



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa,

Adam Bodnar

II.510.35.2018II.510.35.2018.MM

Pan

Zbigniew Ziobro

Minister Sprawiedliwości

Prokurator Generalny

W moim zainteresowaniu pozostaje problematyka związana z praktyką przesłuchiwania przez organy ścigania w charakterze świadka osób, wobec których istnieje wystarczający materiał dowodowy do postawienia im zarzutów. Chodzi m.in. o osoby, które zostały personalnie wskazane w zawiadomieniu o możliwości popełnienia przestępstwa jako osoby podejrzane. Przesłuchiwanie ich w charakterze świadka uniemożliwia im skuteczne podjęcie prawa do obrony określonego w art. 42 Konstytucji RP.

Zasada *nemo tenetur se ipsum accusare* uważana jest powszechnie za naczelną zasadę procesu karnego w demokratycznym państwie prawa. Jej istota sprowadza się do pozostawienia oskarżonemu swobody decyzji w przedmiocie czynnego uczestniczenia w prowadzonym przeciwko niemu postępowaniu¹. Oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności, zaś po stronie organu procesowego występuje zakaz przymuszania go do dostarczania dowodów przeciwko sobie².

Celem jest ochrona przed (pośrednim lub bezpośrednim) zmuszaniem do aktywnego uczestniczenia w postępowaniu, z którego mogłyby wynikać niekorzystne skutki dla oskarżonego. Chodzi tu w szczególności o ochronę przed dostarczeniem kompromitujących

¹ B. Nita-Światłowska, Konstytucyjne zakorzenienie zasady *nemo tenetur se ipsum accusare*, (w:) J. Skorupka (red.), Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy, Wrocław 2009, s. 220–234.

² Por. wyrok SN z 15.10.2015 r., III KK 206/15, LEX nr 1948886.

środków dowodowych, w tym w szczególności kompromitujących wyjaśnień oraz innych dowodów, które groziłyby odpowiedzialnością w postępowaniu karnym (tym, które aktualnie jest prowadzone lub innym) albo zgoda w postępowaniu innym aniżeli karne (cywilnym, administracyjnym, w sprawie o wykroczenie, karnym skarbowym)³.

Oskarżony pełni w postępowaniu karnym podwójną rolę: strony procesowej oraz osobowego źródła dowodu. Jako osobowe źródło dowodu, co do zasady, zwolniony jest przez przepisy karnoprosesowe z obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść (art. 74 § 1 k.p.k.), jednocześnie jednak spoczywa na nim powinność umożliwienia uzyskania od niego przez organ procesowy pewnych środków dowodowych (art. 74 § 2 k.p.k.), a jego zgoda jest tu bez znaczenia. To samo, co do zasady dotyczy osoby podejrzanej z tym, że w odniesieniu do tej osoby zakres omawianego obowiązku jest węższy (art. 74 § 3 k.p.k.)⁴.

Wobec stwierdzenia, że konstytucyjny nakaz poszanowania godności człowieka oraz prawo do prywatności nie są wyłącznym źródłem obowiązywania omawianej zasady, rozważenia wymagają tu inne, potencjalne konstytucyjne korzenie wynikającego z niej zakazu. Narzucają się w szczególności: zasada prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP), zasada sprawiedliwego procesu jako element składowy prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP) zasada domniemania niewinności (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP) oraz zasada demokratycznego państwa prawnego⁵. Uzasadnienie gwarancji *nemo tenetur* jest wielostronne. Po pierwsze, domaganie się od oskarżonego, aby świadczył przeciwko sobie byłoby sprzeczne z zasadami rzetelnego procesu⁶. Po drugie, przerzucałoby ciężar dowodu na oskarżonego, pomimo zasady domniemania niewinności⁷. Po trzecie, zakaz wymuszania samooskarżenia zapobiega pokusie stosowania tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Zob. wyrok ETPC z 22.3.1995 r. w sprawie nr 18580/91, Quinn v. Francja, § 40; wyrok ETPC z 8.2.1996 r. w sprawie nr 18731/91, John Murray v. Zjednoczone Królestwo, § 45; wyrok ETPC z 20.10.1997 r. w sprawie nr 20225/92, Serves v. Francja, § 46; wyrok ETPC z 21.12.2000 r. w sprawie nr 34720/97, Heaney i McGuinness v. Irlandia, § 40; z 5.11.2002 r. w sprawie nr 48539/99, Allan v. Zjednoczone Królestwo, § 44 i nast.

⁷ Wyrok ETPC z 20.3.2001 r. w sprawie nr 33501/96, Telfner v. Austria, § 15 i nast.; wyrok ETPC z 6.6.2000 r. w sprawie nr 36408/97, Averill v. Zjednoczone Królestwo, § 45.

Gwarancje zakazu oskarżania obejmują także osoby, które formalnie nie zostały postawione w stan oskarżenia, a których sytuacja procesowa wykazuje podobieństwo do sytuacji oskarżonego. Chodzi przede wszystkim o przesłuchanie takiej osoby w charakterze świadka, pomimo podejrzewania przez organy śledcze, iż popełniła przestępstwo, a następnie wykorzystanie w postępowaniu przeciwko niej dowodów uzyskanych zanim uzyskała ona status uprawniający ją do milczenia⁸. Objęcie takich osób gwarancją *nemo tenetur* znajduje wówczas uzasadnienie w szerokim rozumieniu pojęcia „oskarżenie w sprawie karnej”, o którym mowa w art 6 ust. 1 Konwencji. W jednej ze spraw Trybunał strasburski stwierdził naruszenie wymienionego przepisu w sytuacji, w której materiał procesowy uzyskany podczas przesłuchania oskarżonego w charakterze świadka został następnie wykorzystany - jako zasadniczy materiał obciążający w sprawie karnej przeciwko skarżącemu. Ta okoliczność przesądziła o uznaniu, że proces karny w sprawie nie był rzetelny⁹.

Stanowisko Sądu Najwyższego

Sąd Najwyższy wypowiedział się na temat zakresu prawa do obrony, podkreślając, że „nie formalne przedstawienie zarzutu popełnienia przestępstwa, lecz już pierwsza czynność organów procesowych skierowana na ściganie określonej osoby, czyni ją podmiotem prawa do obrony”¹⁰. SN wskazał, że przesłuchanie w charakterze świadka w tej samej sprawie osoby, która stała się oskarżonym, w ogóle nie powinno nastąpić. Jeżeli zaś nastąpiło ze względu na brak rozeznania, kto jest podejrzanym w sprawie, to trzeba je uznać za pozbawione prawnego znaczenia; nie może ono rodzić dla oskarżonego żadnych ujemnych skutków prawnych w myśl zasady, że nie może być czynem karalnym zachowanie się jednostki, do którego jest ona uprawniona¹¹.

Interes wymiaru sprawiedliwości nie może być chroniony za cenę pozbawienia jednostki szeregu gwarancji procesowych poprzez przesłuchanie jej w charakterze świadka, a nie

⁸ Por. wyrok ETPC z 2.6.1993 r. w sprawie nr 16002/90, K. v. Austria.

⁹ Wyrok ETPC z 17.12.1996 r. w sprawie nr 19187/91, Saunders v. Zjednoczone Królestwo.

¹⁰ Wyrok SN z 9.2.2004 r., sygn. akt V KK 194/03, OSNKW nr 4/2004, poz. 42; zob. także uchwały SN z: 26.4.2007 r., sygn. akt I KZP 4/07, OSNKW nr 6/2007, poz. 45 oraz 20.9.2007 r., sygn. akt I KZP 26/07, OSNKW nr 10/2007, poz. 71.

¹¹ Uchwała SN z 20.6.1991 r., I KZP 12/91, OSNKW 1991/10-12/46.

oskarżonego, chociaż była ona sprawcą przestępstwa. W związku z obowiązywaniem w polskiej procedurze zasady uczciwego procesu, zarówno oskarżyciel, jak i sąd powinni przestrzegać reguł procesowych. Przesłuchanie sprawcy przestępstwa w charakterze świadka i przerzucanie na niego ujemnych konsekwencji wynikających z tego faktu nie ma nic wspólnego z rzetelnością i lojalnością organu procesowego¹².

W doktrynie wskazuje się w tej sytuacji na możliwość *de lege lata* przesłuchiwanie świadka bez uprzedzenia go o odpowiedzialności za podanie nieprawdy lub zatajenie prawdy w trakcie zeznań¹³. SN wskazał, że nie ponosi odpowiedzialności karnej na podstawie art. 233 § 1 k.k. osoba, która przesłuchana została w charakterze świadka wbrew wynikającemu z art. 313 § 1 k.p.k. nakazowi przesłuchania jej jako podejrzanego¹⁴. W uzasadnieniu SN wyjaśnił, że „w treści art. 313 § 1 k.p.k. upatrywać należy zakazu przesłuchania określonej w nim osoby w charakterze innym, jak tylko podejrzanego. Trzeba się oczywiście zgodzić z czynioną często uwagą, że należy unikać przesłuchania takiej osoby w charakterze świadka, lecz nie można na tym spostrzeżeniu poprzestać, kiedy tego nie uniknięto. Nie można też - respektując zasadę prawa do obrony - twierdzić, że skutek tego uchybienia łagodzi fakt, iż świadek ten nie jest pozbawiony prawa do obrony, wobec pouczenia go o uprawnieniu z art. 183 § 1 k.p.k. Za niestosowne uznać trzeba w szczególności podejmowane niekiedy próby zacierania różnicy między statusem świadka i podejrzanego argumentem, że i status oskarżonego (podejrzanego) nie chroni przed nadużyciami ze strony osób prowadzących postępowanie karne.

Z treści art. 6 k.p.k. wynika, że prawo do obrony przysługuje oskarżonemu (podejrzanemu). Uzasadnione jest twierdzenie, że przysługuje również osobie wskazanej w art. 313 § 1 k.p.k., bo nie jej status formalny, lecz określony materialnie obiektywnym stanem dowodów obciążających i obowiązkiem nałożonym przez przepis prawa na organ ścigania, jest w tym zakresie rozstrzygający. Nie jest to kwestia pozostawiona swobodnej decyzji organu ścigania i nie sprowadza się do nieznaczącego naruszenia prawa. Współczesne rozwiązania procesowe - nie bez istotnych powodów - nie akceptują już subiektywnego podejścia organu ścigania, jako kryterium wszczęcia postępowania *in*

¹² M. Klejnowska, Oskarżony jako osobowe źródło informacji, Zakamycze 2004, Lex nr 48855.

¹³ M. Klejnowska, Oskarżony jako...

¹⁴ Uchwała SN z 26.4.2007 r., I KZP 4/07, OSNKW 2007/6/45.

personam”¹⁵. Zasada *nemo tenetur* odnosi się więc także do faktycznie podejrzanego, a jako zasada gwarancyjna byłaby "wątpliwej jakości", gdyby oskarżonego wolno było przymuszać do samooskarżenia "przed formalnym lub przynajmniej faktycznym wytoczeniem oskarżenia". Istotne jest zatem, "aby moment oddzielający dwa różne etapy realizacji wymienionej zasady był zaznaczony we właściwej fazie procesu postanowieniem o przedstawieniu zarzutów..."¹⁶. Pozwala ono na uniknięcie arbitralności działania organów, która mogłaby mieć istotny wpływ na zakres realizacji konstytucyjnej gwarancji prawa do obrony.

W celu obejścia przepisu art. 74 § 1 k.p.k. wystarczyłoby wezwać osobę podejrzaną o popełnienie przestępstwa do złożenia zeznań w charakterze świadka i uprzedzić ją o odpowiedzialności za fałszywe zeznania, nie zadając żadnych szczegółowych pytań, co postawiłoby przesłuchiwanego w sytuacji bez wyjścia: albo złoży zeznania, które pozwolą na uzyskanie dowodów popełnionego przez niego przestępstwa, albo poniesie odpowiedzialność za zatajanie prawdy. Nie można się przy tym powoływać na brak wypowiedzianego wprost w kodeksie postępowania karnego zakazu przesłuchiwania osoby, co do której istnieją dane, że jest sprawcą przestępstwa, eliminowanie w drodze zabiegów interpretacyjnych podstawowej gwarancji prawa do obrony jest bowiem niedopuszczalne¹⁷. Tym kierował się w swoim czasie SN, wskazując na niedopuszczalność przesłuchiwania jako świadka osoby, co do której istnieją podstawy przedstawienia jej zarzutów¹⁸. Pogląd ten zachował aktualność w obecnym stanie prawnym i znalazł wyraz w następującej wypowiedzi: „wynikające z przepisu art. 183 § 1 k.p.k. uprawnienie przysługuje świadkowi, a więc osobie, która - zgodnie z wiedzą organu ścigania - nie jest sprawcą czynu, ani osobą określoną w art. 313 § 1 k.p.k., lecz osobą, która może posiadać wiadomości istotne dla ustalenia sprawcy lub okoliczności popełnionego przez niego przestępstwa. Przepis art. 183 § 1 k.p.k. nie może natomiast uzasadniać i usprawiedliwiać przesłuchania w charakterze

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Z. Sobolewski: Samooskarżenie w świetle prawa karnego, Warszawa 1982, s. 10-11.

¹⁷ A. Gaberle, Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka, Oficyna 2010, Lex nr 58009.

¹⁸ Wyrok SN z 21.1.1982 r., II KR 338/81, OSNKW 1982, nr 3, poz. 14; P. Kruszyński, glosa, OSPiKA 1983, z. 1, s. 22-23.

świadka osoby, która wskazana została w zawiadomieniu o przestępstwie jako sprawca czynu, i to w sytuacji wykluczającej sprawstwo jakiegokolwiek innej osoby”¹⁹.

Należy jednak uznać, że zidentyfikowany w orzecznictwie zakres prawa do obrony ma swoje umocowanie konstytucyjne i nie może być zawężony w drodze ustawy. Stąd art. 233 § 1a k.k. powinien być rozumiany w ten sposób, że zakres jego zastosowania jest zawężony do tych świadków, którzy składają fałszywe zeznania z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą ich najbliższym. W odniesieniu zaś do świadków, którzy czynią to z obawy przed własną odpowiedzialnością karną, aktualne pozostają tezy uchwał Sądu Najwyższego identyfikujące szeroki zakres materialnego prawa do obrony²⁰.

Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego

Pogląd, że prawo do obrony przysługuje każdemu od chwili wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego aż do wydania prawomocnego wyroku jest również ugruntowany w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego²¹. Ze względu na ścisłe powiązanie prawa do obrony z zasadą demokratycznego państwa prawnego konstytucyjne prawo do obrony w postępowaniu karnym należy rozumieć szeroko. Odnosi się ono zatem nie tylko do regulacji o stricte karnym charakterze, ale „do wszelkich postępowań represyjnych: penalnych (niezależnie od ich stadium) i innych (quasi-penalnych: np. dyscyplinarnych czy przygotowujących do właściwego postępowania)”²².

Jak wynika z orzecznictwa TK, prawo do obrony, o którym mowa w art. 42 ust. 2 Konstytucji odnosi się także do tej fazy postępowania, która poprzedza formalne

¹⁹ Postanowienie SN z 4.6.2007 r., V KK 108/06, LEX nr 299215.

²⁰ S. Tarapata i P. Zakrzewski, Czy to koniec sporu dotyczącego kwestii ponoszenia odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań przez sprawcę uprzednio popełnionego przestępstwa? Rzec o wykładni znamion typu czynu zabronionego z art. 233 § 1a k.k., w: Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej, Warszawa 2017, s. 374-418; M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, Komentarz do art. 233 Kodeksu karnego, w: W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. 212-277d, WKP 2017, Lex nr 543945.

²¹ Zob. wyroki TK z: 9.7.2009 r., sygn. K 31/08, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 107; 3.6.2008 r., sygn. K 42/07.

²² Wyrok TK z 28.11.2007 r., sygn. K 39/07, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 129; zob. również wyroki TK z: 4.7.2002 r., sygn. P 12/01, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 50; 3.11.2004 r., sygn. K 18/03, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 103; 19.3.2007 r., sygn. K 47/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 27; sygn. K 42/07, 19.2.2008 r., sygn. P 48/06, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 4; sygn. K 31/08.

postawienie zarzutów danej osobie²³. Trybunał podzielił tym samym pogląd Sądu Najwyższego, że „nie formalne postawienie zarzutu popełnienia przestępstwa, lecz już pierwsza czynność organów procesowych skierowana na ściganie określonej osoby czyni ją podmiotem prawa do obrony”. W konsekwencji Trybunał uznał, że zawarte w art. 42 ust. 2 Konstytucji sformułowanie „we wszystkich stadiach postępowania” należy odnosić także do tego stadium postępowania, które poprzedza postawienie zarzutów zatrzymanemu, a więc do stadium, w którym występuje uzasadnione przypuszczenie, że dana osoba mogła dopuścić się przestępstwa. Istnienie takiego przypuszczenia jest potwierdzone właśnie podjęciem przez organy procesowe czynności skierowanych na ściganie danej osoby²⁴.

Również w tym kontekście należy dodać, że art. 42 ust. 2 Konstytucji nie mógłby pełnić swej funkcji gwarancyjnej, jeśli termin „we wszystkich stadiach postępowania” byłby rozumiany jedynie literalnie, przez pryzmat tego, co ustawodawca aktualnie włączył w zakres postępowania karnego. Ustawodawca mógłby w ten sposób omijać gwarancje konstytucyjne, umożliwiając organom przeprowadzanie określonych czynności procesowych ingerujących w prawa i wolności jednostek jeszcze przed formalnym wszczęciem postępowania²⁵.

TK wskazał, że o nabyciu przez określoną osobę prawa do obrony przesądza stan obciążających ją dowodów, który determinuje rodzaj czynności, jakie wobec tej osoby muszą być podjęte przez organ prowadzący postępowanie. Prawo do obrony nie jest zatem uzależnione od formalnego czy też faktycznego przedstawienia zarzutów popełnienia czynu, ale przysługuje z chwilą, gdy wobec określonej osoby z uwagi na zgromadzony materiał dowodowy muszą zostać podjęte określone czynności wyjaśniające zmierzające do postawienia jej w stan obwinienia (przesłuchanie w trybie art. 54 § 6 k.p.w. czy wezwanie do złożenia pisemnych wyjaśnień na podstawie art. 54 § 7 k.p.w.). Od tego momentu podejmowane wobec niej czynności noszą znamiona prowadzonego przeciwko niej postępowania o charakterze karnym (sensu largo), do którego, jak już wskazano, odnoszą się gwarancje określone w art. 42 ust. 2 Konstytucji. Nie ma zatem decydującego znaczenia ani terminologia używana do określenia statusu tej osoby (podejrzany, osoba podejrzana o

²³ Wyrok TK z 11.12.2012 r., o sygn. K 37/11

²⁴ Ibidem.

²⁵ Wyrok TK z 3.6.2014 r., sygn. K 19/11, OTK ZU 6A/2014, poz. 60.

popęlnienie wykroczenia, itp.) ani to, czy zostały jej przedstawione zarzuty, ale obiektywny stan zgromadzonych przez organy i obciążających ją dowodów, który determinuje podjęcie wobec niej dalszych czynności.

Pozbawienie osoby, wobec której istnieje uzasadniona podstawa do skierowania przeciwko niej wniosku o ukaranie, możliwości korzystania z obrońcy na etapie czynności wyjaśniających narusza konstytucyjne prawo do obrony. Możliwość korzystania z pomocy obrońcy na tym etapie ma istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji prawa do obrony w toku całego postępowania w sprawie o wykroczenie mającego na celu ukaranie sprawcy czynu zabronionego. Profesjonalnie prowadzona obrona na etapie czynności wyjaśniających, nawet jeżeli nie doprowadzi do zaniechania wystąpienia z wnioskiem o ukaranie, pozwala na zgromadzenie większej liczby dowodów obrony – w tym takich, których przeprowadzenie przed sądem może nie być już możliwe ze względu na upływ czasu bądź które mogą utracić swą wartość dowodową (np. oględziny ciała lub miejsca). Gwarancja ta sprzyja więc pełniejszej realizacji obowiązującej w postępowaniu w sprawach o wykroczenia zasadzie prawdy materialnej, zgodnie z którą podstawą wszelkich rozstrzygnięć powinny być prawdziwe ustalenia faktyczne (art. 2 § 2 k.p.k. w związku z art. 8 k.p.w.)²⁶. „Ze względu na znajomość przepisów, procedur i praktyki sądowej, a także doświadczenie zawodowe, poziom obrony, zapewniony przez profesjonalnych pełnomocników, jest nieporównywalny z takim, który – nawet przy dochowaniu najwyższej staranności i najlepszych chęciach – mogą zaoferować inne osoby”²⁷.

Gwarancyjny charakter prawa do obrony wymaga, by prawu temu nadać znaczenie realne i efektywne w ramach konkretnego postępowania, niezależnie od jego stadium. Niebezpieczeństwo iluzoryczności gwarancji będzie tym większe, im bardziej skomplikowana jest sprawa, w której przyszło uczestniczyć osobie podejrzanej o popełnienie wykroczenia, a także im mniejszą zaradność osoba taka prezentuje. Zdaniem Trybunału, pomoc obrońcy może okazać się jednak również niezbędna dla tych podejrzanych, którzy ze względu na brak wystarczającej wiedzy prawniczej i doświadczenia procesowego nie mogą skutecznie realizować swego prawa do obrony, podczas gdy profesjonalne organy państwa prowadzące przeciwko nim postępowanie wyposażone są w

²⁶ Ibidem.

²⁷ Wyrok TK z 11.12.2008 r., sygn. K 33/07, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 177.

szereg uprawnień (mających na celu ustalenie sprawcy i zgromadzenie przeciwko niemu odpowiednich dowodów) często stanowiących istotną ingerencję w sferę wolności i praw jednostki²⁸.

TK stwierdził, że nieobjęcie prawem korzystania z obrońcy osób, co do których istnieje uzasadniona podstawa do sporządzenia przeciwko nim wniosku o ukaranie, stanowi zatem nieproporcjonalne pominięcie, dla którego brak uzasadnienia w konstytucyjnych wartościach. Tym samym art. 4 k.p.w. w zakresie, w jakim pomija on prawo osoby, wobec której istnieje uzasadniona podstawa do sporządzenia przeciwko niej wniosku o ukaranie, do korzystania z obrońcy na etapie czynności wyjaśniających (o których mowa w art. 54 § 1 k.p.w.), został uznany za niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji a także z art. 2 Konstytucji²⁹.

Zakaz wynikający z zasady *nemo tenetur se ipsum accusare* ma podstawę w art. 42 ust. 2 w związku z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Każdy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania (art. 42 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji RP). Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). Prawo do obrony oraz do sprawiedliwej procedury sądowej oznaczają, że nikt nie może być przymuszany do zeznawania przeciwko sobie ani do przyznania się do winy³⁰.

Stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Europejski Trybunał Praw Człowieka prawo do obrony określone w art. 6 ust. 3 EKPC odnosi również do wstępnego stadium postępowania karnego. Art. 6 EKPC znajduje zastosowanie od momentu, w którym pozycja danej osoby zostanie istotnie zmieniona, nawet jeśli nie zostały jej postawione zarzuty³¹. Zmiana pozycji procesowej może polegać zwłaszcza na faktycznym przesłuchaniu danej osoby w charakterze podejrzanego, a nie

²⁸ Wyrok TK z 3.6.2014 r., sygn. K 19/11, OTK ZU 6A/2014, poz. 60.

²⁹ Ibidem.

³⁰ B. Nita-Światłowska, Konstytucyjne zakorzenienie..., op. cit.

³¹ Wyrok ETPC z 19.2.2009 r. w sprawie nr 16404/03, Shabelnik v. Ukraina, § 57.

tylko świadka³², co ma miejsce na przykład wtedy, gdy osoba zatrzymana jest przesłuchiwana po wcześniejszym złożeniu przez inne osoby zeznań ją obciążających³³. W sprawie Shabelnik Trybunał wskazał, że pomimo pouczenia skarżącego o odpowiedzialności karnej za odmowę składania zeznań i jednocześnie o prawie do odmowy składania zeznań, które mogłyby go obciążyć, mógł się poczuć zdezorientowany co do zakresu odpowiedzialności za odmowę składania zeznań, zwłaszcza że nie był reprezentowany przez adwokata w toku przesłuchania. Uzyskanie obciążających zeznań przez organy ścigania w niejasnych okolicznościach skutkowało uznaniem, iż doszło do naruszenia art. 6 Konwencji³⁴. Podsumowując, Trybunał stwierdził, że do naruszenia prawa do obrony dojdzie wówczas, gdy osobie podejrzaney nie zostanie zapewniona pomoc prawna (kontakt z prawnikiem), co w efekcie doprowadzi do złożenia przez osobę podejrzaną wyjaśnień, które staną się podstawą skazania³⁵.

Zakaz samooskarżania się oraz prawo do milczenia stanowią powszechnie uznane normy międzynarodowe, które są kluczowe dla prawa do rzetelnego procesu sądowego. Mają na celu ochronę oskarżonego przed nadużywaniem przymusu ze strony władz, podobnie jak uniknięcie błędów sądowych i osiągnięcie celów wynikających z art. 6 Konwencji³⁶. Zakaz samooskarżania sam w sobie odnosi się do poszanowania dążenia skarżącego do zachowania milczenia i zakłada, że w sprawie karnej oskarżyciel oprze swoją argumentację bez uciekania się do elementów dowodowych zdobytych przez wymuszenie czy presję wbrew woli oskarżonego³⁷. W pełni trafna jest więc rekonstrukcja konwencyjnego standardu ochrony dokonana przez komentatorów EKPC. Podkreślają oni, że uprawnienie do korzystania z obrońcy „(...) powinno być zagwarantowane od samego początku postępowania” i że „zachowanie podejrzanego w początkowej fazie postępowania

³² Ibidem.

³³ Wyrok ETPC z 14.10.2010 r. w sprawie nr 1466/07, Brusco v. Francja, § 44-55.

³⁴ Wyrok w sprawie Shabelnik, § 59.

³⁵ Wyrok ETPC z 27.11.2008 r. w sprawie nr 36391/02, Salduz v. Turcja § 55; wyrok w sprawie Brusco, § 44-45.

³⁶ Wyrok ETPC z 10.3.2009 r. w sprawie nr 4378/02, Bykov v. Rosja, § 92.

³⁷ Wyrok ETPC z 17.12.1996 r. w sprawie nr 19187/91, Saunders v. Zjednoczone Królestwo, § 68-69; wyrok ETPC z 5.11.2002 r. w sprawie nr 48539/99, Alan v. Zjednoczone Królestwo, § 44; wyrok ETPC z 11.7.2006 r. w sprawie nr 54810/00, Jalloh v. Niemcy (Wielka Izba), § 94-117; wyrok ETPC z 29.6.2007 r. w sprawie nr 15809/02 oraz 25624/02, O'Halloran i Francis v. Zjednoczone Królestwo (Wielka Izba), § 53-63.

może mieć znaczenie dla dalszego przebiegu procesu i oddziaływać na możliwość realizacji jego uprawnień”³⁸.

Prawo amerykańskie

Prawo do milczenia znalazło swój wyraz w piątej poprawce do Konstytucji USA z 1787 r. w brzmieniu, że nie wolno wymagać od oskarżonego w sprawie karnej, by świadczył przeciwko sobie³⁹. W sprawie *Miranda v. Arizona*⁴⁰ Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych przyjął, że nie jest dopuszczalne wykorzystywanie zeznań złożonych w trakcie przesłuchania podejrzanego przez policję, o ile nie zostanie wykazane, iż zachowano gwarancje procesowe skutecznie zabezpieczające przed samooskarżeniem. Jedną z czterech wyróżnionych gwarancji – o których policja ma obowiązek poinformować w momencie zatrzymania⁴¹ – jest prawo zatrzymanego do kontaktu z adwokatem i jego obecności przy przesłuchaniu. Zatrzymany może odmówić składania wyjaśnień, ma także prawo nie podejmować decyzji w tym zakresie do czasu zaciągnięcia porady prawnej⁴². Pouczenie o prawach Mirandy polega na pouczeniu zatrzymanego o tym, że 1) ma prawo milczeć; 2) cokolwiek powie, może być użyte przeciwko niej w procesie; 3) ma prawo do udziału obrońcy w przesłuchaniu; 4) jeżeli nie stać go na obrońcę z wyboru, otrzyma adwokata z urzędu, zaś wyjaśnienia uzyskane z pogwałceniem tych reguł nie mogą być uznane za dowód przeciwko tej osobie⁴³. Praktyka stosowania „ostrzeżeń Mirandy” nie spowodowała, wbrew początkowym obawom, ograniczenia skuteczności prowadzonych postępowań karnych. Co więcej, wprowadzenie wyższych standardów prawa do obrony zostało zaakceptowane przez samą policję i przyczyniło się do wprowadzenia w wielu stanach USA praktyki nagrywania przesłuchań, co dodatkowo ogranicza możliwość wywierania przez policję niedozwolonego nacisku⁴⁴.

³⁸ P. Hofmański, A. Wróbel, [w:] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do art. 1-18, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 434.

³⁹ „[No person] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”.

⁴⁰ 387 U.S. 436, 1966.

⁴¹ Tzw. ostrzeżenia Mirandy.

⁴² Por. szerzej S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, Sąd Najwyższy USA. Prawa i wolności obywatelskie, Warszawa 1997, s. 199-205.

⁴³ Szerzej na ten temat: M. Kolendowska-Matejczuk, M. Warchoń, prawo zatrzymanego do milczenia, Państwo i Prawo z 2015 r., nr 1, s. 78-82.

⁴⁴ L. J. Siegel, Introduction to Criminal Justice, Wadsworth 2010, s. 341.

Eliminacja dowodów uzyskanych z wyłączeniem swobody wypowiedzi

Organy postępowania karnego nie mają całkowitej swobody w doborze i wykorzystaniu środków, metod i sposobów dowodzenia. Z Konstytucji RP wyraźnie wynika, że czynności dowodowe ingerujące w wolności i prawa osobiste muszą być konieczne (art. 31 ust. 3) oraz odbywać się w granicach określonych przez przepisy ustawy (art. 41 ust. 1, art. 49 i 50). Natomiast w razie przeprowadzenia czynności dowodowych w sposób sprzeczny z ustawą informację, a więc środki dowodowe uzyskane w ich następstwie, podlegają usunięciu (art. 51 ust. 4)⁴⁵.

Kodeks postępowania karnego nie zawiera pojęcia eliminacji bądź usunięcia dowodu. Pojawiają się w nim natomiast zwroty takie jak "nie mogą stanowić dowodu" (art. 171 § 7, art. 199 k.p.k.), "nie stanowi dowodu" (art. 196 § 2 k.p.k.), "zniszczenie" (art. 238 § 3 k.p.k.), "podlega zniszczeniu" (art. 184 § 6 k.p.k.), "nie może służyć za dowód" (art. 186 § 1 k.p.k.), "należy niezwłocznie usunąć z akt i zniszczyć" (art. 192a § 1 k.p.k.). Należy zatem wnioskować, że pod pojęciem usunięcia z procesu karnego dowodu zebranego w sposób sprzeczny z ustawą należy rozumieć, że nie może on stanowić dowodu. Należałoby wyłączyć z akt sprawy zdyskwalifikowane dowody. Sąd, zapoznając się z wyjaśnieniami oskarżonego złożonymi w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi, może następnie, nawet w sposób nieświadomy, sugerować się w toku postępowania i przy wydawaniu orzeczenia zawartymi w nich informacjami. To z kolei mogłoby prowadzić do wewnętrznego przekonania o winie oskarżonego, co nie powinno mieć miejsca z uwagi na zasadę domniemania niewinności⁴⁶. Choć wewnętrzne przekonanie sędziego nie jest możliwe do uchwycenia, to jednak może mieć niebagatelny wpływ na sprawiedliwe orzekanie. Dlatego też stwarzanie okoliczności mogących prowadzić do podważenia bezstronności sędziego przez możliwość zapoznania się z materiałami, które nie stanowią dowodu w sprawie, jest niepożądane ze względu na zasadę prawdy materialnej i domniemanie niewinności.

⁴⁵ A. M. Tęcza-Paciorek, Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym, WKP 2012, Lex nr 144376.

⁴⁶ S. Waltoś, Model postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym, Warszawa 1968, s. 153–155.

Przede wszystkim pożądane wydaje się takie uregulowanie kwestii "owoców zatrutego drzewa", aby w sprawie nie były gromadzone dowody, które mogłyby podważyć bezstronność sędziego oraz naruszać domniemanie niewinności. Jak bowiem nietrudno zauważyć, brak regulacji może prowadzić do nadużyć w gromadzeniu materiału dowodowego z zastosowaniem niedozwolonych środków, o których mowa w art. 171 k.p.k., skoro nie są one jednoznacznie eliminowane z tego materiału oraz mogą stanowić wskazówkę do poszukiwania dalszych dowodów. Na powyższe pozwala treść art. 168a k.p.k., co do którego konstytucyjności można mieć uzasadnione wątpliwości. **Powyższy przepis należałoby zmienić przynajmniej przywracając mu treść sprzed nowelizacji z 2016 r., a mianowicie, że „Niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”.**

Powyższe skłania do konstatacji, że organ procesowy może gromadzić materiał dowodowy nawet z przekroczeniem granic prawa, mimo że jednocześnie musi traktować oskarżonego jak niewinnego. Jak wskazuje A. M. Tęcza Paciorek, jeżeli ustawodawca w niedalekiej przyszłości nie ureguluje kwestii pozyskiwania dowodów z wyłączeniem swobody wypowiedzi, wówczas w dalszym ciągu gwarancje procesowe będące konsekwencją zasady domniemania niewinności nie będą przestrzegane, w szczególności prawo oskarżonego do milczenia i biernej postawy w procesie (*nemo se ipsum accusare tenetur*)⁴⁷.

Świadek z asystą – model francuski

W 1987 r. do francuskiego kodeksu postępowania karnego wprowadzono instytucję świadka z asystą, znowelizowanego ustawą z 2000 r. o domniemaniu niewinności (ustawa Gigou). Status świadka z asystą jest statusem pośrednim między zwykłym świadkiem i podejrzanym. Daje on większe gwarancje procesowe niż zwykłemu świadkowi, ale nie wszystkie te, które posiada już podejrzany.

Zgodnie z art. 105 francuskiego kodeksu postępowania karnego, osoby przeciwko którym istnieją silne wskazania i dowody wzięcia udziału w zdarzeniach, dla których

⁴⁷ A. M. Tęcza-Paciorek, Zasada domniemania...

wyjaśnienia ustanowiono sędziego śledczego, nie może mieć statusu zwykłego świadka⁴⁸. Świadek z asystą jest więc osobą powiązaną z faktami stanowiącymi przedmiot postępowania przygotowawczego prowadzonego przez sędziego śledczego⁴⁹.

W konsekwencji, każda osoba wskazana we wstępnym akcie oskarżenia lub w skardze osoby trzeciej, przeciwko której istnieją wskazania do prowadzenia postępowania, ale nie uzasadniają jeszcze postawienia zarzutów, powinna zostać przesłuchana w charakterze świadka z asystą. W przeciwieństwie do zwykłego świadka, świadek z asystą korzysta z prawa do ustanowienia adwokata, którego zawiadamia się o wszystkich przesłuchaniach, który ma dostęp do akt postępowania. Świadek z asystą może żądać przeprowadzenia konfrontacji z osobami, które zarzucają mu popełnienie danego czynu. Może również kwestionować czynności, które uznaje za bezprawne. Nie ma jednak prawa odwołania się od orzeczeń sądu.

Świadek z asystą nie może zostać tymczasowo aresztowany, chyba że zostaną mu postawione zarzuty. Wówczas zmienia się jego rola procesowa – staje się podejrzanym. W praktyce, status świadka z asystą pozostaje stosunkowo ograniczony. Najczęściej korzysta się z niego w sprawach przestępstw gospodarczych i finansowych czy też w sprawach obyczajowych, natomiast prawie nie korzysta się przy innego typu przestępstwach. Bardzo rzadko korzysta się z niego przy tzw. « przestępczości ulicznej » (wymuszenia, rozboje, etc) czy też przy przemyśle narkotyków. Zazwyczaj korzysta się z niego, gdy skardze towarzyszy roszczenie cywilne.

Wnioski *de lege ferenda*

Skoro zarówno art. 42 ust. 2 Konstytucji, jak i art. 6 Konwencji mają zastosowanie do różnych faz procesu, w tym do etapu poprzedzającego proces czy wstępnego etapu postępowania, to należy uznać, że konstytucyjne, jak i konwencyjne gwarancje prawa do obrony winny być uwzględnione także na etapie czynności mających na celu przesłuchanie w charakterze świadka osoby, która jest lub może być faktycznie podejrzana.

⁴⁸ Les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ne peuvent être entendues comme témoins.

⁴⁹ <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1807>

1. Przesłuchanie osoby, co do której istnieje uzasadniona podstawa do postawienia jej zarzutów (jest dla przykładu jedyną osobą lub jedną z osób wskazanych jako podejrzana w zawiadomieniu o popełnieniu przestępstwa), jest ważną czynnością z punktu widzenia dalszego przebiegu postępowania karnego. Na etapie przesłuchania w charakterze świadka osoba ta musi zatem podjąć istotne dla jej obrony decyzje: milczeć, zeznawać zgodnie z prawdą czy też nie. W tym stanie rzeczy, brak możliwości ustanowienia asysty adwokata lub radcy prawnego na tym etapie postępowania bez wątpienia może rzutować na realizację jej prawa do obrony. W swych skutkach czynności te są zatem relewantne do skutków postępowania przygotowawczego. Skoro zatem podejrzany ma zagwarantowane prawo do korzystania z pomocy obrońcy na etapie postępowania przygotowawczego (por. art. 300 k.p.k.), to również takie prawo winno być zagwarantowane osobie, co do której istnieje uzasadniona podstawa do postawienia jej zarzutów – tzw. osobie faktycznie podejrzanej. W konsekwencji, pozbawienie osoby, co do której istnieją uzasadnione podstawy do postawienia jej zarzutów, pomocy adwokata lub radcy prawnego, należy uznać za sprzeczne z konstytucyjną zasadą prawa do obrony wyrażoną w art. 42 ust. 2 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 3 lit. c Konwencji.

Aktywne uczestniczenie adwokata osoby, co do której istnieje uzasadniona podstawa do postawienia jej zarzutów, może doprowadzić do zgromadzenia dowodów, na podstawie których organ prowadzący czynności umorzy postępowanie, a to niewątpliwie może przyczynić się do obniżenia kosztów tego postępowania.

Dlatego zasadne byłoby wprowadzenie do prawa polskiego instytucji świadka z asystą na wzór francuski. W konsekwencji, osoby przeciwko którym istniałyby silne wskazania i dowody, że brały udział w zdarzeniach, dla których wyjaśnienia w fazie *in rem* prowadzone jest postępowanie przygotowawcze, nie mogłyby mieć statusu zwykłego świadka, lecz świadka z asystą. Taki świadek musiałby być przesłuchiwany w obecności adwokata; mógłby brać udział w czynnościach dochodzenia albo śledztwa; przeglądać akta, a także żądać konfrontacji z świadkami oskarżenia. Powyższe pozwoliłoby uniknąć zmuszania takiej osoby przez organy ścigania do składania samoobciążających zeznań, poprzez stosowanie tortur czy też nieludzkiego lub poniżającego traktowania, a także doprowadzić do wyjaśnienia wielu spornych okoliczności już na etapie postępowania

przygotowawczego. Pozwoliłoby jednocześnie na skuteczne skorzystanie z prawa do obrony osoby faktycznie podejrzanej.

2. Przesłuchanie w charakterze świadka osoby faktycznie podejrzanej zanim zostaną jej postawione zarzuty jest niedozwolone. Mimo to jest praktykowane. W razie przyznania się przez świadka do czynu (jeszcze nawet nie zarzucanego) zeznania te nie mogą być brane pod uwagę. Mimo to z uwagi na pozostawienie protokołu z takiego przesłuchania w aktach sprawy, dostępnego dla sędziego rozpoznającego sprawę, wywołuje istotną rolę w zakresie tzw. efektu psychologicznego (sędzia widząc zeznania inkryminujące świadka – późniejszego oskarżonego podświadomie będzie uważał go za winnego, zwłaszcza że nie ma procedury usunięcia tego typu dowodu z akt sprawy, tak by sąd nie mógł się z tym zapoznać). Należałoby zatem uregulować ustawowo kwestię pozyskiwania dowodów z wyłączeniem swobody wypowiedzi, tak by zachować gwarancje procesowe będące konsekwencją zasady domniemania niewinności, w szczególności prawo oskarżonego do milczenia i biernej postawy w procesie (*nemo se ipsum accusare tenetur*).

Dlatego należałoby wprowadzić regulację w Kodeksie postępowania karnego pozwalającą na wyeliminowanie z materiału dowodowego (tj. akt sprawy) dowodów zebranych z naruszeniem swobody wypowiedzi (w tym zeznań inkryminujących świadków przesłuchiowanych w tym trybie przed postawieniem im zarzutów), tak by sąd prowadzący sprawę nie mógł się z nimi zapoznać, by nie wyrobić sobie wewnętrznego nastawienia – przekonania o winie sprawcy.

3. Pożądane wydaje się takie uregulowanie kwestii "owoców zatrutego drzewa", aby w sprawie nie były gromadzone dowody, które mogłyby podważyć bezstronność sędziego oraz naruszać domniemanie niewinności. Jak bowiem nietrudno zauważyć, brak regulacji może prowadzić do nadużyć w gromadzeniu materiału dowodowego z zastosowaniem niedozwolonych środków, o których mowa w art. 171 k.p.k., skoro nie są one jednoznacznie eliminowane z tego materiału oraz mogą stanowić wskazówkę do poszukiwania dalszych dowodów. Na powyższe pozwala treść art. 168a k.p.k., co do którego konstytucyjności można mieć uzasadnione wątpliwości. Postulować należałoby więc równocześnie zmianę treści art. 168a z Kodeksu postępowania karnego, przywracając mu treść sprzed nowelizacji z 2016 r.

4. Zasadne byłoby również wprowadzenie popularnej w USA praktyki nagrywania przesłuchań, co dodatkowo ograniczyłoby możliwość wywierania na świadków i podejrzanych niedozwolonego nacisku.

Mając na uwadze powyższe, zwracam się z uprzejmą prośbą do Pana Ministra o zajęcie stanowiska w niniejszej sprawie oraz rozważenie możliwości podjęcia właściwych zmian legislacyjnych w tym zakresie, a także o poinformowanie Rzecznika Praw Obywatelskich o podjętych działaniach.