

UZASADNIENIE

P. M. (1) i J. H. zostali oskarżeni przed **Sądem Okręgowym w Poznaniu w sprawie o sygn. akt XVI K 83/16** o popełnienie przestępstwa z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 280§2 k.k. i art. 158§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. a w przypadku P. M. (1) także w zw. z art. 64§2 k.k., polegającego na tym, że w dniu 25 stycznia 2016 roku w Ś., działając wspólnie i w porozumieniu dopuścili się usiłowania rozboju na osobie P. S. w ten sposób, że grożąc uprzednio P. S. spowodowaniem uszkodzenia ciała w następstwie pobicia go a następnie używając wobec wymienionego przemocy, polegającej na uprzednim przytrzymywaniu pokrzywdzonego i zadaniu wymienionemu uderzenia pięścią w twarz, spowodowali jego upadek na twarde podłoże, po czym pięściami, a w szczególności przy pomocy niebezpiecznego narzędzia w postaci obutej stopy zadawali wymienionemu pokrzywdzonemu kopnięcia w głowę, wskutek czego P. S. narażony został na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub naruszenia czynności narządów ciała na czas trwający dłużej niż 7 dni, powodując u niego w następstwie opisanego działania powstanie obrażeń ciała w postaci wstrząśnienia mózgu, rany tłuczonej prawej okolicy ciemieniowej, stłuczenia tkanek miękkich i otarć naskórka okolicy czołowo – skroniowo prawej, stłuczenia tkanek miękkich wargi górnej, sińców lewej małżowiny usznej, podbiegnięć krwawych obu okolic podczołowych oraz okolicy kąta ust po stronie lewej, które naruszyły funkcjonowanie jego narządów ciała na czas trwający nie dłużej niż 7 dni, usiłując zabrać mu w celu przywłaszczenia telefon komórkowy marki : (...) o wartości 500 zł, jednakże zamierzonego celu nie osiągnęli z uwagi na niewydanie żadanego przedmiotu przez pokrzywdzonego P. S. , przy czym P. M. (1) działał w ciągu pięciu lat po odbyciu w okresie od 11 października 2011 roku do 11 października 2012 roku co najmniej 1 roku kary pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego wŚ. z dnia 17 sierpnia 2011 roku w sprawie o sygn. akt (...) za przestępstwo z art. 279§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. a nadto **P. M. (1)** został oskarżony o popełnienie przestępstwa z art. 245 k.k., polegającego na tym, że w dniu 25 stycznia 2016 roku w Ś. użył wobec J. K. groźby bezprawnej, polegającej na zapowiedzi pozbawienia go życia, w celu wywarcia na niego wpływu zmierzającego do powstrzymania wymienionego od zawiadomienia o zdarzeniu, którego był świadkiem organów ścigania i składania w charakterze świadka relacji z jego przebiegu i osobach sprawców.

Po przeprowadzeniu w tej sprawie postępowania dowodowego na rozprawie głównej **Sąd Okręgowy w Poznaniu wyrokiem** z dnia 21 listopada 2016 r. uznał **oskarżonego P. M. (1)** za winnego tego, że w dniu 25 stycznia 2016 r. w Ś., użył wobec P. S. przemocy, polegającej na wymierzeniu mu wielokrotnie ciosów pięściami, a także kopaniu go obutą stopą w okolice twarzy i głowy, doprowadzając w ten sposób pokrzywdzonego do upadku na podłogę i nieprzytomności, powodując u niego obrażenia w postaci rany tłuczonej okolicy prawej ciemieniowej, wstrząśnienia mózgu, stłuczenia tkanek miękkich i otarcia naskórka w okolicy czołowo – skroniowej prawej i sińca lewej małżowiny usznej, czym spowodował u pokrzywdzonego naruszenie czynności narządu ciała i rozstrój zdrowia trwający nie dłużej niż 7 dni, a także naraził w ten sposób pokrzywdzonego na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, przy czym działał w przeciagu dwóch lat i sześciu miesięcy po odbyciu kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności na podstawie wyroku łącznego Sądu Rejonowego w Ś. w sprawie (...), obejmującego m.in. skazanie za przestępstwo z art. 283 k.k. w zw. z art. 280§1 k.k. na karę 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności, tj. popełnienia przestępstwa z art. 157§2 k.k. i art. 160§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. i w zw. z art. 11§2 k.k. i za przestępstwo to na podstawie art. 160§1 k.k. w zw. z art. 11§3 k.k. wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności a także na podstawie art. 46§1 k.k. zobowiązał oskarżonego do zadośćuczynienia pokrzywdzonemu P. S. za doznaną krzywdę poprzez zapłatę na jego rzecz kwoty 5.000 zł oraz uznał **oskarżonego P. M. (1)** za winnego popełnienia zarzucanego mu przestępstwa z art. 245 k.k. w sposób wyżej opisany i za przestępstwo to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 10 miesięcy pozbawienia wolności i na podstawie art. 85§1 k.k. i art. 86§1 k.k. połączył te kary pozbawienia wolności i wymierzył mu karę łączną 3 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności, zaliczając na jej poczet na podstawie art. 63§1 k.k. okres tymczasowego aresztowania od dnia 9 lutego 2016 r. godzina 19.50 a nadto uznał **oskarżonego J. H.** za winnego tego, że w dniu 25 stycznia 2016 r. w Ś. usiłował zabrać w celu przywłaszczenia telefon komórkowy marki S. (...) o wartości 500 zł należący do pokrzywdzonego P. S., jednak celu tego nie osiągnął z uwagi na reakcję pokrzywdzonego, tj. popełnienia przestępstwa z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 278§1 k.k. i za przestępstwo to na podstawie art. 14§1 k.k. w zw. z art. 278§1 k.k. oraz art. 33§2 k.k. wymierzył mu karę 11 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w liczbie 50 stawek dziennych w wysokości po 20 zł

każda z nich oraz uznał **oskarżonego J. H.** za winnego tego, że w dniu 25 stycznia 2016 r. w Ś. użył wobec pokrzywdzonego P. S. przemocy w postaci jednokrotnego uderzenia wymienionego pięścią w głowę, naruszając tym jego nietykalność cielesną i powodując upadek, tj. popełnienia przestępstwa z art. 217§1 k.k. i za przestępstwo to na podstawie wskazanego przepisu wymierzył mu karę 7 miesięcy pozbawienia wolności a także na podstawie art. 46§1 k.k. zobowiązał oskarżonego H. do zadośćuczynienia pokrzywdzonemu P. S. za doznaną krzywdę poprzez zapłatę na jego rzecz kwoty 1.000 zł oraz na podstawie art. 85§1 k.k. i art. 86§1 k.k. połączył te kary jednostkowe i wymierzył oskarżonemu J. H. karę łączną 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności, na poczet której na podstawie art. 63§1 k.k. zaliczył okres tymczasowego aresztowania od dnia 9 lutego 2016 r., godz. 19.50 a także na podstawie art. 230§2 k.p.k. orzekł o zwrocie dowodu rzeczowego w postaci opisanych butów oskarżonemu M. i orzekł o kosztach procesu.

Wyrok ten zaskarżyli prokurator oraz obrońcy obu oskarżonych.

Prokurator zaskarżył ten wyrok w całości na niekorzyść obu oskarżonych, zarzucając mu w apelacji błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę przedmiotowego orzeczenia, mający wpływ na jego treść, a polegający na dokonaniu nieprawidłowej oceny wyjaśnień oskarżonych J. H. i P. M. (1) oraz zeznań świadków i opinii biegłych, co w konsekwencji skutkowało uznaniem oskarżonego J. H. za winnego występków z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 278§1 k.k. i art. 217§1 k.k., z kolei P. M. (1) występków z art. 157§2 k.k. i art. 160§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. – podczas gdy prawidłowa ocena tych dowodów – w całokształcie okoliczności zdarzenia – prowadzi nieodparcie do wniosku, iż wymienieni dopuścili się przestępstwa z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 280§2 k.k. i art. 158§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. i w oparciu o ten zarzut wniósł o uchylenie tego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego P. M. (1) zaskarżył ten wyrok w całości, zarzucając mu w apelacji:

I. obrazę przepisów prawa materialnego, a w szczególności:

1. art. 160§1 k.k. poprzez błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu przez Sąd Okręgowy, iż działanie oskarżonego naraziło pokrzywdzonego na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podczas gdy z ustalonego stanu faktycznego przez Sąd I instancji wynika, iż oskarżony swoim zachowaniem nie wypełnił znamion przestępstwa z art. 160§1 k.k. albowiem rodzaj i charakter obrażeń ciała, jakich doznał pokrzywdzony w wyniku zajścia, w którym oprócz oskarżonego P. M. (1) brał także udział J. H., który zadawał ciosy pokrzywdzonemu, wskazuje, iż pokrzywdzony nie był narażony na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub doznania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, w związku z powyższym zachowanie oskarżonego nie wyczerpało znamion zarzucanego mu czynu z art. 160§1 k.k.;

2. art. 245 k.k. poprzez błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu przez Sąd Okręgowy, iż oskarżony kierował wobec pokrzywdzonego J. K. groźbę bezprawną, podczas gdy pokrzywdzony zeznał, iż nie potraktował słów oskarżonego jako groźby i nie obawiał się oskarżonego, w związku z powyższym zachowanie oskarżonego nie wyczerpało znamion zarzucanego mu czynu z art. 245 k.k.;

II. rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego P. M. (1) kary łącznej 3 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności w stosunku do stopnia winy oskarżonego oraz społecznej szkodliwości zarzucanych mu czynów, jakie popełnił oskarżony oraz w relacji do celów, jakie kara ta winna spełnić w zakresie prewencji szczególnej i społecznego oddziaływania a także niedostatecznym uwzględnieniem przez Sąd Okręgowy wszystkich okoliczności łagodzących, mających wpływ na wymiar kary, a w szczególności postawy oskarżonego i skutków czynu oskarżonego

i w oparciu o te zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wyeliminowanie z opisu czynu w punkcie 1 stwierdzenia, że oskarżony naraził pokrzywdzonego na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu oraz wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej czynu z art. 160§1 k.k. i wymierzenie oskarżonemu kary na podstawie art. 157§2 k.k., poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu z art.

245 k.k. a także o zmianę tego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu P. M. (1) kary w wysokości minimalnego zagrożenia ustawowego.

Obrońca oskarżonego J. H. zaskarżył ten wyrok w całości, zarzucając mu w apelacji:

1. naruszenie art. 7 k.p.k. poprzez uznanie za niewiarygodne tych wyjaśnień oskarżonego J. H., w jakich zaprzeczał on, jakoby chciał dokonać zaboru telefonu komórkowego (...) będącego własnością pokrzywdzonego P. S.;
2. błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na błędnym przyjęciu, że oskarżonemu J. H. z momencie „sprzeczeki” z pokrzywdzonym o telefon komórkowy towarzyszył zamiar zaboru telefonu pokrzywdzonemu a w konsekwencji błędnej ustalenie, że oskarżony J. H. wyczerpał swoim zachowaniem dyspozycję art. 13§1 k.k. w zw. z art. 278§1 k.k.;
3. wymierzenie oskarżonemu J. H. za popełnienie przestępstwa nietykalności cielesnej kary pozbawienia wolności rażąco surowej;
4. z ostrożności procesowej w razie nieuwzględnienia zarzutu podniesionego w punkcie 1, wymierzenie oskarżonemu za przestępstwo stypizowane w art. 13§1 k.k. w zw. z art. 278§1 k.k. kary rażąco surowej, nieadekwatnej i niewspółmiernej do okoliczności sprawy a w szczególności wobec faktu braku skutku;
5. a nadto na wypadek, gdyby orzekanie w przedmiocie niniejszej apelacji nastąpiło w 2017r., ustalenie, że czyn oskarżonego J. H., polegający na usiłowaniu zaboru w celu przywłaszczenia telefonu komórkowego marki S. (...) o wartości 500 zł, należącego do pokrzywdzonego P. S. wypełnia znamiona nie przestępstwa określonego w art. 13§1 k.k. w zw. z art. 278§1 k.k., a wykroczenia stypizowanego w art. 119§2 k.w. (usiłowanie dokonania kradzieży mienia o wartości poniżej ¼ minimalnego wynagrodzenia)

i w oparciu o te zarzuty wniósł o:

1. uniewinnienie oskarżonego od popełnienia przestępstwa usiłowania kradzieży;
2. za przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej pokrzywdzonego, wymierzenie oskarżonemu J. H. kary 1 roku ograniczenia wolności, polegającej na wykonywaniu nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin w stosunku miesięcznym;

a z ostrożności procesowej, w razie nieuwzględnienia zarzutów wymienionych w punktach 1 i 2 apelacji, punktu 1 wniosków apelacyjnych oraz w przypadku orzekania po 1 stycznia 2017 r. wniósł o:

1. zakwalifikowanie czynu usiłowania zaboru telefonu o wartości 500 zł jako wykroczenia, wyczerpującego znamiona wykroczenia z art. 119§2 k.w. i wymierzenia kary grzywny w wysokości 500 zł;
2. za przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej pokrzywdzonego, wymierzenie oskarżonemu J. H. kary 1 roku ograniczenia wolności, polegającej na wykonywaniu nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin w stosunku miesięcznym,

ewentualnie o uchylene zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje obrońców obu oskarżonych okazały się częściowo uzasadnione, bowiem doprowadziły do zmiany zaskarżonego wyroku w części na korzyść każdego z oskarżonych. Natomiast apelacja prokuratora okazała się nieuzasadniona.

Wszystkie apelacje co do zasady podnoszą zarzuty błędów w ustaleniach faktycznych. Wprawdzie obrońca oskarżonego J. H. podnosi także zarzut obrazy prawa procesowego pod postacią art. 7 k.p.k., zaś obrońca oskarżonego P. M. (1) podnosi zarzut obrazy prawa materialnego, tj. art. 160§1 k.k. oraz art. 245 k.k., ale zapoznając się z treścią motywacyjną

tych apelacji w sposób oczywisty wynika z nich fakt, iż pod postacią tych wszystkich zarzutów kryje się w rzeczywistości zarzut błędu w ustaleniach faktycznych o charakterze „dowolności”. Nie można bowiem zapominać, że obraza prawa materialnego polega na jego wadliwym zastosowaniu, lub niezastosowaniu, w orzeczeniu, które jest oparte na trafnych i niekwestionowanych ustaleniach faktycznych. Nie można zaś mówić o naruszeniu przepisów prawa materialnego w sytuacji, gdy wadliwość orzeczenia w tym zakresie jest wynikiem błędnych ocen i ustaleń faktycznych przyjętych za jego podstawę, bądź też jest wynikiem obrazy przepisów prawa procesowego (por. postanowienie SN z dnia 9 stycznia 2002 r., V KKN 319/99, LEX nr 53010; wyrok SN z dnia 10 maja 2002 r., IV KKN 61/99, LEX nr 53906; postanowienie SN z dnia 15 lutego 2007 r., IV KK 234/06, OSNwSK 2007/1/438). Obrońca oskarżonego M. wprost bowiem w opisie tych zarzutów, jak i w uzasadnieniu apelacji neguje ustalenia faktyczne, które doprowadziły Sąd I instancji do uznania, że oskarżony ten dopuścił się zachowania wyczerpującego znamiona przestępstw opisanych we wskazanych przepisach Kodeksu karnego.

Natomiast w przypadku postawienia zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych o charakterze „dowolności” należy pamiętać, że zarzut ten jest tylko wtedy słuszny, gdy zasadność ocen i wniosków, wyprowadzonych przez sąd orzekający z okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego, nie odpowiada prawidłowości logicznego rozumowania, przy czym dla swej skuteczności wymaga on od apelującego wykazania, jakich konkretnych uchybień w świetle wskazań wiedzy, doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania dopuścił się sąd w dokonanej ocenie materiału dowodowego a nie tylko ograniczenia się do własnej oceny tego materiału (por. wyrok SN z 20.02.1975 r., II K 355/74, OSNPG 1975, nr 9, poz. 84; wyrok SN z 22.01.1975 r., I Kr 197/74, OSNKW 1975, nr 5, poz. 58).

Nie ulega przy tym najmniejszej wątpliwości, iż wywiedziona przez prokuratora apelacja nie sprostала temu wymogowi, natomiast w zakresie tego zarzutu częściowo rację mają apelujący obrońcy, kwestionujący ustalenie Sądu I instancji odnośnie przypisania oskarżonemu P. M. (1) przestępstwa z art. 245 k.k. oraz odnośnie przypisania oskarżonemu J. H. przestępstwa z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 278§1 k.k.

Wreszcie w tej części wstępnej niniejszego uzasadnienia należy wspomnieć, iż Sąd I instancji przeprowadził wyczerpujące postępowanie dowodowe, pozwalające na wydanie jednoznacznego rozstrzygnięcia w zakresie odpowiedzialności karnej każdego z oskarżonych. Zresztą ta okoliczność, dotycząca prawidłowości procedowania przez Sąd Okręgowy na rozprawie głównej, nie jest przez żadną ze stron kwestionowana.

I. Omówienie apelacji prokuratora oraz apelacji obrońcy J. H. (dot. usiłowania kradzieży telefonu).

Na wstępie omawiania apelacji prokuratora zauważyć należy zupełnie niezrozumiałe zakreślenie przez apelującego przedmiotu zaskarżenia. Apelujący bowiem wskazał, że zaskarża ten wyrok „w całości na niekorzyść oskarżonych J. H. i P. M. (1)”, jednakże już z samego zarzutu postawionego w tej apelacji wynika, iż wolą oskarżyciela publicznego jest zaskarżenie tego wyroku „w całości”, ale w zakresie skazania obu oskarżonych w punktach 1, 3 i 4, gdyż to wskazane w tych punktach przestępstwa, jakie zostały oskarżonym przypisane, zostały pierwotnie im zarzucone aktem oskarżenia, jako jedno przestępstwo, popełnione wspólnie i w porozumieniu z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 280§2 k.k. i art. 158§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. Natomiast poza zainteresowaniem apelującego znajduje się przypisane oskarżonemu P. M. (1) w punkcie 2 przestępstwo z art. 245 k.k. Ta ostatnia okoliczność oznacza, w świetle przepisu art. 434§1 k.p.k. (z uwagi na niepodniesienie przez apelującego prokuratora uchybień w tym zakresie – art. 434§1 pkt 3 k.p.k.), iż co do tego przestępstwa Sąd odwoławczy nie może orzekać na niekorzyść oskarżonego M.. Natomiast nic nie stoi na przeszkodzie, by Sąd odwoławczy orzekł w tej części na korzyść oskarżonego M., skoro co do tego ustalenia Sądu I instancji trafną apelację wywiódł obrońca tego oskarżonego.

Co do samego przebiegu zdarzenia w dniu 25 stycznia 2016 r. w salonie (...) w Ś. pomiędzy oskarżonymi a pokrzywdzonym P. S., Sąd I instancji zasadnie zrekonstruował stan faktyczny na podstawie zeznań postronnego i obiektywnego obserwatora J. K. (k. 10-11, 184-185, 443-445) oraz zapisu z monitoringu tego salonu (k. 14, 15), który to zapis został odtworzony na rozprawie (k. 448) i który to zapis (jego widoczną treść w postaci zachowania się każdego z widocznych uczestników i świadków zajścia) oskarżeni, pokrzywdzony i świadek K. potwierdzili, i który to zapis

został także udostępniony biegłym z Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej (...) w P.. Po części również okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu tego zdarzenia zostały zrekonstruowane na podstawie zeznań pokrzywdzonego P. S. (k. 5-6, 181-182, 441-443), wyjaśnień oskarżonych P. M. (1) (k. 41-42, 438-439) i J. H. (k. 45-46, 439-440) oraz pośrednio J. D. (k. 179) i M. K. (1) (k. 92, 447-448), którzy na miejsce przybyli w wyniku zaalarmowania przez obsługującego salon (...) i od niego dowiedzieli się, co się stało. Natomiast już same skutki zachowania się każdego z oskarżonych, zwłaszcza P. M. (1), mającego podczas zdarzenia na nogach buty trekkingowe – rozmiar 43 – z podeszwą wykonaną z twardego tworzywa tzw. „traktorek” o grubości 1,5 cm, posiadających obcasy o wys. 2 cm (k. 105-110) wynikają z dokumentacji lekarskiej dotyczącej doznanych przez pokrzywdzonego S. urazów (k. 7-8, 12, 80, 502, 529, 562) oraz opinii biegłych z Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej (...) w P. P. Ś. i N. M. (k. 186-192, 479-480, 577629-631 i 659).

Zapoznając się z tymi dowodami, zwłaszcza z zapisem z monitoringu, należy jednoznacznie podzielić ustalenia faktyczne, poczynione przez Sąd I instancji na stronach 1-3 odnośnie zachowania się P. M. (1) i J. H. wobec pokrzywdzonego P. S.. Sąd I instancji celnie wskazał na zapis z monitoringu, uznając go za jeden z najistotniejszych dowodów w sprawie, gdyż z zapisu tego w sposób jednoznaczny wynika, jak przebiegało samo zajście a dokładniej co podczas tego zajścia czynili obaj oskarżeni. To właśnie na tym zapisie widać wyraźnie, iż nie jest możliwe przypisanie im, by działali wspólnie i w porozumieniu, dokonując pobicia oskarżonego w sposób, o którym mowa w art. 158§1 k.k., jak również nie jest możliwe przypisanie im chęci wspólnego zabrania w celu przywłaszczenia telefonu komórkowego poprzez wspólne stosowanie przemocy.

Już z protokołu odtworzenia tego zapisu jeszcze na etapie śledztwa wynika, iż zachowanie się oskarżonych należy podzielić na dwie odrębne części. Pierwsza część dotyczy momentu, gdy zadzwonił, leżący koło jednego z automatów, telefon komórkowy pokrzywdzonego, do którego jednocześnie podeszli P. S. i J. H.. Pierwszy wziął do ręki telefon J. H., ale też jednocześnie pojawił się przy H. pokrzywdzony który ten telefon zabrał mu z ręki i schował do kieszeni spodni. Wtedy P. S. zaczął odchodzić od H.. W tym czasie jednak podszedł do pokrzywdzonego P. M. (1), stając przed nim w centralnej części salonu a następnie stając z jego boku i obejmując go ręką i zatrzymując się w takiej pozycji na środku lokalu. W tym czasie po chwili podszedł do nich J. H., trzymając w ręku puszkę piwa a gdy już M. przestał obejmować pokrzywdzonego niespodziewanie uderzył raz ręką w twarz P. S., wskutek którego to uderzenia P. S. upadł na podłogę. Na tym też zakończyło się aktywne działanie oskarżonego H.. Odszedł on bowiem od pokrzywdzonego, jak i od swojego kolegi – P. M. (1) i usiadł przy jednym z automatów w pobliżu grającego M. O. i przestał interesować się tym, co dzieje się w drugiej części sali, gdzie znajdowali się pokrzywdzony, który po chwili wstał oraz oskarżony P. M. (1).

Następnie na sali nic się nie działo przez około minutę. Po tej krótkiej przerwie zaś z zapisu monitoringu wyraźnie widać drugą część zdarzenia, tym razem wyłącznie z aktywnym zachowaniem się P. M. (1). Widać bowiem w pewnym momencie, jak P. M. (1) podszedł do automatów, stojących po przeciwnej stronie salonu w stosunku do automatów, przy których siedział J. H., odstawił puszkę z piwem i ewidentnie zaczął prowokować do „bójki” pokrzywdzonego P. S. (tj. bicia się sam na sam), o czym świadczyły jego ruchy łącznie z wymachiwaniem rękoma a następnie wyłącznie obaj mężczyźni mieli ze sobą styczność, przy czym to M. był atakującym. Dokładny opis tego zdarzenia z udziałem oskarżonego M. i pokrzywdzonego Sąd I instancji zawarł na str. 2-3 uzasadnienia. Co istotne przy tym, z monitoringu jasno wynika, iż J. H. przez cały czas, jak P. M. (1) zadawał ciosy pokrzywdzonemu i jak go leżącego kopał w okolicę głowy, trzymał się z daleka od P. M. (1), nie podchodził do nich, jak również do nich się nie odzywał. Co istotne przy tym, w czasie, gdy już P. S. po ostatnich dwóch kopnięciach zadanych przez M. z góry obutą nogą w głowę leżącego, nie ruszał się, gdyż stracił przytomność, i P. M. (1) jeszcze chciał go kopać, o czym świadczyło jednoznacznie jego zachowanie przy leżącym, J. H. dopiero wtrącił się do zajścia, ale nie opowiadając się po stronie kolegi, tylko po to, by mu uniemożliwić zadanie kolejnych ciosów leżącemu. Widać bowiem na tym zapisie wyraźnie, jak J. H. wchodził pomiędzy M. i leżącego pokrzywdzonego, starając się w ten sposób uniemożliwić koledze podejście do leżącego. Ta okoliczność, jakże korzystna dla oskarżonego H., została jednak zupełnie przemilczana przez funkcjonariusza Policji, wykonującego czynność odtworzenia tego nagrania (k. 15), co świadczy o tym, iż ta czynność na etapie śledztwa została dokonana nierzetelnie. Sąd I instancji natomiast na to zachowanie się oskarżonego H. celnie zwrócił uwagę podczas

odtworzenia na rozprawie tego zapisu, co wynika wprost z oceny tego dowodu i wyjaśnień J. H. (str. 11 uzasadnienia) i co znalazło odbicie w rekonstrukcji przebiegu zdarzenia (str. 3 uzasadnienia).

Jak już wyżej wspomniano, Sąd I instancji prawidłowo zwrócił uwagę na to, iż ten zapis monitoringu pozwolił na właściwą ocenę osobowego materiału dowodowego a jednocześnie zapis ten łącznie z pozostałymi dowodami osobowymi pozwolił na dokonanie jednoznacznych ustaleń faktycznych, które nie pozwoliły na zaakceptowanie przypisania obu oskarżonym przestępstwa w kształcie zaproponowanym w akcie oskarżenia, co również nie pozwala na uwzględnienie zarzutu apelacyjnego.

Z zeznań P. S. ze śledztwa (k. 5-6) wynika, że po wygraniu w salonie 900 zł i ich wypłaceniu, jeden z oskarżonych (P. M. (1) – przyp. SA) „powiedział, że jak da dwie stówki, to jego nos będzie cały” a następnie już obaj oskarżeni „zaczęli mi dokuczać, wyśmiewać się ze mnie”, zaś ten, co go pierwszy zaczepił (czyli P. M. (1) – przyp. SA) powiedział „choć, wyjdziemy na solo”. Pokrzywdzony nie wiedział, o co im chodzi, więc starał się nie zwracać uwagi na te zaczepki, choć oni cały czas go prowokowali. Następnie pokrzywdzony zeznał, dlaczego zadzwonił jego telefon komórkowy na stoliku, przy którym wcześniej siedział, grając na automacie. Pokrzywdzony zeznał, że po tym zadzwonieniu podszedł do tego stolika, by zabrać telefon, ale też zauważył, że wraz z nim podszedł w to samo miejsce jeden z oskarżonych (J. H. – przyp. SA), który stwierdził, że ten telefon „należy do niego”. Jednak odparł mu, że to jest jego telefon i go zabrał, po czym schował do kieszeni spodni. Pokrzywdzony zeznał, że oskarżony ten dalej się upierał, że to jego telefon, że ma mu go oddać a on mu na to, że nie i że sobie chyba żartuje z niego i tak obaj nawzajem sobie na temat tego telefonu mówili. Pokrzywdzony potwierdził również, że podczas tej słownej wymiany zdań, jak odchodził od oskarżonego, to ten drugi (P. M. (1) – przyp. SA) zaczął zachodzić mu drogę, złapał go za ubranie i wówczas ten pierwszy (J. H. – przyp. SA) uderzył go z pięści w głowę i po tym uderzeniu się przewrócił, nie pamiętając już, co działo się dalej. Pokrzywdzony podobnie zeznał podczas drugiego przesłuchania w śledztwie (k. 181-182), mówiąc o wulgarnym odnoszeniu się do niego jednego ze sprawców, który mówił, cyt.: „jeżeli chcesz mieć nos prosty, to dawaj chuju 200 zł”, „choć kurwa na solówę” (dot. P. M. (1) – uwaga SA), przyznając też, że i drugi mężczyzna był wulgarny oraz uściślając na rozprawie, że to H. mówił, cyt.: „kurwa, oddawaj telefon” (k. 441-443). Pokrzywdzony przy tym na temat tego telefonu podczas drugiego przesłuchania w śledztwie zeznał, że oskarżony (H. – przyp. SA) był szybszy i wziął telefon do ręki, ale jak podszedł do niego, to mu go wyrwał z ręki, mówiąc, aby go oddał, bo to jest jego telefon. Świadek już wtedy (w dniu 7.04.2016 r. – data przesłuchania) nie pamiętał, co oskarżony H. do niego powiedział, ale coś powiedział a następnie go uderzył bez powodu pięścią w prawą skroń, wskutek którego to uderzenia upadł. Pokrzywdzony, potwierdzając te wszystkie zeznania na rozprawie, zeznał na temat tej sytuacji z telefonem podobnie. Przyznał bowiem, że jak wyrwał już z ręki oskarżonego H. ten telefon, to oskarżony H. się wkurzył i zaczął go odpychać i od niego wtedy dostał to pierwsze uderzenie. Również nie pamiętał już, czy H. mówił coś, jak mu zabrał ten telefon z ręki, dodając, że H. nie mówił czyj to jest telefon, ale trzymał go w rękę a jak mu zabrał ten telefon z ręki, to H. zaczął go popychać i dostał strzał. Pokrzywdzony natomiast po odczytaniu zeznań ze śledztwa także nie potrafił potwierdzić, czy faktycznie H. mówił, że ten telefon należy do niego, ale potwierdził, iż żądał on, aby mu go oddał. Wreszcie pokrzywdzony w toku rozprawy przyznał, że te pierwotne zaczepki ze strony obu oskarżonych „były kierowane z uśmiechem szyderczym” i na początku nie traktował ich poważnie.

Podobnie na temat zachowania się obu oskarżonych zeznał J. K.. W śledztwie (k. 10-11) podał m.in., iż po wypłacie pokrzywdzonemu wygranej pieniężnej słyszał, jak J. H. i P. M. (1) go zaczepiają, mówiąc, cyt.: „dasz dwie stówki, to twój nos będzie cały” a następnie wyśmiewali się z niego, „prowokując zaczepkę”. Słyszał też, jak P. M. (1) mówił do P. S., cyt: „wyjdziemy na solo?”, ale P. na to nie reagował. Świadek przyznał też, że jak zadzwonił ten telefon i podeszli do niego J. H. i P. S., to usłyszał, jak H. twierdził, że ten telefon należy do niego i chciał zabrać ten telefon P., ale P. zabrał telefon i schował go do kieszeni. Świadek dodał, że jak P. cofał się, to od tyłu zaszedł mu drogę P. M. (1), przytrzymał go i po chwili J. H. uderzył raz pięścią P. w głowę, po którym to uderzeniu się pokrzywdzony przewrócił. Świadek opisał również późniejsze zachowanie się P. M. (1) wobec P. S., który przy zadawaniu ciosów i po oblaniu leżącego piwem krzyczał do niego: cyt. „masz za swoje szmato”. Świadek jednocześnie przyznał, że w tym czasie J. H. nie reagował na to, co robi M. a jedynie zajście to obserwował. Świadek potwierdził te zeznania podczas kolejnego przesłuchania w śledztwie (k. 184-185), jak i w toku rozprawy (k. 443-445), dodając, że w czasie, gdy P. S. schował ten

telefon do kieszeni, to J. H. mówił do niego, że ma mu go oddać, bo jest jego a nadto przyznał, że żaden z oskarżonych nie przeszukiwał kieszeni pokrzywdzonego.

P. M. (1) w swoich wyjaśnieniach w śledztwie zaprzeczył, by chciał coś wziąć od pokrzywdzonego a jedynie przyznał, że go pobili (k. 41-42). Na rozprawie potwierdził powyższe, zaprzeczając, by chciał dokonać kradzieży a nawet zaprzeczając, by słyszał, aby ktoś podczas zajścia żądał od pokrzywdzonego wydania telefonu. Przyznał jednak, że o coś poszło H. i pokrzywdzonemu, gdyż doszło między nimi do szarpaniny. Oskarżony, nie chcąc dokładnie wyjaśniać na temat zdarzenia przyznał jednak, że H. chciał go odciągnąć od pokrzywdzonego (k. 438-439).

J. H. w śledztwie w ogóle zaprzeczył, by mówił, że ten telefon jest jego, choć przyznał, że doszło między nim a pokrzywdzonym do kłótni i że go uderzył. Zaprzeczył jednak, by chciał zabrać pokrzywdzonemu ten telefon. Oskarżony, tak jak to wynika z nagrania zarejestrowanego na monitoringu, potwierdził, że więcej nie brał udziału w zdarzeniu z pokrzywdzonym, że to tylko kolega „coś się z nim szarpał”, ale też odciągał kolegę, żeby pokrzywdzonemu nie zrobił krzywdy. Zaprzeczył też, by chciał mu ukraść pieniądze (k. 45-46). Powyższe oskarżony H. przyznał także na rozprawie, dodając, że gdyby chciał pokrzywdzonego okraść, to by to zrobił, ale takiego zamiaru nie miał (k. 439-440).

Powyższe dowody zostały w sposób właściwy ocenione przez Sąd I instancji odnośnie samego przebiegu zdarzenia i wypowiedzi, wygłaszanych w jego toku przez poszczególne osoby. Jednocześnie Sąd ten celnie wyjaśnił, dlaczego te fakty w sposób jednoznaczny nie pozwalają na przyjęcie, iż obaj oskarżeni dopuścili się pobicia pokrzywdzonego w rozumieniu art. 158§1 k.k. i że dopuścili się w trakcie stosowania tej przemocy fizycznej przestępstwa usiłowania rozbójcu. Ta poprawna we wskazanym zakresie ocena dowodów została zaprezentowana szczegółowo na str. 8-17 uzasadnienia. Nie można się jedynie zgodzić z ustaleniem, iż oskarżony H. usiłował ukraść ten telefon, o czym niżej.

Sąd I instancji celnie zauważa, że ten materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, że już pierwsze uderzenie zadane przez H., jak i chwilę później pobicie P. S. dokonane przez P. M. (1) zmierzały do zaboru tego telefonu. Słusznie bowiem Sąd ten zauważa, że „w tym czasie oskarżeni nie tylko już nie żądali telefonu lub pieniędzy i nie podjęli jakichkolwiek zachowań zmierzających do ich zaboru” (str. 9 uzasadnienia). Rację bowiem ma Sąd I instancji, iż w tej określonej sytuacji faktycznej, gdyby któryś z oskarżonych miał zamiar użycia przemocy w celu dokonania kradzieży telefonu, to bez żadnego problemu by ten zamiar zrealizowali, gdyż mieli znaczącą przewagę a nadto pokrzywdzony leżał nieprzytomny i nawet nie był w stanie utrudnić dokonania kradzieży i telefonu, i pieniędzy, które przecież przy sobie posiadał. Słusznie więc Sąd I instancji wywodzi, że takie zachowanie się każdego z oskarżonych „stanowiło pewnego rodzaju odegranie się na pokrzywdzonym” (str. 9 uzasadnienia). Nie można bowiem zapominać, iż obaj oskarżeni od pewnego czasu prowokowali pokrzywdzonego słowami, wręcz domagając się „wyjścia na solo”. Zachowywali się wobec niego wulgarnie, co chwila mu przygadywali. Bez wątplenia więc, co wynika przecież z zeznań pokrzywdzonego i J. K., obaj oskarżeni prowokowali pokrzywdzonego, by doprowadzić do siłowej konfrontacji z nim, co przecież nastąpiło.

Powyższe więc dowodzi, że żaden z oskarżonych w ogóle nie był zainteresowany, by dokonać zaboru rzeczy (telefonu, pieniędzy) pokrzywdzonego w celu jej przywłaszczenia, czyli w celu włączenia jej do swego stanu posiadania (włączenia jej do swojego majątku) i postępowania z nią jak właściciel, w tym bezprawnego rozporządzenia nią na rzecz innej osoby. Właśnie cały kontekst sytuacyjny dowodzi, iż J. H., podążając do dzwoniącego telefonu i biorąc go do ręki a następnie kłócąc się z pokrzywdzonym na temat tego, kto jest właścicielem tego telefonu, wcale nie chciał dokonania zaboru tego telefonu w celu przywłaszczenia. Nie ulega przecież wątpliwości, iż oskarżony ten, gdyby rzeczywiście miał taki zamiar, to swoim zachowaniem by w sposób jasny pokazał, że zmierza do objęcia we władanie tego przedmiotu we wskazanym wyżej celu. Tymczasem oskarżony ten, po uderzeniu pokrzywdzonego, przestał w ogóle interesować się nim, jak i tym telefonem, mimo że wówczas bez trudu wszedłby w jego posiadanie. Mając zaś na uwadze wcześniejsze zachowanie obu oskarżonych, prowokujące pokrzywdzonego do jakichś reakcji, które spowodowałyby ich fizyczną konfrontację, to zachowanie się H., biorącego telefon do ręki, czy też licytującego się z pokrzywdzonym na temat tego, kto jest właścicielem telefonu, czy wręcz domagającego się jego wydania, wpisuje się tylko w tę akcję „prowokacyjną”, „zaczezną”, skierowaną wobec pokrzywdzonego. Każdy z oskarżonych bowiem szukał pretekstu, by wyrządzić fizyczną krzywdę pokrzywdzonemu bądź wręcz, by się z nim pobić (pójść z nim na solo), jak to wcześniej sugerował P. M. (1). Za takim właśnie rozumowaniem przemawia po wymianie zdań na temat telefonu, nagłe zadanie jednego ciosu przez

oskarżonego H.. Zresztą, także pojawienie się już w tym czasie przy pokrzywdzonym P. M. (1), w tym zagradzanie przez niego drogi wyjścia, świadczy o tym, że i P. M. (1) szukał okazji do takiej zaczepki. Zresztą i ten oskarżony zrealizował swój zamiar użycia przemocy fizycznej względem P. S., o czym przecież świadczy dalsze jego zachowanie. W tych okolicznościach więc można co najwyżej zasadnie twierdzić, iż oskarżony H. chciał dokonać zaboru tego telefonu, ale tylko w celu jego krótkotrwałego, samowolnego użycia, mającego na celu sprowokowanie pokrzywdzonego do wzięcia udziału w takim „starciu” fizycznym, który to zabór nie udał się. Takie zachowanie traktowane jest jako wykroczenie z art. 127§1 k.w., ale nie jest możliwe przypisanie oskarżonemu H. usiłowania dokonania takiego wykroczenia, gdyż w tym przypadku ustawa nie przewiduje odpowiedzialności za usiłowanie (art. 11§2 k.w.). Samo więc wymawianie przez oskarżonego H. w stosunku do P. S. wypowiedzi, by oddał mu ten telefon, czy też, że ten telefon stanowi jego własność, w realiach omawianego tu zdarzenia nie oznacza, iż oskarżony ten chciał dokonać zaboru tego telefonu w celu przywłaszczenia. Skoro zaś Sąd I instancji prawidłowo dostrzega, że każdy z oskarżonych chciał „odegrać” się na pokrzywdzonym, czyli chciał wyrządzić mu jakąś krzywdę fizyczną, to właśnie te wywody powinny doprowadzić ten Sąd do logicznego wniosku, iż nie tylko P. M. (1), ale i J. H. nie interesowało dokonanie, jeszcze przed pierwszym uderzeniem w twarz pokrzywdzonego, dokonanie kradzieży tego telefonu. W tym zakresie więc Sąd I instancji błędnie ocenił wyjaśnienia oskarżonego H., w których zaprzeczał, by chciał ukraść telefon P. S.. Przy czym odnieść można wrażenie, iż Sąd I instancji z góry założył, że powyższe wypowiedzi oskarżonego H., w których kierował pod adresem P. S. żądania wydania mu telefonu, odwołując się do tego, że ten telefon jest jego, oznaczają, że oskarżony H. usiłował ukraść telefon P. S., o czym świadczą przy ocenie materiału dowodowego, bez większej refleksji, takie sformułowania Sądu orzekającego, jak cyt.: „spór między oskarżonym H. a pokrzywdzonym nie dotyczył sporu o maszynę, lecz dotyczył kwestii telefonu, gdyż oskarżony H. usiłował go ukraść” (str. 8 uzasadnienia), „do wymiany zdań między oskarżonym a pokrzywdzonym doszło w momencie, kiedy oskarżony usiłował ukraść pokrzywdzonemu telefon, żądając jego wydania i twierdząc, że jest jego” (str. 11-12 uzasadnienia), „po odtworzeniu na rozprawie monitoringu z lokalu P. S. dodał, że pamięta on dobrze sytuację, gdzie oskarżony H. usiłował ukraść mu telefon” (str. 13 uzasadnienia). Sąd I instancji przy tym zdaje się nie dostrzegł, iż sam zabór rzeczy nie oznacza jeszcze dokonania kradzieży w rozumieniu art. 278§1 k.k. (czy też kradzieży stanowiącej wykroczenie z art. 119§1 k.w.), bowiem przyjmuje, iż samo poszukiwanie przez oskarżonego telefonu koło automatu a potem spieranie się z pokrzywdzonym co do własności, „świadczy o zamiarze dokonania jego zaboru” (str. 31-32 uzasadnienia). Tymczasem Sąd I instancji, poza samą chęcią zaboru tego telefonu nie wykazuje już celu, jaki przyświecał oskarżonemu przy takim zachowaniu. Tymczasem, jak wyżej wskazano, cel ten był zupełnie inny, niż chęć zaboru telefonu w celu jego przywłaszczenia. Pośrednio na właściwy cel zachowania się oskarżonego H. wskazuje Sąd I instancji na stronie 22 uzasadnienia, dostrzegając przecież fakt, iż to uderzenie pokrzywdzonego „mogło stanowić pewną odpłatę wynikającą z niechęci do tej osoby”. Sąd Okręgowy przy tym dostrzega, że to jednokrotne uderzenie „stanowiło pewne odreagowanie zaistniałej sytuacji i zmierzało tylko do wyrządzenia pokrzywdzonemu krzywdy” (str. 22 uzasadnienia). Jednocześnie zaś Sąd ten w swoich ocenach nie jest do końca pewny, skoro podnosi, że to uderzenie pokrzywdzonego przez H. mogło też stanowić pewną odpłatę „za nieudany wcześniej zabór telefonu” (str. 22 uzasadnienia). Ta zaś niepewność wynikająca z tego ostatecznego stwierdzenia, mimo iż Sąd I instancji zauważa również niechęć oskarżonego H. do osoby pokrzywdzonego oraz fakt, iż po tym uderzeniu oskarżony ten nawet nie zainteresował się ani pokrzywdzonym, ani jego telefonem, powinna, w świetle art. 5§2 k.p.k., doprowadzić ten Sąd do oceny, iż celem działania oskarżonego H. nie było dążenie do zaboru telefonu P. S. w celu jego przywłaszczenia. Słuszność ma więc w tym zakresie apelujący obrońca oskarżonego H., który kwestionuje ustalenia Sądu I instancji, iż oskarżonemu H., zakładając wiarygodność w tym zakresie zeznań pokrzywdzonego i J. K., towarzyszył zamiar kradzieży tego telefonu. Nie bez racji bowiem apelujący obrońca podnosi, że oskarżony, posiadając już w ręce ten telefon, i mając taki zamiar, jaki ustalił Sąd I instancji, z racji swojej siły oraz znacznego stanu nietrzeźwości pokrzywdzonego, nie dopuściłby do tego, aby pokrzywdzony skutecznie wyrwał mu z ręki ten telefon. Logicznie bowiem, jak to wyżej uczyniono, apelujący wywodzi, że oskarżonemu nie chodziło o zabór tej rzeczy w celu przywłaszczenia a jedynie sprzecząc się o ten telefon „szukał jedynie pretekstu do konfliktu z pokrzywdzonym” (str. 4 apelacji). Słusznie więc, zgodnie z powyższymi ocenami, apelujący obrońca wywodzi, że oskarżony H. chciał jedynie wyrządzić krzywdę P. S., a nie ukraść mu telefon, co wynika z całego przebiegu zdarzenia. Nadto ten zamiar zaś wskazuje również późniejsze zachowanie się oskarżonego,

który „po uderzeniu pokrzywdzonego odszedł i spokojnie usiadł przy jednym z automatów, tracąc zainteresowanie jakimikolwiek czynnościami zmierzającymi do zaboru mienia” (str. 4 apelacji).

Jednocześnie zasadność tych twierdzeń oraz dokonane ustalenia faktyczne na podstawie przeprowadzonego wyżej materiału dowodowego jednoznacznie dowodzą prawidłowości ustaleń Sądu I instancji, iż nie tylko obaj oskarżeni nie działali w zamiarze dokonania zaboru jakiejkolwiek rzeczy ruchomej, w tym telefonu P. S. w celu jego przywłaszczenia, ale również niezależnie od siebie każdy z nich wyrządził krzywdę pokrzywdzonemu, w tym J. H. poprzez jedno uderzenie w twarz, stanowiące wyłącznie naruszenie nietykalności cielesnej, zaś P. M. (1) poprzez zadanie szeregu ciosów rękoma i nogami, mające miejsce już wyraźnie później i to nie tylko po uderzeniu J. H., ale i dopiero wtedy, gdy J. H. przestał się zupełnie interesować pokrzywdzonym, zaś P. S. wstał z podłogi i podszedł do miejsca, w którym przebywał P. M. (1). Przy czym, jak wyżej już wspomniano, z wymienionych dowodów wynika wyraźnie, że wówczas to P. M. (1) swoimi gestami prowokował pokrzywdzonego do „walki” solo (sam na sam) i do takiego starcia między obydwojma mężczyznami doszło, przy czym w tym zdarzeniu znaczną przewagę miał oskarżony M., zaś w sytuacji, gdy pokrzywdzony stracił już przytomność, jego dalsze atakowanie leżącego P. S. starał się przerwać J. H.. Rację ma więc Sąd I instancji, iż w tej sytuacji nie może być mowy o pobiciu w rozumieniu art. 158§1 k.k., czyli o czynnej napaści dwóch oskarżonych na pokrzywdzonego. Każdy z oskarżonych, choć w zbliżonym, to jednak w innym czasie działał indywidualnie. Tym samym więc Sąd I instancji słusznie wywodzi, że „nie można uznać, iż oskarżeni byli w porozumieniu co do dokonania pobicia pokrzywdzonego, gdyż w stosunku do niego każdy z nich indywidualnie zrealizował znamiona przypisanych mu czynów”. Logicznie dalej Sąd ten argumentuje, iż „pierwsze uderzenie zadane przez H. było jednorazowym i, co ważne, niespodziewanym zachowaniem dla pozostałych uczestników, po którym obydwaj oskarżeni odsunęli się od pokrzywdzonego”. Nastąpiła wówczas przerwa, po której wyłącznie P. M. (2) zaatakował i pobił dotkliwie pokrzywdzonego, powodując u niego obrażenia ciała, zaś w tej akcji przestępczej w żaden sposób już J. H. aktywnie nie uczestniczył, co racjonalnie wywodzi Sąd Okręgowy, wskazując, że to zachowanie M. „nie było podjęte w porozumieniu z H., który w tym czasie początkowo siedział wówczas w pewnym oddaleniu, a później tylko obserwował, stojąc, i co najważniejsze, ostatecznie broniąc pokrzywdzonego od dalszego bicia przez P. M. (1)” (str. 23-24 uzasadnienia).

W świetle zaś powyższych jednoznacznych ustaleń Sądu Okręgowego, jak również uzasadnionego zarzutu apelacyjnego podniesionego przez obrońcę oskarżonego H., zarzut podniesiony w apelacji prokuratora razi wręcz swoją dowolnością. Zapoznając się przy tym z uzasadnieniem tej apelacji odnieść należy wrażenie, iż prokurator, wbrew wskazanym dowodom, próbuje wykazać rację podniesionego zarzutu, czyli próbuje wykazać rację wniesionego w tej sprawie aktu oskarżenia. Poza tym prokurator, próbując wykazać swoje racje, posługuje się manipulacją, gdyż przytacza nieprawdziwe fakty. Apelujący bowiem podnosi, że „sąd pominął bowiem całkowicie okoliczność, którą sam wskazał w uzasadnieniu zakwestionowanego stanowiska, iż P. M. (1), składając wyjaśnienia (zresztą uznane przez Sąd w tej części za wiarygodne) wskazał, iż (karta 7 uzasadnienia) usiłował dokonać kradzieży telefonu” (str. 4 apelacji). Tymczasem Sąd I instancji na stronie 7 uzasadnienia wskazał, iż P. M. (1) wyjaśnił, że „nie usiłował dokonać kradzieży i jednocześnie przyznał się do pobicia pokrzywdzonego”, natomiast przy ocenie tych wyjaśnień, Sąd wprawdzie uznał, że „co do zasady wyjaśnienia oskarżonego P. M. (1) nie zasługują na wiarę”, ale „przyznał wiarę oskarżonemu tylko w części, w której przyznał się on do pobicia pokrzywdzonego P. S. oraz w części, w której wyjaśnił on, że nie usiłował dokonać kradzieży” (str. 8 uzasadnienia). Nieprawdziwie są więc dalsze konstatacje prokuratora, iż „nie sposób zatem przyjąć, mając na uwadze spójne i konsekwentne relacje pokrzywdzonego oraz wyjaśnienia samych oskarżonych, iż wymienieni nie zmierzali w niniejszej sprawie do dokonania zaboru w celu przywłaszczenia na szkodę pokrzywdzonego” (str. 4 apelacji). W dalszej części zaś apelujący prokurator jedynie polemicznie odnosi się do ustaleń Sądu I instancji. Przy czym można też odnieść wrażenie, iż apelujący nie zapoznał się z materiałem dowodowym, na który zresztą wyżej jednoznacznie wskazano, jak i nie zapoznał się z uzasadnieniem zaskarżonego wyroku. Odwołując się bowiem ponownie do wskazanej przez siebie strony 7 uzasadnienia, prokurator przeprowadza oparte na nieprawdziwych założeniach dywagacje, które są niczym innym, jak tylko manipulacją słowną, wprowadzającą w błąd Sąd odwoławczy co do rzeczywistej treści dowodów i jej oceny dokonanej przez Sąd I instancji. Apelujący prokurator nawet nie stara się wykazać, jak tego wymaga podniesiony w apelacji zarzut błędu w ustaleniach faktycznych na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k., iż ocena tych dowodów, dokonana przez Sąd Okręgowy,

jest niezgodna z zasadami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego. Próba zaś dokonania własnej oceny tych samych dowodów nie może, w świetle wskazanego zarzutu, przynieść tej apelacji powodzenia. Dodać też należy, iż prokurator nawet nie zapoznał się z podstawowym dowodem, jakim jest nagranie z monitoringu, skoro znów niezgodnie z prawdą, podnosi, że po przewróceniu się pokrzywdzonego na podłogę w wyniku zadanego ciosu przez H., dochodzi do niego także drugi napastnik P. M. (1), „który zadaje wymienionemu zarówno uderzenia, jak i kopnięcia także w chwili, gdy pokrzywdzony był przytrzymywany przez J. H.” (str. 5 apelacji).

Oczywiście, gdyby tak faktycznie było, to apelujący miałby rację, podnosząc, iż obaj oskarżeni działali wspólnie i w porozumieniu przy zastosowaniu przemocy w stosunku do pokrzywdzonego i to w celu dokonania kradzieży jego rzeczy (telefonu). Jednak ta polemika zawarta w apelacji pozostaje w całkowitym oderwaniu od dowodów i faktów, co w całości dyskredytuje tę apelację a jednocześnie treść tej apelacji, oparta na nieprawdziwych twierdzeniach, wskazuje co najmniej na brak rzetelności jej autora. Oczywiście jest więc, iż ta apelacja nie może zostać w żadnej części uwzględniona.

Natomiast, co wyżej powiedziano, na uwzględnienie zasługuje zarzut podniesiony w punkcie 2 apelacji obrońcy oskarżonego M. H. i dlatego też, kierując się wskazanymi wyżej przesłankami, Sąd odwoławczy na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 437 k.p.k. zmienił w tym zakresie zaskarżony wyrok w punkcie 3. Podnieść przy tym należy, iż w rzeczywistości oskarżony J. H. powinien zostać od popełnienia tego przestępstwa uniewinniony. Jednak oskarżonemu H. zarzucono dopuszczenie się jednego przestępstwa z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 280§2 k.k. i art. 158§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k., zaś w ramach tego zarzucanego czynu Sąd I instancji przyjął w zaskarżonym wyroku, iż oskarżony dopuścił się dwóch przestępstw: z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 278§1 k.k. oraz z art. 217§1 k.k. (w punkcie 4). Tymczasem, skoro zarzucono oskarżonemu H. jeden czyn, z którego prawdziwe są jedynie ustalenia, iż zarzucana oskarżonemu przemoc wobec P. S. stanowiła jedynie naruszenie jego nietykalności cielesnej w sposób opisany w punkcie 4, to oczywistym jest, iż Sąd I instancji powinien tak zmodyfikować opis tego zarzucanego oskarżonemu przestępstwa, by sprowadzić go do opisu wskazanego w opisie czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 4, co oznacza wyeliminowanie tych jego elementów, które miałyby świadczyć o usiłowaniu dokonania kradzieży telefonu. Z tych więc właśnie powodów Sąd Apelacyjny nie uniewinnił oskarżonego H. od popełnienia tego czynu, dotyczącego usiłowania dokonania kradzieży, gdyż nie jest możliwe częściowe uniewinnienie i częściowe skazanie o ten sam czyn. W związku z tym Sąd odwoławczy użył formuły określonej w punkcie I lit. c, z której wynika, że oskarżony nie może odpowiadać za usiłowanie dokonania kradzieży telefonu (opisanej w zaskarżonym wyroku w punkcie 3), przyznając jednocześnie rację ustaleniom Sądu I instancji w zakresie użycia przemocy w postaci naruszenia przez oskarżonego H. (w ramach zarzucanego mu przestępstwa) nietykalności cielesnej poprzez jednokrotne uderzenie P. S. pięścią w głowę, którego to ustalenia apelujący obrońca oskarżonego H. nie kwestionuje.

Powyższe rozstrzygnięcie czyni natomiast bezprzedmiotowym odniesienie się przez Sąd odwoławczy do alternatywnych zarzutów podniesionych w apelacji obrońcy oskarżonego H. w punktach 4 i 5 (art. 436 k.p.k.).

Konsekwencją tej zmiany było też uchylene orzeczenia o karze łącznej, o której orzeczono w stosunku do oskarżonego H. w punkcie 6.

Niezasadny jest natomiast zarzut, podniesiony w apelacji obrońcy, rażącej niewspółmierności kary orzeczonej wobec oskarżonego H. za przestępstwo z art. 217§1 k.k.

Sąd Okręgowy za to przestępstwo (niekwestionowane przez obrońcę a jasno wynikające z w/w dowodów, w tym samego przyznania się do niego przez oskarżonego) wymierzył J. H. karę 7 miesięcy pozbawienia wolności. Wprawdzie Sąd I instancji miał możliwość wyboru kary, ale słusznie uznał, że tylko kara bezwzględna pozbawienia wolności we wskazanym wymiarze osiągnie wobec oskarżonego cele, o których mowa w art. 53 k.k. Sąd I instancji zwrócił bowiem uwagę na niekorzyść oskarżonego na dotychczasową wielokrotną karalność oskarżonego, która nie przyniosła oczekiwanych rezultatów, jak i same okoliczności przedmiotowego czynu, tj. działanie oskarżonego bez żadnego racjonalnego ku temu powodu, w miejscu publicznym, świadczącym o wyraźnym lekceważeniu porządku prawnego. Słusznie przy tym na niekorzyść Sąd I instancji uznał zadanie dość mocnego ciosu w twarz pokrzywdzonego, wskutek

którego uderzony przewrócił się na podłogę. Mając więc na uwadze te okoliczności nie może być w niniejszej sprawie mowy o wymierzeniu oskarżonemu kary łagodniejszego rodzaju, w tym proponowanej przez skarżącego kary ograniczenia wolności. Również, mając na uwadze charakter tego czynu, jak i dotychczasową wielokrotną karalność oskarżonego H. brak jest podstaw do wyciągnięcia w stosunku do niego pozytywnej prognozy kryminologicznej, tym bardziej, że już wielokrotnie zawiódł zaufanie sądów, orzekających wobec niego kary wolnościowe. Jednocześnie zasadnie Sąd I instancji uwzględnił na korzyść oskarżonego jego młody wiek, jak i późniejsze zachowanie, kiedy już stanął w obronie P. S.. Nie można więc się w tych okolicznościach zgodzić z apelującym, że ta kara jest rażąco niewspółmiernie surowa. Nie ma znaczenia dla oceny zasadności tej kary okoliczność, iż wcześniej oskarżony był karany za przestępstwa innego rodzaju. Gdyby bowiem oskarżony był karany za przestępstwa podobne, to zasłużyłby na karę w pobliżu maksymalnego jej wymiaru określonego w art. 217§1 k.k. Również nie można przeceniać przyznania się oskarżonego do winy, czy przeproszenia pokrzywdzonego, skoro całość zdarzenia została zarejestrowana z uwagi na załączony monitoring. Natomiast chęć uiszczenia zadośćuczynienia jest następstwem samego czynu oskarżonego, przy czym to nie wyrażenie woli zapłaty zadośćuczynienia, ale rzeczywiste wyrównanie szkody (krzywdy) jeszcze przed wyrokowaniem świadczy o wyraźnej skrzesie sprawcy i jest brane na jego korzyść w trakcie wyrokowania.

Jak wskazano wyżej, przewaga okoliczności obciążających, w tym zwłaszcza okoliczności przedmiotowe i podmiotowe samego przestępstwa, jak również nieskuteczność wcześniej orzeczonych kar za inne przestępstwa, wskazują na znaczną demoralizację oskarżonego. To zaś wpływa na konieczność wymierzenia mu kary za to przestępstwo w wymiarze 7 miesięcy pozbawienia wolności, co dopiero czyni tę karę sprawiedliwą w świetle zasad określonych w art. 53 k.k.

Powyższe więc dowodzi bezzasadności podniesionego przez apelującego obrońcę w punkcie 3 zarzutu rażącej niewspółmierności kary. Jednocześnie podnieść należy, iż żadnych zastrzeżeń nie budzi orzeczenie wobec oskarżonego H. środka karnego na podstawie art. 46§1 k.k., który co do zasady, jak i wysokości orzeczonego zadośćuczynienia nie jest przez żadną ze stron kwestionowany. Tak samo należy odnieść się do orzeczenia wydanego na podstawie art. 63§1 k.k. Jedynie Sąd I instancji będzie zobligowany na podstawie art. 420§1 i 2 k.p.k. do wydania dodatkowego orzeczenia, gdyż zaliczając na poczet kary okres tymczasowego aresztowania, nie zauważył, że oskarżony w innej sprawie odbywał karę od 9.08.2016 r., godz. 19.50 do 16.08.2016 r., godz. 19.50 (k. 514), zaś w dniu 21.11.2016 r. oskarżony został zwolniony (k. 723).

II. Omówienie apelacji obrońcy oskarżonego P. M. (1).

Wyżej przy omówieniu apelacji w punkcie I wskazano na prawidłowość dokonania przez Sąd I instancji ustaleń odnośnie przebiegu zdarzenia z udziałem obu oskarżonych oraz pokrzywdzonego P. S.. Wskazano tam wyraźnie na dowody i ich treść, z których te prawidłowe ustalenia wynikają. Dodać tylko należy, iż w zakresie już zachowania się oskarżonego P. M. (1) wobec P. S., polegającego na wielokrotnym zadawaniu mu ciosów rękoma i nogami, w tym zwłaszcza w okolicę głowy, Sąd I instancji dokładnie zrekonstruował to zachowanie się oskarżonego na str. 2-3 uzasadnienia. Za dowolne więc uznać należy twierdzenia apelującego, iż żaden z ciosów wymierzonych nogą przez oskarżonego w pokrzywdzonego, który leżał na podłodze, nie dotarł do celu, gdyż pokrzywdzony nie otrzymał od oskarżonego M. bezpośrednio ciosu w głowę. Te okoliczności bowiem z samego nagrania z monitoringu zostały zauważone przez sporządzającego w toku śledztwa protokół z odtworzenia tego nagrania (k. 15), zostały zauważone w toku rozprawy przez Sąd I instancji (k. 448) i nie były wówczas przez nikogo kwestionowane. Wreszcie te okoliczności związane z zadawaniem kopnięć w głowę leżącego, w tym zwłaszcza obutą nogą z góry, zostały wyraźnie dostrzeżone przez biegłych, co jasno wynika ze sporządzonych przez nich opinii. Co istotne przy tym, obrażenia twarzy i głowy zostały właśnie spowodowane w wyniku urazów zadanych w te części ciała narzędziem twardym, tępym, tępokrawędzistym, jakim jest np. pięść, obuta noga a mogły one powstać właśnie w sposób działania sprawców, uwidoczniony na zapisie z monitoringu, tj. wielokrotnego uderzania pięściami i kopania w różne okolice twarzy i głowy (k. 186-192, 577). Oczywistym zaś jest, że oskarżony H. zadał wyłącznie pokrzywdzonemu jeden cios z pięści w twarz, więc pozostałe ciosy, powodujące opisane przez biegłych obrażenia, zostały zadane przez oskarżonego M.. Co istotne, biegli nie mieli żadnych wątpliwości w ustaleniu, iż wielokrotne kopanie pokrzywdzonego w różne okolice głowy i twarzy narażało go na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, mając przy

tym na uwadze rodzaj butów, jakie miał wówczas założone na nogach oskarżony M.. Jednocześnie biegli zauważyli, że obrażenia zlokalizowane w obrębie twarzoczaszki i mózgowiczaszki jednoznacznie wskazują, że w przebiegu zdarzenia pokrzywdzony był co najmniej kilkakrotnie kopany obutą nogą w te okolice ciała i doznał urazu manifestującego się wstrząśnieniem mózgu. Takie zaś zachowanie się sprawcy (tj. P. M. (1) – przyp. SA) mogły doprowadzić do obrażeń śródczaszkowych, stanowiących co najmniej ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci np. choroby zagrażającej życiu. Biegli, mając na uwadze sposób działania oskarżonego M., skonkludowali, że prawdopodobieństwo spowodowania obrażeń zagrażających życiu poprzez zadawanie urazów w postaci co najmniej kilkukrotnego kopania w głowę jest duże i jedynie z przyczyn losowych i pozamedycznych obrażenia pokrzywdzonego okazały się niezagrażające życiu. Jednak w tym przypadku, w ocenie biegłych, narażenie pokrzywdzonego na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu nie było potencjalne czy hipotetyczne, lecz bezpośrednie. Przy czym to te urazy w postaci kopania w okolice głowy były dla pokrzywdzonego najgroźniejsze z medycznego punktu widzenia. Silny bowiem uraz spowodowany kopnięciem może doprowadzić do śmierci a taki przecież został zadany, o czym świadczy powstanie rany tłuczonej a także wstrząśnienie mózgu. Jednocześnie biegli wyrazili właściwe rozumienie występowania skutku w postaci „bezpośredniego narażenia” na wskazane wyżej niebezpieczeństwo, wyraźnie podnosząc, że takowy skutek występuje wtedy, gdy działanie, bez zaistnienia żadnych dodatkowych czynników, mogło doprowadzić do danego skutku, w tym przypadku śmierci (opinie uzupełniające k. 479-480, 629-631; por. też wyrok SN z dnia 29 listopada 1973 r., Rw 902/73, OSNPG 1974/2/24). Sąd I instancji słusznie uznał te opinie za w pełni wiarygodne, słusznie zwracając uwagę na ich profesjonalizm, jasność, spójność oraz korespondowanie z pozostałymi dowodami, w tym oględzinami obuwia oskarżonego M. oraz z zapisem z monitoringu (str. 17-19 uzasadnienia). Podnieść przy tym należy, że Sąd I instancji słusznie wystąpienie, poprzez działanie oskarżonego M., skutku w postaci narażenia pokrzywdzonego S. na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu powiązał z brutalnym i silnym działaniem oskarżonego, widocznym wyraźnie na zapisie z monitoringu a polegającym na zadaniu urazów nogą w okolice głowy i twarzy a zwłaszcza dwoma ostatnimi bardzo silnymi kopnięciami od góry w głowę, po których to kopnięciach pokrzywdzony stracił przytomność (przestawał wykonywać jakiegokolwiek ruchy). To konkretne działanie oskarżonego M. powodowało bezpośredni stan, w którym pokrzywdzonemu groziło niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu i tylko dzięki szczęśliwemu zbiegowi okoliczności, niezależnemu od oskarżonego, nie doszło do skutku w postaci śmierci czy ciężkiego uszczerbku na zdrowiu a jedynie doszło do powstania obrażeń, które życiu pokrzywdzonego nie zagrażały. Apelujący, nie kwestionując opinii biegłych, jedynie polemicznie neguje wystąpienie narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, o którym mowa w art. 160§1 k.k., odwołując się do rodzaju i charakteru obrażeń (o których mowa w art. 157§2 k.k.), jakich wskutek działania oskarżonego M. doznał pokrzywdzony S.. Apelujący jednak, jak podano wyżej, niesłusznie, wbrew oczywistym dowodom, podnosi, że oskarżony M. nie zadał żadnego kopnięcia w głowę leżącego P. S. a nadto nie zauważa, że stan bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu nie jest uzależniony od wystąpienia rzeczywistego skutku w postaci obrażeń ciała. Podnieść więc należy, że ten stan bezpośredniego niebezpieczeństwa, o którym mowa w art. 160§1 k.k. jest wynikiem samego działania oskarżonego w postaci kopania ze znaczną siłą twardym obuwem pokrzywdzonego po głowie. Nie ulega więc wątpliwości prawidłowość dokonania przez Sąd I instancji ustalenia winy oskarżonego M. w popełnieniu tego przestępstwa, jak i przyjęcia do jego działania kwalifikacji prawnej z art. 157§2 k.k. i art. 160§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. Sąd Okręgowy winę tę, jak i przyjętą kwalifikację, łącznie z recydywą określoną w art. 64§1 k.k. należycie uzasadnił, co znajduje wyraz w treści uzasadnienia wyroku na str. 24-27. Zastrzeżeń nie budzi również rodzaj i wymiar orzeczonej oskarżonemu kary za to przestępstwo. Podkreślić należy, iż słusznie Sąd I instancji wymierzył oskarżonemu na podstawie art. 160§1 k.k. w zw. z art. 11§3 k.k. maksymalną karę, przewidzianą w podstawie zagrożenia określonej w art. 160§1 k.k. Słusznie bowiem Sąd ten dostrzegł znaczną przewagę okoliczności obciążających nad łagodzącymi. Na niekorzyść bowiem oskarżonego świadczą jego wielokrotna dotychczasowa karalność, do tego działanie w warunkach powrotu do przestępstwa z art. 64§1 k.k., negatywna opinia z miejsca zamieszkania oraz, co najistotniejsze, same okoliczności przedmiotowego przestępstwa. Oskarżony bowiem działał w bardzo brutalny sposób, stosując wobec pokrzywdzonego przemoc fizyczną, działając przy tym bez żadnego powodu. Celnie przy tym Sąd I instancji zwrócił uwagę na kopnięcia w okolice głowy, które wręcz raziły brutalnością a które bardzo realnie mogły doprowadzić do znacznie poważniejszych skutków dla zdrowia bądź życia pokrzywdzonego. Bez wątplenia więc w takich okolicznościach sprawy nie może być mowy żadnym o pobłażaniu dla

sprawcy, gdyż zasługuje on na wysoce surowe potraktowanie, któremu nie sprzeciwia ani młody wiek sprawcy, ani jego przyznanie się do winy, jak i wyrażenie przez niego skruchy. Jak to bowiem słusznie zauważył Sąd Okręgowy, oskarżony, mimo przecież tego młodego wieku, odpowiada w warunkach art. 64§1 k.k., co oznacza, że wcześniejsze kary nie osiągnęły pożądanego skutku. Poza tym Sąd I instancji nie orzekł kary surowszej, mając taką możliwość na podstawie art. 64§1 k.k., co również uwzględnia przytoczone wyżej okoliczności łagodzące. W tym stanie rzeczy za typowo polemiczne uznać należy wywody apelującego obrońcy, który próbuje wykazać rażącą surowość orzeczonej kary z uwagi na uwzględnienie na niekorzyść dotychczasowej karalności oskarżonego, przy niedocenieniu takich korzystnych okoliczności, jak neutrudnianie postępowania, wyrażenie skruchy, przeproszenie pokrzywdzonego oraz doznanie przez pokrzywdzonego nieznacznych obrażeń ciała. Jak z tego wynika, apelujący zupełnie pomija cały szereg okoliczności obciążających, nie dostrzegając przy tym możliwości wymierzenia oskarżonemu surowszej kary w oparciu o przepis art. 64§1 k.k. Jak wskazano wyżej, przewaga okoliczności obciążających, w tym zwłaszcza okoliczności przedmiotowe i podmiotowe samego przestępstwa wskazują na znaczną demoralizację oskarżonego, które wprost nakazują wymierzenie mu kary za to przestępstwo w wymiarze 3 lat pozbawienia wolności, co dopiero czyni tę karę sprawiedliwą w świetle zasad określonych w art. 53 k.k.

Powyższe więc dowodzi bezzasadności podniesionego przez apelującego w punkcie II zarzutu rażącej niewspółmierności kary. Jednocześnie podnieść należy, iż żadnych zastrzeżeń nie budzi orzeczenie wobec oskarżonego M. środka karnego na podstawie art. 46§1 k.k., które co do zasady, jak i wysokości orzeczonego zadośćuczynienia nie jest przez żadną ze stron kwestionowane. Tak samo należy odnieść się do orzeczenia wydanego na podstawie art. 63§1 k.k.

Natomiast rację ma skarżący, kwestionując ustalenia faktyczne odnośnie przypisania oskarżonemu M. popełnienia przestępstwa z art. 245 k.k. na szkodę J. K..

Jak słusznie zauważa Sąd I instancji, przestępstwo z art. 245 k.k. sankcjonuje użycie przemocy lub groźby bezprawnej w celu wywarcia wpływu m.in. na świadka. Strona przedmiotowa polega więc na użyciu przemocy albo groźby bezprawnej w celu wywarcia wpływu na świadka, przy czym przyjmuje się, że świadkiem w rozumieniu tego przepisu jest zarówno osoba, która złożyła zeznania, została powołana albo wezwana do ich złożenia, jak również osoba, która była świadkiem czynu i posiada wiadomości potrzebne do rozstrzygnięcia sprawy (patrz: postanowienie SN z dnia 7 stycznia 2009 r., IV KK 225/08), czyli tak, jak w niniejszej sprawie J. K..

Sąd Okręgowy dopatruje się tego przestępstwa w fakcie wypowiedzenia przed opuszczeniem lokalu przez P. M. (1) wobec J. K. słów, iż „ma nie wzywać policji, bo go zajebią”, odwołując się przy tym do zeznań świadka złożonych w śledztwie (str. 30 uzasadnienia).

Zapoznając się więc z tymi zeznaniami (k. 10-11), stwierdzić należy, iż wynika z nich, że kiedy sprawcy zorientowali się, że świadek wcisnął przycisk napadowy i nie udało się im zabrać pilota z tym przyciskiem, to wychodząc z lokalu P. M. (1) powiedział do niego, że ma nie wzywać Policji, bo go „zajebią”. Świadek przyznał, że był zszokowany całą tą sytuacją, zaś po jakimś czasie do salonu przyjechał ochroniarz i wezwał Policję i służby ratunkowe. Podczas kolejnego przesłuchania w śledztwie świadek tylko podtrzymał swoje pierwsze zeznania, nie mając nic więcej do dodania (k. 184-185). Natomiast na rozprawie nie podtrzymał we wskazanym fragmencie zeznań, gdyż nie poczuł, że P. M. (1) mu groził, gdyż z tego, co pamiętał, to M. mu powiedział, że: cyt. „będę miał przejebane”, jak wezwie Policję, nie czuł, żeby groził mu śmiercią i teraz też nie czuł się zagrożony. Natomiast pod wskazanym sformułowaniem rozumiał, że mógłby mieć jakiś problem, ale nie jakiś wielki. Po prostu nie czuł, żeby ktoś groził mu śmiercią. Nie był pewien, czy wtedy rzeczywiście padło słowo „zajebię”, gdyż tego dokładnie nie pamiętał. Przy czym podpisywał ten protokół ze śledztwa, lecz nie potrafił powiedzieć, skąd wzięło się to sformułowanie, że go „zajebią” (k. 443-445).

Sąd I instancji w swoich ustaleniach faktycznych przyjął, że w trakcie, gdy oskarżeni wychodzili z lokalu, to „oskarżony P. M. (1) zagroził wówczas J. K., że ma nie wzywać Policji, bo go zajebią, po czym oboje oskarżeni wyszli z lokalu” (str. 3). Z opisu czynu zawartego w wyroku wynika natomiast, że oskarżony użył wobec J. K. groźby bezprawnej, polegającej na zapowiedzi pozbawienia go życia. Sąd I instancji nie wyjaśnił wprost, czy słowo „zajebię” oznacza „zabiję”. Jedynie

stwierdził, że „biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego należy uznać, że wyrażenie „zajebię cię” stanowi w rozumieniu art. 245 k.k. groźbę bezprawną w celu wywarcia wpływu na świadka, gdyż w ten sposób oskarżony M. chciał spowodować aby J. K. nie wzywał Policji, a co za tym idzie nie zeznawał odnośnie zdarzenia, jak i przeciwko niemu” (str. 30 uzasadnienia). Tymczasem ten wulgarny w języku polskim zwrot posiada wiele znaczeń, w tym „ukraść”, „uderzyć” a także „zabić” (por. „Wikisłownik, wolny słownik wielojęzyczny” i w/w określenie (publ. pod adresem internetowym pl.m.wiktionary.org) czy „Słownik języka polskiego” i w/w hasło (publ. pod adresem internetowym sjp.pwn.pl), przy czym oskarżony M. do tego czynu nie przyznał się a tym samym nie wyjaśnił, co miał na myśli, zwracając się określonymi słowami do J. K., by ten nie wzywał Policji. Natomiast żaden inny świadek (ani oskarżony H.) nie potwierdzili, by w jakikolwiek sposób P. M. (1) groził K..

Należy podnieść, iż skarżący trafnie wywodzi, odwołując się do stosownego orzecznictwa sądowego, iż przepis art. 245 k.k. posługuje się znamionami groźby bezprawnej w rozumieniu definicji zawartej w art. 115§12 k.k., która nie zawiera wyrażonego wprost wymogu, aby określone tam zachowania wywołały w zagrożonym uzasadnioną obawę spełnienia groźby, natomiast ten ostatni skutek ustawodawca wiąże z postacią groźby opisaną w art. 190 k.k. (patrz: postanowienie SN z dnia 27 marca 2014 r., I KZP 2/14, OSNKW 2014/7/53). Wprawdzie w tym orzeczeniu Sąd Najwyższy stwierdził, że art. 245 k.k. posługuje się znamieniem groźby bezprawnej, która nie zawiera wyrażonego wprost wymagania, aby każde z wymienionych zachowań wywołało w zagrożonym uzasadnioną obawę spełnienia groźby. Jednakże, jak to trafnie się przyjmuje, o co zasadnie podnosi to apelujący, fakt, iż przestępstwo to ma charakter formalny, nie zwalnia sądu z konieczności ustalenia realności tej groźby. Zagrożony bowiem, w przypadku uznania, że takie przestępstwo zaistniało, powinien dostrzegać spełnienie groźby bezprawnej jako prawdopodobne, musi więc ona realnie wpływać na psychikę zagrożonego. W przeciwnym bowiem wypadku praktycznie niemożliwe byłoby wykazanie, że doszło do faktycznego zagrożenia dobra prawnego ze strony sprawcy, który posłużył się określoną wypowiedzią, mającą na celu powstrzymanie jej adresata od działań, określonych w art. 245 k.k. (por. wyrok Sądu Apel. w Katowicach z dnia 24 marca 2014 r., II AKa 20/14, OSA 2015/1/3-13; wyrok Sądu Apel. w Białymstoku z dnia 9 października 2014 r., II AKa 202/14, LEX nr 1532570).

Tymczasem Sąd I instancji zaniechał jednoznacznego ustalenia czy sam pokrzywdzony realnie obawiał się spełnienia rzekomej groźby wypowiedzianej przez oskarżonego M.. Jak wyżej powiedziano, wskazane wyrażenie ma niejednoznaczne znaczenie. Natomiast apelujący obrońca wprost wskazuje na wypowiedź świadka K., w której zaprzeczył, by potraktował słowa wypowiedziane przez oskarżonego M. jako groźbę. Wprawdzie Sąd I instancji zauważa te odmienności w zeznaniach świadka, przyznając, że na rozprawie „świadek zeznawał ogólnikowo, że groźba ta nie wywołała w nim poczucia obawy”, podnosząc jednak, że „w zeznaniach składanych wcześniej, tj. kilka dni po zdarzeniu, świadek zeznał, że był on zszokowany tą sytuacją”, przy czym w dalszej części wyводу Sądu I instancji pojawia się już niepewność, wyrażająca się w stwierdzeniu, że Policję wezwał pracownik ochrony M. K. (1) a nie świadek, „co też mogło wynikać choćby z usłyszanej groźby” (str. 30 uzasadnienia).

Powyższe więc dowodzi, iż Sąd I instancji nie wyjaśnił stanowczo, czy w sprawie tej istotnie wypowiedź oskarżonego M. należy traktować jako groźbę bezprawną a jednocześnie Sąd ten nie wykazał występowania realności tej obawy spełnienia groźby. Faktycznie świadek miał prawo „być zszokowanym tą sytuacją”, bowiem przebieg zdarzenia, jakie rozegrało się na oczach świadka z udziałem oskarżonych i P. S., być dość brutalny (zwłaszcza w przypadku zadawania ciosów przez P. M. (1)), co zresztą widać wyjątkowo wyraźnie na zapisie z monitoringu. Widząc więc takie zdarzenie w zasadzie każdy normalny człowiek mógłby być zszokowany. Powyższe zaś nie oznacza, że pokrzywdzony K. był zszokowany samą wypowiedzią P. M. (1) skierowaną do niego w trakcie, gdy wychodził z lokalu. Zresztą, w trakcie pierwotnych zeznań świadek w ogóle nie wyraził ani od siebie, ani wskutek inicjatywy przesłuchującego, by w jakikolwiek sposób obawiał się spełnienia jakiegokolwiek groźby ze strony P. M. (1) a zwłaszcza groźby popełnienia przestępstwa na jego szkodę, choćby przestępstwa zabójstwa, jakie przyjęto w treści opisu przypisanego oskarżonemu przestępstwa z art. 245 k.k. Należy przy tym zauważyć, że Sąd I instancji miał poważne problemy w ocenie zeznań tego świadka. Jak wyżej już powiedziano, pokrzywdzony nie wypowiedział się w śledztwie, czy obawiał się spełnienia wypowiedzianej groźby. Na rozprawie zaś nie tylko zaprzeczył, by oskarżony M. wypowiedział groźbę, wskutek której miałby realnie obawiać się o swoje życie, przyznając tylko, że M. mu mówił, by nie zgłaszał tego na Policję. Sąd

I instancji wprawdzie dał w pełni wiarę zeznaniom pokrzywdzonego ze śledztwa, natomiast nie dał mu wiary w zakresie wypowiedzi złożonych na rozprawie o przytoczonej wyżej treści, gdyż „zmiana stanowiska świadka wynikać może przede wszystkim z upływu czasu i zacieraniem się wrażeń, bowiem od momentu zdarzenia do złożenia przez świadka zeznań na rozprawie upłynęło niemal pół roku a zeznania złożone w postępowaniu przygotowawczym były złożone przez świadka niemal na świeżo, przez co lepiej pamiętał on całe zdarzenie, a przy tym świadek aktualnie może nie chcieć wchodzić osobiście w konflikty z oskarżonymi” (str. 14-15 uzasadnienia). Mając na uwadze tę ocenę Sądu I instancji należy uznać, iż Sąd ten nie był jednak przekonany do własnych twierdzeń, o czym świadczą użyte dwukrotnie słowa „może”, świadczące o wahaniu się, niepewności Sądu. Wprawdzie należy zgodzić się, iż na świeżo po zdarzeniu lepiej pamięta się jego szczegóły, w tym wypowiedzi osób, jednak bez wątpienia po upływie kilku miesięcy nie zapomina się, czy w konkretnych realiach faktycznych, przy kierowanych wypowiedziach dana osoba, która była adresatem tych wypowiedzi czuła w związku z tym realne zagrożenie od tej osoby, tj. realność obawy spełnienia się wypowiadanych gróźb czy też nie. Należy zauważyć, że na ten temat pokrzywdzony K. nawet nie wypowiadał się „na świeżo”, nie wyrażał wówczas żadnych jednoznacznych obaw spełnienia się jakiegokolwiek groźby ze strony oskarżonego M., co powinno skłonić Sąd I instancji co najmniej do powzięcia niedających się usunąć wątpliwości, które, w oparciu o przepis art. 5§2 k.p.k., powinno się rozstrzygnąć na korzyść oskarżonego M.. Słusznie więc apelujący obrońca podniósł, iż w świetle zeznań J. K., który jako jedyny zeznaje w niniejszym postępowaniu na ten temat, brak jest podstaw do uznania, iż zachowanie oskarżonego M. stanowiło groźbę karalną, wzbudzającą u pokrzywdzonego realną obawę jej spełnienia. Przyjmując nawet najmniej korzystną dla oskarżonego wersję, iż rzeczywiście wypowiedział wobec pokrzywdzonego sformułowanie, że „go zajebią”, jak zawiadomi o tym Policję, to ta wypowiedź, w kontekście tego, co wyżej powiedziano, nie zrobiła na pokrzywdzonym żadnego wrażenia a więc, że się jej w żaden sposób nie obawiał, na co wskazuje nie tylko jego zeznanie na rozprawie, ale i współpraca z Policją bezpośrednio po jej przyjeździe na miejsce zdarzenia. J. D. bowiem zeznała, że po przyjeździe na miejsce od pracownika salonu (czyli od J. K. – przyp. SA) dowiedziała się o przebiegu zdarzenia i o dwóch sprawcach pobicia leżącego na podłodze mężczyzny (k. 179).

Powyższe więc dowodzi, iż brak jest jednoznacznych podstaw do przyjęcia, by rzekomą groźbę J. K. potraktował na serio i jej spełnienia rzeczywiście się obawiał, a tym samym brak jest podstaw do przypisania oskarżonemu zarzucanego mu przestępstwa z art. 245 k.k.

Sąd odwoławczy, uwzględniając więc w tym zakresie zarzut apelacyjny, na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 437 k.p.k. zmienił zaskarżony wyrok i uniewinnił oskarżonego P. M. (1) od popełniania zarzucanego mu przestępstwa z art. 245 k.k. (jak w punkcie I lit. b).

Konsekwencją tej zmiany było też uchylene orzeczenia o karze łącznej, o której orzeczono w stosunku do oskarżonego M. w punkcie 5.

III. Inne rozstrzygnięcia.

Zastrzeżeń Sądu odwoławczego nie budzą pozostałe rozstrzygnięcia dotyczące oskarżonego D. N., zawarte w zaskarżonym wyroku. Sąd Apelacyjny więc nie znajdując innych podstaw do uwzględnienia wniesionych apelacji, w tym podstaw branych pod uwagę z urzędu, na podstawie art. 437§1 k.p.k. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części.

Z uwagi na uwzględnienie w części wniesionych apelacji, w tym częściowe uniewinnienie obu oskarżonych oraz mając na uwadze niezasadność apelacji prokuratora i kierując się względami słuszności (art. 636§2 k.p.k. w zw. z art. 633 k.p.k., art. 632 pkt 2 k.p.k. oraz art. 624§2 k.p.k.) w całości kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze obciążono Skarb Państwa, natomiast opłatami za obie instancje obciążono każdego z oskarżonych, mając na uwadze kary, jakie zostały im ostatecznie orzeczone, na podstawie art. 10 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 4 (dot. P. M. (1)) i pkt 3 (dot. J. H.) ustawy z dnia 23.06.1973 r. o opłatach w sprawach karnych (tekst jednolity z 1983 r., Dz.U. Nr 49, poz. 223 z późn. zm.).

Z uwagi na występowanie przed Sądem Apelacyjnym obrońców oskarżonych działających z urzędu i złożenie przez każdego z nich wniosku o przyznanie na ich rzecz kosztów nieopłaconej w żadnej części obrony, o kosztach tych

orzeczone na podstawie art. 29 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (tekst jednolity z 2016 r. Dz. U. poz. 1999 z późn. zm.) w zw. z §2 pkt 1, §4 ust. 1 i 3 i §17 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz.U. z 2016 roku, poz. 1714) w wysokości opłaty określonej w §17 ust. 2 pkt 5 (kwota 600 zł), powiększonej o stawkę 23% podatku VAT.

Marek Kordowiecki Henryk KomisarSKI Przemysław Grajzer