

POSTANOWIENIE Z DNIA 15 MARCA 2012 R.

III KK 244/11

W wypadkach określonych w art. 185a § 1 k.p.k., gdy dowodu nie da się trwale przeprowadzić, z uwagi na stan zdrowia świadka – pokrzywdzonego, podstawę oddalenia wniosku dowodowego stanowi art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k.

Przewodniczący: Prezes SN L. Paprzycki.

Sędziowie: SN J. B. Rychlicki, SA (del. do SN) H. Komisarski (sprawozdawca).

Prokurator Prokuratury Generalnej: M. Wilkosz-Śliwa.

Sąd Najwyższy w sprawie Eugeniusza C. i Elwiry S., skazanych z art. 197 § 4 k.k. i innych, po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 15 marca 2012 r., kasacji, wniesionych przez obrońców skazanych od wyroku Sądu Apelacyjnego w G. z dnia 2 marca 2011 r., zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w G. z dnia 6 lipca 2010 r.,

oddalił obie kasacje, przy czym kasację obrońcy skazanego Eugeniusza C. jako oczywiście bezzasadną (...).

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Okręgowego w G. z dnia 6 lipca 2010 r. Elwira S. została uznana za winną tego, że:

1) w okresie nie później niż od maja 2006 r. do dnia 24 lipca 2007 r. w B., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, ze szczególnym okrucieństwem, przemocą poprzez bicie, doprowadziła do wielokrotnego obcowania płciowego pięcioletnią Natalię C. (...), tj. przestępstwa z art. 197 § 4 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 197 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzono jej karę 5 lat pozbawienia wolności,

2) w okresie nie później niż od dnia 1 maja 2006 r. do dnia 24 lipca 2007 r. w B., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, ze szczególnym okrucieństwem, przemocą poprzez bicie, doprowadzała do wielokrotnego poddania się innej czynności seksualnej trzyletniego Mariusza C. (...), tj. przestępstwa z art. 197 § 4 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 197 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzono jej karę 5 lat pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k., Sąd Okręgowy połączył wymierzone Elwirze S. kary pozbawienia wolności i sprowadził je do kary łącznej 5 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Apelację od tego wyroku złożył obrońca Elwiry S., który podniósł następujące zarzuty:

– „błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, poprzez niesłuszne ustalenie na podstawie nieprawidłowej oceny dowodów, że oskarżona Elwira S. dokonała obydwu zarzucanych jej czynów na szkodę małoletniej Natalii C. i małoletniego Mariusza C.”,

– „obrazę przepisów postępowania, tj. art. 167 k.p.k. i art. 185a § 1 k.p.k. poprzez zaniechanie inicjatywy dowodowej z urzędu oraz odmowę na pisemne żądanie oskarżonej Elwiry S. przesłuchania małoletniej Natalii C., w sytuacji, gdy w toku postępowania rozpoznawczego przed Sądem wyszły na jaw istotne okoliczności – dotyczące oskarżonego Jerzego D., których wyjaśnienie wymagało ponownego przesłuchania małoletniej, a nadto oskarżona wnosząc o przesłuchanie małoletniej odnosiła to żądanie do sytuacji procesowej, w której podczas pierwszego przesłuchania małoletniej nie miała obrońcy”.

Ostatecznie obrońca wniósł alternatywnie o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie Elwiry S. od dokonania przypisanych jej czynów albo o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 2 marca 2011 r., Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- pierwszy z przypisanych oskarżonej czynów, przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k., zakwalifikował z art. 197 § 1 k.k. i art. 197 § 2 k.k. w zw. z art. 197 § 4 k.k. i art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i w zw. z art. 11 § 2 k.k., a za podstawę wymiaru kary przyjął przepis art. 197 § 4 k.k.,
- drugi z przypisanych oskarżonej czynów, przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k., zakwalifikował z art. 197 § 2 k.k. w zw. z art. 197 § 4 k.k. i art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i w zw. z art. 11 § 2 k.k., a za podstawę wymiaru kary przyjął przepis art. 197 § 4 k.k.

W pozostałej części Sąd Apelacyjny utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Od tego ostatniego wyroku kasację wniósł obrońca skazanej, który podniósł zarzut rażącego naruszenia prawa procesowego, które miało wpływ na treść wyroku, a polegającego na obrazie przepisów:

1) „art. 154 k.p.k. w zw. z art. 153 k.p.k. w zw. z art. 2 § 2 k.p.k. i art. 431 § 3 k.p.k., poprzez sprostowanie protokołu rozprawy apelacyjnej z dnia 26 stycznia 2011 r., na kolejnej rozprawie w dniu 23 lutego 2011 r., niezgodnie z rzeczywistym tokiem rozprawy wpisując oświadczenie obrońcy o treści, której nie było – pomijając rzeczywistą treść wypowiedzi”,

2) art. 431 § 3 k.p.k., poprzez uznanie, że doszło do modyfikacji apelacji obrońcy, w uzgodnieniu z oskarżoną, choć nie miało to miejsca, a przy tym w protokole rozprawy „nie odnotowano zgody oskarżonej na jakąkolwiek modyfikację”,

3) art. 457 § 3 k.p.k., poprzez nierozważenie i nieustosunkowanie się do podniesionego w apelacji zarzutu obrazy art. 167 k.p.k. i art. 185a § 1 k.p.k.

W konkluzji obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w G. do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja nie zasługuje na uwzględnienie. Wszystkie podniesione przez skarżącego zarzuty wiążą się z dokonaniem przez Sąd Apelacyjny w G. na rozprawie w dniu 23 lutego 2011 r. „sprostowaniem” protokołu rozprawy z dnia z dnia 26 stycznia 2011 r. i przyjęciem, że obrońca, w uzgodnieniu z Elwirą S., cofnął zarzut obrazy art. 167 k.p.k. i art. 185a § 1 k.p.k., co w konsekwencji skutkowało tym, że Sąd ten nie rozważył tego zarzutu.

Na wstępie zauważyć należy, że protokół rozprawy jest dokumentem rejestrującym i dowodzącym jej przebiegu, a w szczególności umożliwiającym kontrolę prawidłowości postępowania. Co istotne, w art. 153 k.p.k. ustawodawca zawarł regulacje dotyczące trybu sprostowania protokołu.

W niniejszej sprawie, Sąd Najwyższy nie znajduje podstaw do przyjęcia, że zapisy dokonane w protokole rozprawy odwoławczej, która odbyła się w dniu 23 lutego 2011 r., a odnoszące się do protokołu rozprawy z dnia 26 stycznia 2011 r., są niezgodne z rzeczywistością, jak to sugeruje obrońca. Należy zauważyć, że na rozprawie w dniu 23 lutego 2011 r. był obecny nie tylko substytut obrońcy, ale też sama Elwira S., która podobnie jak obrońca, nie wniosła żadnych zastrzeżeń do stwierdzeń przewodniczącego oraz członków składu orzekającego, które zostały ujęte w protokole. Nadto, skarżący nie złożył wniosku o sprostowanie protokołu i dopiero w kasacji zanegował rzetelność jego treści. Przyznać jednak trzeba, że choć protokół stanowi podstawowy dowód zachowania form procesowych, to nie jest to dowód wyłączny w tym sensie, że fakt dopełnienia (lub nie) wymogów czynności może być wykazywany także za pomocą innych dowodów i to niezależnie od tego, czy uprzednio uczestnik skorzystał z wniosku o sprostowanie protokołu. W rozpatrywanym przypadku obrońca nie przedstawił jednakże żadnego przekonującego dowodu, który potwierdzałby słuszność jego wyводу o błędności zapisów znajdujących się w protokole rozprawy odwoławczej z dnia 23 lutego 2011 r. Kwestia ta nie jest jednak kluczowa dla rozstrzygnięcia zasadności zarzutów kasacji.

Rzecz bowiem w tym, że Kodeks postępowania karnego w art. 431 § 1 przewiduje wprawdzie możliwość cofnięcia środka odwoławczego wniesionego w stosunku do danej osoby, ale nie przewiduje możliwości cofnięcia jednego z zarzutów podniesionych w apelacji. Nawet więc, gdyby doszło do złożenia przez obrońcę oświadczenia o cofnięciu jednego z zarzutów, to i tak byłoby ono nieskuteczne, a sąd odwoławczy byłby zobowiązany do rozpoznania sprawy w granicach zakreślonych w art. 433 § 1 k.p.k., tj. również do rozważenia przedmiotowego zarzutu (art. 433 § 2

k.p.k.) i odniesienia się do niego w uzasadnieniu wyroku (art. 457 § 3 k.p.k.).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że niezależnie od treści złożonego przez obrońcę oświadczenia na rozprawie odwoławczej, Sąd Apelacyjny był zobowiązany do rozważenia obu zarzutów podniesionych w apelacji.

W przekonaniu skarżącego, Sąd Apelacyjny nie rozważył zawartego w apelacji zarzutu obrazy art. 167 k.p.k. i art. 185a § 1 k.p.k. Mimo że Sąd ten w części historycznej uzasadnienia wyroku rzeczywiście nie przytoczył wspomnianego zarzutu, to wnikliwa analiza tegoż uzasadnienia prowadzi do wniosku, iż był on przedmiotem rozważań i w wystarczającym stopniu odniesiono się do jego zasadności. Stosowne rozważania w tym względzie znajdują się na stronie (...) uzasadnienia. Sąd Apelacyjny wskazał na okoliczność dwukrotnego przesłuchania małoletniej Natalii C. w postępowaniu przygotowawczym – w trybie art. 185a § 1 k.p.k. i brak przesłanek do jej powtórnego przesłuchania na etapie postępowania sądowego.

Sąd Najwyższy podziela stanowisko Sądu Apelacyjnego. Nie ulega jednak wątpliwości, że ideą unormowania art. 185a § 1 k.p.k. jest to, aby osoba w nim wskazana, w toku całego postępowania, była przesłuchana w charakterze świadka tylko raz. Przepis ten jest wyrazem szczególnej ochrony małoletniego pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko rodzinie i opiece, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przed tzw. wtórną wiktymizacją ze strony organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości (zob.: A. Gadomska: Przygotowanie do przesłuchania małoletniej ofiary w charakterze świadka, Prok. i Pr. 2008, nr 7-8, s. 181; A. Kaznowski: Udział pokrzywdzonego małoletniego w polskim procesie karnym, Prok. i Pr. 2007, nr 5, s. 75; J. Kosonoga: Przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185a

k.p.k., Prok. i Pr. 2004, nr 1, s. 63; A.Z. Krawiec: Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w polskim procesie karnym, WPP 2007, nr 1, s. 52; R.A. Stefański: Szczególne tryby przesłuchania w postępowaniu karnym świadka małoletniego, który nie ukończył 15 lat, WPP 2005, nr 4, s. 79; K. Stocka: Przesłuchanie świadka w trybie art. 185a k.p.k., NKPK 2004, nr 16, s. 147; P. Świerk: Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego na podstawie art. 185a Kodeksu postępowania karnego, Prok. i Pr. 2004, nr 5, s. 149). W ten sposób urzeczywistniana jest ochrona jego zdrowia psychicznego, czemu ma również służyć sposób przesłuchania oraz ograniczenie grona osób biorących udział w tej czynności (art. 185a § 2 k.p.k.).

Ma rację skarżący, że zasada przyjęta w art. 185a § 1 k.p.k. nie ma charakteru bezwzględnego. Dopuszczalne jest bowiem powtórzenie przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego w dwóch ściśle wskazanych wypadkach. Po pierwsze, jeżeli wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania pokrzywdzonego. Po drugie wtedy, gdy zażąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego (art. 185a § 1 k.p.k. *in fine*). W tej ostatniej sytuacji nie ma znaczenia jaki jest powód tego wniosku ani też, czy oskarżony w ogóle go podał. Wystarczający jest sam fakt zgłoszenia żądania przez oskarżonego lub jego obrońcę, by sąd był zobowiązany do ponownego przesłuchania pokrzywdzonego (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 1 lutego 2008 r., V KK 231/07, OSNKW 2008, z. 4, poz. 27 wraz z glosą J. Potulskiego, GSP – Prz. Orz. 2008, nr 4, s. 12; z dnia 22 stycznia 2009 r., V KK 216/08, OSNPriPr 2009, nr 6, poz. 26 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2010 r., I KZP 21/10, BPK 2010, nr 6, s. 55).

Idąc dalej, choć z treści art. 185a § 1 k.p.k. nie wynika to wprost, to jednak w drodze rozumowania *argumentum a contrario* należy przyjąć, że

wniosek o ponowne przesłuchanie świadka, który złożył już zeznania w trybie art. 185a § 1 k.p.k., można oddalić wówczas, gdy nie wyjdą na jaw w trakcie postępowania prowadzonego po takim przesłuchaniu istotne okoliczności, które wyjaśnić można tylko poprzez ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego. Nie można zatem przesłuchiwać ponownie pokrzywdzonego, gdy nie wyjdą na jaw istotne okoliczności albo gdy wprawdzie okoliczności takie wyjdą na jaw, ale mogą one zostać wyjaśnione za pomocą innych dowodów. Na podkreślenie zasługuje to, że wniosek o przesłuchanie pokrzywdzonego oparty na tych przesłankach może złożyć każda strona postępowania, w tym oskarżony – może o tym zdecydować również z urzędu sąd. Jeżeli chodzi natomiast o żądanie oskarżonego, to może ono nie zostać uwzględnione wtedy, gdy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego miał on obrońcę, i to niezależnie od tego, czy obrońca był obecny podczas tego przesłuchania, czy też będąc prawidłowo powiadomiony, nie stawiał się na nie. Wprawdzie, za regułę trzeba uznać to, że podstawy oddalenia wniosku dowodowego, określone w art. 170 k.p.k., nie znajdują zastosowania do złożonego przez oskarżonego żądania, o którym mowa w art. 185a § 1 k.p.k., ale w wyjątkowych wypadkach, opisane w tym pierwszym przepisie sytuacji, będą stanowiły podstawę do odmowy uwzględnienia przedmiotowego żądania, np. gdy dowodu z ponownego przesłuchania pokrzywdzonego nie da się przeprowadzić z powodu takiego jego stanu psychicznego, który uniemożliwia nawiązanie z nim rzeczowego kontaktu.

Ustawodawca czyni zatem wyraźną dystynkcję i jednoznacznie różnicuje sytuacje, w których ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego określonego w art. 185a § 1 k.p.k. ma nastąpić z uwagi na „wyjście na jaw istotnych okoliczności” oraz z uwagi na „żądanie oskarżonego, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego”. W

pierwszym wypadku zakres dokonywanej przez sąd oceny zasadności ewentualnego wniosku jest o wiele szerszy, aniżeli w drugim.

W rozpatrywanej sprawie, wbrew sugestiom obrońcy, wniosek skazanej Elwiry S. o ponowne przesłuchanie Natalii C., w sposób niebudzący wątpliwości, był oparty na tym, że „wyszły na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania”. W rzeczywistości przyznaje to sam skarżący, który tak w apelacji, jak i w kasacji wskazuje, że powtórne przesłuchanie Natalii C. powinno nastąpić z uwagi na zeznania Izabeli M., w których podała, że małoletnia, w rozmowie z nią, niekiedy pozytywnie wypowiadała się o Jerzym D., który też był objęty oskarżeniem w tej sprawie. Sądy obu instancji słusznie jednak uznały, że ta okoliczność nie miała żadnego znaczenia z punktu widzenia odpowiedzialności Elwiry S. za zarzucane jej przestępstwa. To nie jej przecież dotyczyły wypowiedzi pokrzywdzonej kierowane do Izabeli M. Natalia C. w kontaktach z tym świadkiem nigdy nie przedstawiała Elwiry S. w innym świetle, aniżeli to, które wyraziła podczas przesłuchań. Zarówno Sąd Okręgowy, jak i Sąd Apelacyjny wyraziły swoje stanowisko na temat omawianych wypowiedzi pokrzywdzonej i trafnie przyjęły, że Jerzy D. broniąc niekiedy Natalię C. przed innymi skazanymi w niniejszej sprawie, czynił to z powodu wyrzutów sumienia, co nie wyklucza tego, że również on ją krzywdził. Ostatecznie jednak kwestia ewentualnego sprawstwa Jerzego D. nie była przedmiotem oceny Sądu Okręgowego, ponieważ oskarżony ten zmarł i postępowanie przeciwko niemu umorzono.

Elwira S. nie zażądała więc ponownego przesłuchania pokrzywdzonej z tego względu, że nie miała obrońcy podczas jej pierwszego przesłuchania w trybie art. 185a § 1 k.p.k., lecz złożyła wniosek oparty na „wyjściu na jaw istotnych okoliczności”. Okoliczności te (pomijając już to czy były istotne) w jakimkolwiek stopniu nie odnosiły się do niej i dlatego słusznie wniosek ten nie został uwzględniony.

Niezależnie od poczynionych dotychczas uwag, należy podkreślić, że z zeznań prawnych opiekunów Natalii C., a także z opinii biegłych psychologów, wynika, że po drugim przesłuchaniu małoletniej stan jej zdrowia psychicznego uległ znacznemu pogorszeniu i istotnie obniżyły się jej zdolności intelektualne. Doszło u niej do tak daleko idącej psychicznej blokady, że praktycznie przestała mówić. W szczególności występująca u pokrzywdzonej blokada dotyczyła okoliczności związanych z popełnionymi na jej szkodę przestępstwami.

W takiej sytuacji, w wypadkach określonych w art. 185a § 1 k.p.k., gdy dowodu nie da się trwale przeprowadzić, z uwagi na stan zdrowia świadka – pokrzywdzonego, podstawę oddalenia wniosku dowodowego stanowi art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k. Właśnie w tej sprawie stan zdrowia psychicznego Natalii C. uniemożliwił jej przesłuchanie. Dotyczy to, odpowiednio, każdej przesłuchiwanej osoby.

Podsumowując stwierdzić trzeba, że Sąd Apelacyjny nie dopuścił się naruszenia art. 154 k.p.k., art. 153 k.p.k., art. 431 § 3 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy oddalił kasację, a z uwagi na to, że skazana nie posiada żadnego majątku oraz dochodów, na podstawie art. 624 § 1 k.p.k., zwolnił ją od ponoszenia kosztów sądowych postępowania kasacyjnego, w tym od uiszczenia opłaty od kasacji.