

Rossana Broniecka

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-7967-0143

rossana.broniecka@uwm.edu.pl

Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w postępowaniu karnym – wybrane zagadnienia

Wstęp

Obowiązujący od 1 lipca 2003 r.¹ art. 185a k.p.k., wprowadzający do polskiego postępowania karnego odrębny model przesłuchania małoletniego świadka, zdążył już na dobre zakorzenić się w realiach procesu karnego. Mimo licznych jego modyfikacji na przestrzeni ostatnich lat, jego główne założenia pozostały niezmiennie. Omawiany przepis ma charakter bazowy w tym znaczeniu, że choć odnosi się do przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego, to jednak jest również odpowiednio stosowany przy przesłuchaniu małoletnich świadków, którzy nie występują w roli pokrzywdzonych w postępowaniu karnym (art. 185b k.p.k.). Dopelnieniem szczególnego trybu przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego jest także art. 185c § 1a k.p.k., odnoszący się do spraw o czyny z art. 197–199 k.k.

Kodeks postępowania karnego w zakresie omawianych regulacji na przestrzeni ostatnich lat, mimo wspomnianych licznych nowel, nie zmienił się zasadniczo. Regulacje dotyczące przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego miały na celu wyważenie uprawnionego interesu pokrzywdzonego i zabezpieczenie go przed wtórną wiktymizacją, a z drugiej strony – zapewnienie oskarżonemu możliwości do realizacji jego prawa do obrony.

W ostatnich latach Kodeks postępowania karnego poddany był licznym nowelizacjom, które zasadniczo zmieniły pozycję stron postępowania. Najogólniej ujmując – ustawodawca dość widocznie wzmocnił pozycję oskarżyciela

¹ Ustawa z 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2003 r., Nr 17, poz. 155 z późn. zm.).

publicznego, redukując przy tym zakres realnych gwarancji procesowych przysługujących oskarżonemu. Wydaje się zatem, że dziś zasadne jest ponowne przyjrzenie się rozwiązaniom związanym z przesłuchaniem małoletniego pokrzywdzonego, także w kontekście innych przepisów proceduralnych związanych z udziałem oskarżonego w postępowaniu karnym oraz efektywną możliwością podejmowania przez niego obrony jego praw.

Zgodnie z art. 185a § 1 k.p.k. w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określone w rozdziałach XXIII, XXV i XXVI Kodeksu karnego pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przesłuchuje się w charakterze świadka tylko wówczas, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, i tylko raz, chyba że wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, lub żąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego.

Istotą regulacji zawartej w art. 185a § 1 k.p.k. jest ochrona małoletniego pokrzywdzonego przed wtórną wiktymizacją wynikającą z konieczności wielokrotnego składania zeznań, w których może być on zmuszony do odtwarzania drastycznych i bolesnych faktów związanych z jego pokrzywdzeniem przestępstwem. Przy takim rozumieniu gwarancyjnej roli art. 185a § 1 k.p.k. jego zakres przedmiotowy wydaje się być właściwie zrekonstruowany. Warto dodać, że wprowadzenie nowej regulacji w 2003 r. podyktowane było koniecznością dostosowania polskich regulacji do zaleceń określonych w prawie europejskim, zwłaszcza w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar (zastępującej decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW²) oraz dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW, które wprowadza szereg wymogów, jakie powinno spełniać przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego przestępstwem seksualnego wykorzystania. Z powołanych aktów prawnych wynika obowiązek podjęcia środków niezbędnych do zapewnienia, aby w postępowaniu przygotowawczym i sądowym liczba przesłuchań była jak najbardziej ograniczona i by były one przeprowadzane tylko w tych przypadkach, gdy jest to absolutnie niezbędne do celów postępowania przygotowawczego lub sądowego. Nadto pokrzywdzonemu dziecku powinien towarzyszyć jego przedstawiciel prawny lub w odpowiednich przypadkach wybrana przez niego osoba dorosła, o ile nie podjęto odmiennej i uzasadnionej decyzji w odniesieniu do tej osoby. Wszystkie przesłuchania pokrzywdzonego dziecka lub, w odpowiednich przypadkach, dziecka występującego w roli świadka mogły być rejestrowane

² Dz. Urz. L 101 z 5 kwietnia 2011 r., s. 1.

audiowizualnie i by te zarejestrowane przesłuchania mogły zostać wykorzystane jako dowód w postępowaniu sądowym.

Ważne jest – co również podkreśla się w literaturze przedmiotu – że te unormowania ustanawiają jedynie standard minimalny. Krajowy ustawodawca rozszerzył zakres przedmiotowy stosowania szczególnego trybu przesłuchania nie tylko w sprawach pokrzywdzenia czynami zabronionymi przeciwko wolności seksualnej, wprowadził dalej idące gwarancje³.

Zatem słusznie z krytyką spotkał się pogląd⁴, że ustawodawca dał prymat realizacji zasady prawdy i prawa do obrony, nie zaś dobru dziecka, dlatego należy zadośćuczynić żądaniu oskarżonego, niezależnie od opinii biegłych, wskazujących na niebezpieczeństwo negatywnych następstw dla psychiki dziecka wskutek udziału w przesłuchaniu. Poglądy te pozostają w sprzeczności ze standardami europejskimi, chroniącymi ofiary przed powtórą wiktyimizacją i trudnymi nieraz do przewidzenia konsekwencjami udziału w takim przesłuchaniu⁵.

Jak trafnie zauważa się, w polskiej procedurze karnej małoletniemu przysługują wszystkie gwarancje procesowe, jakie zastrzeżone są dla dorosłego oraz pewne dodatkowe uprawnienia związane z koniecznością wyjątkowego traktowania podmiotu jakim jest dziecko. Gwarancje procesowe świadka, niezależnie od jego wieku, zaliczane są do katalogu podstawowych praw człowieka podlegających ochronie w polskim porządku prawnym, a także do wynikających z aktów prawa międzynarodowego praw podmiotowych jednostki⁶.

Wydaje się jednak, że właściwe rozumienie dyrektywy zawartej w art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k. zmusza do postawienia pytania, czy tak sformułowany zakres przedmiotowy regulacji art. 185a § 1 k.p.k. jest właściwy. Pamiętając, że w postępowaniu karnym powinny zostać uwzględnione prawnie chronione interesy pokrzywdzonego przy jednoczesnym poszanowaniu jego godności, należy postawić pytanie, czy szczególny reżim odbierania zeznań od pokrzywdzonego, który zeznając nie ukończył jeszcze 15 lat, nie powinien być zawsze stosowany, niezależnie od przedmiotu postępowania definiowanego zarzuconym oskarżonemu czynem.

Składanie zeznań przez małoletniego pokrzywdzonego przed sądem, w zakresie każdego czynu zabronionego, może być dla niego źródłem ogrom-

³ D. Gruszecka, *Komentarz do art. 185a KPK*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 32, Warszawa 2020, nb. 1, a także przywołany tam R.A. Stefański, [w:] R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296*, Warszawa 2019, s. 373–374.

⁴ Postanowienie SN z 4 kwietnia 2018 r., sygn. akt III KK 362/17; wyrok SN z 1 lutego 2008 r., sygn. akt V KK 231/07; wyrok SN z 22 stycznia 2008 r., sygn. akt V KK 216/08.

⁵ M. Błoński, M. Zbrojewska, *Dowody i postępowanie dowodowe w procesie karnym. Komentarz praktyczny z orzecnictwem. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2019, s. 66.

⁶ J. Mierzwińska-Lorencka, *Nowe regulacje w zakresie ochrony dziecka w postępowaniu karnym i skutki ich wprowadzenia*, „Ius Novum” 2016, nr 3, s. 254.

nego stresu, na który – z racji wieku i dopiero kształtującej się dojrzałości emocjonalnej małoletniego – nie powinien być on zbędnie narażany. W orzecznictwie dostrzegany jest problem zeznań świadka, który ze względu na swoją nieporadność może mieć problem w zrelacjonowaniu istotnych z perspektywy postępowania zdarzeń. Jak trafnie zauważono, trudność w ocenie zeznań świadka, który szybciej zapomina i łatwiej myli szczegóły, może być zniwelowana w wyniku wykorzystania innych możliwości dowodowych, które w tej sprawie nadal istnieją. Służy to realizacji celów postępowania karnego, w tym ochrony interesów pokrzywdzonego, przy jednoczesnym poszanowaniu jego godności i spokoju (nienarażanie na ponowne czynności procesowe wywołujące niepokój) i pociągnięciu sprawcy przestępstwa do odpowiedzialności karnej, bez naruszenia gwarancji procesowych, w tym zasady *in dubio pro reo*⁷. Skoro zatem trafnie Sąd Najwyższy uznaje konieczność ochrony praw nieporadnego, acz pełnoletniego pokrzywdzonego, to tym bardziej taka zasada powinna mieć zastosowanie do małoletniego pokrzywdzonego, niezależnie od tego, w sprawie o jaki czyn miałby on złożyć zeznania. Podkreślić należy, że przyjmuje się, że realizacja prawa do obrony we wszystkich jego formach przewidzianych w ustawie procesowej nie jest dobrem absolutnym, dominującym nad wszystkimi innymi dobrami także chronionymi prawem, w tym obowiązkiem ochrony praw pokrzywdzonego. Takie założenie zresztą pozostaje aktualne w odniesieniu także do innych zasad procesowych, których konkretyzacja na płaszczyźnie ustawy procesowej wymaga swoistych koncesji na rzecz innych, nie mniej istotnych wartości, które prawo musi chronić. W szczególności sposób dotyczy to sytuacji, gdy chodzi o ofiary przestępstw popełnionych na tle seksualnym, przy czym konieczność tej ochrony wzmacnia się dodatkowo, gdy pokrzywdzone takimi czynami jest małoletnie dziecko. Sąd Najwyższy dostrzega, że szczególna wrażliwość i brak w pełni ukształtowanych mechanizmów obronnych, nakazują strzec pokrzywdzonych tej kategorii przed tzw. wtórną wiktymizacją będącą wynikiem ich wielokrotnego angażowania w czynności procesowe⁸. Skoro więc zasadnie uznaje się, że prawo procesowe powinno chronić małoletniego pokrzywdzonego przed wtórną wiktymizacją, to nie ma podstaw, aby nie uznać, że ochrona ta winna być szersza aniżeli tylko w zakresie przestępstw popełnionych z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub też stypizowanych w rozdziałach XXIII, XXV i XXVI Kodeksu karnego.

Takie postulowane rozwiązania byłoby również ze wszech miar praktyczne. Zgodnie z treścią art. 399 k.p.k. jeżeli w toku rozprawy okaże się, że nie wychodząc poza granice oskarżenia można czyn zakwalifikować według innego przepisu prawnego, sąd uprzedza o tym obecne na rozprawie strony. Wyobraźmy sobie sytuację, gdy oskarżony stanął pod zarzutem popełnienia czynu ob-

⁷ Wyrok SN z 23 lutego 2017 r., sygn. akt V KK 321/16, SIP Legalis nr 1581190

⁸ Postanowienie SN z 29 lipca 2016 r., sygn. akt V KK 2/16, OSNKW 2016 nr 11, poz. 74, s. 30.

jętego zakresem przedmiotowym art. 185a § 1 k.p.k. Wówczas, jeśli w sprawie zeznawać miałby małoletni pokrzywdzony, korzystałby on z ochrony zapewnianej przez treść art. 185a § 1 k.p.k. Jeśli jednak w toku postępowania przed sądem I instancji doszłoby do zmiany kwalifikacji prawnej czynu przypisanego, eliminując go z zakresu przedmiotowego art. 185a § 1 k.p.k., to w przypadku wniesienia apelacji od takiego wyroku, w razie przeprowadzenia przez sąd odwoławczy postępowania dowodowego, małoletni pokrzywdzony nie korzystałby już z ochrony art. 185a § 1 k.p.k., a wyłącznie z odpowiednio stosowanego w postępowaniu odwoławczym art. 170 § 1 pkt 1–6 k.p.k., którego zakres gwarancyjny, w kontekście celu art. 185a § 1 k.p.k., jest nieporównywalnie słabszy. W postępowaniu odwoławczym byłaby to bowiem już nie sprawa o czyny wymienione w treści art. 185a § 1 k.p.k., ale sprawa o czyn ostatecznie przypisany wyrokiem sądu pierwszej instancji. Problem ten staje się obecnie o wiele bardziej palący, jeśli weźmie się pod uwagę zmianę modelu postępowania odwoławczego i odejście, począwszy od 1 lipca 2015 r., od rozwiązań kasatoryjnych na rzecz modelu apelacyjno-reformatoryjnego.

Zgodnie z założeniami nowego postępowania odwoławczego sąd odwoławczy przeprowadza we własnym zakresie bardzo szerokie postępowanie dowodowe. Przyjęty model postępowania apelacyjnego zakłada co do zasady ponowne rozpoznanie sprawy przez sąd drugiej instancji i wydanie wyroku co do zasadniczego przedmiotu procesu. Aktualnie sąd odwoławczy ma zatem prawo i jednocześnie obowiązek przeprowadzenia postępowania dowodowego w sprawie oraz czynienia własnych ustaleń faktycznych, które mogą być odmienne od tych, których dokonał sąd pierwszej instancji. Nie budzi również wątpliwości, że sąd odwoławczy jest władny diametralnie odmiennie ocenić przeprowadzony przez sąd pierwszej instancji materiał dowodowy i orzec reformatoryjnie, o ile wyraźny przepis (np. art. 454 § 1 k.p.k.) mu tego nie zabrania⁹. W tak więc istotnie zmienionym modelu postępowania odwoławczego istnieje realna szansa na to, że braki w ustaleniach faktycznych wskazanych w apelacji mogą zobligować sąd II instancji do stosunkowo szerokiego uzupełnienia postępowania dowodowego, co czyni z kolei otwartą kwestię ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego.

Wydaje się, że przy ocenie, czy przestępstwo miało być popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, co z kolei warunkuje stosowanie trybu z art. 185a § 1 k.p.k. należy wziąć pod uwagę sposób realizacji tego przestępstwa, a więc ustalenia faktyczne określające konkretny sposób działania sprawcy. Nie ma tu znaczenia kwestia, czy przemoc lub groźba jej użycia stanowią znamiona zrealizowanych czynów zabronionych, czy też pozostają poza zakresem tych znamion¹⁰.

⁹ Wyrok SN z 10 lipca 2019 r., sygn. akt IV KS 17/19, SIP Legalis nr 1972351.

¹⁰ Postanowienie SN z 11 maja 2006 r., sygn. akt V KK 442/05, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1024.

O ile można by postulować poszerzenie zakresu ochrony praw małoletniego pokrzywdzonego w procesie karnym ponad standard wyznaczony obecnie treścią art. 185a § 1 k.p.k., to nie można również nie dostrzec, że nie tylko przepis ten zasadniczo – choć w usprawiedliwionym zakresie – limitował prawo do obrony oskarżonego to obecnie po wprowadzeniu szeregu zmian do Kodeksu postępowania karnego ograniczenie prawa do obrony jest jeszcze bardziej widoczne. Jednocześnie jest to kolejny dowód na to, że ustawy, zwłaszcza regulujące pewien proces jak Kodeks postępowania karnego, powinny być zawsze oceniane całościowo (nigdy wyrywkowo) z perspektywy poszczególnych regulacji a w oderwaniu od całości obowiązujących rozwiązań prawnych. Dla zobrazowania wskazanego problemu konieczne jest zestawienie treści art. 185a § 1 k.p.k. z nowymi regulacjami art. 374 § 3–8 k.p.k. (odpowiednio 96a k.p.k.) oraz art. 378a k.p.k.

Obecna treść art. 374 k.p.k. odnosząca się do udziału oskarżonego w rozprawie została ukształtowana w tzw. tarczy 4.0, wprowadzonej w związku z pojawieniem się pandemii COVID-19¹¹. W zakresie nas interesującym, w § 4 powołanego przepisu ustawodawca przewidział, że przewodniczący może zwolnić z obowiązku stawiennictwa na rozprawie oskarżonego, który jest pozbawiony wolności, jeżeli zostanie zapewniony jego udział w rozprawie przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających udział w rozprawie na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. W takim wypadku w rozprawie bierze udział w miejscu przebywania oskarżonego referendarz sądowy lub asystent sędziego, zatrudniony w sądzie, w którego okręgu strona przebywa. obrońca natomiast bierze udział w rozprawie przeprowadzanej w sposób zdalny w miejscu przebywania oskarżonego, chyba że stawi się w tym celu w sądzie, przy czym w wypadku gdy obrońca bierze udział w rozprawie przebywając w innym miejscu niż oskarżony, sąd na wniosek oskarżonego lub obrońcy może zarządzić przerwę na czas oznaczony, w celu kontynuacji rozprawy w tym samym dniu, aby umożliwić telefoniczny kontakt obrońcy z oskarżonym, chyba że złożenie wniosku w sposób oczywisty nie służy realizacji prawa do obrony, a w szczególności zmierza do zakłócenia lub nieuzasadnionego przedłużenia rozprawy.

Dodatkowo, zgodnie z odpowiednio stosowanym art. 517ea k.p.k. podczas czynności sądowych, w których oskarżony uczestniczy przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tych czynności na odległość, uczestnicy postępowania mogą składać wnioski oraz inne oświadczenia oraz dokonywać czynności procesowych wyłącznie ustnie do protokołu. O treści wszystkich pism procesowych, które wpłynęły do akt sprawy od chwili przekazania do sądu wniosku o rozpoznanie sprawy, sąd jest obowiązany poinform-

¹¹ Ustawa z 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. z 2020 r., poz. 1086 z późn. zm.).

mować przy najbliższej czynności procesowej oskarżonego oraz jego obrońcę. Na żądanie oskarżonego lub obrońcy sąd ma obowiązek odczytać treść tych pism. Natomiast pisma procesowe oskarżonego i jego obrońcy, których nie można było przekazać do sądu, mogą być przez nich odczytane na rozprawie. Z chwilą ich odczytania wywołują one skutek procesowy i są traktowane jako czynności dokonane w formie ustnej.

Możliwość prowadzenia przeprowadzenia zdalnej rozprawy (a z mocy art. 96a k.p.k. odpowiednio także posiedzenia) została wprowadzona jako rozwiązanie związane z ograniczeniami sanitarnymi związanymi z pandemią COVID-19. Trzeba jasno zaznaczyć, że jakkolwiek postęp techniczny oraz korzystanie ze zdobyczy cyfryzacji współczesnego świata jest także powinnością postępowania karnego, to jednak zdalna rozprawa główna jest pośrednim ograniczeniem zasady bezpośredniości. Ta bowiem wymaga, jak wynika także z jej nazwy, bezpośredniego kontaktu organu m.in. z oskarżonym, a nie kontaktu ograniczonego poprzez połączenie zdalne pomiędzy sądem a stroną postępowania. Bezpośredniość służy zarówno efektywnemu zbieraniu materiału dowodowego, wyrabianiu sobie przez sąd oceny tego materiału, w końcu wydaniu trafnego rozstrzygnięcia w sprawie. Dotarcie do prawdy jest zaś gwarancją służącą oskarżonemu i zabezpieczającą go przed niesłusznym skazaniem. Co więcej, obecność oskarżonego w czasie odbierania zeznań od każdego świadka służy nie tylko zapewnieniu oskarżonemu prawa do obrony, ale także w sposób naturalny zmusza świadka do mówienia prawdy. Styczność z oskarżonym, którego świadek ma obciążyć, nie pozostawia wątpliwości co do wagi słów wypowiedzianych na sali sądowej. Nieprzypadkowo zgodnie z art. 390 § 2 k.p.k. tylko w wyjątkowych wypadkach, gdy należy się obawiać, że obecność oskarżonego mogłaby oddziaływać krępująco na wyjaśnienia współoskarżonego albo na zeznania świadka lub biegłego, przewodniczący może zarządzić, aby na czas przesłuchania danej osoby oskarżony opuścił salę sądową. Jak słusznie się wskazuje, zasadą o wręcz fundamentalnym znaczeniu jest prawo oskarżonego do obecności przy wszystkich czynnościach postępowania dowodowego. Przepis § 2 art. 390 k.p.k. przewiduje jednak od niej odstępstwo. Stwierdzenie „obecność oskarżonego może oddziaływać na osobę przesłuchiwaną krępująco” oznacza, że współoskarżony, świadek albo biegły, słuchani w obecności oskarżonego, nie mają możliwości swobodnego wypowiedzenia się z jakiegokolwiek powodu uzasadnionego z psychologicznego punktu widzenia. Nie chodzi tu o potrzebę posiadania wiedzy psychologicznej dla dokonania takiej oceny, a więc opinia biegłego tej specjalności nie jest tu potrzebna, a jedynie wiedza o psychologii, jaka powinna być udziałem każdego absolwenta wydziału prawa, a ponadto wynikająca z przeciętnego doświadczenia życiowego. Powodem skrępowania może być uczucie strachu wobec oskarżonego¹².

¹² Wyrok SA w Lublinie z 3 marca 2015 r., sygn. akt II AKa 17/15, SIP Legalis nr 1242016.

Zważmy, że zgodnie z art. 185a §2 k.p.k. w posiedzeniu, podczas którego przesłuchiwany jest małoletni pokrzywdzony, nie może wziąć udział oskarżony. Przepis wprost wymienia zamknięty katalog uprawnionych podmiotów do wzięcia udziału w posiedzeniu z wyłączeniem, co wynika z *ratio* tej normy, samego oskarżonego. Posiedzenie, po myśli art. 95b § 1 k.p.k., odbywa się z wyłączeniem jawności. Ponieważ zgodnie z art. 96a k.p.k. odpowiednie zastosowanie znajdzie tu art. 377 § 3 k.p.k., to przewodniczący, na wniosek prokuratora, musi wyrazić zgodę na jego udział w posiedzeniu przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających udział w rozprawie na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, jeżeli nie stoją temu na przeszkodzie względy techniczne. Rzecz jeszcze bardziej komplikuje się w zakresie obecności obrońcy na posiedzeniu. Treść art. 377 § 4 k.p.k. stanowi, że przewodniczący może zwolnić z obowiązku stawiennictwa na rozprawie oskarżonego, który jest pozbawiony wolności, jeżeli zostanie zapewniony jego udział w rozprawie przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających udział w rozprawie na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. Skoro jednak oskarżony nie może wziąć udziału w posiedzeniu określonym w art. 185a § 2 k.p.k., to także odpowiedniego zastosowania nie będzie tu raczej miał art. 374 § 4 k.p.k. Tym niemniej, art. 374 § 6 k.p.k. stanowi, że obrońca bierze udział w rozprawie przeprowadzanej w sposób określony w § 4 w miejscu przebywania oskarżonego, chyba że stawi się w tym celu w sądzie. Jeśli więc oskarżony w ogóle nie bierze udziału w posiedzeniu, to powstaje pytanie, czy jakiegokolwiek zastosowanie będzie tu miał art. 374 § 6 k.p.k. Progwarancyjna wykładnia tego przepisu nakazywałaby przyjąć, że przepis ten nie ma tu zastosowania i obrońca może jedynie wziąć udział bezpośrednio w posiedzeniu, w miejscu jego przeprowadzenia. Tyle że taka wykładnia jest sprzeczna z *ratio* nowego brzmienia art. 374 k.p.k., który w sposób wyraźny dąży do ograniczenia liczby uczestników biorących bezpośredni udział w posiedzeniach i rozprawach. Nie da się więc wyłączyć odpowiedniego stosowania art. 374 § 6 k.p.k., który co prawda nie wyklucza obrońcy z posiedzenia określonego w art. 185a § 2 k.p.k., ale jednocześnie przewiduje możliwość wzięcia udziału przez obrońcę w posiedzeniu w trybie zdalnym. Obrońca może być zmuszony do takiego rozwiązania choćby w przypadku, gdy czas wyznaczony na rozpoczęcie posiedzenia uniemożliwi mu dotarcie bezpośrednio do sądu, w którym się ono odbędzie. W takim układzie, choć obrońca będzie mógł wziąć udział w przesłuchaniu małoletniego pokrzywdzonego, efektywność jego pracy może być ograniczona z uwagi na zdalne porozumiewanie się z sądem na odległość. Przy tym rozwiązaniu powstaje również problem, czy stosowany może być odpowiednio art. 374 § 7 k.p.k., dotyczący kontaktu telefonicznego obrońcy z oskarżonym. Wydaje się, że w tym wypadku nie ma podstaw do uznania, iż obrońca – jako jedynie obecny na posiedzeniu – może wnosić o taką przerwę, gdyż ustawowe wykluczenie

oskarżonego z udziału w posiedzeniu określonym w art. 185a § 2 k.p.k. wyłącza także możliwość kontaktu w tym czasie obrońcy z jego klientem.

Jeszcze bardziej doniosłe konsekwencje niesie w sobie nowy art. 378a k.p.k., wprowadzony nowelą październikową¹³ do Kodeksu postępowania karnego. Tu bowiem w § 1 ustawodawca przewidział, że jeżeli oskarżony (lub obrońca) nie stawił się na rozprawę, będąc zawiadomiony o jej terminie, sąd w szczególnie uzasadnionych wypadkach może przeprowadzić postępowanie dowodowe podczas jego nieobecności, chociażby usprawiedliwił należycie niestawienie, a w szczególności przesłuchać świadków, którzy stawili się na rozprawę, nawet jeżeli oskarżony nie złożył jeszcze wyjaśnień.

Przedstawiona regulacja budzi wątpliwości, gdyż pozbawia oskarżonego oraz obrońcę możliwości wzięcia udziału w przesłuchaniu świadka – nawet jeżeli nieobecność oskarżonego lub jego obrońcy jest usprawiedliwiona. Ewentualnie nowe rozwiązanie ma służyć sprawności postępowania, przy czym wydaje się, że ustawodawca poszedł tu jednak za daleko, gdyż przeprowadzenie postępowania dowodowego podczas usprawiedliwionej nieobecności oskarżonego stanowi przekroczenie granicy, jaką jest prawo do rzetelnego procesu. Niewiele też zmieniają w tej krytycznej ocenie rozwiązania mające na celu umożliwić, dopiero następczo, obrońcy lub oskarżonemu tylko uzupełniające przesłuchanie takiego świadka¹⁴.

Z perspektywy omawianego art. 185a § 2 k.p.k. istotna jest odpowiedź na pytanie, czy ewentualna usprawiedliwiona nieobecność obrońcy na posiedzeniu wyznaczonym w celu przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego uprawnia sąd do skorzystania z rozwiązania zawartego w art. 378a § 1 k.p.k. Literalna wykładnia raczej temu przeczy, gdyż w art. 378a § 1 k.p.k. mowa jest o rozprawie, a nie o posiedzeniu. Po drugie, o ile w zakresie art. 374 k.p.k. jego odpowiednie stosowanie w przypadku posiedzeń było możliwe poprzez odesłanie z art. 96a k.p.k., tak już brak jest analogicznej normy odnoszącej się do art. 378a § 1 k.p.k. Po trzecie, wydaje się, że nie jest to przeoczenie ustawodawcy, gdyż zastosowanie znajdzie tu ogólna reguła wyrażona w art. 117 § 2 k.p.k., a przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego nie można przeprowadzić, jeżeli obrońca nie stawiał się a brak dowodu, że został o tym przesłuchaniu powiadomiony, oraz jeżeli zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że niestawienie wynikało z powodu przeszkód żywiołowych lub innych wyjątkowych przyczyn, a także wtedy, gdy obrońca usprawiedliwił należycie niestawienie i wniósł o nieprzeprowadzenie czynności bez jego obecności. Po czwarte wreszcie, inna wykładnia całkowicie niweczyłaby sens obligatoryjnego umożliwienia ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego,

¹³ Ustawa z 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1694 z późn. zm).

¹⁴ Zob. więcej Ł. Chojniak, *Postulat nowelizacji Kodeksu postępowania karnego – krytycznie o niektórych proponowanych zmianach*, „Palestra” 2019, nr 1 2, s. 56 i nast.

jeśli zażądał tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Przyjmując bowiem, że możliwe byłoby tu odpowiednie zastosowanie art. 378a § 1 k.p.k. i przeprowadzenie przesłuchania takiego małoletniego pokrzywdzonego pod usprawiedliwioną nieobecność obrońcy oskarżonego, okazałoby się, że z uwagi na brzmienie art. 185a §1 k.p.k. kolejne przesłuchanie nie byłoby już możliwe a oskarżony zostałby pozbawiony możliwości realizacji jego prawa do obrony za pośrednictwem ustanowionego albo wyznaczonego obrońcy. Z tych wszystkich przyczyn wydaje się, że art. 378a § 1 k.p.k. nie będzie miał odpowiedniego zastosowania do przesłuchania prowadzonego w trybie art. 185a § 2 k.p.k., nawet jeśli jest to przesłuchanie, którego przeprowadzenie okazało się konieczne już w fazie jurysdykcyjnej postępowania karnego.

Ustawodawca odmawiając oskarżonemu wstępu na przesłuchanie pokrzywdzonego (świadka w trybie art. 185a k.p.k.) rekompensuje to, jak już wskazano, dopuszczeniem do czynności obrońcy podejrzanego, jeśli został ustanowiony. Jeżeli podejrzanym zawiadomionym o czynności przesłuchania nie posiada obrońcy z wyboru, sąd wyznaczy mu obrońcę z urzędu. Z udziału w przesłuchaniu wykluczeni są również inni współoskarżeni¹⁵. Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego określone w art. 185a § 1 k.p.k. to zatem także bardzo duże wyzwanie dla obrońcy, który z jednej strony wie, że nie będzie miał szansy, co do zasady, zadać dodatkowych pytań podczas kolejnego, uzupełniającego przesłuchania, chyba że wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie będzie wymagać ponownego przesłuchania, a z drugiej strony, z uwagi na charakter tego przesłuchania, obrońca musi baczyć, aby zadawane pytania zmierzały do realizacji prawa do obrony oskarżonego, ale jednocześnie nie narażały pokrzywdzonego na traumę wywołaną zbyt agresywnym sposobem formułowania pytań, które nawet jeśli zostaną przez sąd uchylone, wybrzmiały i mogą wywołać także określony efekt w psychice małoletniego pokrzywdzonego. W przypadku adwokatów relewantne są trzy przepisy Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej)¹⁶ – zgodnie z § 13 przy wykonywaniu czynności zawodowych adwokata obowiązuje zachowanie zasad rzeczowości, a z kolei w oparciu o § 15 i 16 adwokat nie ponosi odpowiedzialności za zgodność z prawdą faktów podanych mu przez klienta, powinien jednak zachować umiar w formułowaniu okoliczności drastycznych lub mało prawdopodobnych. W razie konieczności przytoczenia drastycznych okoliczności lub wyrażenia adwokat powinien nadać swemu wystąpieniu taką

¹⁵ A. Baj, *Udział stron postępowania przygotowawczego w czynnościach powtarzalnych*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 2, s. 13.

¹⁶ Obwieszczenie Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 27 lutego 2018 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej) – <https://www.ora-warszawa.com.pl/wp-content/uploads/2018/04/Kodeks-Etyki-Adwokackiej.pdf> (data dostępu: 19.07.2020).

formę, aby nie uchybiać powadze sądu, władzy czy godności zawodu adwokackiego. Z kolei w przypadku radców prawnych, którzy również mogą wykonywać funkcje obrońcy, art. 38 ust. 5 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego¹⁷ stanowi, że radca prawny powinien w swoich wystąpieniach zachować umiar i takt.

Na kanwie tych regulacji Sąd Najwyższy przyjął, iż jeśli określenia użyte przez obwinionego adwokata nie miały cech wymaganej rzeczowości i nosiły charakter uwłaczający oraz obraźliwy dla pokrzywdzonej, a sposób ich wyrażania naruszał jej dobre imię i poczucie godności, to takie zachowanie stanowiło delikt dyscyplinarny. Podkreślono także, iż organy samorządu, także adwokackiego, mają pełne prawo do kształtowania właściwych postaw etycznych członków samorządu według kryteriów przez siebie uznawanych za konieczne dla zachowania etosu zawodowego, wobec czego kontrola sądowa w tym zakresie powinna ograniczać się do reakcji tylko w przypadkach wyjątkowych, prowadzących do oczywiście niesprawiedliwego ukarania¹⁸.

Warto przypomnieć, że pytania zadawane małoletniemu pokrzywdzonemu mogą mieć różny charakter, ale możliwe jest wyróżnienie kilka ich rodzajów:

- pytania uzupełniające, które są zadawane w celu uzupełnienia treści relacji spontanicznej, gdyż małoletni w fazie swobodnej wypowiedzi mógł pominąć pewne fakty i informacje a które mają istotne znaczenie dla odtworzenia danego zdarzenia,

- pytania wyjaśniające – o charakterze precyzująco-przypominającym; charakter precyzujący oznacza, że przesłuchujący poprzez ich zadanie zmierza do uzyskania dokładniejszych informacji o zdarzeniu, sprawcy, jego zachowaniu, a także innych okolicznościach,

- pytania o charakterze, których celem jest przypomnienie małoletniemu o okolicznościach, których mógł zapomnieć,

- pytania kontrolne, które zmierzają do sprawdzenia okoliczności o których wspominał małoletni,

- pytania niestosowne, które nie zostały dostosowane do poziomu intelektualnego przesłuchiwanego, a mające na celu obrażenie, dokuczenie lub trywialne wystylizowanie pytania, niezwiązane ze sprawą, proceduralnie niedopuszczalne¹⁹.

Wskazane w tym opracowaniu wybrane uwagi związane z przesłuchaniem małoletniego pokrzywdzonego z pewnością nie wyczerpują licznych niejasności, jakie mogą się pojawić na tym tle. Część z nich, z uwagi na dość bogatą w tym zakresie literaturę przedmiotu i narosłe od lat orzecznictwo, jest już dobrze

¹⁷ Załącznik do uchwały nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z 22 listopada 2014 r. – <https://kirp.pl/etyka-i-wykonywanie-zawodu/etyka/kodeks-etyki-radcyprawnego/> (data dostępu: 19.07.2020).

¹⁸ Postanowienie SN z 24 października 2017 r., SDI 72/17, SIP Legalis nr 1715382.

¹⁹ K. Osiak, *Kryminalistyczno-procesowe aspekty przesłuchania w trybie art. 185a k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 6, s. 154.

rozpoznana. Niemniej, wciąż pojawiają się nowe zagadnienia, które wymagają ich omówienia w dyskursie naukowym.

Wykaz literatury

- Baj A., *Udział stron postępowania przygotowawczego w czynnościach powtarzalnych*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 2.
- Błoński M., Zbrojewska M., *Dowody i postępowanie dowodowe w procesie karnym. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism procesowych*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Chojniak Ł., *Postulat nowelizacji Kodeksu postępowania karnego – krytycznie o niektórych proponowanych zmianach*, „Palestra” 2019, nr 1–2.
- Gruszecka D., *Komentarz do art. 185a KPK*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 32, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Mierzwińska-Lorencka J., *Nowe regulacje w zakresie ochrony dziecka w postępowaniu karnym i skutki ich wprowadzenia*, „Ius Novum” 2016, nr 3.
- Osiak K., *Kryminalistyczno-procesowe aspekty przesłuchania w trybie art. 185a k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 6.
- Stefański R.A., [w:] R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.

Summary

Few problems of an interrogation of a minor injured party in the criminal procedure

Key words: process, witness, testimony, accused, defence counsel.

The article analyses a special procedure for interrogating minor injured party in criminal proceedings. The author has focused its attention, especially on the newest amendments to the Polish Code of the Criminal Procedure, which didn't affect the interrogation procedure itself but has limited some rights and privileges of the accused. Certain objections have already aroused by the current shape of these regulations and they should be also verified in the context of the whole interrogation procedure of the minor victim in the criminal process.