



Sygn. akt II KK 212/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 listopada 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący)

SSN Tomasz Grzegorzczak

SSA del. do SN Jerzy Skorupka (sprawozdawca)

Protokolant Anna Janczak

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Aleksandra Herzoga,
w sprawie **W. L.**

oskarżonego z art. 200 § 1 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 19 listopada 2015 r.,

kasacji, wniesionej przez pełnomocnika oskarżycielki posiłkowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 13 listopada 2014 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w S.

z dnia 5 maja 2014 r.,

**1. uchyla zaskarżony wyrok oraz utrzymany nim w mocy
wyrok Sądu Okręgowego z dnia 5 maja 2014 r., i przekazuje
sprawę do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji temu
Sądowi,**

**2. zasądza na rzecz pełnomocnika oskarżycielki posiłkowej
koszty nieopłaconej pomocy prawnej z urzędu udzielonej w**

postępowaniu kasacyjnym w wysokości 1476 (słownie: tysiąc czterysta siedemdziesiąt sześć) złotych, w tym VAT.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 5 maja 2014 r., uniewinnił W. L. od tego, że w dniu 24 sierpnia 2010 r. w J., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru zaspokojenia własnego popędu płciowego, najpierw doprowadził małoletnią W. Ł., która wówczas nie miała ukończonych 15 lat, do poddania się innej czynności seksualnej w ten sposób, że przez piżamę wielokrotnie dotykał ręką jej narządów płciowych – pochwy i sromu, a następnie zgwałcił W. Ł. w ten sposób, że wykorzystując fakt fizycznej przewagi nad pokrzywdzoną, pomimo jej sprzeciwu, po przełamaniu jej oporu, rozebrał pokrzywdzoną, po czym wprowadził penisa do pochwy i odbył stosunek płciowy, tj. od popełnienia przestępstwa z art. 197§3 KK i art. 200§1 KK w zw. z art. 12 KK w zw. z art. 11§2 KK. Tym samym wyrokiem sąd uniewinnił W. L. także od popełnienia przestępstwa z art. 200§1 KK, polegającego na tym, że w okresie od czerwca 2009 r. do 2010 r., podczas podróży z Z. do O., dopuścił się innej czynności seksualnej wobec małoletniej W. Ł., która wówczas nie miała ukończonych 15 lat, w ten sposób, że wykorzystując sen i nieuwagę innych pasażerów jadących tym samym pojazdem, dotykał ręką przez ubranie jej narządów płciowych, tj. pochwy i sromu.

Od tego wyroku apelację wniósł Prokurator Rejonowy zaskarżając wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego i zarzucając: 1. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 185a§1 KPK; art. 185a§3 KPK i art. 391§1 KPK; art. 167 KPK i art. 201 KPK; art. 201 KPK, art. 7 KPK, art. 410 KPK; art. 7 KPK i art. 167 KPK w zw. z art. 366 KPK, art. 410 KPK i art. 424§1 KPK, 2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść.

Wymieniony wyrok zaskarżyła także pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej, zaskarżając go w całości na niekorzyść oskarżonego i zarzucając rażącą obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść wyroku, tj. art. 4 KPK, art. 366§1 KPK; art. 7 KPK, art. 201 KPK, art. 170§1 pkt 1, 3 i 5 KPK, art. 424§1 pkt 1 KPK.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 13 listopada 2014 r., utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, uznając apelację za oczywiście bezzasadną.

Kasację od tego wyroku wywiodła pełnomocnik z urzędu oskarżycielki posiłkowej, zaskarżając wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego i zarzucając wyrokowi rażące naruszenie prawa, polegające na obrazie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na treść wyroku, tj.

1. art. 433§2 KPK i art. 457§3 KPK w zw. z art. 394§2 KPK i art. 391§1 KPK w zw. z art. 185a§3 KPK i art. 182§1 KPK w zw. z art. 186§1 KPK i art. 16§1 KPK, art. 151§2 KPK i art. 190§1 KPK w ten sposób, że Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku błędnie rozważył, tzn. nie uwzględnił zarzutów oskarżyciela publicznego i pełnomocnika oskarżycielki posiłkowej (odpowiednio pkt IIb apelacji prokuratora i pkt IIa apelacji oskarżyciela posiłkowego), dotyczących bezpodstawnego pominięcia przy ustalaniu faktów zeznań małoletniej pokrzywdzonej W. Ł. złożonych w dniach: 22.10.2010 r., 29.04.2011 r. i 5.03.2012 r. z powodu braku pouczenia pokrzywdzonej o prawie do odmowy złożenia zeznań przeciwko osobie najbliższej, braku podpisu świadka pod protokołem z 5.03.2012 r. i braku pouczenia pokrzywdzonej o obowiązku mówienia prawdy, podczas gdy W. Ł. została pouczona o obowiązku mówienia prawdy przed przesłuchaniem w dniach 29.04.2011 r. (k. 193) i 5.03.2012 r., a pozostałe uchybienia nie są tego rodzaju, aby powodowały niemożność procesowego wykorzystania dotkniętych nimi zeznań,
2. art. 433§2 KPK i art. 457§3 KPK w zw. z art. 410 KPK i art. 201 KPK poprzez niewłaściwe rozpoznanie zarzutów prokuratora i oskarżycielki posiłkowej (odpowiednio pkt II b i d oraz pkt II 1 a i II 2 e ww. apelacji), dotyczących pominięcia opinii biegłej M. J. z tego powodu, że opinia opiera się na wadliwych zeznaniach W. Ł., gdy nie ma podstaw do wyeliminowania tej opinii z materiału dowodowego,
3. art. 433§2 KPK w zw. z art. 457§3 KPK, art. 436 KPK, art. 7 KPK i art. 201 KPK poprzez niewłaściwe rozpoznanie zarzutów prokuratora i oskarżycielki posiłkowej (odpowiednio pkt II d oraz pkt II 2 a-c ww. apelacji), wyrażające się w tym, że sąd nie odniósł się do podnoszonych przez oskarżenie sprzeczności i niejasności wewnętrznych w opinii i zastosowanego przez biegłego narzędzia badawczego (testu EPQ-R), poprzestając na zarzutach opartych na różnicach

po między tą opinią a opinią biegłej M. J., podczas gdy wymienione zarzuty powinny być rozpatrzone samodzielnie,

4. art. 433§2 KPK w zw. z art. 457§3 KPK, art. 436 KPK, art. 167 KPK i art. 201 KPK poprzez zaniechanie rozpoznania zarzutu prokuratora z pkt II c apelacji, ponieważ przedwcześnie jest stwierdzenie, że wskazana w tym zarzucie rozbieżność jest niedającą się usunąć wątpliwością w rozumieniu art. 5§2 KPK, w sytuacji, gdy pokrzywdzona nie spowodowała uszkodzenia swojej błony dziewiczej,
5. art. 433§2 KPK w zw. z art. 457§3 KPK, art. 436 KPK, art. 410 KPK poprzez nieodniesienie się do zarzutu prokuratora z pkt II e apelacji,
6. art. 433§2 KPK w zw. z art. 457§3 KPK, art. 436 KPK, art. 410 KPK poprzez bezpodstawne uznanie, że bezprzedmiotowe byłoby rozważenie zarzutu oskarżycielki posiłkowej dotyczącego dowolnej oceny zeznań małoletniej W. Ł. z 7.06.2014 r.,
7. art. 437§2 KPK poprzez utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku, gdy wszystkie wyżej wskazane błędy proceduralne obligowały sąd odwoławczy do uchylenia zaskarżonego orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji,
8. art. 170§2 KPK poprzez bezzasadne oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z wywiadów środowiskowych dotyczących J. Ł.

Podnosząc wymienione zarzuty skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

W pisemnej odpowiedzi na kasację Prokurator Apelacyjny wniósł o jej oddalenie jako niezasadnej. Natomiast na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Generalnej złożył wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku i utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Okręgowego i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje. Kasacja jest zasadna. Istota skargi sprowadza się do zakwestionowania poglądu Sądu Okręgowego, zaakceptowanego przez Sąd Apelacyjny o wyeliminowaniu z materiału

dowodowego części zeznań pokrzywdzonej W. Ł., które złożyła nie będąc pouczona o prawie do odmowy złożenia zeznań, o którym mowa w art. 182§1 KPK oraz opinii biegłej psycholog M. J., gdyż odnosi się ona do ww. zeznań W. Ł. Oba sądy instancyjne zgodnie bowiem uznały, że wobec tego, że pokrzywdzona składając w postępowaniu przygotowawczym zeznania w dniach 22.10.2010 r. i 29.04.2011 r. oraz w czasie pierwszego postępowania sądowego prowadzonego pod sygn. II K .../11 w dniu 5.03.2012 r., będąc osobą najbliższą dla oskarżonego W. Ł., nie została pouczona o prawie do odmowy zeznań - wymienione zaznania nie mogą stanowić dowodu. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, że w czasie kolejnego przesłuchania przed sądem, gdy pokrzywdzona została już pouczona o uprawnieniu z art. 182§1 KPK, nie skorzystała z niego i złożyła zeznania. Poza tym, protokoły przesłuchania pokrzywdzonej w postępowaniu przygotowawczym nie zostały przez nią podpisane, a wobec upływu 3 lat od tych czynności, sąd *a quo* i sąd *ad quem* odrzuciły możliwość uzupełnienia brakujących podpisów, stosownie do przepisu art. 151§2 KPK, gdyż „nawet osoby o doskonałej pamięci nie byłyby w stanie po upływie 3 lat od czynności stwierdzić, czy zapisy znajdujące się w protokole odpowiadają jej twierdzeniom”. Według sądów instancyjnych, za eliminacją ww. zeznań W. Ł. przemawia również to, że przed przesłuchaniem w dniu 29.04.2011 r. i w dniu 5.03.2012 r. nie została pouczona o obowiązku mówienia prawdy zgodnie z art. 190§1 KPK. Odnośnie zaś do opinii biegłej psycholog M. J., opinia ta nie może stanowić dowodu, gdyż „odnosi się bezpośrednio do dowodów z zeznań W. Ł. przeprowadzonych w toku śledztwa i postępowania w sprawie II K .../11, a których dokonano z pogwałceniem przepisów prawa procesowego, skutkującego niemożnością oparcia na nich jakichkolwiek ustaleń faktycznych”.

Dla rozpoznania kasacji i wydania orzeczenia wystarczające są uchybienia wskazane w pierwszych dwóch zarzutach tej skargi. Rozpoznanie dalszych zarzutów jest bezprzedmiotowe dla dalszego toku postępowania. Z tego względu, Sąd Najwyższy na podstawie art. 436 KPK w zw. z art. 518 KPK ograniczył rozpoznanie kasacji tylko do ww. uchybień.

Przed wszystkim należy stwierdzić, że określone w art. 182§1 KPK prawo do odmowy zeznań przysługuje także świadkowi małoletniemu (zob. uchw. SN z

19.02.2003 r., I KZP 48/02, OSNKW 2003/3-4/23). Żaden z przepisów procesowych nie uzależnia występowania w charakterze świadka od uzyskania określonego wieku. W znaczeniu procesowym świadkiem jest bowiem każda osoba, która w takim charakterze została wezwana do złożenia zeznań (art. 177§1 KPK), zaś świadkiem w znaczeniu faktycznym jest osoba, która widziała określone zdarzenie (zob. *J.Tylman, T.Grzegorzczak*, Polskie postępowanie karne, Warszawa 2011, s. 504 – 505). Na możliwość przesłuchania w charakterze świadka osób, które w chwili przeprowadzenia tej czynności nie przekroczyły 15 lat, wskazują wprost przepisy art. 185a§1 KPK i art. 185b§1 i 2 KPK. Skoro więc osoba małoletnia, nawet poniżej 15 roku życia może być świadkiem, tym samym przysługuje jej prawo do odmowy zeznań w stosunku do osoby najbliższej (art. 182§1 KPK). Oskarżony W. L. jest byłym mężem K. Ł., która jest siostrą pokrzywdzonej W. Ł. Dla pokrzywdzonej oskarżony jest zatem szwagrem, a więc powinowatym w linii bocznej, a przez to osobą dla niej najbliższą. Z tego względu pokrzywdzonej przysługuje prawo do odmowy zeznań, o którym nie została pouczona w postępowaniu przygotowawczym i sądowym w sprawie II K .../11.

Wobec niepouczenia pokrzywdzonej o wymienionym uprawnieniu, doszło więc do naruszenia przepisu art. 191§2 KPK w zw. z art. 182§1 KPK. Błąd ten powielono trzykrotnie i dostrzeżono go dopiero przy ponownym rozpoznaniu sprawy w pierwszej instancji. W piśmiennictwie prawniczym wskazuje się zaś, że brak stosownego pouczenia prowadzi do tego, że zeznania świadka, który nie wiedział o przysługujących mu uprawnieniach, nie mogą stanowić dowodu (zob. *P.Hofmański, E.Sadzik, K.Zgryzek*, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2007, s. 894). Nie mogą zostać wykorzystane jako dowody w sprawie nie tylko zeznania złożone przez osobę, która skorzystała z przysługującego jej prawa do odmowy ich złożenia, lecz także takie jej wypowiedzi, które zostały złożone przy braku świadomości osoby przesłuchiwanej, co do przysługującego jej uprawnienia, w którym to przedmiocie, wobec braku stosownego pouczenia, nie mogła się wypowiedzieć (zob. post. SN z 5.01.2006 r., III KK 195/05, OSNKW 2006/4/39; wyr. SN z 21.03.2013 r., III KK 268/12, Lex nr 1311768). Od obowiązku poinformowania świadka o uprawnieniu z art. 182§1 KPK nie zwalnia nawet bierność profesjonalnego przedstawiciela strony, której praw pouczenie ma dotyczyć (zob.

wyr. SA w Krakowie z 2.02.1994 r., II AKr 248/93, KZS 1994/2/21), tym bardziej, że przepis art. 191§2 KPK wyraźnie zobowiązuje organ procesowy do pouczenia świadka o przysługującym mu prawie do odmowy zeznań.

W doktrynie prawa karnego procesowego przyjmuje się, że wadliwe czynności procesowe mogą być, co do zasady, naprawione przez uchylanie uchybień. O ile jednak sama możliwość naprawienia wadliwych czynności procesowych nie budzi zastrzeżeń, o tyle zakres tych czynności, a zwłaszcza sposób usuwania wad, podlega różnym ocenom (zob. *K.Woźniewski*, Prawidłowość czynności procesowych w polskim procesie karnym, Gdańsk 2010, s. 246 – 251 oraz cytowaną tam literaturę i orzecznictwo). Kwestie możliwości usuwania wad czynności procesowych w doktrynie prawa karnego procesowego ujmuje się od strony negatywnej wskazując przypadki, kiedy konwalidacja czynności procesowych jest niemożliwa, wyłączając m.in. możliwość konwalidowania czynności dowodowych objętych niektórymi zakazami dowodowymi (zob. *J.Tylman*, *T.Grzegorzczak*, Polskie postępowanie karne, Warszawa 2011, s. 408; *S.Waltoś*, *P.Hofmański*, Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 2013, s. 58 – 59).

W postępowaniu sądowym prowadzonym pod sygn. II K .../13 pokrzywdzona W. Ł., zgodnie z art. 191§2 KPK została pouczona o uprawnieniu z art. 182§1 KPK, z którego nie skorzystała. Nie ulega więc wątpliwości, że złożone przez nią zeznanie stanowi już pełnowartościowy dowód. Oceniając zaś prawną dopuszczalność wcześniejszych, wadliwie złożonych zeznań zważyć należy, że od świadka jako źródła dowodu pochodzi środek dowodowy w postaci zeznania. Zeznanie stanowi jeden środek dowodowy, niezależnie od tego ile razy świadek był przesłuchiwany. Nie można wszak twierdzić, że każde zeznanie stanowi oddzielny środek dowodowy, a więc od świadka pochodzi tyle środków dowodowych, ile razy był przesłuchiwany. Wszystkie depozycje świadka przekazane w trakcie wielu czynności przesłuchania traktować należy więc jako jego zeznanie, a zatem jeden środek dowodowy. Od świadka mogą pochodzić też inne środki dowodowe niż zeznanie, np. właściwości jego ciała, gdy został poddany oględzinom i badaniom niepołączonym z zabiegiem chirurgicznym, w sytuacji, o której mowa w art. 192§1 KPK lub oględzinom ciała, w sytuacji przewidzianej w art. 192§3 KPK.

Możliwa jest zatem taka sytuacja procesowa, że od tego samego świadka, jako źródła dowodu, pochodzić będą środki dowodowe uzyskane w następstwie prawidłowo i nieprawidłowo przeprowadzonych czynności dowodowych. W drugim wypadku, jeżeli wada czynności dowodowej polegała na jej przeprowadzeniu, np. wbrew zakazowi dowodowemu, czynność dowodowa nie będzie mogła być konwalidowana, a uzyskany w taki sposób środek dowodowy stanowić podstawy dokonywanych w sprawie ustaleń faktycznych.

W rozpoznawanej sprawie pokrzywdzona W. Ł., będąc prawidłowo pouczone o prawie do odmowy zeznań oświadczyła, że nie korzysta z tego prawa i chce zeznawać. W takim wypadku, jej wcześniejsze zeznania mogą być odczytane na podstawie art. 391§1 KPK, chyba że wystąpiły okoliczności, o których mowa w art. 171§5 KPK (zob. post. SN z 4.04.2006 r., III KK 297/05, OSNKW 2006/7-8/68). Pokrzywdzona świadoma możliwości wyboru, tj. złożenia zeznania bądź odmówienia zeznania, zdecydowała się zeznanie złożyć. W takim wypadku, wola złożenia zeznania obejmuje całość jej zeznań, w tym także wcześniejsze depozycje. Pierwotna wadliwość czynności przesłuchania pokrzywdzonej i złożonych przez nią zeznań została bowiem uchylona przez późniejsze stanowcze i nieskrępowane oświadczenie o woli złożenia zeznania.

Wcześniejsze zeznania W. Ł. mogą być odczytane na podstawie art. 391§1 KPK, gdyż nie zostały uzyskane wbrew zakazowi dowodowemu. Określony w art. 182§1 KPK zakaz dowodowy zakazuje wszak przesłuchiwanie w charakterze świadka osoby, która skorzystała z prawa do odmowy zeznań. Tymczasem W. Ł. z tego uprawnienia nie skorzystała. W toku pierwszych trzech czynności przesłuchania o wymienionym uprawnieniu nie była jedynie pouczone, zaś przesłuchiwana za czwartym razem uchyliła względny charakter wymienionego zakazu. Nie może być więc mowy o tym, że środek dowodowy pochodzący od pokrzywdzonej uzyskany został wbrew zakazowi dowodowemu określone w art. 182§1 KPK. Wskazane wyżej zeznania W. Ł. podlegałyby eliminacji z procesu karnego także wtedy, gdyby pokrzywdzona nie zdecydowała się na złożenie zeznania. Zostało już wszak powiedziane, że brak stosownego pouczenia prowadzi do wyeliminowania jako dowodu zeznań świadka, który nie wiedział o przysługującym mu uprawnieniu. Prawidłowe pouczenie pokrzywdzonej o

uprawnieniu z art. 182§1 KPK i wyrażenie woli złożenia zeznania, wymienioną kwestię czynią nieaktualną w stosunku do całości zeznań W. Ł.

Podsumowując powyższe uwagi należy powiedzieć, że jeżeli świadek będący osobą najbliższą dla oskarżonego korzysta z uprawnienia określonego w art. 182§1 KPK i składa zeznania odmienne niż poprzednio lub występują inne okoliczności, o których mowa w art. 391§1 KPK, jest możliwe odczytanie wcześniejszych zeznań tego świadka celem wyjaśnienia sprzeczności, nawet wtedy, gdy zostały one złożone pomimo niepouczenia go o prawie do odmowy zeznań.

Twierdzenie o braku możliwości procesowego wykorzystania zeznań świadka będącego osobą najbliższą dla oskarżonego, złożonych przy braku pouczenia o prawie do odmowy zeznań, który po prawidłowym pouczeniu o tym uprawnieniu złożył zeznania, byłoby uprawnione w razie uznania, że zeznania złożone przy braku rzeczonego pouczenia stanowią inny środek dowodowy niż zeznania złożone przy prawidłowym pouczeniu. W takim wypadku następowałoby jednak wykorzystanie „skażonego” dowodu, poprzez odczytanie zeznań świadka. Zważyć więc należy, że stosownie do zasady bezpośredniości, będącej naczelną zasadą procesu karnego, organ procesowy powinien zetknąć się osobiście ze źródłem i środkiem dowodowym, a ustalenia faktyczne powinny być oparte przede wszystkim na podstawie tzw. dowodu pierwotnego (zob. *S.Waltoś, P.Hofmański*, Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 2013, s. 259; *H.Paluszkiiewicz*, Zasada bezpośredniości, [w:] System Prawa Karnego Procesowego. T. III cz. 2 Zasady procesu karnego, Warszawa 2014, s. 1005 i n.; *D.Świecki*, Bezpośredniość czy pośredniość w polskim procesie karnym, Warszawa 2013, s. 19 i n.). Pomimo posiadania takiej samej wartości dowodowej, w procesie karnym preferowane są bowiem dowody, które zostały przeprowadzone w sposób bezpośredni. Ustalenia faktyczne powinny być zatem dokonywane, co do zasady, na podstawie zeznań złożonych przez świadka osobiście na rozprawie głównej. Dopiero, gdy świadek bezpodstawnie odmawia zeznań, zeznaje odmiennie niż poprzednio albo oświadczy, że pewnych okoliczności nie pamięta, dopuszczalne jest sięgnięcie do zeznań złożonych w stadium przedsądowym, poprzez odczytanie jedynie w niezbędnym zakresie protokołów zeznań złożonych w postępowaniu

przygotowawczym (art. 391§1 KPK). Wyraz obowiązania zasady bezpośredniości stanowi wyraźne wskazanie w cytowanym przepisie, że przedmiotem odczytania nie mogą być „całe” zeznania złożone w postępowaniu przygotowawczym, ale jedynie ich „odpowiedni zakres” oraz określenie przesłanek, których wystąpienie umożliwia procesowe wykorzystanie wcześniejszych zeznań. Z tego względu ustawa procesowa ogranicza możliwość przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka w sposób pośredni, od spełnienia przesłanek określonych w art. 391§1 KPK. Wymieniony przepis nie kreuje bowiem odmiennego od zeznań świadka środka dowodowego w postaci „dowodu z protokołu”. Określa jedynie pośredni sposób uzyskania dowodu poprzez odczytanie zeznań, w przeciwieństwie do bezpośredniego uzyskania tego dowodu, w razie osobistego złożenia zeznań na rozprawie głównej. Przepis art. 391§1 KPK określa jedynie sposób wprowadzenia do procesu karnego zeznań świadka poprzez odczytanie treści protokołu, a nie inny niż zeznanie środek dowodowy. Tym samym, złożenie przez stronę wniosku o odczytanie na podstawie art. 391§1 KPK, w niezbędnym zakresie treści protokołu złożonych poprzednio zeznań i uwzględnienie tego wniosku przez przewodniczącego składu orzekającego, nie świadczy o dopuszczeniu innego środka dowodowego niż zeznanie, ale o przeprowadzeniu dowodu z tych zeznań w sposób pośredni.

Przenosząc te uwagi na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że dopuszczenie możliwości odczytania zeznań pokrzywdzonej W.Ł. złożonych przy braku pouczenia o prawie do odmowy zeznań nie świadczy o dopuszczeniu dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania (art. 191§2 KPK). Jak zostało już powiedziane, pokrzywdzona wyrażając przed sądem *meriti* wolę zeznawania w sprawie, w której oskarżony jest dla niej osobą najbliższą, uchyliła pierwotną wadliwość wcześniejszych czynności jej przesłuchania, co otworzyło możliwość wprowadzenia do procesu uprzednio złożonych zeznań w sposób pośredni, a więc za pomocą odczytania w niezbędnym zakresie treści tych protokołów, na podstawie art. 391§1 KPK.

Niezasadny jest także pogląd sądów instancyjnych o braku możliwości uzupełnienia przez pokrzywdzoną W. Ł. brakujących podpisów pod protokołami z czynności jej przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym. Stosownie bowiem

do art. 151§2 KPK, jeżeli protokół nie został należycie podpisany bezpośrednio po zakończeniu czynności, brakujące podpisy mogą być złożone później, ze wskazaniem daty ich złożenia i przyczyn opóźnienia. W wymienionym przepisie chodzi o sytuację, gdy bezpośrednio po przeprowadzeniu czynności protokół nie został podpisany przez wszystkie osoby, które powinny złożyć podpisy. Powód tego opóźnienia nie ma znaczenia. W takim wypadku osoby te mogą złożyć podpisy później, zaznaczając datę podpisania oraz podając przyczynę opóźnienia. Omawiany przepis nie wskazuje temporalnej granicy, do jakiej możliwe jest złożenie brakujących podpisów pod protokołem. Przyjmuje się więc, że jest to możliwe do czasu zakończenia postępowania (zob. post. SN z 10.05.2006 r., III KK 350/05, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 997). Przepis art. 151§2 KPK nie wymaga też, aby osoba, której podpisu brakuje pod protokołem pamiętała przebieg czynności i mogła stwierdzić, że wszystko, co zapisane jest w protokole, faktycznie miało miejsce. Co prawda, w piśmiennictwie karnoprocesowym wskazuje się, że brak podpisu pod protokołem czynności dowodowej przeprowadzonej w postępowaniu przygotowawczym nie może zostać uzupełniony w postępowaniu sądowym (zob. *M.Lipczyńska, R.Ponikowski*, Mały komentarz do kodeksu postępowania karnego, Warszawa 1986, s. 133-134), lecz pogląd ten uznać należy za nietrafny, wobec jednoznacznej treści art. 151§2 KPK przewidującej możliwość późniejszego złożenia brakujących podpisów (zob. post. SN z 10.05.2006 r., III KK 350/05, LEX nr 186956).

Nie znajduje uzasadnienia także twierdzenie sądu pierwszej instancji zaaprobowane przez sąd odwoławczy, że „drugie z przesłuchań w śledztwie, jak i przesłuchanie w sprawie II K .../11 nie zostały poprzedzone pouczeniem świadka, tj. W. Ł. o obowiązku mówienia prawdy”, gdyż lektura protokołów wymienionych czynności wskazuje, że w obu wypadkach wymienionego obowiązku dochowano. Zważyć przy tym należy, że stosownie do art. 190§1 KPK przed rozpoczęciem przesłuchania należy uprzedzić świadka o odpowiedzialności karnej za zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy. Niedopełnienie przez organ procesowy wymogów określonych w art. 190§1 KPK nie wyklucza więc uznania danej osoby za świadka. Wyłącza jedynie możliwość pociągnięcia jej do odpowiedzialności za złożenie fałszywych zeznań, na podstawie art. 233§2 KK (zob. post. SN z 9.09.2013 r., SDI

22/13, LEX nr 1380704), przy czym - co należy podkreślić - w czasie przeprowadzania wymienionych czynności dowodowych W. Ł. nie miała ukończonych 13 lat, a więc uprzedzenie jej o odpowiedzialności karnej za zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy (art. 190§1 KPK) było bezprzedmiotowe, wobec braku możliwości pociągnięcia jej do odpowiedzialności.

W świetle przedstawionych uwag, niezasadne okazało się stanowisko sądów instancyjnych o wyeliminowaniu z podstawy dowodowej opinii biegłej psycholog M. J. z tego powodu, że odwołuje się ona do zeznań W. Ł. złożonych przy braku pouczenia o prawie odmowy zeznań. Możliwość odczytania w odpowiednim zakresie ww. zeznań na podstawie art. 391§1 KPK, a tym samym wprowadzenie ich do procesu, otwiera możliwość dokonywania na ich podstawie ustaleń faktycznych, a tym samym daje możliwość ich wykorzystania w toku opiniowania przez biegłą psycholog.

Wskazane wyżej uchybienia sądów instancyjnych mają charakter rażący i bez wątpienia miały wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia. Z uwagi na charakter tych uchybień, należało uchylić nie tylko zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego, ale także wyrok Sądu Okręgowego II K .../13 i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji temu sądowi.

Mając to na uwadze, orzeczono, jak na wstępie.

kc