

Sygn. akt VII Ka 1091/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 stycznia 2014 roku

Sąd Okręgowy w Olsztynie w VII Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący: SSO Karol Radaszkiewicz

Sędziowie: SO Zbigniew Paturalski

SO Leszek Wojgienica (spr.)

Protokolant: st. sekr. sąd. Elżbieta Łotowska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej del. do Prokuratury Okręgowej Radosława Smoktunowicza

po rozpoznaniu w dniu 16 stycznia 2014 roku

sprawy A. Ż., oskarżonego z art. 231 § 1 kk i in., na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora, od wyroku Sądu Rejonowego w S. z dnia 10 września 2013 roku, w sprawie II K 516/12

Zaskarżony wyrok uchyla i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w S..

Sygn. akt VII Ka 1091/13

UZASADNIENIE

A. Ż. został oskarżony o to, że w okresie od 17 listopada 2010 roku do 22 kwietnia 2011 roku w J., woj. (...), pełniąc funkcje inspektora Referatu (...) (...) Urzędu Gminy J., umyślnie nie dopełnił obowiązków w ten sposób, że reprezentując Gminę J. w ramach sprawowanego nadzoru nad wykonywaniem inwestycji w postaci remontu istniejącego budynku hydroforni oraz sieci wodociągowej w miejscowości W., która to inwestycja była realizowana w okresie od dnia 17 listopada 2010 roku do 22 kwietnia 2011 roku w W., zaniechał w odniesieniu do remontu istniejącego budynku hydroforni uzyskania wymaganego na podstawie art. 30 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane zgłoszenia właściwemu organowi – Staroście (...), zaś w odniesieniu do sieci wodociągowej zaniechał uzyskania wymaganej na podstawie art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane ostatecznej decyzji o pozwolenie na budowę, czym działał na szkodę Gminy J., to jest o czyn z art. 231 § 1 kk w zb. z art. 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane w zw. z art. 11 § 2 kk.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 10 września 2013 roku, w sprawie II K 516/12, w sprawie II K 516/12 oskarżony A. Ż. został uniewinniony od zarzucanego mu czynu i w konsekwencji na podstawie art. 632 pkt 2 kpk kosztami procesu został obciążony skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku wniósł Prokurator Rejonowy w S., który na podstawie art. 425 § 1 i 2 kpk i art. 444 kpk zaskarżył go w całości na niekorzyść oskarżonego, na podstawie art. 427 § 2 kpk i art. 438 pkt 2 i 3 kpk zarzucając:

1/ obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 350 § 1 pkt 3 kpk, polegającą na nie zawiadomieniu o rozprawie pokrzywdzonej Gminy J. oraz art. 384 § 2 kpk w zw. z art. 54 § 1 kpk, polegającą na usunięciu w toku rozprawy w dniu 8 stycznia 2013 roku z sali rozpraw Wójta Gminy J. K. O., który zgodnie z przepisem art. 51 § 1 kpk dokonywał w przedmiotowej sprawie czynności za pokrzywdzoną Gminę J., uniemożliwienie mu udziału w rozprawie i pozostawania na sali, a także zadawanie przez niego pytań, a następnie przesłuchanie wymienionego w trzeciej kolejności, podczas gdy zgodnie z zasadą postępowania karnego wyrażoną w art. 2 § 1 pkt 3

kpk, obowiązany jest do takiego stosowania przepisów procedury karnej by uwzględnione zostały prawnie chronione interesy pokrzywdzonego;

2/ obrazę przepisów postępowania, mająca wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 424 § 1 pkt 1 kpk polegającą na nie wskazaniu dlaczego nie uznał części zeznań świadka W. B. oraz J. J. w zakresie, w jakim wskazują one, że do obowiązków oskarżonego należało opracowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której należało określić czy dla planowanej inwestycji wymagane było uzyskanie pozwolenia na budowę, zgłoszenia, przekazanie wykonawcy dziennika budowy, prowadzenie spraw związanych z dokonywaniem wpisów w dzienniku budowy, a nadto informowanie wójta o tym, że okres przerwy w realizacji inwestycji jest dłuższy niż dwuletni;

3/ błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, że dla przypisania oskarżonemu odpowiedzialności karnej za zarzucane mu przestępstwo należało wykazać, że był on upoważniony do reprezentowania Gminy J., że sprawował z jej ramienia nadzór inwestorski oraz w zakresie jego czynności służbowych miał obowiązek występowania w imieniu gminy do urzędów i instytucji w celu uzyskania decyzji administracyjnych, czy pozwoleń podczas, gdy A. Ż. nie został oskarżony o zaniechanie w zakresie obowiązków wynikających z art. 25 i 26 ustawy Prawo budowlane, jak też o zaniechanie wykonania obowiązków jako osoba upoważniona do reprezentowania gminy, a faktycznie jego zaniechanie wynikało z naruszenia art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane w związku z art. 25 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 21 listopada 2008 roku o pracownikach samorządowych oraz obowiązków służbowych i polegało na tym, że w ramach sprawowanego przez Gminę J. nadzoru nad wykonaniem inwestycji zaniechał spowodowania w odniesieniu do remontu istniejącego budynku hydroforni w miejscowości W. uzyskania wymaganego na podstawie art. 30 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane zgłoszenia właściwemu organowi zaś w odniesieniu do sieci wodociągowej w miejscowości W. zaniechał spowodowania uzyskania wymaganego na podstawie art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, lub spowodowania zaniechania realizacji tych inwestycji, a tym samym dopuścił się czynu zabronionego stypizowanego w art. 231 kk w zb. z art. 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane w zw. z art. 11 § 2 kk.

Podnosząc powyższe zarzuty autor apelacji sformułował wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji.

Sąd Odwoławczy zważył, co następuje:

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie w zakresie pierwszego stawianego w niej zarzutu. Z tego też powodu odnoszenie się do pozostałych zarzutów apelacji należy ocenić jako nieuzasadnione tym bardziej, że stanowiłoby to wkroczenie w samodzielność jurysdykcyjną sądu pierwszej instancji podczas ponownego rozpoznania sprawy. Uprawnienie do takiego ograniczenia rozpoznania środka odwoławczego wynika z przepisu art. 436 kpk. Uwagę powyższą należy jednakże opatrzyć komentarzem odnoszącym się do zarzutu podniesionego w punkcie drugim apelacji, który należy ocenić jako bezpodstawny z tego powodu, że wbrew wspierającej go argumentacji sąd a quo dokonał komplementarnej oceny dowodów, nie uchybiając obowiązkowi wynikającemu z art. 424 § 1 pkt 1 kpk, zaś kryterium podziału dowodów, którym dano wiarę jest konkretne, nie pozostawiające wątpliwości z jakiego powodu zeznania W. B. można było ocenić jako jednolite, poczynając od fazy postępowania przygotowawczego i dlatego można z nich wywodzić określone wnioski. Niemniej jednak, uwzględniając naruszenie prawa pokrzywdzonego do aktywnego udziału w postępowaniu jurysdykcyjnym stwierdzić należy, że nie sposób przewidzieć w jakim stopniu materiał dowody może ulec zmianie na skutek przywrócenia mu prawa do udziału w postępowaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego. Tym samym przedwczesne jest dokonywanie przesądzającej oceny trafności owego zarzutu na obecnym etapie postępowania.

W postępowaniu jurysdykcyjnym pokrzywdzony uzyskuje status strony tylko w sytuacjach, o których mowa w art. 53-58 kpk, art. 55, art. 59-61 i art. 62-70 kpk. Tylko wówczas przysługują mu uprawnienia zastrzeżone dla stron, w tym między innymi aktywny udział w postępowaniu oraz możliwość zaskarżania decyzji procesowych. Za pokrzywdzonego będącego instytucją samorządową czynności procesowych dokonuje organ tej instytucji uprawniony do działania w jej imieniu. Stąd też w wypadku pokrzywdzenia gminy przestępstwem określonym w art. 231 §

1 k.k. podmiotem uprawnionym do realizacji uprawnień przysługujących pokrzywdzonemu jest wójt (burmistrz, prezydent) czego dowodzi związek przepisów art. 51 § 1 k.p.k. i art. 11a ust. 1 i art. 31 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.). Zgodnie z przepisem art. 31 ustawy o samorządzie gminnym wójt kieruje bieżącymi sprawami gminy oraz reprezentuje ją na zewnątrz. W zakresie jego kompetencji mieści się również możliwość ustanowienia pełnomocnika procesowego, co też miało miejsce w analizowanym przypadku.

Postępowanie karne przeciwko oskarżonemu A. Ż. toczyło się po wyłączeniu jego sprawy do odrębnego rozpoznania zgodnie z postanowieniem Sądu Rejonowego w S. z dnia 5 września 2012 roku (k. 970 verte i zarządzenie na k. o w I tomie akt). Wójt Gminy J. złożył zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa w dniu 26 kwietnia 2011 roku (k. 1-2). Został przesłuchany w charakterze świadka oraz pouczony o przysługujących mu prawach i obowiązkach (k. 26). Zgodnie z punktem 30 owego pouczenia pokrzywdzony został poinformowany, że po wniesieniu aktu oskarżenia, do momentu rozpoczęcia przewodu sądowego przysługiwało mu prawo do udziału w postępowaniu jurysdykcyjnym w charakterze oskarżyciela posiłkowego (art. 53 i 54 kpk). Korzystając ze swoich uprawnień Wójt Gminy J. ustanowił pełnomocnika, który w trakcie prowadzonego postępowania był aktywny o czym świadczy zaskarżenie postanowienia Prokuratora Rejonowego O.– P.w O.z dnia 13 marca 2012 roku o umorzeniu postępowania karnego przeciwko W. B. podejrzanemu o przestępstwa z art. 231 § 3 kk w zb. z art. 296 § 4 kk w zw. z art. 11 § 2 kk. Zakres stawianych W. B. zarzutów w części pokrywał się w zakresie zarzutów stawianych aktualnie oskarżonemu A. Ż. (k. 947-948 i 955). W wyłączonych materiałach brak jest informacji czy pokrzywdzony został zawiadomiony o przesłaniu aktu oskarżenia do sądu, co jednakże może wynikać z faktu, że informacja taka nie została przeniesiona z akt głównych. Można było przeto brak ów konwalidować poprzez przeprowadzenie dowodu z oryginału zawiadomienia o przesłaniu aktu oskarżenia do sądu z akt wyłączonego postępowania karnego. Tyle, że przedstawiona poniżej analiza zwalniała sąd odwoławczy od tego obowiązku, na skutek zaakceptowania poglądu, że dla zagwarantowania pokrzywdzonemu materialnego prawa udziału w postępowaniu karnym w charakterze strony nie jest wystarczające zawiadomienie o przesłaniu aktu oskarżenia do sądu, ale również skuteczne zawiadomienie go o pierwszej rozprawie głównej, albowiem rozpoczęcie przewodu sądowego (poprzez odczytanie aktu oskarżenia) stanowi czas, do którego może skorzystać z prawa udziału w postępowaniu jurysdykcyjnym w charakterze oskarżyciela posiłkowego.

Można było oczywiście zastanawiać się nad dopuszczeniem pokrzywdzonego do udziału w postępowaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego w toku rozprawy odwoławczej, jednakże pamiętać należało, że autor apelacji upatrywał możliwego wpływu na treść wydanego orzeczenia w całkowitym pominięciu uprawnienia pokrzywdzonego do realizacji jego prawa udziału w charakterze strony w toku postępowania rozpoznawczego, co przełożyło się ostatecznie na odebranie mu prawa zaskarżenia niekorzystnego wyroku. Zgodnie z treścią postanowienia SN z dnia 25 czerwca 2013 roku, w prawie V KZ 43/13 (LEX1331415) możliwe jest „dopuszczenie pokrzywdzonego do udziału w postępowaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego w późniejszej fazie postępowania, w zakresie, w jakim zezwala na to prokonstytucyjna wykładnia art. 16 § 1 k.p.k.” co jednakże nie powoduje przywrócenia temu pokrzywdzonemu „możliwość podjęcia czynności procesowych przypisanych wcześniejszym fazom postępowania, a których termin podjęcia już upłynął, albowiem uprawnienia te aktualizują się jedynie pro futuro”. Jak zasadnie zauważył SN przyznanie takich uprawnień na przyszłość z oczywistych powodów „nie wyłącza możliwości podniesienia zarzutu naruszenia uprawnień do udziału we wcześniejszych fazach postępowania, jeżeli istnieje jeszcze możliwość złożenia środka zaskarżenia, w których zarzut taki może zostać podniesiony” i z takiej właśnie możliwości skorzystał in concreto prokurator działając na rzecz pokrzywdzonego. W przywołanym judykacie niezwykle istotny jest pogląd, że samo pouczenie pokrzywdzonego o możliwości występowania w postępowaniu jurysdykcyjnym w charakterze strony nie jest wystarczające dla realizacji tego prawa, albowiem pozbawienie pokrzywdzonego prawa do udziału w postępowaniu sądowym następuje nie tylko przez brak stosownego pouczenia ale również „brak zawiadomienia o terminie pierwszej rozprawy, na której mógłby złożyć stosowne oświadczenie, o którym mowa w art. 54 § 1 k.p.k.”. Sąd Najwyższy odszedł tym samym od poglądu wyrażonego w wyroku z dnia 25 marca 1974 roku (V KR 78/74; OSNKW 1974/7-8/143), że wystarczające do realizacji prawa pokrzywdzonego występowania w postępowaniu w charakterze strony jest zawiadomienie prokuratora o skierowaniu aktu oskarżenia do sądu. Skoro bowiem w ustawie został wyznaczony termin, do którego pokrzywdzony może złożyć oświadczenie, że będzie działał w charakterze oskarżyciela

posiłkowego, to jest rozpoczęcie przewodu sądowego na rozprawie głównej (art. 54 § 1 kpk), to jest oczywistym obowiązkiem zawiadomienia go o tym terminie. Zgodnie z przepisem art. 384 § 2 kpk pokrzywdzony ma prawo wziąć udział w rozprawie, jeżeli się stawi, i pozostać na sali, choćby miał składać zeznania jako świadek. W tym wypadku sąd przesłuchuje go w pierwszej kolejności. Jego uprawnienie do udziału w rozprawie jest niezależne od wstąpienia w prawa strony. „Pokrzywdzony, tylko z tego tytułu, że jest właśnie pokrzywdzonym, ma prawo udziału w całej rozprawie, wraz z ustanowionym przez siebie pełnomocnikiem, o ile się stawi, niezależnie od uprawnień w tym zakresie wynikających z tego, że pokrzywdzony stanie się powodem cywilnym lub oskarżycielem (posiłkowym czy prywatnym). Tylko w wypadku gdy pokrzywdzony jednocześnie jest świadkiem, zostaje przesłuchany w grupie świadków w pierwszej kolejności. Od obowiązku przesłuchania pokrzywdzonego jako pierwszego świadka, wobec takiego sformułowania art. 384 § 2 zdanie drugie, odstąpić można tylko w zupełnie wyjątkowych wypadkach.” (Komentarze do KPK; Lech Paprzycki; Wydawnictwo LEX). Jak celnie zauważył autor apelacji pokrzywdzony o terminie rozprawy głównej nie został zawiadomiony, albowiem nie jest wystarczające dla stwierdzenia tego faktu wezwanie go w charakterze świadka. Pokrzywdzony mógł oczywiście się domyślać, że został wezwany w charakterze świadka „w swojej sprawie” jednakże dopiero zawiadomienie go, że został wezwanym w sprawie, w której jest pokrzywdzonym pozwalało mu na terminowe złożenie oświadczenia o wstąpieniu w prawa strony, z którego to uprawnienia, jak wynika z pisma sygnowanego datą 12.12.2013 roku (k. 1138), pokrzywdzony zamierzał skorzystać i to przy udziale swojego procesowego pełnomocnika, biorącego udział w postępowaniu przygotowawczym. Tymczasem, jak wynika z protokołu pierwszej rozprawy głównej, kiedy to został otwarty przewód sądowy, pokrzywdzonego w postępowaniu nie dostrzeżono. Świadczy o tym nie tylko fakt, że Gmina J. nie została zawiadomiona o terminie rozprawy głównej, ale również usunięcie jej przedstawiciela ustawowego z sali rozpraw w sytuacji, kiedy zgodnie z przepisem art. 384 § 2 kpk miał prawo pozostać a sąd miał jedynie obowiązek przesłuchania go w pierwszej kolejności. O tym, że prawa pokrzywdzonego zostały naruszone świadczy również przesłuchanie wójta K. O. jako trzeciego świadka. Gdyby sąd miał w polu widzenia pokrzywdzonego, z oczywistych powodów przesłuchałby go w pierwszej kolejności, albowiem taki jest wymóg art. 384 § 2 kpk. W konsekwencji stwierdzić należy, pamiętając o tym, że sąd rozpoznawczy nie posiadał w aktach sprawy również informacji o zawiadomieniu pokrzywdzonego o przesłaniu aktu oskarżenia do sądu, niezależnie od faktu czy informacja taka do niego dotarła, że w toku prowadzonego postępowania karnego naruszone zostały prawa pokrzywdzonego do realizacji jego prawa do udziału w postępowaniu w charakterze strony (art. 54 § 1 kpk), jak też w zakresie węższego zakresu jego uprawnień (art. 384 § 2 kpk), zaś z punktu widzenia specyfiki aktu oskarżenia mogło to mieć wpływ na treść wydanego w sprawie orzeczenia, tak wskutek pozbawienia strony inicjatywy dowodowej jak też możliwości podnoszenia zarzutów odwoławczych. Sytuacja taka spowodowała, że nie sposób na dzień dzisiejszy przesądzić w jakim stopniu ustalenia sądu meriti, jak też poprzedzająca je analiza dowodów, spełniają wymagania art. 7 kpk. Nawet teoretyczna możliwość odrzucenia trzeciego z zarzutów apelacji, z punktu widzenia zawartej wspierającej go argumentacji, nie mogła spowodować zaakceptowania dotychczasowych ustaleń, albowiem skoro pokrzywdzony zamierzał występować w postępowaniu w charakterze strony i to z udziałem pełnomocnika procesowego, to nie można antycypować możliwej oceny zasadności nieznanych argumentów, mogących wynikać również z nieznanego inicjatywy dowodowej.

W uwzględnieniu powyższych uwag zaskarżony wyrok uchylono, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji (art. 437 § 2 kpk w zw. z art. 438 pkt 2 kpk).

Podczas ponownego rozpoznania sprawy należy zawiadomić pokrzywdzonego o terminie rozprawy głównej (tak też Tomasz Grzegorzcyk Komentarz do art. 350 KPK; Wydawnictwo LEX). Należy również uzyskać jednoznaczne stanowisko, czy pismo z k. 1138 stanowi oświadczenie o wstąpieniu do postępowania w charakterze oskarżyciela posiłkowego (jego treść zdaje się na to wskazywać, ale nie jest na tyle jednoznaczna by można było poprzestać tylko na takiej treści oświadczenia). O terminie rozprawy należy zawiadomić również pełnomocnika pokrzywdzonego, albowiem zgodnie z oświadczeniem Wójta takowego ustanowił (pokrzywdzony powinien przedstawić aktualne pełnomocnictwo). Podczas rozpoznania sprawy należy bezpośrednio przesłuchać w charakterze świadków W. B., K. O. i J. J.. W zakresie pozostałych dowodów można poprzestać na ich ujawnieniu (art. 442 § 2 kpk).