

Romuald Kmiecik

Prawo do milczenia zatrzymanej osoby podejranej (w świetle reguły *nemo tenetur*)

I. Kodeks postępowania karnego z 1997 r. wyraźnie „usankcjonował” regułę *nemo se ipsum prodere (accusare) tenetur* stanowiąc w art. 74 § 1, iż „oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść”¹. Jedną z podstawowych gwarancji zapewniających respektowanie tej reguły wobec oskarżonego jest tzw. „prawo do milczenia”, które sformułowane zostało w art. 175 k.p.k. Oskarżony w procesie karnym może „bez podania powodów odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania lub odmówić składania wyjaśnień”. O uprawnieniu tym należy oskarżonego pouczyć (art. 175 § 1 zd. 2). Niewątpliwie reguła *nemo se ipsum prodere (accusare) tenetur* dotyczy *a fortiori* sytuacji obywatela w ogóle nie uwikłanego w postępowanie karne, który nie jest ani oskarżonym, ani podejrzanym, lecz pozostaje osobą postronną lub jedynie świadkiem w sprawie karnej. To samo dotyczy też osoby podejrzewanej lub podejranej, pozostającej jednak poza procesem karnym z powodu braku jakichkolwiek podstaw dowodowych umożliwiających podjęcie wobec niej czynności procesowych lub przedstawienie jej zarzutu popełnienia przestępstwa. Żaden obywatel nie może być też zobowiązany do autodenuncjacji (art. 240 § 3 k.k.) ani też poddany odpowiedzialności karnej za niezawiadomienie o popełnionym przez siebie przestępstwie lub za fałszywe zeznania złożone w charakterze świadka w warunkach zagrożenia odpowiedzialnością karną w wypadku ujawnienia prawdy o przestępstwie popełnionym przez niego lub osobę najbliższą (art. 233 § 3 k.k.). Przewidziane wyraźnie w k.p.k. wyjątki od reguły *nemo se ipsum* dotyczą

¹ Pomimo braku wyraźnego unormowania paremię tę (nazywaną także mianem „reguły” lub „zasady”) sformułowano w piśmiennictwie już na tle przepisów k.p.k. z 1928 i 1969 r. Zob. S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym – zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 635; Z. Sobolewski, *Zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* w polskim procesie karnym*, Lublin 1979, s. 191; R. Kmiecik, O „samoobwinieniu” w świetle teorii dowodów Jeremiasza Benthama, *Państwo i Prawo* 1985, nr 11–12, s. 90.

oskarżonego (podejrzanego). Mniej wyraźnie przedstawia się pod tym względem status osoby podejrzanej, co do której organy procesowe znajdują jednak pewne podstawy, aby włączyć ją w orbitę procesu karnego, nie na tyle jednak wystarczające, aby przesłuchać ją w charakterze podejrzanego. Im bardziej jednak konkretyzuje się wobec obywatela podejrzenie (oskarżenie) poparte odpowiednią podstawą dowodową, tym bardziej ulega poszerzeniu katalog wyjątków od reguły *nemo se ipsum prodere tenetur*, których granice ustanawia – w stosunku do oskarżonego – przepis art. 74 k.p.k.

II. Wyjątki od reguły przewidziane m.in. w art. 74 § 2 k.p.k. obejmują katalog czynności dowodowych, innych niż przesłuchanie, którym oskarżony obowiązany jest poddać się, pod rygorem zastosowania odpowiednich form przymusu procesowego, bez względu na to, czy ich wynik okaże się dla niego korzystny czy niekorzystny. Zapewne przewidziane w art. 74 § 2 k.p.k. wyjątki nie obejmują takich sytuacji, które mogłyby być uznane za przejaw bezpodstawnej wykładni rozszerzającej (*exceptiones non sunt extendendae*), ograniczającej regułę *nemo se ipsum prodere*. Przykładem tego rodzaju wykładni byłoby np. stosowanie takich czynności i zabiegów wobec oskarżonego, które zmuszałyby go do aktywnego współdziałania (*facere*) przeciwko samemu sobie. Ustawa zobowiązuje oskarżonego jedynie do biernego poddania się działaniom organu procesowego, a więc nieprzeszkadzania lub znoszenia (*non facere, pati*)². Nie znaczy to jednak, że „katalog czynności i zabiegów” przewidziany w art. 74 § 2 k.p.k. jest zamknięty i że wyklucza argumentację *a fortiori*, tym bardziej że przepis najwyraźniej wymienia owe czynności i zabiegi („badania”) w sposób egzemplarywny, używając zwrotu „w szczególności”. Z przepisu tego nie wynika też „niedopuszczalność stosowania poligrafu”, jedynie brak obowiązku poddania się tego rodzaju badaniom³. Brak obowiązku po stronie oskarżonego nie oznacza braku uprawnień, jeżeli oskarżony chce skorzystać z badań przy użyciu poligrafu. Ogólny i bezwzględny zakaz użycia poligrafu podczas przesłuchania oskarżonego wynika z art. 171 § 4 pkt 2 k.p.k. Przepis ten jednak nie odnosi się do innych czynności dowodowych, w szczególności nie będących formą przesłuchania, takich np. jak ekspertyza (jeżeli oskarżony wyraża na nią zgodę lub wręcz domaga się jej składając wniosek dowodowy). Przedstawione wyżej uwagi odnoszą się w takim samym stopniu do oskarżonego w postępo-

2 Nie można np. zobowiązać oskarżonego (podejrzanego) do dostarczania materiału porównawczego do ekspertyzy porównawczej pisma ręcznego, jeżeli odmawia on aktywnego współdziałania w tym zakresie.

3 Inaczej P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 1999, s. 357–358.

waniu jurysdykcyjnym, jak i podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym (art. 74 w zw. z art. 71 § 3 k.p.k.). Natomiast w ograniczonym stopniu można je odnieść do tzw. osoby podejrzanej, a więc podmiotu, który nie jest jeszcze podejrzanym, ponieważ ani nie wydano przeciwko niemu postanowienia o przedstawieniu zarzutów ani nie postawiono mu zarzutu w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego (por. art. 71 § 1 k.p.k.). Wobec osoby podejrzanej – w ramach tzw. dochodzenia w niezbędnym zakresie (art. 308 k.p.k.) – Policja może podjąć niektóre z czynności dowodowych ograniczających regułę *nemo tenetur*, z wyjątkiem badań psychologicznych i psychiatrycznych, a także badań połączonych z dokonaniem zabiegów na ciele osoby podejrzanej. Z zestawienia dwu wykluczających się unormowań, tj. art. 74 § 3 k.p.k. i art. 308 § 1 k.p.k. można wnosić, iż w zasadzie pobranie od osoby podejrzanej krwi i wydzielin nie jest dopuszczalne bez jej zgody (pełne zastosowanie reguły *nemo tenetur*), chyba że spełnione są warunki uzasadniająca przeprowadzenie dochodzenia w niezbędnym zakresie, w wypadku „niecierpiącym zwłoki” (art. 308).

III. Osoba podejrzana nie może być – jak wiadomo – tymczasowo aresztowana, ponieważ środki zapobiegawcze wolno stosować jedynie w stosunku do podejrzanego (oskarżonego). Natomiast wolno jest zastosować wobec osoby podejrzanej inny środek przymusu, a mianowicie zatrzymanie (art. 244 § 1 k.p.k.), a także – w ramach samopomocy – wolno ją ująć na gorącym uczynku lub w toku pościgu (art. 243 § 1 k.p.k.). Co prawda ten ostatni przepis unika określenia „osoba podejrzana” na rzecz określenia „osoba ujęta” (art. 243 § 2), jednakże chodzi tu również o „osobę podejrzaną”. Status osoby podejrzanej, która zostaje zatrzymana przez Policję w trybie przepisów k.p.k. (tzw. zatrzymanie procesowe) nasuwa kilka zastrzeżeń i wątpliwości właśnie na tle reguły *nemo se ipsum accusare tenetur*. Z przepisów k.p.k. nie wynika wprost, czy zatrzymanie następuje dopiero po wszczęciu postępowania przygotowawczego, czy też sam fakt zatrzymania może być potraktowany jako pierwsza czynność procesowa inicjująca (faktycznie) postępowanie przygotowawcze. W obu wypadkach w razie uznania zatrzymania za bezpodstawne, postępowanie przygotowawcze należałoby następnie umorzyć, jako już co najmniej faktycznie wszczęte *in rem*.

Według innego poglądu zatrzymanie osoby podejrzanej może nastąpić także w toku czynności sprawdzających (art. 307), a więc przed wszczęciem postępowania przygotowawczego⁴. Pogląd ten wydaje się mocno ryzykowny, zważywszy, iż czynności sprawdzające przeprowadza się, gdy brak jest jeszcze

⁴ *Ibidem*, s. 884.

podstawy faktycznej wszczęcia postępowania („uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa” w rozumieniu art. 303 k.p.k.). Czy w sytuacji, w której brak jest nawet podstaw do wszczęcia postępowania *in rem* można zatrzymać osobę podejrzaną o popełnienie tego przestępstwa? Nasuwa się pytanie, w jakiej relacji miałyby pozostawać „uzasadnione przypuszczenie”, iż konkretna osoba podejrzana „popełniła przestępstwo” (w rozumieniu art. 244 § 1 k.p.k.), do „uzasadnionego podejrzenia”, że przestępstwo popełniono (w rozumieniu art. 303 k.p.k.). Wydaje się, że najpierw trzeba rozważyć, czy zachodzi „uzasadnione podejrzenie” popełnienia przestępstwa (niezależnie od tego, kto je popełnił), a dopiero następnie można ustalać, czy istnieje „uzasadnione przypuszczenie”, iż przestępstwa tego mogła dopuścić się konkretna osoba podejrzana, którą Policja zamierza zatrzymać. Odwrócenie tej kolejności oznaczałoby, iż zatrzymanie procesowe mogłoby wyprzedzać uzyskanie podstaw do wszczęcia postępowania przygotowawczego *in rem* przenosząc ten środek przymusu w sferę działań sprawdzających, a być może nawet operacyjno-rozpoznawczych (!). Z taką wykładnią trudno się zgodzić. Zastosowanie zatrzymania procesowego należy zatem traktować jako co najmniej pierwszą czynność wszczynającą faktycznie postępowanie przygotowawcze, oczywiście jeżeli wcześniej nie zostało ono wszczęte w sposób formalny lub faktyczny w trybie art. 308 k.p.k. W toku procesu poznawczego od „domysłu” do „pewności” popełnienia przestępstwa „uzasadnione przypuszczenie” co do osoby sprawcy („osoby podejrzananej”) nie wyprzedza zatem „uzasadnionego podejrzenia” dotyczącego samego przestępstwa.

IV. Zatrzymanego należy – w myśl art. 244 § 2 k.p.k. – „poinformować o przyczynach zatrzymania i przysługujących mu prawach oraz wysłuchać go”. Zatrzymany jest równocześnie „osobą podejrzaną”, o jakich więc prawach należy go informować? Czy jedynie o prawach „zatrzymanego” (kontakt z adwokatem, zażalenie do sądu, zawiadomienie osoby najbliższej), czy także prawach, które zazwyczaj przysługują podejrzanemu (oskarżonemu), jak chociażby prawo do milczenia lub inne prawa będące konsekwencją reguły *nemo se ipsum* (por. art. 175 § 1 k.p.k.). Przecież przekształcenie pozycji zatrzymanego („osoby podejrzananej”) w status podejrzanego stanowi jedynie kwestię czasu, dlaczego zatem zatrzymany miałby mieć mniej uprawnień niż podejrzanany? Tymczasem – w świetle k.p.k. – zatrzymanego nie przesłuchuje się, lecz „wysłuchuje”, przy czym nie składa on wyjaśnień (jak podejrzanany), lecz może złożyć bliżej nieokreślone co do charakteru dowodowego tzw. „oświadczenia” (art. 244 § 3 zd. 2 k.p.k.). Czy „oświadczenia” te – jeśli np. zatrzymany wypowiada się co do faktu przestępstwa – mają walor dowodowy? Czy w za-

kresie tych „oświadczeń” może skorzystać z prawa do milczenia? Na te pytania w k.p.k. brak wyraźnej odpowiedzi. Z pewnością jednak, jeżeli zatrzymany potwierdzi w swym „oświadczeniu” fakt przestępstwa, a następnie podczas przesłuchania w charakterze podejrzanego odwoła w swych wyjaśnieniach poprzednio złożone oświadczenie – nie będzie miało ono waloru dowodowego. Wyjaśnienia nie mogą być substytuowane przez oświadczenia składane poza formalnym przesłuchaniem, choćby nawet zostały utrwalone w formie protokołu zatrzymania (art. 244 § 3 k.p.k.). Na tle przepisów k.p.k. z 1928 i 1969 r. S. Kalinowski zwracał uwagę na różnicę między „przesłuchaniem” a „wysłuchaniem”⁵. „Wysłuchanie” było formą uzyskania wyjaśnień od oskarżonego, zapewniającą spontaniczność wypowiedzi, natomiast „przesłuchanie” odnosiło się do innych źródeł dowodu (np. świadka). Autor trafnie akcentował specyfikę „wysłuchania”, które miało wykazywać charakter bardziej receptywny niż aktywny. Aktywność charakteryzująca przesłuchanie pozwalała organowi procesowemu eksponować fazę indagacyjną, a być może także – stosowanie specyficznych metod taktyczno-kryminalistycznych (w postępowaniu przygotowawczym). Nowy k.p.k. najwyraźniej zlikwidował tę dystynkcję, ponieważ zarówno sąd, jak i prokurator poddaje wszelkie osobowe źródła dowodu przesłuchaniu (nie wyłączając oskarżonego i podejrzanego), a „wysłuchanie” pojawia się w przepisach nowego k.p.k. w zupełnie innym kontekście znaczeniowym. „Wysłuchanie” zatrzymanego (art. 244 § 2 k.p.k.) nie jest warunkiem, od którego zależy zatrzymanie i ma – jak się podkreśla w piśmiennictwie⁶ – umożliwić zatrzymanemu („osobie podejrzanej”) wskazanie okoliczności, „które mogą przemawiać za jego zwolnieniem”. A jeśli nie skorzysta z tej możliwości i przyzna się do przestępstwa?

Zatrzymany zostaje poinformowany o „przyczynie zatrzymania” (art. 244 § 2), a więc również o przestępstwie, z powodu którego stał się „osobą podejrzaną”. Czy tego rodzaju informacja o przestępstwie, którą otrzymuje zatrzymany, różni się tak istotnie od „postawienia zarzutu” w rozumieniu art. 71 § 1 k.p.k., iż nie zasługuje on na takie same gwarancje, jakie zapewnia k.p.k. podejrzanemu? Wydaje się, że zatrzymany powinien być – podobnie jak podejrzany – poinformowany o prawie do milczenia (art. 175 § 1 k.p.k.). W przeciwnym wypadku w praktyce utrwalic się może ponownie skłonność do przesłuchiwania osób podejrzanych w charakterze świadków, uprzedzanych o „prawie do uchylenia się od odpowiedzi na pytanie” (art. 183 § 1 k.p.k.). Praktyka tego rodzaju – znana jako działanie wybitnie antygwarancyjne, powszechne w latach 50. i 60. – została ograniczona w okresie obowiązywania k.p.k. z 1969 r. m.in. dzięki

⁵ S. Kalinowski, *Rozprawa główna w polskim procesie karnym*, Warszawa 1975, s. 121.

⁶ P. Hofmański i in., *op. cit.*, s. 881.

przyznaniu tzw. faktycznie podejrzanemu tych samych uprawnień, jakie przysługiwały podejrzanemu⁷. Tymczasem k.p.k. z 1997 r. zasadniczo różnicując status „osoby podejrzanej” oraz podejrzanego stwarza ryzyko ograniczenia gwarancyjnej funkcji reguły *nemo se ipsum* w stosunku do osób zatrzymanych, nie mających jednak formalnego statusu podejrzanego. Nie bez znaczenia pozostają też względy praktyczne. Gdyby zatrzymany („osoba podejrzana”) uprzedzony był o prawie do milczenia (art. 175 § 1 zd. 2 k.p.k.) przed „wysłuchaniem” go i złożeniem „oświadczeń” do protokołu zatrzymania (art. 244 § 2 i 3 zd. 2 k.p.k.), wówczas oświadczenie osoby zatrzymanej mogłoby być uznawane za formę wyjaśnień, a w razie potwierdzenia okoliczności przestępstwa, z którego powodu nastąpiło zatrzymanie – oświadczenie takie mogłoby stanowić dowód obciążający, choćby nawet później – po formalnym przedstawieniu zarzutów – podejrzany zmieniał swoje wyjaśnienia i np. zaprzeczał postawionym zarzutom (np. w wypadku przesłuchania przez sąd w następstwie wniosku prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania). Tymczasem obecnie – wobec nieuprzedzenia osoby podejrzanej (zatrzymanego) o prawie do milczenia w ramach czynności uprzedzenia z art. 244 § 2 k.p.k. – oświadczenia osoby podejrzanej składane do protokołu zatrzymania (art. 244 § 3 k.p.k.) pozbawione są waloru wyjaśnień, nie mogą więc stanowić dowodu obciążającego ani też być odczytane na rozprawie w trybie art. 389 k.p.k. W przypadku potwierdzenia w „oświadczeniu” (art. 244 § 3) faktu przestępstwa przez zatrzymanego, a następnie zmiany wyjaśnień w toku formalnego przesłuchania, następuje zupełnie niepotrzebna utrata dowodu obciążającego, której można byłoby zapobiec stwarzając osobie podejrzanej (zatrzymanej) takie same gwarancje, jakie przysługują podejrzanemu.

V. Wydaje się zatem, iż *de lege ferenda* zatrzymany powinien być uprzedzony także o prawie do milczenia (odpowiednie stosowanie art. 175 § 1 zd. 2 k.p.k.). Należy zauważyć, że według k.p.k. z 1997 r. czynność „wysłuchania” dotyczy jedynie „osoby podejrzanej”, natomiast oskarżonego (podejrzanego) przesłuchuje się. Przepisy dotyczące przesłuchania oskarżonego (podejrzanego) nie mogą być zatem stosowane do wysłuchania zatrzymanego („osoby podejrzanej”) w rozumieniu art. 244 § 2 k.p.k. (np. art. 171 § 1–5, art. 175 § 1 k.p.k.); przepis art. 244 § 2 k.p.k. nie ustanawia obowiązku pouczenia zatrzymanego o prawie do milczenia, przynajmniej do czasu przesłuchania go w charakterze podejrzanego.

⁷ Por. A. Murzynowski, Faktycznie podejrzany w postępowaniu przygotowawczym, *Pałestra* 1971, nr 10, s. 43; R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny – część ogólna*, Kraków–Lublin 1999, s. 160.