

POSTANOWIENIE Z DNIA 4 KWIETNIA 2006 R.

III KK 297/05

1. Jeżeli osoba najbliższa dla podejrzanego, przesłuchiwana w postępowaniu przygotowawczym, złożyła zeznania nie będąc pouczone o prawie do odmowy ich złożenia, ale następnie pouczone, w postępowaniu przed sądem, o treści art. 182 § 1 k.p.k. nie korzysta z tego prawa i decyduje się na składanie zeznań, to konsekwencją tego jest także możliwość odczytania, w razie rozbieżności między obecnymi a poprzednimi oświadczeniami dowodowymi tej osoby, protokołu jej przesłuchania i z postępowania przygotowawczego, dla wyjaśnienia tych różnic.

2. Wynikający z art. 79 § 3 k.p.k. obowiązek udziału obrońcy niezbędnego w rozprawie i w niektórych posiedzeniach nie odnosi się do czynności dowodowych, przeprowadzanych przez sąd w trybie wskazanym w art. 396 § 2 k.p.k., a zatem jego nieobecność nie stanowi wówczas uchybienia, o jakim mowa w art. 439 § 1 pkt 10 *in fine* k.p.k.

*Przewodniczący: sędzia SN T. Grzegorzczak (sprawozdawca).*

*Sędziowie: SN K. Cesarz, WSO (del. do SN) T. Artymiuk.*

*Prokurator Prokuratury Krajowej: B. Mik.*

Sąd Najwyższy w sprawie Ryszarda G., skazanego z art. 207 § 3 w zw. z art. 91 § 1 k.k., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2006 r., kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w T. z dnia 11 maja 2005 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w T. z dnia 22 listopada 2004 r.,

o d d a l i ł kasację (...).

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

Wyrokiem Sądu Rejonowego w T. z dnia 22 listopada 2004 r. Ryszard G. został uznany za winnego popełnienia, w okresach od września 2002 r. do dnia 26 sierpnia 2003 r. oraz od dnia 10 grudnia 2003 r. do dnia 26 lutego 2004 r., w ramach ciągu przestępstw czynów znęcania się fizycznego i psychicznego nad swoją matką Ireną G., czego następstwem były próby targnięcia się pokrzywdzonej na własne życie w dniu 9 stycznia 2003 r. i w dniu 20 lutego 2004 r., tj. przestępstw z art. 207 § 1 i 3 w zw. z art. 91 § 1 k.k., i skazany za to na karę 3 lat pozbawienia wolności. Od orzeczenia tego apelacje wywiedli sam oskarżony oraz jego obrońca, a po ich rozpoznaniu Sąd Okręgowy w T., wyrokiem z dnia 11 marca 2005 r., zaskarżony wyrok utrzymał w mocy. Od prawomocnego orzeczenia Sądu odwoławczego wniósł kasację obrońca oskarżonego, podnosząc zarzut obrazy art. 182 § 1 k.p.k. (a w uzasadnieniu tej skargi także art. 191 § 2 k.p.k.), przez niepouczenie matki oskarżonego o przysługującym jej prawie odmowy zeznań, które to zeznania przyczyniły się w istotny sposób do uznania wyjaśnień oskarżonego za niewiarygodne i nietrafne uznanie przez sąd odwoławczy, że sąd pierwszej instancji konwalidował tę wadliwość. Wysuwając powyższe skarżący wniósł o uchylenie obu wydanych w sprawie wyroków i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji. Sam oskarżony w piśmie do Sądu Najwyższego podniósł obrazę art. 79 k.p.k. (jak należy rozumieć § 3 tego przepisu) przez to, że podczas przesłuchania pokrzywdzonej w postępowaniu sądowym poza rozprawą w miejscu jej pobytu w czynności tej nie uczestniczył ani on ani jego obrońca, choć obrona formalna była obowiązkowa. Prokurator Okręgowy w T. w odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście

bezzasadnej, a podobnie wnioskowała na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej podnosząc też, że nie doszło w sprawie również do obrazy art. 79 § 3 k.p.k., gdyż przesłuchanie odbywało się poza rozprawą.

Rozpoznając tę kasację Sąd Najwyższy stwierdził, co następuje.

Prawdą jest, że – jak ustalił to sąd *meriti* – pokrzywdzona po złożeniu zawiadomień o popełnieniu wobec jej osoby przez oskarżonego przestępstw znęcania się była trzykrotnie przesłuchiwana w postępowaniu przygotowawczym bez odnotowania w protokole pouczenia jej o prawie do odmowy zeznań, a ściślej – co wynika z akt sprawy – z odnotowaniem jedynie pouczenia o obowiązku mówienia prawdy pod rygorem odpowiedzialności karnej za czyn z art. 233 k.k. Rzecz jednak w tym, że – jak wywodził ten sąd – przesłuchani na ową okoliczność funkcjonariusze policji sporządzający te protokoły zgodnie twierdzili, że pokrzywdzona miała wolę złożenia zeznań, a ponadto pokrzywdzona już wcześniej była przesłuchiwana jako świadek w postępowaniach przeciwko osobom jej najbliższym, w tym i przeciwko oskarżonemu, a więc wiedziała o prawie do odmowy zeznań, gdyż z niego korzystała w tych postępowaniach. Sąd pierwszej instancji wskazał także, że pokrzywdzona pouczona na rozprawie o prawie do odmowy zeznań nie odmówiła ich złożenia, lecz złożyła zeznania, tyle że odmiennej treści. To zaś jak, wywodził ów sąd, upoważniało go do odczytywania zeznań z postępowania przygotowawczego i wprowadzania ich w ten sposób do materiału dowodowego rozprawy oraz stosownej ich oceny. Sąd odwoławczy wypowiadając się w przedmiocie apelacyjnego zarzutu obrazy art. 182 § 1 k.p.k. wskazał w związku z tym, że prawo do odmowy zeznań ustanowione jest nie w interesie oskarżonego, ale w interesie świadka, aby nie zmuszać go do zeznania przeciwko najbliższemu. Przeto jeżeli świadek taki pouczony przez sąd o prawie do odmowy zeznań nie korzysta z tego prawa, lecz składa zeznania, ale odmiennej treści niż w postępowaniu przygotowawczym, gdzie nie odnotowano takiego pouczenia,

nie ma przeszkód do odczytania protokołów tamtych zeznań, bowiem to, że są one dotknięte wadliwością, nie przesądza jeszcze – zdaniem sądu odwoławczego – o niemożliwości ich wykorzystania w procesie.

I z takim rozumowaniem sądów należy się zgodzić. Pokrzywdzona była przesłuchiwana w postępowaniu przygotowawczym w charakterze świadka po i w związku ze złożeniem zawiadomień o przestępstwach znęcania się nad nią syna i złożyła wówczas szczegółowe zeznania go obciążające. Protokoły te podpisała po zapoznaniu się z ich treścią. Rzeczywiście nie odnotowano na nich, przez stosowne zakreslenia, pouczenia świadka o prawie do odmowy zeznań, ale po pouczeniu o nim przez sąd na rozprawie, pokrzywdzona oświadczyła wyraźnie m.in.: „zeznawałam przeciwko memu synowi i to jest prawda (...). Prawdą jest, że Ryszard używał wobec mnie słów wulgarnych (...) nadużywał alkoholu”, z tym, że następnie twierdziła, iż to ona była agresywna wobec syna, a nie on w stosunku do niej. Po przerwaniu tego przesłuchania z uwagi na stan zdrowia świadka i potrzebę udzielenia mu pomocy lekarskiej oraz zarządzenia na wniosek obrońcy i prokuratora, że dalsze przesłuchanie odbywać się będzie w miejscu pobytu pokrzywdzonej, została tam znów pouczona o treści art. 182 § 1 k.p.k. i ponownie oświadczyła, że chce zeznawać, przy czym w zeznaniach tych znów oświadczała odmiennie niż w postępowaniu przygotowawczym, co spowodowało, że sąd odczytywał jej wówczas protokoły poprzednich przesłuchań. Fakt nieodnotowania w protokole przesłuchania świadka pouczenia go o prawie do odmowy zeznań, gdy prawo takie mu służy, jest bez wątpienia naruszeniem prawa i oznacza wadliwość przeprowadzenia dowodu z jego zeznań, także wtedy, gdy świadek ten jako pokrzywdzony złożył zawiadomienie o przestępstwie, odnośnie do którego ma zeznawać. Wadliwość ta nie eliminuje jednak automatycznie i *ex lege* tego dowodu. Jeżeli bowiem ustawodawca chce, aby określone oświadczenie dowodowe z uwagi na uchybienia prawne nie stanowiło dowodu w

sprawie, to wyraźnie to zaznacza, czego przykładem może być przepis art. 171 § 7 k.p.k., jako że w Polsce nie obowiązuje generalna reguła tzw. zakazu spożywania owocu z drzewa zatrutego. Jeżeli świadek będący osobą najbliższą dla oskarżonego nie chce składać zeznań, w tym obciążających tegoż oskarżonego, może skorzystać z owego prawa, a wówczas eliminuje z postępowania także swoje wcześniejsze zeznania, bez względu na to, czy był czy też nie był wtedy pouczone o tym uprawnieniu. Jeżeli jednak zostawszy pouczone przez sąd o prawie do odmowy zeznań nie korzysta z tego uprawnienia i zeznaje, to z wszelkimi tego procesowymi konsekwencjami. Tym samym, gdy świadek taki zeznaje obecnie odmiennie niż poprzednio, to stosownie do art. 391 § 1 k.p.k. sąd ma nie tylko prawo, ale obowiązek – z uwagi na dążenie do poznania prawdy (art. 2 § 2 k.p.k.) – odczytać mu poprzednie zeznania z żądaniem ustosunkowania się świadka do zachodzących sprzeczności. Przyczyna braku odnotowania w protokole odczytywanych zeznań pouczenia o treści art. 182 § 1 k.p.k. może i powinna być przedmiotem czynności dowodowych przewodu sądowego, ale skoro brak ów sam w sobie nie eliminuje dowodu z owych zeznań, to nie wyłącza też możliwości ich odczytania w warunkach art. 391 § 1 k.p.k. Odczytana treść zeznań staje się dowodem przeprowadzonym w tym zakresie (pośrednio) na rozprawie. Ujawnione w ten sposób zeznania podlegają na zasadach ogólnych swobodnej ocenie sądu wraz z zeznaniami złożonymi bezpośrednio na rozprawie i to, którym z nich sąd da wiarę, zależy od owej oceny dokonanej z uwzględnieniem powodów podanych przez świadka dla wyjaśnienia różnic między treścią jego kolejnych oświadczeń dowodowych i w aspekcie całego materiału ujawnionego na rozprawie.

Reasumując, należy stwierdzić, że jeżeli osoba najbliższa dla podejrzanego, przesłuchiwana w postępowaniu przygotowawczym złożyła zeznania nie będąc pouczone o prawie do odmowy ich złożenia, ale następ-

nie pouczone w postępowaniu przed sądem o treści art. 182 § 1 k.p.k. nie korzysta z tego prawa i decyduje się na składanie zeznań, to konsekwencją tego jest także możliwość odczytania, w razie rozbieżności między obecnymi a poprzednimi oświadczeniami dowodowymi tej osoby, protokołu jej przesłuchania i z postępowania przygotowawczego, dla wyjaśnienia tych różnic. Wprowadzone w ten sposób do materiału dowodowego rozprawy zeznania złożone w przygotowawczym stadium procesu podlegają swobodnej ocenie sądu, w której ramach należy uwzględniać zarówno okoliczności podawane przez świadka dla wyjaśnienia rozbieżności między poprzednimi i obecnymi zeznaniami, jak i inne dowody zgromadzone na rozprawie. I tak też stało się w tej sprawie, sąd bowiem bardzo dokładnie analizował owe zeznania i wyjaśnił, bez naruszenia art. 7 k.p.k., dlaczego i które z tych zeznań pokrzywdzonej obdarza wiarygodnością. Każde przy tym oparte na nich ustalenie sądu znalazło swoje oparcie także w zeznaniach innych świadków, tyle tylko, że oświadczali oni odnośnie poszczególnych faktów, a pokrzywdzona co do całokształtu zachowań oskarżonego składających się na czyn polegający na znęcaniu się. Wyjaśnienia samego oskarżonego były zatem oceniane w kontekście wszystkich dowodów, a nie tylko zeznań pokrzywdzonej. Nie można więc przyjąć, iżby w sprawie niniejszej miała miejsce w postępowaniu przez sądem *meriti*, zaakceptowana jakoby wadliwie przez sąd odwoławczy, rażąca obraza prawa procesowego mogąca mieć istotny wpływ na treść wyroku, przez naruszenie w postępowaniu przygotowawczym wymogów art. 191 § 1 w zw. z art. 182 § 1 k.p.k.

Natomiast, gdy chodzi o podniesiony przez samego skazanego zarzut obrazy art. 79 k.p.k. na skutek przeprowadzenia poza rozprawą przesłuchania pokrzywdzonej pod nieobecność jego obrońcy, który był obrońcą obowiązkowym, to jego uwzględnienie wchodziłoby w rachubę tylko wtedy, gdyby oznaczało to naruszenie wymogu płynącego z § 3 tego przepisu. Stanowiłoby to bowiem uchybienie, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 10 *in*

*fine* k.p.k., a więc naruszenie prawa uwzględniane przez Sąd Najwyższy także z urzędu. Wymaga to zatem ustosunkowania się przez sąd kasacyjny i do tej kwestii.

W sprawie tej obrona formalna była obowiązkowa z uwagi na to, że biegli psychiatrzy, tak w postępowaniu przygotowawczym jak i przed sądem, uznając wprawdzie, że oskarżony *tempore criminis* nie miał zniesionej ani znacznie ograniczonej poczytalności i może uczestniczyć w postępowaniu wskazali jednocześnie, iż ze względu na swój stan zdrowia psychicznego powinien on w tym postępowaniu korzystać z pomocy obrońcy. Obrońca obowiązkowy powinien, jak wiadomo, uczestniczyć w rozprawie oraz w tych posiedzeniach sądu, podczas których obecność oskarżonego jest obowiązkowa (art. 79 § 3 k.p.k.). Zarządzone w tej sprawie, na zgodny wniosek obrońcy i prokuratora, przesłuchanie pokrzywdzonej w miejscu jej pobytu, nie było jednak dokonywane ani na rozprawie ani na posiedzeniu. Odbywało się ono poza rozprawą w trybie art. 396 § 2 k.p.k., po wydaniu przez sąd stosownego postanowienia. O terminie tej czynności powiadomiono zarówno obrońcę oskarżonego jak i prokuratora, a także samego oskarżonego nie zarządzając jednak jego sprowadzenia, co było możliwe (art. 396 § 3 zdanie drugie), tym bardziej, że podczas przesłuchiwania pokrzywdzonej na rozprawie oskarżonego wydalono z sali rozpraw na czas tego przesłuchania z uwagi na obawę krępującego jego oddziaływania na zeznania świadka (art. 390 § 2 k.p.k.). Ani obrońca, ani prokurator nie stawili się jednak na omawiane przesłuchanie, ale też po ujawnieniu protokołu tej czynności na samej rozprawie nie wnosili żadnych zastrzeżeń. Sam oskarżony zaś, po zapoznaniu się z treścią protokołu owego przesłuchania, oświadczył jedynie, że niedopuszczenie go do tej czynności uniemożliwiło mu zadawanie matce pytań, co „jest niepowetowaną stratą do poznania przez sąd prawdy”, nie wskazując jednak o jakie pytania chodzi; nie miał

ich zresztą również podczas przesłuchania pokrzywdzonej na rozprawie, gdy po powrocie na salę rozpraw odczytano mu treść jej zeznań.

Istota analizowanego problemu sprowadza się jednak nie do tego, czy strony wносиły zastrzeżenia odnośnie omawianej czynności, lecz do ustalenia, na jakim forum dokonuje się w sądowym stadium procesu przesłuchania świadka, jeżeli jest to przesłuchanie w miejscu jego zamieszkania, a tym samym, czy odnoszą się do niego wymogi wynikające z art. 79 § 3 k.p.k. Mogłoby się wydawać, że skoro czynność ta dokonywana jest poza rozprawą, ale niejako „w miejsce” czynności owej rozprawy, czy też „zamiast” przeprowadzenia jej na tej rozprawie, a udział obrońcy obligatoryjnego w rozprawie jest obowiązkowy (art. 79 § 3 k.p.k.), to dotyczyć to powinno także wskazanej czynności. Jednak w art. 396 § 3 k.p.k. wyraźnie zastrzega się, że w przesłuchaniu takim strony, obrońcy i pełnomocnicy mają jedynie prawo wziąć udział. Nie można przy tym zakładać, że wskazany przepis dotyczy jedynie tych stron i ich przedstawicieli procesowych, którzy mogą uczestniczyć w rozprawie, a więc że nie odnosi się on do uczestników postępowania, których udział w samej rozprawie jest obowiązkowy, a która to powinność rozszerza się automatycznie także na przesłuchanie świadka poza rozprawą. Po pierwsze, dlatego że w tym samym § 3 art. 396 k.p.k. udział oskarżonego, który na rozprawie jest obowiązkowy, uzależniono od decyzji sądu. Po wtóre, że dla stron i ich reprezentantów, którzy mają jedynie prawo, a nie obowiązek, uczestniczenia w rozprawie, przepis byłby zbędny, gdyż prawo to rozciągałoby się i tak na czynności sądu dokonywane „w miejsce” czynności, jakie powinny być przeprowadzone na samej rozprawie. Przepis art. 396 § 3 k.p.k. musi być zatem odczytany jako stwarzający samodzielną podstawę uczestnictwa każdej strony i jej procesowego przedstawiciela w czynności dokonywanej przez sąd wyjątkowo poza rozprawą zamiast na rozprawie, i przyjmujący, że uczestnicy ci mają jedynie prawo wzięcia w niej udziału, bez względu na to, czy w



samej rozprawie udział ten jest tylko prawem, czy także obowiązkiem danego uczestnika. Nie ma tu zatem zastosowana art. 79 § 3 k.p.k. Należy w tym miejscu, dla ustalenia pełnego obrazu omawianej czynności sądowej, rozważyć także, czy forum, na jakim dochodzi do omawianego przesłuchania, nie jest posiedzenie sądu. Zauważyć należy, że w art. 95 k.p.k. zastrzega się jedynie, iż rozprawa i posiedzenie to forum, na jakim sąd „orzeka”. Przy orzekaniu takim sąd oczywiście prowadzi, gdy wynika to z przepisów prawa, poprzedzające owo orzekanie, różne czynności procesowe, w tym i dowodowe. Nie wymaga się jednak generalnie, aby każda czynność dowodowa sądu dokonywana była co najmniej na forum będącym posiedzeniem w rozumieniu przepisów proceduralnych. Wskazuje na to także treść art. 97 k.p.k., który zezwala sądowi, gdy na posiedzeniu przed wydaniem orzeczenia dostrzeże potrzebę sprawdzenia okoliczności faktycznych, na dokonanie stosownych czynności dowodowych już niekoniecznie na tym posiedzeniu, jako że może to uczynić także przez sąd wezwany lub sędziego wyznaczonego. Jedynie zatem, gdy ustawa wyraźnie przyjmie, że określoną czynność dowodową sąd przeprowadza jednak na posiedzeniu, procesowo miejscem tej czynności jest owo posiedzenie (tak np. w art. 185a § 2 i art. 185b § 1 k.p.k.). Wymogu takiego brak jednak w art. 396 k.p.k. Tym samym, przesłuchanie świadka, o jakim mowa w § 2 art. 396 (co odnieść należy też do czynności określonej w § 1 tego przepisu), odbywa się poza rozprawą, ale nie stanowi też czynności, która dokonywana jest wówczas na posiedzeniu w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania karnego. Także zatem w tym aspekcie nie może odnosić się do niej wymóg obecności obrońcy niezbędny wynikający z art. 79 § 3 k.p.k. Zresztą nawet, gdyby przyjąć, że jest to posiedzenie sądu, to § 3 art. 79 wymaga obecności obrońcy obligatoryjnego jedynie w tych z nich, w których udział samego oskarżonego jest obowiązkowy. Wskazano zaś wcześniej, że treść art. 396 § 3 zd. 2 k.p.k. wyklucza obowiązkowy udział tego podmiotu w

omawianej czynności. W konsekwencji należy przyjąć, że wynikający z art. 79 § 3 k.p.k. obowiązek udziału obrońcy niezbędnego w rozprawie, i w niektórych posiedzeniach, nie odnosi się do czynności dowodowych przeprowadzanych przez sąd w trybie wskazanym w art. 396 § 2 k.p.k., a zatem jego nieobecność nie stanowi wówczas uchybienia, o jakim mowa w art. 439 § 1 pkt 10 *in fine* k.p.k. Jeżeli nieobecność taka byłaby wynikiem niepowiadomienia obrońcy o miejscu i czasie czynności, uchybienie to może być oceniane tylko od strony art. 438 pkt 2 k.p.k. Tym samym, także obraza prawa podnoszona przez skazanego nie miała miejsca w niniejszej sprawie. (...)