

Sygnatura akt II AKa 321/22

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 marca 2023 r.

**Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:**

Przewodniczący sędzia SA Andrzej Kot

Sędziowie: SA Cezariusz Baćkowski (spr.)

SA Piotr Kaczmarek

Protokolant: Katarzyna Szypuła

**przy udziale prokuratora Prokuratury (...) w L. Artura Sochy**

**po rozpoznaniu w dniu 2 marca 2023 r.**

**sprawy J. P. oskarżonego o czyn z art. 148 § 1 k.k. w związku z art. 64 § 1 k.k**

**na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy**

**z dnia 13 czerwca 2022 r. sygn. akt III K 125/18**

**I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;**

**II. stwierdza że koszty procesu za postępowanie odwoławcze ponosi Skarb Państwa.**

## UZASADNIENIE

**J. P. został oskarżony o to, że:**

w nocy z 31 stycznia 2017 roku na 01 lutego 2017 roku w L. dokonał zabójstwa T. G. w ten sposób, że działając z zamiarem bezpośrednim pozbawienia go życia, przy użyciu noża, zadał mu m.in. powierzchowną ranę kłutą pleców w linii łopatkowej lewej, ranę kłutą pleców po stronie lewej z kanałem długości 10 cm z przekłuciem żebra 9 oraz lewego płuca, ranę kłutą pleców po stronie lewej z kanałem długości 11 cm z przekłuciem międzyżebra 11/12 i dolnego płata lewego płuca, dwie rany kłute dolnej części pleców po stronie lewej z przekłuciem tkanek miękkich, ranę kłutą tylnej powierzchni okolicy barku lewego z przekłuciem mięśni i trzonu łopatki, ranę kłutą tylnej powierzchni ramienia lewego z przekłuciem tkanek miękkich, dwie łączące się ze sobą rany cięto - kłute przedniej powierzchni okolicy lewego barku z przecięciem mięśnia naramiennego oraz ranę kłutą przedramienia lewego, które to rany kłute w obrębie klatki piersiowej spowodowały krwawienie zewnętrzne i wewnętrzne, co doprowadziło do następowego wykrwawienia, wskutek czego nastąpił zgon wymienionego powyżej pokrzywdzonego w pobliżu miejsca zdarzenia, a czynu tego dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa, będąc skazany prawomocnym wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 03.09.2009 r. o sygnaturze III K 261/09 za czyny m.in. z art. 280 § 2 kk i z art. 158 § 1 kk popełnione z groźbami użycia broni palnej na karę łączną 5 lat pozbawienia wolności, którą odbywał w okresie m.in. od 26.02.2013 r. do 20.04.2016 r.,

**tj. o przestępstwo z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.**

Sąd Okręgowy w Legnicy wyrokiem z 19 lipca 2018 r. sygn. akt III K 13/18 uniewinnił oskarżonego J. P. od popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w części wstępnej wyroku przyjmując, że działał on w warunkach obrony koniecznej opisanej w art. 25 § 1 k.k. i stwierdził, na podstawie art. 632 § 2 k.p.k., że koszty procesu ponosi Skarb Państwa.

Po rozpoznaniu apelacji prokuratora kwestionującej to orzeczenie w całości, na niekorzyść oskarżonego Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wyrokiem z 3 października 2018 r., sygn. akt II AKa 324/18 uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Legnicy. W uzasadnieniu Sąd Apelacyjny wskazał na konieczność uzupełnienia postępowania dowodowego szczegółowo wskazując (uzasadnienie str. 28-31) jakie okoliczności i na podstawie jakich dowodów wymagają wyjaśnienia.

Orzekając powtórnie Sąd Okręgowy w Legnicy wyrokiem z 13 czerwca 2022 r., sygn. akt III K 125/18, uniewinnił oskarżonego J. P. od popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w części wstępnej wyroku przyjmując, że działał on w warunkach obrony koniecznej opisanej w art. 25 § 1 k.k. i na podstawie art. 632 § 2 k.p.k., że kosztami procesu obciążył Skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku wniósł prokurator, który zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego i zarzucił:

1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu przez Sąd pierwszej instancji, iż pokrzywdzony T. G. dokonywał napadu rabunkowego na osobie oskarżonego J. P., a nawet próbował pozbawić życia oskarżonego, który z kolei jedynie odpierał bezprawny i bezpośredni zamach, podczas gdy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie dostarcza żadnego jednoznacznego i wiarygodnego środka dowodowego, który stanowiłby jednoznaczną podstawę dowodową do poczynienia takich ustaleń faktycznych, a jednocześnie osobowe źródła dowodowe w postaci zeznań przypadkowych, bezpośrednich świadków w osobach - D. Z., M. S. (1), M. S. (2) i A. K. (1), jak również opinie biegłych Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej (...) we W. w powiązaniu z protokołami oględzin miejsca ujawnienia zwłok pokrzywdzonego i odrębnych oględzin samych zwłok dostarczają podstaw dowodowych do ustalenia, iż pomiędzy pokrzywdzonym T. G., a oskarżonym J. P. doszło do wzajemnej szamotaniny, w trakcie której doszło do jednego wystrzału z broni palnej gazowej, z której można było technicznie oddać kolejne strzały, które już nie padły, zaś wymieniony oskarżony przy użyciu noża wyprowadził w kierunku klatki piersiowej pokrzywdzonego co najmniej dziesięć ciosów, powodując tyle właśnie ran kłutych (niemal wszystkie zadane od tyłu; wszystkie stwierdzone w obrębie klatki piersiowej ujawniono od strony pleców), które z kolei doprowadziły w bardzo krótkim czasie do zgonu T. G. nieopodal miejsca szamotaniny, a następnie oskarżony nie wykazał zupełnie żadnego zainteresowania dalszym losem pokrzywdzonego, co ostatecznie prowadzi do wniosku, iż oskarżony ten działał z zamiarem bezpośrednim (a co najmniej ewentualnym) pozbawienia życia T. G., a tym dopuścił się zbrodni zabójstwa w rozumieniu art. 148 § 1 k.k. działając w warunkach powrotu do przestępstwa tj. w zw. z art. 64 § 1 k.k.;

2) obrazę przepisów prawa materialnego w postaci art. 25 § 1 i § 2 k.k. polegającą na:

a) całkowicie niezasadnej ocenie prawnej, iż oskarżony J. P. działał w warunkach kontratypu obrony koniecznej w rozumieniu przepisu art. 25 § 1 k.k., albowiem w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego brak jest podstaw do przyjęcia, iż pokrzywdzony T. G. dopuścił się wobec oskarżonego J. P. bezprawnego, bezpośredniego i rzeczywistego zamachu w postaci usiłowania zabójstwa [lub] napadu rabunkowego, przed którym oskarżony jedynie się bronił, zaś wzajemnej szamotaniny pomiędzy tymi mężczyznami, będącej swoistym pojedynkiem pomiędzy nimi, nie można zakwalifikować zgodnie z utrwalonym orzecznictwem jako zamach w rozumieniu art. 25 § 1 k.k., który można odeprzeć w ramach obrony koniecznej;

b) całkowicie niezasadnej ocenie prawnej, iż – przy przyjęciu przez Sąd pierwszej instancji, że oskarżony J. P. działał w warunkach kontratypu obrony koniecznej w rozumieniu przepisu art. 25 § 1 k.k. – nie znajduje zastosowania w sprawie przepis art. 25 § 2 k.k., gdyż oskarżony ten nie przekroczył swoim zachowaniem granic kontratypu obrony

koniecznej w rozumieniu tego drugiego przepisu, jakkolwiek wymieniony oskarżony zaczął wymierzać ciosy i zadawać pokrzywdzonemu rany klute w czasie, kiedy pokrzywdzony ten nie bił oskarżonego, nie strzelał do niego, nie krępował jego ruchów, nie groził mu, ani niczego od niego nie żądał, a tym samym już nie kontynuował przyjmowanego przez Sąd pierwszej instancji zamachu [eksces ekstensywny], a ponadto oskarżony podjął niewspółmierną obronę do zachowania pokrzywdzonego, gdyż wymierzył mu co najmniej dziesięć ciosów nożem celując w okolice klatki piersiowej, podczas gdy pokrzywdzony swoim zachowaniem nie stwarzał bezpośredniego zagrożenia dla życia lub zdrowia tego oskarżonego [eksces intensywny], po czym oskarżony będąc świadomy, że T. G. po zadaniu mu co najmniej dziesięciu ciosów przy użyciu noża i spowodowaniu takim narzędziem tylu właśnie ran klutych, z których pięć stwierdzono w obrębie klatki piersiowej, nie podjął żadnych działań zmierzających do udzielenia jakiegokolwiek pomocy niezbędnej dla uratowania jego życia, pozostawiając tego pokrzywdzonego w warunkach nocnych swojemu losowi, jakkolwiek oskarżony po oddaleniu się z miejsca zdarzenia miał możliwość udzielenia pomocy zranionemu pokrzywdzonemu bez narażania siebie samego na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu poprzez na przykład telefoniczne powiadomienie pogotowia ratunkowego lub choćby anonimowe, telefoniczne powiadomienie Policji o takiej osobie poszkodowanej.

Podnosząc powyższe zarzuty, prokurator wniósł o: uchylenie w całości zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy oraz przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja prokuratora okazała się niezasadna. Formułuje ona zarzuty zbieżne z poprzednio podnoszonymi pod adresem wyroku Sądu Okręgowego z 19 lipca 2018 r. sygn. akt III K 13/18.

Uzupełnione postępowanie dowodowe nie zmieniło zasadniczo obrazu istotnych dla rozstrzygnięcia okoliczności.

1. Stosownie do **art. 5 § 2 k.p.k.** niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego. Ten nakaz jest logiczną konsekwencją domniemania niewinności (art. 5 § 1 k.p.k.) - prawa człowieka gwarantowanego w Konstytucji RP i traktatach międzynarodowych z dziedziny praw człowieka (art. 42 ust. 3 Konstytucji RP, art. 6 ust. 2 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, art. 14 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, także art. 48 Karty Praw Podstawowych UE, art. 11 (...) Deklaracji Praw Człowieka). Trzeba też wskazać na dyrektywę Parlamentu i Rady (UE) (...) z 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym. W art. 6 ust. 2 nakłada ona na Państwa członkowskie obowiązek aby wszelkie wątpliwości (a nie tylko te, których nie dało się usunąć), co do winy rozstrzygano na korzyść podejrzanego lub oskarżonego. Skoro termin harmonizacji prawa krajowego w zakresie regulowanym dyrektywą już upłynął (art. 14 ust. 1 dyrektywy), to i art. 5 § 2 k.p.k. należy odczytywać stosownie do jej treści. Z przywołanych regulacji jasno wynika, że nakaz in dubio pro reo odnosi się do relacji między wątpliwościami co do faktów, a położeniem osoby oskarżonej, a nie korzystnością, lub niekorzystnością dla pokrzywdzonego określonego rozwiązania tych wątpliwości.

W perspektywie domniemania niewinności, nakazu in dubio pro reo, wynikającego stąd spoczywania (co do zasady) na oskarżycielu ciężaru dowodu „sformułowana w art. 2 § 2 k.p.k. zasada prawdy materialnej wprowadza wprawdzie w procesie karnym wymóg opierania wszelkich rozstrzygnięć na zgodnych z prawdą ustaleniach faktycznych, rozumie się jednak przez nie ustalenia udowodnione, a więc takie, gdy w świetle przeprowadzonych dowodów fakt przeciwny dowodzeniu jest niemożliwy lub wysoce nieprawdopodobny. Obowiązek udowodnienia odnosić należy jednak tylko do ustaleń niekorzystnych dla oskarżonego, jako że on sam korzysta z domniemania niewinności (art. 5 § 1 k.p.k.), a niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na jego korzyść (art. 5 § 2 k.p.k.). Z tych względów wydanie wyroku uniewinniającego jest konieczne nie tylko wówczas, gdy wykazano niewinność oskarżonego, lecz również wtedy, gdy nie udowodniono mu że jest winny popełnienia zarzuconego mu przestępstwa. W tym ostatnim wypadku wystarczy zatem, że twierdzenia oskarżonego, negującego tezy aktu oskarżenia, zostaną uprawdopodobnione. Co więcej, wyrok uniewinniający musi zapaść jednak również i w takiej sytuacji, gdy wykazywana przez oskarżonego teza jest wprawdzie nieuprawdopodobniona, ale też nie zdołano udowodnić mu sprawstwa i winy” (postanowienie Sądu Najwyższego z 18

grudnia 2008 r., V KK 267/08, LEX nr 485030). Tak więc „ułamności dowodów obciążających nie można stawiać na równi z ułamnościami dowodów odciążających. Ze względu na to, że warunkiem sine qua non skazania oskarżonego jest udowodnienie popełnienia przezeń czynu przestępnego (arg. ex art. 5 § 1 i 2 k.p.k.), sprzeczności w sferze dowodów odciążających nigdy nie są "równoważne" ze sprzecznościami w zakresie dowodów obciążających. Jeżeli te ostatnie są "wewnętrznie sprzeczne", to zasadnicze i samoistne znaczenie ma to, czy in concreto zakres i charakter tych sprzeczności nie wyłącza w ogóle możliwości uznania owych dowodów za podstawę skazania" (postanowienie Sądu Najwyższego z 1 marca 2004 r., II KK 271/03, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 425).

O ile więc ustalenia niekorzystne dla osoby oskarżonej muszą być udowodnione, to ustalenia dla niej korzystne mogą być czynione także dlatego, że nie wykazano okoliczności przeciwnych. Odmienne stanowisko prokuratora jest błędne, a wprowadzenie dodatkowego warunku, że zastosowanie zasady in dubio pro reo nie może prowadzić do „postrzegania osoby pokrzywdzonej w jak najgorszym świetle” (apelacja str. 11) nie ma podstaw konstytucyjnych, konwencyjnych, ani ustawowych.

Zasadnicze wątpliwości, których nie zdołano wyjaśnić i Sąd Apelacyjny nie dostrzega perspektyw ich rozwikłania dotyczą powodu dla którego pokrzywdzony znalazł się w ogródku posesji przy ul. (...). Skoro bowiem, to T. G. ścigał J. P. uciekającego równoległe do ul. (...) w kierunku ul. (...) (por. np. google.maps), to nie wiadomo dlaczego udał się następnie do miejsca, gdzie zostały ujawnione jego zwłoki. Przecież doznał już wtedy jedenastu w większości klutych ran, po części drażących do klatki piersiowej i obficie krwawiących, skutkujących zgonem w ciągu kilku - kilkunastu minut od ich powstania (opinia sądowo-lekarska k. 1265-1273, 1614-1627, 1868-1870, 2137-2140). Ślady krwi T. G. znajdują się nie tylko na trawniku w miejscu starcia (por. pkt 6) ale także za blokiem przy ul. (...), na trawniku przy żywopłocie za tym blokiem i na trawniku w okolicy budynku przy ul. (...) (protokół oględzin k. 8-10, opinia biologiczna k. 992-1007). Mimo doznanych obrażeń pokrzywdzony nie udał się do auta, które zaparkował przy ul. (...), choć przemieszczał się w tamtym kierunku ścigając oskarżonego. Z samochodu gdzie pozostawił telefon mógł wezwać pomoc np. pogotowia ratunkowego, lub pojechać by z takiej pomocy skorzystać. Zamiast tego T. G. przechodząc w pobliżu auta, którym przyjechał udał się dalej w kierunku ul. (...). Późną nocą, w zimie, poważnie ranny, obficie krwawiący przeszedł przez płot i znalazł się w ogródku posesji oddzielonej od ul. (...) dość gęstymi krzewami iglastymi (protokół oględzin k. 8-10, 49-50, dokumentacja fotograficzna, zapis video, opinia biologiczna k. 992-1007). Mimo, że przez jakiś czas tam przebywał (plamy krwi, ślady obuwia takiego jak miał pokrzywdzony, zdjęta kurtka) nie próbował skorzystać z pomocy D. i R. K. (k. 1823, 1823v – 1824). Miejsce gdzie znalazł się pokrzywdzony było zdadne by się tam ukryć, ale zdecydowanie nieprzydatne dla kogoś kto potrzebuje niezwłocznej fachowej pomocy medycznej.

Od miejsca zdarzenia na trawniku w okolicy skrzyżowania ul. (...) i ul. (...) do miejsca gdzie znajdowały się skapnięcia krwi pokrzywdzonego na trawniku w pobliżu bloku przy ul. (...) (protokół oględzin k. 8-10, opinia biologiczna k. 992-1007, zob. punkt 6 uzasadnienia) T. G. pokonał ponad 200m, stamtąd na posesję przy ul. (...) musiał pokonać ponad 230 m. Skoro biegły z zakresu medycyny sądowej wskazuje (k. 2139), że pokrzywdzony mógł poruszać się przez jeszcze jakiś trudny do określenia czas i zmarł w ciągu kilku do kilkunastu minut od doznania urazu (k. 1869v), to mógł przemieścić się między wymienionymi miejscami na odległość ponad 400 m (k. 2140), co zajmuje przeciętnie około 5-6 minut (k. 2088-2092). Dalej jednak nie wiadomo w jakim celu pokrzywdzony miałby ciężko ranny się tam (tj. na miejsce gdzie odnaleziono jego zwłoki) udawać.

2. Stanowisko Sądu Okręgowego (uzasadnienie str. 23), że ***pokrzywdzony T. G., chciał dokonać napadu rabunkowego*** na oskarżonego J. P. jest prawidłowe.

Sąd Apelacyjny orzekający uprzednio szeroko odniósł się (uzasadnienie str.17 – 21) do tożsamyh argumentów prokuratora kwestionującego to ustalenie i wykazał dlaczego są nietrafne. Sąd Apelacyjny w tym składzie stanowisko to podziela.

Stwierdzenie Sądu I instancji, że pokrzywdzony udał się do L. by dokonać rozboju na oskarżonym mieści się w granicach przyznanej temu sądowi swobody. Pisał już o tym poprzednio orzekający Sąd Apelacyjny słusznie wskazując na następujące okoliczności:

- T. G. miał przed zdarzeniem poważne problemy finansowe, o czym zeznają świadkowie z którymi miał kontakt: musiał opuścić mieszkanie wynajmowane wcześniej z partnerką, która zmarła i mimo zimy mieszkał w użyczonym aucie, pożyczał drobne sumy pieniędzy na utrzymanie, narkotyki, gry hazardowe, paliwo; skoro pokrzywdzony był w krytycznej sytuacji finansowej, to mogło go to skłaniać do napadu rabunkowego na oskarżonego, pozwalającego zdobyć środki finansowe;

- pokrzywdzony, mimo tych poważnych problemów, zapewniał Z. K. (k. 241-242) która 31 stycznia 2017 r. pożyczyła mu 30 zł, że odda pieniądze następnego dnia, co może wskazywać, że spodziewał się uzyskania środków finansowych;

- już 2 tygodnie przed zdarzeniem T. G. proponował S. P. udział w napadzie rabunkowym na inną osobę w L. (k. 2127), taki sposób rozwiązywania problemów finansowych nie był więc obcy pokrzywdzonemu;

- T. G. mówił różnym osobom, że wybiera się do L. (Z. K. k. 241-242, S. P. k. 1822), lub do Niemiec (także S. P. k. 95, G. M. k. 1862v że jedzie za granicę, D. T. k. 245-246, M. W. k. 1862), co nie musi być ze sobą sprzeczne, a tylko wskazywać na kolejność; S. P. przypuszcza (k. 95), że mogło chodzić o przywiezienie do kraju skradzionego w Niemczech auta („jako wozak po kradzione auto”), ponieważ pokrzywdzony chwalił się że robił to wcześniej, jednak brak dowodów, by tak było, a wyjaśnienia oskarżonego (k. 758) i zeznania A. K. (2) (k. 741, 1863) temu przeczą;

- cytowana przez D. T. (k. 245-246) wypowiedź pokrzywdzonego z nocy 31 stycznia 2017 r., że „nie wie kiedy wróci, albo wróci albo nie”, przy jednoczesnym twierdzeniu, że wybiera się na 1-2 dni, świadczy o ryzykowności tego co podczas wyjazdu chciał zrobić;

- A. K. (2) (k. 330-331, 740-744, 1862v-1865, 2083) i J. P. (k. 755-762 12.04.17, 775-776, (...)-1290, 1814v- (...), 2160v- (...), (...)) zgodnie podają, że krytycznej nocy mieli jechać do Niemiec by nabyć tam (tj. oskarżony) samochód, J. P. miał wyjechać z domu w L. i po drodze zabrać świadka;

- A. K. (2) zeznaje, że powiedział pokrzywdzonemu, że jedzie z oskarżonym do Niemiec gdzie tamten chce kupić auto, z wypowiedzi świadka T. G. łatwo mógł się domyślić kiedy wyjeżdżają i o której porze skoro A. K. (2) pytał go o możliwość przenocowania w konkretnym dniu i powiedział o której godzinie oskarżony miałby go stamtąd zabrać (k. 742, 743, 1863v); Skoro J. P. zamierzał kupić samochód, o czym pokrzywdzony wiedział, to dla niego oczywiste było, że oskarżony musiał zabrać ze sobą gotówkę na jego zakup. Oskarżony wyjaśnia od początku (k. 758), że wychodząc w nocy 1 lutego 2017 r. z mieszkania, miał przy sobie, przygotowaną na ten cel równowartość 10.000 Euro; T. G. nie wiedział gdzie mieszka J. P., jednak dowiedzenie się tego nie nastęrczało większych trudności osobie obracającej się w podobnym, liczbowo ograniczonym środowisku;

- przyjeżdżając kilkanaście minut po północy 1 lutego 2017r. w pobliże (parking przy ul. (...)) – protokół oględzin k. 8 – 10, notatka urzędowa k. 4v) mieszkania oskarżonego J. P. w L. przy ul. (...), pokrzywdzony T. G. miał (protokół oględzin miejsca k. 49-50, protokół oględzin zwłok k. 40-44, opinia biologiczna k. 992 – 1007, zeznania G. M. k. 2132, opinia z badań broni i amunicji k. 1145 - 1148) broń palną – rewolwer z amunicją gazową oraz czarną czapkę z wyciętym otworem na oczy (tzw. kominiarka), a według oskarżonego także scyzoryk;

- tak wyposażony pokrzywdzony udał się pod klatkę schodową bloku gdzie mieszkał oskarżony i pozostawał tam przez jakiś czas (wyjaśnienia J. P. k. 758, protokół oględzin miejsca k. 8-10, opinia traseologiczna k. 2097 – 2115, notatka urzędowa k 4), najwyraźniej więc spodziewał się, że oskarżony wyjdzie z domu tej nocy.

Nie sposób więc uznać, że T. G. wyposażony w rewolwer gazowy, kominiarkę, wiedzący, że oskarżony będzie jechał do Niemiec po auto i w związku z tym będzie miał przy sobie większą sumę pieniędzy, przypadkowo pojawił się zimą, po północy pod domem J. P. z którym nie łączyły go jakiegokolwiek relacje. Wniosek Sądu I instancji, że chodziło o napad rabunkowy na osobie J. P. jest logiczny, nawet jeśli pokrzywdzony podczas zdarzenia nie wyartykułował, że chodzi mu o zabranie pieniędzy oskarżonego.

3. **Kwestia „kominiarki”** została w apelacji prokuratora przeceniona. Posiadanie tego przedmiotu przez pokrzywdzonego pośrednio, z innymi okolicznościami, potwierdza tylko ustalenie o zamiarze pokrzywdzonego dokonania rozboju. To czy T. G. miał ją na głowie, czy przy sobie ma więc mniejsze znaczenie, a wyjaśnienia oskarżonego w tej mierze zasadnie zostały uznane przez Sąd I instancji za wiarygodne o czym niżej.

W świetle protokołów oględzin miejsca znalezienia zwłok T. G. (k. 40-44, 49-50) opisujących odnalezienie czapki przy pokrzywdzonym na terenie posesji przy ul. (...) oraz opinii z zakresu badań biologicznych (k. 992-1007) stwierdzającej występowanie na niej z ekstremalnie wysokim prawdopodobieństwem materiału biologicznego T. G. i dwóch innych osób nie budzi wątpliwości, że czapkę „kominiarkę” w czasie zdarzenia posiadał pokrzywdzony, a nie inna osoba.

Oskarżony wyjaśnia (k. 758, 761), że T. G. miał na głowie czarną „kominiarkę” z otworem na oczy. O tym, że napastnik był ubrany w „kominiarkę” J. P. mówił swojej teściowej W. U. (k. 891-894, 1824-1825) i koledze D. P. (k. 809-813, 1865). Pora nocna, dynamiczny przebieg zajścia, towarzyszące mu emocje uzasadniają, że J. P. mógł pomylić się mówiąc, że „kominiarka” miała jeden otwór na oczy, a nie dwa.

Świadkowie, którzy obserwowali zdarzenie z okien widzieli, że mężczyźni mieli na głowach czapki. M. S. (2) widziała (k. 110), że były to zimowe czapki, ale nie potrafi nic bliższego o nich powiedzieć, w szczególności, czy wśród nich była „kominiarka”. D. Z. zeznaje podobnie (k. 113), choć nie wydaje się jej by któryś z mężczyzn miał „kominiarkę”, a M. S. (1) (k. 195v) nie wie, czy osoby miały czapki. A. K. (1) (k. 1149-1151) słyszał tylko odgłosy zdarzenia. Żadna z tych osób nie zaprzeczyła więc twierdzeniu oskarżonego, a tylko D. Z. poddała w wątpliwość by oskarżony lub pokrzywdzony mieli na głowie „kominiarkę”.

Zważywszy na uwagi poczynione w punkcie 1. nie ma podstaw do twierdzenia, że wyjaśnienia osoby oskarżonej można uznać za podstawę ustaleń dopiero wtedy gdy potwierdzą je inne dowody, a w realiach sprawy w odniesieniu do omawianego tu fragmentu wyjaśnień J. P. nie ma podstaw by przeczyć jego wyjaśnieniom, że pokrzywdzony miał na głowie „kominiarkę”. Tym bardziej, że nie wiadomo skąd oskarżony miałby wiedzieć, że pokrzywdzony miał rzeczywiście przy sobie taką czapkę, jeśli nie dlatego, że ją widział na jego głowie.

4. W świetle tego co napisano wyżej nie budzi wątpliwości, że Sąd I instancji trafnie uznał, że to pokrzywdzony zaatakował oskarżonego.

**Istotną część zdarzenia, obserwowano z okien mieszkań troje obiektywnych, przypadkowych świadków:** M. S. (2) (k. 108-110, 967-971, 1820-1821, 2062, 2190v-2191), M. S. (1) (k. 195, 933-937, 1818-1819, 2057, 2191) i D. Z. (k. 112-113, k. 845-849, 1817v-1818, 2122, 2191v – 2192). Uwagę dwojga pierwszych zwróciły krzyki, hałas, wyzwiska, a trzeciej świadek późniejszy huk. Te odgłosy dobiegały z boku budynku, z okolic trawnika przy skrzyżowaniu ul. (...) przy której położony jest blok gdzie mieszkają i ul. (...).

Świadkowie ci nie widzieli więc początku zajścia i nie są w stanie powiedzieć, kto kogo zaatakował. Wyjaśnia o tym oskarżony wskazując, że po wyjściu z klatki schodowej został zaatakowany przez zamaskowanego pokrzywdzonego. Mieszkańcy bloku opisują to, co zobaczyli w momencie rozpoczęcia obserwacji jako szarpaninę, szamotaninę (k. 108, 109, 112v, 847, 195v, 935, 936). O wymianie ciosów mówi tylko M. S. (2), która jak się zdaje najwcześniej zaczęła obserwować zdarzenie skoro widziała mężczyzn stojących i szarpiących się, a potem jeden przewrócił drugiego i szarpali się na ziemi (k. 109), zaś M. S. (1) zobaczył osoby, które biły się, szarpały wzajemnie leżąc, „tarzali się po śniegu” (k. 195v).

Po około trzech minutach ten świadek widział, że mężczyźni się podnieśli i usłyszał huk przypominający wystrzał z pistoletu, choć wcześniej nie widział w rękach mężczyzn żadnych przedmiotów (k. 195v, 935). M. S. (2), która w czasie szarpaniny leżących na ziemi mężczyzn przebywała około 3 min. w łazience, po tym jak wróciła widziała ich stojących: jeden trzymał drugiego i miał w ręce przedmiot, a drugi odwrócony do niego plecami, trzymał ręką rękę pierwszego w której był ten przedmiot tak, jakby chciał ją odepchnąć. Wtedy świadek usłyszała huk wystrzału i zobaczyła błysk z przedmiotu trzymanego w ręce mężczyzny stojącego z tyłu (k. 109, 969). M. S. (2) precyzuje (k. 969), że w tym

momencie ręka z tym przedmiotem była uniesiona do góry, później odmiennie zeznaje (k. 1821), że błysk widziała na wysokości pasa mężczyzn. Za miarodajną trzeba uznać tę relację, która jest czasowo bliższa zdarzeniu (k. 969) kiedy świadek lepiej je pamiętała. Jest ona zresztą zbieżna z tym co wyjaśnił oskarżony wskazujący (k. 758), że gdy zobaczył broń zbliżoną do twarzy odtrącił do góry trzymając ją rękę i wtedy padł strzał.

Zeznania M. S. (2) i M. S. (1) o przebiegu szarpaniny do chwili wystrzału przeczą więc wyjaśnieniom oskarżonego podającego (k. 758), że do wystrzału z rewolweru gazowego doszło zaraz po tym jak pokrzywdzony zbliżył broń do jego twarzy. Sąd Okręgowy w tej mierze uwierzył powołanym świadkom, co wynika z ustalonego przebiegu zdarzenia.

A. K. (1) (k.1149-1151) nie widział zdarzenia tylko je słyszał. Mówi o krzyku, nawoływaniach, odgłosach biegu, a w trakcie gonitwy usłyszał huk, po którym zaległa cisza. Co do tej ostatniej okoliczności relacja świadka jest sprzeczna z zeznaniami M. S. (2), M. S. (1), D. Z., a i wyjaśnieniami oskarżonego. Z ich wypowiedzi jasno przecież wynika, że wystrzału nie poprzedzał bieg, gonitwa.

5. Niewątpliwie **rewolwer gazowy** należał do pokrzywdzonego i on się nim posługiwał w czasie zdarzenia.

Został odnaleziony 1 lutego 2017 r. rano na posesji przy ul. (...) pod czapką obok zwłok T. G. (protokół oględzin k. 49-50), a na śniegu znajdowały się ślady obuwia takiego jak miał pokrzywdzony (opinia traseologiczna k. 2097-2115). J. P. miał co prawda takie same, choć mniejsze (k. 2109, 2111) buty, ale tej nocy był ubrany w inne, marki nike (k. 761), co odpowiada fotografiom (k. 403-408) na których rozpoznał się m.in. na rozprawie odwoławczej. Na tej broni palnej znajdowały się ślady biologiczne (9) pochodzące od pokrzywdzonego (k. 992-1007), a jego kolega G. M. rozpoznał okazywany mu rewolwer jako ten, który T. G. demonstrował mu 31 stycznia 2017 r. wieczorem przed wyjazdem do L. (k. 2132). Wszystkie te okoliczności potwierdzają wyjaśnienia J. P., że to pokrzywdzony miał rewolwer i podczas zajścia się nim posługiwał. To T. G. był więc osobą trzymającą broń palną podczas szarpaniny o której zeznaje M. S. (2). Na rewolwerze był także materiał biologiczny oskarżonego (5 śladów – opinia z badań biologicznych k. 1070 -1082). Jednak w dynamicznej sytuacji szarpaniny gdy J. P. chwycił za rękę w której pokrzywdzony miał broń, trzymał za nią (k. 758, 759, 1816), to nie może zaskakiwać, że pozostawił tam ślady kontaktowe – drobiny naskórka, czy substancję potowo - tłuszczową (opinia biologiczna k. 2075). Skoro opinia biologiczna nie zaprzecza takiemu mechanizmowi naniesienia na broń materiału biologicznego J. P., to nie ma dostatecznych podstaw dowodowych by twierdzić, że oskarżony odebrał rewolwer pokrzywdzonemu.

W świetle opinii z zakresu broni i amunicji (k. 1145-1148), zeznań M. S. (2), M. S. (1) i D. Z. nie budzi wątpliwości, że z rewolweru pokrzywdzonego padł jeden strzał. Oskarżony stanowczo wyjaśnia też o jednym wystrale (k. 758), o kolejnym jednym lub dwóch mówi w trybie przypuszczającym („wydaje mi się” - k. 759), nie jest pewny, czy rzeczywiście padły. Sąd Okręgowy słusznie tych niepewnych twierdzeń o więcej niż jednym wystrale nie podzielił. Nie jest też dowolne tłumaczenie przez Sąd I instancji ówczesnym stanem emocjonalnym oskarżonego tego, że w rozmowie z D. P. powiedział mu (k. 810) o kilku strzałach jakie oddał napastnik.

W apelacji prokuratora nie jest kwestionowane ustalenie, że J. P. nie wiedział, że T. G. posługuje się rewolwerem gazowym. Sąd Okręgowy zasadnie zauważa, że podczas dynamicznego zajścia z pokrzywdzonym oskarżony, mimo wcześniejszych kontaktów z bronią palną na amunicję ostrą, mógł nie zauważyć, że wystrzał był cichszy i towarzyszyła mu siwoszara chmura o intensywnym zapachu (opinia z zakresu broni i amunicji k. 2069), zwłaszcza jeśli zważyć na stan emocjonalny oskarżonego, nocną porę i oddanie strzału w górę, gdy oskarżony mógł nie zauważyć chmury gazów i poczuć ich drażniący zapachu.

6. Treść zeznań M. S. (1) sugeruje (k. 195, 933-937, 1818-1819, 2057, 2191), że zaraz po tym jak mężczyźni się podnieśli i rozległ się huk (tj. wystrzał) najpierw odbiegł jeden z nich a za nim drugi. Gdyby tak było, to D. Z., która podeszła do okna w reakcji na ten huk, nie widziałaby dwóch szarpiących się, szamocących się „w parterze” mężczyzn (k. 112v, 847). Także M. S. (2) widziała (k.109v), że **po wystrale mężczyźni dalej bili się, szarpali** jednocześnie przemieszczając się w kierunku dawnej kwaciarni, ale o takim przemieszczaniu się z kolei nie zeznają D. Z. i M. S. (1). M. S. (2) nie widziała co działo się dalej bo poszła do pokoju rodziców (k. 109v). Zapewne tym trzeba tłumaczyć, że nie mówi o tym, że najpierw z miejsca starcia odbiegł jeden mężczyzn, a za nim drugi o czym z kolei zeznają D. Z., M.

S. (1) i wyjaśnia oskarżony. Również jego zdaniem (k. 758-759, 1815-1816) starcie z pokrzywdzonym trwało po tym jak padł strzał i to wtedy zadawał T. G. ciosy nożem.

J. P. wyjaśnia (k. 758-759, 1815-1816), że po wystrzale rzucił się na pokrzywdzonego, upadli, szarpali się, znaleźli się na kolanach (co jest zbieżne z obserwacją D. Z. k. 113), przez cały czas trzymał rękę w której T. G. miał rewolwer i próbował skierować go w oskarżonego, w jego twarz. W takiej sytuacji J. P. zadał nożem chaotyczne („jak popadło”) ciosy pokrzywdzonemu. Prawdziwości tej relacji (poza kwestią, że do wystrzału nie doszło na początku zajścia o czym mowa w punkcie 4.) nie można wykluczyć w oparciu o ujawnione okoliczności.

Taką szarpaninę mężczyzn widziała D. Z. (k. 112v-113, 1817v – 1818). Ani ona ani pozostali świadkowie nie dostrzegli w tym fragmencie zajścia w rękach oskarżonego i pokrzywdzonego broni, czy noża. Ograniczenia możliwości obserwacji zdarzenia przez świadków zostały omówione w punkcie 8. To, że M. S. (2) widziała tylko początek szamotaniny, która nastąpiła po wystrzale, ponieważ poszła do pokoju rodziców, wskazano wyżej.

O tym, że pokrzywdzony miał wtedy w ręku rewolwer jest mowa w punkcie 5, a także 8. To, że oskarżony na trawniku opodał skrzyżowania ul. (...) zadawał pokrzywdzonemu ciosy nożem (nawet jeśli świadkowie tego narzędzia nie dostrzegli) wynika z wyjaśnień oskarżonego, pośrednio z zeznań M. S. (2) (k. 110) i D. Z. (k. 848), które widziały w tamtym miejscu ślady krwi, protokołu oględzin miejsca (k. 8-10) opisującego te liczne skapnięcia, opinii biologicznej (k. 992-1008) identyfikującej ujawniony tam ślad krwi (nr 8) jako pochodzący od pokrzywdzonego i opinii sądowno – lekarskiej stwierdzającej, że T. G. doznał ran kłutych i ciętych.

Zważywszy na to, że pokrzywdzony miał na sobie kilka warstw ubrań to nanoszenie krwi na podłoże następowało po pewnym czasie, jak wskazuje biegły (k. 1869) więc obecność brunatnoczerwonych palm krwi pokrzywdzonego na posesji przy ul. (...) (k. 49-50, 992-1007) nie prowadzi do wniosku, że T. G. tam ich doznał.

Niewątpliwie z wskazanych powodów oskarżony i pokrzywdzony mieli w omawianym czasie (tj. podczas szarpaniny po wystrzale z rewolweru) w rękach broń palną i nóż, choć świadkowie tych przedmiotów wtedy nie widzieli. Potwierdza to jeszcze raz ograniczone możliwości obserwacji świadków i to, że mogli nie zauważyć podczas dynamicznej szamotaniny ciosów nożem zadawanych pokrzywdzonemu przez oskarżonego.

J. P. wyjaśnił (k. 759), że zadał pokrzywdzonemu 3-4 ciosy nożem. Zważywszy, że ustalenie ilości ran, a co za tym idzie ciosów nie nastęrczało trudności z czego oskarżony zadawał sobie sprawę, a już z zarzutu przedstawionego oskarżonemu przed złożeniem wyjaśnień wynikało, że ran tych więc i ciosów było ponad dwukrotnie więcej, o czym zresztą J. P. mówi („z zarzutu dowiedziałem się, że miał więcej ran”) to, uznając za nieprawdziwy ten fragment wyjaśnień, trudno przyjąć, że podważa to wiarygodność całości relacji o zdarzeniu.

Strzał padł w okolicznościach wskazanych w punkcie 4: broń była uniesiona do góry, a oskarżony trzymał, odsuwał rękę pokrzywdzonego w której się znajdowała. Trudno ocenić, czy wystrzał w takich okolicznościach był przypadkowy, czy wynikał z decyzji T. G.. Nie wiadomo dlaczego pokrzywdzony nie oddał kolejnych strzałów. J. P. twierdzi i brak jest dowodów przeciwnych, że cały czas trzymał rękę pokrzywdzonego w której tamten miał rewolwer, odsuwał go od siebie, gdy T. G. próbował skierować broń na twarz oskarżonego. W takiej sytuacji pokrzywdzony nie miał możliwości a przynajmniej dogodnych warunków by oddać efektywne, rażące oskarżonego strzał/strzały, choć próbował je stworzyć. Być może więc taki był powód braku kolejnych strzałów.

J. P. wyjaśnia, że ciosy nożem zadawał T. G. chaotycznie, nie mierząc, półkolistymi ruchami w lewą część ciała gdy znajdowali się naprzeciwko siebie w pozycji stojącej lub leżącej (k. 759, 1816, 1816v).

Opinia sądowno – lekarska stwierdza, że istotnie niemal wszystkie rany (poza obrażeniem zuchwy i barku) zlokalizowane są na tylnych powierzchniach ciała pokrzywdzonego, co może wskazywać, że nie zmieniali pozycji względem siebie znajdując się np. sprawca za ofiarą, lub naprzeciwko siebie (k. 1625), na to ostatnie usytuowanie wskazuje oskarżony. Obrażenie zostały zadane narzędziem ostrokończystym długości nie mniejszej niż 11 cm (jak opisywany przez J. P. nóż), z różną siłą od niewielkiej powodującej rany na głębokość 0,4 cm, do co najmniej średniej z



przekłuciem żebra i wnikały w ciało pod różnymi kątami (k. 1273, 1623 -1624, 1869). Takie rozmieszczenie i charakter ran potwierdza wersję oskarżonego o chaotycznym zadawaniu niemierzonych ciosów. Na rozprawie 19 lipca 2018 r. biegły Ł. S. wskazuje: „możliwe jest zadanie ciosów powodujących takie obrażenia w sytuacji kiedy sprawca stoi z tyłu za ofiarą, np. z boku po lewej stronie, ale również możliwa jest taka sytuacja jak napisałem w opinii, kiedy sprawca i ofiara znajdują się naprzeciw siebie, w bezpośredniej bliskości i ciosy zadawane są po łukowatym torze. Wtedy, mimo że sprawca stoi, znajduje się naprzeciw ofiary, narzędzie może wnikać w ciało ofiary od tyłu ofiary. Przy tej lokalizacji obrażeń, rozważając taki mechanizm okoliczności ich powstania, bardziej jest prawdopodobne, aby obrażenia zostały zadane prawą ręką sprawcy, gdyż lewa część pleców jest bardziej dostępna dla tej ręki niż np. prawa część pleców.(..) możliwe jest powstanie obrażeń w trakcie walki, szamotaniny, bycia w zwarciu w takich okolicznościach jak podawałem wcześniej, przy możliwości zadania obrażeń w plecy przez sprawcę znajdującego się naprzeciw ofiary. Nie wykluczę możliwości, że w takiej pozycji opisanej przez oskarżonego, mogło dojść do powstania takich obrażeń, które szczegółowo opisałem w opinii.” Opinia sądowo-lekarska potwierdza więc, że obrażenia T. G. mogły powstać w okolicznościach opisanych przez oskarżonego.

T. G. doznał łącznie jedenastu ran kłutych, kłutociętych i ciętej, część z nich to rany drażące do klatki piersiowej, które doprowadziły do śmierci pokrzywdzonego. Natomiast oskarżony jak wyjaśnia (k. 759) doznał obrażeń nosa i ucha, które widziała W. U. opatrująca je (k. 892-893), a także D. P. (k. 811). Taka dysproporcja nie potwierdza, ani nie przeczy wyjaśnieniom J. P..

Świadkowie nie widzieli początku zajścia, nie widzieli więc kto zaatakował, a kto zaczął się bronić. Osoba odpierająca atak napastnika na jej (czy cudze) dobra chronione podejmuje takie zachowania, które są zdatne do tego by próbę naruszenia zneutralizować, co zakłada uzyskanie przewagi nad agresorem w zakresie niezbędnym by zamach odeprzeć. W zewnętrznym obrazie, zwłaszcza gdy obserwator nie widział początku zajścia, taki broniący dobra chronionego przed zamachem może być postrzegany jako atakujący, czy uczestniczący w obopólnie aprobowanym starciu. Jeśli więc oskarżony został zaatakowany przez pokrzywdzonego wyposażonego w broń palną – gazową, i broniąc się szarpał się z pokrzywdzonym, próbował odsunąć od siebie tę broń, zadawał ciosy, to nie może zaskakiwać, że M. S. (2) (k. 970), czy M. S. (1) (k. 936) nie wiedzą, czy któryś z mężczyzn atakował drugiego, a tamten się bronił. Z kolei D. Z. ocenia (k. 112v), że atakującym był mężczyzna, którego określa jako ubranego w szarą kurtkę. Z powodów opisanych w punkcie 8. Sąd Odwoławczy podzielił pogląd Sądu I instancji, że osobą tą był pokrzywdzony, który potem pobiegł za oskarżonym. Nie jest więc tak, że troje (a nie czworo jak podnosi prokurator) obserwujących część zajścia świadków ma trudności ze wskazaniem atakującego i broniącego się. Natomiast omawiana wątpliwość świadków nie podważa ustalenia Sądu Okręgowego, że J. P. bronił się przed atakiem T. G..

Oskarżony wyjaśnia (k. 762), że w czasie zajścia przypuszczał, że napastnik chce go zabić. To, że mogło chodzić o napad rabunkowy jest tylko późniejszą hipotezą J. P., który od początku wyjaśniał (k. 758), że miał przy sobie większą sumę pieniędzy. To samo dotyczy dywagacji oskarżonego na temat wpływu substancji psychotropowych na zachowanie pokrzywdzonego. W obu wypadkach oskarżony nie zmienia swoich wcześniejszych twierdzeń o faktach, ale mówi o swoich hipotezach, przypuszczeniach co do przyczyn zachowań pokrzywdzonego. Nie sposób na tej podstawie wnosić, że chodziło o dostosowywanie wyjaśnień do pozyskiwanej przez organy ścigania wiedzy.

7. D. Z. zeznaje (k.114, 848), że w pewnym momencie szarpaniny **jeden z mężczyzn krzyknął „przestań, uspokój się, koniec już”**, podniósł się i zaczął uciekać w stronę nieczynnej kwiaciarni, a drugi z mężczyzn wstał i zaczął za nim biec, krzycząc „zastrzelę cię”. Podobnie wyjaśnia J. P. (k. 758, 759) wskazując, że już po zadaniu ciosów nożem gdy pokrzywdzony dalej go atakował krzyknął: „już starczy, już dość” i zaczął uciekać. Sens obu wypowiedzi jest taki sam, tyle że świadek przytaczała ją w dniu zdarzenia, a oskarżony dwa i pół miesiąca później. Jeśli słowa te nie padły to nie wiadomo dlaczego świadek miałaby je kilkanaście godzin po zdarzeniu szczegółowo przytaczać, a J. P. powtarzać, gdy nie ma dowodu, że zapoznał się z zeznaniami D. Z..

Prokurator kwestionuje stanowisko Sądu I instancji, który dał wiarę cyt. fragmentowi zeznań D. Z. wskazując, że pozostali świadkowie nie słyszeli takich słów a D. Z. obserwowała zdarzenie z dalszej niż pozostali odległości. Już wyżej wykazano, że świadkowie obserwujący to samo zdarzenie, mimo dobrych intencji, przedstawiają je nieco

odmiennie, co nie jest zaskakujące (por. np. T. Bernhard „Kalkwerk”, wyd. I, Kraków – Wrocław 1986 r., A. Kurosawa „Rashomon”). M. S. (2) mogła nie słyszeć słów o których mowa ponieważ w tym czasie (jak wskazano) była w pokoju rodziców zapytać, czy wezwać Policję. Natomiast D. Z. choć mieszkała najwyżej z trojga świadków, to jako jedyna miała otwarte okno (112v) i wyglądała przez nie niepokojąc się o auto, mogła więc lepiej niż inni słyszeć, co mówią mężczyźni. Ocena omówionej tu okoliczności przez Sąd Okręgowy jest trafna. Nie wiadomo też dlaczego obca, niezainteresowana świadek miała od początku, już w dniu zdarzenia, mówić o tej okoliczności jeśli ona nie zaistniała.

8. Sąd Okręgowy słusznie zauważa, że istotne znaczenie ma określenie,  **kto uciekał z miejsca zdarzenia, a kto gonił** i krzyczał, że go zastrzeli.

Z racji późnej nocnej pory, niedostatecznego oświetlenia, usytuowania M. S. (2), D. Z. i M. S. (1) względem miejsca zdarzenia świadkowie ci ograniczone możliwości obserwacji jego przebiegu o czym zeznają (k. 109v, 195v, 969).

Wynika to również z ich relacji. M. S. (2) nie jest w stanie powiedzieć jak byli ubrani mężczyźni poza wskazaniem, że były to ciemne ubrania (k. 110, 969).

D. Z. mówi (k. 113), że jeden z mężczyzn miał niebieską kurtkę, a drugi szarą. Jej zdaniem atakującym był mężczyzna w szarej kurtce (k. 112v), to on też w końcowej fazie krzyczał: zastrzelę cię (k. 113). Natomiast mężczyzna w niebieskiej kurtce krzyczał: przestań, uspokój się, koniec już i następnie odbiegł (k. 113). On też, zdaniem świadka (k. 874), był wyższy. Oskarżony jest nieznacznie wyższy (184 cm) od pokrzywdzonego (178 cm), co mogłoby wskazywać, że jest tą osobą w ciemniejszej kurtce. Z kolei z protokołu oględzin (k. 49-50) wynika, że T. G. z pewnością był ubrany w czarną bluzę skoro została ujawniona obok zwłok pokrzywdzonego i widoczne są na niej przecięcia odpowiadające umiejscowieniu ran jakich doznał. W ciemnej kurtce widział pokrzywdzonego w nocy 31 stycznia 2017 r. G. M. (k. 104).

J. P. również wyjaśnia (k. 761), że był ubrany w czarną kurtkę zaś zapis obrazu z kamery przemysłowej w którym rozpoznał siebie (k. 2160v) przedstawia mężczyznę w jasnej kurtce dlatego, że kamera taka w nocy zniekształca barwy i kolory ciemne widoczne są jako jasne, co jak się zdaje jest poza sporem. Zapis z kamery monitoringu (k. 403-408) przedstawia mężczyznę przemieszczającego się i oglądającego się za siebie, tak jak czyni to osoba ścigana, a nie ścigająca, co także potwierdza wyjaśnienia oskarżonego, że uciekał przed pokrzywdzonym.

Z zeznań M. S. (1) także wynika, że jeden z mężczyzn miał jaśniejszą kurtkę, a drugi ciemniejszą, choć inaczej niż D. Z. mówi, że pierwsza była chyba brązowa, a druga czarna (k. 195v, 935). M. S. (1) nie potrafi jednak wskazać (k. 936) który z mężczyzn odbiegł pierwszy.

Tylko M. S. (2) (poza oskarżonym) widziała moment wystrzału wzajemne położenie mężczyzn i przedmiot (faktycznie rewolwer) w ręku jednego z nich (M. S. (1), akurat w momencie usłyszenia huk nie patrzył na mężczyzn – k. 1818), ale ona nie rozróżnia ich np. wg ubioru, wzrostu itp. jak to czynią D. Z. i M. S. (1). Także analiza zeznań tych trojga świadków nie pozwala na ustalenie, czy mężczyzna z bronią palną o którym mówi M. S. (2), to osoba w jaśniejszej, czy ciemniejszej kurtce o której zeznają D. Z. i M. S. (1).

Z powodów opisanych w punkcie 5. to pokrzywdzony posiadał podczas zdarzenia broń palną. Przedmiot ten widziała tylko M. S. (2) dlatego, że znajdował się w uniesionej ręce mężczyzny i był na tyle długi, że wystawał poza rękę w której był trzymany (k. 969), a identyfikowany jako broń nie dlatego, że świadek go rozpoznała jako broń, ale dlatego, że widziała dobywający się z niego błysk i słyszała towarzyszący mu huk. Pozostali świadkowie nie widzieli w rękach mężczyzn żadnych przedmiotów. Także M. S. (2) już później nie widziała (k. 109v) ani tego przedmiotu, ani innego (np. noża). Co potwierdza wskazane wyżej ograniczone możliwości obserwacji zdarzenia.

Oskarżony zaprzecza, by zabrał pokrzywdzonemu rewolwer, jedynie trzymał za rękę w której T. G. go dzierzył (k. 759). Nie ma dowodów, które podważałyby tę wersję, a miejsce znalezienia broni na posesji przy ul. (...) pod czapką pokrzywdzonego obok jego ciała potwierdza, że rewolwer ten pokrzywdzony cały czas miał przy sobie.

Nie ma dowodu wskazującego, że J. P. miał podczas zajścia broń palną (gdyby ją wtedy posiadał, to zapewne nie musiałby używać noża).

Wynika stąd, że osobą krzyczącą: „zastrzelę cię” był T. G. bo tylko on miał wtedy broń palną. W konsekwencji osobą krzyczącą: „przestań, uspokój się, koniec już” i uciekającą był oskarżony, co jest zgodne z jego wyjaśnieniami, zbieżne z zeznaniami D. Z. wg. której uciekającym był wyższy z mężczyzn, a tym który pobiegł za nim niższy oraz powołanym zapisem monitoringu obrazującym mężczyznę, który zachowuje się jak osoba ścigana.

9. Jak wskazano wyżej (punkt 6) nie ma wystarczających dowodowych podstaw by wykluczyć twierdzenie J. P., że gdy po wystrzale z rewolweru trzymał rękę T. G. z tą bronią, to pokrzywdzony nadal próbował ją skierować w stronę jego twarzy mimo zadania mu łącznie jedenastu ciosów nożem.

Wbrew apelacji prokuratora **atak pokrzywdzonego nie ustał po oddaniu strzału**. T. G. nie oddał kolejnych strzałów, ale próbował to zrobić starając się skierować rewolwer w stronę głowy oskarżonego. Zbieżne są z tą sytuacją słowa oskarżonego przytaczane przez D. Z.: „przestań, uspokój się, koniec już”. Gdyby pokrzywdzony nie kontynuował ataku pomimo doznanych poważnych obrażeń, to J. P. nie miałby powodu by wzywać go do zaprzestania.

Nie było też tak, jak pisze prokurator (apelacja str. 21), że w pewnym momencie mężczyźni przzerwali starcie i oddalili się jeden za drugim. Oskarżony nie oddalił się, tylko uciekał z miejsca zdarzenia, a pokrzywdzony nie udał się za nim, lecz za nim pobiegł, jak zeznają M. S. (1) i D. Z., i krzychał, że go zastrzeli, o czym mówi ta druga świadek. Widać więc, że T. G. nie zaprzestał ataku, lecz chciał go kontynuować, choć oskarżony zastosował intensywny środek obrony zadając jedenaście ciosów nożem w okolicę klatki piersiowej, kończyny górnej, barku i żuchwy.

10. Apelujący podnosi, że **J. P. nie udzielił pomocy pokrzywdzonemu**, któremu zadał jedenaście ciosów nożem, lecz oddalił się z miejsca zdarzenia. Niezależnie od kwestii, że działający w obronie koniecznej postępuje legalnie i nie sposób obarczać go prawnym obowiązkiem udzielania pomocy napastnikowi, to rzecz także w tym, że oskarżony nie odszedł stamtąd, lecz, jak wskazano wyżej (punkt 8 i 9), uciekał przed ścigającym go pokrzywdzonym. Jeśli więc obawiał się dalszego ataku ze strony pokrzywdzonego to trudno oczekiwać by zamiast uciekać przed nim zaczął mu pomagać w zaopatrzeniu ran, czy zamiast oddalić się w bezpieczne miejsce zatrzymał się by wezwać pomoc. Oskarżony nie wie (k. 759) jak długo gonił go T. G., w każdym razie biegnąc równolegle do ul. (...) słyszał jego wezwania do zatrzymania się, a po tym jak skręcił w ul. (...) nie widział go już. O tym, że T. G. mógł pokonać około 200m w kierunku w którym przemieszczał się oskarżony jest mowa w punkcie 1. Po tym jak oskarżony dotarł w bezpieczne miejsce – do mieszkania teściowej, to przecież nie wiedział gdzie znajduje się T. G. więc nie wiedział gdzie miałyby przyjechać pogotowie ratunkowe. Roztrzęsienie, zdenerwowanie, obawy, strach J. P. opisują osoby, które tej nocy miały z nim kontakt – teściowa W. U. (k. 892-893, 1824-1825) i kolega D. P. (k. 809-813, 1865). Taki stan emocjonalny odpowiada reakcji na narażenie na stresujące wydarzenie, które opisuje oskarżony.

Sąd I instancji tłumaczy powody dla których oskarżony nie zawiadomił Policji o zdarzeniu, nie kontaktował się z organami ścigania (uzasadnienie str. 11-12). Natomiast prokurator podnosi tę kwestię nie podejmując próby wykazania dlaczego stanowisko Sądu jest wadliwe. W każdym razie bieg tego postępowania przygotowawczego potwierdza przekonanie oskarżonego, że z racji jego wcześniejszych konfliktów z prawem „nikt mu nie uwierzy” (k. 761). Logiczną konsekwencją takiej postawy było wyzbycie się noża.

Sąd Okręgowy zasadnie zauważa, że w sytuacji uznania, że oskarżony działał w granicach obrony koniecznej drugorzędne znaczenie ma czy oskarżony, jak twierdzi (co może być mniej prawdopodobne) podniósł nóż z ziemi, gdy wypadł pokrzywdzonemu, czy miał go przy sobie, tak jak ten odnaleziony w kieszeni kurtki podczas przeszukania.

Jeszcze raz wypada wskazać na to o czym była mowa na początku (punkt 1.), że mogące się rysować pewne wątpliwości co do prawdziwości relacji J. P. o przebiegu zdarzenia w wyniku którego T. G. stracił życie nie są wystarczające do wydania wyroku skazującego jeśli nie przekładają się, jak w tej sprawie, na udowodnione ustalenia niekorzystne dla oskarżonego. Jak wskazano wyżej nie można wyłączyć w szczególności z podstawy ustaleń wyjaśnień J. P. o

okolicznościach zadania pokrzywdzonemu ciosów nożem, co jest możliwe także dlatego, że nie wykazano okoliczności przeciwnych.

11. Sąd Okręgowy nie popełnił błędu uznając **działanie oskarżonego mieściło się w ramach kontratypu obrony koniecznej**.

Z art. 25 § 1 i 2 k.k. wynikają następujące przesłanki kontratypu obrony koniecznej:

- zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem,
- bezprawność zamachu,
- bezpośredniość zamachu,
- odpieranie zamachu,
- konieczność obrony,
- współmierność sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu.

W świetle okoliczności opisanych wyżej (punkty 2, 4, 5, 6, 9) nie budzi wątpliwości, że pokrzywdzony udał się na miejsce zdarzenia z zamiarem dokonania rozboju, następnie szarpał się z oskarżonym, zbliżał broń palną - gazową do jego twarzy, a podczas dalszej szamotaniny (po wystrzale) próbował ją do twarzy oskarżonego zbliżyć. Zamach był więc bezprawny i realny a nie urojony przez oskarżonego, a T. G. podejmował zachowania nastawione na naruszenie dóbr prawnych oskarżonego. Zmierzały wprost do zabrania mu mienia i spowodowania poważnego uszczerbku na zdrowiu. Próby skierowania wylotu lufy rewolweru gazowego w bezpośrednią bliskość twarzy J. P. wystawiały ją, w szczególności oczy, w wypadku oddania strzału na mechaniczne oddziaływanie nie tylko substancji drażniącej, ale także strumienia gazów prochowych, dopalających się elementów ładunku miotającego, oraz fragmentów naboju, a w konsekwencji na poważny, także ciężki, uszczerbek na zdrowiu. Działania pokrzywdzonego więc były zaawansowane w takim stopniu, że było wysoce prawdopodobne naruszenie dóbr chronionych – mienia i zdrowia w najbliższej chwili, brak przeciwdziałania doprowadził do istotnego zagrożenia tych dóbr (por. wyrok Sądu Najwyższego z 4 lutego 2002 r., V KKN 507/99, OSNKW z 2002 r., z. 5–6, poz. 38). Jednocześnie zamach ten trwał (jak wskazano w punkcie 9) w chwili podejmowania przez oskarżonego działań obronnych – T. G. nadal próbował zbliżyć broń palną do twarzy J. P.. Atak nie zakończył się zresztą po tym jak oskarżony zaprzestał zadawania pokrzywdzonemu ciosów nożem skoro pobiegł on za uciekającym oskarżonym krzycząc, że go zabije. Nie ma więc podstaw do przyjmowania istnienia ekscesu ekstensywnego (art. 25 § 2 k.k.).

Nie jest kwestionowane trafne ustalenie Sądu I instancji, że broniąc się przed atakiem T. G. J. P. przewidywał możliwość i godził się na pozbawienie go życia na co wskazuje rodzaj użytego narzędzia, średnia, lub co najmniej średnia siła części ciosów nim zadanych i umiejscowienie ich m.in. w okolicy klatki piersiowej, gdzie znajdują się podstawowe dla życia organy jak płuca, serce, czy duże naczynia krwionośne. Nie wyklucza to przyjęcia obrony koniecznej ponieważ warunkiem ustalenia działania ramach tego kontratypu jest wypełnienie znamion typu czynu zabronionego, w tym wypadku z art. 148 § 1 k.k. Tyle, że oskarżony miał świadomość, że pokrzywdzony dokonuje bezpośredniego, bezprawnego zamachu na jego dobro chronione (był przekonany, że chodzi o atak na jego życie, o czym niżej) i podejmował działania (zadawanie ciosów nożem) by zamach ten odeprzeć (por. wyrok Sądu Najwyższego z 30 grudnia 1972 r., Rw 1312/72, OSNKW z 1973 r., z. 5, poz. 69).

W sytuacji starcia dwóch osób tzw. „pojedyńku” godzących się na naruszenie swoich dóbr osobistych, jednocześnie atakujących się i broniących, co do zasady nie mogą one się powoływać na omawianą okoliczność wyłączająca bezprawność, chyba, że np. drugi uczestnik starcia znacznie zwiększa jego niebezpieczeństwo ponad „ustalony” rozmiar np. sięgając po niebezpieczne narzędzie (broń palną, nóż). Z powodów opisanych wyżej (punkty 2, 4, 5, 6, 9) podczas zdarzenia w nocy 1 lutego 2017 r. nie było tak, że oskarżony i pokrzywdzony występowali w podwójnej roli

atakującego i zaatakowanego. To T. G. był napastnikiem wyposażonym w broń palną i scyzoryk, a J. P. napadniętym. Przysługiwało mu więc prawo do podjęcia obrony przez zamachem.

W orzecznictwie, jak i doktrynie dominuje pogląd o samoistności obrony koniecznej. Art. 2 ust. 2 lit. a Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych wolności przewiduje wyjątek od gwarantowanego w art. 2 ust. 1 tego traktatu prawa do życia. Przepis ten uznaje za niesprzeczne z Konwencją pozbawienie człowieka życia, jeżeli następuje to w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia siły w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą. W związku ze wskazaną wiążącą regulacją (art. 91 ust. 2 Konstytucji RP) art. 25 § 1 i 2 k.k. trzeba odczytywać jako przewidujący ograniczenia w zakresie dóbr prawnych agresora, które mogą być naruszone w obronie koniecznej. Napastnik może więc zostać umyślnie pozbawiony życia w granicach tego kontraktynu, jedynie wtedy, gdy następuje w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia siły w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą. Niezależnie od tego czy regulacja o której mowa jest wyjątkiem od zasady samoistności obrony koniecznej, wskazuje na subsydiarność, względną subsydiarność tej instytucji, dotyczy kwestii współmierności sposobu obrony w relacji do niebezpieczeństwa zamachu, czy tylko limituje dobra prawne napastnika, które można naruszyć odpierając jego bezprawny, bezpośredni zamach, to nie budzi wątpliwości, że wskazana regulacja traktatowa wyklucza możliwość uznania za działanie w granicach obrony koniecznej zachowania godzącego w życie napastnika, by odeprzeć zamach niebędący przemocą wobec osoby.

Działania pokrzywdzonego polegające na szarpaniu oskarżonego, próbach skierowania broni gazowej w okolice twarzy oskarżonego, które oskarżony starał się powstrzymać odpychając, odciągając rękę pokrzywdzonego z rewolwerem stanowiły oddziaływanie środkami fizycznymi by przełamać opór oskarżonego - były zamachem z użyciem przemocy.

J. P. i T. G. byli mężczyznami w sile wieku, o zbliżonej budowie, wzroście (oskarżony był wyższy o 6 cm), sprawności. Przewaga pokrzywdzonego wynikała z zaskoczenia oraz zaopatrzenia się w niebezpieczne przedmioty: rewolwer gazowy oraz nóż. Takich narzędzi obrony, do pewnego momentu nie miał oskarżony. Okoliczności te zwiększały niebezpieczeństwo jakie stwarzał zamach. Podobnie znajdowanie się T. G. pod wpływem substancji psychotropowych pobudzających wzmacniających koncentrację, pewność siebie, redukujące zmęczenie. Niebezpieczeństwo zamachu wzmagała też późna nocna pora, kiedy oskarżony nie mógł liczyć na niezwłoczną pomoc przypadkowych osób, czy Policji. Jak wskazano wyżej (punkty 6, 9) pokrzywdzony zbliżył broń gazową do twarzy oskarżonego, a potem starał się zwrócić ten rewolwer w kierunku jego twarzy. Zachowania takie stwarzały realne zagrożenie rażenia w najbliższej chwili głowy, twarzy, oczu pokrzywdzonego substancją drażniącą, rozgrzanymi gazami prochowymi, dopalającą się substancją miotającą i fragmentami pocisku, a co za tym idzie niebezpieczeństwo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

Odrącenie przez J. P. ręki z gazową bronią palną, a potem przytrzymywanie jej nie doprowadziło, jak trafnie zauważa Sąd I instancji, do zakończenia zamachu – T. G. nadal próbował skierować rewolwer w stronę twarzy oskarżonego. Wtedy przecież dopiero J. P. posłużył się nożem, który wypadł pokrzywdzonemu i zadał mu w bardzo krótkim czasie jedenaście ciosów w plecy, okolice barku, ramię i przedramię, żuchwę co zresztą nie przerwało ataku, lecz pozwoliło oskarżonemu oderwać się od napastnika i odbiec z miejsca zdarzenia. Broniący się J. P. użył więc takiego środka obrony, który był dostępny i zapewniał skuteczność i zyskanie przewagi nad napastnikiem, gdy inne mniej dotkliwe sposoby obrony nie przyniosły zakończenia zamachu. Odpierając atak na swoje zdrowie o wskazanym wyżej natężeniu i niebezpieczeństwie oskarżony posłużył się środkiem i sposobem obrony niewykraczającym, w opisanej sytuacji poza granice konieczności skutecznej obrony choć efektem było wystawienie na szwank dobra najwyższego – życia pokrzywdzonego, skoro innych łagodniejszych i efektywnych nie miał (wcześniej użyte mniej dotkliwe nie przerwały zamachu).

Stosownie do art. 29 k.k. nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność albo winę. Urojenie o którym mowa w tym przepisie dotyczy faktów, sprzeczności z rzeczywistością występującego w świadomości sprawcy czynu zabronionego wyobrażenia o wystąpieniu okoliczności wyłączającej bezprawność lub winę. Jeśli jest usprawiedliwione to wyłącza winę. W wypadku obrony koniecznej będzie to mylne o istnieniu bezpośredniego, bezprawnego, rzeczywistego zamachu na dobro chronione.

Mylne wyobrażenie oskarżonego dotyczyło tego, że pokrzywdzony posługuje się bronią palną na amunicję ostrą, a nie gazową i w konsekwencji, że przedmiotem zamachu jest nie mienie oraz zdrowie, lecz życie. Rozbieżność między tym co istniało i tym co było przedmiotem wyobrażeń J. P. dotyczyła nie istnienia bezpośredniego, bezprawnego zamachu na dobro chronione, ale tego jakie dobro prawne zostało zaatakowane. Rzecz podlegała więc ocenie nie w kontekście błędu co do kontratypu (art. 29 k.k.) lecz ewentualnego przekroczenia granic obrony koniecznej z powodu zastosowania obrony niewspółmiernej do niebezpieczeństwa zamachu, co jak wskazano w realiach sprawy nie zachodzi.

12. Z tych powodów orzeczono jak w wyroku (art. 437 § 1 k.p.k.). O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 636 § 1 k.p.k.

***SSA Cezariusz Baćkowski SSA Andrzej Kot SSA Piotr Kaczmarek***