

Sygnatura akt: XVII Ka 999/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 kwietnia 2016 roku

Sąd Okręgowy w Poznaniu, w Wydziale XVII Karnym - Odwoławczym

w składzie:

Przewodniczący: SSO Anna Judejko /spr./

Sędziowie: SSO Alina Siatecka

SSO Dariusz Kawula

Protokolant st. prot. sąd. Agnieszka Popławska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Poznaniu Marzanny Woltmann - Frankowskiej

po rozpoznaniu w dniu 29 kwietnia 2016 r.

sprawy **M. W.**

oskarżonego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Wolsztynie

z dnia 10 sierpnia 2015 roku w sprawie o sygn. akt II K 106/15

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchyla orzeczenie zawarte w punkcie 6,
2. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;
3. zasądza od oskarżonego M. W. na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu za postępowanie odwoławcze, w tym wymierza mu opłatę za drugą instancję w kwocie 300 zł.

Dariusz Kawula Anna Judejko Alina Siatecka

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 10 sierpnia 2015 r. Sąd Rejonowy w Wolsztynie, orzekając w sprawie o sygn. akt II K 106/15 uznał oskarżonych D. K. (2), M. D. i M. W. za winnych przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k., za co na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. wymierzył im karę po 2 lata pozbawienia wolności. Nadto na podstawie art. 46 § 1 k.k. w brzmieniu przed 1 lipca 2015 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k. Sąd orzekł solidarnie wobec oskarżonych kwotę 10.000 złotych tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę na rzecz pokrzywdzonego P. C.. W stosunku do oskarżonego D. K. (2) Sąd Rejonowy warunkowo zawiesił na okres 3 lat próby wykonanie kary pozbawienia wolności, wymierzył mu karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 10 złotych i oddał oskarżonego pod dozór kuratora sądowego. Na podstawie zaś art. 44 § 2 k.k. Sąd Rejonowy w Wolsztynie orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodu rzeczowego w postaci telefonu komórkowego marki S. (...) o nr (...) - 0 (k.364-365).

Wyrok ten w części dotyczącej oskarżonego M. W. zaskarżył jego obrońca, zarzucając obrazę prawa materialnego przez niezastosowanie art. 15 § 1 k.k. oraz art. 53 § 1, 2, i 3 k.k. przez błędną ocenę postępowania i prognozy odnośnie oskarżonego i niezastosowanie wobec niego warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności, a także obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, polegającą na wadliwej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Obrońca oskarżonego wniósł o jego uniewinnienie i oddalenie w stosunku do niego roszczenia o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę na rzecz pokrzywdzonego, a z ostrożności procesowej ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności na okres 3 lat próby (k.386-391).

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego okazała się bezzasadna, jednakże umożliwiła sądowi odwoławczemu dokonanie kontroli zaskarżonego wyroku. W konsekwencji sąd odwoławczy zmienił wyrok sądu pierwszej instancji i uchylił orzeczenie o przepadku dowodu rzeczowego w postaci telefonu komórkowego marki S. (...), natomiast w pozostałej części wyrok ten utrzymał w mocy.

Na podstawie art. 44 § 2 k.k. sąd może orzec, a w wypadkach wskazanych w ustawie orzeka, przepadek przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa. Zgodnie z treścią art. 44 § 5 k.k. przepadek nie orzeka się, jeżeli rzeczy podlegają zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu uprawnionemu podmiotowi. Zgodnie zaś z przepisem art.44§7kk jeżeli przedmioty wymienione w §2 lub 7 nie stanowią własności sprawcy, ich przepadek można orzec tylko w wypadkach przewidzianych w ustawie. Powyższe wskazuje, iż poza wyjątkami wskazanymi w ustawie, orzeczenie przepadku może dotyczyć jedynie przedmiotów należących do sprawcy nawet jeżeli służyły one do popełnienia przestępstwa. W takiej sytuacji zatrzymane rzeczy, jeżeli nie ma podstaw do orzeczenia ich przepadku, niezwłocznie po stwierdzeniu ich zbędności dla postępowania karnego, należy zwrócić osobie uprawnionej, o czym stanowi art. 230 § 2 k.p.k.

Zabezpieczony w przedmiotowej sprawie telefon komórkowy marki S. (...), który służył do nawiązania kontaktu z pokrzywdzonymi; sprzedającym łańcuszek B. S. i kurierem P. C. - jak wynika z wyjaśnień oskarżonego W. – pożyczył on od J. N.. J. N. potwierdził w swoich zeznaniach, że pożyczył telefon oskarżonemu W. i wyżej wymieniony nie zwrócił mu tego telefonu. W tej sytuacji dowodowej należało okazać odnaleziony w pobliżu miejsca zdarzenia aparat telefoniczny J. N. w celu ustalenia, czy należy on do niego. W takim bowiem razie podlegał on zwrotowi na rzecz J. N., który nie był świadom celu, w jakim oskarżony miał zamiar go wykorzystać, nie było zaś w danej sytuacji dowodowej podstaw do orzeczenia jego przepadku. Wobec tego, z uwagi na możliwość procesową orzeczenia o dowodzie rzeczowym na posiedzeniu ( art.230§2kpk, art.420§1kpk) Sąd Okręgowy uchylił zawarte w punkcie 6 wyroku orzeczenie o przepadku jako przedwczesne.

Przechodząc do rozważenia zarzutów wskazanych w apelacji obrońcy oskarżonego M. W. wskazać należy, że żaden z nich nie mógł doprowadzić do uwzględnienia wniosków apelacji. Podkreślenia przy tym wymaga, że chociaż skarżący zarzucił wyrokowi obrazę prawa materialnego oraz obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, to w rzeczywistości zarzuty te sprowadzają się do zakwestionowania ustalonego przez sąd stanu faktycznego.

Zasadnicza część apelacji opierała się na zarzucie obrazy prawa materialnego, a to art. 15 § 1 k.k. przez jego niezastosowanie. Z lektury uzasadnienia apelacji wynika jednak, że skarżący zarzuca sądowi pierwszej instancji naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów wyrażonej w art. 7 k.p.k. poprzez wadliwą ocenę zachowania oskarżonego. Zdaniem skarżącego zachowanie oskarżonego oceniane całościowo, powinno doprowadzić sąd pierwszej instancji do wniosku, że oskarżony nie tylko nie chciał brać udziału w popełnieniu zarzucanego mu czynu, ale namawiał współoskarżonych, aby również odstąpili od jego popełnienia. Rezygnując z dokonania rozboju oskarżony był pewien, że współoskarżeni również nie popełnią tego przestępstwa, bo bez niego nie będą w stanie tego uczynić. Błąd w ustaleniach faktycznych w konsekwencji, zdaniem skarżącego, doprowadził sąd meriti do przekonania, że brak jest podstaw do zastosowania wobec oskarżonego instytucji tzw. czynnego żalu. Zdaniem obrońcy sam fakt wycofania

się oskarżonego na etapie przygotowań do popełnienia przestępstwa jest wystarczającą przesłanką do uznania jego bezkarności na podstawie art. 15 § 1 k.k.

Z tak sformułowanym zarzutem nie sposób się zgodzić. Sąd Rejonowy dokonał wszechstronnej oceny materiału dowodowego, uwzględniając wskazania wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego, a ustalony przez niego w wyniku tej oceny stan faktyczny nie zawiera błędów. Zarzuty apelacji mają zaś charakter czysto polemiczny. W postępowaniu oskarżonego M. W. sąd pierwszej instancji słusznie nie dopatrywał się elementów dobrowolnego odstąpienia od usiłowania dokonania czynu zabronionego trafnie wskazując, iż przeciwko temu świadczą okoliczności zachowania oskarżonego zarówno przed, jako i po bezpośredniej akcji przestępczej zrealizowanej przez współoskarżonych (k 378-379 uzasadnienia). Nawet jeżeli było tak, jak podnosi skarżący, że oskarżony przekazał telefon współoskarżonym wcześniej, a nie tuż przed odejściem, jak ustalił Sąd orzekający, to należy wskazać, iż z wiarygodnej części wyjaśnień współoskarżonych w żaden sposób nie wynika, aby oskarżony zamierzał zrezygnować z udziału w popełnieniu przestępstwa. Wręcz przeciwnie, oddalając się w trakcie oczekiwania na kuriera z zamówionym dzień wcześniej przez Internet złotym łańcuszkiem, który już był w drodze, zapewniał on oskarżonych, że zdąży wrócić do czasu jego przyjazdu. Takie zachowanie oskarżonego, jak również fakt, że pozostawał w pobliżu miejsca zdarzenia i jego zainteresowanie czy akcja się udała, wbrew odmiennemu pogładowi skarżącego wyrażonemu w uzasadnieniu apelacji (k 3) czynią logicznym wniosek, że oskarżony W. jedynie wycofał się z bezpośredniego wykonania czynności czasownikowych nie chcąc narażać się na ryzyko z tym związane „chowając” się za pozostałymi sprawcami. Należy jednak wskazać, że w przypadku współsprawstwa dla przyjęcia odpowiedzialności poszczególnych osób nie jest konieczne aby wszystkie osoby uczestniczące w porozumieniu co do popełnienia przestępstwa bezpośrednio uczestniczyły w realizacji czynności wykonawczej. O działaniu wspólnym mówi się nie tylko wtedy, gdy każda ze współdziałających osób realizuje część znamion składających się na opis czynu zabronionego, a suma ich zachowań stanowi pełną realizację znamion określonego typu czynu zabronionego, ale także wtedy, gdy współdziałający nie realizuje żadnego znamienia czasownikowego popełnionego wspólnie czynu zabronionego, lecz wykonywana przez niego czynność ma istotne znaczenie dla popełnienia tego czynu. Stanowisko takie jest utrwalone w judykaturze (tak między innymi wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 9 listopada 2010r., sygn.. akt II AKa 170/10, KZS 2011/1/58) W świetle ustalonych przez Sąd I instancji okoliczności dotyczących udziału oskarżonego w zaplanowaniu i poszczególnych jego działań zmierzających do realizacji przestępstwa nie ulega wątpliwości jego udział w przedmiotowym przestępstwie i związana z tym odpowiedzialność.

Niezależnie od powyższego Sąd odwoławczy wskazuje, że zachowanie oskarżonego powinno być rozpatrywane nie w kontekście art. 15 § 1 k.k., jak to uczynił Sąd I instancji oraz skarżący, ale art. 23 § 1 k.k. Oskarżony dopuścił się przypisanego mu czynu działając wspólnie i w porozumieniu z dwoma innymi osobami, dlatego jego ewentualną bezkarność należałoby rozważyć przez pryzmat przepisu, który odnosi się do współsprawców czynu zabronionego, tj. art. 23 § 1 k.k. nie zaś art. 15 § 1 k.k. dotyczącego sprawcy pojedynczego. Przepis art. 23 k.k. ma charakter *lex specialis* w stosunku do ogólnej regulacji zawartej w art. 15 k.k. Konsekwencje zastosowania obu przepisów są identyczne i sprowadzają się do rezygnacji z ukarania osoby, której działania, określone jako negatywne, ostatecznie nie doprowadziły do naruszenia dobra chronionego prawem. Z punktu widzenia ochrony dobra prawnego najważniejsze jest bowiem przeciwdziałanie naruszeniu. Dlatego też ustawodawca uznaje, że warto zrezygnować z ukarania sprawcy, jeśli w zamian za to powstrzyma się go na drodze przestępstwa, choćby nawet miało to nastąpić w ostatnim momencie przed dokonaniem. Regulacja z art. 23 § 1 k.k. różni się jednak od tej z art. 15 § 1 k.k. przesłankami uzasadniającymi niepodleganie karze i jest bardziej rygorystyczna. W przypadku sprawcy działającego w pojedynkę, dla uznania jego bezkarności, wystarczające jest zaniechanie dalszej akcji, tak aby nie doszło do popełnienia przestępstwa. Zastosowanie instytucji czynnego żalu do współdziałającego w popełnieniu czynu zabronionego zawsze wymaga dobrowolnego zapobieżenia przez niego dokonaniu tego czynu. Konsekwencją działań współdziałającego, który chce pozostać bezkarny musi być przeszkodzenie w dokonaniu czynu zabronionego lub skłonienie bezpośredniego wykonawcy albo pozostałych współdziałających do odstąpienia od dokonania (por. A. Zoll (w:) K. Buchała, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116 Kodeksu karnego, Kraków 1998, s. 200).

W realiach niniejszej sprawy, jak wyżej wskazano, zachowanie oskarżonego jawi się jedynie jako chęć wycofania się z „pierwszej linii” w czasie wykonywania przez pozostałych sprawców bezpośrednich działań związanych z napadem na kuriera. Oskarżony przy tym po wykonaniu już wszystkich działań związanych z dostarczeniem łańcuszka, który miał być przedmiotem rabunku, wiedząc, że kurier jest w drodze i oddalając się w trakcie oczekiwania na kuriera nie podjął żadnych działań w celu odwiedzenia współoskarżonych od napadu i zatrzymania całej akcji. Twierdzenie skarżącego, że oskarżony nie podjął tych działań w przekonaniu, iż po jego „wycofaniu się” pozostali oskarżeni również się wycofają jest całkowicie oderwane od realiów sprawy. Jak bowiem wynika z uznanej za wiarygodną części wyjaśnień współoskarżonych, oskarżony oddalając się zapewniał ich, że zdąży wrócić przed przybyciem kuriera. Nie ulega wątpliwości, że takie zachowanie oskarżonego W. mogło jedynie utwierdzić współoskarżonych w chęci realizacji podjętego zamiaru, czego oskarżony z pewnością był świadomy. W konsekwencji nieobecność oskarżonego M. W. w miejscu zdarzenia w czasie samego napadu nie powstrzymała pozostałych oskarżonych - którzy do ostatniej chwili czekali na jego przybycie pod ustalony adres - od podjęcia próby dokonania rozboju, kiedy dotarł kurier z przesyłką. To, że ostatecznie do dokonania kradzieży łańcuszka nie doszło ze względu na ucieczkę pokrzywdzonego, nie stanowi żadnej zasługi oskarżonego. Wskazać przy tym wypada, że do zastosowania przemocy wobec kuriera doszło.

Reasumując powyższe rozważania, nie można uznać, że spełniona została przesłanka z art. 23 § 1 k.k. uzasadniająca bezkarność oskarżonego M. W. współdziałającego w usiłowaniu popełnienia przedmiotowego czynu zabronionego. Tym bardziej Sąd Okręgowy uznał za bezzasadny wniosek apelacji o uniewinnienie oskarżonego.

Podniesiony w apelacji zarzut naruszenia art. 53 § 1, 2 i 3 k.k. także okazał się niezasadny. Twierdzenie skarżącego, iż sąd pierwszej instancji błędnie ocenił postępowanie i prognozę kryminalistyczną odnośnie oskarżonego jest całkowicie nietrafne. Sąd Rejonowy wymierzając karę wziął pod uwagę wszystkie okoliczności przemawiające zarówno na korzyść jak i na niekorzyść oskarżonego i właściwie je ocenił. Słusznie Sąd Rejonowy nie znalazł podstaw do zastosowania wobec oskarżonego dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. M. W. był już wcześniej trzykrotnie karany za przestępstwa. Wykonanie orzeczonych wobec niego kar pozbawienia wolności trzykrotnie warunkowo zawieszano. Uprzednie skazania nie powstrzymały jednak oskarżonego przed ponownym wejściem w konflikt z prawem. Uwzględniając dotychczasowe zachowanie oskarżonego należy stwierdzić, że Sąd Okręgowy, podobnie jak Sąd Rejonowy nie dopatrył się okoliczności mogących świadczyć o tym, że ewentualne kolejne warunkowe zawieszenie wykonania kary zapobiegnie powrotowi oskarżonego do przestępstwa i będzie jednocześnie wystarczające dla osiągnięcia celów kary. Podnoszony przez obrońcę fakt podjęcia przez oskarżonego pracy nie jest wystarczającą przesłanką do sformułowania względem niego pozytywnej prognozy kryminologicznej.

Mając na względzie powyższe rozważania, Sąd Okręgowy orzekł jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie przepisów art. 627 k.p.k. i art. 634 k.p.k.

SSO Dariusz Kawula SSO Anna Judejko SSO Alina Siatecka