

Ochrona prawna małoletnich – kierunki przemian prawa i postępowania karnego, zagadnienia wybrane

Niniejszy artykuł jest próbą podsumowania wybranych zmian w prawie i praktyce jego stosowania, które w ostatnich latach ustanowiły poziom karnoprawnej ochrony małoletniego. Autorki przedstawiają niektóre osiągnięcia (oraz niedociągnięcia) regulacji polskich, a także regulacji o charakterze międzynarodowym i europejskim w tym zakresie.

1. Wstęp

Artykuł niniejszy jest pierwszą, podjętą przez autorki, próbą syntezy wiedzy o przemianach prawa i postępowania karnego w kontekście ochrony dziecka w ostatnich latach. W swojej pracy zawodowej autorki obserwują te przemiany, jako że nowe regulacje szybko stają się narzędziem ich pracy, służącym ochronie dziecka w ramach prawa karnego.

Co się zmieniło? Czy zmieniło się na lepsze? Czego jeszcze brakuje, by ochrona dziecka była bardziej skuteczna? Oczywiście niniejszy artykuł nie odpowie na wszystkie z tych pytań. Przegląd ten jest subiektywny i nie obejmuje wszystkich zmian, które przyczyniły się do ustalenia poziomu karnoprawnej ochrony dziecka. Jednak w zamierzeniu ma przybliżyć nieco do odpowiedzi na pytania o kierunek i tendencje zmian w tym zakresie.

2. Wybrane aspekty międzynarodowe prawnokarnej ochrony dziecka

Nie sposób rozważać o ochronie małoletniego na przestrzeni lat nie rozpocząć od kamienia milowego, tj. Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1989 r., ratyfikowanej przez Polskę w roku 1990¹. Konwencja odnosi się do praw dziecka. „Dziecko” zaś to wg Konwencji człowiek po-

nizej 18 lat (chyba że zgodnie z prawem krajowym uzyska wcześniej pełnoletność).

Konwencja nałożyła na państwa-strony ogólny, ale wiele znaczący, obowiązek najlepszego zabezpieczenia interesów dziecka we wszystkich działaniach dotyczących dzieci (art. 3 ust. 1 Konwencji). Może przejawiać się to w bardzo różny sposób, w tym przez

¹ Ratyfikowana ustawą z dnia 21 września 1990 r. o ratyfikacji Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz.U.1991.16.71.

ochronę dziecka przed przemocą. Konwencja odnosi się do tej ochrony wprost w art. 19, stanowiąc, iż państwa–strony Konwencji będą podejmowały wszelkie kroki dla ochrony dziecka przed wszelkimi formami przemocy fizycznej bądź psychicznej, krzywdy lub nadużyć, zaniedbania bądź niedbałego traktowania lub wyzysku, a w tym wykorzystywania w celach seksualnych.

Konkretyzacja tego obowiązku ochrony nastąpiła już w wielu aktach europejskich i międzynarodowych — zarówno na gruncie prawa materialnego (wprowadzania nowych czynów zabronionych związanych z krzywdzeniem małoletnich), jak i procesowego — poprzez wprowadzanie środków ochrony tego małoletniego w toczącym się postępowaniu karnym.

Jednym z ważniejszych aktów wprowadzających uprawnienia procesowe dla pokrzywdzonych (nie tylko małoletnich) jest decyzja ramowa z dnia 15 marca 2001 r. w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym (2001/220/WSiSW — dalej jako: „decyzja”)². Wprowadzono nią m.in. obowiązek zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony ofiarom, np. przez przyjęcie środków ochrony prywatności ofiar oraz środków zapewniających uniknięcie kontaktu ofiar z przestępcami w pomieszczeniach sądowych (art. 8 decyzji). W decyzji podkreśla się także, że w przypadku, gdy istnieje potrzeba ochrony ofiar przed skutkami dostarczania dowodów na sali rozpraw, należy zapewnić ofiarom możliwość składania zeznań w sposób umożliwiający osiągnięcie tego celu. W piśmiennictwie podkreśla się jednak, że zapisy decyzji zostawiają dość szeroki margines uznania ustawodawcom krajowym, co może niekorzystnie wpłynąć na

poziom ochrony pokrzywdzonego (Mierzwińska–Lorencka 2012).

Bardziej konkretną ochronę zapewnia już późniejsza Konwencja Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych z dnia 25 października 2007 r. (dalej jako: „Konwencja z Lanzarote”). Jest to akt zawierający przepisy zarówno chroniące dziecko materialnoprawnie, jak i procesowo. Konwencji tej Polska nadal nie ratyfikowała.

Zawiera ona zaś dość istotne gwarancje dla dzieci w zakresie ochrony przed przemocą seksualną. Przede wszystkim Konwencja z Lanzarote wprowadza wymogi dotyczące prawa karnego materialnego w zakresie m.in. prostytucji, pornografii dziecięcej oraz udziału w tzw. przedstawieniach pornograficznych. Wyznacza przy tym generalnie wiek ochrony przed tego typu zachowaniami na 18 lat. Jednocześnie, odnosi się do środków procesowych stosowanych w sprawach o przestępstwa seksualne na szkodę dzieci. W art. 30 Konwencji z Lanzarote znaleźć można np. zasadę, która powinna rządzić tego typu postępowaniami (prowadzenie ich w najlepszym interesie dziecka i z poszanowaniem jego praw, w sposób niewzmagający traumy, której doświadczyło dziecko). Konieczne jest także zapewnienie, by postępowanie karne o ww. sprawy były traktowane priorytetowo i prowadzone bez nieuzasadnionej zwłoki³.

Jednocześnie, co oczywiste, środki te nie mogą naruszać prawa oskarżonego do obrony. Starcie tych dwóch dóbr, którym należy zapewnić ochronę — tj. prawa dziecka do ochrony w toku postępowania karnego (i ogólniejszego prawa do ochrony przed wszelkimi formami krzywdzenia) oraz pra-

² Dz. Urz. WE z dnia 22 marca 2001 r., L 82/1, s. 72.

³ Oprócz ww. konwencji, wspomnieć należy też o takich aktach, które nie powstały wyłącznie w celu ochrony praw dzieci, ale są z tym celem mocno związane. Są nimi m.in. Konwencja Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi, sporządzona w Warszawie dnia 16 maja 2005 r. (ratyfikowana przez RP w 2008 r.), czy też Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, otwarta do podpisu dnia 23 listopada 2001 roku w Budapeszcie (nad której ratyfikacją przez RP trwają obecnie prace).

wa do obrony i uczciwego procesu — przejawiać się będzie także w dalej omawianych aktach prawnych oraz w polskim i europejskim orzecznictwie.

Potrzebę szerokiej ochrony małoletniego w postępowaniach go dotyczących przewidują także wytyczne Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 17 listopada 2010 r. w sprawie wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dzieciom⁴. Oczywiście wytyczne nie stanowią narzędzia wiążącego, ale pokazują pewne trendy, które być może będą rozwijane także w aktach obligujących państwa do konkretnych działań. Wytyczne w części IV („Wymiar sprawiedliwości przyjazny dzieciom przed, w toku oraz po zakończeniu postępowania sądowego”) wskazują m.in. na potrzebę prowadzenia przesłuchań małoletnich przez osoby do tego przygotowane (pkt 64) oraz ograniczenie liczby przesłuchań małoletnich do niezbędnego minimum (pkt 67). Podkreślono w nich także konieczność utrwalania przebiegu tej czynności w formie audiowizualnej (pkt 59 i 65). Wytyczne wskazują także na potrzebę zorganizowania dzieciom przyjaznych warunków przesłuchania (pkt 62 i 74) oraz ograniczanie bezpośredniego kontaktu pokrzywdzonego dziecka ze sprawcą przestępstwa, natomiast samo składanie zeznań przez dziecko powinno być możliwe bez obecności domniemanego sprawcy (pkt 68 i 69).

Istotny krok w kierunku ochrony dziecka przed przestępstwami związanymi z wykorzystywaniem seksualnym poczyniono w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z dnia 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/WSiSW⁵.

Dyrektywa ta nakłada na ustawodawcę krajowego wiele obowiązków w zakresie prawa karnego materialnego. Obowiązki dotyczą penalizacji czynności seksualnych z udziałem dzieci, pornografii dziecięcej oraz prostytucji dziecięcej (w tym podejmowania czynności seksualnych związanym z korzystaniem z prostytucji dziecięcej, z udziałem dzieci do lat 18 — art. 4 ust. 7 dyrektywy). Jest też istotnym osiągnięciem, jeśli chodzi o konkretyzację uprawnień procesowych dziecka pokrzywdzonego wykorzystywaniem seksualnym. Zapewnia mu się m.in. przesłuchanie bez nieuzasadnionej zwłoki, prowadzone — w razie potrzeby — w pomieszczeniach specjalnie zaprojektowanych lub przystosowanych do tego celu, prowadzone przez specjalistów, odpowiednio przeszkolonych do tego celu lub z ich udziałem (art. 20 ust. 3 dyrektywy). Oczywiście, jak już wcześniej zaznaczono, zapewnienie tej ochrony musi odbywać się bez uszczerbku dla prawa oskarżonego do obrony.

Dyrektywa zapewnia także pokrzywdzonym dzieciom dostęp do doradztwa prawnego i zastępstwa prawnego, w tym także w celu dochodzenia odszkodowania. Doradztwo to powinno być bezpłatne, jeżeli pokrzywdzony nie posiada wystarczających środków finansowych (art. 20 ust. 2)⁶.

Poza wprowadzaniem nowych regulacji prawa karnego oraz procesowego (dotyczących ochrony dziecka), należy zwrócić uwagę na utrzymującą się (i pogłębiającą się) tendencję do przyznawania dziecku podmiotowości w sprawach go dotyczących (w tym — w sprawach karnych). Ta podmiotowość dotyczy głównie prawa do bycia poinformowanym oraz prawa do wyrażania poglądów w sprawach, które dziecka dotyczą.

Do tej podmiotowości nawiązuje już art. 12 Konwencji o prawach dziecka. Zgodnie z nim,

⁴ Treść wytycznych dostępna na stronie www.coe.int

⁵ Dziennik Urzędowy L 335, 17/12/2011 P. 0001 – 0014.

⁶ Transpozycja przepisów dyrektywy do polskiego porządku prawnego będzie musiała nastąpić w terminie do dnia 18 grudnia 2013 r.

należy zapewnić małoletnim możliwość wypowiedzenia się w każdym postępowaniu sądowym i administracyjnym dotyczącym dziecka, bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela bądź odpowiedniego organu (art. 12 ust. 2 konwencji). Oczywiście przepis ten stanowi pewne ograniczenia dla uwzględnienia zdania dziecka, którymi są: wiek dziecka oraz jego dojrzałość.

Tę myśl przewodnią wyczytać można także z przywoływanych wcześniej wytycznych Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 17 listopada 2010 r. w sprawie wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dzieciom⁷. Warto w tym miejscu podkreślić, że wytyczne te były tworzone z uwzględnieniem zdania samych dzieci (przeprowadzono badanie ankietowe wśród 3,8 tys. dzieci z 25 krajów Rady Europy, które miały bezpośredni kontakt z wymiarem sprawiedliwości oraz takich, które nigdy się z nim nie zetknęły — Kilkelly 2010).

Warto zwrócić uwagę na dyskusję, która wokół tematu prawa dziecka do zabie-

rania głosu we własnej sprawie odbywała się w latach 2008–2011⁸. Efektem tej dyskusji było uchwalenie 19 grudnia 2011 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych protokołu opcjonalnego do Konwencji o prawach dziecka w sprawie mechanizmu skarg na naruszenie praw dziecka. Protokół przewiduje mechanizm wnoszenia skarg na naruszenie praw dziecka, który będzie mógł być wykorzystany przez samo dziecko, jak i przez osobę, która je reprezentuje. Skargi indywidualne będą mogły być składane do Komitetu Praw Dziecka, organu już teraz odpowiedzialnego za monitorowanie wdrożenia przepisów konwencji⁹. Protokół został otwarty do podpisu w dniu 28 lutego 2012 r. i najbliższe lata pokażą, ile państw popiera tak ukształtowane rozwiązanie.

Omawiany protokół jest przejawem sposobu myślenia o dziecku i jego prawach — od przyznania mu pewnych uprawnień do udzielenia mu konkretnych środków, zmierzających do realizowania tych praw.

3. Wybrane orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach dotyczących dzieci

Omawiając zmiany podejścia do prawnokarnej ochrony dziecka na gruncie europejskim czy międzynarodowym, nie sposób pominąć orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w tym zakresie. Orzecznictwo to z pewnością nie idzie w jednym ściśle ukształtowanym kierunku. Jednak z całą pewnością pokazuje wagę fundamentalnego prawa oskarżonego do obrony i konieczność uwzględnienia tego prawa przy stosowaniu środków chroniących dziecko w postępowaniu karnym.

W wyroku w sprawie S.N. przeciwko Szwecji¹⁰ Trybunał stwierdził, że przy ocenie kwestii, czy oskarżony miał w takim postępowaniu zagwarantowane prawo do rzetelnego procesu, musi być brane pod uwagę prawo do ochrony życia prywatnego danego pokrzywdzonego (Mierzwińska–Lorencka 2010). Sprawa dotyczyła wykorzystywania seksualnego małoletniego M., który został przesłuchany w obecności rodziców i przedstawicieli Rady Socjalnej, a czynność ta została utrwalona na taśmie VHS. Obrońca oskar-

⁷ Treść wytycznych dostępna na stronie www.coe.int

⁸ Zob. szerzej: www.crin.org/law/CRC_complaints

⁹ Zob. szerzej: www.ohchr.org

¹⁰ Wyrok z 2 października 2002 r., skarga nr 34209/96, orzeczenie dostępne na stronie: www.echr.coe.int.

zonego zażądał ponownego przesłuchania małoletniego, ale nie brał w nim udziału (wyraził zgodę, by przeprowadzić przesłuchanie pod jego nieobecność). Przesłuchanie zostało nagrane na taśmę magnetofonową.

S.N. powołał się na fakt, iż nie miał możliwości zadawania pytań małoletniemu. Trybunał uznał jednak, że postępowanie karne przeciwko skarżącemu S.N. nie może być uznane za niesprawiedliwe, zarządzone bowiem w postępowaniu ponowne przesłuchanie dziecka, zapewniona była możliwość uczestnictwa obrońcy w tej czynności oraz możliwość przedłożenia przez niego pytań na piśmie.

Inaczej osądzono sprawę polską ze skargi W.S., dotyczącej skazania za wykorzystywanie seksualne małoletniego. W wyroku z dnia 24 września 2007 r.¹¹ Trybunał uznał, że oskarżonemu należy stworzyć możliwość zakwestionowania zeznań świadków oskarżenia oraz zadawania im pytań. W treści orzeczenia wielokrotnie powoływano się na odmienną polską sprawę od sprawy ze skargi S.N. przeciwko Szwecji. Przede wszystkim bowiem dziecko w sprawie polskiej nie zostało w ogóle przesłuchane (zgodnie z opinią biegłego psychologa, wykluczającą możliwość przesłuchania dziecka), zaś wyrok opierał się głównie na opinii biegłych, powołanych w toku postępowania. Trybunał podkreślił, że prawo do obrony byłoby zagwarantowane, gdyby sąd, oskarżony oraz jego obrońca mieli możliwość obserwowania reakcji pokrzywdzonego podczas przesłuchania oraz możliwość kwestionowania jego twierdzeń (co zapewniłoby np. nagranie przesłuchania i późniejsze jego odtworzenie). Trybunał podniósł m.in., że w sprawie organy procesowe mogły przeprowadzić przesłuchanie dziecka w obecności psychologa z zadawaniem pytań przedłożonych

pisemnie przez obronę albo w pomieszczeniu umożliwiającym skarżącemu lub jego obrońcy pośrednią obecność w czasie takiego przesłuchania, poprzez połączenie wideo lub lustro fenickie.

W podobnym duchu utrzymane jest orzeczenie Trybunału z 2008 r. w sprawie Demski przeciwko Polsce¹². Sprawa ta dotyczyła zgwałcenia 17-latki. Pokrzywdzona została przesłuchana przez sąd w trybie art. 316 § 3 kpk na etapie postępowania przygotowawczego. Prokurator próbował zawiadomić skarżącego o przeprowadzeniu tej czynności procesowej, jednak nie przebywał on w miejscu swego zamieszkania. Pokrzywdzona nie została ponownie przesłuchana, na rozprawie odczytano protokół z jej zeznaniami, jako że w tym czasie przebywała w Niemczech, gdzie była poddawana terapii psychologicznej.

Trybunał ustalił, że skarżący nie miał możliwości zadawania pytań pokrzywdzonej, której zeznania stanowił jedyny dowód pierwotny w sprawie. Gdyby organy procesowe poczyniły większy wysiłek w celu wezwania pokrzywdzonej na rozprawę, a ona wykazałaby, iż jej uczestnictwo w postępowaniu mogłoby mieć negatywny wpływ na stan zdrowia psychicznego, wówczas zarzut naruszenia prawa skarżącego do obrony należałoby ocenić z innej perspektywy (Wąsek–Wiaderek 2008).

Prymat prawa do obrony przyznał Trybunał także w sprawie Laska przeciwko Polsce¹³, dotyczącym już wprost art. 185a kpk (o regulacjach karnoprosesowych — zob. niżej). W omawianej sprawie skarżący został prawomocnie skazany za seksualne wykorzystanie swojej małoletniej córki. Małoletnia była przesłuchiwana w postępowaniu przygotowawczym w trybie art. 185a kpk, jednak w czasie przesłuchania skarżący nie

¹¹ Sprawa W.S. przeciwko Polsce, skarga nr 21508/02, orzeczenie dostępne na stronie: www.echr.coe.int

¹² Wyrok z dnia 4 listopada 2008 r., skarga nr 22695/03, orzeczenie dostępne na stronie: www.echr.coe.int

¹³ Orzeczenie z dnia 6 września 2011 r., skarga nr 42446/06, orzeczenie dostępne na stronie: www.echr.coe.int

był reprezentowany przez obrońcę. Jego wniosek o ponowne przesłuchanie dziecka nie został uwzględniony — biegli stwierdzili, że ponowne przesłuchanie małoletniej mogłoby utrwalić w jej psychice traumatyczne przeżycia i negatywnie wpłynąć na jej dalszy rozwój.

W omawianej sprawie rząd polski złożył jednostronną deklarację, przyznając naruszenie prawa do rzetelnego procesu i zobowiązując się do zapłaty na rzecz skarżącego kwoty 6 450 zł. Trybunał uznał kwotę za odpowiednią (Wąsek–Wiaderek 2011).

Jak wynika z omawianych orzeczeń ETPCz, właściwie zawsze prymat nad prawem pokrzywdzonego do ochrony będzie miało urzeczywistnienie prawa do obrony.

Nowe spojrzenie na prawa dziecka w postępowaniu karnym przyniosło jednak orzeczenie ETPCz z 20 marca 2012 r. w sprawie C.A.S. and C.S. przeciwko Rumunii¹⁴ (wyrok jest nieprawomocny).

Sprawa dotyczyła wielokrotnego zgwałcenia siedmiolatka. Małoletni został kilkakrotnie przesłuchany i poddany badaniu lekarskiemu (2 opinie biegłych). Przeprowa-

dzenie postępowania przeciwko sprawcy zajęło 5 lat, a jego efektem było uniewinnienie oskarżonego od postawionych mu zarzutów. Dziecko nie miało przez czas trwania postępowania (ani po jej zakończeniu) żadnego wsparcia i pomocy psychologicznej.

Trybunał podkreślił, że organy procesowe w niniejszej sprawie czekały zbyt długo z zarządzeniem badania lekarskiego dziecka (3 tygodnie od zgłoszenia) i z przesłuchaniem podejrzanego (2 miesiące). Trybunał podkreślił, iż państwo miało obowiązek zapewnienia efektywnego postępowania karnego, z uwzględnieniem jak najlepszego interesu dziecka. Doszło więc do naruszenia zakazu niehumanitarnego lub poniżającego traktowania oraz prawa do szanowania życia prywatnego i rodzinnego.

Wydaje się, iż omawiana sprawa jest przejawem nowego kierunku myślenia o pokrzywdzonym dziecku w toku postępowania karnego. Podkreślenie podmiotowości dziecka, prawa do ochrony i wsparcia jest z pewnością kierunkiem dobrym i — miejmy nadzieję — będzie rozwijany w przyszłości.

4. Zmiany prawa karnego materialnego w zakresie ochrony małoletniego

Najistotniejsze przepisy regulujące karnomaterialną ochronę małoletniego znajdują się w dwóch rozdziałach (XXV i XXVI) Kodeksu karnego i one właśnie zostaną omówione w niniejszym artykule. Nie oznacza to, że nie są istotne inne przestępstwa na szkodę małoletnich (zob. np. art. 189 kk — pozbawienie człowieka wolności, czy art. 191a kk — utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej albo rozpowszechnianie takiego wizerunku).

Przestępstwa z rozdziału XXV kk, dotyczące przestępczości o charakterze seksualnym, były wielokrotnie nowelizowane. Najistotniejsze nowelizacje to:

1. Ustawa z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz ustawy — Kodeks wykroczeń¹⁵, której założeniem było implementowanie do prawa polskiego przepisów m.in. Konwencji o cyberprzestępczości;

¹⁴ Skarga nr 26692/05, orzeczenie dostępne na stronie: www.echr.coe.int

¹⁵ Dz.U.2004.69.626.

2. Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego i ustawy — Kodeks karny wykonawczy¹⁶, wprowadzająca rozwiązania utrudniające dalsze popełnianie przestępstw seksualnych na szkodę małoletnich (obowiązek poddania się leczeniu, zakaz wykonywania określonego zawodu lub działalności w stosunku do ww. osób¹⁷);
3. Ustawa z dnia 24 października 2008 r. o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹⁸, dostosowująca prawo polskie do decyzji ramowej Rady 2004/68/WSiSW z dnia 22 grudnia 2003 r. o zwalczaniu seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej;
4. Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego, ustawy — Kodeks karny wykonawczy, ustawy — Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw¹⁹, zwanej trochę na wyrost „ustawą kastracyjną”.

Nowelizacja z 2004 r. przewidywała przede wszystkim zwiększoną ochronę małoletnich do 15. roku życia. Wprowadzono zmiany w treści art. 200 kk, by penalizowane było samo obcowanie płciowe z osobą, która nie ukończyła 15. roku życia (niezależnie od tego, od kogo wyszła inicjatywa podjęcia tej czynności)²⁰. Jednocześnie wprowadzono przepisy dotyczące pornografii dziecięcej. Zabronione zostało utrwalanie, sprowadzanie, przechowywanie lub posiadanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej 15 lat²¹.

Natomiast ustawa z 2005 r. dotyczyła głównie sposobów oddziaływania na sprawców przestępstw seksualnych. Do katalogu środków karnych wprowadzono:

- 1) zakaz prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi oraz
- 2) obowiązek powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakaz kontaktowania się z określonymi osobami lub zakaz opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu.

Pierwszy środek karny może być orzeczony na zawsze w razie skazania na karę pozbawienia wolności za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. Obligatoryjnie jest orzekany w razie ponownego skazania sprawcy w warunkach określonych w tym przepisie.

Natomiast wprowadzony art. 41a kk, dotyczący środka karnego w postaci obowiązku powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach/miejscach, zakazu kontaktowania się lub opuszczania miejsca pobytu, był nowelizowany następnie m.in. w związku ze zwiększającą się ochroną przed przemocą w rodzinie. W pierwotnym brzmieniu przepis ten przewidywał możliwość orzeczenia ww. zakazów w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego, a obligatoryjność — w razie skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. Po zmia-

¹⁶ Dz.U.2005.163.1363.

¹⁷ Zob. uzasadnienie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks karny i Kodeks karny wykonawczy (druk sejmowy nr 2693), www.sejm.gov.pl

¹⁸ Dz.U.2008.214.1344.

¹⁹ Dz.U.2009.206.1589.

²⁰ Zob. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz ustawy — Kodeks wykroczeń (druk sejmowy nr 2031), www.sejm.gov.pl

²¹ Jw.

nach wprowadzonych m.in. ustawą z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw²², przepis ten umożliwia dużo szerszy zakres oddziaływania na sprawcę (szerzej o tej ustawie — zob. niżej).

Jednak jedną z istotniejszych zmian wprowadzonych ustawą z 2005 r. było wprowadzenie art. 106a kk, zgodnie z którym nie podlega zatarciu skazanie na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, jeżeli pokrzywdzony był małoletni poniżej lat 15. Przepis ten jest istotny z punktu widzenia sprawców, którzy po odbyciu kary próbują zatrudnić się w miejscach, w których będą mieli kontakt z dziećmi. Dopiero od niedawna jednak temu przepisowi towarzyszą coraz liczniejsze przepisy w ustawach szczególnych, umożliwiające pracodawcom uzyskanie informacji o wcześniejszej karalności kandydata do pracy z dziećmi²³.

Nowela z 2005 roku wprowadziła także zmiany w zakresie przestępstwa określonego w art. 199 kk (doprowadzenie innej osoby do obcowania płciowego/czynności seksualnej przez nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia), przewidujące popełnienie tego przestępstwa na szkodę małoletniego. Co istotne, tą nowelizacją dodano także czyn zabroniony określony w § 3 tego przepisu, polegający na doprowadzeniu małoletniego do obcowania płciowego lub poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności przez nadużycie zaufania lub udzielenie

mu korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy. Tym samym poszerzono ochronę małoletnich (do 18. roku życia) przed zachowaniami seksualnymi, podejmowanymi co prawda za ich zgodą, ale za udzieleniem dziecku pewnej gratyfikacji.

Ustawą z 2008 roku dokonano kolejnych zmian w zakresie art. 202, dotyczącego pornografii dziecięcej. Jednak to, co wydaje się najistotniejsze z punktu widzenia ochrony małoletnich w tej noweli, to zmiany dokonane w art. 101 kk, dotyczącym przedawnienia karalności. W przypadku wymienionych w tym przepisie przestępstw seksualnych na szkodę małoletniego, przedawnienie karalności nie może odąd nastąpić przed upływem 5 lat od ukończenia przez pokrzywdzonego 18 lat. Istotna to zmiana, choć w części przypadków niestety symboliczna — z uwagi na trudności dowodowe występujące po wielu latach od popełnienia czynu zabronionego. Mimo iż pojawiają się głosy, by przestępstwa seksualne nie podlegały przedawnieniu²⁴, autorkom obowiązująca regulacja wydaje się wystarczająca.

Nowelizacja z 2009 roku przyniosła kolejne zmiany w zakresie ochrony małoletniego przed przestępstwami o charakterze seksualnym. Wprowadzono do art. 197 (przewidującego odpowiedzialność za zgwałcenie) przepis przewidujący zaostrzoną odpowiedzialność za m.in. dopuszczenie się zgwałcenia wobec małoletniego poniżej lat 15. Zgodnie z § 3 pkt 2 tego przepisu czyn ten stanowi zbrodnię (kara pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3). Jednak, mimo iż zamiar ustawodawcy był jednoznaczny²⁵

²² Dz.U.2010.125.842.

²³ Takie rozwiązania przewidują już: Ustawa z dnia 26 stycznia 1982 r. — Karta Nauczyciela, Dz.U.2006.97.674; Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. o opiece nad dziećmi do lat trzech, Dz.U.2011.45.235; Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, Dz.U.2011.149.887.

²⁴ Tak twierdzi Rzecznik Praw Dziecka w wystąpieniu z 11 maja 2012 r. do Ministra Sprawiedliwości, w którym postuluje wprowadzenie zasady nieprzedawniania się przestępstw seksualnych na szkodę małoletnich, www.brpd.gov.pl

²⁵ Zob. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego, ustawy — Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji (druk sejmowy nr 1276), www.sejm.gov.pl

i związany niewątpliwie ze zwiększeniem ochrony małoletnich, wprowadzony przepis nie zrealizował w pełni tego celu. Mianowicie nowelizacja nie wprowadziła jednocześnie zmian w art. 205 kk, który określa tryb ścigania przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Ściganie przestępstwa określonego w art. 197 (w tym na szkodę małoletniego poniżej lat 15) następuje więc na wniosek pokrzywdzonego (w przypadku dziecka — na wniosek osoby je reprezentującej na podstawie art. 51 kpk).

Jest to zmiana istotna i zmiana na minus, jeśli idzie o postępowanie w sprawie wykorzystywania seksualnego dzieci. Zwrócić należy uwagę, iż samo obcowanie płciowe (lub inne czynności seksualne) z małoletnim poniżej 15 lat (nawet za jego zgodą) jest ścigane z urzędu (art. 200 kk). Tymczasem zgwałcenie osoby w takim wieku jest już przestępstwem wnioskowym. To przeoczenie ustawodawcy może spowodować wiele utrudnień proceduralnych, zwłaszcza jeśli przestępstwo to popełnione będzie przez osobę reprezentującą dziecko, np. rodzica. Autorki oceniają tę regulację jako niekonsekwentną i niespójną z pozostałymi regulacjami chroniącymi małoletnich poniżej 15. roku życia. Miejmy nadzieję, że tę niekonsekwencję usunie planowana nowelizacja kk (złożony w maju 2012 r. do Sejmu projekt noweli kk, zakładający wprowadzenie ścigania z urzędu każdego przestępstwa zgwałcenia — też tego na szkodę osoby dorosłej²⁶).

²⁶ „PO: gwałt ścigany z urzędu”, tekst z 11 maja 2012 r., www.prawo.gazetaprawna.pl

²⁷ Art. 200a kk:

„§ 1. Kto w celu popełnienia przestępstwa określonego w art. 197 § 3 pkt 2 lub art. 200, jak również produkowania lub utrwalania treści pornograficznych, za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej nawiązuje kontakt z małoletnim poniżej lat 15, zmierzając, za pomocą wprowadzenia go w błąd, wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo przy użyciu groźby bezprawnej, do spotkania z nim, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Kto za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej małoletniemu poniżej lat 15 składa propozycję obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej lub udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych, i zmierza do jej realizacji, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.”

²⁸ Zob. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego, ustawy — Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji (druk sejmowy nr 1276), www.sejm.gov.pl

Nowela listopadowa z 2009 roku wprowadziła także istotne, zwłaszcza z punktu widzenia polskich zobowiązań europejskich i międzynarodowych, przestępstwo groomingu (art. 200a kk²⁷) oraz publicznego propagowania lub pochwalania zachowań o charakterze pedofilskim (art. 200b kk). W tym pierwszym przypadku objęto penalizacją przygotowanie do przestępstw z art. 197 § 3 pkt 2 kk oraz utrwalania treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej 15. roku życia (Mierzwińska-Lorenccka 2012). Przepis ten został poddany w doktrynie krytyce. Podkreśla się na przykład, że jedną z trudności dowodowych będzie wykazanie, że sprawca wiedział, a ponadto chciał lub przynajmniej godził się na to, iż jego ofiara nie ukończyła 15 lat (Filar 2010). Przy kontakcie za pomocą Internetu czy innych środków komunikacji elektronicznej może to być zaś bardzo trudne. W doktrynie podnoszono także, że nowelizacja ta była pośpieszna i nie towarzyszyła jej dyskusja w kręgach naukowych, które przecież będą musiały wypracować racjonalną wykładnię wprowadzonych zmian (Zawłocki 2010).

W zakresie środków stosowanych wobec sprawcy, nowela listopadowa z 2009 r. wprowadziła nowy rodzaj środka zabezpieczającego w postaci obligatoryjnego umieszczenia skazanego w ośrodku prowadzącym terapię farmakologiczną i psychoterapię zmierzającą do obniżenia popędu seksualnego albo skierowania go na leczenie ambulatoryjne w celu przeprowadzenia takiej terapii²⁸.

Podsumowując omawiane przemiany prawa materialnego dotyczącego wykorzystywania seksualnego dzieci, należy wskazać na kilka wiodących tendencji. Po pierwsze, istnieje tendencja do podwyższania wieku ochrony dziecka przed różnymi zachowaniami seksualnymi do 18. roku życia. Granica ta nie jest tak oczywista, jeśli idzie o przestępstwa seksualne, a jest to związane z tzw. wiekiem świadomej zgody na czynności seksualne (art. 200 kk ustala ten wiek na 15 lat). Jednak 18. rok życia będzie w najbliższym czasie wyznaczał poziom ochrony zarówno w pornografii dziecięcej, jak i w prostytucji dziecięcej (z której korzystanie będzie penalizowane, zgodnie z wymogami dyrektywy 2011/92/UE w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej).

Po drugie, występuje widoczna tendencja do przeciwdziałania powrotowi do przestępstwa sprawców przestępstw seksualnych. Służą temu rozwiązania dotyczące zakazu prowadzenia określonej działalności oraz regulacje związane z niezacieraniem się skazania.

Jednocześnie nowelizacje zmierzają do zwiększania ochrony samych pokrzywdzonych — przez udzielenie im prawa do ścigania ww. czynów przez 5 lat po ukończeniu pełnoletności oraz przez udzielenie im prawa domagania się orzeczenia przez sąd zakazu kontaktów czy też zakazu zbliżania się do nich sprawcy.

Rozdział XXVI kk, dotyczący przestępstw przeciwko rodzinie i opiece, był stosunkowo rzadko nowelizowany, a zmiany dotyczyły głównie art. 209 kk (przestępstwo niealimentacji). Najistotniejsze z punktu widzenia ochrony małoletniego przed przemocą są przepisy dotyczące przestępstwa znęcania się nad małoletnim (art. 207 kk) oraz

porzucenia (art. 210 kk) i uprowadzenia (art. 211 kk).

Wydaje się, że poziom ochrony związany z czynami zabronionymi przeciwko rodzinie i opiece jest integralnie powiązany ze środkami stosowanymi w tych sprawach wobec sprawcy. Te środki przewidziane zostały m.in. ustawą z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie²⁹ oraz jej głośnie nowelizacją (ustawa z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw³⁰). Już w 2005 roku dokonano zmian w wyżej już wspomnianym art. 41a kk. Zgodnie ze zmianami, umożliwiono sądowi orzekanie zakazu powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach/miejscach, zakazu kontaktowania się z określonymi osobami lub zakazu opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu także w razie skazania za umyślne przestępstwo z użyciem przemocy, w tym przemocy przeciwko osobie najbliższej.

Środki te nie spełniły jednak swoich zadań, w związku z czym ustawą z 2010 r. wprowadzono kolejne, z założenia skuteczniej zwalczające zjawisko przemocy w rodzinie (w tym wobec małoletnich). Pomińnięta zostanie procedura „Niebieskie Karty”, bowiem jej omówienie znacznie przekracza zakres niniejszego opracowania. Nowelizacja z 2010 r. wprowadziła jednak kilka innych środków wartych także przytoczenia. Przede wszystkim, dodano do środków karnych środek polegający na zakazie zbliżania się do określonych osób (z obowiązkowym określeniem przez sąd odległości od osób chronionych, którą skazany obowiązany jest zachować). Jednocześnie dodano do wachlarza tych środków kontrowersyjny, ale także postrzegany jako najbardziej skuteczny środek, nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Zgod-

²⁹ Dz.U.2005.180.1493.

³⁰ Dz.U.2010.125.842.

nie z obowiązującym brzmieniem art. 41a § 1 kk, sąd może orzec nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego oraz w razie skazania za umyślne przestępstwo z użyciem przemocy, w tym przemocy przeciwko osobie najbliższej.

Niewątpliwie w zakresie typu przestępstw nacisk został położony nie na zmianę w zakresie penalizacji określonych zachowań,

ale na środki zapewniające bezpieczeństwo pokrzywdzonym (w tym małoletnim). Te środki w obowiązującym stanie prawnym obejmują już zarówno izolację pokrzywdzonego od sprawcy przemocy (nakaz opuszczenia lokalu, zakaz zbliżania, zakaz kontaktowania się), jak i pomoc samym sprawcom (poddanie się leczeniu albo oddziaływaniom terapeutycznym lub uczestnictwu w programach korekcyjno-edukacyjnych). Czas pokaze, na ile skuteczne są ww. nowe rozwiązania.

5. Zmiany postępowania karnego w kontekście ochrony pokrzywdzonego dziecka

Wymiar sprawiedliwości w toku rozwoju postępowania karnego traktował dzieci-świadków nieufnie. Długo dokonywano oceny wartościującej zeznań dziecka, na ogół na jego niekorzyść, gdyż zakładano, że zeznania dziecka jako istoty umysłowo i emocjonalnie niedojrzałej mają cechę zmyślenia. Brak wiarygodności zeznań małoletniego świadka wynikał jedynie z faktu bycia dzieckiem (Sikorska-Koza 2010; Budzyńska 2010).

Z czasem jednak do głosu zaczęły dochodzić poglądy, że dziecko jest szczególnym świadkiem — a więc nie gorszym i nie lepszym niż dorośli, ale wymagającym szczególnego traktowania przez wymiar sprawiedliwości. Odpowiednio traktowany małoletni świadek składa bowiem pełne i wiarygodne zeznania³¹.

Przesłuchanie dziecka było i jest zaliczane przez wielu kryminalistów oraz profe-

sjonalistów uczestniczących w procedurach prawnych z udziałem dzieci do szczególnych i trudnych form przesłuchania. Dziecko jest świadkiem specyficznym — w odmienny sposób rozumuje i komunikuje się z otoczeniem, w specyficzny dla siebie sposób postrzega i opisuje świat³².

Efektom nowego sposobu myślenia o dziecku-świadku było wprowadzenie przez ustawodawcę do kpk w 2003 r.³³ art. 185a, który *de facto* przyznawał małoletniemu pokrzywdzonemu wyjątkową ochronę procesową — szczególny tryb przeprowadzenia dowodu z zeznań pokrzywdzonego, a tym samym wprowadził do systemu prawa kategorię tzw. świadka wrażliwego.

W uzasadnieniu projektu ustawy³⁴ możemy zapoznać się z motywami ustawodawcy, które przyświecały mu przy wprowadzaniu tego przepisu: „W dziale V (dowody) pro-

³¹ Jedną z pierwszych organizacji, które postulowały szczególne traktowanie małoletnich świadków i pokrzywdzonych była Fundacja Dzieci Niczyje. Kolejne odsłony kampanii „Dziecko – świadek szczególnej troski” zdecydowanie poprawiły sytuację małoletniego świadka.

³² <http://fdn.pl/dziecko-swiatek>

³³ Ustawa z dnia 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.2003.17.155.

³⁴ Uzasadnienie przedstawione przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego, ustawy — Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 182).

ponowane zmiany mają na celu zapewnienie sprawnego toku postępowania, wzmocnienie gwarancji dla swobody wypowiedzi osób przesłuchiwanym oraz w sytuacji zagrożenia życia, zdrowia, wolności lub mienia, wzmocnienia ochrony świadka albo osoby dla niego najbliższej. Z tymi przepisami łączy się proponowany przepis art. 185a, który wprowadza powinność tylko jedno-razowego przesłuchania pokrzywdzonego, który nie ukończył w chwili czynu 15 lat, w sprawie o przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”.

Oczywiście ochrona ta obwarowana została w ww. artykule szeregiem warunków procesowych i nie dotyczyła ogółu małoletnich świadków. Artykuł 185a kpk w swym brzmieniu z 2003 r. zakładał, że pokrzywdzony (a więc nie każdy świadek), który w chwili czynu nie ukończył 15 lat (granica wiekowa) w sprawach o przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (rodzaj przestępstw) może zostać przesłuchany tylko raz w toku całego postępowania karnego na posiedzeniu sądu z udziałem biegłego psychologa. Prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego mieli prawo wziąć udział w przesłuchaniu. Osoba wymieniona w art. 51 kpk (rodzic/opiekun prawny dziecka) mogła być obecna przy przesłuchaniu, jeżeli nie ograniczało to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego dziecka. Artykuł zakładał, że protokół z przesłuchania w tym trybie odczytuje się na rozprawie głównej, przy czym należało także odtworzyć zapis obrazu i dźwięku, jeżeli został sporządzony (art. 185a § 3).

Mankamentem przepisu 185a kpk w brzmieniu z 2003 r. był fakultatywny tryb jego zastosowania.

Oceniając brzmienie tej pierwszej wersji przepisu, zauważyć należy, że wprowadził on kilka granic, które zdeterminowały

myślenie profesjonalistów o ochronie dziecka świadka w postępowaniu karnym. Przede wszystkim wyróżnił świadków, którzy są pokrzywdzonymi, jako pierwszoplanowy podmiot ochrony oraz określił granicę wiekową na 15 lat. Granica ta do chwili obecnej stanowi cezurę czasową myślenia o ochronie dziecka podczas przesłuchania. Ustawa z 2003 r. ponadto wprowadziła jako jeden z warunków zastosowania ochrony rodzaj przestępstw, których małoletni pokrzywdzony stał się ofiarą. Zarysował również warunki przesłuchania: posiedzenie sądu, osoby przesłuchujące i osoby biorące udział w przesłuchaniu. Wykluczył też z udziału w tym szczególnym trybie osobę sprawcy przestępstwa (podejrzanego/oskarżonego).

Niewątpliwie wprowadzenie tego przepisu było krokiem milowym na drodze ochrony praw dziecka jako szczególnego świadka w postępowaniu karnym. Jednakże w praktyce ograniczenia przepisu, a przede wszystkim jego fakultatywność, spowodowały konieczność nowej jego redakcji.

W 2005 r. ustawodawca znowelizował brzmienie przepisu oraz dodał art. 185b kpk³⁵. Jak wskazuje uzasadnienie do projektu noweli, „projektowana zmiana jest wyrazem szczególnej ochrony psychiki małoletnich świadków, przesłuchiwanym w postępowaniu karnym, bez względu na to, czy są oni pokrzywdzonymi przestępstwem czy też nie. Uczestniczenie dziecka w przesłuchaniu w ramach postępowania przygotowawczego, a następnie na rozprawie głównej, wpływa na jego psychikę destrukcyjnie. (...) Ochrona psychiki dziecka winna dotyczyć nie tylko małoletnich ofiar przestępstw z rozdziału XXV Kodeksu karnego, ale wszystkich małoletnich świadków, co do których istnieje potrzeba przesłuchania. Z uwagi na fakt, iż celem proponowanej zmiany jest ochrona psychiki dzieci przesłu-

³⁵ Ustawa z dnia 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego, Dz.U.2005.141.1181 — weszła w życie 29 sierpnia 2005 r.

chiwanych w postępowaniu karnym, projekt przewiduje tę szczególną regulację jedynie dla małoletnich, którzy w chwili przesłuchania, a nie jak dotychczas w chwili czynu, nie ukończyli 15 lat. (...). Równocześnie proponuje się, aby obraz i dźwięk z przesłuchania świadka, który w chwili czynu nie ukończył 15 lat były utrwalone za pomocą odpowiedniego urządzenia rejestrującego, po to, aby na rozprawie głównej takie nagranie było odtworzone.”³⁶

Jak widać zmiana podyktowana była potrzebą rozszerzenia i sprecyzowania szczególnego trybu ochrony małoletnich świadków. Artykuł 185a kpk został więc rozszerzony o nową kategorię przestępstw z rozdziału XXVI kk (przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece), ponadto stosowanie tegoż artykułu zostało wprowadzone jako obligatoryjny tryb przesłuchania małoletnich pokrzywdzonych, którzy spełniają kryteria w nim zawarte.

Warto zwrócić uwagę, że nowelą zmieniono czas oceniania granicy wiekowej — zgodnie z nowym brzmieniem małoletni podlega regulacji ochronnej jeśli nie ukończył 15 lat w chwili przesłuchania. Warto spojrzeć na to rozwiązanie krytycznie. Nowa redakcja przepisu spowodowała ograniczenie jego stosowania w populacji małoletnich pokrzywdzonych. Sytuacje, w których dochodziło do przesłuchania w opisywanym trybie osób dorosłych nie były spowodowane jedynie brzemieniem przepisu z 2003 r. („15 lat w chwili popełnienia czynu”), ale przewlekłością postępowań. Jak wynika jednak z praktyki pracy Fundacji, obecnie organy procesowe zmierzają raczej do jak najszybszego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego w ochronnym trybie, zatem liczba przesłuchań osób dorosłych z pewnością nie byłaby znaczna.

Zarówno w brzmieniu przepisu z 2003 r., jak i obowiązującym, przewiduje się wyjątki od zasady jednorazowości charakteryzującej ten szczególny tryb przesłuchania. Są nimi uzasadnione ujawnienie istotnych okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania oraz żądanie oskarżonego (podejrzanego), który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Potrzeba taka może wystąpić zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i sądowym.

Analizując ww. wyjątki od reguły jednokrotnego przesłuchania, należy zwrócić uwagę na orzecznictwo Sądu Najwyższego w tej materii. Jak wynika z postanowienia SN z 24 listopada 2010 r., ponowne przesłuchanie dziecka jest konieczne — i to bez dodatkowych warunków — jeżeli wnosi o to oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie, gdy przeprowadzono pierwsze przesłuchanie takiego pokrzywdzonego³⁷. Interpretację taką potwierdzają przywoływane wyżej orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

W wyroku z dnia 16 marca 2011 r., odnoszącym się do pierwszej z przesłanek, SN stwierdza, że wniosek o ponowne przesłuchanie świadka, który złożył już zeznania w trybie art. 185a kpk, można oddalić wówczas, gdy nie wyjdą na jaw, w trakcie prowadzonego postępowania po takim przesłuchaniu, istotne okoliczności, które wyjaśnić można tylko poprzez ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego³⁸.

Niewątpliwie rozszerzeniem podmiotowym wyżej omówionej ochrony jest wprowadzony w 2005 r. artykuł 185b kpk, który trybem przesłuchania z art. 185a kpk obejmuje także małoletnich świadków. Zgodnie z tym przepisem, można przesłuchać świad-

³⁶ Uzasadnienie komisyjnego projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego (druk sejmowy nr 3633), www.sejm.gov.pl

³⁷ Postanowienie składu 7 sędziów SN z 24 listopada 2010 r., I KZP 21/10, LexPolonica nr 2413881, OSNKW 2010, nr 11, poz. 95.

³⁸ Wyrok SN z 16 marca 2011 r., III KK 278/10, LexPolonica nr 2558708, OSNKW 2011, nr 8, poz. 69.

ka, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat w warunkach określonych w art. 185a kpk w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub o przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Katalog przestępstw jest tu określony inaczej niż w przypadku pokrzywdzonego (art. 185a kpk). Ograniczeniami w stosowaniu tego przepisu są sytuacje, kiedy zeznania świadka nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy oraz kiedy małoletni świadek współdziałał w popełnieniu czynu zabronionego, o który toczy się postępowanie karne.

Realnym problemem jest również fakultatywność stosowania tego artykułu.

Istotna zmiana dotyczy również protokołu z czynności przesłuchania w opisywanym trybie. W każdej sytuacji, kiedy względy techniczne nie stoją temu na przeszkodzie, przesłuchanie pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185a kpk, oraz świadka, o którym mowa w art. 185b kpk, utrwała się za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk³⁹.

Analizując ewolucję ochrony dziecka świadka w postępowaniu karnym, warto zwrócić uwagę na art. 171 § 3 kpk, wprowadzony do porządku prawnego nowelą z 2003 r.⁴⁰, o której pisano powyżej. Zakłada on, że w przypadku świadka, który nie ukończył 15 lat, czynności z jego udziałem powinny być, w miarę możliwości, przeprowadzone w obecności przedstawiciela ustawowego lub faktycznego opiekuna, chyba że dobro

postępowania stoi temu na przeszkodzie. Jak możemy przeczytać w uzasadnieniu projektu⁴¹, dobro postępowania „stoi temu na przeszkodzie”, np. gdy w grę wchodzi przestępstwo znęcania się nad małoletnim.

Jak już wyżej podniesiono, wprowadzenie do postępowania karnego art. 185a i 185b kpk spowodowało rozróżnienie sytuacji małoletnich pokrzywdzonych i świadków według m.in. granicy wieku (poniżej 15. roku życia w chwili przesłuchania). Pokrzywdzeni i świadkowie małoletni powyżej 15. roku życia pozostają w obowiązującym stanie prawnym bez szczególnego trybu ochrony⁴².

Jednak mimo braku tej szczególnej ochrony, warto zwrócić uwagę na praktykę zmierzającą do jej zapewnienia na gruncie innych przepisów kpk. Postuluje się m.in. wykorzystanie przy przesłuchaniu małoletnich niepodlegających tej ochronie art. 192 § 2 kpk. Przepis ten pozwala na przesłuchanie świadka zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i sądowego, w obecności biegłego psychologa, jeżeli istnieje wątpliwość co do jego: stanu psychicznego, stanu rozwoju umysłowego, zdolności postrzegania lub odtwarzania przez niego postrzeżeń.

Ponadto, art. 316 § 3 kpk daje możliwość w wyjątkowych sytuacjach przesłuchania świadka poza rozprawą przez sąd. Nie dotyczy to każdej sytuacji, w której małoletni ma składać zeznania — wniosek taki musi być umotywowany tym, iż nie będzie możliwe przesłuchanie dziecka na rozprawie i na

³⁹ Art. 147 kpk.

⁴⁰ Ustawa z dnia 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.2003.17.155.

⁴¹ Uzasadnienie przedstawionego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego, ustawy — Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 182), www.sejm.gov.pl

⁴² W chwili obecnej trwają dyskusje, zarówno w środowisku prawniczym (nowelizacja kpk), jak również w środowisku psychologów oraz organizacji pozarządowych (sesja „Świadek w wieku 15–18 lat: dziecko czy dorosły?” podczas VIII Ogólnopolskiej konferencji „Pomoc dzieciom – ofiarom przestępstw”, w dniach 24–25.10.2011 r.), na temat potrzeby wprowadzenia szczególnego trybu przesłuchania dla pokrzywdzonych i świadków w przedziale wiekowym 15–18 lat.

ogół poparty opinią psychologa (Wesołowska 2007).

Mimo istniejącej, opisanej powyżej, ochrony małoletnich pokrzywdzonych i świadków nie ustają prace nad jej poszerzeniem. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości przygotowała nowelizację⁴³ Kodeksu postępowania karnego jako kompleksową regulację, której celem jest zwiększenie sprawności postępowania karnego oraz jego efektywności. Nowelizacja przewiduje m.in. nową redakcję przepisów art. 185a i 185b kpk. Nowe brzmienie zakłada m.in.: poszerzenie katalogu przestępstw uprawniających do ww. ochrony o rozdział XXIII kk (przestępstwa przeciwko wolności), uzależnienie przesłuchania pokrzywdzonego od tego, czy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla sprawy, ustanowienie obligatoryjne obrońcy z urzędu dla podejrzanego, jeśli nie ma obrońcy z wyboru.

Istotną proponowaną zmianą jest rozszerzenie trybu ochronnego na pokrzywdzonych powyżej 15. roku życia w chwili przesłuchania, którego zastosowanie uzależnione będzie od negatywnego wpływu czynności przesłuchania na stan psychiczny dziecka (czyli *de facto* od opinii psychologa)⁴⁴.

Artykuł 185b kpk w nowej wersji zakłada natomiast możliwość przesłuchania małoletniego świadka powyżej 15. roku życia przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku (tzw. wideokonferencja).

Zgodnie z uzasadnieniem projektu noweli, „zmiany projektowane w treści art. 185a i 185b kpk bazują na założeniu, że wobec małoletniego pokrzywdzonego, składającego zeznania w charakterze świadka oraz małoletniego świadka niebędącego pokrzywdzonym należy stosować inny zakres

⁴³ <http://bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne> <http://bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne>

⁴⁴ Projektowana treść przepisów: „Art. 185a kpk:

§ 1. 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.

§ 2. Przesłuchanie przeprowadza sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa. Prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego mają prawo wziąć udział w przesłuchaniu. Osoba wymieniona w art. 51 § 2 lub osoba pełnoletnia wskazana przez pokrzywdzonego, o którym mowa w § 1, ma prawo również być obecna przy przesłuchaniu, jeżeli nie ogranicza to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Jeżeli podejrzany zawiadomiony o tej czynności nie posiada obrońcy z wyboru, sąd wyznacza mu obrońcę z urzędu.

§ 3. Na rozprawie głównej odtwarza się sporządzony zapis obrazu i dźwięku przesłuchania oraz odczytuje się protokół przesłuchania.

§ 4. W sprawach o przestępstwa wymienione w § 1, małoletniego pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania ukończył 15 lat, przesłuchuje się w warunkach określonych w § 1–3, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na jego stan psychiczny.”;

„Art. 185b § 1. W sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określone w rozdziale XXV i XXVI Kodeksu karnego świadka, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przesłuchuje się w warunkach określonych w art. 185a § 1–3, jeżeli zeznania tego świadka mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

§ 2. W sprawach o przestępstwa wymienione w § 1 małoletniego świadka, który w chwili przesłuchania ukończył 15 lat, przesłuchuje się w trybie określonym w art. 177 § 1a, jeżeli należy się obawiać, że bezpośrednia obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania świadka lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny.

§ 3. Przepisów § 1 i 2 nie stosuje się do świadka współdziałającego w popełnieniu czynu zabronionego, o który toczy się postępowanie karne lub świadka, którego czyn pozostaje w związku z czynem, o który toczy się postępowanie karne.”.

i poziom ochrony w procesie karnym. Małoletni pokrzywdzony powinien być chroniony przed wtórną wiktyimizacją, utrwaleniem się w jego psychice traumatycznych przeżyć wywołanych popełnionym czynem zabronionym. W przypadku świadka, który nie jest pokrzywdzonym, celem prowadzenia przesłuchania w szczególnym trybie jest przede wszystkim ograniczenie nega-

tywnych przeżyć psychicznych związanych z samą czynnością przesłuchania.⁴⁵

Projekt noweli⁴⁶ został przyjęty przez Radę Ministrów i został skierowany do uzgodnień między resortowych i konsultacji społecznych. Niewątpliwie otwiera się kolejny etap zmian w procesie stworzenia pełnej ochrony małoletniego pokrzywdzonego i świadka w postępowaniu karnym.

6. Zakończenie

Trudno wskazywać na ogólne i jednolite tendencje w zakresie ochrony karnoprawnej małoletniego. Niewątpliwie ochrona małoletniego zwiększa się — podwyższanie wieku ochrony dzieci przed wykorzystywaniem seksualnym, korzystniejsza ochrona małoletniego w postępowaniu karnym, zwiększanie wachlarza środków stosowanych wobec sprawców, w tym zapewnienie izolacji pokrzywdzonego od sprawcy oraz zaferowanie sprawcy pomocy o m.in. charakterze terapeutycznym.

Wydaje się jednak, że poziom tej ochrony to wypadkowa dostrzegania potrzeby ochrony dziecka przed krzywdzeniem oraz

prawa do obrony oskarżonego (co widoczne jest zwłaszcza w orzecznictwie ETPCz). Nie dziwi to zwłaszcza, że prawo do obrony stanowi jeden z fundamentów procesu karnego. Jednak, niespodziewanie na tej drodze rozwoju ochrony małoletniego stają też inne prawa i wolności obywatelskie, np. prawo do wolności słowa (w Internecie). Tak stało się w przypadku głośnej dyskusji o możliwości blokowania stron internetowych zawierających pornografię dziecięcą (*Pięć tez...*).

Wydaje się więc, że wyzwaniem kolejnych lat będzie wypracowywanie rozsądnego kompromisu między ochroną dziecka a coraz to nowymi konkurencyjnymi dobrami.

The present article is an attempt at summarizing selected alterations to the law and its practice, that in recent years have shaped the protection of a minor under criminal law. The authors present certain accomplishments (and faults) of Polish legal regulations, as well as relevant regulations on the European and international level.

⁴⁵ Projekt ustawy z dnia 5 czerwca 2012 r. o zmianie ustawy — Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 9 maja 2012 r., www.premier.gov.pl

⁴⁶ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, <http://bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne>

Literatura

- Budzyńska A. (2010), *Psychologiczne aspekty zeznań małoletnich świadków*, Dziecko Krzywdzone, nr 1(30).
- Filar M. (2010), w: Tyszkiewicz L., Hoc S., Wąsek A., Filipkowski W., Siwik Z., Kulik M., Bojarski M., Radecki W., Hofmański P., Sienkiewicz Z., Wilk L., Górniok O., Filar M., Kalitowski M., Paprzycki L., Pływaczewski E., Stefański R.A. (2010), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa: LexisNexis.
- Kilkelly U. (2010), *Summary Report on the consultation of children and young people concerning the draft Council of Europe Guidelines on child-friendly justice*, Strasburg
- Mierzwińska–Lorencka J. (2010), *Prawnokarna ochrona małoletnich świadków na przykładzie wybranych orzeczeń ETPCz*, Cz. II, Edukacja Prawnicza, Nr 1 (112)
- Mierzwińska–Lorencka J. (2012), *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystywaniem seksualnym*, Warszawa: Wolters Kluwer, s. 213 i przywoływana tam literatura.
- Mierzwińska–Lorencka J. (2012), *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystywaniem seksualnym*, Warszawa: Wolters Kluwer, s. 87.
- Pięć tez w dyskusji o systemie blokowania stron internetowych*, www.prawo.vagla.pl/node/9320.
- Sikorska–Koza A. (2010), *Ocena psychologicznych aspektów wiarygodności zeznań małoletnich świadków praktyce biegłych sądowych psychologów na podstawie analizy spraw karnych dotyczących wykorzystania seksualnego dzieci*, Dziecko Krzywdzone, nr 1(30)
- Wąsek–Wiaderek M. (2008), *Przegląd orzecznictwa europejskiego dotyczącego spraw karnych*, nr 3–4, www.sn.pl
- Wąsek–Wiaderek M. (2011), *Przegląd orzecznictwa europejskiego dotyczącego spraw karnych*, nr 1–4/2011, www.sn.pl
- Wesołowska A. (2007), *Regulacje prawne dotyczące ochrony małoletnich w toku postępowania karnego*, Dziecko Krzywdzone, nr 3(20).
- Zawłocki R. (2010), *Nowela „listopadowa” Kodeksu karnego*, Monitor Prawniczy, Nr 12.

O AUTORACH

OLGA TROCHA — prawnik, ukończyła aplikację prokuratorską przy Prokuraturze Apelacyjnej w Warszawie oraz Podyplomowe Studium Własności Intelktualnej na Uniwersytecie Warszawskim. Pracuje w Fundacji Dzieci Niczyje jako prawnik wyspecjalizowany w prawnej ochronie dziecka. Współpracuje także ze Stowarzyszeniem Interwencji Prawnej, gdzie udziela porad prawnych związanych z pieczęią zastępczą. Autorka publikacji i artykułów na temat prawnej ochrony małoletnich i rodzicielstwa zastępczego. Stale współpracuje z „Monitorem Prawniczym”.

JUSTYNA PODLEWSKA — prawnik, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji oraz Wydziału Dziennikarstwa i Nauk Politycznych Uniwersytetu Warszawskiego, Członek Zespołu Monitorującego do Spraw Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie przy Ministrze Pracy i Polityki Społecznej. Od dwunastu lat udziela pomocy prawnej klientom Fundacji Dzieci Niczyje. Specjalizuje się w prawnej ochronie dzieci – ofiar przestępstw, zagadnieniach dotyczących przeciwdziałania przemocy, prawie rodzinnym oraz ochronie danych osobowych. Koordynuje program prawny oraz program „Opiekun dziecka ofiary przestępstwa” Fundacji Dzieci Niczyje. Jest konsultantką programów Fundacji Dzieci Niczyje: Dobry Rodzic – Dobry Start i Helpline.org.pl