

Sygn. akt II AKa 124/14

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 czerwca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Lech Magnuszewski

Sędziowie: SSA Dorota Paszkiewicz (spr.)

SSA Włodzimierz Brazewicz

Protokolant: referent-stażysta Aleksandra Urbanowicz

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Gdańsku Mirosława Kido

po rozpoznaniu w dniu 4 czerwca 2014 r.

sprawy

**H. S.**

oskarżonego z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k.

na skutek apelacji wniesionych przez Prokuratora Prokuratury Rejonowej w M. i obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy

z dnia 3 czerwca 2013 r., sygn. akt **III K 197/12**

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I. poprzez przyjęcie, iż oskarżony działał w zamiarze ewentualnym;

II. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części;

III. zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych należnych za postępowanie odwoławcze, a wydatkami tego postępowania obciąża Skarb Państwa.

## UZASADNIENIE

**H. S.** został oskarżony o popełnienie w dniu 12 maja 2012 r. przestępstwa z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k.

**Sąd Okręgowy w Bydgoszczy wyrokiem z dnia 3 czerwca 2013 r. w sprawie III K 197/12** oskarżonego H. S. uznał za winnego tego, że w dniu 12 maja 2012 r. o godz. 22.30 w domu przy ul. (...) w miejscowości G. gm. M., odpierając bezprawny, bezpośredni zamach na swoje zdrowie polegający na uderzaniu pięścią w twarz przez P. S., przekroczył granice obrony koniecznej stosując sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu w ten sposób, że działając w zamiarze bezpośrednim pozbawienia życia P. S. zadał jemu szereg ciosów nożem w twarz, szyję, plecy i lewe ramię, powodując obrażenia ciała, w szczególności w postaci rany kłutej twarzy i szyi, rany kłuto – ciętej szyi, rany cięto – płatowej lewej małżowiny usznej oraz powierzchownej rany ciętej pleców po stronie lewej, z których rana kłuta twarzy i szyi, uszkadzająca lewą tętnicę szyjną wewnętrzną oraz ścianę gardzieli skutkowałą zgonem pokrzywdzonego na miejscu zdarzenia w wyniku wykrwawienia, przy czym czynu tego dopuścił się mając ograniczoną

w stopniu znacznym zdolność rozpoznania znaczenia czynu i kierowania swoim postępowaniem, to jest przestępstwa z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k. w zw. z art. 25 § 2 k.k. i za to na mocy art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 1 i § 6 pkt 2 k.k. wymierzył mu karę 2 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności, na poczet której na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności związany z jego zatrzymaniem i tymczasowym aresztowaniem od dnia 12 maja 2012 roku do dnia 3 czerwca 2013 roku, zwalniając oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych i obciążając Skarb Państwa wydatkami w sprawie.

Apelacje od tego wyroku wywiedli Prokurator Rejonowy w M. oraz obrońca oskarżonego.

Apelacja Prokuratora Rejonowego w M. zaskarżała powyższy wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego i na podstawie art. 438 pkt 1, 2, 3 i 4 k.p.k. zarzucała zaskarżonemu wyrokowi:

1. obrazę przepisu prawa materialnego tj. art. 57 § 1 k.k. poprzez nadzwyczajne złagodzenie kary wymierzonej oskarżonemu H. S., przy przyjęciu dwóch podstaw do jej złagodzenia, gdy tymczasem przepis ten wprowadza zasadę, że jeżeli zachodzi kilka niezależnych od siebie podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia kary, Sąd może tylko jeden raz karę nadzwyczajnie złagodzić,
2. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów, tj. art. 7 k.p.k., polegającego w szczególności na jednostronnej ocenie zgromadzonego w toku postępowania materiału dowodowego wyłącznie na korzyść oskarżonego H. S.,
3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na jego treść, polegający na wyrażeniu przez Sąd poglądu, że zebrany w sprawie materiał dowodowy uzasadniał przyjęcie, iż oskarżony H. S. dopuszczając się zabójstwa P. S. działał w warunkach przekroczenia granic obrony koniecznej z art. 25 § 2 k.k., mimo iż dowody znajdujące się w aktach sprawy upoważniają do całkowicie odmiennego wniosku, oraz z ostrożności procesowej
4. rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu H. S. w stosunku do stopnia winy i społecznej szkodliwości przypisanego mu czynu, wyrażającą się w orzeczeniu wobec oskarżonego kary z nadzwyczajnym jej złagodzeniem w wymiarze 2 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności, co w świetle ustalonych okoliczności sprawy, a w szczególności dotychczasowego sposobu życia H. S. oraz sposobu działania oskarżonego w chwili czynu sprawia, iż przedmiotowe rozstrzygnięcie pozbawione zostało waloru wychowawczo- zapobiegawczego oraz waloru społecznego oddziaływania.

W konsekwencji tak sformułowanych zarzutów apelujący Prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

**Apelacja obrońcy oskarżonego** na zasadzie art. 438 pkt 3 k.p.k. zaskarżonemu w całości wyrokowi zarzucała błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia, polegający na dowolnym uznaniu, iż oskarżony zadając ciosy nożem pokrzywdzonemu i powodując przez to u niego obrażenia ciała, które doprowadziły do jego zgonu działał w warunkach obrony koniecznej, jednakże przekroczył jej granice w związku z czym dopuścił się mając ograniczona w stopniu znacznym zdolność rozpoznania znaczenia czynu i kierowania swoim postępowaniem, przestępstwa z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k. w zw. z art. 25 § 2 k.k., podczas gdy prawidłowa i wszechstronna ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego prowadzi do wniosku, iż oskarżony działał w obronie koniecznej, nie przekraczając jednakże jej granic, a w związku z tym nie popełnił przestępstwa.

Obrońca oskarżonego w następstwie tak postawionego zarzutu wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.**

1. Apelacja Prokuratora Rejonowego w M. nie zasługiwała na uwzględnienie.

Zarzut obrazy prawa materialnego to jest art. 57 § 1 k.k. jak się wydaje postawiony został na skutek błędnego odczytania treści wyroku, bowiem nie doszło w sprawie do wielokrotnego złagodzenia kary. Przywołanie przez Sąd Okręgowy w Bydgoszczy przepisów art. 31 § 2 k.k. i 25 § 2 k.k. nastąpiło bowiem w części subsumującej poczynione ustalenia faktyczne pod obowiązującą normę prawną, a więc w kwalifikacji prawnej czynu, natomiast w części stanowiącej podstawę wymiaru kary przywołano prawidłowo art. 148 § 1 k.k. i jedynie art. 31 § 2 k.k., oczywiście wraz ze stosownymi przepisami dotyczącymi nadzwyczajnego złagodzenia kary. Wymiar orzeczonej kary pozbawienia wolności nie przekroczył granic określonych „pojedynczym” nadzwyczajnym złagodzeniem, zatem nie można przyjąć, iżby doszło do obrazy prawa materialnego to jest art. 57 § 1 k.k. Jednocześnie zauważyć należy, że przepis art. 57 § 1 k.k. wręcz nakazuje sądowi przy konkretnym miarkowaniu kary brać pod uwagę łącznie zbiegające się podstawy złagodzenia czy obostrzenia, zatem w tym przypadku prawidłowo Sąd Okręgowy, uzasadniając wysokość wymierzonej kary pozbawienia wolności powołał się – między innymi okolicznościami, o których mowa w art. 53 k.k. – także na obie okoliczności skutkujące możliwością zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, dobitnie wskazując, że o przyjęciu podstawy nadzwyczajnego złagodzenia z art. 31 § 2 k.k. zdecydowała bliskość ograniczenia poczytalności oskarżonego do jej zniesienia. To stopień zawinienia limituje karę, zatem słusznie tak znaczne zmniejszenie winy skutkowało wymierzeniem kary w najniższej granicy kary nadzwyczajnie złagodzonej.

Zarzuty opisane punktach 2. i 3. apelacji Prokuratora należało odczytać jako zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, a konkretnie błędu dowolności. Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie utrwalona jest taka interpretacja art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k., z której wynika, iż zarzut obrazy przepisów postępowania stawia się wówczas jedynie, gdy przepis reguluje przebieg procesu, a nie wtedy, gdy ma on charakter ogólny. Skoro przepis art. 7 k.p.k. nie reguluje przebiegu procesu karnego, nie może być mowy o jego naruszeniu w sposób poddający się kontroli instancyjnej. Przedmiotem naruszenia mogą być bowiem tylko normy konkretyzujące ogólne zasady procesowe, a zwłaszcza normy nakazujące lub zakazujące dokonywania określonych czynności w odpowiedniej sytuacji procesowej. Natomiast przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną prawa procesowego, w tym zasady swobodnej oceny dowodów, gdy owo przekonanie:

- jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy i to w sposób podyktowany obowiązkiem dochodzenia prawdy,
- stanowi wynik rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść jak i na niekorzyść oskarżonego,
- jest wyczerpująco i logicznie, z uwzględnieniem wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego uargumentowane w uzasadnieniu wyroku zgodnie z art. 424 k.p.k.

Odnosząc się do tych standardów stwierdzić należy, iż Sąd Okręgowy w pełni je zastosował w ocenie istotnego materiału dowodowego przedmiotowej sprawy, a argumentacja apelacji prokuratorskiej stanowi w istocie przedstawienie własnej wersji, dowolnie zbudowanej na przeprowadzonych dowodach, bez uwzględnienia reguł art. 2 § 2 k.p.k. i 5 § 2 k.k. W realiach przedmiotowej sprawy jedynym bezpośrednim dowodem w zakresie przebiegu wydarzeń są wyjaśnienia oskarżonego, a w zakresie szeregu okoliczności towarzyszących temu zdarzeniu zeznania matki zmarłego pokrzywdzonego M. S., zeznania rozmówców telefonicznych i potwierdzenie godzin i czasu tych rozmów. Jednakże, bez względu na opinie panujące w środowisku co do oskarżonego ojca i pokrzywdzonego syna, bez względu na deklaracje pokrzywdzonego, że idzie przeprosić ojca, to co wydarzyło się w pokoju odbyło się wyłącznie pomiędzy oskarżonym a pokrzywdzonym, a świadek S. widziała przez okno pewien fragment zdarzenia i słyszała oskarżonego wyprasającego syna z pokoju. Oskarżony miał w ręku nóż i racjonalnie zostało wyjaśnione dlaczego był z tym nożem przed telewizorem. Dodatkowych okoliczności dotyczących zdarzenia ustalić nie można, zatem wersja oskarżonego co do zachowania syna po wejściu do pokoju oceniona być musiała zgodnie z art. 5 § 2 k.p.k., co w efekcie zasadnie dało podstawę Sądowi I instancji do przyjęcia obronnego działania oskarżonego. Nawet jeśli pokrzywdzony starał się zmienić, poprawić, i szedł z zamiarem przeproszenia ojca, to jednak był nietrzeźwy, był wyprasany z pokoju i nie można wykluczyć, że zamiar przeproszenia ojca przerodził się w kolejną awanturę między obu mężczyznami. Podnoszenie w apelacji okoliczności dotyczących zmiany postawy życiowej pokrzywdzonego i

niewłaściwej w tej mierze oceny dowodów w sprawie nie mogło więc doprowadzić do stwierdzenia takiej wadliwości oceny dowodów, która mogłaby rzutować na treść rozstrzygnięcia. Wersja zaprezentowana przez skarżącego na stronie 11 apelacji pomija słowa słyszane przez M. S. /„mąż krzychał, żeby syn wyszedł z pokoju”/, a przy tym oczywiste jest, że pogróżki o zabiciu nie zawsze odpowiadają rzeczywistym zamierzeniom i planom. Oskarżony zamierzał wieczór spędzić przed telewizorem, był w swoim pokoju, zamierzał przyrządzić sobie kolację, nie wystąpił z żadną inicjatywą do pokrzywdzonego, nie prowokował go, domagał się opuszczenia pokoju. Zatem to aktywność ofiary doprowadziła do reakcji w postaci użycia noża. W efekcie ustalenia Sądu I instancji co do działania oskarżonego z wolą odparcia bezprawnego, bezpośredniego zamachu na swoją osobę zasługują na akceptację.

Sąd Apelacyjny nie podziela też zarzutu rażącej niewspółmierności kary. Jak już wskazano wyżej funkcja limitująca stopnia zawinienia oskarżonego decydująco wpłynęła na wymiar kary. Oskarżony działał w ograniczonej w stopniu znacznym zdolności rozpoznania znaczenia czynu i pokierowania swoim postępowaniem, a stopień ten zbliżony był do poczytalności zniesionej. Jeśli przy tym uwzględnić zaistnienie także, wprowadzie przekroczonego, ale jednak działania w warunkach obrony koniecznej, a także okoliczności wskazanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, wymierzona kara jawi się jako słuszna i sprawiedliwa, z pewnością zaś nie jest ona nieadekwatna w stopniu rażącym, jak tego dla jej korekty w postępowaniu odwoławczym wymaga art. 438 pkt 4 k.p.k. Argumentacja apelacji nietrafnie odwołuje się do samosądu czy skutku w postaci śmierci, który wszak należy do znamion przypisanego czynu. Nadmienić należy, że

działanie w warunkach obrony koniecznej, nawet przy przekroczeniu jej granic, jest sytuacją z którą porządek prawny wiąże daleko idące skutki w postaci wyłączenia bezprawności albo możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary, dając każdemu przyzwolenie do obrony przed bezprawnym, bezpośrednim zamachem na jakiegokolwiek dobro chronione prawem. W sytuacji dodatkowych mankamentów sfery psychicznej oskarżonego posługiwanie się przez skarżącego Prokuratora argumentem samosądów z jego strony nie może być uznane za zasadne.

W efekcie apelacja Prokuratora nie zasługiwała na uwzględnienie.

2. Podniesiony w apelacji obrońcy oskarżonego zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przez dowolne uznanie, iż oskarżony przekroczył granice obrony koniecznej także nie jest trafny. Nie jest kwestionowane w tej apelacji, że zamach był bezpośredni i bezprawny, jak też, że oskarżony zamach ten odpierał, a więc, że działał z wolą, z zamiarem obrony zaatakowanych dóbr. Jego akcja zatem wynikała ze świadomości, że odpiera zamach i podyktowana była wolą obrony. Powyższa konstatacja zwalnia Sąd odwoławczy od rozważań dotyczących wszystkich elementów kontratypu obrony koniecznej i pozwala skoncentrować się ściśle na kwestii konieczności tej obrony, a w związku z tym przekroczenia jej granic przez zastosowanie sposobu obrony niewspółmiernego do niebezpieczeństwa zamachu. Odnosząc się do kwestii konieczności obrony należy - w ślad za dostępnymi komentarzami - przypomnieć, że może być mowa o samoistności obrony, o względnej subsydiarności (względnej samoistności) i wreszcie o subsydiarności obrony. Uprzednio dominowała w literaturze koncepcja samoistności obrony koniecznej, co oznaczało, że odpiernie zamachu kosztem dobra napastnika jest usprawiedliwione samym bezprawnym i bezpośrednim zamachem na jakiegokolwiek dobro chronione prawem. Zaatakowany ma prawo odpiernie zamach kosztem dobra napastnika nawet wtedy, gdy była realna możliwość uniknięcia zagrożenia dla zaatakowanego dobra w inny sposób, bowiem prawo nie może ustępować przed bezprawiem. Znamię konieczności obrony jest tu odnoszone wyłącznie do zagadnienia umiarkowanego sposobu obrony i ewentualnego wymogu współmierności dóbr, a nie w sensie, że zagrożenia dla zaatakowanego dobra nie dało się inaczej uniknąć. Wprost o samoistnym charakterze obrony koniecznej, z zastrzeżeniem sytuacji z art. 2 ust. 2 lit. a Europejskiej Konwencji Praw człowieka i Podstawowych Wolności, wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9.04.2002 r. w sprawie VKKN 266/00, potwierdzając dominację tej zasady i w późniejszych judykatach np. IVKK 105/09. Zasada subsydiarnego charakteru obrony koniecznej oznacza natomiast, że zastosowana obrona była jedynym sposobem uniknięcia skutków zamachu, bowiem zawsze należałoby wybrać inną możliwość. W literaturze pojawił się również pogląd opierający się na założeniu, że prawo do obrony koniecznej wynika z kolizji interesów i ze społecznej celowości poświęcenia dobra napastnika dla ochrony zaatakowanego dobra oraz dla ochrony porządku prawnego. Pogląd przyjmujący względną subsydiarność (lub względną samoistność), tzn. ograniczający prawo do odpiernie zamachu kosztem dobra napastnika tylko do tych sytuacji, w których nie było innego racjonalnego sposobu uniknięcia zamachu i ochrony porządku prawnego, wydaje

się cieszyć dość dużym poparciem w doktrynie, przy czym przyjęcie tego poglądu nie oznacza, że zaatakowany ma zawsze obowiązek ucieczki, jeśli jest ona możliwa. Jeśli nie chce on skorzystać z możliwości ucieczki to zamach, na przykład nawet gdyby napastnicy dysponowali niebezpiecznymi narzędziami i byli zdeterminowani wyrządzeniem mu poważnej krzywdy, może odpiarać takimi tylko środkami, które chronią jego wolność przebywania w tym miejscu. Ustalenie, że sprawca działał z zamiarem (bezpośrednim lub ewentualnym) pozbawienia życia napastnika nakazują nam odnieść się do wymogów art. 2 ust. 2 lit. a Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, który stanowi: „1. Prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę. Nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądowego, skazującego za przestępstwo, za które ustawa przewiduje taką karę.

2. Pozbawienie życia nie będzie uznane za sprzeczne z tym artykułem, jeżeli nastąpi w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia siły:

a) w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą;

b) w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem,

c) w działaniach podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania.”

W literaturze przyjmuje się, że z tej normy konwencyjnej wynika, że „art. 25 § 1 k.k. musi być interpretowany w ten sposób, że gdy odpiaranie zamachu polega na umyślnym godzeniu w życie napastnika, to należy przyjąć subsydiarny charakter obrony koniecznej. Konieczność obrony należy w takim przypadku rozumieć jako brak innej racjonalnej możliwości uniknięcia zamachu (...) Przy uwzględnieniu treści art. 2. Konwencji, obrona konieczna polegająca na świadomym poświęceniu życia napastnika dopuszczalna jest tylko wtedy, gdy zastosowana obrona była jedynym sposobem uniknięcia skutków zamachu.” (vide m.in. M. Szczerbiec artykuł Regulowanie obrony koniecznej w Kodeksie karnym z 1997 r. a Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, teza 2. Cz.P.K. i N.P.1999.1.119). W komentarzu do kodeksu karnego pod redakcją J. Gieźka podaje się, że treść art. 2 Konwencji przemawia za względną subsydiarnością obrony koniecznej (teza 20. do art. 25 k.k.). Z kolei w komentarzu pod redakcją prof. A. Zolla podaje się, w związku z interpretacją art. 2 Konwencji, że „należy przyjąć subsydiarny charakter obrony koniecznej. Konieczność obrony należy w takim wypadku rozumieć jako brak innej racjonalnej możliwości uniknięcia zamachu.” (vide Komentarz do części ogólnej kodeksu karnego, Zakamycze 2004, teza 44 do art. 25 k.k.). Niezależnie zatem od różnic semantycznych w ujęciu konieczności obrony koniecznej stwierdzić należy, że w sytuacji, gdy w wyniku obrony przed bezpośrednim i bezprawnym zamachem na dobro prawem chronione doszło do umyślnego (w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym) pozbawienia życia, dla przyjęcia stanu obrony koniecznej niezbędne jest stwierdzenie, że w realiach danej sprawy był to jedyny racjonalny sposób uniknięcia zamachu i jego skutków. Użycie siły przeciwko przemocy musi być w tym przypadku, jak mówi norma konwencyjna „bezwzględnie konieczne”. Jasno należy stwierdzić, że w świetle prawa wewnętrznego (art. 25 § 1 i 2 k.k.) i w świetle normy konwencyjnej (art. 2 ust. 1 i 2 lit. a Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności), każdemu przysługuje prawo do obrony przed bezpośrednim i bezprawnym zamachem, bowiem prawo nie może ustępować przed bezprawiem, natomiast umyślne pozbawienie życia w wyniku tej obrony mieści się w warunkach konieczności tylko wówczas, gdy jest niezbędne dla odparcia zamachu na współmierne dobro, a więc gdy nie było innej racjonalnej możliwości powstrzymania takiego zamachu.

Przyjmuje się w doktrynie i judykatach, że przekroczenie granic obrony koniecznej poprzez naruszenie wymogów wynikających ze znamienia konieczności obrony, tzw. eksces intensywny, może być:

- wynikiem podjęcia decyzji odparcia zamachu kosztem dobra napastnika, w sytuacji, gdy były inne racjonalne sposoby uniknięcia zamachu,

- wynikiem rażącej dysproporcji pomiędzy wartością dobra zagrożonego zamachem i wartością dobra napastnika, przeciwko któremu zostało skierowane działanie obronne,

- a także wynikiem przyjęcia sposobu obrony prowadzącego do zbytecznego, z punktu widzenia potrzeb odparcia zamachu, rozmiaru naruszenia dóbr napastnika.

Odnosząc się do realiów przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że przyjęty sposób obrony prowadził do zbytecznego, z punktu widzenia potrzeb odparcia zamachu, rozmiaru naruszenia dóbr napastnika. Oczywiście oceniając sytuację *in abstracto*, a nawet *ex post* można twierdzić, że wystarczające było na przykład miarkowanie ciosu w nogę czy rękę. Naszym obowiązkiem jest jednak dokonanie oceny *ex ante* i nie wolno sugerować się skutkami obrony. Nie jest też tak, że broniący życia i zdrowia, broniący się przed przemocą nie może użyć narzędzia dla obrony, nawet jeśli napastnik posługuje się gołymi rękami. Sąd Najwyższy wielokrotnie wypowiadał się, że działającemu w obronie koniecznej wolno użyć takich środków, które są niezbędne dla odparcia zamachu, tzn. dopuszczalny jest taki sposób obrony, który gwarantuje broniącemu się odparcie zamachu, a użycie niebezpiecznego narzędzia nastąpiło wówczas, gdy odpierający zamach nie dysponował innym, mniej niebezpiecznym, ale równie skutecznym środkiem obrony. Według tego orzecznictwa o niebezpieczeństwie zamachu decyduje szereg czynników, w tym dobro zaatakowane, siła i środki zamachu oraz sposób ich użycia, ale także właściwości napastnika, czas i miejsce zamachu, wreszcie dynamicznie rozwijający się przebieg, który może potęgować lub zmniejszać to niebezpieczeństwo. Tylko łącznie, we wzajemnym powiązaniu rozpatrywanie tych okoliczności może być podstawą wniosku o stopniu niebezpieczeństwa zamachu (np. II KR 39/89, VI KRN 34/74, I KR 346/72). W wyroku z 18.08.2009 r. Sąd Apelacyjny w Lublinie w sprawie II AKa 99/09 (Lex nr 523956) stwierdził, że „napadnięty ma prawo do obrony skutecznej i to napastnika obciąża ryzyko szkodliwych następstw, także gdy atakuje gołymi rękami. Nie można zaatakowanemu stawiać wymagań co do sposobu obrony czy doboru narzędzi, o ile mieszczą się one w granicach konieczności. Kwestia, w jakim stopniu zamach był niebezpieczny, to problem współmierności podjętych działań obronnych, a zatem granic obrony koniecznej, a nie samego prawa do obrony koniecznej.

Ocena wskazanych okoliczności w realiach przedmiotowej sprawy prowadzi do wniosku o trafności ustaleń Sądu Okręgowego, który słusznie wykazał, iż w tym przypadku obrona nie miała koniecznego charakteru z uwagi na wielość tego rodzaju scysji rodzinnych, a więc „przygotowanie” do nich obu stron i przewidywalny przebieg, posłużenie się dużym nożem wobec działającego bez narzędzi, choć silniejszego, napastnika, stosunkowo nieszkodliwy skutek pierwszego ataku, wielość zadanych ciosów świadcząca o nieproporcjonalności do zachowania napastnika. Nie jest też tak, że oskarżony nie mógł rozeznaczyć, z uwagi na stan psychiczny, współmierności działań. Miał wszak świadomość możliwości spowodowania śmierci, skoro mówił o tym uprzednio w rozmowie telefonicznej, jak też stwierdził to bezpośrednio po zdarzeniu. Możliwe skutki użycia noża były mu więc doskonale znane, a sam nie odniósł na skutek ataku poważniejszych obrażeń. Zarzut apelacyjny apelacji obrońcy oskarżonego należało zatem uznać za chybiony.

Tym niemniej w apelacji obrońcy zawarte są też argumenty dotyczące błędności ustaleń Sądu Okręgowego co do działania oskarżonego w zamiarze bezpośrednim pozbawienia życia. W tej mierze Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku, iż oskarżonemu można przypisać jedynie działanie z zamiarem wynikowym to jest, że nie chciał zabić syna, ale przewidując możliwości spowodowania jego śmierci na to się godził.

Odnosnie badania zamiaru sprawcy i rozważań kwestii zamiaru ewentualnego, należy mieć na uwadze, że zamiar ewentualny jest zawsze zamiarem „obocznym”. Sprawca w takim przypadku dąży do osiągnięcia wyobrażonego innego celu, a zdarzenia, co do których rozważamy, czy objęte były zamiarem ewentualnym, występują „po drodze” do realizacji tego wyobrażonego celu. Strona intelektualna zamiaru w postaci przewidywania możliwości popełnienia czynu zabronionego nie przesądza postaci zamiaru ani nawet samej umyślności, natomiast przy wypełnieniu strony woluntatywnej w postaci „godzenia się” mamy do czynienia z zamiarem wynikowym. Sprawca nie chce popełnienia czynu zabronionego, ale przewidując możliwość jego popełnienia na to się godzi. W odniesieniu do przestępstwa zabójstwa sprawca działający w zamiarze ewentualnym nie chce, nie dąży do śmierci ofiary, ale przewiduje realną możliwość nastąpienia śmierci i na to się godzi. Proces „godzenia się” odróżnia zamiar ewentualny od „lekkomyślności”, gdzie występuje bezpodstawne przypuszczenie, że spowodowania śmierci sprawca uniknie.

Odtwarzanie więc przeżyć psychicznych sprawcy uwzględniać musi realia faktyczne sprawy, w tym intelekt sprawcy i jego doświadczenie życiowe.

Te zaś realia wskazują, że oskarżony miał nóż przypadkowo, nie wiedząc przecież że syn do niego wówczas przyjdzie, oraz że zadał wprawdzie kilka ciosów, jednakże szereg z nich nie miało intensywnego charakteru, mowa wręcz o powierzchowności niektórych obrażeń, a przy tym ich lokalizacja wynikała z obronnego charakteru podjętych działań., co przy mankamentach psychicznych oskarżonego nie pozwala na ustalenie w sposób pewny, że chciał zabić syna, a jedynie pozwala na przyjęcie, że mógł ocenić realia swoich działań jako skutkujące możliwością śmierci i na to się godził, skoro nie przeciwdziałał temu w żaden sposób, choćby przez odrzucenie noża. Nadmienić wypada, że także zachowanie oskarżonego po popełnieniu przestępstwa, postrzegane choćby przez pracowników pogotowia czy funkcjonariuszy Policji (oskarżony był w szoku, płakał), świadczy o tym, że nie chciał śmierci syna.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w punkcie I. poprzez przyjęcie, iż oskarżony działał w zamiarze ewentualnym, a w pozostałej części utrzymał ten wyrok w mocy. Dokonana korekta zaskarżonego wyroku nie mogła skutkować w zakresie wymiaru kary, bowiem orzeczono wobec oskarżonego karę najłagodniejszą z możliwych w ramach nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Sąd odwoławczy był też zobligowany do rozstrzygnięcia co do kosztów postępowania, a mając na uwadze względy słuszności oraz sytuację materialną oskarżonego, w myśl art. 624 § 21 k.p.k., zwolnił go od ponoszenia należnych za postępowanie odwoławcze kosztów sądowych, obciążając wydatkami tego postępowania Skarb Państwa.