dotyczący braku doręczenia odpisu aktu oskarżenia przed terminem pierwszej rozprawy jest słuszny, ale nie należy do kategorii zarzutów naruszenia przepisów postępowania karnego, które mogłyby mieć wpływ na treść zapadłego wyroku. Pomimo że istotnie taka okoliczność nastąpiła i oskarżony otrzymał odpis aktu oskarżenia na rozprawie nie będąc pouczony o prawie do złożenia odpowiedzi na akt oskarżenia, to jednak wyraził zgodę na prowadzenie rozprawy, składał wyjaśnienia w sprawie odnosząc się do zarzucanych czynów, aktywnie uczestniczył w postępowaniu dowodowym toczącym się na kilku terminach rozprawy, a zatem przedstawił swoje stanowisko odnoszące się do skargi prokuratora .

Kwestia weryfikacji okoliczności tego, że telefony objęte zarzutami były tanimi telefonami i opłacalności wręczania przez A. S. (1) za udział w przestępstwie A. Z. (1) 400 zł za telefon, powinna być rozważona przez Sąd I instancji, ale po uprzednim kompleksowym przeprowadzeniu dowodów w szczególności z zeznań A. Z. (1) i rozpytaniu go szczegółowo również o tę kwestię.

Nie jest słuszny zarzut oddalenia wniosków dowodowych dotyczących logowania telefonów i billingów rozmów. Istotnie, jak już wskazał to Sąd Rejonowy dowody takie w szczególności wg intencji oskarżonego mające wykazać że dane telefony nie znajdowały się poblizu innych telefonów czy miejsca popełnienia przestępstwa, bądź że między danymi numerami telefonów nie było kontaktów w danym okresie, nie są przydatne do stwierdzenia okoliczności, czy osoba użytkująca telefon znajduje się tam gdzie użytkowany aparat. Ponadto po upływie 12 miesięcy takie dane są już niedostępne, a miały dotyczyć lat 2010-2011.

Odnośnie zarzutu niezastosowania art. 12 kk to jest on dalej idący niż powody, które zdecydowały o uchyleniu wyroku i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania, niemniej wskazać należy, że istotnie przypisując czyny Sąd nie rozważył, czy były one podjęte z jakimś z góry powziętym zamiarem i czy zachodzą warunki z art. 12 kk, ale również nie rozważył instytucji ciągu przestępstw z art 91§1 kk, co w realiach sprawy w razie przypisania sprawstwa i winy wydaje się uzasadnione przynajmniej odnośnie części z zarzucanych czynów.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd I instancji:

- przesłucha oskarżonych, o ile ci nie skorzystają z prawa do odmowy wyjaśnień, a przesłuchując B. K. dopyta o kwestię sms-ów z kwietnia 2011r. ujętych w protokole oględzin k.308 akt X K 5/12, oraz o aktualne zadłużenie wobec (...),
- okoliczność pozostałej do zapłaty szkody ustali również na podstawie informacji od pokrzywdzonego podmiotu,
- zgodnie z wyżej ujętymi wskazaniem przesłucha ponownie w charakterze świadków R. M., A. Z. (1), M. M., przy czym R. M. przesłucha z udziałem psychologa i dopuści dowód z opinii psychologicznej na okoliczność stanu rozwoju umysłowego świadka, jego zdolności postrzegania i odtwarzania postrzeżeń, a ponadto odczyta poprzednie protokoły przesłuchania świadków w szczególności R. M. i A. Z. (1) stosując się do treści art. 391§3 kpk,

- na okoliczność sms-ów z kwietnia 2011r. ujętych w protokole oględzin k.308 akt X K 5/12 przesłucha również świadka A. M.,

- przesłucha w charakterze świadka matkę oskarżonego E. M. na okoliczności podnoszone przez A. S. (1) w toku postępowania odwoławczego,

- ustali okoliczności zdolności prawnej R. M. w inkryminowanym czasie i ewentualnie dopuści dowód z zeznań jego opiekuna prawnego, jeśli taki został ustanowiony,

- przesłucha w charakterze świadka M. D. na okoliczność przesłuchania ówczesnych podejrzanych R. M. i A. Z. (1), ich stanu i zachowania podczas przesłuchania, formułowania wypowiedzi i sposobu ich zaprotokołowania,

- rozważy pozostałe wnioski dowodowe złożone co do istoty sprawy w toku postępowania odwoławczego, a oddalone w tym postępowaniu wyłącznie na podstawie art. 452§1 kpk.

- - po przeprowadzeniu postępowania dowodowego Sąd oceni wszelkie dowody w sposób opisany w art. 7 kpk., poczyni stosowne ustalenia faktyczne, rozważając wszystkie istotne okoliczności i dokona odpowiedniej subsumpcji prawnej, uwzględniając odpowiednie przepisy prawa materialnego, w przypadku przypisania zarzucanych czynów nie zapominając o konieczności wskazania orzeczenia i okresu odbywania kary będącego podstawą do zastosowania art. 64§1 kk, a ponadto rozważy czy ewentualne czyny nie zostały popełnione w warunkach art. 91§1 kk.

- wydane orzeczenie Sąd uzasadni w sposób odpowiadający wymogom z art. 424§1 kpk.

Orzeczenie oparto na treści art. 437§1 i 2 kpk, art. 435 kpk i art. 456 kpk.