

Sygn. akt II AKa 251/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Witold Franckiewicz (spr.)
Sędziowie:	SSA Ryszard Ponikowski SSA Andrzej Kot
Protokolant:	Anna Turek

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Beaty Lorenc - Kociubińskiej

po rozpoznaniu w dniach 11 września 2013r., 17 października 2013r. i 28 listopada 2013 r.

sprawy **P. U.**

oskarżonego z art. 148 § 1 k.k.

z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora, oskarżycieli posiłkowych i oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 25 marca 2013 r. sygn. akt III K 181/12

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego P. U. w ten sposób, że na podstawie art. 77 § 2 k.k. orzeka, że oskarżony będzie mógł skorzystać z warunkowego przedterminowego zwolnienia nie wcześniej niż po upływie 13 (trzynastu) lat pozbawienia wolności;

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza od oskarżonego P. U. na rzecz oskarżycieli posiłkowych S. S. (1) i C. M. (1) po 500 zł z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym ich pełnomocnika;

IV. zasądza od oskarżonego P. U. na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania odwoławczego wraz z opłatą za drugą instancję 600 zł.

UZASADNIENIE

P. U. oskarżony został o to, że w dniu 3 lipca 2011 r. we W., przy ul. (...), chcąc pozbawić życia W. M., wielokrotnie zadawał mu uderzenia pięściami w twarz i głowę, a następnie kopał go po głowie i twarzy stopami obutymi w buty, czym spowodował u wyżej wymienionego pokrzywdzonego obrażenia ciała w postaci rozległych obrażeń głowy, a w tym złamania łyski kości potylicznej po stronie prawej, złamania kości podstawy czaszki, łączące szczelinę

złamania kości potylicznej z wieloodłamowym złamaniem stropu lewego oczodołu z przemieszczeniem odłamków, z rozlanym krwotokiem podpajęczynówkowym, znaczną ilością krwi w komorach mózgu, wieloodłamowych i rozległych złamań kości twarzoczaszki, ran tłuczonych twarzy z licznymi zlewającymi się podbiegnięciami krwawymi, w tym o geometrycznym i regularnym kształcie, z następowym zachłyśnięciem krwią, skutkujących jego zgonem, tj. o przestępstwo z art. 148 § 1 k.k..

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie o sygn. akt III K 181/12 uznał oskarżonego P. U. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i za ten czyn na podstawie art. 148 § 1 k.k. wymierzył mu karę 15 (piętnastu) lat pozbawienia wolności; na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu P. U. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 3 lipca 2011 r. do dnia 25 marca 2013 r., na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił dowody rzeczowe złożone w depozycie Sądu Okręgowego: oskarżonemu P. U.-dowody rzeczowe wymienione w wykazie dowodów rzeczowych nr IV/369/11, poz. 9-12 (k.95), pokrzywdzonej S. S. (1) – dowody rzeczowe wymienione w wykazie dowodów rzeczowych nr II/367/11, poz. 3 (k. 60) oraz wykazie dowodów rzeczowych nr XI/384/11, poz. 30-34, k. 669, J. K. - dowody rzeczowe wymienione w wykazie dowodów rzeczowych nr III/368/11, poz. 4-5 (k. 75) i wykazie dowodów rzeczowych nr X/375/11, poz. 26-29, k. (733), P. M. – dowody rzeczowe wymienione w wykazie dowodów rzeczowych nr VIII/375/11 poz. 16-20, k. (715), R. K. – dowody rzeczowe wymienione w wykazie dowodów rzeczowych nr XI/374/11, poz. 21-25, (k. 724); zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych w sprawie zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

Powyższy wyrok w całości zaskarżył obrońca oskarżonego P. U. adw. A. K. zarzucając:

I. obrazę przepisów prawa materialnego a mianowicie:

1. art. 25 § 1 k.k. poprzez jego niezastosowanie polegające na pominięciu konstrukcji obrony koniecznej w kwalifikacji przypisanego P. U. czynu podczas, gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje na fakt, że była to obrona konieczna;

2. art. 160 § 3 k.k. poprzez jego niezastosowanie polegające na błędnym przyjęciu przez Sąd, że sprawca po ataku pokrzywdzonego na niego i zamieszeniu w warunkach stanu upojenia alkoholowego działał z zamiarem bezpośrednim pozbawienia życia pokrzywdzonego podczas, gdy jego zachowanie cechowało się kombinacją strony podmiotowej umyślności, co do czynu, ale nieumyślności co do skutku i odpowiadało w takich warunkach dyspozycji normy sankcjonowanej zawartej w art. 160 § 3 k.k.;

II. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zapadłego w niniejszej sprawie orzeczenia, a mianowicie obrazę art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. oraz w zw. z art. 424 § 1 k.p.k. polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie w sposób sprzeczny z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie wskazuje na fakt, że P. U. bronił się przed bezpośrednim, bezprawnym i rzeczywistym zamachem na jego życie bądź zdrowie, ewentualnie przekraczając w ekscyście intensywnym granice obrony koniecznej, co z kolei powinno było znaleźć odzwierciedlenie w kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu.

Zarzucając powyższe obrońca oskarżonego P. U. wniósł o:

I. uniewinnienie P. U. od zarzucanego mu czynu w sytuacji przyjęcia, że działał on w obronie koniecznej;

ewentualnie:

II. w razie gdyby Sąd Odwoławczy uznał, że sprawca przekroczył granice obrony koniecznej poprzez zastosowanie środków obrony niewspółmiernych do niebezpieczeństwa zamachu wniósł o zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary i wymierzenie oskarżonemu kary 6 lat pozbawienia wolności na skutek zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia;

ewentualnie:

III. zmianę kwalifikacji czynu P. U. z typu określonego w art. 148 § 1 k.k. na typ z art. 156 § 3 k.k. i wymierzenie mu za ten czyn stosownej kary w zakresie ustawowego zagrożenia dla typu z art. 160 § 3 k.k.;

IV. w razie uznania, że apelacja jest bezzasadna lub oczywiście bezzasadna, obrońca oskarżonego wniósł o nie obciążanie skarżącego kosztami postępowania odwoławczego mimo faktu, że postępowanie odwoławcze zostało wszczęte na skutek jego apelacji. (zacytowano dosłownie treść apelacji).

Na rozprawie apelacyjnej obrońca oskarżonego zmodyfikował wniosek apelacyjny i w pierwszej kolejności wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, podtrzymując dalsze alternatywne wnioski zawarte w apelacji.

Pismem procesowym z dnia 9 września 2013 r. stanowiącym rozwinięcie zarzutów apelacji obrońcy oskarżonego adw. A. K., obrońca z wyboru oskarżonego P. U., adw. P. B. ustanowiony w postępowaniu odwoławczym podniósł zarzut dotyczący kwalifikacji prawnej popełnionego czynu tj. błędną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz niesłuszne ustalenie, że oskarżony P. U. dokonał zabójstwa z zamiarem bezpośrednim. Jak wskazał, całokształt okoliczności podmiotowych oraz przedmiotowych w niniejszej sprawie uprawnia do przyjęcia, że działanie oskarżonego zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego wypełniło znamiona przestępstwa z art. 148 § 1 k.k., jednakże popełnionego z zamiarem ewentualnym. W konsekwencji powyższego obrońca podniósł zarzut rażąco surowej kary, wskazując, że Sąd I instancji decyzję o wymiarze kary oparł przed wszystkim na okolicznościach obciążających, nie uwzględniając przy tym w dostatecznym stopniu okoliczności łagodzących. W zakresie wymierzonej oskarżonemu kary, Sąd Okręgowy nie uwzględnił prawidłowej postaci zamiaru sprawcy przestępstwa. (k.2140-2146).

Mając na względzie powyższe, na rozprawie apelacyjnej wniósł jak w petitum wywiezionej apelacji, popierając apelację obrońcy adw. A. K..

Apelację od wyroku wniósł również Prokurator Rejonowy dla Wrocławia-Krzyki Zachód zaskarżając powyższy wyrok na niekorzyść oskarżonego w części dotyczącej orzeczenia o karze, zarzucając rażąco niewspółmierność kary, polegającą na wymierzeniu oskarżonemu kary 15 lat pozbawienia wolności zamiast wnioskowanej przez oskarżyciela publicznego na rozprawie sądowej kary 25 lat pozbawienia wolności, która to niewspółmierność wynika z niewłaściwej oceny okoliczności obciążających oskarżonego, powodujących w ocenie skarżącego zmaksymalizowanie istniejącego u P. U. stopnia zawinienia, jak i stopnia społecznej szkodliwości jego czynu, odzwierciedlających tak w przebiegu penalizowanego zdarzenia, jak i w okolicznościach stricte osobistych po stronie oskarżonego, a nadto godzi ona w funkcje i cele kary, marginalizując jej zadania w sferze prewencji ogólnej, czyniąc z orzeczonej sankcji niedostateczną i nieadekwatną reakcją karną za zaistniałą zbrodnię. Mając na uwadze powyższe, Prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie orzeczonej kary i wymierzenie oskarżonemu P. U. kary 25 lat pozbawienia wolności. Apelację poparł na rozprawie apelacyjnej.

Apelacje od wyroku wnieśli również oskarżyciele posiłkowi tj. S. S. (1) i C. M. (2) w części dotyczącej wymiaru kary na niekorzyść oskarżonego. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucili rażąco niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego w stosunku do stopnia społecznej szkodliwości czynu oskarżonego, okoliczności jego popełnienia, warunków osobistych sprawcy, a zwłaszcza faktu, że oskarżony jest osobą uprzednio karaną sądownie. Mając na uwadze powyższe, pełnomocnik oskarżycieli posiłkowych wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez wymierzenie P. U. kary 25 lat pozbawienia wolności.

Zanim przedstawiona zostanie ocena wniesionych apelacji, należy przedstawić i uzasadnić uzupełnienie przewodu sądowego poprzez przeprowadzenie dowodów na rozprawie odwoławczej, w trybie art. 452 § 2 k.p.k., przez przesłuchanie w charakterze świadka K. S. (1) i uzupełniające przesłuchanie świadka Z. I..

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 17 października 2013 roku, obrońca oskarżonego P. U. – adw. P. B. wniósł o przesłuchanie w charakterze świadka K. S. (1) na okoliczność przebywania tej osoby w mieszkaniu we W., przy ul. (...)

wraz z pokrzywdzonym i innymi osobami, podczas trwającej imprezy, poprzedzającej zdarzenie. Ponadto osoba ta – według oskarżonego – posiadała informacje „na temat tej imprezy, w której uczestniczył” (k.2176).

Ponadto oskarżony P. U., na rozprawie apelacyjnej wyjaśnił: „wydaje mi się, że S. opuścił mieszkanie wraz z pokrzywdzonym i jego kolegami, a ja zostałem wraz z dziewczynami, ja wychodziłem z mieszkania jako ostatni” (k.2176 verte). Stąd według oskarżonego świadek mógł posiadać informacje dotyczące przebiegu zdarzenia z jego udziałem, skoro przebywał wówczas na zewnątrz lokalu.

Sąd Apelacyjny uznał za zasadny wniosek dowodowy obrońcy oskarżonego i dopuścił dowód z przesłuchania w charakterze świadka K. S. (1), przewidując zaś dokonanie konfrontacji ze świadkiem Z. I., wezwał powyższe osoby na rozprawę odwoławczą w dniu 28 listopada 2013 roku.

Przesłuchany w charakterze świadka K. S. (1) potwierdził, że w dniu 3 lipca 2011 roku przyszedł do mieszkania przy ul. (...) we W., podczas gdy obecni w mieszkaniu już byli m.innymi pokrzywdzony W. M. oraz oskarżony P. U.. W sposób ogólny przedstawił zachowanie uczestników spotkania i co istotne – zeznał, że opuścił mieszkanie, gdy pozostali uczestnicy w nim przebywali. Tym samym, nie było tak, jak wyjaśnił oskarżony na rozprawie odwoławczej, że przypuszczał, iż świadek K. S. (1) mógł widzieć zdarzenie przed budynkiem, w którym uczestniczył pokrzywdzony W. M.. Zeznania zatem tego świadka nie wniosły nowych elementów, istotnych dla ustalenia stanu faktycznego. To, że pomiędzy oskarżonym, a pokrzywdzonym dochodziło do wymiany zdań podczas imprezy, nie stanowiło nowych okoliczności, gdyż szczegółowo przebieg spotkania został zrelacjonowany przez uczestników imprezy, będących od początku – do jej zakończenia. Tym samym zeznania świadka K. S. nie zmieniły również w tym zakresie ustaleń faktycznych.

Sąd Apelacyjny, w wyniku złożenia uzupełniających zeznań przez świadka Z. I., miał możliwość bezpośredniego kontaktu ze świadkiem, co pogłębiło ocenę wiarygodności złożonych przez niego zeznań, które zostały uszczegółowione w zakresie przebiegu zdarzenia, co zostanie przedstawione niżej w uzasadnieniu wyroku.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

1. Odnośnie apelacji obrońcy oskarżonego: - apelacja obrońcy oskarżonego – adw. A. K. okazała się niezasadna.

Główny zarzut apelacji obrońcy oskarżonego P. U. stanowił naruszenie prawa materialnego tj. art. 25 § 1 k.k. poprzez jego nie zastosowanie, polegające na pominięciu obrony koniecznej w kwalifikacji przypisanego P. U. czynu. Zdaniem obrony zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje na fakt, że była to obrona konieczna. Z tą argumentacją nie sposób jednak się zgodzić.

Obrona konieczna jest kontratypem, a więc okolicznością, która wyłącza bezprawność czynu zabronionego, a przez to i przestępność czynu, co kodeks karny wyraża słowami "nie popełnia przestępstwa". Czyn popełniony w obronie koniecznej, mimo iż wyczerpuje ustawowe znamiona czynu zabronionego, jest legalny, a zatem nie jest sprzeczny z prawem, nie może być więc przestępstwem. Instytucja ta wyłącza nie tylko bezprawność kryminalną, ale też każdy rodzaj bezprawności, gdyż uchyla w ogóle sprzeczność takiego zachowania z jakąkolwiek normą prawną. Obrona konieczna polega na odpieraniu **bezprawnego, rzeczywistego i bezpośredniego zamachu**. Jej elementami składowymi są: **zamach i obrona**. Zarówno zamach, jak i obrona muszą odpowiadać warunkom określonym w k.k. **Zamach musi być rzeczywisty, bezprawny i bezpośredni, zaś obrona musi się mieścić w ramach konieczności, a ponadto sposób obrony musi odpowiadać warunkowi współmierności do niebezpieczeństwa zamachu. Zamach** przy obronie koniecznej oznacza każde zachowanie człowieka stwarzające obiektywne niebezpieczeństwo dla dobra chronionego. Przez zamach dobro chronione jest naruszane lub zagrożone. **Rzeczywisty** jest taki zamach, który zachodzi w obiektywnej rzeczywistości, co oznacza, że musi być zdarzeniem rzeczywistym, stwarzając realne niebezpieczeństwo dla dobra prawnego. **Tytuł do zastosowania obrony koniecznej daje zamach bezprawny**. Musi być on sprzeczny z jakąkolwiek normą systemu prawnego, a nie wyłącznie z normami prawa karnego. **Zamach musi być bezpośredni**, co oznacza, że jego sprawca już

zaczął naruszać dobro chronione lub że zamach temu dobru grozi niezwłocznie, tak że znajduje się ono już w niebezpieczeństwie - "istnieje wysoce spotencjalizowane niebezpieczeństwo" ataku. To zagrożenie musi istnieć w chwili odpierania zamachu, nie może wystąpić po jakimś czasie od zamachu, nie może być odłożone na przyszłość. Jest to ważny warunek obrony koniecznej - gdy nie jest dotrzymany, następuje przekroczenie granic obrony koniecznej z powodu tzw. ekscesu ekstensywnego (art. 25 § 2 k.k.). Zamach rozpoczyna się w chwili, w której powstaje niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, kończy się w momencie, gdy ono ustaje. Przez cały czas trwania zamachu ma on charakter zamachu bezpośredniego. W wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 3 listopada 2004 r. (II AKa 237/04, OSA 2005, Nr 9, poz. 63) stwierdzono, że zamach trwa dopóty, dopóki trwa zachowanie skierowane na naruszenie dobra. Nie przerywa go chwilowe uniemożliwienie napastnikowi naruszenia dobra prawnego. Dopiero trwałe uniemożliwienie napastnikowi realizacji swego zamiaru można uznać za zakończenie zamachu. Konstatacja ta jest konsekwencją utożsamiania "zamachu" z niebezpieczeństwem, które on ze sobą niesie. Zdaniem Sądu **zamach istnieje tylko wtedy, gdy istnieje rzeczywiste zagrożenie dla określonego dobra prawnego**. Należy zauważyć, że ustawodawca posługuje się przy określaniu znamion obrony koniecznej pojęciem zamachu, a nie niebezpieczeństwa. Tym samym pojęć tych nie można utożsamiać, nie uprawnione jest też określanie granic pojęcia zamachu za pomocą pojęcia niebezpieczeństwa. Niebezpieczeństwo naruszenia dobra prawnego nie musi występować równocześnie z zachowaniem się, które je wywołało. Zamach może występować zanim powstanie niebezpieczeństwo. Może też trwać mimo chwilowego usunięcia niebezpieczeństwa grożącego ze strony napastnika. Czasowe, nietrwałe usunięcie takiego niebezpieczeństwa nie przerywa bowiem definitywnie zachowania skierowanego na naruszenie dobra prawnego. Rozbrojenie przeto napastnika, tj. usunięcie grożącego z jego strony niebezpieczeństwa, jest równoznaczne z zakończeniem zamachu tylko wtedy, gdy trwałe uniemożliwia mu ono realizację swego zamiaru. Zamach bezpośredni, rozumiany jako zachowanie się ukierunkowane na naruszenie dobra prawnego, rozpoczyna się zatem wówczas, gdy zachowanie to jest tak zaawansowane, że brak przeciwdziałania doprowadzi do istotnego niebezpieczeństwa dla określonego dobra prawnego. Zamach ten trwa dopóty, dopóki trwa zachowanie skierowane na naruszenie dobra. Oczywiście, ustalenie czy owo "uniemożliwienie" jest li tylko czasowe, czy też trwałe wymaga dokładnej analizy przebiegu całego zdarzenia. O tym, czy istnieje bezprawny i bezpośredni zamach na dobro chronione prawem, decyduje bowiem zachowanie się osoby atakującej w całym przebiegu zdarzenia, a nie tylko ten fragment, który odnosi się do momentu podjęcia akcji obronnej przez osobę zaatakowaną.

Powyższe rozważania dotyczące konstrukcji prawnej obrony koniecznej, odnieść należy do realiów rozpoznawanej sprawy, w kontekście oceny zasadności wywiedzionej apelacji obrońcy oskarżonego P. U..

Stąd też należy odnieść się do ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego, zawartych w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Tenże Sąd ustalił m.innymi:

1) „**pokrzywdzony popchnął oskarżonego. Oskarżony przewrócił się na plecy**. Na jego niebieskiej bluzie na plecach powstała plama od błota. Oskarżony wstał i zaczął szarpać się z pokrzywdzonym. Kiedy szarpiąc się, trzymali się za barki ... W trakcie szarpaniny oskarżony zaczął zadawać pokrzywdzonemu ciosy pięścią. Ten próbował się bronić lecz czynił to nieudolnie. **Po jednym z ciosów obaj przewrócili się** – W. M. upadł na plecy...”.

(str. 5-6 uzasadnienia wyroku).

W dalszej części pisemnego uzasadnienia wyroku (dotyczącej oceny dowodów), Sąd Okręgowy stwierdził:

2) ... „Sąd dał wiarę wyjaśnieniom oskarżonego dotyczącym sytuacji **inicjującej inkryminowane zdarzenie**, bowiem w tej części nie istniały dowody przeciwnie, a nadto wyjaśnienia oskarżonego korespondowały **ze wskazanymi powyżej dowodami**, którym Sąd przyznał walor wiarygodności ...”.

(str. 22 uzasadnienia wyroku).

3) ... „Sąd jedynie częściowo, w zakresie dotyczącym sytuacji inicjującej zdarzenie dał wiarę wyjaśnieniom oskarżonego P. U. **twierdzącego, że został zaatakowany przez pokrzywdzonego, który go przewrócił**. Takie stanowisko Sądu wynika przede wszystkim z faktu, że brak jest jakichkolwiek dowodów, które w sposób miarodajny

mogłyby zakwestionować powyższe wyjaśnienia oskarżonego, wręcz przeciwnie – **całokształt zebranych w sprawie dowodów zdaje się wyjaśnienia te potwierdzać...**”.

(str. 25 uzasadnienia wyroku).

4) ... „**logicznymi** jest zatem, że w czasie kiedy Z. I. nie obserwował oskarżonego, **pokrzywdzony zaatakował go i przewrócił na ziemię, na plecy**, oskarżony szybko wstał i wywiązała się szarpanina ...”.

(str. 26 uzasadnienia wyroku).

5) ... „w ocenie Sądu, potwierdza wyjaśnienia oskarżonego, że **pokrzywdzony zainicjował zdarzenie, przewracając go na plecy ...**”.

(str. 27 uzasadnienia wyroku).

Z cytowanych wyżej fragmentów pisemnego uzasadnienia wyroku dotyczących przyjętych przez Sąd I instancji ustaleń odnoszących się do pierwszej fazy zdarzenia oraz oceny dowodów wynika, że:

1) zdarzenie zainicjował pokrzywdzony, popychając oskarżonego,

2) dowód w postaci wyjaśnień oskarżonego pozwalał Sądowi ustalić, że zdarzenie nastąpiło na skutek inicjującego działania pokrzywdzonego, zaś brak było dowodu przeciwnego, który kwestionowałby wiarygodność wyjaśnień oskarżonego,

3) oskarżony upadał na ziemię dwukrotnie: raz na skutek popchnięcia przez pokrzywdzonego, drugi raz po zadaniu ciosów pokrzywdzonemu, podczas wzajemnej szarpaniny.

Sąd Apelacyjny nie jest w stanie zaakceptować powyższych ustaleń i oceny dowodów wyżej zaprezentowanej, z następujących powodów:

1) nie sposób jest zgodzić się z ustaleniem Sądu I instancji, że zdarzenie zainicjował pokrzywdzony, który **popchnął oskarżonego**. Z żadnego bowiem dowodu nie wynika aby w rzeczywistości takie **popchnięcie oskarżonego** nastąpiło. Jest to ustalenie dowolne, nie mające wsparcia w jakimkolwiek dowodzie, a wręcz pozostaje w sprzeczności z wyjaśnieniami oskarżonego, które Sąd I instancji uznał za wiarygodne. Oskarżony bowiem wyjaśnił: (tom IV, k. 677 akt): „ja wyszedłem pierwszy z klatki, poszkodowany chyba za mną, >>**wszedł mi w nogi**>> **złapał mnie za nogi** i wyrócił mnie – tam były jakieś kwiatki, jakaś ziemia. On zaczął mnie uderzać, ja wydostałem się spod niego, oddałem mu kilka razy – nie pamiętam ile razy ... jak wyszedłem to **chciałem zadzwonić na taksówkę i poczułem, że się wywracam**, a ten chłopak trzyma nie za nogi. Poleciliśmy chyba w lewą stronę, tam była ziemia. Upadłem na plecy, uderzyłem o coś głową, **bo on trzymał mnie za nogi**. To było takie wejście w stylu zapaśniczym. Zaczął mnie okładać, gdzie popadnie, dostałem w plecy ... mogłem go nogą **odepchnąć ...**”.

a nadto wyjaśnił: (tom V, k. 837):

... „on mnie przewrócił, ja się podniosłem, próbował mnie uderzyć i zadałem mu kilka ciosów ...”.

Sąd I instancji przyjął ponadto, że pokrzywdzony przewrócił dwukrotnie oskarżonego, co również nie wynika z wyjaśnień oskarżonego, a zatem ustalenia Sądu nie znajdują wsparcia w wyjaśnieniach oskarżonego, które Sąd uznał za wiarygodne.

Wiarygodność wyjaśnień oskarżonego nie została oceniona w sposób wszechstronny.

Ponadto ustalenia Sądu I instancji pozostają w sprzeczności z dowodu – w ocenie tegoż Sądu – uznanym za wiarygodny, tj. zeznaniami świadka Z. I.. Jest to niezwykle istotny i ważny dowód w sprawie.

Świadek Z. I. w dniu 24 stycznia 2012 r. zeznając podczas przesłuchania przez prokuratora zeznał (t. IX, k. 1633):

„ ... początkowo te osoby rozmawiały ze sobą i była jakaś wymiana zdań między nimi, na co ja nie zwracałem uwagi. Tym bardziej, że pierwszy mężczyzna, który się pojawił, załatwiał potrzebę fizjologiczną.

... po chwili, gdy ponownie się odwróciłem w ich stronę zobaczyłem, że mężczyźni szarpią się między sobą, oni byli między sobą spięci, trzymali się za bary. W pewnym momencie ten mężczyzna – opisywany przez mnie jako sprawca – zaczął zadawać ciosy pięściami, temu drugiemu mężczyźnie. **Na pytanie obrońcy:** na wstępie obaj mężczyźni stali ... ja nie liczyłem tych ciosów ale ich było w tej fazie więcej niż 9. Sprawca okładał tego drugiego. Ten drugi **starał się bronić ale czynił to nieudolnie**. Po zadanych ciosach przez sprawcę, mężczyzna który był atakowany upadł na plecy. **On upadł tak jak stał** ... gdy sprawca był po drugiej stronie, stanął w rozkroku nad leżącym mężczyzną i pochylając się zadawał mu ciosy pięścią, bijąc każdą ręką ... jak zadawał mu te ciosy będąc nad nim w rozkroku – wyglądało przynajmniej odniosłem takie wrażenie, że bity mężczyzna stracił przytomność w skutek tych ciosów. On miał ręce rozłożone na bok i nie wykonywał żadnych ruchów, które pozwalałyby mu unikać zadawanych ciosów.

k. 1634 ... a jako pierwszy uderzenia pięścią zadał sprawca ... atakującym był sprawca i trudno mówić tu o obronie tego drugiego mężczyzny, gdyż **po kilku pierwszych ciosach od sprawcy stał się osobą bezbronną i leżącą**. ... Mogło być tak, że w tym momencie jak sprawca sikał, ten drugi przyszedł z pretensjami, czy nawet chęciami awantury. I mogło tak być, że to ten pokrzywdzony złapał go jako pierwszy. Natomiast nie było niczego, co wskazywałoby na to, że to ten pokrzywdzony przyszedł pobić sprawcę. Ja nie słuchałem co oni na początku mówili, ale ich zachowanie wskazywało na spożycie alkoholu. Potem patrząc, oni są <<zczepieni>>, a pokrzywdzony nie zadał ani jednego ciosu. Nie było momentu by pokrzywdzony zaszedł od tyłu sprawcę i złapał go za nogi. Nie widziałem tego”.

Treść powyższych zeznań przekonuje, że świadek nie podał aby pokrzywdzony **popchnął oskarżonego** – jak przyjął Sąd Okręgowy. Nie zeznał także aby oskarżony przewracał się na ziemię dwukrotnie. Świadek nie zeznał, aby inicjatorem zajścia był pokrzywdzony – jak przyjął Sąd I instancji, tym bardziej aby „pokrzywdzony zaatakował go (oskarżonego – SA) i przewrócił na ziemię na plecy” (str. 26 uzasadnienia wyroku). Takie ustalenie jest sprzeczne z zeznaniami jedyne go świadka zdarzenia – Z. I.. Świadek widział, jak obaj mężczyźni przewrócili się na ziemię jednocześnie. Zatem, wyjaśnienia oskarżonego pozostają w sprzeczności z zeznaniami świadka, gdyż świadek ich nie potwierdził w zakresie w jakim przedstawił oskarżony, że pokrzywdzony schwycił go za nogi „wszedł mu w nogi”. Także świadek nie potwierdził wersji oskarżonego jakoby został on zaatakowany zniemacka, gdy chciał on zatelefonować po taksówkę. Świadek nie tylko nie widział telefonu w ręce oskarżonego, ale wręcz zeznał, że atakującym był oskarżony.

Budzące wątpliwości ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd I instancji, dotyczące pierwszej fazy zdarzenia zostały pogłębione po przesłuchaniu (dodatkovym) na rozprawie apelacyjnej świadka Z. I.. Świadek jednoznacznie i w sposób nie budzący wątpliwości zeznał (k.2195 verte) „nie widziałem takiego momentu, aby pokrzywdzony zaatakował oskarżonego”. Powstaje zatem pytanie, czy powyższe stwierdzenie daje podstawę do przyjęcia, że atak pokrzywdzonego wobec oskarżonego w istocie nie nastąpił, czy też tego „momentu” świadek nie zauważył, gdyż był odwrócony – stojąc na balkonie – w inną stronę. Odpowiedzią na powyższe pytanie stanowią dalsze zeznania świadka Z. I. złożone na rozprawie apelacyjnej w dniu 28 listopada 2013 roku. Świadek zeznał: „kiedy oskarżony oddawał potrzebę fizjologiczną, to pokrzywdzony podszedł do niego normalnym krokiem, około 1,5 metra od niego. Potem zdarzenie odbyło się tam, gdzie stał pokrzywdzony. Nie wiem kto do kogo podszedł. Ale potem, jak już widziałem, bicie było w miejscu, gdzie stał pokrzywdzony, a nie oskarżony. Oskarżony mógł do niego podejść” (k.2196). Dodał, że rozmowa między nimi odbyła się, gdy oskarżony załatwiał potrzebę fizjologiczną.

Zatem, z zeznań świadka Z. I. nie wynika aby pokrzywdzony popchnął oskarżonego – jak ustalił Sąd Okręgowy. Z zeznań tego świadka również nie wynika aby pokrzywdzony schwycił oskarżonego za nogi i przewrócił oskarżonego. Świadek Z. I. zeznał na rozprawie apelacyjnej: „nie widziałem, by pokrzywdzony chwycił za nogi oskarżonego”. Nie widział też telefonu w ręce oskarżonego.

Dla oceny zachowania oskarżonego oraz pokrzywdzonego, niezmiernie istotne są zeznania Z. I., który z odległości około 7 metrów obserwował przebieg zdarzenia. Sąd Apelacyjny na rozprawie odwoławczej usunął nasuwające się wątpliwości w bezpośrednim kontakcie ze świadkiem. Świadek zeznał, że w miejscu, gdzie stał pokrzywdzony (a zatem to nie on podszedł do oskarżonego lecz było odwrotnie), nastąpił atak ze strony oskarżonego. Polegał on na biciu pięściami pokrzywdzonego, który na skutek bicia upadł na chodnik. Zeznał: „była taka sytuacja, że oskarżony stał nad pokrzywdzonym okrakiem i z tej pozycji zadawał mu ciosy pięściami. Pokrzywdzony stracił chyba przytomność, a oskarżony stanął nad jego głową i myślałem, że już będzie spokój, ale w pewnym momencie oskarżony zadał mu parę ciosów, obszedł go i znów zadał parę ciosów, a potem obszedł go i zaczął go kopać butem w twarzoczaszkę. Tak było, że po tych uderzeniach pięściami, było jakby wystopowanie przez oskarżonego. Pokrzywdzony nie ruszał się. Po czym oskarżony stanął z boku jego głowy i zaczął go kopać, najpierw z prawej strony, a potem uderzał podeszwą z góry po twarzy, wcześniej go obchodząc...”.

Tym samym, z treści powyższych zeznań wynika, że w momencie, gdy pokrzywdzony stał się bezbronny, stracił przytomność, pokrzywdzony nie stanowił żadnego zagrożenia dla oskarżonego, który kontynuował atak. Tenże atak był zdecydowanie silniejszy od zadawanych poprzednio ciosów pięściami. Z zeznań Z. I. wynika, że gdy pokrzywdzony leżał na chodniku, a z ust leciała mu krew, oskarżony kopał go po głowie (twarzy), a gdy głowa przesunęła się na drugą stronę po zadanych kopnięciach, oskarżony podszedł z drugiej strony i dalej kopał pokrzywdzonego po twarzy, słyszał trzask łamanych kości.

Powyższe zachowanie oskarżonego wyklucza przyjęcie – jak wnosił o to obrońca – obrony koniecznej. Ona bowiem polega na podjęciu takiej akcji obronnej, jaka niezbędna jest do odparcia ataku w momencie bezpośredniego zagrożenia ze strony napastnika.

Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że pokrzywdzony przejawiał agresję wobec oskarżonego, w postaci jego popchnięcia (co jest wysoce wątpliwe), to dla odparcia jego zachowania, wystarczającym było mając na względzie przewagę fizyczną oskarżonego, odepchnięcie go. Wszelkie działania podjęte ponad to, nie mieszczą się w ustawowych granicach obrony koniecznej, czy też przekroczeniu granic obrony koniecznej.

Działanie w obronie koniecznej polega na podjęciu takiej akcji obronnej, jaka niezbędna jest do odparcia ataku w momencie bezpośredniego zagrożenia ze strony napastnika. Bezpośredniość zagrożenia wchodzi w grę również wówczas, gdy istnieje wysoki stopień prawdopodobieństwa, że zagrożone atakiem dobro zostanie zaatakowane natychmiast, w najbliższej chwili. Podjęcie działania w sytuacji, gdy zagrożenie nie istnieje, nie mieści się w granicach obrony koniecznej. W świetle ustaleń Sądu I instancji (dalece korzystnych dla oskarżonego), brak jest podstaw do przyjęcia, że oskarżony działał w warunkach obrony koniecznej albo, że przekroczył granice tej obrony (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 1978 r., II KR 266/78). Ustalenie przez Sąd I instancji (str. 5 uzasadnienia wyroku), że pokrzywdzony W. M. popchnął oskarżonego, nie daje podstaw do przyjęcia, że takie zachowanie można traktować jako zamach bezprawny. To, że tak miał zachować się pokrzywdzony, wynika wyłącznie z wyjaśnień oskarżonego. W okolicznościach sprawy, nawet gdyby takie zachowanie miało miejsce, to należy uwzględnić, że zarówno oskarżony jak i pokrzywdzony znajdowali się pod wpływem alkoholu, istniała między nimi dysproporcja wzrostu, wagi i siły, jak również umiejętności, tj. oskarżony trenował boks, służył z silnego uderzenia, pracował jako ochroniarz w barach i dyskotekach. Popchnięcie go nie stanowiło dla niego zamachu na jego osobę. Sam oskarżony w wyjaśnieniach wskazywał, że miał świadomość fizycznej przewagi nad pokrzywdzonym, dlatego też jeszcze w trakcie spożywania alkoholu w mieszkaniu starał się nie reagować na wypowiedzi zaczepne wobec jego osoby. Wobec braku zamachu wobec oskarżonego, nie sposób jest przyjąć konstrukcji obrony koniecznej.

Abstrahując od powyższych ustaleń, warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden element, bez którego nie sposób jest mówić o obronie koniecznej, a konkretnie o przekroczeniu granic obrony koniecznej. Działający w obronie koniecznej, powinien posiadać świadomość zamachu i wolę obrony atakowanego dobra (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 19 grudnia 2006 r., II AKa 339/06, Prok. i Pr. 2008, Nr 4, poz. 9). Świadomość zamachu i wola stanowią warunki podmiotowe obrony koniecznej. Obrona konieczna musi być podjęta świadomie, broniący powinien wiedzieć, że odpiera zamach. Nieświadoma obrona konieczna nie jest obroną konieczną, ale naruszeniem

normy sankcjonowanej. Obrona konieczna powinna być podjęta – jeżeli nie wprost w celu odparcia zamachu, to – z całą pewnością, powinna być wyrazem woli obrony. „Dla zaistnienia obrony koniecznej niezbędnym jest, aby sprawca działał z zamiarem obrony bezpośrednio zaatakowanego dobra prawnego. Wszelkie działania przedsięwzięte w celu odwzajemnienia krzywd doznanych uprzednio nie mają charakteru obronnego. Niezbędnym, podmiotowym elementem obrony koniecznej jest działanie z woli obrony, a nie z woli odwetu. Niezbędnym elementem podmiotowym obrony koniecznej jest, aby akcja broniącego się wynikała ze świadomości, że odpiera on zamach i podyktowana była wolą obrony. Ten podmiotowy element działania w obronie koniecznej ułatwia rozgraniczenie rzeczywistych działań obronnych od społecznie negatywnych aktów zemsty, samosądu lub chuligaństwa" (wyr. SN z 19.2.1997 r., IV KKK 292/96, Prok. i Pr. 1997, Nr 7-8, poz. 1). **Obrona powinna być konieczna** i to kryterium wytycza przedmiotowe granice tej instytucji. Zachowanie odpierające zamach, ale niemieszczące się w ramach konieczności, nie powoduje uchylecia bezprawności zachowania z tytułu obrony koniecznej. W pierwszej kolejności konieczność obrony wynikać powinna z rzeczywistej potrzeby odparcia zamachu. Obrona musi być więc niezbędna do odparcia zamachu. Konieczność oznacza zatem, że dla obrony dobra prawnego niezbędna jest odpowiedź na zamach. W orzecznictwie wyjaśniono to następująco: "Obrona jest traktowana jako konieczna nie wtedy, gdy polega na odpieraniu jakiegokolwiek bezprawnego zamachu, ale dlatego, że jest podjęta odpowiednio do zagrożenia i w granicach konieczności dla ratowania zagrożonych dóbr prawnych" (wyr. SA w Katowicach z 18.9.2008 r., II AKa 236/08, KZS 2009, Nr 6, poz. 76). Przyjmuje się, że obrona konieczna, poza tym, że musi być sytuacyjnie konieczna dla odparcia zamachu, powinna być współmierna do jego niebezpieczeństwa. Ten warunek jest wyprowadzany z art. 25 § 2 k.k. określającego, kiedy następuje przekroczenie granic obrony koniecznej. Jednak przepis ten określa eksplikatywnie i wyraźnie tylko jedną z postaci przekroczenia tych granic, wskazując, że następuje ono, gdy sprawca zastosował sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu. Z tego zapisu - w doktrynie i orzecznictwie - wywodzi się, że obrona konieczna, by uchylała bezprawność, musi być współmierna do zamachu. Wskazuje się zatem, że współmierność jest konieczną ogólną cechą obrony, pojmując ją w różny sposób, zależnie od stanowiska co do samoistności lub subsydiarności obrony koniecznej. Obrona jest niewspółmierna wtedy, gdy sprawca narusza dobro napastnika w większym stopniu, niż to jest konieczne, albo dobro, którego naruszyć nie było konieczności. O niebezpieczeństwie zamachu decyduje cały szereg czynników, w tym dobro zaatakowane, siła i środki zamachu oraz sposób ich użycia, właściwości napastnika, czas i miejsce zamachu, wreszcie dynamicznie rozwijający się przebieg, który może potęgować lub zmniejszać to niebezpieczeństwo. Tylko łączne, we wzajemnym powiązaniu, rozpatrywanie całokształtu tych okoliczności może być podstawą wniosku o stopniu niebezpieczeństwa zamachu. Warunkiem podmiotowym zarówno obrony koniecznej, jak i jej ekscesów, jest świadomość zamachu i wola obrony dobra zagrożonego zamachem. Stąd też bicie napastnika już po jego "rozbrojeniu" i inne formy wywarcia zemsty nie należą do przekroczenia granic obrony koniecznej, a stanowią zwykle przestępstwo. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 września 1989 r., II KR 39/89). Ustalenie współmierności, a tym samym i konieczności obrony koniecznej, nie jest zadaniem łatwym, wymaga bowiem oceny, a więc ma wyraźne zabarwienie subiektywne. Poza tym wymaga wskazania kryteriów, na podstawie których dokonuje się oceny. Analizując współmierność obrony do niebezpieczeństwa zamachu, należy mieć na względzie wiele okoliczności danego konkretnego przypadku - w tym m.in. dobro, na którym koncentruje się zamach, środki, którymi posługuje się sprawca zamachu, natężenie zamachu - a więc głównie siłę i intensywność zamachu, właściwości fizyczne jego sprawcy i okoliczności modalne zamachu. Badając współmierność, należy ustalić, w jakim stopniu zamach był obiektywnie niebezpieczny, ale również w jaki sposób niebezpieczeństwo to przedstawiało się w świadomości osoby zaatakowanej. Należy przyjąć ogólnie, że obrona jest niewspółmierna, gdy broniący dobra przed zamachem narusza je w większym stopniu, niż było to konieczne dla jego obrony, albo gdy narusza dobro, którego naruszenie nie było niezbędne dla odparcia zamachu. Jednocześnie natomiast się przyjmuje, że współmierność obrony koniecznej zawiera się przede wszystkim we współmierności intensywności zamachu do intensywności obrony, ale także w ramach współmierności wymaga się od niej współczesowości, a więc podjęcia jej w określonym czasie. Współmierność to jednak przede wszystkim problem proporcji działań obronnych i ich skutków do niebezpieczeństwa zamachu, a więc zagrożenia dobra atakowanego istniejącego w czasie zamachu. Jest oczywiste, że aby odeprzeć zamach, natężenie obrony musi przekraczać natężenie zamachu. Obrona, by była konieczna, powinna ponadto zachować określoną proporcję - czyli współmierność - między niebezpieczeństwem zamachu a zastosowanym sposobem obrony. Tak więc można użyć każdego środka służącego do odparcia zamachu, byle tylko był on współmierny do niebezpieczeństwa zamachu. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w ugruntowanym

orzecznictwie, w którym wskazuje się, że dla dokonania prawidłowej oceny współmierności podejmowanych działań obronnych i stosowanych w tym celu środków z punktu widzenia dyspozycji przepisu, podstawowe znaczenie ma analiza intensywności zamachu ze strony napastnika. Takie elementy, jak natężenie działań agresywnych, użyte środki napadu, właściwości, jak też cechy atakującego w istotny sposób warunkują rodzaj i sposób zastosowania podejmowanych środków zmierzających do odparcia zamachu. Zarazem mają one decydujący wpływ na uznanie tych działań za mieszczące się w granicach konieczności. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 września 1997 r. III KKN 316/96).

Przenosząc ponownie powyższe rozważania natury ogólnej na grunt niniejszej sprawy, nie sposób uznać aby działanie oskarżonego w postaci popchnięcia oskarżonego podjęte w celu odparcia zamachu tuż po tym, jak W. M. stracił przytomność, uznane zostało za współmierne do niebezpieczeństwa zamachu, rodzaju dobra na którym zamach się koncentrował, środków którymi posługiwał się pokrzywdzony jak również siły i intensywności czynności podjętych przez pokrzywdzonego oraz jego właściwości fizycznych. Dalszy przebieg zdarzenia oraz czynności podjętych przez oskarżonego nie sposób uznać za obronę konieczną czy też nawet przekroczenie jej granic. Atak w postaci ciosów lewą oraz prawą pięścią w twarz i głowę pokrzywdzonego stojąc nad nim w rozkroku, podczas gdy ten już stracił przytomność, nie wzywał pomocy i nie bronił się a następnie zmiana pozycji - oskarżony stanął przy głowie pokrzywdzonego i jak zeznał świadek Z. I., wypowiadając słowa „Teraz ci nie daruję”, „Teraz cię za...ę” - i kopanie W. M. w twarz z boku, zadając cztery lub pięć kopnięć, po czym kolejna zmiana pozycji i zadawanie kolejnych uderzeń, aż wreszcie seria brutalnych kopnięć podeszwą buta od góry po twarzy, nie może być uznana i nie mieści się w granicach obrony koniecznej i nie może być uznana za jej przekroczenie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwalifikacji prawnej czynu popełnionego przez oskarżonego P. U., wskazać należy, że przestępstwo zabójstwa z art. 148 § 1 k.k. może być popełnione jedynie umyślnie, a zatem w zamiarze bezpośrednim lub wynikowym. W przypadku typów kwalifikowanych świadomość sprawcy musi obejmować sposób spowodowania skutku opisany według znamion typu przewidującego surowszą odpowiedzialność karną. Zamiar zabójstwa odróżnia typ czynu zabronionego określony w art. 148 § 1 k.k. od innych typów czynów zabronionych określonych np. w art. 156 § 3 k.k. lub art. 155 k.k. (zob. wyr. SA w Rzeszowie z 7.9.1992 r., II AKR 80/92, Wok. 1993, Nr 6, s. 33; wyr. SN z 3.9.2002 r., V KKN 401/01, Prok. i Pr. 2003, Nr 1, poz. 6), gdzie występuje kombinowana strona podmiotowa. W wyr. z 17.9.2009 r. (II AKA 232/09, OSA w Katowicach 2009, Nr 4, poz. 28), SA w Katowicach orzekł: "Różnica między zabójstwem, a przestępstwem z art. 156 § 3 k.k. tkwi w stronie podmiotowej czynu i polega na tym, że w wypadku popełnienia zbrodni zabójstwa sprawca ma zamiar bezpośredni lub ewentualny pozbawienia życia człowieka i w tym celu podejmuje działanie lub zaniechanie, a w wypadku popełnienia czynu z art. 156 § 3 k.k. sprawca działa z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu pokrzywdzonego, a na następstwo czynu w postaci śmierci nawet się nie godzi". Podobnie SA w Lublinie wskazuje na znaczenie dokładności ustaleń odnośnie do znamion strony podmiotowej ze względu na możliwość odmiennej kwalifikacji danego zachowania: "Dokonując ustaleń związanych z zamiarem ewentualnym spowodowania skutku w postaci śmierci czy ciężkich obrażeń ciała należy zachować szczególną ostrożność, gdyż wiąże się to z koniecznością precyzyjnego i niewątpliwie trudnego rozgraniczenia pomiędzy zamiarem wynikowym a świadomą nieumyślnością. Przypomnieć należy, że przy przestępstwie umyślnym sprawca skutek swego działania przewiduje i godzi się na skutek swego czynu, natomiast przy przestępstwie nieumyślnym sprawca skutek taki przewiduje, ale przypuszcza, że go uniknie. Świadomą nieumyślność odróżnia od umyślności strona woluntatywna, tj. brak chęci popełnienia czynu zabronionego i brak godzenia się na popełnienie takiego czynu" (wyr. SA w Lublinie z 23.9.2009 r., II AKA 64/09, Legalis). Ustalenie tego zamiaru z reguły musi opierać się na ocenie przesłanek o charakterze przedmiotowym. Przy czym, o zamiarze lub jego braku powinny świadczyć okoliczności odnoszące się do czasu poprzedzającego czyn zabroniony i występujące w czasie realizacji czynu zabronionego (A. Zoll (red.), Kodeks karny, Część szczególna, t. 2, 2006). Słusznie wskazuje SN, że: "Ustalenia co do zamiaru sprawcy powinny wynikać z analizy całokształtu zarówno przedmiotowych, jak i podmiotowych okoliczności. W sytuacji, gdy na podstawie wyjaśnień oskarżonego nie da się w sposób niebudzący wątpliwości ustalić zamiaru sprawcy, to dla prawidłowego ustalenia rzeczywistego zamiaru sąd powinien sięgnąć do najbardziej uchwytnych i widocznych elementów działania sprawcy, to jest okoliczności przedmiotowych" (wyr. SN z 6.1.2004 r., IV KK 276/03, OSNwSK 2004, Nr 1, poz. 29; podobnie wyr. SN z 3.9.2002

r., V KKN 401/01, Prok. i Pr. 2003, Nr 1, poz. 6; podobnie wyr. SA w Łodzi z 31.5.2000 r., III AKA 70/00, Prok. i Pr. 2001, Nr 6, poz. 19). W wyr. z 3.10.2006 r. (II AKA 139/06, Prok. i Pr. 2007, Nr 7-8, poz. 30) SA w Łodzi wskazuje dodatkowo: "Ustalenia dotyczące zamiaru nie mogą opierać się wyłącznie na fragmentarycznych faktach wiążących się ze stroną wykonawczą, lecz powinny być wnioskiem koniecznym, wynikającym z analizy całokształtu przedmiotowych i podmiotowych okoliczności zajścia, a w szczególności ze stosunku sprawcy do pokrzywdzonego, jego właściwości osobistych i dotychczasowego trybu życia, pobudek oraz motywów działania i wszelkich innych przesłanek wskazujących na to, że sprawca, chcąc spowodować uszkodzenia ciała, zgodą swą, stanowiącą realny proces psychiczny, obejmował tak wyjątkowo ciężki skutek, jakim jest śmierć ofiary (podobnie m.in. wyr. SN(7) z 28.6.1977 r., VI KRN 14/77, OSNKW 1978, Nr 4-5, poz. 43; wyr. z SN 21.1.1985 r., I KR 320/84, OSNPG 1986, Nr 2, poz. 17). W bezpośrednim odniesieniu do przestępstwa zabójstwa SA w Lublinie słusznie wskazuje, że: "Zamiaru ewentualnego nie wolno domniemywać, ani się domyślać, lecz musi być on ustalony w sposób pewny, wykluczający jakąkolwiek wątpliwość, w szczególności w wypadku, gdy oskarżony nie przyznaje się do popełnienia zarzucanego mu czynu. Wówczas to ustalenie niezbędnego dla skazania za przestępstwo umyślne zamiaru sprawcy winno odbywać się w oparciu o zewnętrzne objawy jego zachowania i całokształt przedmiotowych i podmiotowych okoliczności zajścia, takich jak, sposób działania, liczba zadanych ciosów, ich siła i umiejscowienie (np. we wrażliwe dla życia części ciała), rodzaj i sposób użytego narzędzia, stosunek sprawcy do pokrzywdzonego, jego właściwości osobiste i dotychczasowy tryb życia, pobudki i motywy działania, i wszelkie inne przesłanki wskazujące na to, że sprawca uświadamiał sobie realną możliwość zaistnienia skutku, który swym zachowaniem spowodował i na jego zaistnienie się godził" (wyr. w Lublinie z 23.9.2009 r., II AKA 64/09, Legalis).

W realiach niniejszej sprawy nie sposób stracić z pola widzenia faktu, że oskarżony zadał pokrzywdzonemu wiele ciosów w głowę – newralgiczną dla życia i zdrowia człowieka część ciała. Biegły w swojej opinii wskazał, że ciosy zadawane przez oskarżonego, z uwagi na to, że trenował on boks były bardzo silne. Świadczą o tym obrażenia ciała ujawnione w trakcie sekcji zwłok, jak również zaznania naocznego świadka zdarzenia- Z. I., który zeznał, że słyszał dźwięk łamanych kości, co w istocie nastąpiło. O brutalności całego zdarzenia niech jeszcze świadczy fakt, iż ww. naoczny świadek, był tak przerażony zaistniałym zdarzeniem, że w bezpośredniej rozmowie telefonicznej z dyżurnym policjantem ponaglał prośbę o szybką interwencję, wskazywał na fakt iż słyszał dźwięk łamanych kości i że na miejscu jest dużo krwi. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż sam oskarżony miał świadomości siły swoich ciosów – trenował już od paru lat a jego „silna ręka” była jego atrybutem w trakcie walk na ringu. Równocześnie jak słusznie wskazał Sąd I instancji, doświadczenie zdobyte w trakcie walk bokserskich i treningów nauczyło go jakie części ciała człowieka są ważne dla życia i zdrowia, że nie uderza się w tył głowy, nerki, nie bije leżącego. Zrobił to jednak wbrew zasadom wpajanych bokserom. Nadto na bezpośredni zamiar pozbawienia życia pokrzywdzonego W. M. wskazują słowa wypowiedziane przez oskarżonego, które usłyszał naoczny świadek zdarzenia., Z. I., „Teraz ci nie daruję”, „Teraz cię za...ę” oraz seria brutalnych ciosów i kopnięć w głowę w sytuacji, gdy pokrzywdzony bezbronne leżał na ziemi, broczył krwią i nie był w stanie w jakikolwiek sposób przeciwstawić się atakowi. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż w celu identyfikacji pokrzywdzonego, koniecznym było przeprowadzenie badań DNA, albowiem jak zeznali świadkowie przybyli na miejsce zdarzenia, twarz pokrzywdzonego była „zmasakrowana”, pokrwawiona, zniekształcona. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, słusznie Sąd I instancji uznał, że wszystkie ww. okoliczności jak również opinia biegłego, zgodnie z którą śmierć pokrzywdzonego w wyniku spowodowanych przez oskarżonego obrażeń ciała była nieuchronna, świadczą jednoznacznie, że oskarżony P. U. działał z zamiarem bezpośrednim pozbawienia życia pokrzywdzonego. Mnogość ciosów, sposób ich zadawania, ich charakter i umiejscowienie, fizyczna przewaga oskarżonego, doświadczenie zdobyte w trakcie trenowania boksu, stwierdzenia, że wykończy on swoją ofiarę, ucieczka z miejsca zdarzenia oraz nieuchronność śmierci pokrzywdzonego w następstwie doznanych obrażeń potwierdzają powyższe stwierdzenia.

Nie sposób przyjąć za obroną, że czyn popełniony przez oskarżonego winien być zakwalifikowany z art. 156 § 3 k.k. Nie można bowiem uznać, że (...) U. działał wyłącznie z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu pokrzywdzonego, a na następstwo czynu w postaci śmierci, nawet się nie godził. Przeciwnie, szereg wskazanych wyżej okoliczności, w sposób jednoznaczny wskazują, że wolą oskarżonego była śmierć pokrzywdzonego.

Nie ma racji obrona, podnosząc, że całokształt okoliczności ujawnionych w niniejszej sprawie uprawnia do przyjęcia, że działanie oskarżonego wypełniło znamiona przestępstwa z art. 148 § 1 k.k., jednakże popełnionego w zamiarze ewentualnym.

Nie bez znaczenia dla oceny prawnej czynu oskarżonego i ustalonego zamiaru, pozostaje jego konstrukcja psychiczna. Z opinii biegłych lekarzy psychiatrów wynika (k. 1693, tom IX, k. 1887 verte, tom X), że oskarżony posiada skłonność do działań impulsywnych, dyktowanych emocjami, zaś z opinii sędowo-psychologicznej (k.1678-1683, tom IX) wynika, że oskarżony posiadając powyższe cechy, tym bardziej jest skłonny do takich działań, które nasilają się i nie podlegają kontroli, gdy oskarżony jest pod wpływem środków psychoaktywnych. Oskarżony czuje się ustawicznie niepokojony i prowokowany. Nagromadzona w nim agresja wybucha w sposób nieproporcjonalnie silny, niekontrolowany. Ten wynik wydaje się znajdować swoje potwierdzenie w gwałtowności z jaką oskarżony zaatakował ofiarę (k.1683).

Z przyczyn wyżej przedstawionych, apelacja obrońcy oskarżonego P. U. nie została uwzględniona. Zarzut opisany w pkt 2a apelacji, tj. obrazy art. 160 § 3 k.k. uznać należało za oczywiście bezzasadny, zaś niniejsze wywody dotyczące obrazy art. 156 § 3 k.k. stanowią o jego bezpodstawności.

2. Odnośnie apelacji Prokuratora i pełnomocnika oskarżycieli posiłkowych:

wywiezione przez powyższe strony apelacje, ograniczyły się do zarzutu rażącej niewspółmierności wymierzonej oskarżonemu kary 15 lat pozbawienia wolności, wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku i wymierzenie oskarżonemu kary 25 lat pozbawienia wolności.

Zgodnie z przepisem art. 454 § 2 k.p.k. Sąd odwoławczy może orzec surowszą karę pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy nie zmienia ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku.

Sąd Apelacyjny nie w pełni zaakceptował ustalenia Sądu Okręgowego sprowadzające się do wykazania, że „pokrzywdzony zaatakował go (oskarżonego – przyp. SA) i przewrócił na ziemię, na plecy, oskarżony szybko wstał i wywiązała się szarpanina ...”(str. 26 uzasadnienia wyroku). Wobec braku środka zaskarżenia wywiezionego na niekorzyść oskarżonego, kwestionującego ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd I instancji, Sąd Apelacyjny zobligowany był do ich akceptacji. Granice zaskarżenia wyroku, wyłącznie w odniesieniu do kary, wyznaczały zakres rozpoznania zarzutów zawartych w apelacjach prokuratora i pełnomocnika oskarżycieli posiłkowych. Wydanie przez Sąd odwoławczy orzeczenia surowszego mogłoby nastąpić (przy ponownym rozpoznaniu sprawy) w sytuacji sformułowania w apelacjach zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, a taki zarzut nie został zawarty w apelacjach (art. 443 k.p.k.). W tej sytuacji, ocena zarzutów rażącej niewspółmierności kary 15 lat pozbawienia wolności nastąpiła w odniesieniu do ustaleń faktycznych przyjętych przez Sąd I instancji. Ta zaś prowadziła do wniosku, że wymierzona kara nie razi surowością. Sąd Okręgowy wskazał (str. 56-58 pisemnego uzasadnienia wyroku) szereg okoliczności obciążających oskarżonego, zwłaszcza jego dotychczasową karalność. Zważyć bowiem należy, że oskarżony popełnił w dniu 12 kwietnia 2010 roku przestępstwo z art. 157 § 1 k.k., za które Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Śródmieście w dniu 23 września 2011 roku – sygn. akt: V K 1382/10 wymierzył oskarżonemu karę roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 3 lat (k.1402). Wprawdzie powyższy wyrok wydany został po popełnieniu w dniu 3 lipca 2011 roku zbrodni zabójstwa, jednakże przekonuje, że dotychczasowy tryb życia oskarżonego polegał również na wchodzeniu w kolizję z prawem, pomimo toczącego się postępowania karnego w innej sprawie i popełnieniu zbrodni zabójstwa.

Nie sposób jest nie zauważyć okoliczności łagodzącej jaką jest wyrażona przez oskarżonego skrucha i żal z powodu wywołanego jego postępowania skutku w postaci śmierci młodego człowieka.

Niemniej jednak, brutalny sposób popełnionej zbrodni, niezwykle agresywne zachowanie oskarżonego, dotychczasowy tryb życia i nieskuteczność stosowanych wobec niego środków resocjalizacyjnych oraz brak korzystnej zmiany postępowania oskarżonego, daje podstawę do przyjęcia wysokiego stopnia demoralizacji oskarżonego.

To zaś stanowiło podstawę do zastosowania wobec oskarżonego instytucji przewidzianej w przepisie art. 77 § 2 k.k., polegającej na ograniczeniu do skorzystania przez oskarżonego z instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności, w sytuacji spełnienia przesłanek z art. 77 § 1 k.k. Okres rzeczywistego pozbawienia wolności przez oskarżonego, stanowiącego realne zagrożenie dla innych osób, wynosić winien minimum 13 lat.

Z tych względów zaskarżony wyrok podlegał zmianie na niekorzyść oskarżonego, zaś w pozostałym zakresie apelacje okazały się niezasadne.

Orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego znajduje uzasadnienie w art. 635 k.p.k. i art. 627 k.p.k. oraz art. 8 i art. 2 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 23 czerwca 1993 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz.U. z 1983 r. Nr 49, poz. 223 z późn. zm.).