

WYROK Z DNIA 16 MARCA 2011 R.

III KK 278/10

Wniosek o ponowne przesłuchanie świadka, który złożył już zeznania w trybie art. 185a k.p.k. można oddalić wówczas, gdy nie wyjdą na jaw, w trakcie postępowania prowadzonego po takim przesłuchaniu, istotne okoliczności, które wyjaśnić można tylko poprzez ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego.

Przewodniczący: sędzia SN J. Żywolewska-Ławniczak.

Sędziowie SN: W. Błuś (sprawozdawca), J. Dołty.

Prokurator Prokuratury Generalnej: J. Gemra.

Sąd Najwyższy w sprawie Romana M., skazanego z art. 200 § 1 k.k. i in., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 16 marca 2011 r. kasacji, wniesionej przez obrońcę od wyroku Sądu Okręgowego w E. z dnia 29 kwietnia 2010 r. utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w O. z dnia 7 grudnia 2009 r.

u c h y l i ł zaskarżony wyrok oraz utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Rejonowego w O. i sprawę p r z e k a z a ł Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania (...).

Z UZASADNIENIA:

Wyrokiem Sądu Rejonowego w O. z dnia 7 grudnia 2009 r., Roman M. został uznany za winnego tego, że w okresie od nieustalonego dnia do dnia 21 września 2007 r. w M., działając w warunkach przestępstwa ciągłego co najmniej dwa razy doprowadził małoletnią poniżej 15 lat Annę M. do poddania się innej czynności seksualnej polegającej m. in. na dotykaniu jej intymnych części ciała oraz w celu zaspokojenia seksualnego przedstawił jej wykonanie czynności seksualnych i treści pornograficznych, tj. o przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 200 § 2 k.k. w zb. z art. 202 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Apelację od tego orzeczenia wnieśli obrońcy oskarżonego.

Adwokat Andrzej K. zarzucił (...)

(...) 3. obrazę przepisu postępowania – art. 185a § 1 k.p.k., polegającą na zaniechaniu ponownego przesłuchania Anny M., pomimo zgłoszenia takiego żądania na podstawie art. 185a § 1 k.p.k. przez obrońcę oskarżonego, błędne potraktowanie tego żądania jako wniosku dowodowego złożonego na podstawie art. 167 k.p.k., oddalenie tego wniosku na podstawie art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. wobec stwierdzenia, że przeprowadzenie tego dowodu jest niedopuszczalne, co doprowadziło do wydania wyroku w oparciu o zeznania Anny M., które ze względu na treść art. 170 § 7 k.p.k. nie mogą stanowić dowodu, (...).

Sąd Okręgowy w E. wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2010 r., utrzymał oskarżony wyrok w mocy uznając apelacje obrońców za oczywiście bezzasadne.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego wniósł obrońca oskarżonego i zarzucił temu orzeczeniu rażące naruszenie prawa, które miało istotny wpływ treść wyroku, a mianowicie:

„1. art. 6 k.p.k., art. 185a k.p.k. i art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k., polegającego na oddaleniu przez Sąd Rejonowy w O. żądania oskarżonego o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonej Anny M., który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania świadka i błędne potraktowanie tego żądania jako wniosku dowodowego, którego przeprowadzenie jest niedopuszczalne,

2. art. 192 § 2 k.p.k., art. 193 § 1 k.p.k., art. 366 § 1 k.p.k. i art. 410 k.p.k., polegającego na zaniechaniu przez Sąd Rejonowy w O. przesłuchania pokrzywdzonej Anny M. z udziałem biegłego z zakresu psychiatrii i użycia jego opinii o stanie zdrowia psychicznego pomimo dysponowania przez Sąd *meriti* dokumentacją lekarską z poradni zdrowia psychicznego, a tym samym nie zostały wyjaśnione wszystkie istotne okoliczności sprawy i podstawa wyroku nie została oparta o całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej,

3. art. 6 k.p.k. i art. 159 § 1 k.p.k., poprzez odmówienie obrońcy Romana M. udostępnienia do zapoznania się z załącznikiem do protokołu przesłuchania pokrzywdzonej Anny M. w postaci zapisu obrazu i dźwięku utrwalonego w trakcie tej czynności procesowej,

4. art. 1 § 1 k.k., art. 12 k.k., art. 202 § 2 k.k. i art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, poprzez przypisanie skazanemu Romanowi M. popełnienia czynu ciągłego <w okresie od nieustalonego dnia do 21 września 2007 roku...>, polegającego m. in. na prezentowaniu pokrzywdzonej treści pornograficznych podczas, gdy w Kodeksie karnym z 1969 r. obowiązującym do dnia 31 sierpnia 1997 r. zachowanie takie nie było spenalizowane, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady *nullum crimen sine lege poenali anteriori*,

5. art. 457 § 3 k.p.k., poprzez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w E. dlaczego część zarzutów i wniosków apelacji sąd uznał za niezasadne.”

W rezultacie obrońca wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w E. i utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Rejonowego w O. oraz przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na kasację prokurator wniósł o jej uwzględnienie, a działająca w imieniu małoletniej Anny M., jako oskarżyciel posiłkowy – Barbara M. wniosła o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

W toku rozprawy kasacyjnej, w dniu 16 marca 2011 r., prokurator Prokuratury Generalnej wniósł o oddalenie kasacji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja obrońcy jest częściowo zasadna. Zgodzić się należy z zarzutem ujętym jako 1., dotyczącym obrazy art. 185a k.p.k. Zgodnie z tym unormowaniem, osoba w nim wskazana powinna być, w toku całego postępowania, przesłuchana w charakterze świadka tylko raz. Przepis ten jest wyrazem szczególnej ochrony małoletniego pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko rodzinie i opiece, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przed tzw. wtórną wiktymizacją ze strony organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości (zob.: A. Gadomska: Przygotowanie do przesłuchania małoletniej ofiary w charakterze świadka, Prok. i Pr. 2008, nr 7-8, s. 181; A. Kaznowski: Udział pokrzywdzonego małoletniego w polskim procesie karnym, Prok. i Pr. 2007, nr 5, s. 75; J. Kosonoga: Przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k., Prok. i Pr. 2004, nr 1, s. 63; A. Z. Krawiec: Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w polskim procesie karnym, WPP 2007, nr 1, s. 52; R. A. Stefański: Szczególne tryby przesłuchania w postępowaniu karnym świadka małoletniego, który nie ukończył 15 lat, WPP 2005, nr 4, s. 79; K. Stocka: Przesłuchanie świadka w trybie art. 185a k.p.k., NKPK 2004, nr 16, s. 147; P. Świerk: Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego na podstawie art. 185a kodeksu postępowania karnego, Prok. i Pr. 2004, nr 5, s. 149). W ten sposób urzeczywistniana jest ochrona jego zdrowia psy-

chicznego, czemu ma również służyć sposób przesłuchania oraz ograniczenie grona osób biorących udział w tej czynności (art. 185a § 2 k.p.k.). Nie oznacza to jednak, że uprawnienie określone w treści art. 185a k.p.k. ma charakter bezwzględny. Dopuszczalne jest bowiem powtórzenie przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego, w dwóch ściśle wskazanych wypadkach. Po pierwsze, jeżeli wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania. Po drugie, wtedy, gdy zażąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego (art. 185a § 1 k.p.k. *in fine*). W tej ostatniej sytuacji nie ma znaczenia, jaki jest powód tego wniosku, ani też czy oskarżony w ogóle go podał. Wystarczający jest sam fakt zgłoszenia żądania przez oskarżonego lub jego obrońcę, by sąd był zobowiązany do ponownego przesłuchania pokrzywdzonego poniżej 15 roku życia (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 1 lutego 2008 r., V KK 231/07, OSNKW 2008, z. 4, poz. 27 wraz z glosą J. Potulskiego, GSP – Prz. Orz. 2008, nr 4, s. 12; z dnia 22 stycznia 2009 r., V KK 216/08, OSN Pr. i Pr. 2009, nr 6, poz. 26 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2010 r., I KZP 21/10, BPK 2010, nr 6, s. 55 wraz z glosą aprobusującą C. Kąkola, LEX/el 2011).

Analiza akt sprawy bezsprzecznie wykazała, że oskarżony Roman M. w dniu 19 października 2007 r., tj. w czasie przesłuchiwanie małoletniej pokrzywdzonej Anny M. w trybie art. 185a k.p.k. przez Sąd Rejonowy w O., nie miał ustanowionego obrońcy (ani z wyboru, ani z urzędu). Oskarżony Roman M. udzielił bowiem pełnomocnictwa do obrony adwokatowi A. K., dopiero w dniu 21 października 2008 r., a więc już po przesłuchaniu małoletniej pokrzywdzonej. W związku z tym obrońca oskarżonego na rozprawie przed Sądem Rejonowym w O. w dniu 16 listopada 2009 r. wniósł o ponowne przesłuchanie małoletniej pokrzywdzonej. Wniosek nie został uwzględniony przez ten Sąd na rozprawie w dniu 3 grudnia 2009 r., jako

niedopuszczalny z mocy art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k., a stanowisko to zaaprobował Sąd drugiej instancji rozpoznając apelacje obrońców oskarżonego, stwierdzając, że złożenie powyższego żądania nie oznacza jeszcze konieczności ponownego przesłuchania albowiem żądanie to podlega ocenie jak każdy wniosek dowodowy – przez pryzmat art. 170 k.p.k.

Z tym poglądem Sądu Okręgowego w E. nie można się zgodzić. Wprawdzie z treści art. 185a k.p.k. nie wynika bezpośrednio, że taki wniosek można oddalić, to jego wykładnia w drodze rozumowania *argumentum a contrario* wskazuje, że zawiera on jednocześnie przesłanki oddalenia wniosku. Wniosek o ponowne przesłuchanie świadka, który złożył już zeznania w trybie art. 185a k.p.k. można więc oddalić wówczas, gdy nie wyjdą na jaw w trakcie postępowania prowadzonego po takim przesłuchaniu, istotne okoliczności, które wyjaśnić można tylko poprzez ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego. Nie można zatem przesłuchiwać ponownie pokrzywdzonego, gdy nie wyjdą na jaw istotne okoliczności, albo gdy wprawdzie okoliczności takie wyjdą na jaw, ale mogą one zostać wyjaśnione za pomocą innych dowodów. Wniosek o przesłuchanie pokrzywdzonego oparty na tych przesłankach może złożyć każda strona postępowania, może o tym zadecydować również z urzędu Sąd rozpoznający sprawę. W rozpoznawanej sprawie przesłanka ta nie występuje, ponieważ wniosek o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonej, jak już zaznaczono, został złożony z innych powodów. Druga przesłanka zezwalająca na oddalenie wniosku o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego zachodzi wówczas, gdy żąda tego oskarżony (jego obrońca), który w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego miał obrońcę i to niezależnie od tego, czy obrońca był na tym przesłuchaniu, czy też będąc prawidłowo powiadomionym nie stawił się na nie (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2009 r., III KK 176/09, LEX nr 553885 wraz z glosą M. Kornak: LEX/el 2010). Również ta sytuacja, pozwalająca na oddalenie wniosku o ponowne przesłuchanie po-

krzywdzonej, nie zachodziła, bowiem wniosek o ponowne przesłuchanie złożył obrońca oskarżonego, który to oskarżony w trakcie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonej nie posiadał obrońcy, a więc w sprawie zachodziły obligatoryjne przesłanki do ponownego przeprowadzenia tej czynności procesowej.

W związku z powyższym, należało w pełni podzielić zasadność zarzutu zawartego w kasacji, że doszło do rażącego naruszenia art. 185a § 1 k.p.k.

Zważywszy na to, że rażącej obraży art.185a § 1 k.p.k. dopuścił się Sąd pierwszej instancji, a Sąd odwoławczy akceptując tę błędną decyzję procesową, powielił to uchybienie, należało uchylić nie tylko wyrok Sądu Okręgowego w E., ale także utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Rejonowego w O. i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Sąd Najwyższy w oparciu o treść art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. ograniczył rozpoznanie kasacji obrońcy oskarżonego do wskazanego wyżej uchybienia uznając, że jest to wystarczające do wydania orzeczenia, a rozpoznanie pozostałych wskazanych w kasacji uchybień byłoby przedwczesne.