

Sygn. akt II AKz 338/13

## POSTANOWIENIE

Dnia 29 sierpnia 2013 roku

Sąd Apelacyjny w Krakowie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Lucyna Juszczyk
Sędziowie:	SSA Krzysztof Marcinkowski (spr.) SSA Marek Długosz
Protokolant:	st. sekr. sądowy Monika Palonek

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Janusz Kowalski

po rozpoznaniu w sprawie

B. K.

podejrzanego z art. 18§2 kk w zw. z art. 128§1 kk i art. 163§1 pkt 3 kk w zw. z art. 11§2 kk w zw. z art. 65§1 kk i inne

zażalenia wniesionego przez obrońcę podejrzanego

na postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 29 lipca 2013 roku, sygn. akt VI Kp 125/13

w przedmiocie przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania

na podstawie art. 437 § 1 kpk

postanawia

utrzymać w mocy zaskarżone postanowienie.

## UZASADNIENIE

B. K. podejrzany jest o popełnienie przestępstw: z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 128 § 1 kk i art. 163 § 1 pkt 3 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 65 § 1 kk (dwa czyny); z art. 128 § 2 kk i art. 163 § 1 pkt 3 kk w zw. z art. 168 kk i art. 171 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 65 § 1 kk; art. 263 § 1 kk (pięć czynów); z art. 263 § 2 kk.

Podejrzany został tymczasowo aresztowany postanowieniem Sądu Rejonowego dla Krakowa – Śródmieścia w Krakowie z dnia 11 listopada 2012 r. sygn. akt XIV Kp 1004/12/S. Tymczasowe aresztowanie podejrzanego było następnie przedłużane postanowieniami Sądu Okręgowego w Krakowie (utrzymywanymi w mocy przez Sąd Apelacyjny w Krakowie), ostatnio do dnia 5 sierpnia 2013 r.

Zaskarżonym postanowieniem z dnia 29 lipca 2013 r. sygn. akt VI Kp 125/13 Sąd Okręgowy w Krakowie na podstawie art. 263 § 2 kpk, art. 249 § 1 kpk, art. 258 § 1 pkt 2 kpk, § 2 i § 3 kpk, przedłużył stosowanie względem podejrzanego najsurowszego środka zapobiegawczego na czas kolejnych 3 miesięcy, tj. do dnia 5 listopada 2013 r.

Na powyższe postanowienie zażalenie złożył obrońca podejrzanego, zaskarżając je w całości i zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego – art. 18 § 2 kk w zw. z art. 128 § 1 kk i art. 163 § 1 pkt 3 kk poprzez błędną interpretację tych przepisów i przyjęcie, że podżegacz realizujący następnie znamiona przestępstwa nie ponosi odpowiedzialności karnej tylko wówczas, gdy współdziałał z osobą uprzednio podżeganą;
2. błędne ustalenie stanu faktycznego poprzez przyjęcie, że prawidłowy tok postępowania jest zagrożony w stopniu wymagającym stosowania najsurowszego środka zapobiegawczego, a w szczególności, że zachodzi realna obawa matactwa;
3. błędne ustalenie stanu faktycznego poprzez przyjęcie, że zachodzi obawa popełnienia przez podejrzanego nowego przestępstwa.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia poprzez zastrzeżenie, że tymczasowe aresztowanie zostanie uchylone z chwilą złożenia poręczenia majątkowego w wysokości 170.000 zł w postaci hipoteki na nieruchomości.

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

Zażalenie nie jest zasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, w sprawie nadal zachodzą wszystkie wskazane przez Sąd Okręgowy podstawy stosowania tymczasowego aresztowania względem podejrzanego B. K..

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy uzasadnia przekonanie o dużym prawdopodobieństwie popełnienia przez podejrzanego zarzucanych mu czynów zabronionych (art. 249 § 1 kpk). Sąd Apelacyjny odnosi się w tym kontekście przede wszystkim do samego opisu zarzucanych podejrzanemu przestępnych zachowań, podkreślając, iż kwestia ostatecznej ich kwalifikacji prawnej nie może zostać na obecnym etapie postępowania przesądzona. Należy to bowiem do sfery uprawnień sądu, który będzie wyrokował w sprawie (jeśli postępowanie przygotowawcze zakończy się przedstawieniem sądowi aktu oskarżenia), nie zaś do sądu decydującego wyłącznie w przedmiocie stosowania środka zapobiegawczego. Nie oznacza to wprawdzie, że sąd orzekający odnośnie przedłużenia tymczasowego aresztowania zwolniony jest z obowiązku jakiegokolwiek kontroli kwalifikacji prawnej przedstawionych podejrzanemu zarzutów. Mógłby ją jednak zakwestionować wówczas, gdyby jawiła się jako oczywiście niezasadna, nie zaś w oparciu wyłącznie o rysujące się w doktrynie czy orzecznictwie wątpliwości na temat poszczególnych kwestii prawnych.

W niniejszej sprawie kwestionowana przez obrońcę kwalifikacja prawna czynów zarzucanych podejrzanemu - obecnie w punktach I i II postanowienia o przedstawieniu zarzutów z dnia 2 sierpnia 2013 r. sygn. akt Ap V Ds. 47/12/S, bynajmniej nie jawi się jako oczywiście błędna. Zwłaszcza zaś nie jest zasadne podważanie jej w oparciu o argumentację obrońcy, który uważa, iż zarzucane podejrzanemu w obu tych punktach czynności podżegania stanowią współukarany czyn uprzedni, z powodu przystąpienia przez podejrzanego do realizacji znamion przestępstwa w fazie przygotowania. (Sąd Apelacyjny pomija tu uwypuklony przez skarżącego problem, czy przestępstwo miało być realizowane wspólnie z osobą podżeganą, czy też z kimś innym, gdyż bynajmniej nie ta kwestia jest najbardziej istotna.)

Zauważyć należy, że co do zasady – tak jak twierdzi obrońca – w razie zbiegu różnych form zjawiskowych przyjmuje się pomijalny zbieg przestępstw. Z uwagi bowiem na pierwotny charakter sprawstwa w wypadku zrealizowania innym czynem przez sprawcę uprzednio znamion podżegania lub pomocnictwa, podstawę skazania stanowić powinna forma sprawczego dokonania, zaś podżeganie i pomocnictwo uznane być powinny za przestępstwa współukarane (por. P.

Kardas [w:] A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., Zakamycze 2004, Lex Omega).

Nie ma jednakże racji skarżący, gdy twierdzi, że w takich wypadkach podżeganie będzie zawsze czynem współukaranym, niezależnie od tego, czy późniejsza realizacja przez sprawcę „przestępstwa głównego” zakończy się na etapie przygotowania, usiłowania czy dokonania.

Podnieść należy, iż podstawą przyjęcia konstrukcji pomijalnego zbiegu przestępstw jest wzajemny stosunek dwóch co najmniej różnych zachowań, realizujących znamiona typu czynu zabronionego, przy czym chodzi tutaj o taki wzajemny układ dwóch czynów, z których jeden ma charakter główny, społecznie istotniejszy, drugi natomiast poboczny, dla oceny całości mniej istotny (por. P. Kardas [w:] Kodeks..., Lex Omega).

W wyroku z dnia 16 stycznia 2001 r. sygn. akt II AKa 248/00 (Prok.i Pr.-wkl. 2001/10/108) Sąd Apelacyjny w Lublinie zauważył:

„Jeżeli chodzi o czyn współukarany uprzedni, to zastosowanie omawianej konstrukcji może mieć miejsce wówczas, gdy po pierwsze - występuje ścisła więź dwu przestępstw o charakterze "środka do celu", tworząca zwartą całość zachowania się sprawcy, w szczególności chodzi tu - choć nie tylko - o fazy stadialne czynu zabronionego i przygotowanie (gdy jest karalne), usiłowanie, które zostają wyeliminowane przez dokonanie tego czynu, a po wtóre - gdy czyn uprzedni, będący środkiem do celu zawiera nieporównanie niższy ładunek społecznej szkodliwości, co z kolei wymaga dogłębnych ocen i wyważenia stopnia szkodliwości obu tych czynów, a także rozważenia hipotetycznego wpływu skazania za oba czyny na ukształtowanie ewentualnej kary łącznej.”

Jak zatem z powyższego wynika, jest sprawą oczywistą, iż nie może zostać uznany za współukarany uprzedni – ten czyn, który posiada większy stopień społecznej szkodliwości czy też zagrożony jest wyższą karą niż czyn go „pochłaniający”. Na tym tle występuje zasadnicza różnica pomiędzy – z jednej strony dokonaniem i usiłowaniem (to ostatnie karalne jest w przypadku wszystkich przestępstw umyślnych i w granicach zagrożenia ustawowego przewidzianego za dokonanie – art. 14 § 1 kk), a z drugiej strony – przygotowaniem, które do większości przestępstw jest niekaralne, zaś w przypadkach przygotowania karalnego przewidziana jest sankcja karna odrębna od tej za dokonanie i znacznie od niej niższa. W realiach niniejszej sprawy należy zwrócić uwagę, iż przestępstwo z art. 128 § 1 kk jest zbrodnią, za popełnienie której przewidziana jest kara pozbawienia wolności od lat 3 do 15, natomiast za czynienie przygotowań do tego przestępstwa grozi kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Z kolei za dopuszczenie się występku z art. 163 § 1 kk ustawa przewiduje karę pozbawienia wolności od roku do lat 10, samo zaś przygotowanie do tego przestępstwa zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat 3 (art. 168 kk).

W dalszej kolejności zauważyć trzeba, że za podżeganie, będące formą zjawiskową popełnienia przestępstwa, wymierza się karę w granicach przewidzianych za sprawstwo (art. 19 § 1 kk). W wypadku więc podżegania do zbrodni z art. 128 § 1 kk sąd może wymierzyć karę pozbawienia wolności od lat 3 do 15 i jest to znacznie surowsza sankcja w porównaniu do tej, która grozi za czynienie przygotowań do tego przestępstwa (kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat). Już to porównanie prowadzi do oczywistego wniosku, że jeśli mamy do czynienia ze zbiegiem formy zjawiskowej popełnienia przestępstwa w postaci podżegania do zbrodni z art. 128 § 1 kk z jej formą stadialną w postaci (jedyne) przygotowania (art. 128 § 2 kk), podżeganie nie może zostać uznane za czyn współukarany uprzedni, gdyż zagrożone jest ono znacznie wyższą karą.

Zwrócono na to uwagę w doktrynie:

„Szczególnym przypadkiem jest występujący czasami zbieg postaci stadialnej powiązanej z formą sprawczą, np. przygotowania współsprawstwa z dokonaniem podżegania lub pomocnictwa. Mając na względzie zasadę konsumpcji w takich wypadkach uzasadnionym wydaje się pominięcie w kwalifikacji prawnej czynu stanowiącego podstawę odpowiedzialności za przygotowanie formy sprawczej i przypisanie odpowiedzialności za czyn realizujący znamiona dokonanego podżegania i pomocnictwa.” (por. P. Kardas [w:] Kodeks..., Lex Omega).

Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy:

„Jeśli jedna z osób, które biorą udział w przygotowaniu przestępstwa, nie miała wcześniej zamiaru dokonania tego przestępstwa, zaś to sprawca przygotowujący przestępstwo swoimi zabiegami zmierzał, by taki zamiar u niej wywołać, to sprawca przygotowujący będzie ponosił odpowiedzialność za podżeganie do popełnienia czynu zabronionego (art. 18 § 2 k.k.). Podkreślić bowiem trzeba, że wejście w porozumienie, jest tylko wtedy niekaralne, jeżeli nie wypełnia znamion postaci zjawiskowej przestępstwa jaką jest podżeganie. Ze względu na to, iż zachowania, polegające na wejściu w porozumienie, w przeważającej liczbie przypadków, realizują jednocześnie znamiona postaci zjawiskowych czynu zabronionego, tj. podżegania lub pomocnictwa, które - w przeciwieństwie do przygotowania - karalne są zawsze, stwierdzić trzeba, iż wejście w porozumienie jest w istocie szeroko penalizowane jako podżeganie lub pomocnictwo.” (por. wyrok SN z dnia 5 marca 2008 r. V KK 343/07; Prok.i Pr.-wkl. 2008/9/1)

Na różnice pomiędzy przygotowaniem i podżeganiem zwrócił uwagę tutejszy Sąd Apelacyjny:

„Wejście w porozumienie (art. 16 § 1 k.k.) dotyczy osób, które mają już wolę popełnienia przestępstwa, a porozumienie ich polega jedynie na uwzględnieniu okoliczności niezbędnych do jego dokonania. Jeśli jedna z tych osób takiej woli (zamiaru) nie miała i sprawca przygotowujący przestępstwo swoimi zabiegami zmierzał, by taką wolę w niej wzbudzić, będzie ponosił odpowiedzialność za podżeganie do popełnienia czynu zabronionego (art. 18 § 2 k.k.). Wejście w porozumienie nie może stanowić realizacji znamion postaci zjawiskowej przestępstwa jaką jest podżeganie.” (por. wyrok SA w Krakowie z dnia 21 marca 2006 r. sygn. akt II AKa 31/06; KZS 2006/4/32)

Mając na uwadze powyższe rozważania, nie sposób zaakceptować wyrażonego przez obrońcę poglądu, iż skoro podejrzany miał się dopuścić przygotowania do przestępstw z art. 128 § 1 kk i art. 163 § 1 pkt 3 kk, to za podżeganie do nich nie będzie już odpowiadał. Podkreślić jednak należy raz jeszcze, że kwestia ostatecznej kwalifikacji prawnej zarzucanych podejrzanemu czynów podlegać będzie decyzji sądu wyrokującego w sprawie, jeśli postępowanie przygotowawcze przekształci się w fazę jurysdykcyjną procesu. Na chwilę obecną istotne jest to, iż przesłanka ogólna stosowania tymczasowego aresztowania z art. 249 § 1 kk, jest w sprawie spełniona.

W niniejszym postępowaniu aktualna pozostaje obawa mactwa procesowego ze strony podejrzanego (art. 258 § 1 pkt 2 kpk), tym bardziej, że przebywając na Oddziale Psychiatrii Sądowej Szpitala (...) w K., podjął on próbę przekazania swojej żonie listu, z pominięciem obowiązujących w tym względzie rygorów. Argumentacja obrońcy, iż korespondencja ta dotyczyła jedynie prośby o kontakt z adwokatem i dostarczenia szczoteczki do zębów, a więc okoliczności niemających żadnego związku z toczącym się postępowaniem – nie podważa zachodzenia w sprawie obawy mactwa, a to z tego powodu, że skoro w tak „błahej” sprawie podejrzany próbował jednak skontaktować się ze światem zewnętrznym w sposób nielegalny, to musiał mieć w tym jakiś ukryty cel, chociażby – jak trafnie zauważył Sąd I instancji – cel zbadania faktycznych możliwości porozumiewania się w ten sposób.

Zasadnie powołał Sąd Okręgowy jako podstawę tymczasowego aresztowania również przepis art. 258 § 2 kpk (przesłanka zagrożenia surową karą pozbawienia wolności), jako że obecnie zarzuca się podejrzanemu m.in. podżeganie do zbrodni, a zarzuty te – wbrew twierdzeniom obrony – wcale nie jawią się jako oczywiście niezasadne, o czym była już mowa wyżej. Nie są przekonujące wywody obrońcy odnośnie perspektywy zastosowania w sprawie art. 17 § 1 kk – była o tym mowa szerzej w postanowieniu tutejszego Sądu Apelacyjnego z dnia 28 lutego 2013 r. sygn. akt II AKz 69/13, wydanego jeszcze w czasie, gdy podejrzanemu nie zarzucano podżegania do zbrodni z art. 128 § 1 kk. W sytuacji zaś przedstawienia takiego zarzutu, kwestia ewentualnego czynnego żalu rozpatrywana być musi (co do tych konkretnych zarzutów) w świetle art. 23 kk, a nie wskazywanego przez obrońcę art. 17 § 1 kk (por. postanowienie SN z dnia 22 września 2009 r. III KK 58/09; Biul.PK 2009/9/34).

W sprawie zachodzi również przesłanka stosowania najsurowszego środka zapobiegawczego, w postaci uzasadnionej obawy popełnienia przez podejrzanego nowego przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu (art. 258 § 3 kpk). Tutejszy Sąd Apelacyjny wypowiedział się już obszernie na ten temat we wspomnianym postanowieniu z dnia 28 lutego 2013 r. sygn. akt II AKz 69/13, w której to sprawie obrońca

w zażaleniu również kwestionował możliwość urzeczywistnienia przestępczych zamierzeń podejrzanego. Nie ma potrzeby przytaczać stosownych argumentów tutejszego Sądu Apelacyjnego po raz wtóry, skoro także w obecnym składzie Sąd Apelacyjny w pełni je podziela i przyjmuje za własne.

Sąd Odwoławczy akceptuje stanowisko Sądu I instancji także co do występowania w sprawie przesłanki z art. 263 § 2 kpk, co nie było w zażaleniu kwestionowane.

Termin, na jaki Sąd Okręgowy przedłużył tymczasowe aresztowanie podejrzanego, nie jest nadmierny w perspektywie planowanych jeszcze do wykonania przez prokuratora czynności procesowych.

W sprawie nie zachodzą też żadne okoliczności z art. 259 kpk, które uzasadniałyby odstąpienie od tymczasowego aresztowania podejrzanego ze względów humanitarnych, co nie było kwestionowane w środku odwoławczym.

Mając na uwadze całość powyższych rozważań i nie znajdując podstaw do uwzględnienia zażalenia, Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy zaskarżone postanowienie.