

POSTANOWIENIE

Dnia 29 lipca 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Henryk Gradzik (przewodniczący)

SSN Krzysztof Cesarz

SSN Przemysław Kalinowski (sprawozdawca)

Protokolant Barbara Kobrańska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jacka Radoniewicza,
w sprawie **B. Ż.**

skazanego z art. 197 § 3 pkt 2 kk, art. 200 § 1 kk w zw. z art. 197 § 2 kk w zw. z art.
11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 27 lipca 2016 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 11 czerwca 2015 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w J. z
dnia 4 lutego 2014 r.,

1) oddala kasację,

**2) kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciąża
skazanego B. Ż.**

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 4 lutego 2014 roku, uznał B. Ż. za winnego dwóch przestępstw, z których pierwsze polegało na doprowadzeniu przemocą małoletniej poniżej lat 15 do obcowania płciowego i zostało zakwalifikowane na podstawie art. 197 § 3 pkt 2 k.k., a drugie – popełnione w innym czasie – polegało na usiłowaniu oraz wielokrotnym dokonaniu takiego czynu, a także doprowadzeniu

do poddania się małoletniej innym czynnościom seksualnym, co wyczerpywało znamiona opisane w art. 197 § 3 pkt 2 k.k., art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 3 pkt 2 k.k., art. 200 § 1 k.k. i art. 197 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Za pierwszy z tych czynów Sąd Okręgowy wymierzył oskarżonemu karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, a za drugi - karę 4 lat pozbawienia wolności.

Jako karę łączną orzeczono karę 4 lat pozbawienia wolności.

Ponadto, na podstawie art. 41a § 2 k.k., Sąd orzekł wobec oskarżonego zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej oraz zakaz kontaktowania się z nią przez okres 5 lat.

Wyrok powyższy zaskarżyli obrońca oskarżonego B. Ż. w całości oraz Prokurator Rejonowy – w części dotyczącej kary.

Apelacja obrońcy oskarżonego - adw. J. L. zarzucała naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść wyroku, tj.:

- art. 5 § 2 i art. 7 k.p.k. przez odstąpienie od rozstrzygnięcia na korzyść oskarżonego wątpliwości dotyczących treści zeznań małoletniej L. M., które na skutek braku utrwalenia ich treści przy pomocy nagrania audio-video nie mogą być należycie zweryfikowane przed sądem, a nadto poprzez brak kompleksowej oceny wszystkich przeprowadzonych w sprawie dowodów i przekroczenie zakresu ich swobodnej oceny oraz

- art. 185a § 1 k.p.k. poprzez odstąpienie od ponownego przesłuchania małoletniej L. M. pomimo, że wyszły na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, gdyż nie utrwalono przy pomocy nagrania audio-video czynności przesłuchania małoletniej.

Podnosząc wskazane zarzuty apelujący wniósł o uniewinnienie oskarżonego od przypisanych mu czynów, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Apelacja oskarżyciela publicznego zarzucała rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary łącznej i wносиła o podwyższenie tej kary do 5 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 28 sierpnia 2014 r., po rozpoznaniu m.in. obu apelacji utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

W wyniku uwzględnienia kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego w

niniejszej sprawie, Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 16 kwietnia 2015 r., V KK 4/15, uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania ze wskazaniem na potrzebę przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej wobec naruszenia art. 185a § 1 k.p.k. i art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k., o ile nie wystąpią powody oddalenia wniosku w oparciu o art. 170 § 1 k.p.k.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy sąd *ad quem* postanowił odstąpić od przesłuchania małoletniej L. M. – po zasięgnięciu opinii biegłego psychologa i w związku z jej treścią. Następnie, po analizie zarzutów odwoławczych Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 11 czerwca 2015 r., utrzymał w mocy zaskarżony wyrok Sądu I instancji.

Obecnie wyrok sądu odwoławczego zaskarżył kasacją obrońca skazanego, który zarzucił rażącą obrazę przepisów postępowania mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, polegającą na naruszeniu:

- art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. i art. 374 § 1 k.p.k. (w brzmieniu sprzed nowelizacji, która weszła w życie w dniu 1 lipca 2015 r.) w zw. z art. 376 § 2 k.p.k. i art. 133 § 2 k.p.k. – na skutek zaniechania odroczenia rozprawy apelacyjnej mimo, iż oskarżony nie został poinformowany w sposób skuteczny o terminie tej rozprawy, a brak było podstaw do przyjęcia fikcji doręczenia,
- art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. w zw. z art. 185a § 1 k.p.k. i art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k. na skutek:
 - braku wykonania wskazania Sądu Najwyższego zawartego w wyroku V KK 4/15 w zakresie powtórnego przesłuchania pokrzywdzonej przy niezasadnym przyjęciu przez Sąd Apelacyjny za podstawę odstąpienia od jej przesłuchania przepisu art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k. oraz
 - wyrażenia odmiennego od Sądu Najwyższego zapatrywania prawnego w zakresie naruszenia w tej sprawie obowiązku rejestrowania pierwszego przesłuchania małoletniej przez uznanie, iż naruszenie przepisu art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k. nie miało wpływu na treść rozstrzygnięcia a udział biegłego w tej czynności jest wystarczającym gwarantem prawidłowości jej przebiegu w sytuacji, gdy przepis art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k. nie daje podstawy do takich wniosków,
- obraży art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k. na skutek niezasadnego przyjęcia, iż w realiach tej sprawy zachodzi niemożność przeprowadzenia dowodu z ponownego

przesłuchania pokrzywdzonej mimo, iż wnioskowany dowód był możliwy do przeprowadzenia, a opinia biegłej z zakresu psychologii R. S. nie może stanowić podstawy dla ustaleń odmiennych,

- obrazy art. 201 k.p.k. na skutek oddalenia wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego o dopuszczenie dowodu z opinii kolejnej biegłej z zakresu psychologii, mimo istnienia ku temu podstaw wynikających przede wszystkich z tendencyjnego charakteru pytania skierowanego do biegłej R. S. przez Sąd Apelacyjny zakładającego sprawstwo oskarżonego,

- obrazy art. 433 § 2 k.p.k. polegającej na nie rozważeniu przez Sąd II instancji wnikliwie zarzutów zawartych w apelacji obrońcy. Uchybienie to miało wyrazić się w dowolnym zaaprobowaniu stanowiska Sądu I instancji do czego doszło na skutek:

a) obrazy art. 410 k.p.k. przez oparcie rozstrzygnięcia jedynie na wybiórczych elementach ujawnionego w toku rozprawy materiału dowodowego i nie odniesienie się w należyty sposób przy wydawaniu rozstrzygnięcia do treści zeznań świadków [...],

b) obrazy art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. na skutek przekroczenia swobodnej oceny dowodów przechodzącej w dowolną i dokonaną wbrew doświadczeniu życiowemu i zasadom logiki, sprowadzającą się do bezkrytycznego uznania w całości za wiarygodne zeznania pokrzywdzonej bez analizy tego wewnętrznie sprzecznego zeznania w powiązaniu z innym zebrany w sprawie materiałem dowodowym w postaci zeznań istotnych w sprawie świadków oraz odmowy przyznania waloru wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego przy jedynie zdawkowym i lakonicznym wskazaniu odnośnie części dowodów mogących świadczyć na korzyść oskarżonych, że nie dano im wiary, co w konsekwencji uniemożliwia kontrolę instancyjną w tym zakresie,

c) obrazy art. 366 § 1 k.p.k. i art. 185a § 1 k.p.k. poprzez niewyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności sprawy związanych z zarzucanymi skazanemu czynami na skutek nieprzesłuchania ponownie małoletniej pokrzywdzonej, mimo zaistnienia w sprawie istotnych okoliczności podważających wiarygodność jej zeznań, których weryfikacja przez biegłego była nadto utrudniona wobec braku przeprowadzenia zapisu audio-video.

Wskazując na powyższe zarzuty, skarżący wniósł o uchylenie wyroku Sądu

Apelacyjnego oraz poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego i tym samym przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Prokurator Prokuratury Apelacyjnej w odpowiedzi udzielonej na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Żaden z zarzutów zawartych w skardze kasacyjnej wywiedzionej w tej sprawie, nie jest zasadny, a wnioski sformułowane w jej konkluzji nie zasługiwały na uwzględnienie.

Całkowicie chybiony jest wywód odwołujący się do tezy o wystąpieniu w tej sprawie sytuacji przewidzianej w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. i art. 374 § 1 k.p.k. (w brzmieniu sprzed nowelizacji, która weszła w życie w dniu 1 lipca 2015 r.) w zw. z art. 376 § 2 k.p.k. i art. 133 § 2 k.p.k. - na skutek zaniechania odroczenia rozprawy apelacyjnej. Zdaniem skarżącego, oskarżony nie został poinformowany w sposób skuteczny o terminie rozprawy, a brak było podstaw do przyjęcia fikcji doręczenia. Sąd Apelacyjny nie miał potwierdzenia posiadania przez oskarżonego wiedzy w tym zakresie i przeprowadził rozprawę apelacyjną mimo nieobecności oskarżonego, która – w przekonaniu autora kasacji – była usprawiedliwiona wobec braku pozostawienia przez doręczyciela awiza pod adresem oskarżonego.

Dla oceny zasadności tego zarzutu podstawowe znaczenie ma to, że w realiach niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości fakt, iż Sąd Apelacyjny należycie wykonał ciążący na nim obowiązek dotyczący zawiadomienia oskarżonego o wyznaczonym terminie rozprawy odwoławczej. Korespondencję dotyczącą tej materii skierowano na adres zamieszkania B. Ż. Do sądu zwrócono przedmiotowe zawiadomienie z adnotacją, iż pomimo dwukrotnego awizowania, przesyłka nie została odebrana przez adresata (k. – 663). Tym samym, stosownie do dyspozycji art. 133 § 2 k.p.k., istniały podstawy do uznania przesyłki za doręczoną prawidłowo w postaci doręczenia zastępczego. W tych warunkach okoliczność, że oskarżony nie stawiał się na rozprawę odwoławczą i nie usprawiedliwił swojej nieobecności nie stanowiła przeszkody do rozpoznania sprawy. Przepis art. 450 § 3 k.p.k. wyraźnie zezwala na przeprowadzenie rozprawy apelacyjnej także w wypadku niestawiennictwa stron, ich obrońców lub pełnomocników należycie zawiadomionych o terminie tej czynności, chyba że ich udział jest obowiązkowy;

jednak takiej decyzji w tej sprawie nie podjęto. Jest to regulacja autonomiczna w stosunku do przepisu art. 374 § 1 k.p.k. (w brzmieniu sprzed w/w nowelizacji). W tej sprawie nie wystąpiły też przesłanki uzasadniające uznanie obecności ówczesnie oskarżonego za obowiązkową. Tym samym należało ocenić, że Sąd Apelacyjny procedował w tej sprawie prawidłowo, pomimo nieobecności na rozprawie odwoławczej B. Ż. Zatem, nie znalazła żadnego potwierdzenia teza o wystąpieniu okoliczności o jakiej mowa w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.

Nieskuteczny okazał się przy tym argument, że przesyłka zawierająca stosowne powiadomienie nie była awizowana, a w konsekwencji tego oskarżony nie stawiał się w sądzie; ze wskazaniem przy tym na nierzetelność doręczyciela, która jak pisze skarżący „*stanowi element powszechnej wiedzy*”. Podkreślić trzeba, że ciężar udowodnienia tej okoliczności spoczywał na stronie, która wywodzi z niej określone konsekwencje wspierające jej twierdzenia. W tej sprawie nawet nie podjęto próby potwierdzenia tezy mającej stanowić podstawę do sformułowania zarzutu mającego rangę bezzwzględnej przyczyny uchylenia wyroku.

W dalszej części skargi kasacyjnej, jej autor podniósł naruszenie dyrektywy wynikającej z treści art. 442 § 3 k.p.k., do czego miało dojść w wyniku wyrażenia przez sąd odwoławczy odmiennego poglądu prawnego (na temat uchybień procesowych występujących w tej sprawie), niż wynikał z treści wyroku sądu kasacyjnego, który uchylił poprzednie rozstrzygnięcie skazujące B. Ż.

Jednak, jak słusznie podkreślił prokurator w swojej odpowiedzi na kasację obrońcy skazanego B. Ż., Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 października 2014 r., IV KK 144/14, zwrócił uwagę na to, że w świetle art. 442 § 3 k.p.k. Sąd, któremu przekazano sprawę do ponownego rozpoznania, jest związany jedynie zapatrywaniami prawnymi oraz wskazaniem co do dalszego postępowania, wyrażonymi przez Sąd wyższego rzędu, niezależnie od faktu, czy zapatrywania te i wskazania podziela, czy też nie. Zachowuje natomiast całkowitą autonomię w zakresie oceny dowodów, które weryfikuje w oparciu o własne przekonanie, zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 k.p.k. Trafna jest zatem ocena, iż sens normy określonej w art. 442 § 3 k.p.k. jest taki, że udzielone przez sąd ad quem w trybie tego przepisu zalecenia nie ukierunkowują sposobu rozstrzygnięcia sądu a quo - co wydaje się w świetle zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu

oczywiste - ale zawierają wskazówki o charakterze metodycznym i polecenia co do sposobu, w jaki należy przeprowadzić postępowanie, aby finalnym jego efektem był wyrok, będący rezultatem prawidłowego i wszechstronnego rozważenia wszystkich okoliczności sprawy. Celowi temu służą również wiążące zapatrywania prawne sądu odwoławczego, które wszak nie dotyczą procesu subsumcji w rozpatrywanej *in concreto* sprawie, ale wskazówek wykładniczych w odniesieniu do abstrakcyjnie interpretowanych norm.

W tym kontekście rozważenia wymagał – przynajmniej formalnie poprawnie zbudowany – zarzut wskazujący na naruszenie przepisu art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. w zw. z art. 185a § 1 k.p.k. i art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k., który miał sprowadzać się do braku wykonania przez Sąd Apelacyjny, przy ponownym rozpoznaniu sprawy, zalecenia Sądu Najwyższego zawartego w wyroku z dnia 16 kwietnia 2015 r., V KK 4/15, w zakresie powtórnego przesłuchania pokrzywdzonej. Jednak i w odniesieniu do tej kwestii nie można zgodzić się ze skarżącym, że doszło do naruszenia obowiązku wykonania zapatrywań sądu kasacyjnego zawartych w uzasadnieniu orzeczenia uchylającego poprzednie rozstrzygnięcie w tej sprawie, w wyniku niezasadnego przyjęcia przez Sąd Apelacyjny przepisu art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k. za podstawę odstąpienia od przesłuchania pokrzywdzonej .

Sąd Najwyższy orzekając w tej sprawie w dniu 16 kwietnia 2015 r., wskazał wprawdzie na konieczność ponownego przesłuchania pokrzywdzonej L. M., a tym samym zrealizowania uprawnienia oskarżonego, o jakim mowa w art. 185a § 1 *in fine* k.p.k., wobec złożenia takiego żądania przez obrońcę oskarżonego. Uznał przy tym, że dopuszczalność wystąpienia z takim żądaniem nie jest uwarunkowana ani podaniem powodu jego zgłoszenia, ani prawidłowością przedstawionego uzasadnienia wniosku. Wskazał jednak także, co jest bardzo istotne w tej sprawie, iż skuteczność tego żądania podlega ocenie, jak każdego wniosku dowodowego, z punktu widzenia treści art. 170§ 1 k.p.k. .

Dla oceny zasadności zarzutu stawianego obecnie w związku z zaniechaniem przeprowadzenia wspomnianej czynności dowodowej niezbędne jest odnotowanie, że Sąd Apelacyjny podjął próbę ponownego przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej . W dniu 14 maja 2015 r. dopuścił dowód z dodatkowego przesłuchania L.M., wyznaczył termin posiedzenia, na którym miało

dojść do wykonania tej czynności procesowej z udziałem matki pokrzywdzonej i biegłej psycholog oraz podjął działania organizacyjne zmierzające do przeprowadzenia przesłuchania małoletniej. W ramach przygotowania do przeprowadzenia tego dowodu, w dniu 19 maja 2015 r. Sąd Apelacyjny postanowił z urzędu – w drodze zasięgnięcia wcześniejszej opinii biegłej psycholog R. S. – zbadać możliwość udziału małoletniej pokrzywdzonej w wyznaczonym już, ponownym przesłuchaniu. Przedmiotowa opinia została sporządzona po przeprowadzeniu badania małoletniej, które odbyło się w dniu 27 maja 2015 r. Wnioski tej opinii, wydanej w dniu 28 maja 2015 r., są jednoznaczne. Zdaniem biegłej *”ponowne przesłuchanie pokrzywdzonej L. M. wiązałoby się dla niej ze zbyt dużą traumą psychiczną z uwagi na jej stan emocjonalny, wynikający ze zdarzeń objętych niniejszą sprawą”* (k. 652). Na szczególne podkreślenie zasługują w tej opinii ustalenia poczynione w toku badania małoletniej, stwierdzające utrzymujący się stan niestabilności emocjonalnej pokrzywdzonej. Ma na to wpływ brak wsparcia ze strony osób bliskich oraz świadomość badanej, że ujawnienie przez nią wydarzeń będących obecnie przedmiotem procesu, doprowadziło do destrukcji jej rodziny. Zaakcentować trzeba także, iż podobne spostrzeżenia odnotowane zostały w opinii innej biegłej psycholog, która badała pokrzywdzoną na początku postępowania w tej sprawie w 2013 r. (biegła A. L.- na rozprawie – k.-392) Oznacza to, że stan pokrzywdzonej, pomimo upływu czasu, nie ulega pozytywnej zmianie. Zważywszy na obecny wiek małoletniej, takie ustalenia poczynione przez ostatnio opiniującą biegłą psycholog, wzmacniają wymowę konkluzji zamieszczonej w jej opinii.

To właśnie ta sytuacja zdecydowała o decyzji Sądu Apelacyjnego, który na rozprawie w dniu 11 czerwca 2015 r. oddalił wniosek dowodowy obrońcy złożony w apelacji o ponowne przesłuchanie świadka L. M. Wskazując na przepis art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k. Sąd Apelacyjny wyraził przekonanie, że w realiach tej sprawy dowodu tego w wymaganej formie procesowej nie da się przeprowadzić i stanowisko to nie zostało skutecznie podważone. Nie odpowiada zatem rzeczywistości teza skarżącego, że Sąd Apelacyjny naruszył przepis obligujący go do wykonania wskazań sądu kasacyjnego co do dalszego postępowania, zamieszczonych w uzasadnieniu wyroku uchylającego poprzednie rozstrzygnięcie

sądu odwoławczego w tej sprawie. To właśnie w ramach wykonania wskazań sądu kasacyjnego został dopuszczony dowód z ponownego przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej. Jednak przy jego przeprowadzeniu Sąd Apelacyjny napotkał przeszkodę w postaci takiego stanu świadka, który uzasadniał odstąpienie od tej czynności. Organ procesowy znalazł się więc w sytuacji, gdy wprowadzie źródło dowodowe w postaci osoby pokrzywdzonej istnieje, ale dowodu z jej przesłuchania nie da się przeprowadzić bez drastycznego naruszenia ewidentnego dobra prawnego podlegającego ochronie, jakim jest dobro dziecka. Nie można więc zrealizować prawa oskarżonego do takiej formy obrony, jaką ma zapewnić mu przepis art. 185a § 1 in fine k.p.k., a także przepisy dotyczące bezpośredniego przeprowadzania dowodów na rozprawie, tj. umożliwiające aktywną weryfikację dowodu obciążającego.

W żaden sposób nie można jednak podzielić stanowiska prezentowanego przez obrońcę oskarżonego, że brak przeprowadzenia tego dowodu w postępowaniu odwoławczym obraża przepisy art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k., w zw. z art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. w zw. z art. 185a k.p.k. Prawo do bezpośredniego przesłuchania świadków oskarżenia, zarówno na rozprawie, jak też realizowane w ramach przewidzianych w art. 185a § 1 k.p.k., nie jest prawem bezwzględnym i podlega uzasadnionym ograniczeniom. Wynikają one z przepisów prawa krajowego (jak chociażby regulacja zawarta w art. 391 k.p.k.) i są akceptowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu (por. np. wyrok z 16 grudnia 2014 r. w sprawie *Horncastle i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* – skarga nr 4184/10, wyrok z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie *Przydział przeciwko Polsce*, skarga nr 15487/08). Bezrefleksyjne egzekwowanie uprawnienia do zapewnienia oskarżonemu możliwości uczestniczenia w przesłuchaniu świadka będącego małoletnim pokrzywdzonym, w szczególnych wypadkach, może stać w wyraźnej kolizji z inną konwencyjną gwarancją, jaką jest zakaz niehumanitarnego traktowania. Ten ostatni odnosi się przecież nie tylko do sytuacji oskarżonych, ale może mieć zastosowanie także do osób pokrzywdzonych.

Istotne znaczenie ma natomiast ocena na ile poważne były przyczyny, które spowodowały ograniczenie stronom bezpośredniego dostępu do źródła dowodowego oraz w jakim stopniu zapewniono obronie inne gwarancje weryfikacji

dowodu z zeznań osoby, która nie została potem przesłuchana na rozprawie.

Sąd Najwyższy orzekając ponownie w tej sprawie dostrzega – podobnie zresztą, jak wyraźnie podkreślający ten fakt także Sąd Apelacyjny – wagę ograniczenia uprawnienia skazanego przewidzianego w art. 185a § 1 in fine k.p.k., jakie nastąpiło w wyniku odstąpienia od ponownego przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej. Oceniając znaczenie tej sytuacji – również przez pryzmat realizacji prawa do obrony – należało jednak mieć na uwadze, że w niniejszej sprawie stanęły naprzeciw sobie dwa dobra: z jednej strony realizacja prawa oskarżonego do takiej formy weryfikacji dowodu z zeznań pokrzywdzonej w ramach prowadzonej obrony, jaką przewidują przepisy ustawy procesowej, a z drugiej strony – dobro dziecka, dla którego ponowne przesłuchanie zmierzające do odtworzenia okoliczności wydarzeń będących przedmiotem procesu, wiąże się z poważnymi przeżyciami mogącymi realnie wywołać negatywne skutki.

Jak już zaznaczono wyżej, Sąd Najwyższy orzekający w tej sprawie prezentuje pogląd, że realizacja prawa do obrony we wszystkich jego formach przewidzianych w ustawie procesowej nie jest dobrem absolutnym, dominującym nad wszystkimi innymi dobrami także chronionymi prawem, w tym obowiązkiem ochrony praw pokrzywdzonego. W szczególny sposób dotyczy to sytuacji, gdy chodzi o ofiary przestępstw popełnionych na tle seksualnym, przy czym konieczność tej ochrony wzmacnia się dodatkowo, gdy pokrzywdzonym takimi czynami jest małoletnie dziecko, jak to miało miejsce w wypadku L. M. Szczególna wrażliwość i brak w pełni ukształtowanych mechanizmów obronnych, nakazują strzec pokrzywdzonych tej kategorii przed tzw. wtórną wiktymizacją będącą wynikiem ich wielokrotnego angażowania w czynności procesowe. Zarazem, kontrola kasacyjna wykazała, że przyczynami zaniechania zrealizowania przez Sąd Apelacyjny dyrektywy zawartej w art. 185a § 1 in fine k.p.k. były: wiek pokrzywdzonej, będącej w chwili procesu sądowego nadal osobą małoletnią poniżej lat 15 oraz jej niestabilny stan emocjonalny, będący wynikiem przedmiotowej sprawy, utrzymujący się od dłuższego czasu i stwierdzony przez biegłych psychologów w dwóch opiniach niezależnych od siebie i odległych czasowo. Powody odstąpienia od ponownego przesłuchania pokrzywdzonej L. M. należało w tej sytuacji, ocenić jako poważne i uzasadnione.

Takiego poziomu istotności nie można natomiast przyznać w pełni wywodom skarżącego dotyczącym znaczenia, jakie powyższe ograniczenie miałyby stanowić dla realizacji prawa oskarżonego do bezpośredniego przesłuchania świadka oskarżenia. Na szczególną uwagę i silne zaakcentowanie zasługuje bowiem zagadnienie etapu procesu na jakim nastąpiło zwerbalizowanie przez obronę wniosku o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonej. Nie można bowiem pominąć tego, że sąd odwoławczy dostrzegł i należycie ocenił wagę sytuacji, w której wniosek o ponowne przesłuchanie małoletniego świadka w trybie art. 185a § 1 k.p.k., został złożony dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Pierwsze przesłuchanie L. M. miało miejsce na samym wstępie postępowania przygotowawczego i rzeczywiście odbyło się bez udziału obrońcy, który nie był jeszcze wtedy ustanowiony (o warunkach jego przeprowadzenia będzie jeszcze niżej mowa) . W dalszym toku tej fazy procesu, ani podczas rozprawy przed Sądem I instancji ani oskarżony ani jego obrońca nie wnieśli o ponowne przesłuchania pokrzywdzonej. Nie ubiegali się zatem o przeprowadzenie tej czynności na tym etapie postępowania, który najpełniej służy realizacji zasady bezpośredniości w przeprowadzaniu dowodów i weryfikacji ich wiarygodności oraz treści złożonych relacji, choć odnotować znowu trzeba, że złożenie takiego wniosku było rozważane przez obronę, ale ostatecznie nie nastąpiło. Doszło do tego dopiero w apelacji wniesionej na korzyść oskarżonego, a sąd odwoławczy ostatecznie (po uchyleniu pierwszego orzeczenia) dążył do jego spełnienia. Skoro zatem sama obrona nie dążyła do zrealizowania uprawnienia wynikającego z art. 185a § 1 k.p.k. w tym stadium procesu, które z założenia służy przeprowadzaniu dowodów w obecności oskarżonego, na jawnej rozprawie i z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, to znaczy, że ta gwarancja procesowa nie była ówczas traktowana jako narzędzie niezbędne dla ochrony interesów procesowych oskarżonego. Tym samym, mało przekonująca jest sformułowana na potrzeby kasacji teza o istotnym znaczeniu braku realizacji omawianego uprawnienia, co nastąpiło dopiero na etapie postępowania odwoławczego i w wyniku zaistnienia sytuacji, w której ponowne przesłuchanie małoletniej pokrzywdzonej okazało się ostatecznie niemożliwe do przeprowadzenia, bez poważnego naruszenia jej prawa do ochrony przed negatywnymi skutkami powrotu

do zdarzeń będących przedmiotem niniejszego procesu.

Z punktu widzenia kontroli kasacyjnej zasadnicze znaczenie ma natomiast analiza tych elementów udokumentowanych w toku niniejszego procesu, które mogły stanowić czynniki równoważące trudności wynikające z braku ponownego przeprowadzenia dowodu z ponownego przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej, tym razem z udziałem obrońcy. Sam brak bezpośredniego kontaktu z obciążającym źródłem dowodowym, prowadzący do zaniechania próby zakwestionowania jego wiarygodności, nie przesądza jeszcze bowiem o braku rzetelności całego procesu i nie podważa prawidłowości orzeczenia kończącego postępowanie. Ważne jest bowiem na ile sądy orzekające miały na uwadze ograniczenia w realizacji uprawnień oskarżonego i czy należycie przeanalizowały czynniki kompensujące to utrudnienie w prowadzeniu realnej obrony. W tej sprawie ten obowiązek został wypełniony zadawalająco. Odnotować trzeba, że z powodu braku formalnego wniosku o ponowne przesłuchanie L. M., Sąd I instancji nie stanął bezpośrednio przed tym problemem. Natomiast, sąd odwoławczy dążył do zapewnienia adwokatowi udziału w przesłuchaniu małoletniej i umożliwienia mu zadawania jej pytań. Ostatecznie nie doszło do tego z powodu leżącego po stronie pokrzywdzonej. Nie ulega jednak wątpliwości, że w toku całego procesu zostały zachowane inne środki mające na celu realizację prawa do obrony.

Niewątpliwie należały do nich: udostępnienie treści relacji pokrzywdzonej oraz możliwość ich weryfikacji przez obronę. Ponadto, już organ prowadzący postępowanie przygotowawcze zapewnił i udostępnił obronie profesjonalną analizę zeznań małoletniej pokrzywdzonej z uwzględnieniem formy tej relacji, a także początkowej postawy L. M. (pierwsze jej badania psychologiczne nie mogły się odbyć i zostały przerwane w fazie wstępnej z uwagi na poziom stresu dziecka). Zeznania pokrzywdzonej były znane oskarżonemu i obrońcy, którzy mogli je zakwestionować, a na rozprawie zostały odczytane i umożliwiono ustosunkowanie się do nich. Na etapie rozpoznawania sprawy, sąd ocenił tę relację ze szczególną ostrożnością i dążył do zweryfikowania zeznań pokrzywdzonej przez pryzmat dowodów z zeznań osób, którym konfidencjonalnie przekazała ona pierwsze informacje o zdarzeniach będących przedmiotem procesu oraz odtwarzając treść zapisków poczynionych w pamiętniku. Sąd *meriti* szczegółowo wymienił następnie

te osoby oraz wskazał ich depozycje wspierające relację L. M. W fazie rozstrzygnięcia sprawy sąd poddał analizie wiarygodność zeznań pokrzywdzonej z punktu widzenia oceny psychologicznej zamieszczonej w opinii biegłej A. Ł. Biegłą psycholog przesłuchano też na rozprawie i obrońca mógł zadawać jej pytania. Na podkreślenie zasługuje także udział niezależnego sędziego w czynności przesłuchania pokrzywdzonej w postępowaniu przygotowawczym, co służy nie tylko zapewnieniu odpowiedniego przebiegu tej czynności, ale również zrównoważeniu nieobecności oskarżonego i – w pewnym stopniu – reprezentowaniu również jego interesów. Niewątpliwie także udział biegłego psychologa w przesłuchaniu małoletniej ma pozytywne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego przebiegu tej czynności.

Odnosić też na koniec trzeba wspomnianą już wyżej rezygnację obrony z możliwości złożenia w toku rozprawy przed Sądem I instancji wniosku przewidzianego w art. 185a § 1 k.p.k., co może być wykładnikiem rzeczywistej wagi przywiązywanej przez obronę do kwestii ponownego przesłuchania pokrzywdzonej w tej sprawie.

Wszystkie te okoliczności prowadzą do wniosku, że wprowadzie brak możliwości wykorzystania uprawnienia przewidzianego w art. 185a § 1 k.p.k. stanowi, co do zasady, odczuwalne ograniczenie warunków prowadzenia obrony, ale jego znaczenie w konkretnym procesie wymaga pogłębionej analizy przyczyn takiego stanu rzeczy, realnego wpływu organu procesowego na taką sytuację oraz oceny oddziaływania tego ograniczenia przy weryfikowaniu tego dowodu, a także rozważenia efektywności zastosowanych środków rekompensujących obronie odstąpienie od zapewnienia uczestniczenia w bezpośrednim przesłuchaniu małoletniego pokrzywdzonego.

W tej sprawie sąd odwoławczy przeprowadził taką analizę, a wnioski wyciągnięte na tej podstawie należało uznać za, jak najbardziej słuszne i prawidłowe.

Drugi poważny zarzut podniesiony w kasacji obrońcy skazanego B. Ź. także odwoływał się do stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy w poprzednim rozstrzygnięciu kasacyjnym wydanym w tej sprawie. Znaczenie obowiązku nagrania pierwszego przesłuchania, który wynikał z treści art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k.

przed nowelizacją, rzeczywiście zostało silnie zaakcentowane w wyroku z dnia 16 kwietnia 2015 r., V KK 4/15. Z powodów, które nie wynikają z akt postępowania przygotowawczego, obowiązek rejestracji zeznań małoletniej L. M. nie został wykonany. Obecna sytuacja procesowa jest jednak taka, że powyższego zaniechania usunąć już nie można – żadne przesłuchanie pokrzywdzonej (nawet gdyby było możliwe, choć tak przecież nie jest) nie będzie już pierwszym zeznaniem w rozumieniu art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k.

Pozostaje zatem ocenić zasadność stanowiska wyrażonego przez sąd odwoławczy, który stwierdził, że wprowadzie niezarejestrowanie pierwszego przesłuchania małoletniej przy użyciu urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk, w sposób oczywisty naruszyło przepis art. 147§2 pkt 2 k.p.k., (na co także wskazywał Sąd Najwyższy w swoim poprzednim orzeczeniu), lecz nie miało wpływu na treść rozstrzygnięcia. Takiej oceny nie podważa i to, że w motywach wyroku kasatoryjnego Sąd Najwyższy uznał, iż uchybienie to „*mogło realnie utrudnić oskarżonemu kwestionowanie relacji pokrzywdzonej*”. Jak już zaznaczono wyżej, na obecnym etapie procesu nie można już konwalidować niewątpliwego uchybienia leżącego po stronie organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze. Zarazem jednak podkreślić trzeba, że sytuacja tego rodzaju nie tworzy zakazu dowodowego i nie uniemożliwia korzystania z tak przeprowadzonego dowodu, jak to ma miejsce w niektórych innych wypadkach, ani nie rodzi innych szczególnych skutków w zakresie oceny dowodów. Żadne takie konsekwencje nie są bowiem przewidziane w ustawie procesowej. Z naruszeniem dyspozycji art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k. ustawodawca nie związał żadnej sankcji w postaci bezpośredniej eliminacji dowodu przeprowadzonego bez zarejestrowania obrazu i dźwięku. Zatem, skutki braku rejestracji zeznań przy pomocy odpowiednich środków technicznych, podlegają ocenie sądu na tle realiów każdej konkretnej sprawy. Sąd Apelacyjny uznał, że w niniejszym wypadku uchybienie, choć ewidentne, pozostało bez znaczącego wpływu na treść rozstrzygnięcia. Ta ocena nie została skutecznie podważona przez autora kasacji.

Natomiast, z punktu widzenia konieczności zachowania daleko posuniętej ostrożności w toku analizy dowodów dopuszczalnych, ale dotkniętych brakami formalnymi, zasadnicze znaczenie ma zbadanie, czy istniały i zostały prawidłowo

ocenione przez sąd, przed którym ten zarzut został podniesiony, czynniki równoważące to uchybienie. Rozważając to zagadnienie, również w aspekcie realizacji prawa do obrony, odnotować trzeba, że Sąd Apelacyjny miał w polu widzenia rangę wspomnianego uchybienia. Za szczególnie istotne uznał przy tym, że w tym pierwszym i jedynym przesłuchaniu pokrzywdzonej uczestniczyła biegła z zakresu psychologii, która obserwowała cały czas zachowanie małoletniej, jej reakcje oraz sposób składania i treść relacji. W oparciu o te elementy, ale także i przeprowadzone badanie psychologiczne, biegła wydała opinię pozwalającą ocenić strukturę osobowości L. M. i uznała w niej, że małoletnia nie „*wykazuje skłonności do kłamstwa lub konfabulacji*” (k.62). Treść tych zeznań była dostępna obronie, co umożliwiało podjęcie polemiki z wersją wydarzeń, jakie zrelacjonowała małoletnia. Zarazem, sąd odwoławczy podkreślił znaczenie obecności biegłej przy przesłuchaniu małoletniej, jako czynnika zawodowo szczególnie kompetentnego, a zarazem całkowicie zewnętrznego w stosunku do przedstawicieli organów procesowych i od nich niezależnego. Biegła była przesłuchiwana na rozprawie głównej i strony mogły zadawać pytania dotyczące warunków, okoliczności i przebiegu samego przesłuchania, jak i spostrzeżeń oraz wniosków wyrażonych w opinii pisemnej.

W motywach Sądu Apelacyjnego zwrócono też uwagę, że czynność przesłuchania małoletniej przeprowadził sędzia, a zatem podmiot, który ani nie prowadzi tego stadium procesu ani nie pozostaje w żadnej relacji służbowej z organami prowadzącymi postępowanie przygotowawcze. Wręcz przeciwnie, właśnie jego udział ma stanowić przeciwwagę dla roli organów ścigania dominujących w tej fazie procesu. Suma tych czynników doprowadziła do przekonania, że sądy orzekające w tej sprawie miały na uwadze wadę formalną, jaką dotknięte było przesłuchanie małoletniej L. M., ale słusznie dały wyraz stanowisku, iż brak rejestracji tej czynności nie odbierał znaczenia protokołowi przesłuchania tego świadka. Jednocześnie, nie sposób nie dostrzec, że w toku postępowania sądowego wykazano się daleko posuniętą starannością, aby zniwelować utrudnienia, jakie zwłaszcza dla obrony spowodował brak rejestracji pierwszych zeznań pokrzywdzonej L. M.

Dlatego też należy zaakceptować stanowisko sądu ad quem, iż dowód z

przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej, pomimo braku zarejestrowania przebiegu tej czynności przy pomocy stosownej aparatury i utrwaleniu jej jedynie w formie protokołu, jest obiektywnym dowodem umożliwiającym prawidłową ocenę zeznania L. M. złożonego w tej sprawie. Dlatego też również i ten zarzut kasacyjny obrońcy oskarżonego nie okazał się zasadny. Sąd Apelacyjny miał prawo w taki sposób ocenić zeznania pokrzywdzonej zamieszczone w protokole jej przesłuchania.

Także kolejne zarzuty kasacyjne odwołujące się do przepisów procesowych nie zasługiwały na uwzględnienie.

Trudno bowiem w tej sprawie uznać za zasadny zarzut naruszenia dyrektywy wynikającej z dyspozycji art. 201 k.p.k. i niesłusznej odmowy powołania jeszcze innego kolejnego biegłego psychologa. Punkt wyjścia dla oceny, czy opinia jest jasna i pełna, stanowi jej analiza przeprowadzona przez organ procesowy, który zdecydował o dopuszczeniu tego dowodu lub uwzględnia go w fazie orzekania. Sam fakt, że dowód ten nie jest przekonujący lub zrozumiały dla strony procesowej, może spowodować postawienie dalszych pytań i uzasadniać żądanie uzupełnienia opinii, połączone z bezpośrednim przesłuchaniem biegłego na rozprawie, ale nie determinuje jeszcze stosowania przepisu art. 201 k.p.k. w postaci przewidującej powołanie nowych biegłych. W tej sprawie ani wnioski opinii sporządzonych przez biegłych psychologów A. Ł. i R. S., ani obiektywizm biegłych, nie zostały w żadnym stopniu podważone, stąd postulat zasięgnięcia opinii kolejnego biegłego z tej dziedziny nie znajdował należytego uzasadnienia.

Podsumowując więc dotychczasowe uwagi stwierdzić trzeba, że wyniki kontroli kasacyjnej uzasadniają wniosek, iż Sąd Apelacyjny, oceniając zarzuty zawarte w apelacji obrońcy oskarżonego należycie spełnił fundamentalny obowiązek, który na nim ciąży. Przypomnieć należy w tym miejscu utrwalony pogląd Sądu Najwyższego (por. wyrok z dnia 28 marca 2008 r., III KK 412/07), który wyraził przekonanie, że *„sąd odwoławczy jako sąd głównie kontrolujący, sprawdzający przede wszystkim prawidłowość orzeczenia sądu pierwszej instancji, zobligowany jest rozważyć wszystkie istotne zarzuty oraz wnioski wskazane w środku odwoławczym i może wydać orzeczenie o utrzymaniu w mocy zaskarżonego orzeczenia, gdy uzna je za niesłuszne owe zarzuty oraz wnioski,*

przy czym powinien przedstawić swój tok rozumowania". W niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny niewątpliwie zadanie to zrealizował właściwie. Odniósł się prawidłowo, wręcz drobiazgowo do wszystkich zarzutów postawionych w apelacji. Na podkreślenie zasługuje też i to, że zarzut braku rozpoznania lub nienależytego rozważenia zarzutów zamieszczonych w skardze apelacyjnej połączono bezpośrednio z próbą kwestionowania albo wiarygodności zeznań świadków, którym sąd I instancji nadał walor wiarygodności albo oceny podważającej wiarygodność zeznań innych świadków, których depozycje nie stały się podstawą ustaleń sądu *meriti*. Świadczy to o dalszym forsowaniu w skardze kasacyjnej zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych pod pozorem obrazy przepisów procedury karnej. Zabieg taki nie jest akceptowany w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

W tych warunkach trzeba ponownie zgodzić się ze stanowiskiem prokuratora udzielającego odpowiedzi na kasację, że przedmiotowa skarga stanowiła niewątpliwie wyraz niezadowolenia obrońcy skazanego z treści orzeczenia i dążyła do ponownej oceny zaskarżonego orzeczenia z punktu widzenia ustaleń dowodowych poczynionych w sprawie.

Kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego należało w tej sytuacji obciążyć skazanego – stosownie do dyspozycji art. 626 § 1 k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.

Z tych wszystkich względów Sąd Najwyższy orzekł, jak w postanowieniu.