

Sygn. akt II Ka 601/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 stycznia 2015 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie Wydział II Karny w składzie:

Przewodniczący: SSO Grażyna Artymiak (spr.)

Sędziowie: SSO Mariusz Sztorc

SSO Grzegorz Maciejowski

Protokolant: st.sekr.sądowy Ewa Gronko

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Rzeszowie – Renaty Stopińskiej-Witkowskiej i oskarżycielki posiłkowej A. S.

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2015 r.

sprawy **P. S.**

oskarżonego o przestępstwo z art. 207 § 1 kk

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Łąncucie VII Zamiejscowego Wydziału Karnego z siedzibą w Leżajsku

z dnia 18 czerwca 2014 r., sygnatura akt VII K 806/13

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Rejonowemu w Leżajsku do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt II Ka 601/14

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 28 stycznia 2015 r.

P. S. został oskarżony o popełnienie czynu zabronionego określonego w art. 207 § 1 kk, polegającego według zarzutu aktu oskarżenia na tym, że oskarżony w okresie od czerwca do września 2013 roku w L. znęcał się psychicznie nad żoną A. S. w ten sposób, że groził pozbawieniem życia oraz znieważał słowami wulgarnymi.

Sąd Rejonowy w Łąncucie VII Zamiejscowy Wydział Karny z/s w Leżajsku wyrokiem zaocznym z dnia 18 czerwca 2014 r. (sygn. akt VII K 806/13) uznał oskarżonego P. S. za winnego popełnienia przestępstwa z:

1) art. 190 § 1 kk w zw. z art. 12 kk polegającego na tym, że oskarżony w okresie od czerwca do września 2013 roku w L. działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru kilkakrotnie groził pozbawieniem życia A. S., przy czym groźby te wzbudziły w pokrzywdzonej uzasadnioną obawę ich spełnienia.

Za tak przypisany czyn na podstawie art. 190 § 1 kk Sąd wymierzył wobec oskarżonego karę 3 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie na podstawie art. 69 § 1 kk i art. 70 § 1 pkt 1 kk warunkowo zawiesił na okres próby 3 lat.

2) art. 216 § 1 kk w zw. z art. 12 kk polegającego na tym, że oskarżony w okresie od czerwca do września 2013 roku w L. działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru znieważył słowami wulgarnymi A. S..

Za tak przypisany czyn na podstawie art. 216 § 1 kk Sąd orzekł wobec oskarżonego grzywnę w wymiarze 100 stawek dziennych określając wysokość stawki dziennej na kwotę 15 złotych.

Ponadto, na podstawie art. 624 § 1 kpk Sąd Rejonowy zasądził od oskarżonego P. S. kwotę 100 złotych na rzecz Skarbu Państwa tytułem częściowych kosztów sądowych oraz na podstawie § 2 ust. 3, § 14 ust. 2 pkt 1 i § 16 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348) zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adwokata J. J. z Kancelarii Adwokackiej w L. kwotę 619,92 zł tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

Powyższy wyrok został zaskarżony w całości przez obrońcę oskarżonego P. S., który zarzucił obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść wydanego wyroku a to:

- art. 6 kpk w zw. z art. 117 § 1 kpk poprzez zaniechanie zawiadomienia obrońcy oskarżonego o podejmowanych czynnościach procesowych w okresie od złożenia przez niego pełnomocnictwa i naruszenie przez o prawa oskarżonego do obrony,
- art. 4 kpk przez naruszenie zasady, iż podstawą orzeczenia winny być okoliczności przemawiające również na korzyść oskarżonego w sytuacji, gdy nie zostało sprecyzowane w postępowaniu dowodowym i nie znalazło odzwierciedlenia w uzasadnieniu wyroku, kiedy doszło do gróźb karalnych w stosunku do pokrzywdzonej i w jaki sposób wypowiedziane rzekomo przez oskarżonego słowa wywołują w niej obawę, że zostaną spełnione,
- art. 5 § 2 kpk przez naruszenie zasady, iż nie dające się usunąć wątpliwości należy tłumaczyć na korzyść oskarżonego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że głos słyszany w trakcie odtwarzania nagranych rozmów o stwierdzonej przez Sąd słabej jakości nagrania, bez wątplenia pochodzi od oskarżonego,
- art. 7 kpk przez naruszenie zasady, iż podstawą wyrokowania są wszystkie ujawnione dowody w sprawie, poprzez faktyczne pominięcie dowodu w postaci zestawienia sms i maili pochodzących od oskarżonego w okresie od 11 sierpnia do 23 października 2013r., w których nie znajdują się żadne groźby w stosunku do pokrzywdzonej, przeciwnie, przebija z nich troska oskarżonego o dziecko.

Ponadto, obrońca zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych mogący mieć wpływ na treść wydanego orzeczenia, a polegający na przyjęciu, iż na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego można uznać oskarżonego za winnego popełnionych przestępstw z art. 207 § 1 kk i 216 § 1 kk w sytuacji, gdy w rzeczywistości z materiału tego nie wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że oskarżony dopuścił się zarzucanych mu przestępstw.

Wywodząc powyższe obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, względnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego, powoduje ten skutek, że zaskarżony wyrok Sąd odwoławczy uchylił, a sprawę przekazał do ponownego jej rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Leżajsku, jednakże nie z przyczyn wskazywanych w apelacji, lecz z powodu uchybień, które zostaną opisane poniżej, a których wystąpienie merytoryczne odnosi się do zarzutów obrońcy byłoby bezprzedmiotowe dla dalszego toku postępowania. Dlatego też korzystając z dyspozycji art. 436 kpk, Sąd ograniczył rozpoznanie apelacji obrońcy oskarżonego do zarzutu naruszenia prawa do obrony oraz stwierdzonych uchybień w postępowaniu Sądu Rejonowego.

Nie, w postaci zarzucanej przez Skarżącego, ale w postępowaniu przed Sądem Rejonowym doszło do naruszenia prawa oskarżonego do obrony. Nie można wprawdzie uznać za w pełni zasadny postawiony przez Skarżącego zarzut,

polegający na zaniechaniu zawiadomienia obrońcy oskarżonego o podejmowanych czynnościach procesowych w okresie od złożenia przez niego pełnomocnictwa, to jednak w pewnym sensie brak właściwej reakcji na złożone przez obrońcę upoważnienie do obrony w połączeniu z innymi zaszłościami, doprowadziło do wskazywanego w apelacji naruszenia o prawa oskarżonego do obrony. Tym niemniej Sąd Rejonowy procedując w niniejszej sprawie poczynił tyle uchybień, że w żadnej mierze postępowania sądowego nie można uznać za spełniające standardy rzetelnego postępowania karnego, sformułowane w art. 6 Konwencji Europejskiej, a znajdujące powtórzenie i rozwinięcie w przepisach w szczególności art. 42 i art. 45 Konstytucji oraz licznych przepisach kodeksu postępowania karnego. W konsekwencji zaś wydanego w tym nierzetelnym postępowaniu wyroku nie można uznać za sprawiedliwy.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że zaskarżony wyrok jest wyrokiem zaocznym. W związku z tym przypomnieć wypada, że przesłankami wyrokowania zaocznego są:

- niestawiennictwo oskarżonego i jego obrońcy, którzy zostali prawidłowo powiadomieni o rozprawie (art. 479 § 1 kpk),
- możliwość odczytania uprzednio złożonych w postępowaniu przygotowawczym lub sądowym wyjaśnień oskarżonego (art. 479 § 2 kpk).

W realiach niniejszej sprawy wątpliwości budzi, czy ten ostatni wymóg został spełniony w sytuacji, w której oskarżony w postępowaniu przygotowawczym odmówił złożenia wyjaśnień. Ponieważ jednak nie jest to jedyna przesłanka wyrokowania zaocznego, a orzecznictwo dopuszcza taką możliwość, skupiając się na pierwszej z wymienionych przesłanek, a mianowicie niestawiennictwie oskarżonego i jego obrońcy, którzy zostali prawidłowo powiadomieni o rozprawie, zauważyć należy, że:

- sąd rozpoczął przewód sądowy w dniu 4 lutego 2014 r. (k. 79) pod nieobecność oskarżonego zawiadomionego prawidłowo o terminie rozprawy (k. 49 - wezwanie odebrane osobiście przez oskarżonego), przy braku usprawiedliwienia nieobecności i wniosku o odroczenie rozprawy. Oskarżony nie miał obrońcy, a sąd w trybie art. 479 § 2 kpk odczytał z k. 21-22 wyjaśnienia oskarżonego (przy czym poza oświadczeniem, że nie przyznaje się do zarzucanego mu czynu oskarżony skorzystał z odmowy złożenia wyjaśnień),
- przewodniczący przerwał rozprawę na dzień 25 lutego 2014 r. zarządzając doręczenie wezwania oskarżonemu za pośrednictwem Policji. Uzyskano wówczas informację - pismo z dnia 16 lutego 2014 r. - o tym, że w miejscu zamieszkania oskarżonego zastano jego matkę, która oświadczyła, że syn wyjechał do pracy w Szwajcarii;
- na k. 90 zalega pełnomocnictwo udzielone przez oskarżonego zaopatrzone datą 14.02.2013 r. (nie wskazuje wprawdzie, w jakiej sprawie ustanawia adwokata, jednak zawiera zapis, że w sprawie „własnej”), zaś na k. 91 dokument potwierdzający, że w dniu 18 lutego 2014 r. adwokat, któremu oskarżony udzielił pełnomocnictwa, zapoznał się z aktami sprawy;
- między k. 93 a k. 94, bez numeru strony, znajduje się zarządzenie o odwołaniu rozprawy wyznaczonej na dzień 25 lutego 2014. (telefonicznie), bez wskazania przyczyny i bez wskazania, kogo o tym odwołaniu zawiadomić;
- w dniu 6 maja 2014 r. - k. 106 - protokół z kolejnego terminu rozprawy, na który oskarżony został wezwany, a doręczenie odebrała jego matka (k. 104), poinformowano, iż nie zostały przekazane akta i Sąd rozprawę odroczył na dzień 18 czerwca 2014 r. (o tym terminie rozprawy nie został zawiadomiony adwokat, który zapoznawał się z aktami sprawy);
- wezwanie na kolejny termin - 18 czerwca 2014 r. - adresowane na oskarżonego nie zostało przez niego podjęte (podwójne awizowanie), o tym terminie również nie został zawiadomiony adwokat, który zapoznawał się z aktami sprawy;
- na rozprawie w dniu 18 czerwca 2014 r. - k. 119 - Sąd postanowił odroczoną rozprawę prowadzić od początku, jak również odwołując się do art. 479 § 1 kpk postanowił prowadzić rozprawę pod nieobecność oskarżonego

i następnie w trybie art. 479 § 2 odczytał z k. 21-22 wyjaśnienia oskarżonego. Prokurator nie uczestniczył w rozprawie. Odebrano od oskarżycielki posiłkowej oświadczenie po uprzedzeniu o możliwości zakwalifikowania zarzucanego oskarżonemu czynu z art. 207 § 1 kk na dwa czyny o kwalifikacji prawnej z art. 190 § 1 kk w zw. z art. 12 kk i z art. 216 § 1 kk w zw. z art. 12 kk. Sąd w tym dniu ogłosił wyrok zaoczny.

- przesyłki zawierającej odpis wyroku zaocznego oskarżony nie podjął w terminie (podwójne awizowanie)-pierwsze awizowanie 23.06.2014 r., powtórne 1.07.2014r., nie podjęto w terminie 9.07.2014 r.
- wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku został złożony przez obrońcę oskarżonego w dniu 24 czerwca 2014 r. wraz z pełnomocnictwem do obrony (k. 128) udzielonym przez oskarżonego adwokatowi, który zapoznawał się wcześniej z aktami sprawy.

W żadnym z terminów rozpraw nie uczestniczył oskarżony, jedynie wezwanie na pierwszy termin odebrał osobiście. Nawet przyjmując, że zalegające na k. 90 pełnomocnictwo, nie było wystarczającym dokumentem upoważniającym adwokata, który w dniu 18 lutego 2014 r. zapoznawał się z aktami sprawy, do reprezentowania oskarżonego na rozprawie, przy braku dodatkowej informacji z jego strony, że podjął się obrony oskarżonego w tej konkretnej sprawie i wnosi o zawiadomienie go o terminach rozpraw, nie rodziło po stronie Sądu obowiązku zawiadomiania tegoż adwokata o terminach rozprawy (z tego względu niezasadność zarzutu obrońcy oskarżonego o obrazie art. 6 kpk w zw. z art. 117 § 1 kpk), to wadliwym było prowadzenie rozprawy w dniu 18 czerwca 2014 r. pod nieobecność oskarżonego, od początku i w trybie uproszczonym.

W sprawie bowiem w dniu 4 lutego 2014 r. otwarto przewód sądowy, następnie z powodu odwołania terminu wyznaczonego na 25 lutego 2014 r. z uwagi na brzmienie art. 484 § 2 kpk, skoro sprawa nie została rozpoznana z zachowaniem 21 dniowego terminu przerwy, Sąd winien rozpoznać sprawę w dalszym ciągu w postępowaniu zwyczajnym. Orzecznictwo dopuszcza wprowadzenie prowadzenia rozprawy w trybie postępowania uproszczonego, nawet mimo wielu odroczeń rozprawy, jednakże w sytuacji, gdy odroczenia następowały zanim otwarto przewód sądowy. W kolejnych terminach 6 maja 2014 r. i 18 czerwca 2014 r. w rozprawie nie uczestniczył nie tylko oskarżony, ale i prokurator, a przecież ich obecność na rozprawie głównej jest obowiązkowa (art. 46 kpk i art. 374 kpk) - była to sprawa z oskarżenia publicznego, a ponieważ prowadzona była po upływie terminu przerwy, podlegała rozpoznaniu w postępowaniu zwyczajnym. Powrót przez Sąd Rejonowy, wbrew treści art. 484 § 2 kpk, do trybu uproszczonego nie mógł nastąpić poprzez wydanie postanowienia o prowadzeniu rozprawy odroczonej od początku. Taki sposób postąpienia przede wszystkim naruszał gwarancje procesowe stron postępowania i oskarżyciela publicznego, i oskarżonego. Przecież lektura akt sprawy prowadziła do wniosku o prowadzeniu rozprawy w dalszym ciągu w postępowaniu zwyczajnym (art. 484 § 2 kpk), a zatem wydanie wyroku zaocznego, nie było uprawnione. Adwokat, który zapoznawał się z aktami sprawy mógł oczekiwać innego sposobu postępowania. Lektura akt sprawy przekonuje, że albo on, albo sam oskarżony, interesowali się tokiem sprawy, mimo nieobecności w terminach rozpraw, gdyż już 24 czerwca 2014 r. został złożony przez obrońcę oskarżonego wniosek o doręczenie wyroku wraz z uzasadnieniem, chociaż pierwsze awizowanie (ostatecznie jednak niepodjętej przez oskarżonego) przesyłki zawierającej odpis wyroku zaocznego nastąpiło w dniu 23 czerwca 2014 r. Taki tryb postępowania Sądu (przepisy ustawy przewidują zmianę trybu uproszczonego na zwyczajny w art. 484 § 2 kpk, nie ma przepisów przewidujących zmianę trybu zwyczajnego na uproszczony) ocenić można jako postępowanie nierzetelne, zwłaszcza z uwagi na zaskakujące i wręcz nielojalne (nieprzewidziane przepisami ustawy) wobec stron zachowanie organu procesowego.

Mając na względzie powyżej wskazane okoliczności, uznać należy za słuszny zarzut obrońcy oskarżonego, że zostało naruszone prawo oskarżonego do obrony. Rozpoznanie sprawy nastąpiło bowiem pod nieobecność oskarżonego, gdy jego udział w rozprawie był obowiązkowy, wobec tego, iż nastąpiła zmiana trybu postępowania na zwyczajny oraz w sytuacji, gdy przed tą zmianą nie złożył on wyjaśnień przed sądem. Podzielając stanowisko wyrażone w uchwale powiększonego składu Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2013 r. (I KZP 12/13, OSNKW 2013, z. 12, poz. 99) należy podkreślić, że zawarty w art. 484 § 2 kpk zwrot: „w dalszym ciągu” oznacza, że przewidziana w tym przepisie obligatoryjna zmiana trybu postępowania z uproszczonego na zwyczajny nie pozbawia skuteczności przeprowadzonych do tej chwili czynności procesowych i nie obliżuje do ich powtórzenia, natomiast wywołuje tylko te

konsekwencje procesowe, które są właściwe dla trybu zwyczajnego. W rozwinięciu uchwały, do której w tym miejscu należy odesłać, szeroko umotywowano względy dla których uznano, że zmiana trybu wymaga obecności oskarżonego na rozprawie zgodnie z art. 376 § 2 kpk, jeżeli ten nie złożył wyjaśnień przed sądem - nawet gdy wcześniej odczytano jego wyjaśnienia w trybie art. 479 § 2 kpk (podobnie wyroki: SN z dnia 29 marca 2006 r., V KK 483/05, LEX nr 180759; z dnia 21 października 2009 r., V KK 234/09, LEX nr 529675; z dnia 29 września 2010 r., V KK 274/10, LEX nr 603962; z dnia 16 listopada 2010 r., II KK 143/10, Biul.PK 2010/10/05; z dnia 6 czerwca 2011 r., V KK 174/11, LEX nr 817563).

Tym samym zmiana taka powoduje, że procedowanie po upływie określonego w art. 484 § 1 kpk maksymalnego terminu przerwy, wymaga obecności oskarżonego na rozprawie, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 374 § 1 kpk. To oczywiście nie oznacza, że nie jest w ogóle dopuszczalne rozpoznanie sprawy w trybie zwyczajnym pod nieobecność oskarżonego, który nie złożył wyjaśnień przed sądem (art. 376 kpk), albowiem taką możliwość przewiduje unormowanie zawarte w art. 377 kpk. W niniejszej sprawie nie było jednak możliwe prowadzenie rozprawy z wykorzystaniem dyspozycji art. 377 kpk, albowiem wymaga on zawiadomienia o terminie rozprawy oskarżonego osobiście. Kontynuowanie postępowania było zatem możliwe tylko wówczas, gdy oskarżony zawiadomiony o terminie rozprawy osobiście, nie stawiał się na nią i nie usprawiedliwił swojej nieobecności. W niniejszej sprawie oskarżony osobiście nie został zawiadomiony ani o terminie rozprawy wyznaczonym na dzień 6 maja 2014 r. (wezwanie odebrała jego matka), ani też o terminie 18 czerwca 2014 r. (doręczenie zastępcze - nie podjęto wezwania mimo podwójnego awizowania).

Rozpoznanie sprawy pod nieobecność oskarżonego, gdy jego udział w rozprawie był obowiązkowy - wobec tego, że nastąpiła jednak zmiana trybu postępowania na zwyczajny, oraz w sytuacji, gdy przed tą zmianą oskarżony nie złożył wyjaśnień przed sądem - nastąpiło z rażąco obrażającą przepisów art. 376 § 2 kpk i art. 374 § 1 kpk. Naruszenie to stanowi uchybienie przewidziane w art. 439 § 1 pkt 11 kpk, a zatem bez wykazywania jego wpływu na treść zaskarżonego wyroku, stanowi bezzwzględną przyczynę jego uchylenia.

Na jeszcze jedno uchybienie, niezależnie od granic zaskarżenia, należy z urzędu zwrócić uwagę. Ponieważ Sąd Rejonowy dokonał zmiany kwalifikacji prawnej czynu publicznie - skargowego (art. 207 § 1 kk) na dwa inne, w tym jeden publicznie-skargowy (art. 190 § 1 kk), drugi zaś prywatnie-skargowy (art. 216 § 1 kk), to winien uzyskać stanowisko Prokuratora odnośnie do jego woli objęcia ściganiem czynu prywatnie-skargowego ze względu na interes społeczny (art. 60 kpk). Uwzględnić bowiem należy, że o ile czyn zarzucony w akcie oskarżenia, zakwalifikowany na podstawie art. 207 § 1 kk, stanowi przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego, o tyle ściganie czynu polegającego na znieważeniu, wypełniającego dyspozycję art. 216 § 1 kk, odbywa się - zgodnie z treścią § 3 tego unormowania - z oskarżenia prywatnego. Do osądu takiego czynu może więc dojść tylko wówczas, gdy pokrzywdzony wystąpi z prywatną skargą (art. 59 § 1 kpk), bądź też, jeżeli prokurator obejmie ten czyn ściganiem publicznym (art. 60 § 1 kpk), albo jeżeli, w razie odstąpienia prokuratora od ścigania przestępstwa prywatnie-skargowego, dojdzie do podtrzymania oskarżenia przez osobę pokrzywdzoną (art. 60 § 4 kpk).

Akt oskarżenia zarzucał oskarżonemu P. S. popełnienie przestępstwa z art. 207 § 1 kk. Tymczasem Sąd Rejonowy dopatrując się w tym zachowaniu oskarżonego znamion m.in. przestępstwa znieważenia, skazał go za czyn z art. 216 § 1 kk w zw. z art. 12 kk, czyli podlegający ściganiu skargą prywatną. Nie doszło jednak do objęcia ścigania tego przestępstwa jako prywatnie-skargowego - skargą publiczną, z uwagi na nieobecność Prokuratora na rozprawie. Sąd wprawdzie uzyskał podtrzymanie oskarżenia przez pokrzywdzoną, jednakże przy braku stanowiska prokuratora o odstąpieniu od oskarżenia publicznego (art. 60 § 4 kpk). W konsekwencji Sąd orzekł przy braku skargi uprawnionego oskarżyciela.

W orzecznictwie i doktrynie zgodnie - i to od dawna - przyjmuje się, że w razie ustalenia przez sąd, iż zachodzi możliwość zakwalifikowania czynu, ujętego w akcie oskarżenia jako przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego, z przepisu przewidującego ściganie tego czynu z oskarżenia prywatnego, sąd powinien zwrócić się do prokuratora o oświadczenie w przedmiocie popierania tego oskarżenia także na wypadek uznania czynu jako prywatnie-skargowy, a więc w przedmiocie objęcia ścigania (wyrok SN z dnia 24 kwietnia 1954 r., I KRN 193/54, NP 1954, nr 10, s.

86–87, uchwała Izby Karnej SN z dnia 21 stycznia 1961 r., VI KO 76/59, OSN 1961, nr 3, poz. 32 czy uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 1972 r., I KZP 51/71, OSNPG 1972, nr 2, poz. 32; K. Marszał, Ingerencja prokuratora w sprawy o przestępstwa ścigane z oskarżenia prywatnego w nowym kodeksie postępowania karnego [w:] Nowe prawo karne procesowe. Księga ku czci prof. W. Daszkiewicza, Poznań 1999, s. 318; tenże: Ingerencja prokuratora w ściganiu przestępstw prywatnoskargowych w polskim procesie karnym, Warszawa 1980, s. 80–82; W. Daszkiewicz, Oskarżyciel w polskim procesie karnym, Warszawa 1960, s. 394; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2007, t. I, s. 357; J. Bratoszewski i inni, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2003, t. I, s. 484–485). W judykaturze wskazywano zresztą, że chodzi w tym wypadku o danie, w dowolnej wprawdzie formie, ale wyraźnego, niebudzącego wątpliwości, zewnętrznego wyrazu swojej woli co do ścigania w trybie publicznoskargowym czynu prywatnoskargowego (wyrok SN z dnia 28 czerwca 1958 r., III KRN 1116/57, RPEiS 1961, nr 2, s. 379 i z dnia 9 lipca 1959 r., V K 92/59, PiŻ 1960, nr 7, s. 7 czy wyrok SA w Krakowie z dnia 10 lipca 1996 r., II AKa 141/96, KZS 1996, nr 7–8, poz. 53). Prawidłowe postępowanie – w razie ustalenia przez sąd możliwości oceny prawnej czynu, zarzucanego jako przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego, według przepisu stanowiącego o jego ściganiu z oskarżenia prywatnego – powinno zatem polegać na odebraniu od prokuratora wyraźnego oświadczenia w przedmiocie ewentualnego popierania oskarżenia o taki czyn, a dopiero w razie jego rezygnacji, na odebraniu jednoznacznego stanowiska od pokrzywdzonego (wyrok SN z dnia 21 października 2010 r., V KK 287/10, OSNKG 2011, poz. 39; wyrok SN z dnia 23 kwietnia 2008 r., V KK 5/08, OSNKG 2008, poz. 64).

Tymczasem w realiach niniejszej sprawy sąd uznał czyn, traktowany przez oskarżyciela publicznego jako ścigany z oskarżenia publicznego, m.in. za przestępstwo prywatnoskargowe, bez uprzedzenia Prokuratora o możliwości takiej zmiany i odebrania jego oświadczenia w kwestii objęcia ścigania. Nieobecność Prokuratora i tym samym brak jego stanowiska o rezygnacji ze ścigania, nie może być uznany a contrario za dorozumiane objęcie tego czynu ściganiem. Nie można bowiem w takim zachowaniu Prokuratora dopatrzeć się czynności pozytywnej wymaganej dla objęcia ścigania, o jakim mowa w art. 60 § 1 kpk. Jest to w istocie czynność z zaniechania, a to nie wystarcza do objęcia ścigania (wyrok SN z dnia 23 kwietnia 2008 r., V KK 5/08, OSNKG 2008, poz. 64). Dalsze powstrzymanie się od działania, np. niewniesienie apelacji od wydanego wyroku, a więc zaniechanie, nie może także być uznane za objęcie ścigania. W niniejszej sprawie Sąd Rejonowy orzekł zatem przy braku skargi uprawnionego oskarżyciela.

Przedstawiony na wstępie stan niniejszej sprawy nie daje najmniejszych podstaw do wnioskowania, że uprawniony oskarżyciel (prokurator) wystąpił ze skargą o czyn, za który następnie Sąd Rejonowy skazał P. S.. Prowadzi to do jednoznacznej konkluzji o naruszeniu przez Sąd Rejonowy art. 17 § 1 pkt 9 kpk, zakazującego prowadzenia postępowania przy braku takiej skargi. Ponieważ brak skargi uprawnionego oskarżyciela jest przeszkodą procesową (art. 17 § 1 pkt 9 kpk), orzekanie przy tej przeszkodzie stanowi uchybienie wskazane w art. 439 § 1 pkt 9 kpk, które to naruszenia Sąd odwoławczy uwzględnił z urzędu także poza granicami środka odwoławczego. Konsekwencją tego jest bezwzględny nakaz uchylenia dotkniętego tą wadą wyroku.

Należy jednak podkreślić, że wskazana negatywna przesłanka prowadzenia postępowania ma charakter usuwalny, a do jej usunięcia, w wymaganej formie, może ewentualnie dojść w toku ponownego – w tym właśnie celu – postępowania. Przepis art. 17 § 1 pkt 9 kpk powinien jednak pozostawać nadal w orbicie uwagi Sądu Rejonowego w razie zrezygnowania przez prokuratora i pokrzywdzonego ze skorzystania z uprawnień przysługujących każdemu z nich.

Kierując się przedstawionymi powyżej względami, Sąd Odwoławczy na podstawie art. 437 § 2 kpk, art. 449 kpk i art. 456 kpk orzekł o uchyleniu zaskarżonego wyroku i przekazaniu sprawy do jej ponownego rozpoznania.

Rzecz Sądu Rejonowego w toku ponownego rozpoznania będzie przeprowadzenie postępowania z zachowaniem przepisów postępowania, z uwzględnieniem standardów rzetelnego procesu. Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, kierując się zasadami dążenia do ustalenia prawdy (art. 2 § 2 kpk) i obiektywizmu (art. 4 kpk), Sąd następnie dokona oceny zebranych dowodów, z zachowaniem dyspozycji art. 7 kpk. Dopiero wtedy na podstawie całokształtu zebranego i ocenionego materiału dowodowego, wyda orzeczenie w kwestii odpowiedzialności

oskarżonego, pamiętając o zakazie reformationis in peius, a następnie prawidłowo - z uwzględnieniem wskazań art. 424 kpk, o ile zajdzie taka potrzeba, swoje stanowisko uzasadni.