

Sygn. akt II Ka 347/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 lutego 2015 r.

Sąd Okręgowy w Ostrołęce II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSO Jerzy Pałka

Sędziowie: SSO Ryszard Warda (spr.)

SSO Marek Konrad

Protokolant: Luiza Ustaszewska-Sęk

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej: Adama Kolbusa

po rozpoznaniu w dniu 6 lutego 2015 r.

na rozprawie

sprawy **M. S. (1)**

oskarżonego o czyn z art. 279§1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

na skutek apelacji wniesionych przez prokuratora oraz obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Ostrołęce z dnia 28 maja 2014 r. w sprawie sygn. akt II K 77/08

orzeka:

zaskarżony wyrok uchyla i sprawę przekazuje Sądowi Rejonowemu w Ostrołęce do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt II Ka 347/14

UZASADNIENIE

M. S. (1) został oskarżony o to, że w okresie od dnia 13 stycznia 1997 r. do dnia 6 października 1997 r. w Ż. i W. działając w krótkim odstępie czasu z góry powziętym zamiarem oraz wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, dokonał kradzieży z włamaniem do miejscowych sklepów jubilerskich, skąd skradł mienie o łącznej wartości co najmniej 438.246 zł. i tak:

a) w dniu 13 stycznia 1997 r. w Ż. woj. B. działając wspólnie i w porozumieniu z S. M., M. S. (2) i M. Ł., po uprzednim wybiciu otworu w stropie, wszedł do wnętrza miejscowego sklepu jubilerskiego (...) skąd skradł wyroby jubilerskie o wartości co najmniej 105.000 zł. na szkodę G. i M. R.,

b) w nocy z 5 na 6 października 1997 r. w W. działając wspólnie i w porozumieniu z D. C., J. T. i M. Ł., po uprzednim wybiciu otworu w stropie piwnicznym i po unieruchomieniu instalacji alarmowej, dostał się do wnętrza sklepu (...) skąd skradł biżuterię wartości 333.246 zł. na szkodę firmy (...),

tj. o czyn z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Rejonowy w Ostrołęce wyrokiem z dnia 28 maja 2014 r., sygn. akt II K 77/08:

I. w ramach zarzucanego aktem oskarżenia czynu uznał oskarżonego M. S. (1) za winnego tego, że: w okresie od dnia 13 stycznia 1997 r. do dnia 6 października 1997 r. w Ż. i W. działając w krótkim odstępie czasu, w podobny sposób oraz wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi osobami, dokonał kradzieży z włamaniem do miejscowych sklepów jubilerskich, skąd zabrał w celu przywłaszczenia mienie o łącznej wartości 408.649 złotych i tak:

a) w nocy z 13 na 14 stycznia 1997 r. w Ż. woj. B. działając wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi osobami po uprzednim wybiciu otworu w stropie, wszedł do wnętrza miejscowego sklepu jubilerskiego (...) mieszczącego się przy ulicy (...) skąd zabrał w celu przywłaszczenia wyroby jubilerskie o wartości 75.385 złotych na szkodę G. i M. R.,

b) w nocy z 5 na 6 października 1997 r. w W. działając wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi osobami po uprzednim wybiciu otworu w stropie piwnicznym i po unieruchomieniu instalacji alarmowej, dostał się do wnętrza sklepu jubilerskiego (...) mieszczącego się przy ulicy (...) skąd zabrał w celu przywłaszczenia biżuterię wartości 333.264 zł. na szkodę firmy (...) z/s w W.

- kwalifikując czyn z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. i za tak przypisany czyn na podstawie art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. skazał go i wymierzył mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 33 § 1 i 2 k.k. wymierzył oskarżonemu grzywnę w wymiarze 250 (dwustu pięćdziesięciu) stawek dziennych, przyjmując wysokość jednej stawki na kwotę 30,00 (trzydziestu) złotych;

III. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej w punkcie I kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w postaci zatrzymania i tymczasowego aresztowania od dnia 15 stycznia 1998 r. do dnia 16 czerwca 1998 r.;

IV. zwolnił oskarżonego z obowiązku uiszczenia kosztów postępowania, przejmując je na rachunek Skarbu Państwa.

Powyższy wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego **apelacją** zaskarżył **Prokurator** zarzucając mu:

I. obrazę przepisu prawa karnego materialnego, a mianowicie art. 91 § 1 k.k., polegającą na niewłaściwym jego zastosowaniu wyrażającym się w uznaniu oskarżonego M. S. (1) za winnego „czynu” zakwalifikowanego z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k., podczas gdy przyjęcie przez Sąd działania sprawcy w warunkach ciągu przestępstw wymagało przypisania wymienionemu popełnienia dwóch odrębnych przestępstw (a więc i czynów) kwalifikowanych z art. 279 § 1 k.k.,

II. obrazę przepisu prawa karnego materialnego, a mianowicie art. 91 § 1 k.k., polegającą na niewłaściwym jego zastosowaniu poprzez powołanie wskazanej normy w podstawie skazania oskarżonego M. S. (1) w sytuacji, gdy jako przepis dotyczący wymiaru kary winien on zostać powołany wyłącznie w podstawie orzekania o karze,

III. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 624 § 1 k.p.k. i art. 424 § 2 k.p.k. poprzez niezasadne zwolnienie oskarżonego od ponoszenia kosztów procesu i brak uargumentowania zapadłego rozstrzygnięcia w uzasadnieniu, w sytuacji, gdy brak było podstaw do uznania, że ich uiszczenie byłoby dla niego zbyt uciążliwe.

W konkluzji apelacji Prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez skazanie oskarżonego za dwa przestępstwa wyczerpujące dyspozycję art. 279 § 1 k.k. oraz przy przyjęciu, że działał on w warunkach ciągu przestępstw, wymierzenie mu na podstawie art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. i art. 33 § 1 i 2 k.k. kary w dotychczasowej postaci i wymiarze, a także o zasądzenie od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych.

Powyższy wyrok w całości na korzyść oskarżonego zaskarżył także jego **obrońca**, zarzucając mu:

I. naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na jego treść, a mianowicie art. 2 § 2 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., polegające na dowolnej, a nie swobodnej ocenie materiału dowodowego, z pominięciem zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, zaniechaniu dążenia do ustalenia prawdziwych okoliczności faktycznych poprzez brak wnikliwej i krytycznej analizy zgromadzonych dowodów, wydaniu rozstrzygnięcia z pominięciem okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego, które to uchybienia doprowadziły do błędnego ustalenia, że oskarżony dopuścił się popełnienia zarzucanych mu czynów; art. 5 § 2 k.p.k. polegające na rozstrzygnięciu niedających się wyjaśnić wątpliwości na niekorzyść oskarżonego; art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. poprzez brak wyjaśnienia, na jakich konkretnie dowodach oparł się Sąd ustalając, że oskarżony dopuścił się popełnienia poszczególnych zarzucanych mu czynów zabronionych; art. 201 k.p.k. polegające na obdarzeniu walorem wiarygodności ekspertyzy osmologicznej, pomimo niezachowania standardów zastrzeżonych dla tego rodzaju opinii, braku weryfikacji procedury gromadzenia materiału dowodowego i porównawczego oraz metodyki badań poprzez wysłuchanie opiniujących; art. 607e § 3 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 115 § 14 k.k. polegające na prowadzeniu postępowania karnego pomimo braku w aktach sprawy oryginału decyzji Sądu hiszpańskiego warunkującej dopuszczalność ścigania oskarżonego;

II. mający wpływ na jego treść błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę, polegający na ustaleniu, że oskarżony M. S. (1) dopuścił się przypisanych mu czynów wspólnie i w porozumieniu z S. M., M. S. (2), M. Ł., D. C., J. T., pomimo że osoby te zostały uniewinnione od popełnienia zarzucanych czynów.

W konkluzji obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga apelacyjna obrońcy oskarżonego okazała się zasadna w takim stopniu, że na skutek jej wniesienia powstały podstawy do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Natomiast z uwagi na uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, rozpatrywanie zarzutów zawartych w skardze apelacyjnej Prokuratora należało uznać za przedwczesne.

Rozpoczynając rozważania w przedmiotowej sprawie w pierwszej kolejności Sąd Okręgowy odniesie się do przyczyn, które wiodą do przekonania, iż zaskarżony wyrok Sądu Rejonowego w Ostrołęce należy uchylić i w tym zakresie przekazać sprawę do ponownego rozpoznania. Analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego prowadzi bowiem do wniosku, iż Sąd I instancji w trakcie rozpoznania przedmiotowej sprawy dopuścił się tego rodzaju obrazy przepisów prawa procesowego, która mogła mieć istotny wpływ na treść wydanego rozstrzygnięcia merytorycznego.

Przechodząc do rozważań szczegółowych podnieść przede wszystkim należy, iż na gruncie przedmiotowej sprawy zaistniały względne przyczyny odwoławcze wyrażone w art. 438 pkt 2 k.p.k. Konkluzje bowiem Sądu meriti nie stanowią wyniku rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i niekorzyść oskarżonego, a nade wszystko nie zostały wyczerpująco wyjaśnione. Rozpoznając przedmiotową sprawę Sąd I instancji przedwczesnie przesądził, iż oskarżony M. S. (1) swoim zachowaniem wypełnił znamiona przypisywanych mu przestępstw. Stanowisko to jest konsekwencją powierzchownej i niepełnej oceny dostępnych w sprawie dowodów, która razi dowolnością. W rezultacie Sąd Rejonowy poczynił niepewne ustalenia faktyczne, które mogą okazać się błędnymi, co zaważyło na decyzji Sądu Okręgowego o uchyleniu zaskarżonego orzeczenia w celu ponownego przeanalizowania niniejszej sprawy.

Zgodzić należy się z obrońcą oskarżonego w zakresie, w jakim zarzuca on Sądowi I instancji wykroczenie poza zasadę swobodnej oceny dowodów w odniesieniu do zeznań świadka T. S., choć zaznaczyć należy, iż nie wszystkie przytoczone przez skarżącego argumenty w tej kwestii są trafne. Niemniej jednak wskazać należy, iż Sąd Rejonowy nie dostrzegł istotnych rozbieżności w zeznaniach wskazanego świadka i pominął je całkowicie w ocenie tegoż dowodu. I tak zaakcentować należy, iż świadek T. S. w trakcie przesłuchania w dniu 12 września 1998 r. zeznała, że w dniu napadu na sklep jubilerski (...) o godz. 1:00 wyszła z psem na spacer. Wtedy też zza jej domu wytoczył się mężczyzna, który w

odczuciu świadka udawał pijanego. Mężczyzna ten spojrział na nią i odszedł na drugą stronę. Po około 2-3 minutach świadek wróciła do domu, lecz, gdy była jeszcze z psem na dworze zaobserwowała sylwetkę tego mężczyzny- **był on wyższy od jej męża**, miał na głowie czapkę, na której znajdowały się jakieś wzory. Świadek na okazanych jej przez funkcjonariuszy zdjęciach rozpoznała M. S. (1), jako tego, który udawał w noc napadu pijanego. Rozpoznania oskarżonego świadek **dokonała po pociągłej śniadej cerze** i chudych nogach. Z zeznań T. S. wynika również, iż podczas przesłuchania okazano jej nagranie zarejestrowane przez kamerę video w sklepie jubilerskim (...), które przedstawiało mężczyzn przechadzających się po ww. sklepie. Świadek po przejrzeniu nagrania wskazała, iż mężczyzna który rzekomo zataczał się przed sklepem jubilerskim w noc napadu odpowiada rysopisowi mężczyzny, którym okazał się oskarżony M. S. (1). W postępowaniu jurysdykcyjnym świadek T. S. będąc przesłuchana w dniu 15 maja 2013 r. w drodze pomocy prawnej przez Sąd Rejonowy w Żywcu zeznała natomiast, iż w dniu zdarzenia około północy wyszła z domu z psem i zauważyła mężczyznę, który wytoczył się zza rogu budynku i stwarzał wrażenie nietrzeźwego, jednak gdy zbliżył się do niej i popatrzył na nią, uznała, że jest trzeźwy, tylko udaje nietrzeźwego. Był on wysoki, szczupły, **miał pociągłą twarz**, ubrany był w czapkę narciarską z góralskim wzorem. Świadek zeznała, iż **nie zapamiętała jego twarzy**, dlatego też nie potrafi określić jego wieku.

W kontekście powyższego wskazać należy, iż poza zainteresowaniem Sądu merytorycznego przy ocenie dowodu z zeznań wskazanego świadka pozostała okoliczność, iż T. S. w złożonych w dniu 12 września 1998 r. zeznaniach wskazała, iż mężczyzna udający w noc napadu pijanego pod sklepem jubilerskim (...) był wyższy od jej męża, który mierzy 182 cm wzrostu (zeznania T. S. k. 760), natomiast oskarżony M. S. (1) mierzy zaledwie 175 cm. wzrostu. Nadto świadek wyraźnie zaznaczyła w trakcie przesłuchania przed Sądem Rejonowym w Żywcu, iż twarzy tego mężczyzny nie zapamiętała. Tym samym dziwić może bezkrytyczne zaakceptowanie przez Sąd I instancji zeznań świadka, w których wskazuje, iż rozpoznania oskarżonego M. S. (1) dokonała po pociągłej twarzy i śniadej cerze, tym bardziej, że spotkanie świadka i mężczyzny udającego pijanego pod sklepem jubilerskim miało miejsce w środku nocy, około godz. 1:00, gdzie widoczność jest wówczas słaba i nie sprzyja zapamiętywaniu tak charakterystycznych cech jak odcień cery.

Na marginesie zauważyć należy również, iż czynność okazania świadkowi wizerunku oskarżonego M. S. (1), jak również nagrania z kamery video zarejestrowanego w sklepie jubilerskim (...) nie została należycie utrwalona w aktach niniejszej sprawy. Zgodnie bowiem z art. 143 § 1 pkt 4 k.p.k. przeprowadzenie eksperymentu, konfrontacji oraz **okazania wymaga spisania protokołu**. Tego rodzaju dokumentu w aktach przedmiotowej sprawy natomiast brakuje.

W istocie zatem ocena dowodu z zeznań świadka T. S. wykroczyła poza granice swobodnej oceny dowodów i nacechowana jest dowolnością, z uwagi na niewypowiedzenie się Sądu co do wszystkich aspektów ważkich dla prawidłowej jego oceny. Stanowi to rażące naruszenie prawa, które mogło mieć wpływ na treść orzeczenia.

Nadmienić również należy, iż w zakresie przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka T. S., który jak sam zauważył Sąd Rejonowy w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku był bardzo istotny dla przypisania oskarżonemu sprawstwa w odniesieniu do zarzucanych mu czynów, Sąd I instancji naruszył jedną z podstawowych naczelných zasad polskiego procesu karnego, a mianowicie zasadę bezpośredniości. Nie wdając się w szczegółowe rozważania teoretyczne, wskazać należy, że zgodnie ze wskazaną zasadą organ procesowy powinien zetknąć się ze źródłem i środkiem dowodowym osobiście, a środkiem dowodowym, na którym opiera swe ustalenia powinien być przede wszystkim środek dowodowy pierwotny (tzw. dowód pierwotny). W polskiej procedurze karnej wyżej wskazana zasada nie jest wprawdzie prawnie zdefiniowana, jednak jej moc wiążącą jako normy prawnej bezdyskusyjnie uznaje orzecznictwo Sądu Najwyższego jak i nauka procesu karnego. Zasadę bezpośredniości wyinterpretowuje się przy tym z art. 7 k.p.k. głoszącego zasadę swobodnej oceny dowodów, ale przede wszystkim obowiązywanie tej zasady wynika z przepisów Kodeksu Postępowania Karnego przewidujących wyjątkowe zapoznawanie się przez sąd z dowodem utrwalonym już poza rozprawą, a więc zezwalających na posługiwanie się dowodem pochodnym, nieprzeprowadzonym bezpośrednio przed sądem. Szczególne znaczenie mają dwa przepisy: art. 92 k.p.k. głoszący, że podstawę orzeczenia może stanowić tylko całościowy obraz okoliczności ujawnionych w postępowaniu, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia oraz art. 410 k.p.k., w myśli którego podstawę wyroku może stanowić tylko całościowy obraz okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej. Ustalać więc fakty można tylko na podstawie dowodów przeprowadzonych przed organem procesowym.

Istnieją oczywiście wyjątki od zasady bezpośredniości – wyrażone chociażby w art. 389 § 1 k.p.k., art. 391 § 1 i 2 k.p.k., art. 377 § 3 i 4 k.p.k. i inne. Na gruncie niniejszej sprawy szczególne znaczenie powinien mieć natomiast art. 396 § 2 k.p.k. – jako wyjątek od zasady bezpośredniości – zgodnie z którym sąd może zlecić przesłuchanie świadka sędziemu wyznaczonemu ze swojego składu lub sadowi wezwanemu, w którego okręgu świadek przebywa, jeżeli świadek nie stawił się z powodu przeszkód zbyt trudnych do usunięcia.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy wskazać należy przede wszystkim, że prowadząc postępowanie dowodowe Sąd I instancji w odniesieniu do świadka T. S. skorzystał z instytucji pomocy prawnej w sytuacji, gdy zeznania tegoż świadka miały istotne i niebagatelne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem świadek ten w ocenie Sądu rzekomo widział sprawców napadu na sklep jubilerski (...). W tej sytuacji powinnością Sądu było zatem przeprowadzić ten dowód bezpośrednio – chociażby po to, aby dać możliwość stronom postępowania aktywnego uczestniczenia w jego przeprowadzaniu, w tym zadawania pytań świadkowi oraz weryfikowania jego zeznania i wyjaśnienia ujawniających się w nich rozbieżności.

Zauważyć należy, iż na istotną rolę zasady bezpośredniości w polskim procesie karnym wielokrotnie wskazywał Sąd Najwyższy w swoich judykatach. W postanowieniu z dnia 4 kwietnia 2013 r., sygn. akt V KK 20/13, Sąd Najwyższy stwierdził, że „ocena dowodu z zeznań świadka, podobnie zresztą jak i z wyjaśnień oskarżonego, jest wypadkową z jednej strony oceny treści wypowiedzi danej osoby, a z drugiej strony ocen dotyczących samej osoby - jej poziomu umysłowego, cech charakteru, stanu emocjonalnego podczas przesłuchania, itp. Dlatego też bezpośredni kontakt z osobą przesłuchiwaną, spostrzeżenia i wrażenia odniesione w toku takiego przesłuchania, mają bardzo istotne znaczenie dla prawidłowej oceny wiarygodności tego dowodu.”

Mając powyższe rozważania na uwadze, Sąd Odwoławczy doszedł do wniosku, że nieuprawnione było postąpienie Sądu I instancji polegające na odstąpieniu od bezpośredniego przeprowadzenia na rozprawie przez tenże Sąd dowodu z zeznań świadka T. S., który następnie stanowił podstawę uznania winy oskarżonego. Postępując w ten sposób Sąd I instancji dopuścił się obrazy prawa procesowego - art. 410 k.p.k., która niewątpliwie miała wpływ na treść orzeczenia.

Ustosunkowując się z kolei się do zarzutów obrońcy oskarżonego dotyczących wartości dowodu z opinii osmologicznej stwierdzić należy w pierwszej kolejności, że ekspertyza osmologiczna niewątpliwie jest dowodem szczególnym, opartym nie tylko na wiedzy specjalistycznej, ale też wiążącym się z posłużeniem bardzo specyficznym instrumentem, jakim jest specjalnie do tych celów szkolony pies - narzędzie, które z jednej strony nie poddaje się obiektywizacji, z drugiej zaś weryfikowane jest identycznym sposobem - identyfikacją przeprowadzonego przy użyciu kolejnego psa. Rzeczą oczywistą pozostaje, iż przeprowadzenie tego dowodu zarówno pod względem metodologicznym, jak i procesowym winno być nienaganne, a tym samym w sposób umożliwiający jego kontrolę. Zarówno w orzecznictwie, jak i literaturze przedmiotu wskazuje się na zasady postępowania, które powinny być zachowane dla zminimalizowania możliwości błędu przy ekspertyzie osmologicznej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2002 r., sygn. akt IV KKN 30/98). Do zasad tych zaliczyć należy:

- 1) właściwe dobranie grupy dawców zapachów do eliminacji (niezbędne jest to, aby była to grupa pod względem zapachowym jednorodna, a różna od oskarżonego), konieczne jest też sporządzenie takiej dokumentacji czynności pobrania porównawczych śladów zapachowych, aby sąd posiadał wiadomości o osobach dawców śladów porównawczych (tak jak posiada wiadomości o tzw. osobach przybranych do czynności okazania);
- 2) zapachy porównawcze do eliminacji, pochodzące od osób przybranych i zapach od oskarżonego powinny być pobrane mniej więcej równocześnie i tą samą metodą;
- 3) osoby znajdujące się w czasie rozpoznawania przez psa w zasięgu jego zmysłów (wzroku, słuchu, węchu), a w szczególności jego przewodnik nie mogą znać miejsca usytuowania śladu porównawczego w szeregu selekcyjnym, a okoliczność ta winna być w należyty sposób udokumentowana;
- 4) w czasie rozpoznawania powinny być przeprowadzone dwie „próby puste” (pierwsza polegająca na tym, iż w szeregu selekcyjnym nie ustawia się śladu porównawczego, tj. pobranego od podejrzanego, druga zaś polegająca na tym, iż

ślad porównawczy znajduje się w szeregu selekcyjnym, za to zamiast śladu dowodowego, pochodzącego z miejsca zdarzenia psu daje się do nawęszania tzw. ślad pusty- nie zawierający żadnego zapachu), ewentualnie także i tzw. próba „atrakcyjności zapachu” (rezultaty owych prób pustych powinny być udokumentowane z taką samą starannością, jak rezultaty próby ostatecznej);

5) wielość prób powtarzanych po zmianie kolejności śladów w szeregu selekcyjnym ma już drugorzędne znaczenie, albowiem pies raz rozpoznawszy ślad będzie go już rozpoznawał w kolejnych próbach- tym samym już dwie próby wystarczą do przekonania się, czy pies jest pewien swojego rozpoznania i czy przy wskazaniu opierał się istotnie na śladzie zapachowym, a nie kierował się miejscem śladu zapachowego w szeregu;

6) rozpoznania powinny dokonywać niezależnie od siebie dwa psy, mający aktualny atest.

Odwołać należy się także do szczegółowych warunków prowadzenia badań osmologicznych, istotnych dla zapewnienia prawidłowości pracy biegłego, które wynikają z metodyki badań osmologicznych opracowanej dla potrzeb Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Komendy Głównej Policji uwzględniającej wypracowane przez kilkuletnią praktykę standardy prowadzenia tych badań. Pośród warunków tych wskazuje się w szczególności sposób i czas zabezpieczenia śladów zapachowych (ze względu na specyfikę śladów osmologicznych należy je zabezpieczyć przed dynamiczną częścią oględzin przez przykrycie śladu fabrycznie nowym pochłaniaczem, a następnie fabrycznie nową folią aluminiową na czas co najmniej 30 minut), sposób przechowywania tych śladów (szczelne, sterylne naczynia), sposób i czas pobrania śladu porównawczego od podejrzanego (czas pobierania 15 minut, konieczność uniknięcia interakcji między śladem porównawczym a śladem dowodowym przez pobranie poszczególnych śladów przez inne osoby w pomieszczeniu wolnym od silnych, obcych zapachów, pobranie materiału porównawczego z uprzednio umytych i osuszonych dłoni, a w szczególnych przypadkach z innych części ciała), sposób przeprowadzenia czynności rozpoznawania śladów zapachowych (wykorzystanie tzw. ciągu selekcyjnego z udziałem minimum 2 psów posiadających aktualne atesty, „próby puste”) (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2002 r., sygn. akt II KKN 467/99).

Tym samym stwierdzić należy, iż dopiero staranne zachowanie wszystkich wypracowanych przez kilkunastoletnią praktykę i zalecanych w piśmiennictwie standardów prowadzenia badań osmologicznych upoważnia do poglądu, iż w świetle zasady swobodnej oceny dowodów skazanie może być oparte na ekspertyzie osmologicznej, jako dowodzie obciążającym.

Przenosząc powyższe rozważania na kawę przedmiotowej sprawy podzielić należy pogląd skarżącego, iż badania osmologiczne przeprowadzone w niniejszej sprawie dotknięte są różnego rodzaju mankamentami, przy czym ustalenia dotyczące samego przebiegu badań osmologicznych i sposobu zabezpieczenia „śladu zapachowego” oraz zabezpieczenia „materiału porównawczego” nie wyjaśniają wątpliwości, czy zachowano w tym zakresie tzw. standardy minimalne, szczegółowo opisane powyżej.

Wskazać należy, iż w aktach sprawy nie ma wyczerpujących informacji na temat sposobu zabezpieczenia śladów zapachowych w miejscu zdarzenia – protokół oględzin wskazuje jedynie na dokonanie samej czynności zabezpieczenia śladów osmologicznych, nie precyzując przy tym technicznego sposobu ich zabezpieczenia (użycie pochłaniaczy i folii aluminiowej przez czas co najmniej 30 minut). Jakkolwiek z opinii osmologicznej wynika, iż materiał zapachowy w miejscu zdarzenia zabezpieczono metodą konserw zapachowych, jednakże brak jest bliższych i precyzyjniejszych informacji w tym zakresie. W sprawie nie dokonano także żadnych ustaleń dotyczących faktu, czy materiał uzupełniający od osób przybranych i materiał porównawczy od oskarżonego M. S. (1) były pobrane mniej więcej równocześnie i tą samą metodą. Nadto brak jest jakichkolwiek informacji, czy grupa dawców zapachów do eliminacji była właściwie dobrana (czy była to grupa pod względem zapachowym jednorodna a różna od oskarżonego). W tym zakresie wskazać jedynie należy, iż Sąd Okręgowy nie dopatrzył się w aktach przedmiotowej sprawy dokumentacji dotyczącej czasu i sposobu pobrania materiału uzupełniającego od osób przybranych.

Uwadze Sądu Rejonowego uszła również istotna okoliczność dotycząca sposobu i czasu pobrania materiału porównawczego od oskarżonego M. S. (1). Zgodnie z przytoczonymi we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia

warunkami prowadzenia badań osmologicznych materiał porównawczy należy pobrać z uprzednio umytych i wysuszonych dłoni, zaś w szczególnych przypadkach można go pobrać z innych części ciała. Pobieranie materiału porównawczego z dłoni stanowi zatem zasadę, od której oczywiście mogą być wyjątki. Czas pobierania materiału porównawczego wynosi 15 minut, a osoba od której pobierany jest zapach, powinna w tym czasie ugniatać pochłaniacz i przekładać z jednej dłoni do drugiej. Pobranie materiału powinno mieć więc charakter dynamiczny. Z protokołu pobrania materiału porównawczego śladu zapachowego od oskarżonego M. S. (1) (k. 585) wynika natomiast, iż materiał porównawczy od ww. pobrano z jego lewej pachy oraz lewej stopy, zaś czas pobierania wynosił 30 minut. Sąd Rejonowy nie dostrzegając powyższych okoliczności nie wyjaśnił zatem, czy pobranie materiału porównawczego od oskarżonego z jego lewej pachy i lewej stopy było prawidłowe i dopuszczalne i czy czas pobierania materiału porównawczego (30 minut) mógł wpłynąć w jakikolwiek sposób na ostateczny wynik badania.

Wskazać nadto należy, że z przedmiotowej opinii osmologicznej nie wynika, że w czasie rozpoznawania zostały przeprowadzone dwie „próby puste” (pierwsza polegająca na tym, iż w szeregu selekcyjnym nie ustawia się śladu porównawczego, tj. pobranego od podejrzanego, druga zaś polegająca na tym, iż ślad porównawczy znajduje się w szeregu selekcyjnym, za to zamiast śladu dowodowego, pochodzącego z miejsca zdarzenia psu daje się do nawęszania tzw. ślad pusty- nie zawierający żadnego zapachu). W treści opinii znaleźć można nadto informację, iż w trakcie badań wykonano próby potwierdzające sprawność węchową użytych psów specjalnych, niemniej jednak nie znajduje to odzwierciedlenia w żadnej części ekspertyzy- nie przedstawiono bowiem sposobu oraz wyników wykonanych prób. Zaznaczyć także należy, iż z protokołów użycia psów specjalnych do identyfikacji zapachów ludzkich metodą „K” (k. 1489-1490, 1491-1492, 1497-1498) wynika, iż osobą obecną podczas rozpoznawania zabezpieczonych śladów zapachowych w dniu 21 lipca 1998 r. (godz. 8:00 i 11:00) oraz 30 lipca 1998 r. (godz. 8:00 i 11:00) był **opiniujący i prowadzący badania** nadkom. J. K.. Domyślać się zatem można, iż znał on miejsca usytuowania śladu porównawczego w szeregu selekcyjnym. W tym zaś kontekście przypomnieć należy, iż **osoby znajdujące się w czasie rozpoznawania przez psa w zasięgu jego zmysłów (wzroku, słuchu, węchu), a w szczególności jego przewodnik nie mogą znać miejsca usytuowania śladu porównawczego w szeregu selekcyjnym, a okoliczność ta winna być w należyty sposób udokumentowana**. Jednocześnie wskazać należy, iż w ww. protokole użycia psa specjalnego do identyfikacji zapachów ludzkich metodą „K” z dnia 21 lipca 1998 r. z godz. 8:00 oraz z dnia 30 lipca 1998 r. z godz. 8:00 (k. 1489-1490, 1497-1498) brak jest podpisu osoby obecnej podczas przeprowadzania eksperymentu, tj. nadkom. J. K..

W tym miejscu stosowne wydaje się zaakcentowanie, iż na etapie postępowania jurysdykcyjnego ekspertyzy kryminalistyczne z zakresu badań osmologicznych zostały zaliczone do materiału dowodowego bez przesłuchania przez Sąd meriti osoby przeprowadzającej przedmiotowe badania, a więc praktycznie bez podjęcia przez Sąd choćby najprostszej próby weryfikacji ich metodologii. Gdyby zaś Sąd Rejonowy wnikliwie przeanalizował przedmiotowe opinie osmologiczne dotyczące oskarżonego M. S. (1), kontrolując przy tym od strony metodologicznej poprawność eksperymentu osmologicznego, to dostrzegliby, że opinie te są w rozumieniu art. 201 k.p.k. niepełne i niejasne.

Stwierdzić zatem należy, że rozbieżności w materiale dowodowym obligowały Sąd I instancji do drobiazgowej analizy dowodów, którymi dysponował. Jednak Sąd I instancji zadaniu temu nie sprostał. Wynika to jednoznacznie z lektury uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Wobec tego stwierdzić należy, że zaprezentowana w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ocena materiału dowodowego jest niepełna, a dokonane ustalenia faktyczne przedwczesne. Zgodnie z twierdzeniem Sądu Najwyższego truizmem jest twierdzenie, że w takim procesie konieczne jest szczególnie wnikliwe rozważenie wszystkich zgromadzonych dowodów i ich wzajemnego powiązania. Na sądzie odwoławczym ciąży zaś obowiązek wszechstronnego skontrolowania sposobu rozumowania Sądu I instancji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 września 2009r. LEX 529619).

W świetle powyższych wywodów, wysnuć należy tezę, iż stwierdzenie przez Sąd I instancji o odpowiedzialności oskarżonego za zarzucone mu czyny było przedwczesne i na tym etapie postępowania chybione, z uwagi na mankamenty przeprowadzonego w tym zakresie przez Sąd I instancji postępowania dowodowego. Bezspornie bowiem

Sąd meriti przy rozpoznaniu przedmiotowej sprawy nie dał posłuchu normom prawnym zobowiązującym go do badania i uwzględniania wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że zaskarżony wyrok zapadł z obrazą przepisów prawa procesowego, która mogła mieć istotne znaczenie dla treści merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie. Szereg wymienionych wyżej uchybień, jakie zaistniały przy rozpoznawaniu sprawy przez Sąd Rejonowy, sprawiło, że nie jest możliwe merytoryczne ustosunkowanie się przez Sąd Odwoławczy, co do trafności zaskarżonego wyroku. Suma tych nieprawidłowości tworzy jakość, która powoduje, że zaskarżony wyrok należało uchylić i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Ostrołęce.

Wobec zaistnienia wyżej omówionych uchybień procesowych, uniemożliwiających merytoryczną kontrolę prawidłowości zaskarżonego wyroku, skutkujących w efekcie uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania, ustosunkowanie się do pozostałych podnoszonych w skardze apelacyjnej obrońcy oskarżonego oraz Prokuratora zarzutów, należy uznać za przedwczesne.

Dlatego też powyższe rozważania Sądu Odwoławczego ograniczone zostały do przedstawienia tylko tych uchybień, które legły u podstaw uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Jednocześnie należy wyraźnie podkreślić, iż Sąd Okręgowy nie wyraża w przedmiotowym uzasadnieniu swojego stanowiska, pozostawiając tą decyzję Sądowi meriti, który podejmie ją po przeprowadzeniu postępowania dowodowego.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd I instancji powinien w szczególności przesłuchać bezpośrednio świadka T. S. i wyjaśnić pojawiające się w jej zeznaniach rozbieżności, przesłuchać wnikliwie autora sporządzonych opinii osmologicznych dot. oskarżonego M. S. (1) w celu wyjaśnienia zasygnalizowanych w pisemnych motywach niniejszego wyroku wątpliwości. Sąd Rejonowy winien nadto ponownie dokonać wyczerpującej oceny poszczególnych dowodów, zgodnie z treścią art. 4 k.p.k., art. 5§2 k.p.k., art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., zaś w pisemnym uzasadnieniu wyroku (zawierającym wszystkie elementy określone w art. 424 k.p.k.) przedstawić tok rozumowania i to w taki sposób, który umożliwi skontrolowanie słuszności tego rozumowania i jego zgodności z materiałem dowodowym.

Mając na względzie powyższe okoliczności, nie przesądzając rozstrzygnięcia, Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku.