



Sygn. akt V KK 4/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 kwietnia 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Rafał Malarski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Jerzy Steckiewicz

SSA del. do SN Dariusz Czajkowski

Protokolant Anna Kowal

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Barbary Nowińskiej,
w sprawie **B. Ź.**

skazanego z art. 197 § 3 pkt 2 kk i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 16 kwietnia 2015 r.,

kasacji, wniesionych przez obrońców

od wyroku Sądu Apelacyjnego [...]

z dnia 28 sierpnia 2014 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w J. z

dnia 4 lutego 2014 r.,

**I. uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania w postępowaniu
apelacyjnym;**

II. zwraca oskarżonemu wniesione opłaty kasacyjne.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy, wyrokiem z 4 lutego 2014 r., skazał B. Ż. na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności za zgwałcenie w październiku 2010 r. małoletniej L. M. (art. 197 § 3 pkt 2 k.k.) i na karę 4 lat pobawienia wolności za dwukrotne usiłowanie zgwałcenia i wielokrotne zgwałcenie w okresie od marca do października 2012 r. małoletniej L. M. (art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. i art. 197 § 3 pkt 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.), wymierzył oskarżonemu karę łączną 4 lat pozbawienia wolności, a na podstawie art. 41 a § 2 k.k. orzekł wobec oskarżonego zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej oraz zakaz kontaktowania się z nią przez okres 5 lat.

Sąd Apelacyjny, po rozpoznaniu w dniu 28 sierpnia 2014 r. apelacji obrońcy co do winy i apelacji prokuratora co do kary, utrzymał w mocy pierwszoinstancyjny wyrok.

Dwie kasacje od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego wnieśli obrońcy. Adw. J. L. podniósł, że do rażącego i mającego istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. doszło na skutek obrazy art. 410 k.p.k., art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. oraz art. 366 § 1 k.p.k. i art. 185 a § 1 k.p.k., m. in. przez nieprzesłuchanie ponowne małoletniej pokrzywdzonej, mimo iż w apelacji obrońcy takie żądanie zostało wyrażone, a oskarżony w czasie pierwszego składania przez pokrzywdzoną zeznań nie miał obrońcy. Adw. B. L. , formułując szereg zarzutów naruszenia prawa procesowego (art. 4, 7, 366 § 1, 410, 424 § 1 pkt 1, 433 § 2 i 457 § 3 k.p.k.), zwróciła również uwagę na obrazę art. 185 a § 1 k.p.k., ale w kontekście regulacji przewidzianej w art. 147 § 2 k.p.k., zaznaczając, że Sąd pierwszej instancji zobligowany był ponownie przesłuchać małoletnią pokrzywdzoną zarówno wobec pojawienia się istotnych okoliczności wymagających wyjaśnienia, za które należało uznać odmowę zeznań przez matkę małoletniej pokrzywdzonej i dziadków macierzystych, jak i wobec odstąpienia od utrwalenia pierwszego przesłuchania pokrzywdzonej za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk.

Prokurator Prokuratury Okręgowej, delegowany do Prokuratury Apelacyjnej, zażądał w odpowiedzi na kasacje ich oddalenia jako oczywiście bezzasadnych.

Stanowisko to zyskało wsparcie obecnego na rozprawie kasacyjnej prokuratora Prokuratury Generalnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacje okazały się zasadne w tym sensie, że zaskarżony wyrok nie mógł się ostać.

Decydującą dla wyniku postępowania kasacyjnego rolę odegrały wyartykułowane w obu skargach zarzuty rażącego naruszenia przez Sąd odwoławczy art. 185a § 1 k.p.k. Zarzuty te ujęte zostały przez poszczególnych skarżących w sposób różny – bardziej i mniej poprawny. Najbardziej prawidłowo zredagował zarzut w tym zakresie adw. J. L., stwierdzając już w części wstępnej kasacji, że w apelacji swojego autorstwa wyraził wolę ponownego przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej i że obligowało to Sąd *ad quem* do uwzględnienia tego żądania, bowiem w trakcie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonej oskarżony nie miał obrońcy. Adw. B. L. powiązała natomiast konieczność powtórnego przesłuchania L. M. z zaniechaniem przez organy ścigania dokonania – wbrew nakazowi z art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k. (przed zmianą, która weszła w życie 27 stycznia 2014 r.) – zapisu obrazu i dźwięku pierwszego przesłuchania pokrzywdzonej.

W tym miejscu warto przypomnieć, że w art. 185a § 1 k.p.k. (w brzmieniu obowiązującym do 27 stycznia 2014 r.) ustawodawca określił dwa wyjątki od jednokrotnego przesłuchania ofiary m. in. zgwałcenia, która w chwili tej czynności procesowej nie ukończyła 15 lat. Pierwszym było wyjście na jaw istotnych okoliczności, których wyjaśnienie wymagało ponownego przesłuchania, a drugim żądanie ponownego przesłuchania wyrażone przez oskarżonego, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. W tej ostatniej sytuacji pozbawione znaczenia jest to, jakimi względami wniosek motywowano oraz czy w ogóle go uzasadniono; wystarczający jest tu sam fakt zgłoszenia żądania przez oskarżonego lub jego obrońcę, by sąd był zobowiązany do ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego (zob. post. SN z 15 marca 2012 r., III KK 244/11, OSNKW 2012, z. 6, poz. 68). Przyjmuje się też w orzecznictwie, że w wypadkach określanych w art. 185 a § 1 k.p.k. (w starym i nowym brzmieniu) podstawę nieuwzględnienia wniosku dowodowego o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego stanowi art. 170 § 1 k.p.k., wskazujący przesłanki oddalenia

wniosku dowodowego. Innymi słowy, żądanie ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego podlega ocenie jak każdy wniosek dowodowy (zob. post. SN z 7 maja 2013 r., III KK 380/12, OSNKW 2013, z. 9, poz. 74).

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy, a zarazem pomijając analizowanie ewidentnie błędnej tezy o ujawnienie się *in concreto* istotnych okoliczności wymagających powtórnego przesłuchania małoletniej ofiary zgwałcenia (takimi okolicznościami miałyby być według obrony skorzystanie przez niektórych świadków z prawa do odmowy złożenia zeznań), należało dobitnie stwierdzić, że w apelacji sporządzonej przez adw. J. L. wyrażona została w dostatecznie jasny sposób, choć dość nieporadnie, wola ponownego przesłuchania L. M. Co prawda żądanie ponownego przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej autor apelacji argumentował odmową złożenia zeznań przez matkę i dziadków pokrzywdzonej, ale pozbawione to było prawnego znaczenia. Już sam fakt zgłoszenia przez obrońcę żądania ponownego przesłuchania małoletniej ofiary zgwałcenia był tu przesądający. Chybiona w tej mierze motywacja nie miała nic do rzeczy. Nie budzi wątpliwości, że takie żądanie obrońcy było skuteczne przez wzgląd na statuowaną w art. 186 § 2 k.p.k. samodzielność działań procesowych oskarżonego i obrońcy, pozwalającą im na niezależne od siebie wykonywanie czynności procesowych.

Nasuwa się siłą rzeczy pytanie: czy postulat ponownego przesłuchania, o którym mowa w art. 185 a § 1 k.p.k., może być skutecznie wysunięty na etapie postępowania apelacyjnego? Kierując się jedną z ważniejszych reguł wykładni językowej – *lege non distinguente* – trzeba odnotować, że skoro sam ustawodawca w komentowanym przepisie nie wprowadził w omawianym zakresie ograniczeń, np. stanowiąc, że żądanie ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego można zgłosić do określonego momentu, to takich ograniczeń nie wolno wprowadzać interpretatorowi. Dopuszczalne pozostaje zatem zgłoszenie takiego żądania w fazie postępowania drugoinstancyjnego. Uprawnienia tego nie niweczy wyrażony w art. 338 § 1 k.p.k. postulat składania przez oskarżonego wniosków dowodowych w mającym instrukcyjny charakter terminie 7 dni od doręczenia mu aktu oskarżenia.

Nie sposób było też odmówić racji adw. B. L., gdy utrzymywała, że w sprawie doszło do poważnego naruszenia art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k. (w brzmieniu sprzed dnia

27 stycznia 2014 r.). Przepis ten stanowił wówczas, że jeżeli względy techniczne nie stoją na przeszkodzie, przesłuchanie pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185a k.p.k., utrwała się za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk. Co należało rozumieć pod pojęciem „względów technicznych” ustawa nie wyjaśniała, niemniej z pewnością nie można było utożsamiać tego zwrotu, statuującego w powiązaniu z całą treścią przepisu względny obowiązek (zob. wyr. SN z 7 listopada 2011 r., V KK 143/11), z brakiem w zasięgu ręki sprzętu służącego do dokonywania zapisu wizualnego i audialnego. W okresie, kiedy przesłuchiwana była L. M., wejście w posiadanie przez organy procesowe urządzenia typu analogowego lub cyfrowego, wymienionego w rozporządzeniu wykonawczym Ministra Sprawiedliwości z 14 września 2012 r. (Dz. U. 2012, poz. 1090), nie nastroczało jakichkolwiek trudności.

Sąd Najwyższy był zdania, że brak zapisu obrazu i dźwięku z przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej L. M., który przecież w sposób najwierniejszy mógłby oddać treść i przebieg przesłuchania, stanowił dodatkowy i jakże ważki argument wspierający tezę o potrzebie ponowienia tej czynności procesowej. Opisane uchybienie mogło realnie utrudnić oskarżonemu kwestionowanie relacji pokrzywdzonej, co niewątpliwie stawiało pod znakiem zapytania rzetelność procesu w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.

Z przedstawionych racji, a więc z uwagi na rażącą i mającą istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku obrazę art. 185a § 1 k.p.k., której dopuścił się Sąd odwoławczy, należało drugoinstancyjny wyrok uchylić i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania w postępowaniu apelacyjnym (art. 537 § 2 k.p.k.).

Wobec faktu, że oskarżony nie miał obrońcy w trakcie pierwszego przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej, oraz wobec wyrażonego w apelacji obrońcy żądania powtórnego jej przesłuchania powinnością Sądu Apelacyjnego będzie - o ile rzecz jasna nie wystąpią powody oddalenia wniosku dowodowego określone w art. 170 § 1 k.p.k. – wykonanie tej czynności procesowej według zasad przewidzianych w art. 185a § 2 k.p.k. Byłoby celowe, aby przesłuchania pokrzywdzonej na posiedzeniu dokonał Sąd *ad quem* w takim samym składzie, w jakim będzie rozpoznawał sprawę na rozprawie apelacyjnej (art. 30 § 2 k.p.k.).

Treść art. 452 § 2 k.p.k. nie będzie sprzeciwiała się temu, aby w myśl art. 185a § 3 k.p.k. doszło do odtworzenia na rozprawie apelacyjnej zapisu obrazu i dźwięku ponownego przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej oraz odczytania protokołu z tej czynności, co najpewniej przyczyni się wydatnie do przyspieszenia postępowania. Warto podkreślić, że zakaz przeprowadzania w postępowaniu apelacyjnym na nowo przewodu w całości lub w znacznej części w żadnym razie nie oznacza uprawnienia instancji odwoławczej jedynie do przeprowadzenia dowodów o drugorzędym, podrzędnym czy mniej istotnym znaczeniu oraz niedopuszczalności przeprowadzenia dowodu, który miałby mieć istotne znaczenie (zob. wyr. SN z 7 lutego 2013 r., II KK 51/12). Baczyć tylko należy, aby na etapie apelacyjnym nie dochodziło, niejako po raz pierwszy, do przeprowadzenia dowodów kluczowych dla danego procesu (zob. post. SN z 5 listopada 2013 r., III KK 217/13).

Sumując dotychczasowe rozważania, należało stwierdzić, co następuje. **Ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185a § 1 k.p.k., jest dopuszczalne, jeżeli zażąda tego w toku procesu, a więc i w postępowaniu apelacyjnym, oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego; skuteczność takiego żądania - podlegającego ocenie z punktu widzenia art. 170 § 1 k.p.k. – nie jest warunkowana ani podaniem powodu jego zgłoszenia, ani prawidłowością przedstawionego uzasadnienia wniosku; ponownemu przesłuchaniu takiego pokrzywdzonego w stadium postępowania apelacyjnego nie stoi na przeszkodzie co do zasady art. 452 § 2 k.p.k.**

Sąd Najwyższy, korzystając z rozwiązania określonego w art. 436 k.p.k. w zw. art. 518 k.p.k., ograniczył rozpoznanie obu kasacji tylko do uchybień związanych z unormowaniem zawartym w art. 185a § 1 k.p.k., ponieważ uznał, że rozpoznanie w tym zakresie jest wystarczające do wydania wyroku. Rozpoznanie pozostałych zarzutów – pomijając, że w znacznej mierze stanowiły one próbę przeforsowania niedopuszczalnego w postępowaniu kasacyjnym zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych – byłoby przedwczesne.

Już na koniec i poniekąd na marginesie – bo zarzut tego rodzaju nie został w kasacji podniesiony – Sąd Najwyższy dostrzegł celowość zasygnalizowania, że w

wyroku skazującym za dwa lub więcej przestępstw należy precyzyjnie wskazać, za które z nich wymierzony został taki czy inny środek karny. Powinność taką wyprowadza się z treści art. 413 § 2 pkt 2 k.p.k.

Zwrot wniesionych opłat kasacyjnych nastąpił zgodnie z art. 527 § 4 k.p.k.