

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 stycznia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Andrzej Czapka
Sędziowie	SSA Halina Czaban SSA Janusz Sulima (spr.)
Protokolant	Magdalena Zabielska

przy udziale - Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Białymstoku Anny Malczyk

po rozpoznaniu w dniu 19 stycznia 2016 roku sprawy:

**K. K. s. A.** oskarżonego z art. 280 §2 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k. w zw. z art. 64 §1 k.k.

**M. K.s. E.** oskarżonego z art. 280 §2 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k. w zw. z art. 64 §2 k.k.

z powodu apelacji prokuratora i obrońców

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt II K 77/15

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że przyjmuje, że oskarżeni grozili użyciem niebezpiecznego narzędzia w postaci siekierko tłuczka;

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokatów T. S. oraz K. R. po 738 złotych, w tym po 138 złotych podatku VAT, tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w postępowaniu odwoławczym oraz na rzecz adwokata K. R. kwotę 268 złotych tytułem zwrotu kosztów dojazdu;

IV. zwalnia oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

## UZASADNIENIE

K. K.i M. K. zostali oskarżeni o to, że w dniu 10 stycznia 2015 roku w budynku mieszkalnym przy ul. (...) w G. działając wspólnie i w porozumieniu używając wobec K. J. przemocy w postaci kilkukrotnego uderzenia go pałąk teleskopową w głowę i nogi powodując tym obrażenia ciała w postaci rany głowy w okolicy ciemieniowo skroniowej obustronne, stłuczenia okolicy obu ud, rany tłuczonej okolicy podudzia lewego oraz stłuczenia obu okolic przedrzepkowych skutkujących naruszeniem czynności narządów ciała na okres poniżej dni siedmiu oraz grożąc użyciem niebezpiecznego narzędzia w postaci siekiery poprzez okazanie jej pokrzywdzonemu, dokonali na jego szkodę

zaboru w celu przywłaszczenia laptopa marki (...) o wartości 1.000 zł, telewizora LCD marki (...) o wartości 800 zł oraz tableta marki (...) o wartości 300 zł, tj. mienia o łącznej wartości 2.100 zł na szkodę K. J., przy czym K. K. zarzucanego mu czynu dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu, co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne, zaś M. K. zarzucanego mu czynu dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu łącznie, co najmniej roku kary pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo rozboju będąc uprzednio skazanym w warunkach art. 64 § 1 k.k., to jest o czyn z art. 280 § 2 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

Wyrokiem z dnia 10 września 2015 roku Sąd Okręgowy w Olsztynie uznał oskarżonych K. K. i M. K. za winnych popełnienia zarzucanego im czynu: z art. 280 § 2 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. w odniesieniu do oskarżonego K. K., przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu kary co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne; z art. 280 § 2 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. w odniesieniu do oskarżonego M. K., przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu łącznie kary co najmniej roku pozbawienia wolności będąc uprzednio skazanym za umyślne przestępstwo rozboju i za to skazał ich na podstawie cytowanych przepisów i wymierzył oskarżonemu K. K. na podstawie art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. karę 3 lat pozbawienia wolności, zaś M. K. na podstawie art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. i w zw. z art. 64 § 2 k.k. wymierzył karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności zaliczył oskarżonym okresy rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie, wobec K. K. od 12 stycznia 2015 roku do 14 maja 2015 roku, a wobec M. K. od 12 stycznia 2015 roku. Na podstawie art. 44 § 2 k.k. orzekł przepadek dowodu rzeczowego w postaci pałki teleskopowej wskazanej na karcie 348 akt sprawy, zaś na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. nakazał zwrócić dowód rzeczowy w postaci telefonu komórkowego marki (...) oskarżonemu M. K. oraz tłuczka do mięsa oskarżonemu K. K.. Ponadto orzekł o nieuiszczonych kosztach pomocy prawnej udzielonej oskarżonym z urzędu oraz zwolnił oskarżonych w całości od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych.

Apelacje od tego wyroku wywiedli obrońcy oskarżonych oraz prokurator.

Obrońca oskarżonego K. K. zaskarżył powyższy wyrok w całości i powołując się na przepisy art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. zarzucił:

1) mającą wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia obrazę przepisów postępowania polegającą na:

a) naruszeniu przepisu art. 4 k.p.k. poprzez niezachowanie obiektywizmu i uwzględnienie w zaskarżonym orzeczeniu jedynie dowodów niekorzystnych dla oskarżonego, przy jednoczesnym całkowitym pominięciu wszystkich okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego,

b) naruszeniu przepisu art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie zupełnie dowolnej, jednostronnej i wybiórczej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz zaniechanie bezpośredniego przesłuchania świadka P. G., którego przesłuchanie przez Sąd I instancji było realnie możliwe i odczytanie przy błędnym zastosowaniu art. 391 § 1 k.p.k. zeznań w/w świadka złożonych w postępowaniu przygotowawczym;

c) naruszeniu art. 5 § 2 k.p.k. poprzez uznanie, iż wina i sprawstwo oskarżonego w zakresie zarzucanego mu czynu w świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie budzą wątpliwości, podczas gdy w niniejszej sprawie nie wyjaśniono wszystkich wątpliwości, chociażby nie ustalono narzędzia, którym rzekomo posługiwać się miał oskarżony K. K. które to wątpliwości rozstrzygnięte winny zostać na korzyść oskarżonego;

d) naruszeniu przepisu art. 193 § 1 k.p.k. poprzez stwierdzenie, iż w realiach sprawy niniejszej nie zachodzi podstawa do zasięgnięcia opinii biegłych w zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia w sprawie niniejszej, tj. w zakresie wypowiedzenia się przez biegłych psychiatrów co do poczytalności oskarżonego K. K. w dacie zarzucanego mu czynu zabronionego oraz stwierdzenie, że wniosek w tym zakresie zmierza w sposób oczywisty do przedłużenia postępowania, podczas gdy oskarżony K. K. w swoich wyjaśnieniach wskazywał, że w okresie obejmującym datę zarzucanego mu czynu był w ciągu alkoholowym oraz narkotycznym, co w sposób istotny rzutować mogło na jego poczytalność, nadto nigdy wcześniej nie był takim badaniom poddawany, co budzi na gruncie sprawy niniejszej

realną wątpliwość co do poczytalności tego oskarżonego w dacie popełnienia zarzucanego mu czynu zabronionego, zaś wniosek o poddanie oskarżonego badaniom psychiatrycznym złożony został w stadium postępowania umożliwiającym dopuszczenie tego dowodu bez wpływu na przedłużenie prowadzonego postępowania karnego.

2) mający wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, polegający na przyjęciu, iż oskarżony K. K. w dniu 20 stycznia 2015 r. dopuścił się przestępstwa rozboju, posługując się niebezpiecznym przedmiotem, tj. czynu zakwalifikowanego z art. 280 §2 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k. w zw. z art. 64 §1 k.k., podczas gdy prawidłowo poczynione ustalenia faktyczne oparte na zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym dawały jedynie podstawy do przyjęcia, iż oskarżony K. K. swoim zachowaniem wyczerpał znamiona czynu z art. 278 §1 k.k.

Obrońca K. K. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uznanie tego oskarżonego za winnego popełnienia czynu z art. 278 §1 k.k. i wymierzenie mu znacznie łagodniejszej kary w granicach przewidzianych za to przestępstwo, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

Obrońca oskarżonego M. K. również zaskarżył powyższy wyrok w całości i powołując się na przepisy art. 427 §2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. zarzucił mu:

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

1. art. 391 § 1 k.p.k. poprzez odczytanie zeznań świadka P. G. złożonych w toku postępowania przygotowawczego, podczas gdy w pełni możliwe było bezpośrednie przesłuchanie tego świadka przed sądem, tym bardziej iż jego zeznania pozwoliłyby na weryfikację wiarygodności zeznań pokrzywdzonego K. J. oraz wyjaśnień M. K.;

2. art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie całkowicie dowolnej oceny materiału dowodowego i uznanie, iż:

a) zeznania pokrzywdzonego K. J. są pewne, logiczne i szczegółowe, a zatem wiarygodne (str. 9 uzasadnienia), podczas gdy stoją one w oczywistej sprzeczności z wyjaśnieniami oskarżonych: M. K. oraz K. K.;

b) wyjaśnienia oskarżonego M. K. nie zasługują na nadanie im waloru wiarygodności, podczas gdy są one logiczne, a nadto znajdują potwierdzenie w wyjaśnieniach współoskarżonego K. K.;

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na jego treść, a mianowicie całkowicie dowolne ustalenie, iż:

1. między oskarżonymi istniało porozumienie co do realizacji całej akcji przestępczej obliczonej na zabór mienia pokrzywdzonego (str. 12 uzasadnienia), podczas gdy w świetle wyjaśnień złożonych przez oskarżonych: M. K. i K. K. nie sposób uznać, aby takie porozumienie istniało, albowiem działania każdego z oskarżonych były od siebie niezależne, nie wiedzieli o swojej działalności, nie rozmawiali uprzednio na ten temat;

2. oskarżony M. K. popełnił zarzucany mu czyn zabroniony, podczas gdy w zgromadzonym materiale dowodowym brak jest jakiegokolwiek obiektywnego dowodu potwierdzającego jego rzekome sprawstwo, co wprost wskazuje, iż nie popełnił on tego czynu.

Obrońca M. K. wniósł o zmianę orzeczenia w zaskarżonej części poprzez wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej czynu art. 280 § 2 k.k., przyjęcie, iż oskarżony M. K. popełnił czyn zabroniony określony dyspozycją art. 157 § 2 k.k. i wymierzenie mu łagodnej kary pozbawienia wolności z zastosowaniem dobrodziejstwa instytucji warunkowego zawieszenia wykonania wymierzonej kary na stosowny okres próby, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Prokurator zaskarżył powyższy wyrok w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonych K. K. i M. K..

Na podstawie art. 438 pkt 1 i 4 k.p.k. zarzucił temu wyrokowi:

1. rażąco niewspółmierność kar orzeczonych wobec oskarżonych polegającą na wymierzeniu wobec K. K. kary 3 lat pozbawienia wolności, wobec M. K. kary 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, czyli w dolnej granicy ustawowego zagrożenia, podczas gdy całokształt zebranego materiału dowodowego, w szczególności odpisy wyroków, opinie kuratora sądowego i z zakładu karnego, a także motywacja oskarżonych, zaplanowanie czynu, użycie niebezpiecznych narzędzi, zadawanie ciosów w głowę, zuchwałe działanie w porze nocnej, prowadzi do wniosku, że wyrok w tym zakresie jest rażąco łagodny w stosunku do stopnia społecznej szkodliwości czynu i winy oskarżonych, a przede wszystkim ich uprzedniej karalności, w tym dopuszczenia się przez K. K. czynu w warunkach recydywy specjalnej podstawowej, a przez M. K. w warunkach recydywy wielokrotnej, w następstwie czego orzeczone kary nie spełniają celów zapobiegawczych i wychowawczych w stosunku do oskarżonych, a także w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa,

2. obrazę przepisu prawa materialnego, a mianowicie art. 64 §1 k.k. poprzez jego pominięcie w podstawie wymiaru kary wymierzonej Karolowi Józefowi Kochańskiemu.

Prokurator wniósł o wymierzenie wobec K. K. na podstawie art. 280 §2 k.k. w zw. z art. 11 §3 k.k. i art. 64 §1 k.k. kary 4 lat pozbawienia wolności, a wobec M. K. kary 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, a w pozostałym zakresie pozostawienie wyroku bez zmiany

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

Ponieważ wniosek o uzasadnienie złożył jedynie oskarżony K. K., uzasadnienie, stosownie do treści art. 423 §1a k.p.k., zostało ograniczone do części odnoszącej się do tego oskarżonego.

Apelacja obrońcy oskarżonego K. K. jest niezasadna.

Na początku należy poczynić kilka uwag krytycznych odnośnie konstrukcji podniesionych w apelacji zarzutów.

W wypadku zbiegu podstaw odwoławczych w postaci błędu w ustaleniach faktycznych i obrazę przepisów procesowych zarzut odwoławczy powinien dotyczyć tylko uchybienia o charakterze pierwotnym, a nie jego następstw. W takiej sytuacji obrońca powinien w apelacji postawić jedynie zarzut obrazę prawa procesowego. Błąd w ustaleniach faktycznych nie powinien stanowić odrębnego zarzutu odwoławczego, ale podstawę do uzasadnienia, że uchybienie przepisom procesowym mogło mieć wpływ na treść orzeczenia, gdyż doprowadziło do poczynienia błędnych ustaleń faktycznych. Oczywiście przecież jest, że gdyby na przykład, jak chce tego obrońca, sąd uznał wyjaśnienia K. K. z rozprawy za prawdziwe, a zeznania K. J. za fałszywe, to wówczas ustalenia faktyczne opierałyby się nie na zeznaniach tego świadka, lecz na wyjaśnieniach oskarżonego. Jeżeli zaś sąd przyjął za prawdziwe zeznania J. S., to na ich podstawie poczynił ustalenia faktyczne. Kwestionując zatem ustalenie polegające na przyjęciu, że K. K. dokonał rozboju na K. J., należało poprzestać na zarzucie dokonania sprzecznej z dyspozycją art. 7 k.p.k. oceny zgromadzonych w sprawie dowodów. Gdyby bowiem ta ocena była inna, odmienne byłyby również poczynione przez sąd ustalenia faktyczne stanowiące podstawę zaskarżonego wyroku. W orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych wielokrotnie zwracano uwagę, że podstawą stawianych zarzutów nie mogą stanowić przepisy postępowania o charakterze ogólnym, które nie regulują zasad postępowania w sprawach karnych, a tylko określają cel, którym jest prawidłowe ukształtowanie postępowania. Tym samym naruszenie art. 4 k.p.k. nie może być podstawą zarzutu apelacyjnego. Przepis ten określa ogólną dyrektywę postępowania i dopiero wskazanie tych przepisów ustawy procesowej, które miał sąd naruszyć, wbrew zasadzie obiektywizmu, czyniłoby taki zarzut chociażby formalnie poprawnym (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2014 roku, II KK 140/14, Lex nr 1480322).

Pozbawione logiki jest stawianie jednocześnie zarzutu obrazę art. 7 i art. 5 §2 k.p.k. Jeżeli bowiem autor apelacji kwestionuje ocenę dowodów, to takiej sytuacji nie dotyczy art. 5 §2 k.p.k., tylko art. 7 k.p.k. Inaczej rzecz ujmując, jeżeli pewne ustalenia faktyczne zależne są na przykład od dania wiary wyjaśnieniom oskarżonego lub zeznaniom pokrzywdzonego, to nie można mówić o naruszeniu zasady in dubio pro reo, a ewentualne zastrzeżenia co do oceny wiarygodności konkretnego dowodu lub grupy dowodów mogą być rozstrzygane jedynie na płaszczyźnie utrzymania

się przez sąd w granicach sędziowskiej swobodnej oceny dowodów wynikającej z treści art. 7 k.p.k. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2002 roku, V KKN 251/01, Prok i Pr. 2003, z. 11, poz. 5). Kiedy zaś skarżący podważa prawidłowość ustaleń faktycznych, zarzucając, że sąd nie rozstrzygnął wątpliwości na korzyść oskarżonego, albo że takich wątpliwości nie powziął, choć po dokonaniu oceny dowodów nie miał podstaw do odrzucenia wersji zdarzenia korzystnej dla oskarżonego, to wówczas powinien postawić zarzut obrazu art. 5 §2 k.p.k.

Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że Sąd Okręgowy z naruszeniem art. 7 k.p.k. ocenił zebrane dowody.

Dla oceny wiarygodności relacji pokrzywdzonego odnośnie przebiegu zdarzenia z 10 stycznia 2015 roku nie ma znaczenia to, czy powiedział on prawdę na temat znajomości z oskarżonym M. K.. Na rozprawie pokrzywdzony przyznał zresztą, że widział wcześniej oskarżonych (k. 457 odwr.). Nie można też wykluczyć, że K. J. spożywał z M. K. alkohol i pożyczał od niego pieniądze. Jeżeli nawet pokrzywdzony zataił w swoich zeznaniach te okoliczności, to nie oznacza to wcale, że relacja dotycząca popełnionego na nim rozboju jest nieprawdziwa. Stąd też należy uznać, że nieprzesłuchanie na te okoliczności na rozprawie świadka P. G. nie miało żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Istniały też podstawy do odczytania zeznań tego świadka, złożonych na etapie postępowania przygotowawczego. Z uwagi na częste wyjazdy tego świadka za granicę można było uznać, że przebywa on za granicą, co uprawniało do skorzystania z możliwości, jaką daje dyspozycja art. 391 §1 k.p.k.

Podkreślić przede wszystkim należy, że za prawdziwością zeznań K. J. przemawia w szczególności to, że znajdują one pełne potwierdzenie w wyjaśnieniach ze śledztwa oskarżonego K. K.. Wprawdzie istnieją pewne drobne różnice pomiędzy tymi wyjaśnieniami a zeznaniami pokrzywdzonego, ale w gruncie rzeczy same wyjaśnienia K. K. dawałyby podstawę do przypisania obu oskarżonym popełnienia przestępstwa rozboju z użyciem niebezpiecznego przedmiotu. Czytając te wyjaśnienia nasuwa się nieodparte wrażenie, że oskarżony próbował umniejszyć swoją odpowiedzialność. Wskazują na to jego stwierdzenia, że toporek (tłuczek do mięsa) wystawał mu jedynie z rękawa.

To, że istnieją różnice pomiędzy zeznaniami K. J. a wyjaśnieniami ze śledztwa oskarżonego wskazuje między innymi na to, że wcale ich nie składał „pod presją Policji”. Gdyby tak było, to jego wyjaśnienia, byłyby pewnie niemalże identyczne z wyjaśnieniami oskarżonego. Podkreślić należy, że będąc przesłuchiwany przez prokuratora potwierdził w całości swoje wyjaśnienia złożone na Policji. Również na posiedzeniu sądowym w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania potwierdził te wyjaśnienia.

Nie ma też żadnych podstaw do przypuszczania, że K. K. w czasie przesłuchania mógł znajdować się pod wpływem alkoholu lub narkotyków. Zauważyć należy, że został on zatrzymany w dniu 12 stycznia 2015 roku o godzinie 11<sup>((50))</sup>. Wprawdzie policjant przesłuchał go jeszcze tego samego dnia o godzinie 13<sup>((35))</sup>, ale już prokurator oraz sąd przesłuchiwali go następnego dnia o godzinach odpowiednio: 12<sup>((15))</sup> i 14<sup>((25))</sup>. Trudno zatem uznać, że mógł on być pod wpływem alkoholu lub narkotyków w czasie tych dwóch ostatnich przesłuchań, skoro odbyły się one po upływie ponad 24 godzin od jego zatrzymania. Gdyby zaś po wpływem alkoholu lub narkotyków złożył on wyjaśnienia na Policji i były one z tego powodu nieprawdziwe, to z pewnością powiedziałby o tym w czasie przesłuchania w prokuraturze i sądzie.

Wersję pokrzywdzonego oraz wyjaśnienia oskarżonego ze śledztwa potwierdza treść SMS – ów wysyłanych 11 stycznia 2015 roku z telefonu komórkowego użytkowanego przez oskarżonego M. K.. Dotyczyły one ukrycia toporka (protokół oględzin telefonu komórkowego marki (...)) k. 50).

Treść tych sms – ów oraz wyjaśnienia ze śledztwa K. K. wskazują jednoznacznie, że w czasie zdarzenia był przez tego oskarżonego używany właśnie toporek (siekierka), będący jednocześnie tłuczkiem do mięsa, a nie klasyczna siekiera z drewnianym trzonkiem. Wprawdzie pokrzywdzony zeznał (k. 183), że jeden z napastników używał zwykłej siekiery, a nie tłuczka do mięsa, to jednakże biorąc pod uwagę dynamikę tego zdarzenia, strach niewątpliwie towarzyszący pokrzywdzonemu, a także wygląd zabezpieczonego w mieszkaniu K. K. tłuczka (materiał poglądowy k. 157), K. J. widząc w rękach napastnika metalowy siekierko – tłuczek, będąc jednocześnie bitym pałką teleskopową, mógł

zakodować sobie, że była to klasyczna siekiera z drewnianą rękojeścią. Zebrane w sprawie dowody wskazują w każdym razie, że w czasie rozboju na K. J. oskarżony K. K. demonstrował zabezpieczony w jego mieszkaniu siekierko – tłuczek.

Nie ulega najmniejszych wątpliwości, że to narzędzie jest podobnie niebezpiecznym przedmiotem jak nóż. Posiada ono bowiem, jak klasyczna siekiera, krawędź tnącą. Z uwagi na swoje właściwości może spowodować bardzo poważne skutki dla życia lub zdrowia.

Twierdzenia oskarżonego, że w czasie popełnienia przypisanego mu przestępstwa nadużywał alkoholu oraz brał narkotyki, wbrew twierdzeniom obrońcy, nie mogły stanowić podstawy do zasięgnięcia opinii biegłych psychiatrów odnośnie jego poczytalności. K. K. nigdy nie był leczony psychiatrycznie. Jego wypowiedzi, jak wynika z protokołów jego przesłuchań, były zawsze zborne. Świadomie i aktywnie uczestniczył w procesie, realizując swoje prawo do obrony. W pełni podzielić należy stanowisko Sądu Okręgowego, że uzasadnione wątpliwości co do poczytalności oskarżonego muszą opierać się na konkretnych ustalonych okolicznościach w sprawie i konkretnych dowodach. Poza twierdzeniami oskarżonego dotyczącymi nadużywania przez niego alkoholu oraz zażywania narkotyków, z żadnych dowodów nie wynikały jakiegokolwiek okoliczności nasuwające wątpliwości co do tego, że jego stan psychiczny mógł wykazywać odstępstwa od normy zarówno w czasie czynu, jak i w trakcie toczącego się przeciwko niemu postępowania.

W świetle zatem zebranych dowodów nie ma żadnych wątpliwości, że oskarżony dopuścił się przestępstwa rozboju z użyciem niebezpiecznego przedmiotu. Nie ma najmniejszych podstaw do przyjmowania, że K. K. dopuścił się tylko zwykłej kradzieży. Działał on przecież wspólnie i w porozumieniu z M. K., który używał przemocy wobec pokrzywdzonego oraz sam groził użyciem niebezpiecznego narzędzia w postaci siekierko - tłuczka. Zarówno przemoc jak i zagrożenie użyciem niebezpiecznego przedmiotu miało na celu zabór mienia K. J.. D

Poczynione zatem przez Sąd pierwszej instancji ustalenia faktyczne, za wyjątkiem jednej okoliczności, są prawidłowe i słusznie sąd ten zakwalifikował zachowanie oskarżonego z art. 280 §2 k.k. Błędnie przyjął jedynie, że oskarżony posługiwał się siekierą, w sytuacji gdy z zebranych dowodów wynika jednoznacznie, że był to siekierko – tłuczek. Podnieść należy, że zmiana zaskarżonego wyroku polegająca na przyjęciu, że oskarżony posłużył się siekierko – tłuczkiem a nie siekierą jest zmianą na jego korzyść. Klasyczna siekiera jest bowiem narzędziem dalece bardziej niebezpiecznym.

Wymierzona K. K. kara pozbawienia wolności na pewno nie jest rażąco surowo. Została ona orzeczona w granicach minimum ustawowego. Nie można jednocześnie zgodzić się z prokuratorem, że jest ona rażąco łagodna. Nie ulega wątpliwości, że przypisany oskarżonemu czyn cechuje się znaczną szkodliwością społeczną. Niewątpliwie K. K. obciąża jego uprzednią karalność. Słusznie jednakże Sąd Okręgowy, wymierzając karę, wziął pod uwagę szereg okoliczności łagodzących. Nie można zapominać, że K. K. na etapie postępowania przygotowawczego przyznał się kilkakrotnie do winy i złożył wyczerpujące wyjaśnienia, opisując szczegółowo swoją i współoskarżonego rolę w dokonanym przestępstwie. Zgodzić się należy też z Sądem pierwszym instancji, że jego rola w zdarzeniu nie była dominująca. Podjęte przez niego działania nie były drastyczne. Ponadto oskarżony zwrócił wszystkie zagarnięte pokrzywdzonemu przedmioty. Na rozprawie, pomimo że nie przyznał się do popełnienia rozboju, wyraził żal z powodu swojego zachowania.

Sąd Okręgowy słusznie też postąpił nie wskazując w podstawie wymiaru kary 64 §1 k.k. O ile przepis ten powinien zawsze znajdować się w podstawie skazania, to jeżeli sąd wymierza karę w granicach przewidzianych przez ustawę w przepisie określającym dany typ przestępstwa, przywoływanie przepisu art. 64 § 1 k.k. także w podstawie wymiaru kary jest zbędne (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2011 roku, V KK 234/11, Lex nr 1044075). Inaczej jest w przypadku przypisania popełnienia przestępstwa w warunkach art. 64 §2 k.k. W takiej sytuacji przepis ten powinien znajdować się zarówno w podstawie skazania, jak i w podstawie wymiaru kary. Nakazuje on bowiem wymierzenie kary powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia.

Mając powyższe na względzie Sąd Apelacyjny na podstawie art. 437 §2 k.p.k. orzekł w sentencji wyroku.

O kosztach nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu orzeczono na podstawie art. 618 §1 k.p.k. pkt 11 k.p.k. oraz §14 ust. 2 pkt. 5 i § 19 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz.1348 z późn. zm.). Wskazać jednocześnie należy, że zgodnie z §22 nowego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz. U. z 2015 roku, poz. 1801), które weszło w życie 1 stycznia 2016 roku, do spraw wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe do czasu zakończenia postępowania w danej instancji.

Z uwagi na sytuację majątkową oskarżonego i jego możliwości zarobkowe, został on zwolniony z mocy art. 624 §1 k.p.k. od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.