

WYROK Z DNIA 1 LUTEGO 2008 R.

V KK 231/07

1. Ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego dziecka w trybie określonym w art. 185a § 1 *in fine* k.p.k. nie jest uzależnione od opinii psychologa co do możliwości uzyskania od dziecka określonych informacji oraz wpływu takiego przesłuchania na jego psychikę. Samo zgłoszenie żądania przez oskarżonego lub jego obrońcę, także bez podania powodów takiego wniosku, zobowiązuje sąd do ponownego przesłuchania dziecka, jeżeli tylko spełniony jest warunek określony w tym przepisie.

2. Wniosek oskarżonego, o określony w art. 185a § 1 *in fine* k.p.k., może być skutecznie cofnięty zanim dojdzie do ponownego przesłuchania małoletniego.

3. Biegły psycholog, opiniujący w kwestii rozwoju psychicznego pokrzywdzonego dziecka, jego relacji emocjonalnych, zdolności postrzegania i odtwarzania postrzeżeń, powinien wskazać także na to, co usłyszał od dziecka w trakcie badania i ustosunkować się do tego /art. 185a § 2 k.p.k., art. 185b § 1 k.p.k. i art. 192 § 2 k.p.k./. Odwołanie się przez biegłego, do treści zeznań badanego jest jednak dopuszczalne tylko wtedy, gdy samo to zeznanie nie jest dotknięte uchybieniem, które nie pozwala traktować je jako dowód.

Przewodniczący: sędzia SN T. Grzegorzczak (sprawozdawca).

Sędziowie: SN A. Deptuła, SA (del. do SN) J. Matras.

Prokurator Prokuratury Krajowej: Z. Goszczyński.

Sąd Najwyższy w sprawie Tomasza K. skazanego z art. 200 § 1 k.k., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 1 lutego 2008 r., kasa-

cji, wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 20 listopada 2006 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w S. z dnia 21 czerwca 2006 r.,

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

U Z A S A D N I E N I E

Tomasz K. został oskarżony o to, że na przełomie stycznia i lutego 2002 r. we Włoszech dopuścił się wobec swej małoletniej córki Patrycji przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. Wyrokiem z Sądu Rejonowego w S. dnia 10 sierpnia 2004 r. został uznany za winnego popełnienia tego przestępstwa i skazany na karę 2 lat pozbawienia wolności. W wyniku apelacji obrońców oskarżonego Sąd Okręgowy w S., wyrokiem z dnia 4 lutego 2005 r., uchylił to orzeczenie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Wskazano wówczas Sądowi Rejonowemu na potrzebę rozważenia, po wysłuchaniu biegłej psycholog – nierozważonego uprzednio przez sąd w ogóle – wniosku obrony odnośnie do przesłuchania przez sąd małoletniej pokrzywdzonej z uwzględnieniem art. 185a k.p.k., który to przepis nie funkcjonował w czasie jej jedyne przesłuchiwania w tej sprawie w postępowaniu przygotowawczym lub odtworzenia tych zeznań w inny sposób oraz powołania w charakterze biegłych: psychologa oraz psychiatry, którzy wystawiali „opinie” na prośbę matki małoletniej poza procesem, a których przesłuchano w postępowaniu w charakterze świadków, traktując te „opinie” jako dowód z opinii biegłego w rozumieniu Kodeksu postępowania karnego. Po ponownym rozpoznaniu sprawy, Sąd Rejonowy w S., wyro-

kiem z dnia 21 czerwca 2006 r., uznał oskarżonego za winnego popełnienia przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. i wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności. Po rozpoznaniu apelacji obrońców od tego orzeczenia, w których to apelacjach zarzucono obrazę szeregu przepisów postępowania oraz błędy w ustaleniach faktycznych, Sąd Okręgowy w S., wyrokiem z dnia 20 listopada 2006 r., nie negując uchybień w procedowaniu przez Sąd *meriti*, zaskarżone orzeczenie utrzymał w mocy. W kasacji od tego wyroku obrońca oskarżonego podniósł zarzut obrazy przepisów postępowania, a to: a) art. 41 k.p.k., przez przeprowadzenie postępowania odwoławczego w składzie, w którym zasiadało dwóch sędziów orzekających uprzednio w przedmiocie apelacji od wyroku z 2004 r., mimo istnienia okoliczności wywołujących uzasadnioną wątpliwość do ich bezstronności, gdyż przy poprzednim uchyleniu wyroku zawarto zalecenia dla sądu pierwszej instancji niezgodne z prawem, których wykonanie było przedmiotem apelacji, a nadto w czasie rozprawy odwoławczej sędzia referent, ten sam co uprzednio, czynił uwagi poddające w wątpliwość kwalifikacje obrońcy, b) art. 437 § 2 oraz art. 6 (w zw. art. 176 ust.1 Konstytucji i 425 § 1 k.p.k.), art. 7 i 438 k.p.k., przez utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia w oparciu o nowe, nieprezentowane przez Sąd Rejonowy, ustalenia i oceny, co pozbawiało oskarżonego możliwości odwołania się w trybie instancji, c) art. 167, 170 § 1, 193 § 1 i 201 w zw. z art. 6 i 2 § 2 k.p.k., przez zaakceptowanie błędnego procedowania Sądu Rejonowego w odniesieniu do wniosków dowodowych obrony, zaniechania własnej inicjatywy dowodowej i zaniechania także przez Sąd Okręgowy przeprowadzenia tych dowodów oraz d) art. 2 § 2, art. 4-7, 167, 170 § 1 i 2, art. 182 § 1, art. 191 § 2, art. 192 § 2, art. 193, 413 § 2 oraz 433 § 2 i art. 457 § 3 k.p.k., przez nadanie waloru prawomocności niezasadnemu rozstrzygnięciu Sądu Rejonowego i przyjęciu jako własnych większości ustaleń i ocen poczynionych przez ten sąd, choć oparto je na błędnych przesłankach i dowolnej ocenie dowodów i nierozważeniu w ogó-

le niektórych zarzutów apelacji w zakresie obrazu przepisów postępowania i błędów w ustaleniach faktycznych. W uzasadnieniu kasacji wskazano też na obrazę art. 185a i 196 § 1 k.p.k. Skarżący wnosił w związku z powyższym o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu pierwszej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu. W odpowiedzi na tę skargę prokurator Prokuratury Okręgowej w S. wnosił o jej oddalenie jako niezasadnej, a podobne stanowisko zajął na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej.

Rozpoznając tę kasację Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja ta jest w znacznej swej części zasadna, gdyż niektóre jej zarzuty, zwłaszcza związane z żądaniem dopuszczenia dowodu z badań poligraficznych oskarżonego i włączenia do materiału dowodowego sprawozdania z takich badań przeprowadzonych poza postępowaniem oraz prywatnych opinii seksuologa i psychologa, nie są trafne. Dowody z opinii takich biegłych były w sprawie przeprowadzane i strony ich nie kwestionowały, podważając jedynie – i to zasadnie – sposób postąpienia z nimi przez sądy. Gdy zaś chodzi o badania poligraficzne, to dowód ten przez kodeks traktowany jest jako specyficzny i wyjątkowy (art. 192a § 2 w zw. z § 1 i art. 199a k.p.k.), służący określonym celom wskazanym w tym kodeksie. Obrońca chciałaby zaś wprowadzić ten dowód do postępowania dla wykazania prawdomówności oskarżonego, a więc wiarygodności jego wyjaśnień, czego bynajmniej – z uwagi na to że chodzi tu jedynie o rejestrację nieświadomych reakcji organizmu – dowód taki w bezsporny sposób nie dowodzi, a podlega on przy tym ocenie jak każdy inny dowód i to w kontekście także pozostałych dowodów.

W sprawie tej jednak miały rzeczywiście miejsce liczne inne naruszenia prawa, o jakich mowa w kasacji. Nakładają się przy tym na siebie i wzajemnie wiążą, co utrudnia analizę odrębnie każdego z nich, a przy tym ranga poszczególnych uchybień jest różna, stąd i potrzeba pewnej selekcji

tych naruszeń z punktu widzenia kontroli kasacyjnej. Dostrzegalne to jest już na gruncie pierwszego z zarzutów kasacji, czyli podnoszonej obrazy art. 41 k.p.k. w instancji odwoławczej, który w istocie swej pozostaje w związku z zarzucaną obrazą przepisów o: przesłuchiowaniu małoletnich, oddalaniu wniosków dowodowych oraz powoływaniu biegłych w postępowaniu karnym, a także o obowiązkach sądu odwoławczego w zakresie kontroli odwoławczej.

Analizując jednak sam zarzut obrazy art. 41 k.p.k. stwierdzić należy, co następuje. Prawdą jest, że fakt, iż w składzie sądu odwoławczego zasiada lub zasiadają, sędzia lub sędziowie, który (którzy) uprzednio orzekał (orzekali) w tym składzie, uchylając poprzedni wyrok sądu pierwszej instancji, sam w sobie nie oznacza jeszcze, aby zaistniała przez to okoliczność podważająca bezstronność i obiektywizm owego sędziego czy sędziów przy rozpoznawaniu obecnie apelacji od kolejnego wyroku sądu *meriti*. Muszą zatem zaistnieć dodatkowo i odrębnie jakieś okoliczności, które mogą zasadnie wskazywać, że można powątpiewać w bezstronność danego sędziego. Skarżący przywołuje w związku z tym sposób potraktowania zarzutów apelacji (co stanowi też odrębny zarzut), powołując się także na wypowiedzi sędziego sprawozdawcy podczas obecnej rozprawy apelacyjnej, z odwołaniem się do swojego wniosku o sprostowanie protokołu tej rozprawy. Wniosek ten złożono jednak w ponad 2 miesiące po rozprawie i w tej materii wypowiedział się Sąd odwoławczy. Odmówił on owego sprostowania, i choć nie zanegował pewnych wypowiedzi sędziego co do sposobu sporządzenia apelacji przez obrońcę, podniósł, że obrońca nie wysuwał w trakcie rozprawy żądania zapisania w protokole określonych wypowiedzi sędziego, jeżeli takowe rzeczywiście miały miejsce, a procedura związana z prostowaniem protokołu ich nie potwierdziła. Pomijając jednak ten aspekt omawianego zarzutu trzeba zauważyć, że w sprawie niniejszej w pierwszym i w drugim składzie odwoławczym zasiadało dwóch tych sa-

mych sędziów, w tym rolę sprawozdawcy pełnił w obu wypadkach ten sam sędzia. Uchylenie pierwszego wyroku Sądu Rejonowego nastąpiło przy tym z przyczyn merytorycznych i to wówczas nakazano w ponownym postępowaniu m.in. przesłuchanie w charakterze biegłych psychologa i psychiatry, którzy byli dotąd przesłuchani jako świadkowie oraz rozważenie przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej w trybie art. 185a k.p.k., ale po uprzednim wysłuchaniu psychologa odnośnie do możliwości takiego przesłuchania. Sprzeczność z prawem wykonania polecenia przesłuchania jako biegłych dwóch osób, słuchanych już w roli świadka (art. 196 § 1 *in fine* k.p.k.) oraz odmowa ponownego przesłuchania dziecka, z naruszeniem art. 185a k.p.k., stały się przedmiotem zarzutów apelacyjnych. Sąd odwoławczy przyznał wprawdzie, że przez wykonanie jego polecenia doszło do obrazy art. 196 § 1 k.p.k., ale uznał, że wypowiedzi owych dwóch „biegłych” należy – poprzez art. 118 § 1 k.p.k. – potraktować jako zeznania świadków. Uznał też, że zasadnie nie przesłuchano ponownie małoletniej pokrzywdzonej mimo żądań obrony, gdyż biegła psycholog M. K. wskazała na niezasadność takiego przesłuchania, nie zauważając jednak, że w materii tej przesłuchiowano także „biegłą” – „świadka” B. S. Zdyskwalifikował jednak w ogóle dowód z zeznań pokrzywdzonej z uwagi na podnoszoną w apelacji obrazę art. 182 § 1 i art. 191 § 2 k.p.k., ale uznał, że „tylko w wąskim zakresie” były one podstawą ustaleń faktycznych, a wystarczające są w tej materii zeznania matki małoletniej i biegłej B. K., minimalizując (o czym będzie jeszcze dalej mowa) fakt, że opinia i zeznania tej biegłej odtwarzały w całości treść zeznań pokrzywdzonej, a te dotyczyły wręcz znamion przestępnego zachowania zarzucanego oskarżonemu, opisanych wyraźnie w zarzucie aktu oskarżenia i w wyroku skazującym. Bardzo ogólnikowo zaś potraktował Sąd odwoławczy zarzut apelacji odnośnie braku należytej oceny przez Sąd *meriti* dowodów z opinii i przesłuchań biegłych: seksuologa, psychologa i psychiatry, badających oskarżonego i pozytywnych dla niego, którym

dano wprowadzić wiarę, ale nie wyjaśniono, jak się one mają do przyjęcia, że dopuścił się on czynu z art. 200 § 1 k.k. Analizując ten zarzut sąd odwoławczy uznał go za nie zasadny, gdyż jak stwierdził: „Praktyka orzecznicza w sprawach dotyczących molestowania małoletnich (...) dowodzi, iż wysoki odsetek sprawców takich czynów to osoby zdrowe psychicznie, heteroseksualne i bez pedofilskich skłonności.” Nie negując, że sytuacje takie mają miejsce, należy stwierdzić, iż nie zauważył jednak sąd drugiej instancji, że zarzut ten dotyczył błędnego przyjęcia, iż dowodzą one winy oskarżonego bez należytej ich oceny. Wiadomo zaś skądinąd, że każdy dowód powinien być przez sąd oceniany w aspekcie wszystkich przeprowadzanych dowodów, a obowiązkiem sądu jest wyjaśnienie, czy i w jakim zakresie fakty i wnioski wynikające z danego źródła dowodowego pozostają w zgodności lub w sprzeczności z innymi dowodami, i z którymi, oraz co wynika z tego dla ich oceny i dla rozstrzygnięcia sprawy. Tę kwestię Sąd odwoławczy (jak i Sąd *meriti*) pominął; trudno zatem uznać, iżby w tym zakresie sprostął on wymogom płynącym z art. 457 § 3 k.p.k. Brak też w wywodach sądu odwoławczego wypowiedzi odnośnie do niektórych zarzutów apelacji, w tym np. co do wybiórczego potraktowania przez sąd pierwszej instancji niektórych oświadczeń dowodowych (zarówno zeznań jak i opinii), podnoszonych w różnych aspektach w apelacjach obu obrońców. Są zaś w nich stwierdzenia, które pozostają w sprzeczności z przepisami kodeksu, a jednocześnie mogą, niestety, świadczyć o braku bezstronności sądu, jak np. wywód, że żądanie przez obronę ponownego przesłuchania małoletniej w trybie art. 185a k.p.k. „jest niezrozumiałym, bo w istocie w negatywnym świetle przedstawiającym ojca dziecka, jako osobę, dla której dobro dziecka nie ma znaczenia”, i to w sytuacji, gdy podczas tego jedynego przesłuchania ojciec dziecka nie był jeszcze podejrzanym, a obrona wskazywała też, iż między wypowiedziami małoletniej w trakcie zeznawania oraz wcześniejszym na-

graniem jej wypowiedzi przez matkę dziecka, zachodzą pewne, wymagające wyjaśnienia, różnice.

Sposób przeprowadzonej kontroli odwoławczej w tej sprawie rodzi zatem przypuszczenie, że skład orzekający w sposób nie w pełni obiektywny potraktował wysuwane zarzuty. Przyznał wprawdzie, że w postępowaniu popełniono pewne uchybienia oraz że wyniknęły one także z błędnych poleceń Sądu odwoławczego przy uchylaniu poprzedniego orzeczenia w tej sprawie, ale starał się jednocześnie zminimalizować ich konsekwencje prawne, czyniąc to jednak wbrew temu, co wynika z przepisów prawa procesowego. Wskazane uchybienia Sądu odwoławczego stwarzają już podstawę do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania. Jednakże w ocenie Sądu Najwyższego wydłużyło by to jedynie postępowanie, gdyż rażące naruszenia prawa, o jakich mowa w kasacji, przedostały się – poprzez błędne interpretacje i wnioski – do orzeczenia sądu drugiej instancji z postępowania pierwszoinstancyjnego i to w sposób, których nie da się naprawić w ponownym postępowaniu odwoławczym.

Pierwsze z tych naruszeń wiąże się z przesłuchaniem małoletniej pokrzywdzonej, córki oskarżonego. Została ona przesłuchana dnia 30 kwietnia 2002 r., a więc jeszcze przed nowelizacją Kodeksu postępowania karnego, dokonaną ustawą z dnia 10 stycznia 2003 r. (Dz. U. Nr 17, poz.155), obowiązującą od dnia 1 lipca 2003 r., a wprowadzającą art.185a, ograniczający przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego czynem seksualnym. Przesłuchania dokonał w związku z tym prokurator z udziałem biegłej psycholog M. K. Już po tym przesłuchaniu, w dniu 16 maja 2002 r., doszło do przedstawienia zarzutów Tomaszowi K. Obrona występowała wówczas w postępowaniu sądowym o ponowne przesłuchanie dziecka, do czego jednak nie doszło. W efekcie m.in. tego uchybienia, po rozpoznaniu apelacji od pierwszego z wyroków w tej sprawie, wydanego dnia 10 sierpnia 2004

r., wyrokiem z dnia 4 lutego 2005 r. uchylono to orzeczenie, polecając – jak już wcześniej wskazano – rozważenie przesłuchania pokrzywdzonej w trybie art. 185a k.p.k., ale po uprzednim wysłuchaniu biegłych psychologów w tej materii. W czasie ponownego rozpoznawania sprawy (postępowanie to trwało od dnia 20 kwietnia 2005 r. do dnia 21 czerwca 2006 r.) obowiązywało już inne brzmienie art.185a, nadane mu nowelą z dnia 3 czerwca 2005 r. (Dz. U. Nr 141, poz.1181), obowiązującą od 29 sierpnia 2005 r. Zarówno jednak w pierwotnym, jak i w późniejszym (obecnym), brzmieniu tego przepisu, formułując regułę jednorazowego tylko przesłuchania pokrzywdzonego poniżej lat 15 (art.185a § 1 *in princ.*), zastrzeżono jednocześnie możliwość i potrzebę ponownego przesłuchiwanie takiego dziecka, „jeżeli wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania lub zażąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego” (art. 185a § 1 *in fine*). Ponieważ przesłuchanie małoletniej pokrzywdzonej dokonane w kwietniu 2002 r. zachowywało swoją moc prawno-procesową, także po wprowadzeniu art. 185a, to spełniało też wymóg jednorazowego tylko przesłuchiwanie dziecka w rozumieniu § 1 tego przepisu. Możliwe przeto było tylko ponowne jego przesłuchanie w warunkach określonych w art. 185a § 1 *in fine* k.p.k. Analiza tego przepisu wskazuje, że przewidziane w nim ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego dziecka, o jakim mowa w tym przepisie, czyli z uwagi na ujawnienie się istotnych okoliczności, wymagających dla ich wyjaśnienia takiego przesłuchania lub gdy żąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego, nie jest uzależnione od uprzedniego poznania opinii psychologa co do możliwości uzyskania od dziecka określonych informacji oraz wpływu takiego przesłuchania na jego psychikę. Ochrona zdrowia psychicznego dziecka realizowana jest bowiem przez regułę jednorazowego jego przesłuchania (art. 185a § 1 *in princ.*), a także przez sposób każdego przesłu-

chania takiego dziecka i forum tej czynności (§ 2 art.185a), zaś przy potrzebie ponownego jego przesłuchania ustawodawca nadaje prymat zasadzie prawdy (przesłuchanie dla wyjaśnienie istotnych okoliczności) lub prawa do obrony (przesłuchanie na żądanie oskarżonego). I jedynie w pierwszej z tych sytuacji w grę wchodzi uprzednia ocena sądu, tak co do istotności (rangi) ujawnionych okoliczności, jak i potrzeby sięgania dla ich wyjaśnienia do ponownego przesłuchania dziecka, nie da się tu bowiem wykluczyć innego sposobu ich wyjaśnienia. W sytuacji drugiej, samo zgłoszenie przez oskarżonego żądania, obojętnie w jakiej formie, w tym także za pośrednictwem swego obrońcy i bez potrzeby podawania jakichkolwiek powodów takiego wniosku, obliguje sąd do ponownego przesłuchania dziecka, jeżeli tylko spełniony jest warunek nieposiadania przez tego oskarżonego obrońcy podczas pierwszego przesłuchania tego dziecka. Warunek ów jest bez wątpienia spełniony także w sytuacji, gdy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego dziecka nie funkcjonuje jeszcze w ogóle w procesie strona będąca oskarżonym sensu *largo*, a więc podejrzany, jak było w tej sprawie. Trafnie zaś wskazuje się w doktrynie, że przy spełnieniu warunków, o jakich mowa w art.185a § 1 *in fine* k.p.k., ponowne przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego jest obligatoryjne (zob. np. R. Stefański: Przesłuchanie pokrzywdzonego poniżej lat 15 w procesie karnym w: Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa prof. Andrzeja Bulsiewicza, Toruń 2004, s.381–385; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2007, t. I, s. 875). Należy však przyjąć, że gdy chodzi o wniosek oskarżonego, o jakim mowa w art. 185a § 1 *in fine*, to może on być jednak skutecznie cofnięty zanim dojdzie do ponownego przesłuchania małoletniego, chodzi tu bowiem tylko o środek obrony, z którego oskarżony może zawsze zrezygnować. W świetle powyższego bez wątpienia błędne więc było wskazanie Sądu odwoławczego uchylającego

pierwszy wyrok w tej sprawie, aby rozważyć przeprowadzenie takiego przesłuchania dopiero po uprzednim poznaniu stanowiska psychologów w tej materii, jak i Sądu *meriti*, który w postępowaniu ponownym, z uwagi na negatywne ich stanowisko w owej kwestii, przesłuchania takiego nie przeprowadził oraz aprobatą dla takiego procedowania wyrażoną w uzasadnieniu zaskarżonego tą kasacją wyroku. Naruszało to w istotny sposób także prawo oskarżonego do obrony (art. 6 k.p.k.).

Sąd odwoławczy podzielił wprawdzie zasadność zarzutu, że małoletnia nie była przez prokuratora pouczona o prawie do odmowy zeznań. Wyraził jednak wątpliwości, czy 5-letnie dziecko, a takim była w trakcie przesłuchania w 2002 r. pokrzywdzona, może zrozumieć owe pouczenie oraz podniósł, że pouczenie takie prowadzić może, przez odmowę zeznań, do bezkarności sprawcy czynu popełnionego na szkodę tegoż dziecka. W konsekwencji zaś uznając, że uchybienie art. 182 § 1 i art. 191 § 2 k.p.k. dyskwalifikuje jednak te zeznania z podstawy ustaleń faktycznych, przyjął – jak już wcześniej wskazano – że nie miało to wpływu na treść wyroku, gdyż tylko „w niewielkim stopniu” Sąd *meriti* oparł na nich swe ustalenia, a istotniejsze znaczenie miały tu zeznania matki pokrzywdzonej i inne dowody, w tym zwłaszcza opinia biegłej M. K., która miała bezpośredni kontakt z dzieckiem. Takie potraktowanie zeznań małoletniej nie umniejsza jednak rangi naruszenia przepisu art. 185a § 1 k.p.k., tym bardziej, że dokonane oceny były przedwczesne i to z kilku względów.

Prawdą jest, że podczas przesłuchania przez prokuratora, dziewczynkę pouczono tylko o konieczności mówienia prawdy, podczas gdy obowiązujący i wówczas art. 191 § 2 k.p.k. nakazywał – skoro, jak wynikało z istniejącego już wówczas materiału dowodowego, miała ona zeznawać na okoliczności obciążające jej ojca – pouczyć ją także o treści 182 § 1 k.p.k. Fakt, że ów ojciec nie był wówczas jeszcze procesowo uczyniony podejrzanym nie ma tu znaczenia, gdyż wynikało to jedynie z takiego, a nie in-

nego, toku czynności policyjno-prokuratorskich, a nie można poprzez sposób prowadzenia postępowania pozbawiać świadka jego uprawnień. Jak wskazano przy tym w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2003 r. (I KZP 48/02, OSNKW 2003 , z. 3–4, poz.23) – co miał zresztą na uwadze Sąd odwoławczy – prawo do odmowy zeznań, o jakim mowa w art. 182 § 1 k.p.k., przysługuje każdemu świadkowi, a więc także małoletniemu, którego należy tym samym pouczyć o takiej możliwości. Wszelkie dywagacje na temat tego, czy dziecko w określonym wieku może pojąć sens pouczenia są w istocie pozbawione podstaw. Po pierwsze dlatego, że kodeks nie różnicuje prawa do odmowy zeznań od wieku świadka, czy jego stanu zdrowia psychicznego. Po wtóre, gdyż nie chodzi tu bynajmniej o to, czy przesłuchiwany np. z uwagi na wiek jest zdolny do rozumienia pouczenia o prawie do odmowy zeznań i konsekwencjach tej odmowy, lecz – co zresztą podkreślono w przywołanej uchwale – o to, by wyjaśnić mu jedynie, i to w sposób możliwie najprostszy, że jeżeli nie chce zeznawać odnośnie do określonej osoby co do określonych okoliczności, to może po prostu tak uczynić. Ma to chronić także i psychikę dziecka, co pozostaje w zgodności z *ratio legis* omawianego prawa, jako ustanowionego właśnie w interesie świadka, w tym i gdy jest nim dziecko. Sugestie, że dziecko poniżej 10 roku życia nie rozumie sensu tego prawa, a przez to i konsekwencji skorzystania z niego, gdyż może to doprowadzić do bezkarności sprawcy czynu, jaki dotknął tego świadka, oznaczają w istocie, że chodzić ma tu o prymat dobra wymiaru sprawiedliwości, czy nawet nieudolności organów ścigania, nad dobrem świadka - dziecka. To zaś pozostaje już w sprzeczności ze wskazanym *ratio legis* prawa do odmowy zeznań. Brak pouczenia małoletniej o prawie do odmowy zeznań mógł jednak być w tym postępowaniu konwalidowany przez ponowne jej przesłuchanie w trybie art.185a § 1 k.p.k., ale już ze stosownym pouczeniem. Otwierałoby to też, w razie podjęcia składania zeznań przez pokrzywdzoną, możliwość korzystania z poprzednich

jej zeznań dla wyjaśnienia rozbieżności, usunięcia niejasności czy dopomożenia pamięci, gdyż przez przystąpienie do zeznawania świadek taki wyraźnie okazuje, że chce i chciał także uprzednio złożyć zeznanie (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2006 r., III KK 297/05, OSNKW 2006, z. 7–8, poz. 68 i aprob. J. Kosonoga: *Glosa, Ius Novum* 2007, nr 2–3, s. 150–154). Jak przy tym wcześniej wykazano, ponowne przesłuchanie małoletniej było w tej sprawie, stosownie do art. 185a § 1 *in fine*, wręcz obowiązkiem sądu. Przedwczesne i niezasadne jest zaś eliminowanie tego obowiązku przez uznanie, że z uwagi na brak pouczenia dziecka o treści art. 182 § 1 k.p.k. jego zeznania zostają wyłączone z podstawy dowodowej wyroku. Należało bowiem rozważyć, czy brak owego pouczenia nie wymaga ponownego przesłuchania dziecka dla wyjaśnienia ujawnionej okoliczności co do woli pokrzywdzonej w przedmiocie złożenia zeznań.

Przedwczesność i nietrafność takiej eliminacji wynika *in concreto* także z pozostałego materiału dowodowego, w oparciu o który czyniono ustalenia co do faktów objętych zeznaniem małoletniej pokrzywdzonej. Sąd pierwszej instancji w oparciu o te zeznania ustalił bowiem sposób zachowania się oskarżonego wobec córki podczas ich pobytu na zimowych wczasach we Włoszech, a więc to co było przedmiotem zarzutu. Dodatkowo dla ustaleń powołał mechaniczny zapis rozmowy pokrzywdzonej z matką, dokonany przez tę ostatnią według uprzednich wskazówek B. S. oraz zeznania przesłuchującej dziecko prokurator H. N. i obecnej przy tym przesłuchaniu biegłej psycholog M. K. Już pobieżna analiza tych zeznań wskazuje, że świadkowie odtwarzali w nich treść zeznań małoletniej, gdy zaś chodzi o biegłą i jej opinię, jako podstawę ustaleń, to przedstawiono w niej wręcz *in extenso* zeznania dziecka. Sąd odwoławczy mając to na uwadze powołał się na pogląd wyrażony w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2005 r. (V KK 319/04, OSNKW-R 2005, poz. 539), że „prze-

jawem skrajnego formalizmu, a nawet naruszeniem art. 410 k.p.k., byłoby branie pod uwagę jedynie tej części depozycji biegłych, która dotyczyła ich oceny rozwoju psychicznego małoletniej (...) przy całkowitym pominięciu tego, co biegłe same usłyszały z ust dziecka na temat przebiegu zdarzenia". Nie negując trafności tego poglądu zauważyć należy, że w uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano, iż chodziło *in concreto* o lekarza i o psychologa, uzyskujących informacje od dziecka w trakcie jego badań dla złożenia opinii. Odwołano się w nim także do art. 410 k.p.k., określającego podstawę dowodową wyroku, ta zaś nie może obejmować oświadczeń, które z uwagi na określone naruszenia prawa nie mogą stanowić dowodu, chyba że naruszenia te będą konwalidowane. Nie budzi zaś wątpliwości, że biegły psycholog opiniujący w kwestii rozwoju psychicznego pokrzywdzonego dziecka, jego relacji emocjonalnych, zdolności postrzegania i odtwarzania postrzeżeń, itd., może i powinien wskazać także na to, co usłyszał od dziecka w trakcie badania i ustosunkować się do tego, a zakaz dowodowy w tej materii, czyli dotyczący przekazywania treści oświadczeń badanego, odnosi się jedynie do oskarżonego (art. 199 k.p.k.). Jeżeli jednak badanie takie prowadzone jest w toku przesłuchania dziecka przez organ procesowy, to odwołanie się przez biegłego, tak w opinii pisemnej, jak i podczas zeznawania w roli eksperta co do tej opinii, do treści zeznań badanego jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy samo to zeznanie nie jest dotknięte uchybieniem, które nie pozwala traktować je jako dowód. W przeciwnym wypadku dochodzi do niedopuszczalnego obchodzenia zakazu dowodowego. W niniejszej sprawie zarówno świadek H. N. jak i biegła M. K. odtwarzały w swoich oświadczeniach dowodowych zeznania pokrzywdzonej, które złożone były z naruszeniem prawa. Wyeliminowanie zatem przez Sąd odwoławczy z podstawy dowodowej zeznań pokrzywdzonej, z jednoczesnym uznaniem za pełnowartościowe dowody wskazanych wyżej zeznań i opinii odtwarzających wyeliminowane zeznania, nie może być ak-

ceptowane. Wystarczyło zaś dostosować się w tej sprawie do wymogów art. 185a § 1 *in fine* k.p.k. i ponowić przesłuchanie dziecka, z pouczeniem o jakim mowa w art. 191 § 2 k.p.k. W razie złożenia przez małoletnią tych zeznań wszelkie uchybienia prawa, także odnośnie wskazanych wyżej innych dowodów, zostałyby wyeliminowane. W razie zaś odmowy ich złożenia należało wyeliminować z podstawy dowodowej wyroku także te inne dowody, które odtwarzałyby uprzednie zeznania dziecka.

Jeżeli zaś chodzi o taśmę z nagraniem rozmowy dziewczynki z matką, jako podstawę ustaleń faktycznych, to zauważyć trzeba, że biegła psycholog B. K., powołana dla wydania opinii psychologicznej co do tego, czy zarejestrowane tam wypowiedzi małoletniej są wystarczające dla powzięcia podejrzenia, że miało miejsce wykorzystanie seksualne dziewczynki, początkowo oświadczyła, że brak jest takich podejrzeń, a ton wypowiedzi matki dziecka wskazuje na jej pretensje do ojca dziewczynki, następnie zaś, iż istnieje wprawdzie pewne prawdopodobieństwo wykorzystania seksualnego, ale też, że fakty podawane przez dziecko niekoniecznie musiały mieć charakter seksualny oraz że należy założyć, iż z uwagi na wiek porzywdzonej nie wszystkie jej wypowiedzi są wiarygodne. Podczas przesłuchania na rozprawie biegła wskazała, że rozmowa „nie może być dowodem na to, że na pewno nastąpiło molestowanie, a jedynie wskazuje na jego prawdopodobieństwo”, podtrzymując przy tym swą opinię odnośnie stosunku matki dziecka do byłego męża. Biegła przyznała, że nie udostępniono jej innych materiałów sprawy, lecz tylko kasetę z nagraniem rozmowy, co dało Sądowi pierwszej instancji asumpt do stwierdzenia, że „nieznajomość akt sprawy uzasadniała niemożność postawienia przez nią wniosków bardziej kategorycznych”, co zaaprobował sąd odwoławczy, a co niestety razi dowolnością oceny dowodu. Rodzi się też tu pytanie dlaczego, przy takiej ocenie owego dowodu, biegłą B. K. nie skonfrontowano z biegłą M. K., która także zapoznawała się z nagraniem przed wydaniem swojej

bardziej zdecydowanej opinii oraz dlaczego nie udostępniono B. K. innych materiałów sprawy, aby oceniła od strony eksperta psychologa wypowiedzi zarejestrowane na taśmie w kontekście także innych dowodów, zwłaszcza zeznań obu rozmówczyń. Niestety, musiało by to uwzględniać także zeznania złożone przez pokrzywdzoną z naruszeniem prawa. Oba sądy, pomijając w istocie całokształt wypowiedzi biegłej B. K., odwołały się w tej materii do opinii biegłej M. K., jako mającej także kontakt z dzieckiem (podczas omówionego już jej wadliwego przesłuchania), ale, jak wskazano wcześniej opinia ta odtwarza zeznania dziecka odebrane w sposób nieprawidłowy. Okazuje się więc, że i w tym aspekcie, poza brakiem wszechstronności w ocenie omawianego dowodu, istotny wpływ na analizę materiału dowodowego miały, wyeliminowane przez Sąd odwoławczy, zeznania pokrzywdzonej. Tak naprawdę bowiem to przez ich pryzmat i opinię biegłej M. K., która je odtwarzała, oceniano także przedmiotowe nagranie. W konsekwencji i ono stanowi wątpliwą podstawę do ustaleń odnośnie rzeczywistego przebiegu zdarzenia we Włoszech.

Kolejny problem dotyczy sposobu postąpienia z oświadczeniami dowodowymi B. S. i G. B. Osoby te, jako psycholog i psychiatra, wystawiały na życzenie matki pokrzywdzonej pozaprocesowe opinie odnośnie małoletniej, złożone następnie do akt sprawy i początkowo były słuchane w procesie jako świadkowie, ale przy uchyleniu pierwszego z wyroków w tej sprawie nakazano je przesłuchać jako biegłych, co też Sąd *meriti* uczynił. Jak już wspomniano, Sąd odwoławczy podzielił zarzut apelacji, że powołanie tych osób jako biegłych w postępowaniu naruszało art. 196 § 1 k.p.k., ale poprzez art. 118 § 1 k.p.k. potraktował ich oświadczenia dowodowe jako zeznania świadków. Rzeczywiście, w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że zgodnie z tym przepisem znaczenie czynności procesowej, także kiedy jest to czynność organu procesowego, ocenia się według treści oświadczenia, a nie jego formy. Należy jednak mieć na uwadze różnice

między istotą zeznań świadka a opinią biegłego i przesłuchaniem go odnośnie tej opinii. Sam Sąd odwoławczy przy analizie innej kwestii - odwołując się m.in. do postanowienia Sadu Najwyższego z dnia 4 stycznia 2005 r. (V KK 388/04, OSNKW 2005, z. 1, poz.12) – podniósł, że liczne składane w tej sprawie przez strony, wytworzone poza procesem opinie prywatne, nie mogą stanowić dowodu, nawet z dokumentu w rozumieniu art. 393 § 3 k.p.k., gdyż jak stwierdził, przepis ten „nie dotyczy prywatnej opinii, której autor nie został później formalnie wezwany jako biegły”. Nie zauważył jednak Sąd odwoławczy, że w powoływanym postanowieniu Sadu Najwyższego wskazano, iż tzw. opinia prywatna jako czynność pozaprocesowa nie podlega też konwalidacji i nie można *ex post* nadać jej waloru procesowego. Podkreślono tam też, że wypowiedź osoby mającej wiedzę specjalną w określonej dziedzinie należy traktować analogicznie, jak wypowiedź osoby mającej wiedzę o zdarzeniu, a jej wypowiedź na piśmie nawet opatrzona datą i podpisana oraz dostarczona organowi procesowemu, nie staje się dowodem tylko dlatego, że następnie organ ten postanowił dopuścić dowód z tej osoby. Opinią jest więc jedynie to, co ekspert wypowiada ustnie lub na piśmie po powołaniu w charakterze biegłego w procesie karnym. W odróżnieniu przy tym od świadka, który relacjonuje określone zdarzenie, nawet gdy czyni to w aspekcie swojej wiedzy specjalnej, opinia biegłego oznacza też wyciąganie określonych wniosków w oparciu o taką wiedzę, które podważyć można jedynie także poprzez dowód oparty na wiedzy specjalnej. W sprawie niniejszej Sąd *meriti* wyraźnie odwoływał się także do złożonych do akt pozaprocesowych opinii zwłaszcza B. S., oraz do jej i G. B. zeznań składanych uprzednio w roli świadków, jak i do ich depozycji z pozycji biegłych i opierał na tych „opiniach” swoje ustalenia, oceniając też te wypowiedzi odrębnie jako opinie biegłych z wszelkimi tego konsekwencjami, w tym dzieląc wnioski w nich zawarte. Należy tu zauważyć, że B. S. wydawała swoje opinie poza postępowaniem m.in. w efekcie rozmów

z matką pokrzywdzonej oraz odsłuchania kasety z nagraniem rozmowy matki z córką, a opinie te oraz nagrania Nina K. (matka pokrzywdzonej) okazywała G. B. Następnie zaś znalazły się one w aktach sprawy. Owe pozaprocesowe opinie prywatne wprowadzono jednak do postępowania jako opinie biegłego i oparto na nich ustalenia faktyczne. Jak już wspomniano, B. S. była też wręcz pytana o jej stanowisko w kwestii ponownego przesłuchania małoletniej na równi z biegłą M. K. i to obie te opinie zadecydowały o rezygnacji z tego przesłuchania. Nie da się zatem przyjąć, jak to uczynił Sąd odwoławczy, że należy depozycje te potraktować tylko jako zeznania świadków potwierdzające jedynie to co oświadczała jako świadek matka pokrzywdzonej, jako że stały się one także podstawą ustaleń, przy których nie przywoływano zeznań Niny K. Nie można zatem poprzez art. 118 § 1 k.p.k. traktować wypowiedzi biegłych B. S. i G. B. złożonych z postępowaniu ponownym w pierwszej instancji jako zeznań świadków, gdyż przeczy temu ich istota i sposób traktowania tych wypowiedzi przez sąd, ale nie można też uznać ich za opinie biegłych, jako że nie może być biegłym osoba, uprzednio przesłuchana w charakterze świadka (art. 196 § 1 *in fine* k.p.k.), a w takiej roli przesłuchano te osoby w pierwszym postępowaniu w tej sprawie. Zarówno B. S. jak i G. B. mogli w tej sprawie być powołani od początku jedynie albo jako biegli, z uwagi na swą wiedzę specjalną albo jako świadkowie odnośnie do faktów, o których dowiedzieli się poza postępowaniem od Niny K. oraz z kontaktów z pokrzywdzoną i z dostarczonych przez jej matkę nagrań rozmów z dzieckiem. To ostatnie wydawało się *in concreto* bardziej zasadne, gdyż nie wiązałoby się z wysuwaniem określonych wniosków, jak czynią to biegli, a nie można pomijać faktu, że zwłaszcza B. S. była już zaangażowana w tę sprawę, gdyż to za jej poradą i wedle jej wskazówek, Nina K. zaaranżowała rozmowę z dzieckiem, którą zarejestrowała, a B. S. następnie m.in. w oparciu o tę rejestrację opiniowała w kwestii psychiki dziecka i charakteru stosunków z ojcem. Szczególnego ro-

dzaju „zapętlenie”, jakie – także w wyniku działań sądu odwoławczego – nastąpiło w zakresie tych dwóch dowodów osobowych, mających przy tym znaczenie dla ustaleń faktycznych w tej sprawie, można rozwiązać jedynie przez ponowne ich przeprowadzenie w prawidłowy sposób, a to możliwe jest tylko w ponownym postępowaniu głównym.

W konsekwencji, mając na uwadze wykazane wyżej rażące naruszenia prawa Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Okręgowego i utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Rejonowego w S. i przekazał sprawę temu ostatniemu sądowi do ponownego rozpoznania.

Przy ponownym rozpoznawaniu tej sprawy Sąd Rejonowy powinien mieć na uwadze, że wymagane przez prawo procesowe jednorazowe przesłuchanie małoletniej pokrzywdzonej miało już miejsce, choć nie dostarczyło, z uwagi na brak pouczenia dziecka o możliwości odmowy zeznawania, dowodu z jej zeznań, który mógłby być podstawą ustaleń, ale też, że złożono w sprawie żądanie ponownego przesłuchania, które rozstrzygnięto w sposób nieprawidłowy, co legło też u podstaw uchylenia prawomocnego wyroku. Powinien zatem ewentualnie uzyskać jedynie od oskarżonego oświadczenie w kwestii, czy rezygnuje on z żądania ponownego przesłuchania córki, a jeżeli nie, zarządzić takie przesłuchanie, przeprowadzając je na posiedzeniu poza rozprawą (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2004 r., I KZP 25/04, OSNKW 2004, z. 11–12, poz.101) w warunkach wskazanych w § 2 art. 185a. W razie rezygnacji oskarżonego z tego żądania sąd powinien rozważyć, czy nie należy jednak przeprowadzić ponownego przesłuchania dziecka z uwagi na konieczność wyjaśnienia wątpliwości odnośnie do ujawnionej, istotnej dla sprawy, okoliczności w kwestii woli tego świadka co do zeznawania. Jeżeli do przesłuchania dziecka by nie doszło, a także gdyby ono nastąpiło, ale małoletnia odmówiłaby złożenia zeznań, należy wyeliminować z materiału dowodowego wszelkie te oświadczenia dowodowe innych źródeł dowodo-

wych, które mogłyby odtwarzać wypowiedzi małoletniej złożone przez nią podczas pierwszego jej przesłuchania. Natomiast jeżeli pouczona o prawie wskazanym w art. 182 § 1 k.p.k. pokrzywdzona zdecyduje się je składać, możliwe będzie także korzystanie z jej poprzedniego oświadczenia dla dopomożenia pamięci lub wyjaśnienia rozbieżności. W trakcie przesłuchania należy stworzyć maksymalnie przychylną dla dziecka atmosferę, by jak najmniej odczuło bolesność sytuacji i faktów, których przesłuchanie to ma dotyczyć.

Mając z kolei na uwadze fakt, że biegła M. K. w uprzedniej opinii odtworzyła już uprzednie nieprawidłowo odebrane zeznania dziecka, zaś biegłej B. K. udostępniono w dotychczasowym procesie jedynie taśmę z rozmowy pokrzywdzonej z matką, sąd powinien rozważyć powołanie nowego biegłego psychologa dziecięcego, który uczestnicząc w przesłuchaniu dziewczynki, wydał by też opinię psychologiczną o dziecku, z uwzględnieniem także pozostałego istotnego dla tej kwestii materiału dowodowego, w tym i załączonych do akt zapisów rejestracji jej rozmowy z matką, a gdyby składała ona obecnie zeznania, również z uwzględnieniem tego i poprzedniego jej oświadczenia dowodowego. Nie wyklucza to możliwości skorzystania przez sąd także z biegłych M. K. i B. K., tej ostatniej z ewentualnym poszerzeniem jej materiału badawczego do opinii, oraz ewentualnego skonfrontowania tych biegłych, z tym wszak, że w razie odmowy złożenia obecnie zeznań przez małoletnią, rozważyć należy w ogóle zasadność sięgania po opinię M. K., jako że bazuje ona na odtworzonych oświadczeniach pokrzywdzonej z pierwszego przesłuchania. Jeżeli zaś chodzi o dowód z oświadczeń B. S. i G. B., to można go ewentualnie – z przyczyn wcześniej wymienionych – przeprowadzić jedynie jako dowód z zeznań świadków na okoliczności, jakie poznali oni poza procesem w związku z kontaktami z matką pokrzywdzonej i pokrzywdzoną, a złożone w aktach sprawy ich „opinie” mogą dowodzić jedynie tego, że takowe dokumenty

wystawiono poza postępowaniem karnym. Poza tym sąd powinien starać się zachować zasadę bezpośredniości w kontakcie z każdym z dowodów i baczyć, aby obiektywnie, bezstronnie i także w kontekście innych dowodów, oceniać poszczególne dowody osobowe, rzeczowe i z dokumentów. Przy orzekaniu zaś winien mieć na uwadze kierunek kasacji, która doprowadziła do ponownego postępowania w tej sprawie.

Mając to wszystko na względzie orzeczono jak w wyroku.