



Sygn. akt V KK 84/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 lipca 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Siuchniński (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Małgorzata Wąsek-Wiaderek

SSN Włodzimierz Wróbel

Protokolant Marta Brylińska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Andrzeja Pogorzelskiego,

w sprawie **G. A.**

skazanego z art. 200 § 1 kk

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 2 lipca 2020 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w P.

z dnia 21 sierpnia 2018 r., sygn. akt IV Ka (...),

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w Z.

z dnia 23 kwietnia 2018 r., sygn. akt II K (...),

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Okręgowemu w P. do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

G. A. został oskarżony o to, że w okresie od 3 stycznia 2017r. do 5 stycznia

2017r. w C. woj. (...) działając z góry powziętym zamiarem dwukrotnie dopuścił się czynności seksualnych wobec 9 letniej M. A. w ten sposób, że dotykał ręką jej piersi i pochwy, tj. o przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Rejonowy w Z. wyrokiem z dnia 23 kwietnia 2018r, sygn. II K (...), skazał tego oskarżonego, na podstawie art. 200 § 1 k.k., na karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności zaś na podstawie art. 41a § 2 k.k. orzekł na okres 10 lat środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną.

Po rozpoznaniu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego Sąd Okręgowy w P. wyrokiem z dnia 21 sierpnia 2018 r., sygn. akt IV Ka (...), utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

Kasację od tego wyroku wywiódł obrońca skazanego, zarzucając:

„ 1. na podstawie art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 185a § 1 k.p.k. rażąco obrazę przepisów postępowania poprzez przeprowadzenie dowodu z przesłuchania pokrzywdzonej w sytuacji, kiedy G. A. nie miał wówczas obrońcy i niepowtórzenie tej czynności na późniejszym etapie postępowania, co mogło mieć istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia,

1. na podstawie art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 185a § 3 k.p.k. w zw. z art. 147 § 2a k.p.k. rażąco obrazę przepisów postępowania poprzez polegające na braku utrwalenia za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk przesłuchanie pokrzywdzonej, a finalnie brak odtworzenia na rozprawie tego nagrania, co w oczywisty sposób ograniczyło oskarżonemu prawo do obrony,

1. na podstawie art. 433 § 2 k.p.k. rażąco obrazę przepisów postępowania poprzez nierozpoznanie drugiego zarzutu apelacji,

1. na podstawie art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 ,7 k.p.k. rażąco obrazę przepisów postępowania poprzez dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych psychologów w oparciu o niekompletny protokół przesłuchania małoletniej, który nie zawierał załącznika w postaci nagrania przesłuchania, co mogło mieć istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia,

2. na podstawie art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 143 § 1 pkt 2 k.p.k. rażąco obrazę przepisów postępowania poprzez zaniechanie umieszczenia w protokole przesłuchania małoletniej M. A. pytań, co mogło bardzo zniekształcić jej wypowiedź, a z pewnością naruszyło prawo oskarżonego do obrony”.

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie w całości wyroku Sądu Okręgowego w P. i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Prokurator Prokuratury Okręgowej w P. wniósł o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej. Natomiast Prokurator Prokuratury Generalnej na rozprawie kasacyjnej wniósł o uwzględnienie kasacji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest zasadna.

Trafne są te zarzuty, które koncentrują się wokół sposobu przeprowadzenia i wykorzystania, w postępowaniu przygotowawczym i w postępowaniu sądowym, dowodu z zeznań małoletniej pokrzywdzonej M. A. .

M. A. przesłuchana została w charakterze świadka w dniu 11 stycznia 2017r. w trybie przewidzianym w art. 185a § 2 k.p.k. stanowiącym, że: „Przesłuchanie przeprowadza sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa. Prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego mają prawo wziąć udział w przesłuchaniu. Jeżeli oskarżony zawiadomiony o tej czynności nie posiada obrońcy z wyboru, sąd wyznacza mu obrońcę z urzędu”. Przesłuchanie to odbyło się jedynie przy udziale prokuratora i psychologa. Nie uczestniczył w nim obrońca oskarżonego ponieważ nastąpiło ono w czasie, kiedy postępowanie w sprawie toczyło się jeszcze w fazie „in rem”, tj. zanim przedstawiony został oskarżonemu G.A. zarzut popełnienia przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. Obrońca wyznaczony został po przedstawieniu oskarżonemu stosownego zarzutu, w dniu 10 sierpnia 2017r. przez Sąd Rejonowy w Z. na wniosek prokuratora motywowany wątpliwościami co do poczytalności oskarżonego w chwili popełnienia zarzuczonego mu czynu.

Formalnie zatem rzecz biorąc, na tym etapie postępowania, tj. w fazie „in rem”, nie doszło w tej sprawie do naruszenia reguł postępowania, skoro - jak się wydaje - unormowanie zawarte w art. 185a § 2 k.p.k. rzeczywiście wiąże (por. zwrot **„Jeżeli oskarżony zawiadomiony o tej czynności nie posiada obrońcy z wyboru, sąd wyznacza mu obrońcę z urzędu”**) obowiązek ustanowienia obrońcy z urzędu do udziału w czynności przesłuchania osoby małoletniej w trybie tego przepisu tylko z fazą postępowania „in personam”, tj. po przedstawieniu podejrzanemu zarzutu. Wobec tego, jeśli w przedmiotowej sprawie przesłuchanie w

trybie art. 185a k.k. odbyło się w fazie „in rem”, to oczywiście można było je przeprowadzić bez udziału obrońcy późniejszego oskarżonego. Nie sposób jednak nie zauważyć w tym momencie, że praktyka przesłuchiwania pokrzywdzonej osoby małoletniej już w fazie postępowania „in rem” w trybie 185a k.k. często nie znajduje uzasadnienia w świetle tego materiału dowodowego, który już w tej fazie postępowania został zebrany. Tak było w przedmiotowej sprawie, w której dowody z zeznań świadków (matki pokrzywdzonej i pozostałych członków jej rodziny) już stwarzały z całą pewnością podstawę dowodową do przedstawienia G. A. stosownego zarzutu. To jest zresztą sytuacja, która najczęściej się zdarza i doprawdy nie ma wystarczających powodów do akceptowania stosowanej przez organy ścigania, jako zasada, praktyki przesłuchiwania małoletniej osoby pokrzywdzonej już w tej fazie postępowania karnego. Oczywiście wydarzają się sytuacje, w których podejrzenia o popełnienie przestępstwa na szkodę takiej osoby nie są wyraźnie kierowane w stosunku do konkretnej osoby a materiał dowodowy jaki udało się zgromadzić jest bardzo skąpy. Wówczas przesłuchanie pokrzywdzonej osoby małoletniej już w fazie postępowania „in rem”, w trybie 185a k.p.k. może być konieczne. W takiej sytuacji należałoby jednak postulować praktykę, niekiedy już w praktyce organów ścigania i sądów stosowaną, polegającą na ustanowieniu z urzędu obrońcy dla osoby nieznanej lub jeszcze nie podejrzewanej i umożliwienie jemu uczestniczenia w przesłuchaniu pokrzywdzonej osoby małoletniej. Zapobiegnie to sytuacjom, w których nie będzie można uczynić zadość, uzasadnionemu żądaniu oskarżonego ponownego jej przesłuchania np. z tego powodu, że nie jest to możliwe z uwagi na dobro tej osoby. Taka praktyka z całą pewnością będzie stanowiła gwarancję rzetelnego procesu w sferze prawa oskarżonego do realnej obrony a jednocześnie usunie szereg trudności w ocenie dowodu z zeznań małoletniej osoby pokrzywdzonej przesłuchanej bez udziału obrońcy oskarżonego. Wprawdzie obecnie treść art. 147 § 2a k.p.k. w zw. z art. 185 § 3 k.p.k. wskazuje na obowiązek sporządzenia zapisu obrazu i dźwięku z przesłuchania osoby małoletniej prowadzonego w trybie art. 185a § 1 i 2 k.p.k., niemniej dokonanie i odtworzenie na rozprawie takiego zapisu nie eliminuje wszystkich możliwych konsekwencji wynikających z nieuczestniczenia obrońcy oskarżonego w takim przesłuchaniu (choćby braku możliwości kierowania istotnych

dla interesu procesowego oskarżonego pytań).

Przechodząc, na tle wyżej poczynionych uwag, w realia przedmiotowej sprawy, należy przypomnieć, że przesłuchanie pokrzywdzonej M. A. odbyło się bez udziału obrońcy oskarżonego, co w myśl art. 185a w § 1 w zw. z § 2 k.p.k. uprawniało oskarżonego G. A. do żądania ponownego przesłuchania pokrzywdzonej z udziałem jego obrońcy a więc do żądania przełamania reguły, że w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określone w rozdziałach XXIII, XXV i XXVI Kodeksu karnego pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przesłuchuje się w charakterze świadka tylko wówczas, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, i tylko raz.

Jest prawdą, że obrońca oskarżonego i oskarżony w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji takiego żądanie nie złożyli. Żądanie to zostało jednak wyrażone w stosownym wniosku zawartym w apelacji wniesionej przez obrońcę na korzyść oskarżonego. Sąd Okręgowy w P., słusznie traktując zawarty w apelacji wniosek, jako wniosek dowodowy, na podstawie art. 427 § 3 k.p.k. oddalił jednak zawarte w nim żądanie ponownego przesłuchania pokrzywdzonej M. A. argumentując, że, jako złożone na etapie postępowania odwoławczego, jest ono spóźnione, skoro nie zostało wykazane, iż żądanie to nie mogło być zgłoszone już w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji.

Ta decyzja procesowa była jednak oczywiście wadliwa. W pierwszej kolejności dlatego, że apelujący obrońca oskarżonego nie wnosił bynajmniej o przeprowadzenie dowodu „nowego” w rozumieniu art. 427 § 3 k.p.k. (stanowiącego *„odwołujący się może również wskazać nowe fakty lub dowody, jeżeli nie mógł powołać ich w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji”*) a jedynie o ponowne przesłuchanie małoletniej pokrzywdzonej (zatem to samo źródło dowodowe) celem konwalidowania uchybienia zaistniałego przy pozyskaniu tego dowodu.

W drugiej kolejności dlatego, że nie było w ogóle podstaw do odmówienia żądaniu ponowienia dowodu z przesłuchania M. A. . Żądanie przez oskarżonego ponownego przesłuchania pokrzywdzonej, w sytuacji, gdy nie uczestniczył w nim jego obrońca, jest przesłanką o charakterze bezwzględnym, nakazującą

przesłuchanie osoby małoletniej ponownie. Stąd wniosek o takie przesłuchanie może być oddalony, ale tylko wtedy, gdy nie da się tego przesłuchania przeprowadzić z uwagi na stan zdrowia osoby małoletniej. Wprawdzie w uzasadnieniu swego orzeczenia Sąd odwoławczy wskazał, że przeciwko powtórzeniu postulowanej czynności dowodowej przemawia dobro małoletniej pokrzywdzonej jednak stanowisko to okazało się być całkowicie dowolnym. Sąd ten nie przedstawił bowiem w obronie swego stanowiska przekonujących argumentów, odwołując się wyłącznie do samego faktu „małoletności” pokrzywdzonej. Warto więc w tym miejscu przypomnieć fragment z treści postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2018 r., sygn. akt III KK 362/17 (LEX nr 2495928), gdzie powiedziano, że „*Oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania dziecka w trybie art. 185a k.p.k., może nadal zasadnie domagać się ponowienia takiego przesłuchania z racji niemożności realizacji prawa do obrony przy tym przesłuchaniu pokrzywdzonego i żądaniu takiemu należy zadośćuczynić, ale jednak tylko pod warunkiem, że ponowne przesłuchanie nie tylko jest możliwe z uwagi na aktualny stan zdrowia psychicznego małoletniego, ale nadto że to możliwe przesłuchanie nie wywrze realnie negatywnego wpływu na jego aktualny stan psychiczny, czyli nie pogorszy tego stanu*”.

Sąd odwoławczy nie wskazał na jakiegokolwiek istotne w tej mierze okoliczności faktyczne, nie podjął też jakichkolwiek czynności dowodowych dla dokonania stosownych ustaleń. A przecież ustalenia takie, w stanie dowodowym przedmiotowej sprawy, mogłyby być poczynione jedynie w następstwie przeprowadzenia przynajmniej dowodu z opinii biegłego psychologa.

Natomiast rozważania Sądu, mające cechy swego rodzaju antycypowania, na temat znaczenia i wartości dowodowej złożonych w ponownym przesłuchaniu zeznań przez pokrzywdzoną, są dowolne, tym bardziej, że nie ma powodów by przyjąć, że krytyczne wydarzenia zatarły się w pamięci pokrzywdzonej, skoro nastąpiły one zaledwie trzy lata temu.

Ponadto; o ile żądanie ponownego przesłuchania małoletniej osoby pokrzywdzonej może zostać przez sąd nieuwzględnione – jak już powiedziano - **tylko wtedy, gdy** ponowne przesłuchanie nie jest możliwe z uwagi na aktualny stan zdrowia psychicznego małoletniego, to granice tego” warunku” trzeba mocno

zawęzić wtedy, kiedy z obrazą przepisu art. 147 § 2a k.p.k. nie dokonano zapisu obrazu i dźwięku z przebiegu przesłuchania małoletniej osoby pokrzywdzonej. Jest zaś niewątpliwym, że zapisu obrazu i dźwięku z przebiegu przesłuchania M. A. nie dokonano. Wszak z protokołu przesłuchania tej pokrzywdzonej nie wynika bynajmniej, aby sporządzony został zapis obrazu i dźwięku. Nadto we wspomnianym protokole przesłuchania brak jest pouczenia osób uczestniczących w tej czynności o stosownej rejestracji przesłuchania pokrzywdzonej, co czyni zasadnym wniosek, iż od przewidzianego prawem nagrania odstąpiono. Nadto wreszcie, zgodnie z art. 147 § 3a k.p.k. zapis obrazu i dźwięku stanowi załącznik do protokołu, wobec czego jego brak pozwala zasadnie domniemywać, że rejestracja tej czynności nie odbyła się. Z tym większą więc rzetelnością należało odnieść się do żądania obrońcy oskarżonego ponownego przesłuchania pokrzywdzonej. Tymczasem, o ile z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd odwoławczy odnotował uchybienie w postaci braku nagrania z przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej, to jednak z dalszych wywodów można wyprowadzić wniosek, że bezzasadnie znaczenie tego uchybienia zbagatelizował.

W tej sytuacji, gdy nadto oskarżony do winy nie przyznał się nigdy, nie było jakichkolwiek podstaw do oddalenia wniosku obrońcy oskarżonego o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonej zaś w konsekwencji nie może być wątpliwości, że warunki rzetelnego procesu nie zostały w toku sądowego postępowania dochowane, szczególnie w aspekcie możliwości prowadzenia realnej obrony oskarżonego w rozumieniu przepisu art. 6 k.p.k.

W tych warunkach koniecznym stało się uchylenie zaskarżonego kasacją wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w P. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. W toku tego postępowania Sąd ten ustosunkuje się do wyrażonego w apelacji obrońcy oskarżonego żądania ponownego przesłuchania małoletniej M. A., które musi - co oczywiste - nastąpić z dochowaniem reguł przewidzianych w art. 185 a k.p.k.

Mając to wszystko na względzie Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku.

