

Tomasz Lenartowicz

Dopuszczalność ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym

1. Wprowadzenie

Unormowanie kwestii przesłuchania małoletnich świadków przestępstw przeciwko między innymi 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.², 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 między innymi prokurator, pełnomocnik pokrzywdzonego i obrońca oskarżonego/podejrzanego. Jest ono rejestrowane, a zapis obrazu i dźwięku odtwarza się na rozprawie głównej. Pomimo że obligatoryjnie stosuje się ten tryb tylko do małoletnich przed ukończeniem przez nich piętnastego 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 wyrzucić negatywny wpływ na jego stan psychiczny”.

Takie ukształtowanie formuły postępowania z małoletnimi pokrzywdzonymi, jakkolwiek zapewnia im możliwie szeroką ochronę przed nadmiernym obciążeniem psychicznym, jak również przed wtórną wiktymizacją,

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

² Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 2017, poz. 1904 tekst jedn. ze zm., dalej: „Kodeks postępowania karnego”, „k.p.k.”

to jednak stanowi znaczące naruszenie gwarancyjnej zasady postępowania karnego – prawa do obrony oskarżonego, które realizuje się między innymi w prawie oskarżonego do zadawania pytań świadkom – a także zasady kontradykcyjności³ 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 wolności⁴.

Konieczność wyważenia praw pokrzywdzonych i oskarżonych została dostrzeżona przez ustawodawcę, czego wyrazem miało być umożliwienie obrońcy udziału w przesłuchaniu małoletniego, wraz z samodzielną podstawą do ustanowienia obrońcy z urzędu dla oskarżonego nieposiadającego 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 wyżej wspomnianej Konwencji⁵. Jednocześnie zamysłem ustawodawcy było ograniczenie występowania sytuacji konieczności powtarzania przesłuchań ze względu na nieposiadanie obrońcy przez oskarżonego/podejrzanego 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.

2. 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”. Ponowne przesłuchanie małoletniego świadka ze względu na pojawienie się istotnych okoliczności jest warunkowane

³ Zob. K. Boratyńska, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2018, komentarz do art. 185a k.p.k., teza 1.

⁴ Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284, dalej: „Konwencja”.

⁵ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, druk sejmowy nr 998, Sejm VII kadencji.

niemожnością ujawnienia tych nowych okoliczności i ich wyjaśnienia za pomocą innych dowodów niż takie przesłuchanie⁶.

Drugą z wyżej wymienionych przesłanek jest przejawem realizacji prawa do obrony oskarżonego⁷ w sytuacji, gdy przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego odbyło się w fazie *in rem* postępowania przygotowawczego i nie było możliwe zadawanie 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 w przypadku, gdy pokrzywdzonymi są dzieci⁸. Jednakże analiza zarówno doktryny, jak i orzecznictwa Sądu Najwyższego prowadzi do wniosku, że występują znaczne rozbieżności w stosowaniu tego przepisu.

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.

3. Argumenty za uwzględnieniem 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 oskarżonego⁹. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dn. 6 lipca 2006 r.¹⁰ podkreślił, że ocena żądania oskarżonego z art. 185a § 1 k.p.k. przez pryzmat dyrektyw z art. 170 k.p.k. jest zasadna, właśnie ze względu na funkcję ochronną tego przepisu, która uzasadnia jego wykładnię celowościową. W tym postanowieniu Sąd Najwyższy wyraził także pogląd, że już sama możliwość złożenia

⁶ Zob. D. Gruszecka, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018, komentarz do art. 185a k.p.k., teza 3.

⁷ Zob. P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony*, w: *System Prawa Karnego Procesowego. Tom III. Zasady procesu karnego. Część 2*, red. P. Hofmański, Warszawa 2014, s. 1555.

⁸ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, druk sejmowy nr 998, Sejm VII kadencji.

⁹ 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.

¹⁰ Postanowienie SN z 6 VII 2006 r., IV KK 226/06, Legalis nr 80104.

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.

W kolejnym postanowieniu¹¹ Sąd Najwyższy wskazał, że żądaniu oskarżonego należy zadośćuczynić, pod warunkiem że przeprowadzenie przesłuchania jest możliwe przy uwzględnieniu aktualnego stanu psychicznego dziecka i że przesłuchanie nie spowoduje pogorszenia tego stanu, co implikuje pośrednią aprobatę dla oceny tego żądania przez pryzmat 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 dziecka¹².

Takie rozumowanie powoduje konieczność każdorazowego powoływania biegłego psychologa do złożenia opinii w przedmiocie stanu psychicznego małoletniego i potencjalnego wpływu kolejnego przesłuchania na ten stan. Lech Krzysztof 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 widzenia¹³.

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 szczególnie narażeni, ze względu na „wrażliwość i brak w pełni ukształtowanych mechanizmów obronnych”¹⁴.

Ostatni argument ukuty jest na gruncie reguł wykładni, zgodnie z którymi skoro dopuszczalność choćby jednokrotnego przesłuchania małoletniego poniżej piętnastego roku życia będącego pokrzywdzonym na gruncie art. 185a § 1 k.p.k. jest traktowana wyjątkowo jako 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 sąd¹⁵. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy, wskazując, że

¹¹ Postanowienie SN z 27 IX 2016 r., V KK 246/16, Legalis nr 1533193.

¹² Zob. M. Kurowski, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, red. D. Świecki, Warszawa 2017, komentarz do art. 185a k.p.k., teza 7.

¹³ Zob. 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 2015 (wyd. elektr.), komentarz do art. 185a k.p.k., teza 4.

¹⁴ Postanowienie SN z 29 VII 2016 r., V KK 2/16, Legalis nr 1508201.

¹⁵ Zob. Ł. Cora, *Glosa do wyroku SN z 16 IV 2015 r., V KK 4/15*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2016, nr 3, s. 51–57.

sformułowanie art. 185a § 1 k.p.k. wskazuje na wolę ustawodawcy, aby od zasady jednokrotności przesłuchania odstępować tylko w stanach „wyższej konieczności procesowej”¹⁶.

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

Fundamentalne dla tego poglądu jest założenie, że o ile ochronę psychiki małoletnich realizuje dyrektywa o jednokrotności ich przesłuchania, względnie sposób przeprowadzenia tego przesłuchania i forum tej czynności, o tyle jednak wprowadzenie wyjątku umożliwiającego ponowne przesłuchanie na wniosek oskarżonego, który podczas pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego nie miał obrońcy, jest już nadaniem prymatu prawa do obrony i w tym zakresie art. 185a § 1 k.p.k. bezwzględnie wymaga przeprowadzenia przesłuchania, jeśli tylko przesłanka braku obrońcy jest spełniona¹⁷.

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 psychikę¹⁸. 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.¹⁹

Sąd Najwyższy, w postanowieniu siedmiu sędziów z dn. 24 listopada 2010 r.²⁰, 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 dyrektywy jednokrotności przesłuchania, tylko pierwszy ujmuje, stosując kryteria ocenne, natomiast drugi określa mianem „żądania”, co dodatkowo wzmacnia uprawnienie oskarżonego, gdyż w pozostałych regulacjach odnośnie do dowodów w Kodeksie postępowania karnego ustawodawca posługuje się określeniem „wniosek”.

¹⁶ Postanowienie SN z 7 V 2013 r., III KK 380/12, LEX nr 1362576.

¹⁷ Wyrok SN z 1 II 2008 r., V KK 231/07, LEX nr 354853.

¹⁸ Cyt. wyrok SN z 1 II 2008 r., V KK 231/07; wyrok SN z 22 I 2009 r., V KK 216/08, LEX nr 485019.

¹⁹ Postanowienie SN z 15 III 2012 r., III KK 244/11, OSNKW 2012, nr 6, poz. 68; J. Kosonoga, *Glosa do wyroku SN z 1 III 2013 r., III KK 211/12*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2013, nr 11, poz. 113.

²⁰ Postanowienie SN z 24 XI 2010 r., I KZP 21/10, LEX nr 621169.

Takie ujęcie przemawia za szczególnym charakterem tego uprawnienia i przyjęciem jego autonomii względem przesłanek z art. 170 k.p.k.²¹

Także B. Lewandowski²² opowiada się za szczególnym charakterem żądania oskarżonego z art. 185a § 1 *in fine* k.p.k., wskazując, że na gruncie języka polskiego²³ 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 obliuguje 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, że samo umożliwienie oskarżonemu złożenia wniosku o ponowne przesłuchanie nie może spełniać standardów Konwencji, gdyż bez realnych możliwości doprowadzenia do tego przesłuchania samo uprawnienie jest fikcją i w żaden sposób nie chroni praw oskarżonego²⁴.

Dla porządku należy wskazać, że Sąd Najwyższy w postanowieniu z 27 października 2015 r.²⁵ 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.

Dorota Karczmarska krytykuje nadto tezę o uznaniu za niemożliwy do przeprowadzenia dowodu z ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego, jeżeli biegły psycholog stwierdzi, że jego zeznania nie będą wiarygodne w sensie psychologicznym, gdyż to prowadziłoby do wstępnej oceny wiarygodności dowodów, niedopuszczalnej na gruncie Kodeksu postępowania karnego, gdzie zasadą jest ich ocena następcza²⁶.

²¹ Zob. D. Karczmarska, *Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w świetle nowelizacji k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 1, s. 17–18.

²² Zob. 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” 2016, nr 7–8, s. 151–152.

²³ Zob. *Słownik języka polskiego. Tom III*, red. M. Szymczak, Warszawa 1999, s. 686, 1016.

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

²⁵ Postanowienie SN z 27 X 2015 r., II KK 115/12, LEX nr 1936714.

²⁶ Zob. D. Karczmarska, *Przesłuchanie...*, s. 18.

5. 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* wyżej wymienionego 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.

6. Podsumowanie

Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach niejednokrotnie²⁷ opisywał modelowe praktyczne zastosowanie art. 185a k.p.k. zasadzające się na przesłuchaniu 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 przeprowadzanych czynności. Jednakże również ustalenie ich przeprowadzania w określonej kolejności, na przykład kiedy pokrzywdzonymi są dzieci, mogłoby nie odnieść pożądanych skutków, gdyż nierzadko tylko pokrzywdzony małoletni może w swoich zeznaniach dostarczyć dowodów wystarczających do postawienia sprawcy zarzutów.

²⁷ 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.

Jedynie *de lege ferenda* można zaproponować rozwiązanie pośrednie, które w najszerszym zakresie godziłoby w interesy pokrzywdzonych i oskarżonych w tego typu sprawach. Konieczne byłoby ustalenie nowej kategorii osób zainteresowanych w procesie karnym, tj. takich, które w ramach prowadzonego czy wszczynanego postępowania przygotowawczego zostały wymienione 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.

The admissibility of a repeated examination of a minor victim of a sexual offense

Summary

The subject of this article is the issue of making more real the defendant's right to defense in case of a sexual offense against a minor. The analysis of doctrinal and judiciary views, as well as requirements concerning the manner of taking evidence from examination of a minor victim, leads to the conclusion of the need to introduce additional procedural guarantees for a potential suspect, already in the preparatory proceedings phase.

Key words: minor, accused, attorney, preparatory proceedings, the right of defense, crimes against sexual freedom and decency

Tomasz Lenartowicz – mgr, Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Karnego (doktorant)