

Tomasz Lenartowicz

Dopuszczalność ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym

Wprowadzenie

Unormowanie kwestii przesłuchania małoletnich świadków przestępstw przeciwko m.in. wolności seksualnej, zgodnie z założeniami ustawodawcy, miało na celu w pierwszej kolejności ochronę psychiki małoletnich, na którą destrukcyjny wpływ ma każde przesłuchanie, wymuszające powrót pamięcią do zdarzeń, których małoletni był ofiarą¹. Przesłuchanie takie, na gruncie art. 185a k.p.k., jest dopuszczalne jedynie, gdy zeznania małoletniego mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Co do zasady, przesłuchanie przeprowadza się jednorazowo, na posiedzeniu sądowym, z udziałem biegłego psychologa. Prawo udziału w przesłuchaniu mają m.in. prokurator, pełnomocnik pokrzywdzonego i obrońca oskarżonego/podejrzanego. Jest ono rejestrowane, zapis obrazu i dźwięku odtwarza się na rozprawie głównej. Pomimo że obligatoryjnie stosuje się ten tryb tylko do małoletnich przed ukończeniem przez nich 15 roku życia, to na mocy art. 185a §4 k.p.k. należy go też zastosować do starszego małoletniego, jeżeli „*zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na jego stan psychiczny*”.

¹ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, druk nr 3633, Sejm IV kadencji.

Takie ukształtowanie formuły postępowania z małoletnimi pokrzywdzonymi, jakkolwiek zapewnia im możliwie szeroką ochronę przed nadmiernym obciążeniem psychicznym, jak również przed wtórną wiktymizacją, to jednak stanowi znaczące naruszenie gwarancyjnej zasady postępowania karnego – prawa do obrony oskarżonego, które realizuje się m.in. w prawie oskarżonego do zadawania pytań świadkom, a także zasady kontradiktoryjności² i zasady bezpośredniości postępowania dowodowego. Ponadto, może być to ograniczeniem prawa do rzetelnego procesu sądowego, gwarantowanego przez art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wartości.

Konieczność wyważenia praw pokrzywdzonych i oskarżonych została przez ustawodawcę dostrzeżona, czego wyrazem miało być umożliwienie obrońcy udziału w przesłuchaniu małoletniego, wraz z samodzielną podstawą do ustanowienia obrońcy z urzędu dla oskarżonego nie posiadającego obrońcy z wyboru (art. 185a §2 k.p.k.). Udział obrońcy powinien zabezpieczać prawa oskarżonego, dając mu możliwość pośredniego zadawania pytań świadkom i w tym zakresie spełniać minimalne wymogi w/w Konwencji³. Jednocześnie, zamysłem ustawodawcy było ograniczenie występowania sytuacji konieczności powtarzania przesłuchań ze względu na nieposiadanie obrońcy przez oskarżonego/podejznanego w momencie dokonywania czynności. Należy w tym miejscu zauważyć, że art. 185a k.p.k. w żadnym punkcie nie określa, kiedy ta czynność ma być dokonana, implikując dopuszczalność jej przeprowadzenia w fazie *in rem* postępowania przygotowawczego, co wyklucza z kręgu uczestników przesłuchania ewentualnego obrońcę, gdyż ten nie może wystąpić w postępowaniu przed jego przejściem w fazę *in personam*, toteż efektywność tego rozwiązania w zakresie ochrony praw oskarżonego często jest iluzoryczna.

Wyjątki od zasady jednokrotności przesłuchania małoletniego

Zgodnie z art. 185a §1 k.p.k., do ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym może dojść, jeśli „*wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, lub żąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego*”.

² K. Boratyńska, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2018, komentarz do art. 185a k.p.k., teza 1.

³ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, druk nr 998, Sejm VII kadencji.

Ponowne przesłuchanie małoletniego świadka ze względu na pojawienie się istotnych okoliczności jest warunkowane niemożnością ujawnienia tych nowych okoliczności i ich wyjaśnienia za pomocą innych dowodów niż takie przesłuchanie⁴.

Druga z w/w przesłanek jest przejawem realizacji prawa do obrony oskarżonego⁵ w sytuacji, gdy przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego odbyło się w fazie *in rem* postępowania przygotowawczego i nie miał on możliwości zadawania mu pytań nawet w formie pośredniej – przez obrońcę, kiedy taką formę przyjmuje się jako akceptowalny standard w zakresie prawa do rzetelnego procesu na gruncie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w przypadku, gdy pokrzywdzonymi są dzieci⁶. Jednakże, zagadnienie stosowania tego przepisu budzi rozbieżności zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

Kwestią sporną jest czy żądanie oskarżonego przeprowadzenia ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego z powołaniem się na przesłankę nieposiadania przez niego obrońcy w trakcie pierwszego przesłuchania powinno być badane przez sąd przez pryzmat dyrektyw wyrażonych w art. 170 §1 pkt. 1 i 4 k.p.k. czy też sąd powinien bezwzględnie dopuścić taki dowód, badając tylko przesłankę z art. 185 § 1 k.p.k., tj. czy faktycznie oskarżony żądający ponownego przesłuchania nie miał uprzednio obrońcy.

Argumenty za uwzględnianiem dyrektyw z art. 170 § 1 k.p.k.

Podstawową linię argumentacji wyznacza tutaj dychotomia zachodząca między prawem do obrony oskarżonego a ochroną małoletnich pokrzywdzonych i przyznawanie prymatu tej ochronie, kosztem praw oskarżonego⁷. Sąd Najwyższy, w postanowieniu z dnia 6 lipca 2006 r.⁸ podkreślił, że ocena żądania oskarżonego z art. 185a §1 k.p.k., przez pryzmat

⁴ D. Gruszecka, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018, komentarz do art. 185a k.p.k., teza 3.

⁵ P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony*, w: *System Prawa Karnego Procesowego, Zasady Procesu Karnego t. III cz. 2*, red. P. Hofmański, Warszawa 2014, s. 1555.

⁶ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, druk nr 998, Sejm VII kadencji.

⁷ Wyrok SN z 5 X 2010 r., IV KK 61/10, Lex nr 606313; postanowienie SN z 14 XI 2014 r., III KK 212/14, Lex nr 1552608.

⁸ Postanowienie SN z 6 VII 2006 r., IV KK 226/06, Legalis nr 80104.

dyrektyw z art. 170 k.p.k. jest zasadna, ze względu na właśnie funkcję ochronną tego przepisu, która uzasadnia jego wykładnię celowościową. W tym postanowieniu Sąd Najwyższy wyraził także pogląd, że już sama możliwość złożenia przez oskarżonego wniosku z art. 185a §1 k.p.k., który nie jest wiążący dla sądu, wypełnia standard wymagany przez art. 6 ust. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

W kolejnym postanowieniu⁹, Sąd Najwyższy wskazał, że żądaniu oskarżonego należy zadośćuczynić, pod warunkiem że przeprowadzenie przesłuchania jest możliwe ze względu na aktualny stan psychiczny dziecka i że nie spowoduje ono pogorszenia tego stanu, co implikuje pośrednią aprobatę dla oceny tego żądania przez przyzmat art. 170 §1 pkt. 1 i 4 k.p.k. Również doktryna wskazuje na konieczność dokonania oceny, czy przeprowadzenie wnioskowanego dowodu nie spowoduje negatywnego wpływu na stan zdrowia dziecka¹⁰.

Takie rozumowanie powoduje konieczność każdorazowego powoływania biegłego psychologa do złożenia opinii w przedmiocie stanu psychicznego małoletniego i potencjalnego wpływu kolejnego przesłuchania na ten stan. L.K. Paprzycki zaznacza, że należy oddalić wniosek dowodowy o ponowne przesłuchanie jako niemożliwy do przeprowadzenia w sytuacji, gdy biegły psycholog stwierdzi, że zeznania małoletniego ze względu na jego stan psychiczny będą bezwartościowe, a sąd na tej podstawie uzna je za takie również z procesowego punktu widzenia¹¹.

Wreszcie, istotnym argumentem jest, wskazywana już na wstępie, konieczność zapewnienia dzieciom jak najdalej idącej ochrony przed wtórną wiktymizacją do której prowadzi wielokrotny udział w czynnościach procesowych. Małoletni są na nią narażeni szczególnie, ze względu na „wrażliwość i brak w pełni ukształtowanych mechanizmów obronnych”¹².

Ostatni argument ukuty jest na gruncie reguł wykładni, zgodnie z którymi, skoro dopuszczalność choćby jednokrotnego przesłuchania małoletniego poniżej 15 roku życia, będącego pokrzywdzonym, na gruncie art. 185a §1 k.p.k. jest traktowana wyjątkowo jako

⁹ Postanowienie SN z 27 IX 2016 r., V KK 246/16, Legalis nr 1533193.

¹⁰ M. Kurowski, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, red. D. Świecki, Warszawa 2017, Komentarz do art.185(a) Kodeksu postępowania karnego, teza 7.

¹¹ L. Paprzycki, w: *Komentarz aktualizowany do art. 1-424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U.97.89.555)*, red. L. Paprzycki, Lex/el.2015, Komentarz aktualizowany do art.185(a) Kodeksu postępowania karnego, teza 4.

¹² Postanowienie SN z 29 VII 2016 r., V KK 2/16, Legalis nr 1508201.

możliwa tylko w sytuacji gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla sprawy, a więc takie przesłuchanie nie jest obligatoryjne, to tym bardziej wyjątki od dyrektywy jednokrotności jego przesłuchania nie mogą być traktowane jako bezwzględnie wiążące sąd¹³. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy, wskazując, że sformułowanie art. 185a §1 k.p.k. wskazuje na wolę ustawodawcy, aby od zasady jednokrotności przesłuchania odstępować tylko w stanach „wyższej konieczności procesowej”¹⁴.

Argumenty przeciw uwzględnianiu dyrektyw z art. 170 §1 k.p.k.

Fundamentalnym dla tego poglądu jest założenie, że o ile ochronę psychiki małoletnich realizuje dyrektywa o jednokrotności ich przesłuchiwanie, względnie sposób przeprowadzenia tego przesłuchania i forum tej czynności, to jednak wprowadzenie wyjątku umożliwiającego ponowne przesłuchanie na wniosek oskarżonego który podczas pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego nie miał obrońcy, jest już nadaniem prymatu prawu do obrony i w tym zakresie art. 185a §1 k.p.k. bezwzględnie wymaga przeprowadzenia przesłuchania, jeśli tylko przesłanka braku obrońcy jest spełniona¹⁵.

Konsekwencją jest przyjęcie, że przeprowadzenie takiego dowodu nie wymaga uprzedniego uzyskania opinii biegłego psychologa w przedmiocie możliwości uzyskania od dziecka informacji i wpływu przesłuchania na jego psychikę¹⁶. Jednakże, w sytuacji, gdy przeprowadzenie dowodu jest obiektywnie niemożliwe, ze względu na stan zdrowia świadka – pokrzywdzonego, tj. kiedy przykładowo nie jest możliwe porozumiewanie się z nim, to podstawą oddalenia wniosku oskarżonego będzie art. 170 §1 pkt 4 k.p.k.¹⁷

Sąd Najwyższy w postanowieniu 7 sędziów z dnia 24 listopada 2010 r.¹⁸, uzasadnił przyjęcie samoistności podstawy przeprowadzenia dowodu z art. 185a §1 *in fine* k.p.k. wykładnią literalną tego przepisu, którego konstrukcja przewidując dwa wyjątki od

¹³ Ł. Cora, Glosa do wyroku SN z 16 IV 2015 r., V KK 4/15, Lex.

¹⁴ Postanowienie SN z 7 V 2013 r., III KK 380/12, Lex nr 1362576.

¹⁵ Wyrok SN z 1 II 2008 r., V KK 231/07, Lex nr 354853.

¹⁶ Wyrok SN z 1 II 2008 r., V KK 231/07, Lex nr 354853; wyrok SN z 22 I 2009 r., V KK 216/08, Lex nr 485019.

¹⁷ Postanowienie SN z 15 III 2012 r., III KK 244/11, OSNKW 2012/6/68; J. Kosonoga, *Glosa do wyroku SN z 1 III 2013 r., III KK 211/12*, „Orzecznictwo Sądów Polskich”, 2013/11/113.

¹⁸ Postanowienie SN z 24 XI 2010 r., I KZP 21/10, Lex nr 621169.

dyrektywy jednokrotności przesłuchania, tylko pierwszy wyjątek ujmuje stosując kryteria ocenne, natomiast drugi określa mianem „*żądanie*”, co dodatkowo wzmacnia uprawnienie oskarżonego, gdyż w pozostałych regulacjach odnośnie dowodów w k.p.k. ustawodawca posługuje się określeniem „*wniosek*”. Takie ujęcie przemawia za szczególnym charakterem tego uprawnienia i przyjęciem jego autonomii względem przesłanek z art. 170 k.p.k.¹⁹.

Także B. Lewandowski²⁰ opowiada się za szczególnym charakterem żądania oskarżonego z art. 185a §1 *in fine* k.p.k. wskazując, że na gruncie języka polskiego²¹, żądanie to „*życzenie wyrażone w kategoriowej formie*”, a wniosek to jedynie „*propozycja*”. Porównuje ponadto to żądanie, w drodze analogii, do żądania z art. 394 §1 k.p.k., które to obliguje sąd do odczytania wyników wywiadu środowiskowego i nie podlega przecież ocenie w kontekście przesłanek z art. 170 k.p.k., a również dotyczy w istocie przeprowadzenia dowodu.

Sąd Najwyższy argumentował też, iż samo umożliwienie oskarżonemu złożenia wniosku o ponowne przesłuchanie nie może spełniać standardów Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, gdyż bez realnych możliwości doprowadzenia do tego przesłuchania, samo uprawnienie jest fikcją i w żaden sposób nie chroni praw oskarżonego²².

Dla porządku należy wskazać, że Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 27 października 2015 r.²³ ocenił jako niedopuszczalne oddalenie wniosku oskarżonego z art. 185a §1 *in fine* k.p.k., na podstawie art. 170 §1 pkt 5 k.p.k, tj. ze względu na rzekome zmierzanie do przewlekłości postępowania, co nie może mieć miejsca w sytuacji, gdy zgłoszenie żądania nie jest obwarowane żadnym terminem i jest dopuszczalne nawet w postępowaniu odwoławczym.

D. Karczmarska krytykuje nadto tezę o uznaniu za niemożliwy do przeprowadzenia dowód z ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego, jeżeli biegły psycholog stwierdzi, że jego zeznania nie będą wiarygodne w sensie psychologicznym, gdyż to

¹⁹ Zob. D. Karczmarska, *Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w świetle nowelizacji k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo”, styczeń 2014, s. 17-18.

²⁰ B. Lewandowski, *Czy na pewno żądanie oskarżonego złożone w trybie art. 185a §1 k.p.k. należy rozpoznawać jak zwykły wniosek dowodowy? – głos polemiczny*, „Palestra”, 7-8/2016, s. 151-152.

²¹ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, tom III, Warszawa 1999, s. 686, 1016.

²² Postanowienie SN z 24 XI 2010 r., I KZP 21/10, Lex nr 621169.

²³ Postanowienie SN z 27 X 2015 r., II KK 115/12, Lex nr 1936714.

prowadziłoby do wstępnej oceny wiarygodności dowodów, niedopuszczalnej na gruncie k.p.k., gdzie zasadą jest ich następcza ocena²⁴.

Sytuacja pokrzywdzonego który w toku procesu osiągnął pełnoletniość

Niejako na marginesie niniejszych rozważań należy wspomnieć o takiej konfiguracji procesowej, w której pokrzywdzony przestępstwem wymienionym w art. 185a §1 k.p.k., został będąc jeszcze małoletnim, przesłuchany w warunkach tego przepisu, w fazie *in rem* postępowania przygotowawczego, natomiast na etapie postępowania sądowego jest już osobą pełnoletnią, a oskarżony złożył wniosek o jego ponowne przesłuchanie, powołując się na nieposiadanie obrońcy w trakcie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Wydaje się, że skoro *ratio legis* w/w przepisu jest jego funkcja ochronna dla psychiki dziecka - pokrzywdzonego, to w sytuacji, w której pokrzywdzony nie jest już dzieckiem, art. 185a k.p.k. nie znajduje zastosowania i taki wniosek oskarżonego powinien być rozpatrzony na zasadach ogólnych, albo jeżeli jest to przestępstwo z art. 197-199 k.k., to według dyrektyw z art. 185c *in fine* k.p.k. Inne ujęcie prowadziłoby do nieproporcjonalnego i niezasadzonego ograniczenia prawa do obrony oskarżonego.

Podsumowanie

Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach niejednokrotnie²⁵ opisywał modelowe praktyczne zastosowanie art. 185a k.p.k., zasadzające się na przesłuchiowaniu pokrzywdzonego nie wcześniej niż w fazie *in personam* postępowania przygotowawczego, kiedy dysponuje on już obrońcą, czy to z wyboru, czy z urzędu i w konsekwencji jego prawo do obrony nie jest naruszone. W takiej sytuacji również funkcja ochronna wobec małoletnich byłaby lepiej spełniana, gdyż do ponownego przesłuchania dochodziłoby tylko w razie wyjścia na jaw nowych okoliczności wymagających wyjaśnienia.

De lege lata nie ma jednak możliwości doprowadzenia do takiej sytuacji, gdyż organ prowadzący postępowanie przygotowawcze może swobodnie ustalać kolejność

²⁴ D. Karczmarska, *Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w świetle nowelizacji k.p.k.*, Prawo i Prokuratura 1, 2014, s. 18.

²⁵ Wyrok SN z 24 XI 2009 r., III KK 176/09, Lex nr 553885; postanowienie SN z 9 XI 2016 r., V KK 273/16, Lex nr 2167637.

przeprowadzanych czynności. Jednakże, również ustalenie ich przeprowadzania w określonej kolejności, na przykład, kiedy pokrzywdzonymi są dzieci, mogłoby nie odnieść pożądaných skutków, gdyż nierzadko tylko pokrzywdzony małoletni może w swoich zeznaniach dostarczyć dowodów wystarczających do postawienia sprawcy zarzutów.

Jedynie *de lege ferenda* można zaproponować rozwiązanie pośrednie, które w najszerszym zakresie godziłoby interesy pokrzywdzonych i oskarżonych w tego typu sprawach. Konieczne byłoby ustalenie nowej kategorii osób zainteresowanych w procesie karnym, tj. takich którzy w ramach prowadzonego czy wszczynanego postępowania przygotowawczego zostali wymienieni jako potencjalni sprawcy, na przykład w zawiadomieniu o popełnieniu przestępstwa. Taką osobę należałoby powiadomić z odpowiednim wyprzedzeniem, jeśli miałyby dojść do przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego, że figuruje ona w sprawie, aby ten potencjalny przyszły podejrzany mógł ustanowić swojego pełnomocnika, który weźmie udział w przesłuchaniu i będzie zabezpieczał jego prawa. Analogicznie do regulacji z art. 185a §2 k.p.k., jeśli zainteresowany nie miałby pełnomocnika z wyboru, sąd wyznaczałby mu takowego z urzędu.

Taka regulacja mogłaby również skłonić organy ścigania do stawiania zarzutów podejrzanym, kiedy tylko będą ku temu wystarczające przesłanki, gdyż nie miałyby one żadnej potencjalnej przewagi procesowej wynikającej ze zbędnego przeciągania fazy *in rem* postępowania przygotowawczego.

CZASOPISMO PRAWA KARNEGO i NAUK PENALNYCH

Preprint nr 8/2018 | Data publikacji: 1 VIII 2018 r. | Materiał autorski przed opracowaniem redakcyjnym i korektą (preprint) może różnić się od wersji docelowej (drukarskiej) | Copyright © 2018 by Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja | Sposób cytowania preintu: [Autor, *Tytuł opracowania*, CPKiNP preprint nr 8/2018, www.czpk.pl/preprinty]