

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Stanisław Rączkowski
Sędziowie:	SSA Tadeusz Kielbowicz SSO del. SA Piotr Kaczmarek (spr.)
Protokolant:	Anna Turek

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Marka Ratajczyka

po rozpoznaniu w dniach 18 kwietnia 2013r i 5 czerwca 2013 r.

sprawy **A. C. (1)**

oskarżonego z art. 148 § 1 k.k., art. 263 § 2 k.k.

**A.(...)) M. (...))**

oskarżonego z art. 148 § 1 k.k.

z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora i oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze

z dnia 5 października 2012 r. sygn. akt III K 95/11

**I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego A. C. (1) w ten sposób, że uzupełnia opis czynu przypisanego temu oskarżonemu w punkcie I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku poprzez przyjęcie, że oskarżony ten stosując przemoc w postaci oddawania strzałów z broni palnej działał także w celu zmuszenia R. S. (1) do zwrotu silnika od wyciągu narciarskiego osobie, która miała posiadać do niego prawo własności, tak opisany czyn kwalifikuje z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 191 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., zaś za podstawę wymiaru kary za tak opisany czyn przyjmuje art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k.,**

**II. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego A. M. (1) w ten sposób, że czyn przypisany temu oskarżonemu w punkcie II części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku kwalifikuje jako przestępstwo z art. 191 § 2 k.k. w zw. z art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. tj. w brzmieniu obowiązującym do dnia 09 grudnia 2003r. i za to na podstawie art. 191 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierza karę 5 (pięciu) lat pozbawienia wolności, zaliczając na poczet tej kary**

**okres rzeczywistego pozbawienia wolności oskarżonego w sprawie od dnia 4 grudnia 2008 r. do dnia 22 listopada 2012r.,**

**III. utrzymuje w mocy w pozostałej części zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonych A. C. (1) i A. M. (1),**

**IV. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokatów M. K. (1) i M. E. po 885,60zł zł tytułem kosztów nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonych A. M. (1) i A. C. (1) w postępowaniu odwoławczym, w tym należy podatek od towarów i usług,**

**V. na podstawie art.624 § 1 k.p.k. w zw. z art.634 k.p.k. zwalnia oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, obciążając nimi Skarbu Państwa.**

## UZASADNIENIE

**1. A. C. (1)** został oskarżony o to, że:

I. w dniu 5 sierpnia 2003 r. w J., działając wspólnie i w porozumieniu z R. Z. (1), S. S. (1) i A. M. (1) oraz z bezpośrednim zamiarem pozbawienia życia R. S. (1), oddał do niego z dwóch egzemplarzy broni palnej o kalibrach 9 oraz 5,6 mm co najmniej 8 strzałów, w wyniku czego R. S. (1) doznał licznych ran postrzałowych kończyn dolnych i ręki prawej, rany postrzałowej pleców z przestrzałem, kręgosłupa, jelita cienkiego i przepony, rany postrzałowej prawej strony klatki piersiowej z przestrzałem płata środkowego prawego płuca i częściowym rozerwaniem prawej komory serca oraz masywnym krwawieniem do jam opłucnych, powodując w ten sposób gwałtowny krwotok wewnętrzny do jam opłucnych ciała pokrzywdzonego, co skutkowało ostrą niewydolnością krążeniowo-oddechową, w następstwie której nastąpił jego zgon,

**tj. o czyn z art. 148 § 1 kk**

II. w dniu 5 sierpnia 2003 r. w J., bez wymaganego zezwolenia posiadał broń palną w postaci nieustalonego bliżej pistoletu kaliber 9 mm oraz amunicję do niego,

**tj. o czyn z art. 263 § 2 kk**

**1. A. M. (1)** został oskarżony o to, że:

III. w dniu 5 sierpnia 2003 r. w J., działając wspólnie i w porozumieniu ze S. S. (1), R. Z. (1) i A. C. (1), przewidując możliwość pozbawienia życia R. S. (1) i godząc się na to, trzymał w dłoniach metalowy, gwintowany pręt w pozycji potowej do jego użycia i uniemożliwienia w ten sposób ucieczki pokrzywdzonego z miejsca zdarzenia, podczas gdy współdziałające z nim osoby, oddały do pokrzywdzonego z nie mniej jak dwóch egzemplarzy broni palnej o kalibrach 9 oraz 5,6 mm co najmniej 8 strzałów, w wyniku czego R. S. (1) doznał licznych ran postrzałowych kończyn dolnych i ręki prawej, rany postrzałowej pleców z przestrzałem kręgosłupa, jelita cienkiego i przepony, rany postrzałowej prawej strony klatki piersiowej z przestrzałem płata środkowego prawego płuca i częściowym rozerwaniem prawej komory serca oraz masywnym krwawieniem do jam opłucnych, powodując w ten sposób gwałtowny krwotok wewnętrzny do jam opłucnych ciała pokrzywdzonego, co skutkowało ostrą niewydolnością krążeniowo-oddechową w następstwie której nastąpił jego zgon,

**tj.o czyn z art. 148 § 1 kk.**

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze wyrokiem z dnia 05 października 2012 r. orzekł, że:

I. uznał oskarżonego A. C. (1) za winnego tego, że w dniu 5 sierpnia 2003 roku w J., działając wspólnie i w porozumieniu ze S. S. (1) i inną osobą, przewidując możliwość pozbawienia życia R. S. (1) i godząc się na to, wraz z A. M. (1), S. S. (1) i inną osobą otoczył pokrzywdzonego, a następnie oskarżony oraz S. S. (1) oddali najpierw do stojącego R. S. (1), a po podjęciu próby ucieczki również do niego będącego w biegu łącznie co najmniej 6 strzałów z

broni palnej o kal. 9 mm oraz co najmniej 4 strzały z broni palnej kal. 5,6 mm, w wyniku czego R. S. (1) doznał licznych ran postrzałowych kończyn dolnych, rany postrzałowej ręki prawej, rany postrzałowej pleców w okolicy lędźwiowej z kanałem drążącym w głąb jamy brzusznej, rany postrzałowej pachwiny prawej oraz rany postrzałowej prawej strony klatki piersiowej z przestrzałem płata środkowego prawego płuca i częściowym rozerwaniem prawej komory serca oraz masywnym krwawieniem do jam opłucnych, powodując w ten sposób gwałtowny krwotok wewnętrzny do jam opłucnych ciała pokrzywdzonego, co skutkowało ostrą niewydolnością krążeniowo-oddechową, w następstwie której nastąpił jego zgon, przy czym czynu tego dopuścił się, będąc uprzednio skazany wyrokiem Sądu O. Rejonu Miasta G. z dnia 11 lipca 1999 r. m.in. za czyn z art. 151-6 część 2 K. Karnego Rep. Białoruś za przestępstwo popełnione z groźbą użycia przemocy i jej zastosowaniem na karę 3 lat pozbawienia wolności, skrócona następnie w drodze amnestii o rok, którą odbył w okresie od dnia 13 maja 1999 r. do dnia 12 października 2000 r. tj. zbrodni z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 148 § 1 k.k. wymierzył mu karę 15 (piętnastu) lat pozbawienia wolności;

II. uznał oskarżonego A. M. (1) za winnego tego, że w dniu 5 sierpnia 2003 roku w J., działając wspólnie i w porozumieniu z A. C. (1), S. S. (1) i inną osobą, w celu zmuszenia R. S. (1) do zwrotu silnika od wyciągu narciarskiego osobie, która miała posiadać do niego prawo własności, groził użyciem wobec R. S. (1) przemocy poprzez uderzenie trzymanym przez niego metalowym prętem oraz postrzałem z broni palnej trzymanej przez pozostałych napastników, a następnie, przewidując możliwość spowodowania u R. S. (1) ciężkich obrażeń ciała w postaci choroby realnie zagrażającej życiu i godząc się na to użyli oni przemocy poprzez oddanie przez A. C. (1) i S. S. (2) w kierunku nóg stojącego R. S. (1) co najmniej 5 strzałów z dwóch egzemplarzy broni, czym spowodowali u niego obrażenia ciała w postaci ran postrzałowych uda lewego, prawego kolana, podudzia prawego oraz okolicy skokowej prawej skutkujących naruszeniem czynności narządów ciała na czas powyżej dni 7, tj. czynu z art. 191 § 2 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. i art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. wymierzył mu karę 6 (sześciu) lat pozbawienia wolności;

III. uznał oskarżonego A. C. (1) za winnego tego, że w dniu 05 sierpnia 2003 r. w J. bez wymaganego zezwolenia posiadał broń palną w postaci nieustalonego bliżej pistoletu kaliber 9 mm lub rewolweru kaliber 5,6 mm wraz z amunicją tj. występku z art. 263 § 2 kk i za to na podstawie art. 263 § 2 kk wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

IV. na podstawie art. 85 kk i art. 86 § 1 kk orzeczone w pkt I i III części dyspozytywnej wyroku wobec oskarżonego A. C. (1) kary pozbawienia wolności połączył i orzekł karę łączną 15 (piętnastu) lat pozbawienia wolności,

V. na podstawie art. 44 § 2 kk orzekł przepadek dowodów opisanych w wykazie dowodów rzeczowych Drz (...)m pod poz. 1-14;

VI. na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu A. C. (1) okres tymczasowego aresztowania od dnia 04 marca 2009 r. do dnia 05 października 2012 r. oraz A. M. (1) od dnia 16 grudnia 2008 r. do dnia 05 października 2012 r.;

VII. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. K. T. i adw. M. K. (1) kwoty po 3240 zł. oraz dalsze 745, 20 zł. tytułem podatku od towarów i usług;

VIII. zwolnił oskarżonych od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych, w tym opłaty.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze zaskarżyli prokurator oraz oskarżeni poprzez swoich obrońców.

**Prokurator** zaskarżył powyższy wyrok w całości na niekorzyść oskarżonych A. C. (1) i A. M. (1). Orzeczeniu temu zarzucił:

I. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia wobec A. C. (1), a mający wpływ na jego treść, poprzez przyjęcie, iż działał w zamiarze ewentualnym pozbawienia życia pokrzywdzonego, co było wynikiem nieuprawnionego i alternatywnego ustalenia, iż oskarżony ten mógł posługiwać się bronią palną mniejszego kalibru,

co uniemożliwia zindywidualizowanie następstw jego działania, podczas gdy całokształt zgromadzonych okoliczności wskazuje na to, iż A. C. (1) przybył do J. celem „udzielenia wsparcia ogniowego R. Z. (1)”, posługiwał się bronią kalibru 9 mm, działał od początku w sytuacji o dynamicznym, a wręcz gwałtownym, przebiegu, co uniemożliwiało mu spokojne celowanie do człowieka w miejsca mniej narażone na spowodowanie skutku śmiertelnego, a ilość oddanych strzałów, determinacja w realizacji celu, użyte narzędzie, a wreszcie brak planu co do tego, jak postąpić w sytuacji kilkukrotnego postrzelenia pokrzywdzonego świadczą bezwzględnie, o tym, iż oskarżony przypisanego mu czynu dopuścił się z zamiarem bezpośrednim pozbawienia życia R. S. (1);

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, wobec przyjęcia alternatywnego posiadania przez A. C. (1) broni kalibru 5,6 mm lub 9 mm w dacie czynu, podczas gdy całokształt zebranych w toku postępowania dowodów – w kontekście chronologii ich ujawniania i gromadzenia, a także ciąg poszlak składających się na określoną tezę dowodową, a wreszcie ocena tychże poprzez pryzmat logiki i doświadczenia życiowego, w kontekście dowodów z zeznań M. K. (2), które posłużyły Sądowi do odtworzenia przebiegu zdarzenia, jak i ustalenia prawidłowych ustaleń faktycznych w sprawie przeciwko S. S. (1), prowadzą do nieodpartego wniosku, iż A. C. (1) w dniu zdarzenia posiadał i posługiwał się bronią palną kalibru 9 mm;

III. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia wydanego w stosunku do oskarżonego A. M. (1) i mający wpływ na jego treść, poprzez nieuprawnione uznanie, że oskarżony ten obejmował swym zamiarem jedynie zmuszenie pokrzywdzonego do określonego działania i spowodowanie u niego ciężkich obrażeń ciała, podczas gdy całokształt ujawnionych dowodów i ich wnikliwa analiza wskazują na to, iż czynione przez oskarżonego i pozostałe ustalone osoby przygotowania w postaci przywiezienia do J. broni palnej, celem „udzielenia wsparcia ogniowego”, przygotowanie miejsca zdarzenia – poprzez jego odizolowanie od możliwości obserwowania przez postronne osoby, przebieg zdarzenia kiedy to rozpoczęto ostrzał pokrzywdzonego z dwóch jednostek broni palnej w sytuacji, gdy nie zgodził się ze stawianym żądaniem, postawa A. M. (1), który trzymając w gotowości metalowy pręt uniemożliwił pokrzywdzonemu ucieczkę w pierwszej fazie zdarzenia, a następnie pomimo tego, że pokrzywdzony ugodzony kilkoma pociskami padł na podłogę, gotów był do jego przytrzymania, a wreszcie udział tego oskarżonego w zacieraniu śladów zdarzenia polegający na zbieraniu łusek i braku podjęcia jakichkolwiek działań zmierzających do udzielenia pomocy pokrzywdzonemu jednoznacznie wskazują na to, iż oskarżony ten godził się z możliwością pozbawienia życia R. S. (1), a swoją postawą akceptował przebieg zdarzenia i dobór użytych środków i gotów był współdziałać z pozostałymi oskarżonymi celem uniemożliwienia rannemu pokrzywdzonemu ucieczki z miejsca dokonania czynu zabronionego, które to okoliczności wykluczają możliwość uznania, iż oskarżony ten nie obejmował swą świadomością ewentualności pozbawienia życia pokrzywdzonego;

IV. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, a wyrażający się w niekonsekwentnym i błędnym uznaniu, iż A. M. (1) działał jedynie w pierwotnym zamiarze zmuszenia pokrzywdzonego do określonego działania, zaś nie wskazanie tego samego celu działania przy opisie czynu przypisanemu drugiemu z oskarżonych, co do którego Sąd błędnie przyjął, iż nie było jego bezpośrednim zamiarem pozbawienie życia pokrzywdzonego, nie wskazując jednocześnie, z uwagi na co podjął inkryminowane mu działanie, co czyni zaskarżone orzeczenie wewnętrznie sprzecznym z uwagi na to, że z prawidłowo zebranych dowodów, Sąd wyciągnął błędne i wzajemnie wykluczające się wnioski;

V. rażąca niewspółmierność kary pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonemu A. C. (1), wynikającą w pierwszej kolejności z błędnego poglądu, iż działał on jedynie w zamiarze ewentualnym pozbawienia życia pokrzywdzonego, co zdaniem Sądu stanowi okoliczność łagodzącą, podczas gdy już tylko takie stwierdzenie w kontekście okoliczności zdarzenia, a więc działania w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, a polegającej na podjęciu się udziału w pozbawieniu życia nieznanego sobie człowieka z chęci zysku, rodzaj użytego środka, stanowczość zamiaru wyrażającą się na dwukrotnym dzień po dniu, przybyciu na miejsce zdarzenia, a także sposób życia oskarżonego przed, jak i po popełnieniu przestępstwa wskazują na to, iż jest on sprawcą wysoce zdemoralizowanym i niepoprawnym skłonny do podejmowania działań godzących w najwyższe wartości z wyrachowania i bez jakiegokolwiek refleksji, co wskazuje na to, iż wymierzona kara nie spełni swych celów, a w szczególności nie spowoduje długotrwałego odizolowania niepoprawnego sprawcy od społeczeństwa, a przeciż w kontekście ujawnionych okoliczności stwierdzić

należy, iż tylko kara pozbawienia wolności – w wymiarze wyższym od zwyczajnego, w kontekście wszystkich okoliczności przedmiotowych i podmiotowych, może zapewnić prawidłową karnoprawną reakcję na zachowanie tego oskarżonego, działającego w warunkach powrotu do przestępstwa, który jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, po popełnieniu przypisanego mu czynu podjął kolejne działania godzące w takie samo dobro chronione prawem, co dostatecznie nakreśla przyjęty przez niego sposób życia i wskazuje na potrzebę orzeczenia kary nadzwyczajnej, która uchroni społeczeństwo przed działaniami oskarżonego w sytuacji zbyt szybkiego odzyskania przez niego wolności;

VI. rażąco niewspółmierność kary 15 lat pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonemu A. C. (1), w wyniku czego kary po 15 lat pozbawienia wolności wymierzone jak do tej pory za udział w pozbawieniu życia R. S. (1), a to S. S. (1) i oskarżonemu przy diametralnej różnicy okoliczności podmiotowych obu tych osób, przemawiających zdecydowanie na niekorzyść działającego w warunkach powrotu do przestępstwa A. C. (1), są identyczne, co poddaje w wątpliwość sprawiedliwość i trafność karnoprawnej relacji na ten sam czyn, wobec orzeczenia w stosunku do A. C. (1) kary pozbawienia wolności w takim samym wymiarze, jak orzeczonej kilka lat wcześniej wobec nie karanego sędownie S. S. (2);

VII. rażąco niewspółmierność kary pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonemu A. M. (1), wynikającą z błędnej karnoprawnej oceny zarzuconego mu czynu i sprzecznego z zasadami logiki i doświadczenia życiowego przyjęcia, że nie obejmował swą świadomością zachowań pozostałych oskarżonych, którzy podjęli działania bezpośrednio zmierzające do pozbawienia życia pokrzywdzonego, a w konsekwencji mylnego uznania za okoliczności brak posłużenia się przez tego oskarżonego bronią palną i brak podejmowania przez niego działań skutkujących obrażeniami u pokrzywdzonego, w wyniku czego wymierzona kara – znacząco odbiegająca od górnego ustawowego zagrożenia, mająca na celu zróżnicowanie sytuacji prawnej A. M. (1) i drugiego z oskarżonych - w wyniku błędnej oceny przypisanego mu czynu nie spełnia swych celów w zakresie prewencji ogólnej, jak i szczególnej, a w szczególności nie wpłynie w prawidłowy sposób na kształtowanie prawidłowych postaw w społeczeństwie, jak i nie będzie stanowiła dla oskarżonego należytej odpłaty za czyn, jakiego się dopuścił, w szczególności w kontekście jego postawy po popełnieniu przypisanego mu czynu.

Stawiając powyższe zarzuty prokurator wniósł o:

- uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

W przypadku zaś nieuwzględnienia wyartykułowanych niniejszą apelacją zarzutów w zakresie błędów w ustaleniach faktycznych, wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez:

1. orzeczenie wobec A. C. (1) kary 25 lat pozbawienia wolności, z jednoczesnym ograniczeniem na podstawie art. 77 § 2 kk możliwości ubiegania się przez oskarżonego o skorzystanie z instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia, po odbyciu przez niego kary 22 lat pozbawienia wolności.

2. orzeczenie wobec A. M. (1) kary 10 lat pozbawienia wolności.

**Obrończyni oskarżonego A. M. (1)** zaskarżyła wyrok w części tj. w pkt II i VI części dyspozytywnej wyroku, na korzyść tego oskarżonego. Orzeczeniu tego zarzuciła:

a) obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, a to art. 167 kpk i 169 § 2 kpk w zw. z art. 170 § 2 kpk oraz art. 170 § 1 pkt 5 kpk w zw. z art. 6 kpk, poprzez:

- odmowę zażądania udzielenia informacji przez Laboratorium Kryminalistyczne Komendy Wojewódzkiej Policji we W. na okoliczność ustalenia czy Laboratorium to dysponuje dokumentacją z zabezpieczenia i pobrania śladów z odzieży należącej do świadka M. K. (2), pobranych do zbadania obecności cząsteczek pozostałości po wystrzale z broni palnej ( (...)) i – w przypadku uzyskania informacji potwierdzającej – zażądania złożenia tej dokumentacji do akt sprawy w celu ustalenia z jakich miejsc odzieży świadka pobrano materiał do zbadania śladów powystrzałowych, oraz

- odmowę przesłuchania w charakterze świadka W. D. (1), na okoliczność ustalenia z jakich miejsc odzieży należącej do świadka M. K. (2) pobrano ślady do zbadania cząsteczek pozostałości po wystrzale z broni palnej ( (...)),

- pomimo, że ustalenie tej okoliczności, w świetle opinii biegłego K. C. z dnia 17 grudnia 2010 r. mogło przyczynić się do wnikliwszego wyjaśnienia kwestii źródła pochodzenia ujawnionych na odzieży M. K. (2) cząsteczek (...) i w konsekwencji udzielenia odpowiedzi na pytanie czy ich obecność świadczy o tym, że świadek ten mógł oddawać strzały z broni palnej (posługiwał się bronią), czy też jedynie znajdował się w strefie oddziaływania (posiadania) cząsteczek powystrzałowych z broni palnej, której użyły inne osoby, a które to ustalenia winny mieć istotny wpływ na ocenę mocy dowodowej zeznań świadka M. K.;

b) obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, a to art. 201 kpk, w zw. z art. 193 § 1 kpk w zw. z art. 6 kpk, polegające na odmowie przeprowadzenia dowodu z uzupełniającej opinii biegłego K. C. (2) z zakresu badań fizykochemicznych śladów powystrzałowych z broni palnej pomimo, że wydana dotychczas opinia jest niepełna oraz niejasna, i ma jedynie walor hipotetyczny, gdyż jej wnioski co do zakresu rozprzestrzeniania się cząsteczek pozostałości po wystrzale z broni palnej ( (...)) nie uwzględniają konkretnych warunków w jakich na m miejscu zabójstwa R. S. (1) oddawane były strzały, a w konsekwencji opinia ta nie pozwala na udzielenie odpowiedzi na zadane przez Sąd biegłemu pytanie w jaki sposób cząsteczki powstałe w wyniku wystrzału z broni palnej znalazły się na ubraniu M. K. (2) i czy świadczą o tym, że świadek ten mógł oddawać strzały z broni palnej;

c) obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, a to art. 4 kpk, art. 7 kpk, art. 5 § 2 kpk, poprzez dowolną ocenę materiału dowodowego, nierozważnie wszystkich okoliczności sprawy, a szczególnie tych, które winny przemawiać na korzyść oskarżonego, co w konsekwencji skutkowało błędem w ustaleniach faktycznych, polegającym na przyjęciu, że działaniu oskarżonego A. M. towarzyszył ewentualny zamiar popełnienia czynu z art. 156 § 1 pkt. 2 kk, polegający na przewidywaniu, w związku z oddawaniem strzałów przez inne osoby, możliwości spowodowania u R. S. (1) ciężkich obrażeń ciała w postaci choroby realnie zagrażającej życiu i godzeniu się na taką ewentualność mimo, że prawidłowa ocena wyjaśnień obu oskarżonych, zeznań świadków: M. K., M. T., i A. D., a także opinii biegłego balistyka P. S. oraz opinii medycznych R. P. i J. K. prowadzi do wniosku, że porozumienie w zakresie stosowania przemocy w postaci możliwości strzelania z broni powstało nie wcześniej niż z chwilą oddawania strzałów w podłogę pod nogi R. S., do momentu podjęcia przez pokrzywdzonego próby ucieczki nie istniało zagrożenie powstania długotrwałej choroby realnie zagrażającej życiu, zaś oskarżony A. M. swoim zamiarem obejmował wówczas co najwyżej możliwość powstania u pokrzywdzonego skutków, o których mowa w art. 157 § 1 kk i na taką ewentualność się godził, a zatem nie sposób przypisać mu usiłowania popełnienia czynu z art. 156 § 1 pkt. 2 kk.

d) obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, a to art. 598 § 2 w zw. z art. 265 kpk, polegającą na nieprawidłowym zaliczeniu oskarżonemu A. M. (1) okresu jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie, tj. okresu tymczasowego aresztowania od dnia 16 grudnia 2008 r. do dnia 25 stycznia 2011 r. mimo, iż oskarżony ten już w dniu 4 grudnia 2008 r. w związku ze zwolnieniem od odbywania kary na terenie Ukrainy, został zatrzymany przez władze ukraińskie w celu przekazania go organom polskim dla potrzeb niniejszego postępowania co też faktycznie nastąpiło w dniu 16 grudnia 2008 r. o godz. 12.00 na granicy polski-ukraińskiej, a tym samym zaliczeniu na poczet orzeczonej w niniejszej sprawie kary pozbawienia wolności winien podlegać okres od dnia 4 grudnia 2008 r. do 5 października 2012 r.

Obrończyni oskarżonego wniosła o:

- uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Jeleniej Górze, ewentualnie

- zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez przyjęcie: w pkt. II, że oskarżony A. M. dopuścił się czynu z art. 191 § 2 kk i art. 157 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i za to na podstawie art. 191 § 2 kk, wymierzenie mu kary pozbawienia wolności w dolnym wymiarze ustawowego zagrożenia, przewidzianego w tym przepisie, oraz w pkt. VI: zaliczenie na poczet

orzeczonej oskarżonemu A. M. kary, okresu jego faktycznego pozbawienia wolności od dnia 4 grudnia 2008 r. do dnia 5 października 2012 r.

**Obrońca oskarżonego A. C. (1)** zaskarżył powyższy wyrok w całości na jego korzyść tj. w punktach I, III i IV.

Wyrokowi temu zarzucił:

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

- art. 167 i 169 § 2 w zw. z art. 170 § 2 kpk oraz art. 170 § 1 pkt. 5 kpk w zw. z art. 6 kpk poprzez oddalenie wniosków obrońcy oskarżonego A. C. (1) oraz obrońcy A.M. o: 1) zażądanie udzielenia informacji przez Laboratorium Kryminalistyczne Komendy Wojewódzkiej Policji we W. czy Laboratorium to dysponuje dokumentacją z pobrania śladów z odzieży należącej do świadka M. K. (2) pobranych do zbadania cząsteczek pozostałości po wystrzale z broni palnej (tzw. ślady powystrzałowe (...)), a w szczególności „Protokołem pobrania śladów (...) i – w przypadku uzyskania informacji potwierdzającej zażądania złożenia tej dokumentacji do akt sprawy w celu ustalenia z jakich miejsc tej odzieży pobrano materiał do zbadania śladów powystrzałowych oraz 2) o przesłuchanie na tę samą okoliczność świadka W. D. (1) (postanowienia Sądu na rozprawie 17.11.11 oraz na rozprawie 10.01.12), pomimo, że jak wynika z opinii z zakresu badań fizykochemicznych śladów powystrzałowych z broni palnej K. C. oraz z dostępnych w tym zakresie informacji z innych fachowych źródeł, ustalenie konkretnych miejsc odzieży z których pobrane zostały do badania próbki na obecność śladów powystrzałowych – które to ślady ujawniono na odzieży bezpośrednio świadka zdarzenia M. K. – mogło wyjaśnić czy świadek strzelał z broni palnej czy jedynie znajdował się w strefie oddziaływania cząsteczek powystrzałowych z broni palnej użytej przez inne osoby, które to ustalenie, gdy okazało się możliwe, a do czego zmierzały oddalone wnioski dowodowe, mogło wywrzeć istotny wpływ na ocenę mocy dowodowej zeznań świadka K.;

- art. 170 § 1 pkt. 3 kpk w zw. z art. 205 § 1 kpk i art. 6 kpk poprzez oddalenie wniosku oskarżonego A. C. z dnia 20.12.11 r. o sporządzenie szkicu miejsca zdarzenia przez specjalistę z zakresu kryminalistyki, na który to szkic 1) zostałyby nanesione dane o położeniu śladów kryminalistycznych wynikające z protokołu oględzin miejsca zdarzenia oraz 2) zaznaczono by na nim usytuowanie uczestników zdarzenia wg odmiennie podawanych wersji przez oskarżonych oraz świadka M. K. (2), co skutkowało trudnościami w rozumieniu opinii biegłego z zakresu badania broni i balistyki P. S. (2) oraz uniemożliwiło poczynienie dokładnych ustaleń w zakresie miejsc znajdowania się poszczególnych uczestników w czasie zdarzenia, odległości pomiędzy nimi i możliwości obserwowania zdarzenia przez świadka K. i w konsekwencji mogło mieć wpływ na treść ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd, a niezależnie od tego utrudniało oskarżonemu obronę;

- art. 201 w zw. z art. 193 § 1 kpk poprzez oddalenie wniosku obrońcy oskarżonego A. M. popieranego przez obrońcę oskarżonego C. oraz przez tego oskarżonego osobiście o przeprowadzenie dowodu „z czynności technicznej pomiaru hali hurtowni”, a następnie z uzupełniającej opinii biegłego z zakresu badań fizykochemicznych śladów powystrzałowych z broni palnej K. C. (2), pomimo, że wydana dotychczas opinia jest niepełną i niejasną, ma bowiem jedynie walor abstrakcyjno – hipotetyczny, gdyż jej wnioski co do zakresu rozprzestrzeniania się cząsteczek pozostałości po wystrzale z broni palnej nie uwzględniają konkretnych warunków w jakich strzały były oddawane, a w konsekwencji opinia ta nie może stanowić podstawy do kategorycznego wnioskowania czy stwierdzone na odzieży świadka K. cząsteczki powystrzałowe (tzw. ślady (...)) pochodzą na skutek oddawania przez niego samego strzałów z broni palnej czy też na skutek znajdowania się świadka w obszarze oddziaływania takich cząsteczek pochodzących z wystrzałów z broni palnej oddanych przez inne osoby (postanowienie Sądu na rozprawie 10.01.12 r.);

- art. 7 i 410 kpk poprzez dowolną ocenę materiału dowodowego skutkującą błędnymi ustaleniami faktycznymi dotyczącymi istotnych okoliczności sprawy, polegającymi w szczególności na tym, że oskarżony A. C. (1) działając wspólnie i w porozumieniu ze S. S. (1) i inną osobą posiadał broń palną, że z broni tej oddawał strzały, że miał świadomość posiadania broni przez inne osoby, a niezależnie od tego że przewidywał możliwość pozbawienia życia R. S. (1) i godził się na to, podczas gdy rozważenie całokształtu okoliczności sprawy ujawnionych w toku rozprawy głównej dokonane z uwzględnieniem dowodów przemawiających zarówno na korzyść jak i niekorzyść oskarżonego

z uwzględnieniem zasad logicznego rozumowania, wiedzy i doświadczenia życiowego, w tym w szczególności ocena dowodu z zeznań świadka M. K. (2), nie pozwala na takie ustalenia;

- art. 5 § 2 kpk poprzez rozstrzygnięcie nie dających się usunąć wątpliwości, wynikających z niemożności wykluczenia wersji zdarzenia przedstawionej przez oskarżonego A. C. oraz współoskarżonego A.M., na niekorzyść oskarżonego;

II. obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 64 § 1 w zw. z art. 5 i art. 115 § 3 kk polegającą na bezzasadnym zastosowaniu do czynu przypisanego oskarżonemu A. C. w pkt. I wyroku kwalifikacji z art. 148 § 1 w zw. z art. 64 § 1 kk.

III. rażąco surowość wymierzonej oskarżonemu kary pobawienia wolności.

Stawiając powyższe zarzuty obrońca oskarżonego wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzutów dokonania zabójstwa R. S. (1) oraz posiadania broni palnej bez wymaganego zezwolenia, ewentualnie o wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej czynu opisanego w punkcie I wyroku art. 64 § 1 kk i wymierzenie oskarżonemu znacznie łagodniejszej kary.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje.**

Spośród złożonych apelacji na częściowe jedynie uwzględnienie zasługiwały apelacje obrońcy A.M. oraz oskarżyciela publicznego, w pozostałym zakresie apelacje nie były zasadne.

Analiza zarzutów podniesionych w pkt a i b apelacji obrońcy A. M. oraz w pkt I – pierwszy i trzeci – obrońcy A.C. wskazuje na tożsamość istoty tych zarzutów tj. kwestii śladów (...) stwierdzonych na odzieży M. K., co pozwala na łączne odniesienie się do tych zarzutów. Oceniając te zarzuty jako niezasadne Sąd Apelacyjny miał na uwadze co następuje. Trafnie zarówno w postanowieniach o oddaleniu wniosków dowodowych o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka, uzyskania informacji, uzupełniającej opinii biegłego oraz dokonania pomiaru hali hurtowni ,jak też uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (k.4904v-4905) Sąd I instancji wskazał na zasadniczą kwestię, z jaką wiąże się dalsza ocena wnioskowanych dowodów. Rzecz w tym, iż oprócz późno wyrażonego jedynie przypuszczenia przez oskarżonych, że nie da się wykluczyć że M. K. z miejsca gdzie się znajdował w czasie zdarzenia tj. za paletami, oddawał strzały w kierunku pokrzywdzonego ,to na taką okoliczność nie wskazuje żaden dowód osobowy. Ma to tym bardziej istotne znaczenie przy dostrzeżeniu, że na takie zachowania M. K. nie wskazują stanowczo zarówno oskarżeni, ale także kolejny ze sprawców tj. S.S., który kwestionując konsekwentnie do chwili obecnej swoje sprawstwo w zakresie oddawania strzałów, przerzucał odpowiedzialność w tym zakresie na inne osoby, nigdy nie wskazał nawet na M. K. w kontekście posiadania broni, a tym bardziej jej używania, mimo że chcąc ograniczyć swoją odpowiedzialność karną mógłby być zainteresowany wskazaniem M. K. jako osoby strzelającej. Sugerowane działanie M. K. byłoby także nieracjonalne w kontekście prawidłowo poczynionych ustaleń przez Sąd I instancji (nie kwestionowanych przez oskarżonych) co do tego gdzie znajdował się w czasie zdarzenia M. K. tj. za paletami, ukrywając się tam ze strachu, kiedy rozpoczęto oddawanie strzałów z broni palnej. Nie sposób w takiej sytuacji wytłumaczyć powodów dla których M. K. najpierw miał się ukrywać za paletami, później zaś zacząć oddawać strzały do pokrzywdzonego, znajdując się w większym oddaleniu od niego niż oskarżeni i w miejscu utrudniającym oddawanie strzałów. Trafnie ustalił Sąd I instancji (k.4917) brak motywu, który uzasadniałby tak drastycznie zmienione zachowanie M. K., nie mogła nią być kwestia jego zadłużenia wobec R. S., bowiem w takim przypadku nie ukrywałby się ze strachu za paletami, nadto śmierć pokrzywdzonego który dysponował dokumentami potwierdzającymi zobowiązania M. K. ( a czego ten ostatni nie świadom) nie zwolniłaby M. K. z tego zobowiązania finansowego. Trafnie wskazano na kolejną istotną okoliczność tj. stwierdzenia na odzieży należącej do M. K. jedynie śladów indykatywnych (...), nie odnalezienie zaś śladów unikalnych, co ma istotne znaczenie albowiem jedynie stwierdzenie śladów unikalnych pozwala na stanowcze wnioskowanie o używaniu przez daną osobę broni palnej albowiem tego typu ślady powstają wyłącznie w procesie użycia broni palnej, zaś cząstki indykatywne jedynie o prawdopodobieństwie, że osoba na odzieży której je znaleziono znajdowała się w pobliżu osoby strzelającej, nie dając podstaw do stanowczego wnioskowania iż osoba ta strzelała z broni palnej. Cząstki te pomiędzy sobą różnią się składem chemicznym, sposób



rozprzestrzeniania się jest analogiczny (k.3640v), stąd zasadnie kwestię braku cząstek unikalnych zaakcentowano, skoro brak racjonalnych podstaw tłumaczących brak cząstek unikalnych na odzieży M. K. – przy założeniu że był osobą strzelającą – przy jednoczesnej obecności cząstek indykatywnych. Sąd I instancji przekonująco wskazał na przyczyny uzasadniające obecność cząstek indykatywnych (...) na odzieży M. K., odwołując się do logicznej, zupełnej i niesprzecznej opinii biegłego K. C. (k.3639-3641). Biegły wskazał na okoliczności mogące wpłynąć na zakres w jakim rozprzestrzeniają się cząsteczki (...), w szczególności czy jest to w pomieszczeniu zamkniętym czy też w przestrzeni otwartej, precyzując maksymalne wartości dla pomieszczeń zamkniętych. Nie podważają tych wniosków biegłego, wskazywane przez obrońców wartości podawane w literaturze specjalistycznej kiedy dostrzec, iż dotyczą one warunków eksperymentalnych czy też np. pojedynczych wystrzałów, w sytuacji gdy okolicznością bezsporną jest że w trakcie zdarzenia strzały oddawane były wielokrotnie (minimum dziesięciokrotnie), przez dwie różne osoby znajdujące się w różnych położeniach. Intuicyjne są wręcz wnioski biegłego co do charakteru rozprzestrzeniania się tych śladów, ich skomplikowania jako procesów fizyko-chemicznych z uwagi na wielość czynników mogących wpłynąć na ich przebieg. Wbrew zarzutom obrońców opinia tego biegłego nie jest niepełna i niejasna z uwagi na swój „abstrakcyjno-hipotetyczny” charakter albowiem uwzględnia ona (na co wskazują m.in. wypowiedzi biegłego z k. 3640) okoliczność oddawania strzałów w pomieszczeniu zamkniętym, trafnie przy tym podkreślając brak podstaw do traktowania jako ściśle sztywnych podawanych granic rozprzestrzeniania się cząstek (...). Skoro zatem biegły brał pod uwagę oddawanie strzałów w zamkniętym pomieszczeniu to brak było potrzeby dokonywania czynności pomiaru hali, dlatego oddalenie wniosków dowodowych w tym zakresie nie naruszało art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k., nie prowadziło do ograniczenia prawa do obrony (art. 6 k.k.). Jedynie pozornie uzasadnia twierdzenie obrońców o potrzebie uzupełnienia opinii K. C. odwołanie się do wypowiedzi biegłego z zakresu broni P. S., którego wypowiedzi pozostają jakoby w sprzeczności z opinią K. C.. Treść wypowiedzi biegłego P. S. (k.4244 in fine), wskazująca na odległość na kilkadziesiąt centymetrów dotyczy zupełnie innych śladów niż cząstki (...) tj. śladów osmalin, drobin prochu itp., na co wskazuje zarówno literalnie odczytywana treść wypowiedzi biegłego jak też następująca zaraz potem wypowiedź, iż biegły nie będzie się wypowiadał o śladach (...) bo nie jest to dziedziną którą się zajmuje. Twierdzenia o niepełności i niejasności opinii K. C. nie uzasadnia przedstawione przez obrońcę A. C. (k.5004) zestawienie podanej przez biegłego wartości rozprzestrzeniania się śladów (...) z podaną przez obrońcę odległością w jakiej od strzelających miał się znajdować M. K.. Taka ocena tego argumentu wynika z uwzględnienia, że wartość 2,5 m podana przez biegłego nie ma charakteru kategorycznego (k.3640v), odległość wskazana przez obrońcę ma charakter subiektywny, wreszcie co najistotniejsze, abstrahuje ono od istotnej okoliczności jaką było przemieszczenie się M. K. zaraz pod oddawaniem strzałów, kierowanych w kierunku pokrzywdzonego zmierzającego do drzwi wejściowych. Ta ostatnia okoliczność wynikająca m.in. z wyjaśnień M. K. (k.108) wskazuje na przemieszczanie się M. K. w tym samym kierunku tj. drzwi wejściowych, w którym chwilę wcześniej oddawane były strzały, skutkujące przemieszczaniem się w tym kierunku m.in. cząstek (...). Z tych samych wyjaśnień wynika także, że M. K. po opuszczeniu hali powrócił do niej przebywając w pobliżu sprawców w tym osób strzelających. Trafna była zatem ocena Sądu I instancji o przyczynach z racji których na odzieży M. K. znalazły się indykatywne (co jeszcze raz należy podkreślić) cząstki (...). Przekonująco, odwołując się do opinii K. C. (k.3639v, 3641), wykazano dlaczego cząstki (...) mogły znaleźć się na innych elementach odzieży czy rękawicach tj. iż do przemieszczenia śladów (...) mogło dojść już chociażby poprzez położenie jednej sztuki odzieży na inne, tym bardziej gdyby była ona następnie przekładana, pakowana czy rozpakowywana. Nie przekonujące jest w tym zakresie twierdzenie obrońcy A. M. o niemożności takiego przemieszczenia się tych śladów albowiem stwierdzono je na odzieży zapakowanej w dwa odrębne opakowania foliowe (ślad nr 1 i 3 zabezpieczonych w trakcie oględzin) oraz odzieży znajdującej się poza tymi opakowaniami – (ślad nr 4). Wskazać w tym miejscu należy na wnioski wynikające z analizy protokołu oględzin (k.84-86) wskazującego na to, że przedmioty w postaci odzieży znajdowały się w nieładzie, na stosie, pomieszanych ze sobą poduszek, śpiworów, odzieży. Brak podstaw do wykluczenia tego, iż odzież którą miał na sobie M. K. w czasie zdarzenia, wraz ze znajdującymi się na niej cząstkami (...) została najpierw zdjęta, odłożona a później spakowana lub pozostawiona. Po drugie z tego samego protokołu wynika, że cały stos pomieszanych rzeczy w trakcie oględzin był przemieszczany dla jego segregacji, w tym rozpakowywano dla możliwie precyzyjnego opisanie wszystkie elementy odzieży znajdujące się w reklamówce i worku. Już tylko w wyniku tej ostatniej czynności dojść mogło do przemieszczenia cząstek na inne elementy odzieży czy też ich przemieszczania się z jednego miejsca danej odzieży na inne. Nie naruszyło art. 167, 169 § 2 k.p.k. w zw. z art. 170 § 2 k.p.k. i art. 6 k.p.k. oddalenie wniosków dowodowych co do przesłuchania świadka W. D. oraz uzyskanie informacji z Laboratorium

Kryminalistycznego KWP we W., zmierzających do ustalenia z jakich elementów odzieży pobrano próbki w których następnie stwierdzono obecność cząsteczek (...). Dokonując oceny postąpienia Sądu I instancji jako trafnego jeszcze raz odwołać należy się do indykatywnego charakteru stwierdzonych cząstek (...), nadto do analizy treści wypowiedzi biegłego (k.3639), do której odwołują się obaj obrońcy. Wniosek biegłego o możliwości wyprowadzania dalej idących wniosków ma charakter jedynie przypuszczający, na co wskazuje następcza w tym kontekście wypowiedź, wskazująca że na obecnym poziomie wiedzy działanie badawcze dotyczy stwierdzenia istnienia lub nie śladów (...) ( w domyśle także ich rodzaju, skoro biegły wskazał wcześniej na taki podział i jego istotny charakter). Oddalenie tych wniosków dowodowych w przedmiotowym postępowaniu miało charakter ponowny w stosunku do tożsamego postanowienia przy poprzednim rozpoznawaniu sprawy, a nie ujawniły się w tym zakresie nowe okoliczności. Z tej perspektywy trudno przekonywująco wykazać naruszenie przez Sąd I instancji art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k., powołanego jako jedna z podstaw prawnych postanowień oddalających przedmiotowe wnioski dowodowe. Nawet przy przyjęciu odmiennej oceny tej ostatniej kwestii ewentualne naruszenie art.170 § 1 pkt.5 k.p.k. , przy trafności samej decyzji o oddaleniu wniosków dowodowych, nie mogło mieć wpływu na treść zaskarżonego orzeczenia .

Nie naruszyło art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 205 § 1 k.p.k. i art. 6 k.p.k. oddalenie wniosku dowodowego o sporządzenie szkicu miejsca zdarzenia przez specjalistę z zakresu kryminalistyki. Trafnie Sąd I instancji wskazał (k.4901v) na brak potrzeby sporządzenia nowego, prawidłowego (w stosunku do pierwotnie sporządzonego) szkicu miejsca zdarzenia, mającego wtórny procesowo charakter co do protokołu oględzin ,którego prawidłowość nie jest kwestionowana. Treść opinii biegłego P. S. złożonej na rozprawie, nie uzasadnia twierdzenia, iż brak prawidłowo sporządzonego szkicu mógł mieć wpływ na treść opinii. Mając na uwadze przygotowanie szkicu przez A. C., podnoszone przez niego szczegółowo kwestie z tym związane, brak przekonujących podstaw do przyjęcia aby oddalenie wniosku o sporządzenie szkicu w trybie procesowym ograniczyło prawo do obrony tego oskarżonego.

Nie jest trafnym zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, postawiony przez obrońcę A. C. (k.5013), w zakresie ustalenia oddawania strzałów z broni kaliber 5,6 mm w drugiej fazie zdarzenia. Obrońca odwołuje się w tym zakresie do opinii biegłego J. K. wskazującego na możliwe dwa mechanizmy powstania obrażenia w okolicy przypośladkowej. Wskazanie przez biegłego dwóch mechanizmów wynika z tego, iż biegły opierając się wyłącznie o kryteria medyczne (analizę tego obrażenia z punktu widzenia charakterystycznych cech) nie był w stanie przesądzić na podstawie kryteriów medycznych jedynie jednego mechanizmu który do tego obrażenia mógł doprowadzić. Nie oznacza to niemożności dokonania rozstrzygnięcia w tym zakresie w oparciu o inne dowody (ich analizę), którymi dysponował sąd. Z tego powodu trafne jest ustalenie Sądu I instancji, który wykluczył powstanie tego obrażenia w sposób odpowiadający jednemu z mechanizmów wskazanych przez biegłego tj. poprzez oddawanie strzałów od góry do leżącego na brzuchu pokrzywdzonego, skoro dowody osobowe którymi dysponował sąd nie wskazywały na oddawanie strzałów w takiej pozycji. Na analogicznej zasadzie odnieść się należało do wskazywanej przez biegłego (k.4736), niewykluczonej z medycznego punktu widzenia, pozycji pokrzywdzonego w momencie doznania przez niego śmiertelnego postrzału tj. nie tylko w pozycji wyprostowanej (kiedy uciekał), ale także w pozycji leżącej, na boku, przy skierowaniu prawej strony klatki piersiowej ku górze, a którego to hipotetycznego mechanizmu Sąd I instancji trafnie nie przyjął, mając na względzie wnioski wynikające z dowodów osobowych. Co do mechanizmu powstania rany w okolicy przypośladkowej biegły J. K. wypowiedział się także w trakcie rozprawy odwoławczej (k.5204) . Biegły wskazał ,iż aczkolwiek pierwotne usytuowane pokrzywdzonego i osoby strzelającej mogło być twarzą w twarz, to jednak w momencie strzału (doznania urazu) pokrzywdzony musiał być odwrócony tyłem do strzelającego przemieszczając nogę np.w trakcie biegu (ucieczki). Biegły wskazał także na możliwy inny mechanizm takiego uniesienia nogi tj. próbę kopnięcia przez pokrzywdzonego lewą nogą. Wskazany mechanizm ma jednak w ocenie Sądu Apelacyjnego charakter hipotetyczny albowiem z żadnego z dowodów osobowych nie wynika aby pokrzywdzony podejmował próby kopnięcia któregokolwiek ze sprawców. Z tych powodów trafne jest ustalenie Sądu I instancji, że pokrzywdzony urazu tego doznał w drugiej fazie zdarzenia tj. od strzału oddanego kiedy pokrzywdzony uciekał w kierunku drzwi wejściowych.

Dokonana przez Sąd I instancji ocena dowodu z wyjaśnień i zeznań M. K. uczyniona została w sposób trafny, a przez to zasługująca na aprobatę, pomimo podniesionych w apelacjach zarzutów. Ustalenia sądu w postępowaniu karnym pozostają pod ochroną prawa procesowego (art. 7) m.in. wtedy, gdy:

- jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy (art. 410), i to w sposób podyktowany obowiązkiem dochodzenia prawdy (art. 2 § 2),

- stanowi wynik rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego (art. 4),

- jest wyczerpująco i logicznie - z uwzględnieniem wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego - uargumentowane w uzasadnieniu wyroku (art. 424 § 1 pkt 1).

(por. m.in. SN WRN 149/90, OSNKW 1991, nr 7-9, poz. 41, SN V KK 375/02, OSN Prok. i Pr. 2004, nr 1, poz. 6).

Poczynione przez Sąd I instancji ustalenia, w tym ocena relacji M. K. w/w kryteria spełnia. Wyjaśnienia i zeznania M. K. ocenione zostały (k.4905-4912) nie tylko co do ich wzajemnej relacji tj. na ile były konsekwentne ale poddane zostały dodatkowej, wszechstronnej analizie z innymi dowodami, uwzględniającej zasady logiki i doświadczenia życiowego, doprowadzając w efekcie do stanowczego wskazania czy i w jakim zakresie zasługują one na wiarę, w jakim zaś zakresie takiej wiary należy im odmówić bądź też uznać, iż nie stanowią wystarczająco przekonującej podstawy do dokonania danego ustalenia faktycznego. I tak oceniając możliwość postrzegania poszczególnych elementów zdarzenia sąd uwzględniał usytuowanie świadka za paletami, ograniczającymi ale nie wykluczającymi widoczność, zwłaszcza przy trafnym ustaleniu Sądu co do tego, iż M. K. nie tylko leżał za tymi paletami ale też podnosił się, kuczał co zwiększało pole jego obserwacji. Trafnie oceniono te możliwości uwzględniając warunki oświetleniowe (k.4906v) jako takie które w istotny sposób nie ograniczały widoczności, biorąc dodatkowo pod uwagę porę dnia i roku. Uwzględniając jak drobne ślady były poszukiwane i odnalezione w trakcie oględzin przeprowadzonych po zdarzeniu trudno zakładać, aby przeprowadzono je w warunkach naturalnego oświetlenia jeśli to oświetlenie miało być niewystarczające. Trafności w ocenie tych warunków nie zmienia ewentualny zarzut, iż były one w trakcie oględzin lepsze wskutek otwarcia drzwi, albowiem przeczy temu dokumentacja fotograficzna z oględzin (t.VIII akt III K 57/08 fotografia nr 4), przekonująca, iż niewiele gorsze warunki oświetleniowe byłyby przy drzwiach zamkniętych. Te same zdjęcia przekonują o niewielkim relatywnie wpływie częściowego zasłonięcia okien na warunki oświetleniowe. Sąd oceniając kwestię widoczności w należyтым stopniu miał także na uwadze ograniczenia wynikające z częściowego zasłonięcia widoczności przez palety z pojemnikami z farbą, trafnie oceniając, uwzględniając ustalenie iż M. K., podnosił się, kuczał, że przeszkoda w postaci tych palet nie wyłączała całkowicie możliwości obserwacji zdarzenia przez M. K.. Trafności tej oceny nie podważa odwołanie się do zeznań M. T., który wskazał jedynie na subiektywną ocenę możliwości postrzegania, nie mając siłą rzeczy dokładnej wiedzy o zachowaniu M. K. ,kiedy ten znajdował się za paletami, a wyżej wskazanych. Oceniając zeznania M. K. miano na uwadze dynamiczny przebieg zdarzenia, stan emocjonalny w jakim znalazł się M. K., który był co prawda przygotowany na dokonanie przestępstwa na szkodę R. S. ale nie o tak drastycznym przebiegu i skutku, bacząc przy ocenie tego stanu nie tylko na relacje samego M. K., ale także zeznania A. D. i M. T., opisujących stan w jakim znajdował się M. K.. Trafnie oceniono także ewentualny wpływ na relację M. K. tego, iż był on zaangażowany w zdarzenie, przez co pewne okoliczności celowo mógł przedstawiać odmiennie od rzeczywistego jego przebiegu. Sąd Apelacyjny podziela argumentację wyrażoną w tym zakresie przez Sąd I instancji (k.4905), dzieląc także ocenę Sądu I instancji o braku motywu po stronie M. K. współdziałania w zabójstwie pokrzywdzonego, trafnie kwestionując aby mogło nimi być zadłużenie świadka wobec pokrzywdzonego. Brak przekonujących podstaw do przyjęcia, że złożenie wyjaśnień przez M. K., w tej części w której dano mu wiarę, motywowane było jego sytuacją procesową tj. chęcią uniknięcia przypisania współdziałania w zabójstwie poprzez przekazanie organom postępowania karnego wiedzy której w rzeczywistości nie posiadał, tylko po to aby uniknąć zarzutu - w razie braku wiedzy o przebiegu zdarzenia - celowego jej ukrywania, motywowanego rzeczywistym współdziałaniem w zabójstwie. Analogicznie ocenić należy ewentualne twierdzenie, iż wyjaśnienia te są wynikiem przemyśleń (kalkulacji) przed zatrzymaniem M. K. bądź też sugestii jakiś osób. Takiej oceny nie zmieniają trafne ustalenia Sądu I instancji co do przyczyn złożenia przez M. T. i A. D. początkowo nieprawdziwych wyjaśnień, kiedy dostrzec iż osoby te wskazały następnie, czy i w jakim zakresie i z jakiego powodu wyjaśniły nieprawdę. Treść zeznań świadków B. A., A. A., S. A. nie potwierdza tezy, że M. K. w czasie zdarzenia pełnił równorzędną rolę co R. Z., pozostając z nim w relacjach równorzędnych (partnerskich), co mogłoby go skłonić do co najmniej pomniejszenia roli R. Z. poprzez obciążanie jego zachowaniami innych osób, w szczególności

oskarżonych. Podjęcie prób kontaktu czy samego kontaktu z R. Z. przez M. K. znajduje uzasadnienie w tym, że M. K., znajdując się w określonej sytuacji po zdarzeniu, kiedy ukrywał się obawiając się przypisania mu udziału w zabójstwie, mógł chcieć skontaktować się akurat z R. Z. bo w praktyce, mimo nie pozostawiania w relacjach partnerskich, jedynie o nim miał wiedzę (np. co do możliwego miejsca pobytu, znajomości R. Z. z B. A.) dającą jakkolwiek realną szansę na spotkanie, nie mając takich informacji co do pozostałych sprawców. Przekonujące z uwagi na swoją wnikliwość jest zestawienie relacji M. K. z innymi dowodami i wyprowadzone stąd wnioski co do wiarygodności relacji M. K., a to zeznania B. A., opinie biegłych P. S. i J. K.. Zeznania B. A. stanowią pośredni ale istotny dowód co do istotnej okoliczności tj. narzędzia (pręta) którym posługiwał się A. M., albowiem wskazują na okoliczności jego dostarczenia do hurtowni na dzień przed zdarzeniem, a chodzi o przedmiot dość specyficzny, a przez to charakterystyczny. Stąd trafnie wskazano na znaczenie tej okoliczności przy ocenie dowodu z wyjaśnień M. K.. Takiej oceny nie zmienia nie odnalezienie tego pręta w trakcie oględzin hurtowni i samochodu, jak też zeznania świadka M. D.. Co do tego ostatniego wskazać należy, iż na etapie postępowania sądowego świadek praktycznie nie pamiętał już okoliczności co do których składał zeznania, odwołując się do swoich zeznań z postępowania przygotowawczego. Zeznania tego świadka z postępowania przygotowawczego nie zawierają wypowiedzi na temat tego czy widziane przez świadka osoby miały ze sobą jakiekolwiek przedmioty, zarówno poprzez potwierdzenie jak też wykluczenie takiej okoliczności. Dodatkowo mieć należy na uwadze, iż relacja świadka dotyczy obserwacji poczynionych w miejscu w którym sprawcy przesiadali się z samochodu (...) do samochodu (...) koloru srebrnego, nie zaś miejsca w którym wsiadali oni do samochodu (...) tj. hurtowni gdzie miało miejsce zdarzenie. Nie sposób więc wykluczyć, że przedmiotowy pręt, nie przedstawiający większej wartości, w przeciwieństwie do użytej broni palnej, został wyrzucony poza pomieszczenia hurtowni i samochodu (...).

Obrońca A.C. uzasadniając naruszenie art. 7 i 410 k.p.k. wskazuje (k.5005-5006) na te elementy wyjaśnień i zeznań M. K. którym nie dano wiary, wyprowadzając z tego wnioski, że z tych samych powodów nie jest wiarygodny ten dowód co do odróżnienia A. C. od R. Z., a w konsekwencji nie wykluczonej pomyłki świadka co do zidentyfikowania i odróżnienia tych dwóch osób. Oceniając ten zarzut Sąd Apelacyjny w pierwszej kolejności zwraca uwagę, iż uwadze Sądu, czego dowodzą rozważania na k. 4908, 4911-4912, 4915/2, nie uszły te elementy wypowiedzi M. K., którym bądź nie dano wiary, bądź przypisano ograniczoną wiarygodność, co istotne w sposób wszechstronny i wyczerpujący wskazując powody takiej oceny. Jednocześnie trafnie oceniono (m.in. k.4907v), iż zakwestionowanie w tych fragmentach wartości dowodowej nie oznacza automatycznie dyskwalifikacji całego tego dowodu, wskazując m.in. dlaczego relacje M. K. co do działania obu oskarżonych zasługują na wiarę, w tym ich konsekwencja, spójność i stanowczość co do istotnych elementów zachowania obu oskarżonych. Uwadze Sądu nie uszła konieczna ocena czy relacje M. K. pozwala na wiarygodne rozróżnienie przez świadka w czasie zdarzenia R. Z. i A. C., wobec bezspornej okoliczności, iż obaj mieli założone kominiarki, które bez wątplenia utrudniały postrzeganie istotnej cechy identyfikującej jaką jest twarz człowieka. Okoliczność ta mogłaby mieć tak istotne znaczenie jak sugeruje obrońca gdyby chodziło o odróżnienie pomiędzy tymi osobami które miało być dokonane przez osobę która nie tylko nie znała wcześniej bliżej tych osób, ale nawet nie miała z nimi sporadycznego kontaktu (jak np. świadek A. B., co w jego przypadku tłumaczyć może podniesioną przez obrońcę okoliczność problemów tego świadka ze zidentyfikowaniem, czy wręcz podaniem opisu widzianej przez niego osoby). W przypadku M. K. sytuacja przedstawiała się, jak trafnie dostrzegł Sąd I instancji, odmiennie, albowiem świadek R. Z. znał wcześniej niż w dniu zdarzenia i w dniu poprzedzającym, miał okazję widzieć jego posturę, sylwetkę, rozmawiając z nim poznać jego głos. W tym względzie istotnie znajomość świadka z A. C. była znacznie mniejsza albowiem poznał go dzień przed zdarzeniem, co jednak nie przesądza tego, iż nie miał możliwości dokonania takich spostrzeżeń co do głosu, postury, sylwetki które pozwalałoby mu wyróżnić tego oskarżonego od znanego lepiej R. Z.. Podkreślenia przy tym wymaga, że kontakt M. K. z A. C. w dzień poprzedzający zdarzenie oraz w dniu zdarzenia nie miał charakteru chwilowego, krótkotrwałego na tyle iżby istotnie ograniczył zdolność spostrzegania i zapamiętania cech charakteryzujących tego oskarżonego. Jak wynika z trafnych ustaleń Sądu I instancji (k.4897v-4898) łączny czas pobytu oskarżonych na terenie hali hurtowni (...). K., w tym w jego obecności, obejmuje nie mniej niż 2 godziny, po około jednej godzinie w obu z tych dni. Czas ten jest, biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego, wystarczający do dokonania takich spostrzeżeń co do danej osoby które umożliwiają jej odróżnienie od innej, lepiej znanej przez siebie osoby. M. K. wyjaśnienia, którym dano wiarę, składał krótko po zdarzeniu stąd w niewielkim stopniu mógł nastąpić proces utraty pamięci co do elementów różnicujących

te dwie osoby. Nie przekonuje argument obrońcy, odwołującego się do kwestii różnicującego charakteru ubrania A. C. i R. Z., albowiem brak opisu ubrania sprawców w przedmiotowych wyjaśnieniach (k.104) nie wyraża się w tym, że już wówczas świadek wskazywałby na niepamięć tej okoliczności (tak jak czynił to przesłuchiwany 6 lat po zdarzeniu, kiedy taki brak pamięci jest zupełnie zrozumiały) czy też wskazywał by taki opis który jest niezgodny z innymi dowodami lecz do tej kwestii w ogóle się nie odnosił. Uprawniony jest wniosek, biorąc pod uwagę obszerność i wielowątkowość tych wyjaśnień, że brak opisu ubioru nie wynikał z braku wiedzy świadka czy jego braku woli złożenia relacji na ten temat, lecz sposobu przeprowadzenia przesłuchania, zmierzającego do ustalenia szeregu istotnych okoliczności, pośród których kwestia ubioru sprawców - biorąc pod uwagę początkową fazę postępowania – nie miała wówczas decydującego znaczenia.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądowym co do art. 5 § 2 k.p.k. dla oceny jego ewentualnego naruszenia znaczenie mają nie subiektywnie wyrażana wątpliwości strony co do pewności danego ustalenia, lecz wykazanie że sąd powziął wątpliwości, które rozstrzygnął na niekorzyść oskarżonego, bądź też powinien był je powziąć w danym stanie dowodowym i w konsekwencji rozstrzygnąć na korzyść oskarżonego. Stanowi nie dającym się usunąć wątpliwości nie odpowiada sama w sobie sytuacja istnienia więcej niż jednej wersji zdarzenia, bo obowiązkiem Sądu jest dokonanie ustaleń w sposób odpowiadający art. 7 k.p.k. i dopiero wówczas gdy mimo to dana wątpliwość pozostaje nie rozstrzygnięta, winien ją rozstrzygnąć na korzyść oskarżonego. Sąd I instancji w przedmiotowym postępowaniu wszędzie tam gdzie możliwym było dokonanie stanowczych ustaleń uczynił to w sposób trafny, jedynie w sytuacjach rzeczywiście nie dających usunąć się wątpliwości odpowiednio stosując zasadę z art. 5 § 2 k.p.k., rozstrzygając je na korzyść oskarżonych co do tak istotnych elementów jak jednostka broni, która posługiwał się A. C., czy postać zamiaru A. M.. Tym samym brak było podstaw do dalej idącego, sugerowanego przez obrońców, zakresu stosowania tej zasady.

Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutów podniesionych przez oskarżyciela publicznego, opisanych w pkt. I i II apelacji. Zarzuty te dotyczą odrębnych przestępstw przypisanych A. C., odpowiednio w pkt. I i III części dyspozytywnej wyroku, nie mniej jednak dotyczą w istocie tożsamego zagadnienia tj. zakwestionowania przez oskarżyciela dokonanego przez sąd ustalenia o braku możliwości jednoznacznego ustalenia czy broń, którą A. C. posiadał i używał była bronią kalibru 9mm czy też kalibru 5,6mm. Z tego powodu zasadnym jest łączne odniesienie się do tych zarzutów z uwagi na tożsamość argumentacji.

Oskarżyciel publiczny twierdzenie o nie budzącym wątpliwości ustaleniu, że to A.C. strzelał z broni kalibru 9mm łączy z zeznaniami M. K., A.S., dowodami wynikającymi z innych postępowań, prezentując odmienną od Sądu I instancji ocenę wniosków wynikających z tych dowodów. Sąd Apelacyjny podziela ocenę sądu I instancji co do tego czy i jakie wnioski przy ocenie tych że dowodów, spełniającej wymogi z art. 7 k.p.k., wynikają z nich .

Apelujący forsuje tezę, iż z pierwotnych wyjaśnień M. K., w sposób stanowczy i nie budzący wątpliwości wynika jaką jednostką broni posługiwał się S.S. a jaką A.C., odwołując się przy tym do oceny zeznań M. K. w uzasadnieniu oskarżanego orzeczenia. Wskazać tu należy, iż wskazane przez apelującego fragmenty uzasadnienia, w zakresie obejmującym zeznania M. K. nie dotyczą oceny tego dowodu w aspekcie możliwości czynienia na jego podstawie stanowczych ustaleń co do posługiwania się poszczególnymi jednostkami broni, ocena w tym zakresie zawarta jest na karcie 4915v(str.40 uzasadnienia), i tą ocenę apelujący kwestionuje. Sąd Apelacyjny nie podziela twierdzenia apelującego o istniejącej jakoby rażącej niekonsekwencji w ocenie Sądu co do tego świadka albowiem Sąd I instancji dokonując wszechstronnej i krytycznej oceny tego dowodu (str. 19-29 uzasadnienia ), wskazał czy i w jakim zakresie dowód ten jest przydatny do stwierdzenia danej okoliczności, czy też dlaczego nie może stanowić podstawy nie budzącego wątpliwości ustalenia. Apelujący zarzuca ocenie Sądu, iż wynikające z niego twierdzenie o sprzeczności pomiędzy szkicem sporządzonym przez świadka w trakcie składania pierwszych wyjaśnień a treścią tychże jest hipotezą dowolną, podnosząc iż w razie zachodzenia sprzeczności pomiędzy treścią wyjaśnień a szkicem to decydujące znaczenie mają wyjaśnienia. Uważne zapoznanie się z treścią uzasadnienia Sądu I instancji w tym zakresie wskazują, iż tak stanowczo formułowany zarzut jest po części wynikiem nieporozumienia. Istota zagadnienia nie wiąże się bowiem ze sprzecznością pomiędzy szkicem a wyjaśnieniami, która zaistniała wówczas gdyby szkic obejmował usytuowania osób uczestniczących w zdarzeniu w sposób niezgodny z wyjaśnieniami (a tak nie jest kiedy zestawić szkic z opisem usytuowania osób w wyjaśnieniach, karta 106-107), ale relacją tego szkicu do wniosków wynikających z opinii biegłego

P. S.. Biegły, uwzględniając ślady (m.in. odnalezione pociski i łuski) wskazał kierunki, z których oddawane były strzały z broni poszczególnych kalibrów, a które to wnioski sugerują odwrotny układ jednostek broni niż wynikający z opisu tychże jednostek wynikającego z wyjaśnień M. K.. Nie jest uprawniona ocena zaprezentowana przez oskarżyciela co do braku wartości dowodowej takiego szkicu, dokonana poprzez odwołanie się do oceny szkicu wykonanego przez A. C. albowiem jak trafnie ocenił Sąd I instancji szkic oskarżonego nie może być oceniony w oderwaniu od okoliczności, że oskarżony ten kwestionuje używanie przez siebie broni, natomiast szkic M. K., jak wyżej wskazano, odzwierciedla co do zasady jego wyjaśnienia opisujące usytułowane różnych osób. Apelujący dla wykazania stanowczości ustalenia, iż to A.C. użył w obronie kalibru 9mm odwołuje się do wyjaśnień i zeznań A.S. przedstawiając własną ocenę tego dowodu, nie przedstawił jednak argumentów przekonujących o błędnej ocenie tego dowodu dokonanej przez Sąd I instancji. Sąd Apelacyjny mając na uwadze obszerność i wszechstronność oceny tego dowodu przez Sąd I instancji (k.4913-4914) ocenę tą podzielił, w szczególności w zakresie przesłanek z powodu których dowód ten nie może stanowić podstawy do dokonania stanowczych ustaleń w zakresie posiadanej i używanej przez oskarżonych broni, związanych m.in. z sytuacją i postawą procesową świadka, przede wszystkim zaś istotnymi rozbieżnościami pomiędzy poszczególnymi relacjami. Nie przekonuje podjęta przez oskarżyciela próba „wytłumaczenia” jednej z takich rozbieżności tj. przyczyn dla których A.M. miałby niezgodnie z prawdą opisywać używanie przez siebie broni podczas zdarzenia „a której to okoliczności nie potwierdza – jak słusznie zauważa Sąd I instancji – żaden inny dowód. Trudno racjonalnie przyjąć, że A. M. miałby celowo przypisywać sobie działania polegające na aktywnym działaniu w zabójstwie dla swoistego „popisania się” przed A.S. „skoro temu chwilę wcześniej miał opowiadać – jak twierdzi oskarżyciel – o innym dokonanym przez siebie zabójstwie. Nie przekonuje odwołanie się przez oskarżyciela do zasadnego – co do zasady- twierdzenia, iż z upływem czasu kolejne relacje są mniej dokładne, kiedy dostrzec trafną analizę Sądu I instancji pod tym kątem(k.4913v), wskazującą na odwrotną relację, sprzeczność co do pewnych kwestii, wreszcie wskazanie na postawę A.S., który po około 2 tygodniach od złożenia pierwszych wyjaśnień w trakcie kolejnych zeznań zaprzeczył wiedzy o zabójstwie „odmawiając udzielania odpowiedzi. Dokonana przez Sąd I instancji ocena w trafnym stopniu uwzględnia okoliczność przyczyn nie dojsca do skutku przesłuchania A.S. w przedmiotowym postępowaniu tj. odmowa udziału w czynności przesłuchania przez samego świadka. Nie odrzucono przy tym a priori tego dowodu w całości, uwzględniając go przy dokonywaniu ustaleń faktycznych tam, gdzie znajdował on potwierdzenie w innych, wiarygodnych dowodach(k.4914), i w tym kontekście, a nie sugerowanej przez oskarżyciela sprzeczności, należy odczytywać powoływanie tego dowodu przy ustalaniu danej okoliczności.

W tym miejscu odniesienia wymaga także apelacja obrońcy A.C., w części dotyczącej (...)K. , przede wszystkim uzasadnieniu zarzutu naruszenia przez Sąd I instancji art. 7 i 410 k.p.k (k. 5001, 5010). Wbrew twierdzeniom obrońcy dokonanie przez Sąd rozważenia czy i w jakim zakresie dowód z zeznań A. S. może stanowić podstawę ustalenia posiadania określonej broni przez A. C., nie stanowi dowolnej oceny tego dowodu podporządkowanej jakiemś celowi, który zamierzał osiągnąć Sąd, lecz prawidłową realizacją zasady z art. 410 k.p.k obligującą Sąd do rozstrzygnięcia opartego o całokształt okoliczności ujawnionych na rozprawie. Obowiązkiem Sądu było ocenić z perspektywy zasadności stawianych zarzutów każdy z ujawnionych dowodów. Nie oznacza to oczywiście obowiązku dokonywania ustaleń faktycznych na podstawie wszystkich dowodów, w tym sprzecznych ze sobą, bo byłoby to logicznie niemożliwe, lecz nie pominięcie przy ocenie żadnego z ujawnionych na rozprawie dowodów. Realizując tą zasadę Sąd miał obowiązek ocenić czy, a jeśli nie to dlaczego, przedstawiony przez oskarżyciela dowód z zeznań A. S. może lub nie stanowić podstawę ustalenia o jednostce broni użytej przez A. C..

Powracając do punktu I i II apelacji oskarżyciela publicznego, kolejną kwestią są wnioski wyprowadzone z treści opinii nr (...), wydanej w postępowaniu karnym prowadzonym przez organy ukraińskie. Sąd Apelacyjny podzielił ocenę Sądu I instancji (k.4915) co do wniosków, jakie mogą być z niej wyprowadzone, w szczególności o braku podstaw do zrównania treści tej opinii z twierdzeniem, że A. C. w czasie zdarzenia używał broni kalibru 9mm. Apelujący kwestionuje zasadność hipotezy Sądu o możliwości przekazania broni przed zdarzeniem bądź w jego trakcie innemu uczestnikowi niż A. C., odwołując się do niebudzącego – jego zdaniem – wątpliwości ustalenia, iż celem przybycia oskarżonych do J. było udzielenie wsparcia ogniowego R. Z.. Takie twierdzenie oskarżyciela oparte jest o zeznanie A. S., co do którego, jak wyżej wskazano, zasadnie krytycznie oceniono wiarygodność w tej części. Trafnie w tym kontekście oraz w aspekcie wniosków wynikających z opinii biegłego przeprowadzonej w sprawie Ds.

137/02 Prokuratury Rejonowej w Lipnie, podniesiono w uzasadnieniu wyroku (k. 4915v), że realność możliwości użytkowania broni o tym kalibrze przez inną osobę wynikać może pośrednio z zeznań świadka K. S., opisującego posiadanie broni przez S. S., w samochodzie, który przemieszczał się wraz z R. Z.. Prawdliwość wniosków biegłego z zakresu broni i amunicji, przeprowadzającego badania porównawcze pocisków użytych w przedmiotowym zdarzeniu z pociskami użytymi do zabójstwa, którego dotyczy sprawa Ds. 137/02, nie oznacza automatycznie kategorię wniosku o używaniu tej broni przez A. C., jak trafnie ocenił Sąd I instancji. Sąd Apelacyjny podzielił ocenę dowodu z opinii biegłego P. S., w szczególności biorąc pod uwagę specyficzność celu badań przez niego prowadzonych, tj. nakierowanych na kwestie badań porównawczych, w przeciwieństwie do innego celu opinii wydawanej w sprawie Ds. 137/02. Odnosząc się do kwestionowania opinii tego biegłego co do prawdopodobieństwa wniosku o tożsamości użytych jednostek broni, dokonanej w apelacjach obu obrońców (apelacja obrońcy A. C. k. 5011, apelacja obrońcy A. M. k. 4990v – 4991) uzupełniająco wskazać należy na jeszcze jedną kwestię. Obaj obrońcy w tożsamy sposób podkreślają całkowitą odmienną luf, akcentując to poprzez przytoczenie cech tychże „dokładnie odwzorowany, prawostronny 4 stopniowy gwint przewodu lufy” (fragment opisu z opinii biegłego P. S. w sprawie Ds. 137/02) oraz „sześciokrotnie prawoskrętnie gwintowany przewód” (opinia D. W.) ,co mogłoby sugerować twierdzenie, iż lufy te z uwagi na różną liczbę gwintów (odpowiednio 4 i 6) cechuje najdalej idąca odmienną gatunkowa, której stwierdzenie przez swą oczywistość wyklucza tożsamość luf, a tym samym potrzebę dalszego badania o charakterze indywidualnym (znaczenie braku takiej zgodności trafnie wskazał sam biegły P. S. k. 4245). Twierdzenie takie byłoby jednak tylko pozornie trafne, kiedy dostrzec, iż obie wyżej wymienione opinie (w szczególności P. S.) wskazują na 6 pól oraz 6 bruzd na badanych pociskach, które mogły zaistnieć tylko przy wystrzeleniu pocisków z luf o sześciokrotnym gwincie, nie było zaś możliwe z lufy o czterokrotnym gwincie.

Oceniając dowód z zeznań A. S. i opinii w sprawie Ds. 137/02 zasadnie nie pominięto tego, że wbrew stanowczości wniosków jakie mają z nich wynikać – sugerowanej przez oskarżyciela publicznego – na podstawie tych dowodów, mimo upływu wielu lat oskarżyciel nie przedstawił żadnych zarzutów A. C. i A. M. w sprawie Ds. 137/02, co wskazuje na brak pewności samego oskarżyciela co do wartości dowodowej szczególnie zeznań A. S.. Biorąc pod uwagę treść artykułu 8 § 1 k.p.k. kwestia ta nie miała zasadniczego znaczenia w ostatecznej ocenie, nie sposób było jednak jej pominąć.

Reasumując kwestię kalibru używanej przez A. C. broni, z którą oskarżyciel ściśle wiąże zarzuty z punktu I i II, za trafne uznać trzeba postąpienie przez Sąd I instancji poprzez odwołanie się do reguły z art. 5 § 2 k.p.k., skoro przeprowadzone dowody nie pozwalają na nie budzące wątpliwości ustalenie, czy broni kalibru 9mm używał (posiadał) A. C. czy też S. S., analogicznie jak nie zdołano kwestii tej rozstrzygnąć w postępowaniu karnym prowadzonym wobec S. S. pod sygnaturą III K 57/08 (w którym co do S. S. przyjęto alternatywne ustalenie, którego oskarżyciel publiczny wnoszący apelację w tamtym postępowaniu nie kwestionował).

Kolejne podniesione przez oskarżyciela publicznego argumenty mające wskazywać na istnienie u A. C. zamiaru bezpośredniego zabójstwa (k. 4942) mają charakter – jak wprost stwierdza oskarżyciel – wspólny dla obu oskarżonych, a więc odnoszą się także do zarzutu z punktu III apelacji, tj. zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych poprzez błędne ustalenie braku u A. M. zamiaru ewentualnego zabójstwa pokrzywdzonego. Z tego powodu oceny Sądu Apelacyjnego co do zasadności tych argumentów odnosić się łącznie będą do zarzutów z punktów I – III apelacji. Najdalej idące twierdzenie oskarżyciela dotyczy tezy, że faktycznym, pierwotnym celem działań oskarżonych było zabójstwo pokrzywdzonego, zaś wersja o celu w postaci zmuszenia go do określonego zachowania nakierowana była jedynie dla potrzeb skłonienia M. K. aby ten namówił pokrzywdzonego na przyjazd do hurtowni. Teza ta, pomijając już wewnętrzną sprzeczność z tezą wyrażoną w zarzucie, tj. iż A. M. działać miał z zamiarem ewentualnym zabójstwa, nie znajduje oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym, ocenionym przez Sąd I instancji zgodnie z regułą art. 7 k.p.k. Wszechstronna, a przez to przekonująca jest w tym zakresie argumentacja Sądu I instancji (k. 4917) wskazująca na brak motywu dokonania takiego zaplanowanego zabójstwa, ponadto sprzeczności tezy o zaplanowanym z góry zabójstwie z ustalonymi okolicznościami zdarzenia, w szczególności poczynionych przez oskarżonych i inne osoby przygotowań. Nie może budzić wątpliwości, iż działania podejmowane przez R. Z. i oskarżonych nakierowane były na odzyskanie pieniędzy (przez oskarżonych od R. Z., zaś R. Z. od M. K.), co

było uzależnione od sprzedaży wyciągu narciarskiego, to zaś z kolei było niemożliwe dopóki pokrzywdzony był w posiadaniu najistotniejszych elementów tego wyciągu, warunkując ich zwrot od spłacenia długu wobec niego przez M. K.. W tej sytuacji, zaplanowane z góry zabójstwo pokrzywdzonego w sposób oczywisty nie mogło doprowadzić do osiągnięcia celu w postaci odzyskania pieniędzy, albowiem elementy wyciągu dalej znajdowałyby się poza władztwem R. Z. i oskarżonych, zaś członkowie rodziny pokrzywdzonego w dalszym ciągu dysponowałyby dokumentami potwierdzającymi zadłużenie M. K. i tytuł prawny do wyciągu. Gdyby istotnie od początku zamiarem oskarżonych i R. Z. było zabójstwo pokrzywdzonego to z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego, bezcelowym byłoby angażowanie takiej ilości osób (4) skoro przy wykorzystaniu zaskoczenia pokrzywdzonego pozbawienia go życia przy użyciu broni palnej możliwe byłoby przez jedną osobę. Tym bardziej nieracjonalne byłoby angażowanie M. K., który stałby się dodatkową osobą wiedzącą o sprawstwie oskarżonych i innych osób. R. Z. znał się przecież wcześniej z pokrzywdzonym i mógł doprowadzić do spotkania z nim bez angażowania M. K.. Analogicznie ocenić należałoby wybór miejsca i pory, biorąc pod uwagę dostęp do hurtowni innych osób, w tym A. D. i M. T., oraz podejmowanie działań polegających na maskowaniu się 4 sprawców wobec pokrzywdzonego, który to zabieg nie miałby sensu, jeśli zamiarem sprawców było pozbawienie życia osoby, przed którą się maskowali. Oskarżyciel podnosi kwestię braku ustalenia co sprawcy zamierzaliby uczynić z rannym pokrzywdzonym, sugerując, iż kwestia tą nie przejmowali się, zamierzając zabić pokrzywdzonego. Argument nie jest przekonujący, albowiem uprawnionym jest wniosek, że sprawcy zakładając stosowanie przemocy wobec pokrzywdzonego, celem zmuszenia go do określonego zachowania, liczyli się z możliwością spowodowania obrażeń (których zaistnienie mogło wynikać chociażby z intensywnego stosowania siły fizycznej, czy na przykład pręta), zakładając, że pokrzywdzony nie będzie zawiadamiał organów ścigania, uwzględniając obawę przed dalszymi działaniami czy też środowisko, w którym się obracał, na co wskazują co najmniej wysoce niejednoznaczne zachowania podejmowane przez pokrzywdzonego wobec M. K.. Oskarżyciel, wykazując istnienie co najmniej zamiaru ewentualnego zabójstwa, od samego początku zdarzenia podnosi, iż z uwagi na dynamiczny charakter zdarzenia, niekontrolowane reakcje pokrzywdzonego, warunki oświetleniowe i hałas, każdy ze strzelających nie miał pewności gdzie trafi pokrzywdzonego, w tym pociskami rykoszetującymi. Co do warunków oświetleniowych, to wbrew twierdzeniom oskarżyciela wskazać należy na prawidłowe ustalenia Sądu I instancji (k. 4906v) czy materiał poglądowy (tom VIII akt III K 57/08) o istnieniu takich warunków, które nie upośledzały istotnie widoczności, zwłaszcza że A. C. i S. S. stali blisko pokrzywdzonego. Dodatkowo uwzględnić należy, iż oddawane przez nich w pierwszej fazie strzały nakierowane były na podłogę i nogi pokrzywdzonego, na co wskazują nie tylko zeznania M. K., ale także opinie biegłych. Mimo oddawania strzałów wielokrotnie (co najmniej 5) przez dwie osoby strzelające żaden postrzał bezpośredni, jak też rykoszet nie spowodował ran w górnej części ciała pokrzywdzonego (wskazać tu dodatkowo należy na opinię biegłego J. K. złożoną w postępowaniu odwoławczym, z której wynika, że rana prawej ręki ma najprawdopodobniej charakter obronny i mogła powstać przy zasłanianiu się przez pokrzywdzonego, w tym przed postrzałami w dolną część, nadto iż brak możliwości stanowczego ustalenia, czy obrażenie ucha powstało od postrzału bezpośredniego z przodu lub z tyłu, jak też czy powstało od rykoszetu, kalibru pocisku, który ja spowodował). Podważa to twierdzenie oskarżyciela, iż już od pierwszej fazy oddawanie strzałów w kierunku pokrzywdzonego przebiegało w sposób tak dynamiczny, wręcz chaotyczny, że każdy ze strzelających musiał liczyć się z możliwym skutkiem w postaci śmierci oskarżonego, jak bowiem wykazano nie istniały ważne przeszkody w bezpośrednim trafieniu pokrzywdzonego w korpus czy głowę. W tym kontekście pozornie jedynie trafny jest argument o rozbieżności w stwierdzeniach Sądu co do sposobu celowania (k. 4942v) albowiem analiza wskazanych fragmentów uzasadnienia orzeczenia przekonuje, że istotą zwrotu użytego przez Sąd jest mierzenie rozumiane jako celowanie w korpus bądź głowę pokrzywdzonego. Nie jest przekonującym argument, że na zamiar wskazuje oddawanie strzałów w kierunku uciekającego pokrzywdzonego zamiast schwytania i obezwładnienia pokrzywdzonego przez sprawców, bowiem abstrahuje on od dynamicznego charakteru zdarzenia, tj. z zaskoczenia wynikającego z tego, że pokrzywdzony mimo wcześniejszych obrażeń zdołał poderwać się z podłogi i uciekać w kierunku drzwi, niemalże osiągając swój cel. Gwałtowność tej sytuacji stworzyła po stronie pokrzywdzonego przewagę czasową, krótką, ale umożliwiającą zdystansowanie się od oskarżonych, którzy przez to praktycznie nie mieli realnej szansy dogonić pokrzywdzonego zanim ten opuściłby halę. Kwestionując ustalenie co do postaci zamiaru A. M. oskarżyciel publiczny dodatkowo podnosi takie okoliczności jak nie protestowanie wobec użycia broni palnej, zaniechanie ogłuszenia pokrzywdzonego prętem, brak udzielenia pomocy pokrzywdzonemu po zakończeniu oddawania strzałów, zacieranie śladów poprzez zbieranie łusek. Nie podważają one jednak trafności ustaleń i oceny Sądu I instancji, wyczerpująco



omówionych na k. 4918 – 4919. Odnosząc się do tych argumentów oskarżyciela wskazać trzeba, iż nie protestowanie przez A. M. wobec użycia broni w pierwszej fazie wynikało z akceptowania przez niego takiego niebezpiecznego sposobu jej użycia jako środka do zastraszenia i zmuszenia pokrzywdzonego do określonych zachowań, bez godzenia się na śmierć pokrzywdzonego, która główny cel działania niweczyłaby. Sugerowany przez oskarżyciela sposób postąpienia w postaci ogłuszenia pokrzywdzonego, z powodów wyżej wskazanych, stał się praktycznie niemożliwy do zrealizowania po rozpoczęciu ucieczki, zaś wcześniej nie był potrzebny skoro A. M. widział zachowanie strzelających, uznając je za wystarczające do osiągnięcia zamierzonego celu. Co do braku udzielenia pomocy to argument ten mógłby skutecznie wskazywać na stosunek tego oskarżonego do skutku w postaci śmierci pokrzywdzonego, poprzez wykazanie obojętności, ale w takiej sytuacji, której okoliczności uprawdopodobniałyby wniosek, że śmierć będzie niemalże pewna przy braku udzielenia mu pomocy przez sprawców, która to pomoc nie mogłaby zostać udzielona przez inne osoby w rozsądnym czasie. In concreto sytuacja przedstawiała się odmiennie, tj. R. Z. po zakończeniu oddawania strzałów, sprawdzeniu stanu pokrzywdzonego, zamierzając niezwłocznie z oskarżonymi i S. S. oddalić się, zwrócił się jednocześnie do M. K., aby ten wezwał pogotowie (k. 108). Tym samym dla sprawców, w tym A. M. było jasne, że w krótkim czasie na miejscu zdarzenia może zjawić się pogotowie, ale także i policja. Na marginesie wskazać należy, iż takie zachowanie jest kolejnym argumentem przemawiającym przeciw tezie o z góry zaplanowanym zabójstwie, skoro sprawcy świadomi byli, że pokrzywdzony jeszcze żyje, zwłaszcza, że wykazywanie przez niego oznak życia znajduje potwierdzenie w opinii biegłego J. K. (k. 5203v) określającego, iż rana śmiertelna do śmierci pokrzywdzonego doprowadzić mogła w czasie od kilku do kilkunastu minut, zaś pokrzywdzony nie od razu utracił przytomność i mógł wykonywać świadomie jakieś ruchy. Także następujące w tym samym czasie zbieranie łusek z udziałem A. M. nie stanowi przekonującego wskazania na istnienie wcześniej u tego oskarżonego zamiaru ewentualnego zabójstwa, kiedy dostrzec, iż zbierano przecież łuski niezależnie od tego, z jakich strzałów, tj. w jakiej fazie oddawanych, one pochodziły. Tym samym A. M., jako współsprawca działań podejmowanych w pierwszej fazie zdarzenia był zainteresowany ukryciem śladów swojego przestępstwa, dlatego udział w ich zbieraniu nie może być utożsamiany z akceptowaniem w ten sposób (w znaczeniu współsprawstwa) działań podejmowanych przez pozostałych sprawców w kolejnych fazach zdarzenia.

Suma argumentów wynikających z dokonanej przez Sąd I instancji oceny w tym zakresie oraz poczynionych przez Sąd Apelacyjny przekonuje o trafności ustaleń co do zakresu współsprawstwa A. M., w postaci zamiaru z jakimi działał A. M. i A. C..

Częściowo trafny okazał się zarzut obrońcy oskarżonego A. M. co do niemożności przyjęcia wobec tego oskarżonego kwalifikacji z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. ( w formie usiłowania, jak przyjęto w zaskarżonym wyroku). Częściowe uwzględnienie tego zarzutu wynika z tego, iż w istocie obrońca podnosił co do tej kwestii dwojaki rodzaj zarzuty. Po pierwsze (pkt c apelacji k.4984v) błędu w ustaleniach faktycznych polegającego na przyjęciu istnienia u oskarżonego zamiaru ewentualnego, wyrażającego się w możliwości spowodowania u pokrzywdzonego ciężkich obrażeń ciała w postaci choroby realnie zagrażającej życiu i godzeniu się na taką ewentualność. Po drugie zarzutu naruszenie art. 4 § 1 k.k. poprzez niezastosowanie art. 156 § 1 pkt 2 k.k. w brzmieniu obowiązującym w dacie czynu, choć w tym przypadku zarzut ten wynika z uzasadnienia apelacji (k.4989v-4990). Rozważenie zasadności zarzutu naruszenia prawa materialnego może nastąpić po uprzednim dokonaniu rozstrzygnięć co do prawidłowości dokonanych ustaleń faktycznych podlegających subsumpcji prawnej, dlatego w pierwszej kolejności odniesienia się wymagał zarzut błędu w ustaleniach faktycznych. Sąd Apelacyjny zarzutu w tym zakresie nie podzielił. Pierwszą kwestią podniesioną przez obrońcę A. M. w tym kontekście (k.4987v-4998), którą wiąże on z naruszeniem art. 4 i 7 k.p.k. jest zarzut błędnej oceny wyjaśnień oskarżonych co do braku świadomości posiadania broni przez niektórych uczestników, póki nie została ona faktycznie użyta, będącej zdaniem apelującego skutkiem niedostrzeżenia sprzeczności pomiędzy zeznaniami M. K. a zeznaniami świadków M. T. i A. D., co do kwestii czy M. K. przekazywał dzień przed zdarzeniem informacje tym świadkom, że przybyli do hurtowni mężczyźni (a więc i oskarżeni) mieli posiadać w torbach broń. Kwestię tą podnosi także w kontekście naruszenia art. 7 i 410 k.p.k. obrońca oskarżonego A. C. (k. 5001, 5010), dlatego zasadne jest wspólne odniesienie się do tej kwestii. Obaj obrońcy odwołując się do znacznie późniejszych (bo złożonych odpowiednio w 2009 i 2011r.) zeznań M. K., w różnym stopniu kwestionującego swoją świadomość co do posiadania broni przez sprawców dzień przed zdarzeniem (od niepamięci, a skończywszy na braku

podejrzeń w tym dniu, że ktoś może posiadać broń) podważają wiarygodność zeznań A. D. i M. T. ,opisujących w sposób zgodny istotę przekazanej im dzień wcześniej przez M. K. informacji, iż przybyli mężczyźni (sprawcy) mają ze sobą broń. Zeznania tych świadków, oprócz tego, że korespondują ze sobą, są także konsekwentne od momentu, kiedy ci świadkowie zdecydowali się złożyć prawdziwe relacje co do przebiegu zdarzenia, wykazując przekonująco motywację, która skłoniła ich do złożenia pierwotnych, nieprawdziwych relacji. Po tym jak świadkowie ci zdecydowali się ujawnić rzeczywisty przebieg zdarzeń, konsekwentnie opisują stan swojej wiedzy co do wypowiedzi i zachowań M. K., w tym także takich które mają dla niego charakter obciążający, a więc m.in. w kwestii świadomości już dzień przed zdarzeniem o posiadaniu przez sprawców broni, co w kontekście podejmowanych przez M. K. działań mających doprowadzić do przyjazdu pokrzywdzonego do hurtowni w sposób oczywisty musiało rzutować na kwestię jego odpowiedzialności karnej. Świadkowie opisują także podejmowane przez M. K. zachowania związane z próbą ukrycia się po zdarzeniu, w tym dotyczące także kwestii zmiany odzieży. Trafna jest zatem ocena Sądu I instancji, że skoro świadkowie składają zeznania, mające po części obciążający dla M. K. charakter, mimo że ten jest ich kolegą i pierwotnie go chronili, to brak jest podstaw do przyjęcia, iż składając te zeznania pomówili M. K. lub inną osobę o wypowiedzi lub zachowania, które w rzeczywistości nie miały miejsca, zwłaszcza, że nie ujawnił się żaden powód, który mógłby uzasadniać takie działania. Obrońca A. M. jako kolejny argument podnosi brak porozumienia co do takiego sposobu użycia broni, jaki faktycznie nastąpił w pierwszej fazie zdarzenia, wskazując iż mogło pierwotnie chodzić np. tylko o jej okazanie celem przestraszenia, czy też oddawania strzałów nie w kierunku pokrzywdzonego, podnosząc także iż oddawanie strzałów w pierwszej fazie w taki sposób mogło być zaskoczeniem dla A. M.. W ocenie Sądu Apelacyjnego zasadnicze znaczenie dla oceny niezasadności tych argumentów ma dostrzeżenie faktu ,iż A. M. po oddaniu strzałów w pierwszej fazie zdarzenia, kiedy pokrzywdzony w skutek obrażeń z nich wynikających znalazł się na podłodze (ewentualnie dodatkowo w skutek wydawanych mu poleceń położenia się) podszedł do niego, aby złapać go za rękę i przytrzymać. Okoliczność ta stanowczo wskazuje na akceptowanie przez A. M. działań pozostałych sprawców, w tym oddawanych krótko wcześniej strzałów. Nie jest uprawniony wniosek, iż ograniczenie się do takich działań przez A. M. dowodzi braku u niego zamiaru spowodowania ciężkich obrażeń ciała u pokrzywdzonego, albowiem taki sposób zachowania A. M. (mniej intensywny niż np. zadawanie w tym czasie pokrzywdzonemu uderzeń prętem) wynikał z jego ówczesnego przekonania, iż dotychczas podejmowane działania skutkujące doznaniem obrażeń ciała przez pokrzywdzonego doprowadziły do jego obezwładnienia w takim stopniu, który nie wymaga już stosowania przemocy w stopniu intensywnym. Trafnie obrońca dostrzega kwestię rykoszetów, błędnie oceniając, iż A. M. nie miał podstaw zakładać możliwości doznania ciężkich obrażeń ciała przez pokrzywdzonego na skutek tych rykoszetów. Oceniając z tej perspektywy przypomnieć należy, że chodzi o sytuację nie jednego strzału, ale wielokrotnego (co najmniej 5) oddawanych strzałów w podłozę i w kierunku nóg pokrzywdzonego, skutkujących pięcioma obrażeniami u pokrzywdzonego, jak też tego, że A. M. potencjalnie zagrożony rykoszetem, mimo wielości oddawanych strzałów żadnych obrażeń nie odniósł. Obrońca podnosi także kwestię wniosków wynikających z opinii biegłego w zakresie medycyny R. P., podkreślając kwalifikację efektywnie doznanych obrażeń w pierwszej fazie, jak też braku realnego zagrożenia życia pokrzywdzonego wskutek tych obrażeń. Wnioski wyprowadzone przez tego biegłego są w istocie niekwestionowane, natomiast obrońca przechodzi do porządku dziennego nad wnioskami biegłego J. K., sprowadzając je do oceny jako czysto teoretycznych, abstrakcyjnych. Taka ocena opinii biegłego J. K. jest niewłaściwa albowiem zarówno treść tej opinii złożona na rozprawie przed Sądem I instancji (k. 4734 – 4736) jak też na rozprawie odwoławczej (k. 5203v – 5204) wskazuje, iż czym innym jest ocena efektywnie spowodowanych obrażeń z perspektywy stwarzanego przez niebezpieczeństwa dla życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, a czym innym jest ocena realności wystąpienia takiego niebezpieczeństwa w razie trafienia pocisków w określone miejsca – tu nogi pokrzywdzonego. Biegły wskazał, iż trafienie pociskiem w pobliżu tętnic lub dużych pni nerwowych w tych częściach ciała stwarzałyby takie zagrożenie. Oceniając bezpośrednio niebezpieczeństwa powstania takiego skutku jeszcze raz należy odwołać się do wielokrotności oddawanych strzałów kierowanych bezpośrednio w nogi bądź w posadzkę w ich pobliżu. Nie wymaga żadnej wiedzy specjalistycznej, a pewnego minimum doświadczenia życiowego, które oskarżeni posiadają, wniosek że wielokrotne oddawanie strzałów z broni palnej w nogi lub twardą posadzkę w ich pobliżu stwarza bezpośrednie niebezpieczeństwo powstania ciężkich obrażeń ciała w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2, w postaci choroby realnie zagrażającej życiu, będącej wynikiem np. urazu tętnicy w nodze. Mając na uwadze powyższe uznano,

iż ustalenia faktyczne w tym zakresie zostały poczynione w sposób zgodny z art. 7 k.p.k, uwzględniając zarówno okoliczności przemawiające na korzyść oskarżonego, jak i przeciw niemu (art. 4 k.p.k).

Brak było podstaw do dalej idącego niż w zakresie przyjętego przez Sąd I instancji ustalenia o braku niebudzących wątpliwości podstaw do przyjęcia działania w ramach współsprawstwa A. M. poza pierwszą fazą zdarzenia, stosowania reguły z art. 5 § 2 k.p.k, w szczególności w zakresie istnienia u A. M. zamiaru ewentualnego spowodowania ciężkich obrażeń ciała, skoro Sąd I instancji dokonał pewnych i przekonujących ustaleń w tym zakresie.

Trafność poczynionych przez Sąd I instancji ustaleń faktycznych co do zamiaru z jakim działał A. M. (k.4917, 4919v), w szczególności, że zamiar jego obejmował także – obok m.in. zamiaru dotyczącego efektywnie spowodowanych obrażeń ciała w I fazie zdarzenia, wynikłych ze strzałów oddawanych w kierunku nóg pokrzywdzonego przez A. C. i S. S., a skutkujących naruszeniem czynności narządów ciała na czas powyżej 7 dni - przewidywanie i godzenie się z tym, że oddawanie tych strzałów, oprócz efektywnie spowodowanych obrażeń, stwarzało realną możliwość powstania u pokrzywdzonego ciężkich obrażeń ciała w postaci choroby realnie zagrażającej życiu, co znalazło wyraz w opisie i kwalifikacji prawnej czynu przypisanego w pkt.II części dyspozytywnej wyroku in concreto nie mogło jednak doprowadzić do przyjęcia w ramach kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu wyczerpania znamion przestępstwa z art.13 § 1 k.k. w zw.z art.156 § 1 pkt.2 k.k. Trafnie obrońca A.M. podnosi w uzasadnieniu apelacji (k.4989v-4990) konieczność , z uwagi na zasadę wyrażoną w art.4 § 1 k.k. – oceny zachowania przypisanego temu oskarżonemu na płaszczyźnie art.156 § 1 pkt.2 k.k. według stanu prawnego obowiązującego w chwili czynu. Przyjęta za podstawę prawną zaskarżonego wyroku treść art. 156 § 1 pkt 2 k.k. ustalona została przepisem art. 1 ustawy z dnia 3 października 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny (Dz. U. Nr 199, poz. 1935), który wszedł w życie z dniem 9 grudnia 2003 r. Do tego dnia punkt drugi paragrafu pierwszego art. 156 k.k. typizował jako to przestępstwo spowodowanie m.in. "długotrwałej choroby realnie zagrażającej życiu" albowiem uprzednie wprowadzenie przecinka pomiędzy zwrot „długotrwałej”, a „choroby” nastąpiło obwieszczeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 października 1997 r. (Dz. U. Nr 128, poz. 840), które wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 lipca 2003 r., sygn. SK 38/01 (Dz. U. Nr 121, poz. 1142), zostało uznane za sprzeczne z Konstytucją i utraciło moc .Tym samym, jak zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie, w okresie od wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r., a więc od dnia 1 września 1998 r. do dnia 9 grudnia 2003 r., jedną z postaci przestępstwa określonego w art. 156 § 1 pkt 2 k.k. było spowodowanie "długotrwałej choroby realnie zagrażającej życiu", a brak któregokolwiek z tych znamion uniemożliwia przyjęcie tej kwalifikacji. (por. wyroki Sądu Najwyższego z 28 maja 2008 r. KK 30/08 OSNwSK 2008/1/1164 , 5 maja 2005 r., sygn. V KK 414/04, OSNKW 2005, z. 9, poz. 80). W czynie przypisanym oskarżonemu wskazano na znamię „realnego” charakteru choroby zagrażającej życiu, nie ustalono natomiast że miała ona jednocześnie charakter długotrwały. Nadto wskazać należy na opinię biegłego J. K. złożoną na rozprawie odwoławczej (k.5203v) „ nie ma czegoś takiego jak długotrwała choroba realnie zagrażająca życiu , nie ma takiego pojęcia z medycznego punktu widzenia , bo nie spotykamy takich stanów , które odpowiadałyby takiemu pojęciu”. Tym samym w dacie przestępstwa przypisanego oskarżonemu (5 sierpnia 2003r.) oskarżony mógłby odpowiadać za dokonane przestępstwo z art.156 § 1 pkt.2 k.k. tylko wtedy gdy spowodowany przez niego skutek miały cechy długotrwałej choroby realnie zagrażającej życiu ,w konsekwencji za przestępstwo to popełnione w fazie usiłowania jego odpowiedzialność na podstawie art. 13 § 1 k.k. w zw. z art.156 § 1 pkt.2 k.k. byłaby możliwa na tożsamej zasadzie tj. przewidywany przez oskarżonego skutek, na który się godził, musiałby mieć łącznie w/w cechy. Brak ustalenia jednej z tych cech (przy dostrzeżeniu, że dalej idący skutek w postaci śmierci pokrzywdzonego był wynikiem działania innych osób, co do których działania w zakresie spowodowania śmierci nie istniało porozumienie z oskarżonym A. M.), stanowiącej znamię typu czynu zabronionego w stanie prawnym obowiązującym w dacie czynu, determinowała, z powodów prawnych, konieczność zmodyfikowania kwalifikacji prawnej poprzez pominięcie ramach kumulatywnej kwalifikacji art.13 § 1 k.k. w zw. z art.156 § 1 pkt.2 k.k. oraz dokonanie wymiaru kary na podstawie art.191 § 2 k.k. w zw. z art.11 § 3 k.k.

Za przypisane A. M. przestępstwo wymierzono na podstawie art. 191 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. (w najpełniejszy sposób oddającego zawartość kryminalną przypisanego przestępstwa) karę 5 lat pozbawienia wolności. Wymierzając tą karę Sąd miał na uwadze dyrektywy wymiaru kary z art. 53 § 1 i 2 k.k., uwzględniając stopień społecznej szkodliwości przypisanego czynu, wyczerpanie jedynym czynem znamion więcej niż jednego przestępstwa, motywację,

determinację w realizacji zamierzonego celu, następczą karalność. Natężenie tych okoliczności doprowadziło do oceny, iż dla osiągnięcia celu kary w zakresie prewencji indywidualnej i ogólnej koniecznym jest orzeczenie kary w maksymalnym wymiarze.

Nie uwzględnienie apelacji oskarżyciela publicznego co do zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych co do rodzaju zamiaru, a w konsekwencji kwalifikacji prawnej, z którym to zarzutem oskarżyciel publiczny wiązał zarzut rażącej niewspółmierności kary wymierzonej temu oskarżonemu (pkt VII apelacji) czyni bezprzedmiotowym zarzut co do kary podniesiony przez oskarżyciela publicznego.

Trafny był zarzut oskarżyciela publicznego z pkt. IV apelacji, rozwinięty w jej uzasadnieniu (k.4943), którego istota wyraża się w pominięciu w czynie przypisanym A.C. w pkt. I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku okoliczności faktycznych wyrażających pierwotny zamiar tego oskarżonego tj. zmuszenia pokrzywdzonego do określonego zachowania – zwrotu silnika osobie, która miała posiadać do niego prawo własności, realizowany w I fazie zdarzenia, a konsekwencji pominięcie w kwalifikacji prawnej kumulatywnej kwalifikacji z art.191 § 2 k.k. Trafnie Sąd I instancji ustalił (k.4897, 4917), że celem przybycia oskarżonych, R. Z. i S.S. było zmuszenie przemocą pokrzywdzonego do opisanego wyżej zachowania, nadto brak podstaw do przyjmowania aby oskarżeni, S.S. i R. Z. przybyli na miejsce planując zabójstwo pokrzywdzonego, bądź by już wówczas śmierć pokrzywdzonego przewidywali. Następcze działanie A.C., wyrażające się w strzelaniu do uciekającego pokrzywdzonego, wyrażające godzenie się przez tego oskarżonego z przewidywanym skutkiem w postaci śmierci, stanowiło jeden czyn z wcześniejszymi działaniami, nakierowanymi na zmuszenie pokrzywdzonego do określonego zachowania, a więc realizujących tożsamy zamiar jak A.M., uzasadniało ujęcie w opisie czynu przypisanego A.C. ustalonych okoliczności stanowiących znamiona typu czynu zabronionego z art.191 § 2 k.k., jak też przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji prawnej uwzględniającej obok art.148 § 1 k.k. także art.191 § 2 k.k..Sąd I instancji pomimo trafnych ustaleń powyższego nie uczynił, co biorąc pod uwagę wniesienie środka odwoławczego na niekorzyść tego oskarżonego i podniesienie w nim zarzutu co tej kwestii (objęcie zaskarżeniem – art.434 § 1 k.p.k. ) obligowało Sąd Apelacyjny do dokonania odpowiedniej zmiany w zakresie przestępstwa przypisanego A.C. w pkt.I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku poprzez przyjęcie, że oskarżony ten stosując przemoc w postaci oddawania strzałów z broni palnej działał także w celu zmuszenia R. S. (1) do zwrotu silnika od wyciągu narciarskiego osobie, która miała posiadać do niego prawo własności, kwalifikując tak przypisany czyn z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 191 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.Konieczną konsekwencją przyjętej kumulatywnej kwalifikacji prawnej było przyjęcie za podstawę wymiaru kary art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k..

Trafnie w zaskarżonym orzeczeniu przyjęto, że przestępstwo przypisane oskarżonemu A. C. w pkt.I części dyspozytywnej zostało popełnione w warunkach powrotu do przestępstwa w rozumieniu art. 64 § 1 k.k. Jest ono konsekwencją w istocie bezspornego ustalenia, iż oskarżony ten był karany wyrokiem Sądu O. Rejonu Miasta G. z dnia 22 lipca 1999r. za przestępstwo popełnione z użyciem przemocy (k.2300-2313) na karę pozbawienia wolności którą odbył w okresie od 13 maja 1999r. do 12 października 2000r. (k.2467-2468). Uprawnionym było zatem ustalenie Sadu I instancji, iż przestępstwo przypisane w przedmiotowym postępowaniu zostało popełnione przed upływem 5 lat od odbycia co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności, zaś przestępstwa za które oskarżony odbywał karę oraz przypisane w przedmiotowym postępowaniu są przestępstwami podobnymi w rozumieniu art. 115 § 3 k.k. albowiem oba zostały popełnione z użyciem przemocy. Sąd Apelacyjny podzielając pogląd prawny, wyrażony w judykacie przywołanym w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia (k.4920v) wskazuje, iż analogiczny pogląd tj. że dla przyjęcia działania w warunkach recydywy obojętne jest czy odbywanie kary miało miejsce w Polsce lub za granicą, ani też czy kara została orzeczona przez sąd Polski czy innego państwa wyrażany jest w doktrynie (por. J. Majewski Komentarz do kodeksu karnego t. I wyd. Zakamycze 2004 s.968). Nie sprzeciwia się takiej ocenie prawnej także treść art. 5 k.k., wskazanego przez obrońcę, a dotyczącego zasady terytorialności, wyrażającej się m.in. w stosowaniu polskiej ustawy karnej do sprawcy czynu popełnionego na terenie Polski, niezależnie od statusu przynależności państwowej takiego sprawcy.

Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutów apelacji oskarżyciela publicznego opisanych w pkt. V i VI apelacji, a dotyczącej rażącej niewspółmierności (przez swą łagodność) kary 15 lat pozbawienia wolności orzeczonej wobec oskarżonego A. C.. Treść zarzutu z pkt. V wskazuje na taką ocenę oskarżyciela publicznego tej kary, poprzez podniesienie w

pierwszej kolejności błędu w ustaleniach faktycznych, co do postaci zamiaru towarzyszącej temu oskarżonemu, która była wzięta pod uwagę przez Sąd I instancji jako zasadnicza okoliczność łagodząca. Wyrażona wcześniej ocena braku zasadności zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych co do postaci zamiaru nie zwalnia jednak Sądu Apelacyjnego od odniesienia się do zarzutów co do kary albowiem dalsza ich treść oraz uzasadnienie (k.4943) wskazuje na tożsamą ocenę oskarżyciela publicznego orzeczonej kary przy założeniu prawidłowości ustalonej postaci zamiaru, przy czym orzeczona kara jest kwestionowana na dwóch płaszczyznach : braku należytej oceny okoliczności podmiotowych i przedmiotowych obciążających oskarżonego, nadto „wewnętrznej „ niesprawiedliwości z karą orzeczoną wobec S.S., mimo braku w przypadku twego ostatniego takich okoliczności obciążających jak w przypadku A.C. . Odnosząc się do tak sformułowanych zarzutów w pierwszej kolejności wskazać trzeba na dokonanie przez Sąd I instancji wyczerpujących ustaleń co do okoliczności istotnych dla wymiaru kary ,zaś apelujący nie wykazał braku w tym zakresie, które to okoliczności zostały następnie poddane odpowiedniej ocenie (k.4920v-4921). Apelujący podnosi działanie w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie a polegającej na podjęciu się udziału w pozbawieniu życia nieznanego człowieka z chęci zysku, nadto stanowczość zamiaru wyrażająca się w dwukrotnym, dzień po dniu, przybyciu na miejsce zdarzenia .W pełni zgodzić można byłoby się z apelującym, że działanie sprawcy, polegające na planowanym zabójstwie innej osoby ,dla wynagrodzenia czy uzyskania innej korzyści, do tego realizowane z determinacją z zestawieniem z zabójstwem popełnianym np. nagle , pod wpływem emocji , cechuje radykalnie wyższy – w ramach kwalifikacji z art.148 k.k. – stopień karygodności, stanowiąc jedną z najistotniejszych przesłanek orzeczenia jednej z nadzwyczajnych kar pozbawienia wolności . Rzecz jednak w tym ,że wskazany przez apelujące opis tych przesłanek nie odpowiada poczynionym ustaleniom faktycznym. Jak wcześniej wskazano, brak jest podstaw dowodowych dla twierdzenia ,że pierwotnym zamiarem oskarżonych, R. Z. i S.S. było nie zmuszenie przemocą pokrzywdzonego do określonego zachowania lecz jego zabójstwo .Tym bardziej brak podstaw do przyjęcia działania oskarżonych z chęci zysku rozumianego jako współudział w zabójstwie dla uzyskania wynagrodzenia.Także w kontekście rzeczywistego pierwotnego zamiaru ocenić należy bezsporną okoliczność dwukrotnego, dzień po dniu, przybycia na miejsce zdarzenia w celu zrealizowania przestępczego zamiaru, który jednak nie miał polegać na zabójstwie (a której to determinacji nie pominięto przy wymiarze kary – k.4920v). Sąd I instancji nie pominął uprzedniej i następcej karalności A.C. za przestępstwa podobne (choć nie polegające na dokonanym lub usiłowanym zabójstwie ),w pełni trafnie oceniając je jako wskazujące na wysoki stopień zdemoralizowania, m.in. na tej podstawie orzekając karę pozbawienia wolności w maksymalnym (zwyczajnym) wymiarze. Apelujący dodatkowo podnosi (k.4943) popełnianie przez A. C. przestępstw rozboju, w grupie przestępczej, odwołując się do zeznań A.S., co ma dodatkowo wskazywać na stopień jego demoralizacji .Sąd Apelacyjny odnosił się już do oceny zeznań A.S., niezależnie od tego podkreślenia wymaga, że brak jest dowodów na to żeby chociażby toczyło się postępowanie karne w tym zakresie, tym bardziej aby zapadło orzeczenie wskazujące na sprawstwo oskarżonego, które on sam neguje. Powoduje to na płaszczyźnie art.5 § 1 k.k. niedopuszczalność przypisywania danej osobie sprawstwa jakiegoś przestępstwa, chociażby w procesie ustalania przesłanek wymiaru kary w innym postępowaniu.

W orzecznictwie od długiego już czasu wskazuje się, że kara 25 lat pozbawienia wolności w tym wymiarze ma przede wszystkim charakter eliminacyjny, a ze względu na bardzo długi okres izolacji trudno jest przypisywać jej funkcję resocjalizacyjną. Należy ją wymierzać w przypadkach najcięższych, gdy okoliczności obciążające zdecydowanie przeważają nad okolicznościami łagodzącymi. Przyjmuje się w orzecznictwie sądów, iż karę tę wolno wymierzyć jedynie wówczas, gdy stopień winy jest na tyle wysoki, że uzasadnia jej zastosowanie, a kara pozbawienia wolności (z art. 32 pkt 3 k.k.) nawet w najwyższym wymiarze nie spełniałaby indywidualnych celów kary określonych w art. 53 § 1 k.k." (por. m.in. wyrok SN z dnia 20 grudnia 1973 r., III KR 319/73, OSNKW 1974, z. 4, poz. 62, wyrok SA w Krakowie w wyroku z dnia 8 grudnia 2010 r., sygn. akt II AKa 226/10, Lex nr 852392). In concreto gdyby ograniczyć się tylko do okoliczności obciążających oskarżonego, w szczególności gdyby działał on w warunkach sugerowanych przez oskarżyciela, istotnie zachodziłaby konieczność orzeczenia jednej z nadzwyczajnych kar pozbawienia wolności, nie sposób było jednak pominąć – i tak też czyni Sąd instancji – okoliczności takich jak zamiar ewentualny, nagły, a więc takie postacie które cechuje niższy stopień społecznej szkodliwości w stosunku do zamiaru bezpośredniego, tym bardziej objętego premedytacją (art.115 § 2 k.k.), nadto zaplanowanie ,zorganizowanie i kierowanie popełnieniem przestępstwa przez inną niż oskarżona osobę. Uprzednia i następca karalność oskarżonego (a ona różnicuje sytuację A.C. i S.S.) nie stanowi przy zaistnieniu w/w okoliczności dotyczących strony podmiotowej, nadto uwzględniając

treść art.21 § 1 k.k., wystarczającej przesłanki do orzeczenia wobec A.C. kary nadzwyczajnej pozbawienia wolności dla osiągnięcia wskazanego przez oskarżyciela zróżnicowania kar, których zróżnicowanie znajdzie swój dodatkowy, odpowiedni wyraz w konsekwencjach związanych z art.77 § 1 k.k. i art.78 § 1 i 2 k.k.

Wskazane przez Sąd I instancji (k.490v-4921) okoliczności wzięte pod uwagę przy wymiarze kary za przypisane A.C. przestępstwo z art.263 § 2 k.k. nakazują orzeczoną karę ocenić jako spełniającą dyrektywy wymiaru kary z art.53 § 1 i 2 k.k., przez co w żadnej mierze nie może być uznana za niewspółmiernie surową.

Na poczet orzeczonej wobec A. M. (1) kary pozbawienia wolności, mając na uwadze treść art. 63 § 1 k.k. zaliczono okres rzeczywistego pozbawienia wolności tego oskarżonego od 4 grudnia 2008r. do 22 listopada 2012r. W zakresie daty końcowej zaliczonego okresu uwzględniono, iż tymczasowe aresztowanie wobec tego oskarżonego trwało także po wydaniu wyroku przez Sąd I instancji, ulegając zmianie na nieizolacyjne środki zapobiegawcze po wpłaceniu poręczenia majątkowego(k.4930,4934). Przyjęcie wcześniejszej daty początkowej (w stosunku do przyjętej w zaskarżonym wyroku daty 16 grudnia 2008r.) wynikało z podzielenia przez Sąd Apelacyjny zarzutu opisanego w apelacji obrońcy A. M. (ppkt d). Tożsamy zarzut zgłaszany był w poprzednim środku odwoławczym tego obrońcy, przy czym w przedmiotowym postępowaniu sądowym nie poczyniono nowych ustaleń faktycznych tej kwestii, w szczególności które podważałyby twierdzenia A. M., iż od dnia 4 grudnia 2008r. był on rzeczywiście pozbawiony wolności dla potrzeb przekazania go polskim organom w związku z przedmiotowym postępowaniem co faktycznie nastąpiło 16 grudnia 2008r. Treść informacji organów ukraińskich (k.1117), w szczególności zapis mówiący o mającym nastąpić aresztowaniu A. M., po zakończeniu odbywania kary w dniu 4 grudnia 2008r., potwierdza co do tej kwestii twierdzenia oskarżonego. Sąd Apelacyjny w tym zakresie wyraża ocenę, iż choć z perspektywy dokonywania rozstrzygnięć z art. 63 § 1 k.k. modelową i pożądaną sytuacją pozostaje posiadanie dokumentów urzędowych wprost daną okoliczność potwierdzających, nie może to jednak prowadzić do sytuacji, iż na skutek braku dokonania ustaleń faktycznych, które wykluczałyby stwierdzenie danej okoliczności, na podstawie dowodu osobowego, dochodzić miałyby do braku zaliczenia okresu rzeczywistego pozbawienia wolności. W razie ujawnienia się w dalszym postępowaniu dowodów wykluczających rzeczywiste pozbawienie wolności oskarżonego pomiędzy 4 a 16 grudnia 2008r. możliwym będzie dokonanie ponownego rozstrzygnięcia na podstawie art. 420 § 2 k.p.k.

O kosztach obrony z urzędu w postępowaniu odwoławczym orzeczono na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze oraz § 14 ust.2 pkt.5, § 16 i § 2 ust.1 i 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, mając na uwadze wnioski obu obrońców, liczbę terminów rozpraw w których uczestniczyli oraz ich oświadczenie, iż opłaty nie zostały zapłacone nawet w części, poprzez zasądzenie na rzecz każdego z obrońców z urzędu kwot po 885,60zł, w tym należny podatek od towarów i usług.

O kosztach sądowych orzeczono na podstawie art.624 § 1 k.p.k. w zw. z art.634 k.p.k., poprzez zwolnienie obu oskarżonych od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych, obciążając nimi Skarbu Państwa, mając w tym zakresie na uwadze takie okoliczności jak brak majątku, wreszcie orzeczone wobec oskarżonych kary pozbawienia wolności, przekraczające swą długością termin przedawnienia kosztów sądowych (art.641 k.p.k.) . Okoliczności te czynią zasadnym twierdzeniem, iż brak jest podstaw do przyjęcia możliwości dobrowolnego lub przymusowego uiszczenia tychże kosztów przez oskarżonych.