

1999.11.05 wyrok SN V KKN 440/99 OSNKW 1999/11-12/76
przeгляд orzeczn.: Zabłocki S. Palestra 2000/2-3/172
glosa częściowo aprobująca: Biederman J. Wójcikiewicz J. PiP 2000/4/109
glosa aprobująca: Bednarek T. Sutowski G. Palestra 2000/5-6/246
glosa aprobująca: Woźniewski K. Prok.i Pr. 2000/9/84
przeгляд orzeczn.:Kmiećik R. Prok.i Pr. 2002/7-8/30

O ile sama czynność zabezpieczenia tzw. śladu zapachowego może nastąpić nawet w trybie art. 308 § 1 k.p.k., o tyle badanie osmologiczne powinno być przeprowadzane w formie ekspertyzy, a w konsekwencji powinno ono być poprzedzone postanowieniem o powołaniu biegłego i powinno być zakończone wydaniem opinii biegłego (art. 193 i nast. k.p.k.).

Przewodniczący: sędzia SN S. Zabłocki (sprawozdawca).
Sędziowie SN: A. Siuchniński, J. Szewczyk.
Prokurator Prokuratury Krajowej: J. Gemra.

Sąd Najwyższy po rozpoznaniu w dniu 5 listopada 1999 r., sprawy Teresy P. skazanej z art. 278 § 1 k.k., z powodu kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanej od wyroku Sądu Okręgowego w L. z dnia 24 czerwca 1999 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w G. z dnia 21 kwietnia 1999 r.

uchylił zaskarżony wyrok i utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Rejonowego w G., a sprawę Teresy P. przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w G. (...).

Wyrokiem Sądu Rejonowego w G. z dnia 21 kwietnia 1999 r., Teresa P. została uznana za winną tego, że 27 października 1998 r. w G. zabrała celem przywłaszczenia pieniądze w kwocie 6.000 złotych i złoty łańcuszek, trzy pierścionki oraz parę kolczyków o wartości 8.400 złotych na szkodę Wandy Z. i za to skazana na podstawie art. 278 § 1 k.k., przy zastosowaniu art. 58 § 3 k.k. w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k., na karę grzywny w wysokości 110 stawek dziennych, przy ustaleniu stawki dziennej na kwotę 10 zł. Na podstawie art. 69 § 1 i 2 oraz art. 70 § 1 pkt 2 k.k. wykonanie wymierzonej kary grzywny zostało warunkowo zawieszona tytułem próby na okres 2 lat. Na podstawie art. 415 § 5 k.p.k. zasądono od oskarżonej na rzecz Wandy Z. odszkodowanie w kwocie 8.400 zł (...).

Po rozpoznaniu apelacji oskarżonej, Sąd Okręgowy w L., wyrokiem z dnia 24 czerwca 1999 r., utrzymał w mocy wyrok sądu pierwszej instancji.

Kasację od wyroku Sądu Okręgowego w L. z dnia 24 czerwca 1999 r., wniósł obrońca skazanej Teresy P. Na podstawie art. 519 i 520 § 1 k.p.k. zaskarżył on wyżej wymieniony wyrok w całości. Na podstawie art. 523 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił m.in.:

(...) 2) rażące naruszenie prawa, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, w postaci obrazy przepisów postępowania, a mianowicie art. 5 § 2 k.p.k., przez rozstrzygnięcie nie dających się usunąć wątpliwości, a dotyczących identyfikacji osmologicznej, na niekorzyść oskarżonej.

W konsekwencji obrońca wniósł na podstawie art. 537 § 1 i 2 k.p.k. o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Rozpoznając niniejszą sprawę Sąd Najwyższy zważył, co następuje: (...) Zupełnie odmiennie rysuje się sytuacja, gdy chodzi o zarzut zawarty w pkt 2 skargi kasacyjnej. Przy właściwym pogłębieniu jego treści, w realiach dowodowych i procesowych niniejszej sprawy zasługiwał on na uwzględnienie, co w konsekwencji doprowadziło do uchylenia zaskarżonego wyroku sądu odwoławczego i utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Rejonowego.

Przed przystąpieniem do omówienia dowodu natury osmologicznej wskazać jednak należy, iż w niniejszej sprawie był to nie tylko dowód główny, na którym oparty został wyrok skazujący, ale i praktycznie dowód jedyny, na podstawie którego poczyniono ustalenie co do sprawstwa Teresy P. Ma bowiem rację autor skargi kasacyjnej, iż wbrew wywodom zawartym w uzasadnieniu wyroku Sądu Rejonowego, nie można uznać za potwierdzające winę oskarżonej dowodów z zeznań świadków Wandy Z. i Stanisławy W. Zeznania Wandy Z. nie mogły stanowić dowodu obciążającego już tylko z tego prostego powodu, iż w czasie, gdy dokonana została kradzież, świadka tego nie było w domu. Co więcej, do momentu poinformowania jej o wynikach badania osmologicznego, Wanda Z. mając dotąd jak najlepszą opinię o Teresie P., nie skierowała wobec niej nawet podejrzania o dokonanie kradzieży. Także i zeznania Stanisławy W., gdy uwzględni się zwłaszcza treść jej ujawnionych zeznań z fazy dochodzenia, nie zostały w całości poddane wnikliwej analizie, a zatem oparcie twierdzenia o zawinieniu oskarżonej m.in. właśnie na tym dowodzie, przekracza granice sędziowskiej swobody ocen. Świadek ten widziała, co prawda, iż Teresa P. w godzinach między 12 a 14 wchodziła do budynku mieszkalnego, z którego dokonana została kradzież, ale tej okoliczności oskarżona bynajmniej nie zaprzecza. Co więcej, w swoich zeznaniach świadek Stanisława W. potwierdziła istotną okoliczność, na którą powoływała się oskarżona, a mianowicie to, iż Teresa P. mówiła jej, że musi skorzystać z ubikacji. Była to zresztą, jak wskazuje na to materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, praktyka codzienna, aprobowana przez właścicieli mieszkania, z uwagi na to, że w budynku zawierającym pomieszczenia biurowe nie było wydzielonego WC. Z zeznań złożonych przez Stanisławę W. w tej fazie postępowania wynikało też, iż czuła się ona tego dnia nie najlepiej i dlatego położyła się do łóżka. Ma to istotne znaczenie z punktu widzenia ewentualnego dostępu osób trzecich do niezamkniętych pomieszczeń w czasie między godziną 12 a 14 dnia 27 października 1998 r., których wejścia starsza i niedysponowana w tym dniu kobieta mogła po prostu nie dostrzec. Krąg takich osób, wobec blisko 2 godzin nieobecności świadka Wandy Z. i całkowitego braku zabezpieczenia wejścia do mieszkania, był praktycznie nieograniczony. Wprawdzie takiej właśnie treści zeznań Stanisława W. zaprzeczyła w dalszej fazie postępowania, powołując się na to, iż to sporządzający protokół policjant zawarł w nim kwestionowane treści, niemniej jednak tłumaczeniu temu trudno, zaiste, dać wiarę, zważywszy, iż oficer dochodzeniowy z pewnością nie był zainteresowany wprowadzaniem do treści zeznań Stanisławy W. elementów korzystnych z punktu widzenia linii obrony oskarżonej.

Zasygnalizowanych tu sprzeczności, istniejących w treści zeznań Stanisławy W., sądy obu instancji zresztą nie dostrzegają, traktując je jako "monolit".

Tak więc bez wątpienia o skazaniu Teresy P. przesądziły wyniki przeprowadzonych badań osmologicznych. Przyznaje to, zresztą, dość otwarcie, sąd odwoławczy w uzasadnieniu swego wyroku. Nie bez racji, w sferze teoretycznej, podkreśla także Sąd Okręgowy, że w świetle teorii swobodnej oceny dowodów, stanowiącej kontrapunkt dla teorii formalnej oceny dowodów, nie można wykluczyć tego, iż skazanie oparte będzie na jednym tylko, jedynym dowodzie obciążającym. Zasadniczy problem w niniejszej sprawie sprowadza się jednak do tego, iż w takiej sytuacji ów jedyny dowód powinien być przeprowadzony, z punktu widzenia metodologicznego w nienaganny wręcz sposób, tj. tak, aby strony, a przede wszystkim sądy orzekające, miały w miarę najpełniejszą możliwość kontroli nad tym dowodem. Aby osiągnąć ów cel podstawowy, tj. w miarę najpełniejszą kontrolę sądu i stron nad tym specyficznym dowodem, rozważyć należy, czy badanie osmologiczne powinno być poddane jedynie kryteriom czynności procesowej, przeprowadzonej przez organ procesowy, np. policję (tak jak np. eksperyment w rozumieniu art. 211 k.p.k., czy też okazanie w rozumieniu art. 173 k.p.k.), czy też powinna to być czynność procesowa przeprowadzona przez organ procesowy "z udziałem biegłego" (tak jak np. oględziny zwłok) lub przez biegłego "z udziałem organu procesowego" (tak jak np. sekcja zwłok), czy też wreszcie powinno ono przybrać postać ekspertyzy, wykonanej przez biegłego, z udziałem pomocników ("specjalistów" w rozumieniu art. 205 k.p.k.), którymi są przewodnicy psów, same psy zaś pełnią przy sporządzaniu takiej ekspertyzy jedynie rolę swoistego narzędzia (instrumentu). W dotychczasowej praktyce procesowej najczęściej stosowana jest forma czynności procesowej z udziałem przewodników psów (czasem z udziałem obrońcy), której efektem jest spisanie protokołu z "eksperymentu" osmologicznego, uzupełnionego ewentualnie tzw. notatką urzędową. Taka też forma została zastosowana w niniejszej sprawie, przy czym w przeprowadzanych czynnościach nie brał nawet udziału obrońca oskarżonej. Co więcej, na etapie postępowania jurysdykcyjnego protokoły eksperymentu (o mankamentach metody ich przeprowadzania będzie jeszcze mowa w dalszej części niniejszego uzasadnienia) zostały zaliczone do materiału dowodowego bez przesłuchania przez sąd osób przeprowadzających badania osmologiczne, a więc praktycznie bez podjęcia przez sąd choćby najprostszej próby weryfikacji metodologii tych badań.

Na tle wskazanych wyżej uwarunkowań należy podzielić krytyczne głosy piśmiennictwa, dotyczące tak niefrasobliwego podejścia do całkowicie nowej i praktycznie nie zweryfikowanej jeszcze metody kryminalistycznej (zob. bliżej J. Widacki: Kilka uwag o identyfikacji zapachów ludzkich przez psa na użytek procesu karnego, Pal. 1998, z. 11-12, s. 102; tegoż autora: rozdział XXII w pracy zbiorowej pod red. J. Widackiego: Kryminalistyka, Warszawa, 1999, s. 267; T. Hanausek: Meandry osmologii, Pal. 1998, z. 1-2, s. 41). W konsekwencji, Sąd Najwyższy opowiada się za poglądem, że o ile sama czynność zabezpieczenia tzw. śladu zapachowego może nastąpić nawet w trybie

art. 308 § 1 k.p.k., o tyle badanie osmologiczne powinno być przeprowadzane w formie ekspertyzy, a w konsekwencji powinno ono być poprzedzone postanowieniem o powołaniu biegłego i powinno być zakończone wydaniem opinii biegłego (art. 193 i nast. k.p.k.). Złożona przez biegłego opinia powinna odpowiadać wymogom określonym w art. 200 k.p.k., zaś weryfikacja jej wartości dowodowej powinna przebiegać z zachowaniem kryteriów, o których mowa jest w art. 201 k.p.k. W pełni zasadna jest tu analogia do np. zabezpieczenia śladu linii papilarnych i późniejszej opinii daktyloskopijnej.

Przechodząc do mankamentów "eksperymentu" osmologicznego przeprowadzonego w niniejszej sprawie wskazać należy, iż nie zawiera on wiadomości co do tego, czy zachowano szereg standardów minimalnych, które służyć mają zabezpieczeniu m.in. przed dokonaniem przez psa wskazania nie w oparciu o tzw. zapach pierwotny, lecz w oparciu o zapach wtórny (zapach środowiska, mający charakter grupowy, np. miejsca przebywania - mogłoby to mieć istotne znaczenie np. przy ustaleniu, iż świadek Wanda Z., właścicielka szkatułki z kosztownościami, która bez wątplenia musiała pozostawić na niej ślady zapachowe, przebywała ostatnio w miejscu pracy Teresy P., albo też w wypadku ustalenia, iż obie kobiety używały tej samej grupy kosmetyków), dokonaniem wskazania w oparciu o zapach najbardziej podobny (tożsamy grupowo), najbardziej intensywny lub najbardziej dla psa atrakcyjny. Poważnym problemem jest też możliwość ewentualnego, nieświadomego, pozawerbalnego wpływu na zachowanie psa osób znajdujących usytuowanie śladu porównawczego w szeregu selekcyjnym, a obecnych przy dokonywaniu przez psa czynności rozpoznawania (tzw. efekt Rosentala). Co więcej, protokoły "eksperymentu" w niektórych fragmentach wręcz wskazują na to, że owe standardy minimalne zostały pogwałcone. Tym samym, istotnie, przeprowadzenie tego dowodu nastąpiło w sposób nasuwający poważne wątpliwości co do jego waloru, jako dowodu pełnowartościowego, zaś wątpliwości te zostały rozstrzygnięte bynajmniej nie na korzyść oskarżonej.

Tak więc w toku dalszego postępowania, jeżeli tzw. konserwy zapachowe nie uległy jeszcze zniszczeniu, dla zminimalizowania możliwości błędu przy ekspertyzie osmologicznej należałoby (por. z poglądami J. Widackiego, zawartymi we wskazanych wyżej publikacjach oraz z dokumentami opracowanymi przez Centrum Szkolenia Policji i Centralne Laboratorium Kryminalistyczne, zatytułowanymi: "Metodyka pobierania, zabezpieczania, powielania i rozpoznawania zabezpieczonych śladów zapachowych ludzi" oraz "Wytyczne metodyczne dotyczące zabezpieczania, przechowywania, powielania i rozpoznawania zabezpieczonych śladów zapachowych ludzi oraz organizowania i aktualizowania zbiorów tych śladów"):

1) właściwie dobrać grupę dawców zapachów do eliminacji (niezbędne jest to, aby nie była to grupa pod względem zapachowym jednorodna, a różna od oskarżonej); konieczne jest też sporządzenie takiej dokumentacji czynności pobrania porównawczych śladów zapachowych, aby sąd posiadał wiadomości o osobach dawców śladów porównawczych (tak jak posiada wiadomości o tzw. osobach przybranych do czynności okazania);

2) zapachy porównawcze do eliminacji, pochodzące od osób przybranych i zapach od oskarżonej powinny być pobrane mniej więcej równocześnie i tą samą metodą (w tej mierze w aktach sprawy brak jest dotąd jakichkolwiek wiadomości);

3) osoby znajdujące się w czasie rozpoznawania przez psa w zasięgu jego zmysłów (wzroku, słuchu, węchu), a w szczególności jego przewodnik, nie mogą znać miejsca usytuowania śladu porównawczego w szeregu selekcyjnym, a okoliczność ta powinna być w należyty sposób udokumentowana;

4) w czasie rozpoznawania powinny być przeprowadzone dwie "próby puste" (pierwsza, polegająca na tym, iż w szeregu selekcyjnym nie ustawia się śladu porównawczego, tj. pobranego od podejrzanego, druga zaś polegająca na tym, iż ślad porównawczy znajduje się w szeregu selekcyjnym, za to zamiast śladu dowodowego, pochodzącego z miejsca zdarzenia, psu daje się do nawęszania tzw. ślad pusty, nie zawierający żadnego zapachu), ewentualnie także i tzw. próba "atrakcyjności zapachu" (rezultaty owych prób pustych powinny być udokumentowane z taką samą starannością, jak rezultaty próby ostatecznej);

5) natomiast wielość prób powtarzanych po zmianie kolejności śladów w szeregu selekcyjnym ma już drugorzędne znaczenie, albowiem pies raz rozpoznawszy ślad będzie go już rozpoznawał w kolejnych próbach (podobnie, jak świadek rozpoznający w trakcie okazania, po pierwszym zetknięciu się z osobą, którą rozpoznał jako sprawcę); tym samym już dwie próby wystarczą do przekonania się, czy pies jest pewien swego rozpoznania i czy przy wskazaniu opierał się istotnie na śladzie zapachowym, a nie kierował się miejscem śladu zapachowego w szeregu;

6) rozpoznania powinny dokonywać niezależnie od siebie dwa psy, mające aktualny atest (spełnienie tego jednego warunku jest w niniejszej sprawie należycie udokumentowane).

Dopiero staranne zachowanie wszystkich wypracowanych przez kilkuletnią praktykę i zalecanych w piśmiennictwie standardów prowadzenia badań osmologicznych mogłoby upoważnić do zaakceptowania - w płaszczyźnie teoretycznej - poglądu, iż w świetle zasad swobodnej oceny dowodów skazanie może być oparte na ekspertyzie osmologicznej, jako dowodzie obciążającym.

Z wszystkich wyżej opisanych powodów skarga kasacyjna wraz z jej wnioskiem końcowym zasługiwała na uwzględnienie.