

Szymon Tarapata, Witold Zontek



Szymon Tarapata

Doktor habilitowany nauk prawnych; adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego; adwokat; stypendysta Narodowego Centrum Nauki (NCN).

✉ szymon.tarapata@uj.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0002-4095-8892>

Milczenie jest (w końcu) złotem? Raz jeszcze o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywych zeznań przez sprawcę przestępstwa

Is Silence (After All) Golden? Once Again on Criminal Liability for False Deposits

The paper discusses the consequences of introducing article 233 § 1a to the Criminal Code, and focuses on the procedural position of an interrogated perpetrator. It refers to the current position of the Supreme Court on that issue. Until recent amendments, the judiciary and most of the doctrine has unanimously considered that it is contrary to the constitutional right to defense to hold a witness who is an actual perpetrator but still being questioned under the regime of criminal liability for providing false testimony. Is it allowed to make an adverse inference from an interrogated witness/indicted person's silence? Does invoking the right to remain silent guaranteed by the Code of Criminal Procedure warrants any sort of further privilege as it happens under the Fifth Amendment to the US Constitution? What can be indicated as a Strasbourg's standard in that field? A comparative analysis presented in the article indicates severe risks of incoherency and significant new threats to the right to defense.



Witold Zontek

Doktor nauk prawnych; adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego; asystent w Izbie Karnej Sądu Najwyższego; ukończył aplikację adwokacką.

✉ witold.zontek@uj.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0002-7850-3930>

Słowa kluczowe: prawo do obrony, fałszywe depozycje, bezkarność, kontratyp, prawo do milczenia

Key words: right to defense, false depositions, impunity, justification, right to remain silent

[https://doi.org/10.32082/fp.1\(69\).2022.444](https://doi.org/10.32082/fp.1(69).2022.444)

1. Najważniejsze argumenty zawarte w orzeczeniu I KZP 10/19

Postanowienie SN, które stanowi najaktualniejszy pogląd najwyższej instancji sądowej na zagadnienie odpowiedzialności karnej za fałszywe depozycje, paradoksalnie neutralne¹ w swoim wydźwięku, zawiera jednak kilka „momentów”, które nie pozwalają na uznanie racji w nim zaprezentowanych za satysfakcjonujące. Nie chodzi nam bynajmniej o toczenie na nowo debaty na temat już stosunkowo dobrze rozpoznany w doktrynie i orzecznictwie², ale o wskazanie daleko

- 1 Odniesć można wrażenie, że Sąd Najwyższy dokonuje jedynie stosunkowo prostej, by nie rzec oczywistej, wykładni adaptacyjnej art. 233 § 1a k.k.
- 2 Przed 15.04.2016 r. w judykaturze generalnie podzielono pogląd, iż złożenie przez sprawcę fałszywych zeznań nie może zostać uznane za przestępne (wśród orzeczeń idących w tym kierunku można przede wszystkim wymienić następujące judykaty: uchwała SN z 20.06.1991 r., I KZP 12/91, LEX nr 20456; uchwała SN 26.04.2007 r., I KZP 4/07, LEX nr 244459; uchwała SN z 20.09.2007, I KZP 26/07, LEX nr 298949). Twierdzenie takie spotkało się w doktrynie zarówno z aprobatą [Zob. np.: M. Filar, *Głosa do uchwały SN z dnia 20 września 2007 r., I KZP 26/07*, LEX nr 298949; A. Lach, *Głosa do uchwały SN z dnia 20 września 2007 r., I KZP 26/07*, LEX nr 298949; R. Kmiecik, *Głosa do uchwały SN z dnia 20 września 2007 r., I KZP 26/07*, LEX nr 298949; D. Gruszecka, *Zasięg prawa do obrony w kontekście odpowiedzialności za fałszywe zeznanie*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2, s. 139–162; W. Wróbel, *Konstytucyjne prawo do obrony w perspektywie prawa karnego materialnego (w): Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej*, V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), Warszawa 2010, s. 215–229; W. Wróbel, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, *Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości (w): System prawa karnego*, t. 8, *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, L. Paprzycki (red.), Warszawa 2013, s. 631–632.], jak i krytyką (J. Czabański, M. Warchoł, *Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 12, s. 35–50; A. Wąsek, *Głosa do uchwały SN z dnia 20.06.1991 r., I KZP 12/91*, WPP 1992, nr 3–4, s. 73–78; Z. Młynarczyk, *Fałszywe zeznania w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971, s. 153–154; S. Pałka, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2004 r.*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 16, s. 891; A. Jaskuła, *Zasada „nemo se ipsum accusare tenetur” a odpowiedzialność za składanie*

idących ryzyk wynikających z tak nieco „oczywistego” – w mniemaniu SN – rozstrzygnięcia. Wszystko, o czym pisze SN, czyli zasada prawdy materialnej, ewidentna zmiana normatywna czy ograniczenie się („z oczywistych względów”) jedynie do analizy prawnej zagadnienia bez baczenia na jego konsekwencje w praktyce³, dzieje się w określonym kontekście i trywializowanie niektórych zawartych w tytułowym orzeczeniu wątków wydaje się nam nieco niezrozumiałe.

Wydawać by się mogło, że wprowadzenie art. 233 § 1a k.k. przesądziło ostatecznie, iż *de lege lata* realizuje znamiona przestępnego zachowania ten, kto składa fałszywe zeznanie na okoliczności związane z popełnionym przez siebie przestępstwem⁴. Intencja, jaka przyświecała autorom nowelizacji art. 233 k.k., wynika bowiem jasno z uzasadnienia rządowego projektu, który obszernie cytuje SN. Jednak w tym nawiązaniu brakuje jednego istotnego fragmentu, który przynosi nieco wątpliwości co do racjonalności powodów zmiany. Czytamy bowiem, że

„w celu rozstrzygnięcia tego rodzaju wątpliwości i interpretacji mających negatywne konsekwencje dla pewności prawnej i skuteczności wymiaru sprawiedliwości projektodawca zdecydował się jednoznacznie uznać zachowanie uczestnika postępowania, polegające na świadomym składaniu fałszywych zeznań i wprowadzaniu w błąd organu procesowego pomimo pouczenia go o prawie do odmowy skła-

fałszywych zeznań, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2012, nr 2(5), s. 5–18). Warto odnotować, że głosy krytyczne nie wywarły jednak żadnego istotnego wpływu na praktykę sądową w zakresie interpretacji znamion przestępstwa z art. 233 § 1 k.k.

- 3 Na ten wątek zwrócił uwagę w zdaniu odrębnym SSN M. Laskowski.
- 4 Za takim stanowiskiem opowiedzieli się m. in.: I. Zgoliński, *Komentarz do art. 233 Kodeksu karnego (w): Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, teza nr 3; M. Mozgawa, *Komentarz do art. 233 Kodeksu karnego (w): Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, Warszawa 2019, teza nr 5; M. Szewczyk, *Zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą sprawcy lub jego najbliższemu (art. 233 § 1a k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 9, s. 153. Zob. też: wyrok SO we Wrocławiu z 29.08.2019 r., III K 200/18, LEX 2725594.

dania zeznań lub odpowiedzi na pytania, za czyn zabroniony jako przestępstwo”⁵.

Ten element motywów uzasadnienia projektu budzi o tyle zaskoczenie, iż takich wątpliwości nie prezentowano szerzej w orzecznictwie, a już na pewno nie czyniono tego od uchwały SN z 20.09.2007 r., I KZP 26/07⁶. Zatem uznać wypada, że zmiana ta nie była podyktowana troską o naprawienie pojawiających się rozbieżności orzeczniczych (w domyśle – nieusuniętych w stosownym trybie przez SN), lecz świadomą decyzją kryminalizacją, której celem było przemodelowanie pozycji sprawcy-świadka w procesie karnym i zmiana zakresu przysługujących mu gwarancji stanowiących składowe prawa do obrony.

Pamiętać należy jednak, że jakkolwiek cele prawodawcy, leżące u podstaw uchwalenia określonego aktu, często są brane pod uwagę przy wykładni tekstu prawnego, tym niemniej nie są one czynnikiem bezwzględnie wiążącym w toku ustalania treści normy prawnej. Teza ta jest prezentowana w literaturze teoretycznoprawnej. Warto w tym miejscu odwołać się chociażby do twierdzeń Marcina Matczaka. Autor ten podkreśla, że jedyną intencją towarzyszącą procesowi tworzenia prawa, której interpretator nie może pominąć, jest intencja illokucyjna prawodawcy, a więc intencja nadania tekstowi mocy prawa. Ustawodawca nie jest jednak władny determinować określonego sposobu rozumienia tego tekstu. Interpretator nie musi więc rozumieć aktu normatywnego w taki sposób, jak ustawodawca w procesie jego uchwalania⁷. Pominiecie intencji prawodawcy następuje przy zastosowaniu takich technik wykładni jak usuwanie kolizji w tekście

prawnym (np. przez zastosowanie zasady *lex specialis derogat legi generali*)⁸.

Brak związania wolą ustawodawcy w zakresie nadania określonego znaczenia wyrażeniom zawartym w przepisach wystąpi zwłaszcza wówczas, gdy prowadziłyby to do sprzeczności z aktami prawnymi wyższego rzędu. W takiej sytuacji w procesie dekodowania normy z przepisów istnieje potrzeba zastosowania takiego rezultatu wykładniczego, który taką potencjalną kolizję by eliminował. Przypadek taki wystąpiłby wówczas, gdyby się okazało, iż sposób rozumienia określonego przepisu ustawy byłby sprzeczny z Konstytucją. Jak zaś zostanie wykazane w dalszej części tekstu, interpretacja zaaprobowana przez SN jest niezgodna z regulacjami konstytucyjnymi. W takiej sytuacji interpretator tekstu prawnego ma obowiązek zignorować zbieżną ze wspomnianą wykładnią intencję ustawodawcy ujawnioną w projekcie ustawy, który to akt został ostatecznie uchwalony 11.03.2016 r. Czyszcząc to przedpole, dyskusja jest naszym zdaniem nieco łatwiejsza, gdyż stanowisko odmienne od tego zaprezentowanego przez SN nie niesie za sobą powrotu jakichkolwiek wątpliwości/rozbieżności natury interpretacyjnej czy praktycznej.

Jakkolwiek SN odmówił podjęcia uchwały, tym niemniej stwierdził, że dominujący przed 15.04.2019 r. pogląd *de lege lata* się zdezaktualizował⁹. W konse-

8 Tamże, s. 79.

9 Niemniej jednak obecnie pogląd, że sprawca, składający zeznania w charakterze świadka na okoliczności związane z popełnionym przez siebie czynem zabronionym, dopuszczający się przestępstwa fałszywych zeznań, mimo wyraźnego brzmienia art. 233 § 1a k.k., jest wciąż kwestionowany (S. Tarapata, P. Zakrzewski, *Czy to koniec sporu dotyczącego kwestii ponoszenia odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań przez sprawcę uprzednio popełnionego przestępstwa? Rzecz o wykładni znamion typu czynu zabronionego z art. 233 § 1a k.k.* (w:) *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, J. Giezek, J. Brzezińska (red.), Warszawa 2017, s. 374–417; M. Szewczyk, W. Zontek, A. Wojtaszczyk (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 212–277d*, W. Wróbel, A. Zoll (red.), Warszawa 2017, s. 312–315). Kontestacja ta jest też widoczna na poziomie orzecznictwa sądów powszechnych (Zob. np.: wyrok SR w Nysie z 8.10.2019 r., II K 754/19, LEX 2762788; wyrok SO w Poznaniu z 22.05.2018 r., IV Ka 358/18, LEX 2515143). Wynika ona generalnie z faktu, że

5 Sejm VIII kadencji, druk nr 207.

6 OSNKW 2007/10, poz. 71. „Nie popełnia przestępstwa fałszywych zeznań (art. 233 § 1), kto umyślnie składa nieprawdziwe zeznania dotyczące okoliczności mających znaczenie dla realizacji jego prawa do obrony (art. 6 k.p.k.)”. Stanowisko wyrażone w uchwale I KZP 26.07 było kwestionowane jedynie w piśmiennictwie, a konkretnie w tekstach wymienionych w końcowej części przypisu nr 2, a w szczególności przez J. Czabańskiego i M. Warcholę.

7 M. Matczak, *Imperium tekstu. Prawo jako postulowanie i urzeczywistnienie świata możliwego*, Warszawa 2019, s. 79–81.

kwencji uznał, iż sprawca przestępstwa, który – słu-
chany w charakterze świadka – nie skorzysta z prawa
do milczenia (tj. od uchylenia się od odpowiedzi na
możące go obciążać pytanie) i zezna nieprawdę, wów-
czas dopuści się przestępstwa z art. 233 § 1a k.k.¹⁰ Za
poglądem tym mają, według SN, przemawiać:

- argumentacja zawarta w uzasadnieniu projektu
noweli z 11.03.2016 r., z którego jasno wynika,
iż intencją ustawodawcy było karanie sprawcy
za złożenie fałszywych zeznań co do wcześniej
popelnionego czynu przestępnego¹¹, co oznacza,
że w tego rodzaju przypadkach ustawodawca za
priorytetowe w stosunku do obrony przed po-
tencjalnymi zarzutami uznał wartość w postaci
prawidłowego funkcjonowania wymiaru spra-
wiedliwości;
- fakt, że realizację standardu gwarancyjnego
wynikającego z art. 6 EKPC i art. 42 ust. 2 Kon-
stytucji zapewnia prawo do odmowy składania

uchwały wydawane przez SN, w których przyjmowano prze-
ciwne stanowisko, nie opierały się na przepisach ustawowych,
lecz na regulacjach zawartych w aktach wyższego rzędu,
w tym przede wszystkim w Konstytucji. Natomiast zarówno
ustawa zasadnicza, jak i umowy międzynarodowe, w inte-
resującym z punktu widzenia tego opracowania zakresie
nie uległy zmianie. Okoliczności te zostały też przywołane
w pytaniu prawnym, na kanwie którego zapadło tytułowe
postanowienie. SN został zapytany, czy po wejściu w życie
noweli z 11.03.2016 r. zmienił się zakres podmiotowy występkę
składania fałszywych zeznań oraz zasady odpowiedzialności
za popełnienie takiego czynu. Pytanie to dotyczyło w isto-
cie tego, czy sprawca, który – przesłuchany w charakterze
świadka – zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę na okolicz-
ności związane z popełnionym uprzednio przestępstwem,
realizuje znamiona typu uprzywilejowanego z art. 233 § 1a k.k.

10 SN w tytułowym judykacie wyraźnie zaznaczył, że „Od
dnia 15 kwietnia 2016 r., daty wejścia w życie Ustawy z dnia
11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania
karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r.
poz. 437 z późn. zm.), zachowanie sprawcy składającego
fałszywe zeznanie (art. 233 § 1 k.k.) w obawie przed grożą-
cą mu odpowiedzialnością karną, które do tej chwili traktowane
było jako kontratyp działania w ramach prawa do obrony,
zostało stypizowane jako uprzywilejowany typ przestępstwa
określony w art. 233 § 1a k.k.”.

11 Druk 207 s. 19.

zeznań i prawo odmowy odpowiedzi na pytania
z art. 182 k.p.k. oraz art. 183 k.p.k.;

- twierdzenie, iż prawo do obrony nie może być
wykonywane w taki sposób, aby unicestwić fun-
damentalny cel procesu karnego, tj. pociągnięcie
osoby winnej do odpowiedzialności, a uwolnie-
nie osoby niewinnej;
- to, że ustawodawca miał uprawnienia do tego,
aby prawo do obrony – jeśli chodzi o świadka –
dookreślić mianem „prawa do milczenia”, nie
zaś „prawa do kłamstwa”;
- fakt, iż w orzecznictwie wydanym przed
15.04.2016 r. różnicowano sytuację sprawcy o za-
kres jego prawa do obrony w zależności od tego,
w jakim postępowaniu to czyni, i w zależności
od rodzaju postawionego jej zarzutu;
- okoliczność, że ustawodawca dopuścił, także
wobec osób podejrzanych, stosowanie nawet siły
fizycznej lub środków technicznych służących
obezwładnieniu, w zakresie niezbędnym np. do
pobrania krwi, odcisków, włosów, wymazu ze
śluzówki policzków lub innych wydzielin orga-
nizmu (art. 74 § 3a k.p.k.);
- teza, iż odmowa udzielenia odpowiedzi na pyta-
nie nie dostarcza jeszcze żadnego dowodu prze-
ciwko zeznającemu; oraz
- twierdzenie, iż z orzecznictwa TK można
wyprowadzić wniosek, że osobie składającej
oświadczenia procesowe nie przysługuje taki
sam zestaw uprawnień wynikających z prawa
do obrony, jaki przyznano podejrzanemu¹².

Żaden z powyższych argumentów nie jest jednak na
tyle mocny, by przesądzić o trafności tezy popieranej
w omawianym postanowieniu. Zresztą wszystkie te
argumenty (poza, siłą rzeczy, argumentem nr 1) przed
15.04.2016 r. były prezentowane dla poparcia mniej-
szościowego wówczas poglądu. Mimo to takie konku-
rencyjne ujęcie nie zostało zaaprobowane w orzecz-

12 Chodzi tu o postanowienie TK z 21.12.2007 r., Ts 62/07, LEX
nr 451749. Orzeczeniem tym odmówiono nadania biegu
skardze konstytucyjnej. Warto zwrócić uwagę, że powołano
się w nim na uchwałę I KZP 26/07, aprobując jej wnioski.
Z tego powodu twierdzenia wyrażone w orzeczeniu Ts 62/07
nie mogą przemawiać o trafności stanowiska, jakie zostało
wyrażone w postanowieniu I KZP 10/19.

nictwie. SN w swym postanowieniu nie odniósł się natomiast do szeregu istotnych argumentów, które zostały zaprezentowane w doktrynie na gruncie obecnego stanu prawnego.

2. Fałszywe depozycje w perspektywie konstytucyjnej zasady proporcjonalności i równości wobec prawa

Pewne zdziwienie budzić może stanowisko SN, gdzie wskazuje, iż

„jeżeli (...) chodzi o niezmieniony art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, to gdyby przyjąć, że polski ustrojodawca przewidział w tym unormowaniu Konstytucji szersze gwarancje procesowe do obrony, aniżeli czyni to Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i nie może być to prawo zawężone przez ustawę zwykłą, jak uczynił to w znowelizowanym art. 233 § 1a k.k. (...), to pojawia się pytanie o zgodność takiego rozwiązania z Konstytucją RP, ale ta problematyka nie jest przedmiotem rozważań w niniejszym postępowaniu”.

Skoro bowiem SN dostrzega konstytucyjny wymiar problemu, to winien albo zwrócić się do TK o rozstrzygnięcie tej kwestii (uznając, że obecnie TK wypełnia swoją konstytucyjną rolę), albo dokonać prokonstytucyjnej wykładni (co wszak SN już kilkakrotnie w obszarze zakresu zastosowania art. 233 czynił¹³). Uważamy, że nie może zostać zaakceptowane stanowisko SN wskazujące, że problematyka konstytucyjności przepisu prawa materialnego stanowiącego podstawę rozpoznawanego zagadnienia nie stanowi przedmiotu rozważań SN. Z art. 8 ust. 2 Konstytucji wprost wynika, że jej przepisy stosuje się bezpośrednio. Oznacza to, że w przypadku, w którym by stwierdzono, że standard wynikający z ustawy zasadniczej w zakresie prawa do obrony jest dalej idący niż gwarancje możliwe do wyprowadzenia z regulacji prawa międzynarodowego, wówczas to intensywniejszy środek ochrony praw lub wolności jednostki winien zostać uwzględniony przy wykładni art. 233 § 1a k.k. Natomiast SN (podobnie jak wszystkie sądy sprawujące wymiar sprawied-

liwości) ma obowiązek zapewnić, by interpretacja tego ostatniego przepisu była zgodna z Konstytucją¹⁴. W postanowieniu nie rozważono jednak należyście, czy Konstytucja nie zakreśla szerszej granic prawa do obrony aniżeli akty prawno międzynarodowe¹⁵. Na gruncie innego opracowania wskazano już powody,

- 14 Szerzej na temat stosowania przepisów ustaw w zgodzie z Konstytucją: M. Gutowski, P. Kardas, *Domniemanie konstytucyjności a kompetencje sądów*, „Palestra” 2016, nr 5, s. 44–62; M. Gutowski, P. Kardas, *Konstytucja z 1997 r. a model kontroli konstytucyjności prawa*, „Palestra 2017”, nr 4, s. 11–29; M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania konstytucji*, „Palestra” 2016, nr 4, s. 5–30; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, passim; P. Kardas, *O sposobie rozwiązywania kolizji norm postępowania karnego z Konstytucją RP, prawem Unii Europejskiej oraz umowami międzynarodowymi (w): Norma postępowania karnego. Sędzia wobec zmian prawa karnego procesowego*, J. Skorupka, K.J. Leżak (red.), Kraków 2018, s. 225–304; P. Kardas, *Rozproszona kontrola konstytucyjności prawa w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych jako wyraz sędziowskiego konstytucyjnego posłuszeństwa*, e-„Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019, nr 4, s. 41; S. Tarapatá, *Czy sędzia karny jest strażnikiem Konstytucji? O tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności w toku dekodowania normy postępowania karnego (w): Norma...*, s. 305–343.
- 15 Możliwość taka jest sygnalizowana w: M. Szewczyk, W. Zontek, A. Wojtaszczyk (w): *Kodeks...*, s. 314–315. W piśmiennictwie wskazuje się, że „z uwagi na uwarunkowania modelowe polskiej procedury karnej w korelacji z praktyką organów ścigania, prawo do obrony przewidujące tzw. kontratyp w przypadku składania fałszywych zeznań przez świadków, którzy czynią to w obawie przed swoją ewentualną odpowiedzialnością karną, zadekretowane jest w art. 42 Konstytucji RP i jako takie nie może zostać ograniczone w drodze ustawowej. W tej optyce art. 233 § 1a k.k. jest pusty w zakresie, w jakim przewiduje odpowiedzialność karną świadka za składanie fałszywych zeznań lub zatajenie prawdy z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu” (A. Wojtaszczyk, W. Wróbel, W. Zontek, *Rozdział VIII. Przepięstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości (w): System prawa karnego*, t. 8, *Przepięstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, Warszawa 2018, s. 694–695).

13 Co istotne – nawet w czasach, gdy TK wypełniał swoją konstytucyjną rolę.

dla których możliwość ukarania sprawcy przestępstwa za fałszywe zeznania złożone na okoliczność popełnionego przez siebie czynu przestępczego może być sprzeczna z Konstytucją¹⁶. Przypomnieć trzeba, że ustalając zakres przysługującego jednostce prawa do obrony, nie można ograniczać się wyłącznie do analizy art. 42 ust. 2 ustawy zasadniczej. Uprawnienie do bronięcia się w postępowaniu karnym nie ma charakteru absolutnego, może być poddane stopniowaniu i – w konsekwencji – ograniczeniu. Limitacja ta powinna spełniać wynikający z art. 31 ust. 3 konstytucyjny test proporcjonalności¹⁷. Co również ważne – granice prawa do obrony podlegają ocenie z perspektywy konstytucyjnej zasady równości wobec prawa¹⁸.

Trzeba też przyznać, że z analizy samego art. 42 ust. 2 Konstytucji wprost nie wynika, że na prawo do obrony składa się uprawnienie do kłamstwa. Przepis ten bowiem został sformułowany w sposób bardzo ogólny¹⁹. Mogłoby to sugerować, iż ustawodawca zwykł był uprawniony do przyjęcia takiego rozwiązania, za jakim ostatecznie opowiedział się SN. Trzeba jednak z drugiej strony podkreślić, iż brzmienie art. 42 ust. 2 Konstytucji uprawnia równie dobrze do przyjęcia przeciwnego wniosku.

Nieco więcej światła na treść prawa do obrony zostanie rzucone wówczas, gdy przy ustalaniu jego granic uwzględni się konstytucyjną zasadę równości. Nie można w tym kontekście pominąć, że w systemie prawa trudno doszukać się źródła zakazu dla czynu polegającego na złożeniu przez podejrzanego lub oskarżonego fałszywych wyjaśnień²⁰. Sprawca posiadający taki

status jest więc *de lege lata* uprawniony do kłamstwa. Natomiast ustawodawca, wprowadzając do systemu nowelę z 11.03.2016 r., chciał podkreślić, że prawa takiego nie ma podmiot sprawczy, który nie stał się jeszcze podejrzanym lub oskarżonym.

Wspomniane powyżej rozwiązanie w sposób oczywisty godzi w konstytucyjną zasadę równości wobec prawa. Warto zwrócić uwagę, że – jak wskazuje się w orzecznictwie TK –

„równość w stosowaniu prawa oznacza nakaz równego traktowania przez władze publiczne w indywidualnych przypadkach adresatów norm prawnych, uznanych przez prawodawcę za podmioty podobne, czyli zaliczone do danej klasy (kategorii) istotnej. Oznacza to, że pomijanie w procesie stosowania prawa cech i sytuacji, które w świetle prawa są nieistotne, jak również prowadzenie postępowania w sposób rzetelny i bezstronny”²¹.

Nie ma zaś żadnego uzasadnienia, by sprawca był pozbawiony uprawnienia do złożenia fałszywych depozycji na tym etapie postępowania karnego, kiedy organy ścigania nie dysponują jeszcze wystarczającym materiałem dowodowym do przedstawienia zarzutów, lecz odzyskiwałby on je w sytuacji, w której stan zgromadzonych dowodów pozwoliłby daną osobę postawić w stan podejrzenia²². Z tego powodu przypadek osoby, której nie postawiono jeszcze zarzutów, nie różni się od sytuacji jednostki mającej status podejrzanego lub oskarżonego taką cechą relevantną, która uzasadniałaby różnicowanie sytuacji prawnej w zakresie składania fałszywych depozycji. Nie jest więc sprawiedliwe, by sprawca po postawieniu mu zarzutu mógł już kłamać, przed tym momentem zaś czyn taki musi być niedopuszczalny. Jak się bowiem słusznie wskazuje, wynikające z art. 42 ust. 2 Konstytucji uprawnienie ma służyć obronie człowieka, nie zaś jego roli czy też formalnego statusu w procesie²³. Prawo do obrony ma

16 S. Tarapata, P. Zakrzewski, *Czy to koniec...*, s. 396–411.

17 Wyrok TK z 30.09.2015 r., LEX nr 1800226.

18 S. Tarapata, P. Zakrzewski, *Czy to koniec...*, s. 396–397. Zob. też: W. Wróbel, *Konstytucyjne...*, s. 217–218.

19 A. Bojańczyk, *Uprawnienie...*, s. 138.

20 M. Bielski, *Wylączenie przestępności składania fałszywych zeznań w związku z przysługującym sprawcy czynu zabronionego prawem do obrony*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 3, s. 85. Zob. też: Ł. Pohl, *W sprawie wyjaśnień oskarżonego w polskim postępowaniu karnym – odpowiedź (w:) Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarcza*, Ł. Pohl (red.), Poznań 2009, s. 497. Warto jednak podkreślić, że w literaturze są zgłaszane postulaty kryminalizacji czynu polegającego na składaniu fałszy-

wych wyjaśnień: A. Bojańczyk, *Uprawnienie do składania fałszywych wyjaśnień – jak długo jeszcze?*, „Palestra” 2014, nr 9, s. 137–143.

21 Wyrok TK z 15.07.2010 r., K 63/07, Legalis nr 235775.

22 S. Tarapata, P. Zakrzewski, *Czy to koniec...*, s. 408.

23 Uchwała SN z 20.09.2007, I KZP 26/07, LEX nr 298949.

bowiem nie tylko wymiar proceduralny, ale przede wszystkim materialny. Realizacja tego ostatniego nie powinna być uzależniona od uzyskania określonego statusu w procesie. Można więc zaryzykować twierdzenie, iż akceptacja interpretacji przyjętej przez SN, z uwagi na to, że godzi ona w materialny aspekt prawa do obrony (bezzasadnie go ograniczając), stałaby w sprzeczności w wzorcowym wynikającym z art. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 w zw. z art. 32 ust. 1 w zw. z art. 42 ust. 2 ustawy zasadniczej²⁴.

wany w sposób zniuansowany. W uchwale I KZP 4/07 wskazano, 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. nakazu przesłuchania jej jako podejrzanego. Szersze stanowisko zaprezentowano natomiast w uchwale I KZP 26/07. Podkreślono w niej, iż nie popełnia przestępstwa fałszywych zeznań, kto umyślnie składa nieprawdziwe zeznania (art. 233 § 1 k.k.) dotyczące okoliczności mających

Ograniczenie prawa do obrony poprzez pozbawienie sprawcy możliwości złożenia fałszywych depozycji przed uzyskaniem statusu podejrzanego lub oskarżonego nie jest uzasadnione w świetle konstytucyjnego testu proporcjonalności.

Trzeba nadto stwierdzić, że ograniczenie prawa do obrony poprzez pozbawienie sprawcy możliwości złożenia fałszywych depozycji przed uzyskaniem statusu podejrzanego lub oskarżonego nie jest uzasadnione w świetle konstytucyjnego testu proporcjonalności. Limitacja taka nie może być uznana za konieczną z punktu widzenia ochrony innej wartości w postaci dobra wymiaru sprawiedliwości. Skoro bowiem konieczności takiej nie dostrzega się w stosunku do podejrzanym lub oskarżonym, nie ma żadnego powodu, by istniała ona w przypadku sprawców czynu zabronionego słuchanych w charakterze świadków.

Prawdą jest, że w orzecznictwie powstałym przed 15.04.2016 r. zakres uprawnienia sprawcy przestępstwa do składania fałszywych depozycji był prezento-

wnaczenie dla realizacji jego prawa do obrony (art. 6 k.p.k.). Trzeba jednak zwrócić uwagę na fakt, że teza zaprezentowana w uchwale I KZP 4/07 wynikała ze specyfiki układu procesowego, w którym judykat ten został wydany. Oskarżona została bowiem przesłuchana w charakterze świadka w sytuacji, gdy organy ścigania dysponowały takim materiałem dowodowym, który uzasadniał postawienie jej zarzutu. Z tego powodu SN stwierdził, iż była ona osobą, o jakiej mowa w art. 313 § 1 k.p.k. Z tej też przyczyny przysługiwało jej prawo do korzystania z uprawnień z art. 74 § 1 k.p.k. i art. 175 § 1 k.p.k. Co jednak najważniejsze – SN, z uwagi na fakt naruszenia przez organy ścigania regulacji procesowych (polegającego na braku przesłuchania sprawcy w charakterze podejrzanego mimo istniejących ku temu podstaw), nie widział potrzeby, by sięgać po bezpośrednie stosowanie Konstytucji. Satisfakcjonujące rezultaty można było bowiem osiągnąć poprzez odpowiednie zastosowanie przepisów ustawy. SN w uchwale I KZP 4/07 nie wykluczył jednak możliwości przyjęcia tezy, że świadek składający fałszywe zeznania dla zapobieżenia możliwości

24 S. Tarapata, P. Zakrzewski, *Czy to koniec...*, s. 397–411. Por. też: A. Jezusek, *Możliwość...*, s. 137; P. Nowak, *Definicja podejrzanego i oskarżonego a konstytucyjne prawo do obrony*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, nr 4, s. 84–85.

narażenia się na odpowiedzialność karną nie powinien ponosić odpowiedzialności karnej z uwagi na fakt, iż czynu takiego dokonuje w ramach kontratypu działania w granicach uprawnienia. Ostatecznie teza ta została przyjęta na potrzeby uchwały I KZP 26/07 dotyczącej innego układu procesowego. W orzeczeniu tym zastosowano bezpośrednio standard konstytucyjny dotyczący przysługującego jednostce prawa do obrony. Należy więc skonstatować, że wadliwość stanowiska zaprezentowanego w postanowieniu I KZP 10/19 nie wynika z nieprawidłowej praktyki związanej z przesłuchiwaniami w charakterze świadka osób, które – w myśl art. 313 § 1 k.p.k. – winny uzyskać status podejrzanego. Problemem art. 233 § 1a k.k. jest to, iż jego treść nie została uzgodniona ze standardem konstytucyjnym. Jak już wskazano – prawo do obrony nie ma charakteru absolutnego. Jego zakres może w pewnych sytuacjach być różnicowany w zależności od tego, jaki status ma określona osoba w postępowaniu karnym. Różnicowanie takie nie znajduje jednak żadnego uzasadnienia w odniesieniu do składania fałszywych depozycji przez sprawcę przestępstwa w zależności od jego statusu procesowego. Aparat państwa dysponuje bowiem obecnie tak bogatym arsenałem środków wykrywczych i dowodowych oraz ma tak dużą przewagę nad obywatelem, iż uprawnienie do prezentowania przez podmiot sprawczy dowolnej (w tym nieprawdziwej) wersji zdarzeń na swą obronę nie powinno być uzależnione od jego roli w procesie. Musi budzić zdziwienie, że perspektywa ta nie została dostrzeżona przez SN. W tytułowym postanowieniu w ogóle nie odniesiono się do perspektywy konstytucyjnej, co miało fundamentalne znaczenie dla problemu, jaki wystąpił w sprawie I KZP 10/19.

Zwolennicy rozwiązania, by sprawca mógł odpowiadać prawokarnie za złożenie fałszywych zeznań, powołują się często na art. 74 § 2–3a k.p.k. Wskazują oni, że skoro do domniemanego sprawcy przestępstwa można stosować tak dalekie ograniczenia, o jakich mowa w tychże przepisach, to tym bardziej od podmiotu sprawczego można wymagać, by nie składał on fałszywych depozycji, zeznając jako świadek. Ma to być argument przemawiający za tezą, iż limitacja, jaką ustawodawca zamierzał wprowadzić, wprowadzając do systemu art. 233 § 1a k.k., jest proporcjonalna. Optyka ta jest jednak chybiona. Jako wyjąt-

kowo niefortunny jawi się argument SN, iż skoro można pod przymusem państwowym zmusić kogoś do dostarczenia dowodów na swoją niekorzyść (chodzi przypadki przewidziane w art. 74 § 2 i 3 k.p.k.) i nie uznaje się tego za sprzeczne z prawem do obrony, to tym bardziej nakazanie milczenia nie może być traktowane jako to prawo naruszające. Powyższe budzi zastrzeżenia z dwóch powodów. Nie wymaga obecnie chyba szerszego uzasadnienia twierdzenie, że stosowanie jakiegokolwiek przymusu państwowego w celu uzyskania od osoby podejrzewanej o popełnienie przestępstwa informacji zapisanych wyłącznie w jej pamięci zasadnie odeszło w niesławie i istotnie fundamentalną gwarancją procesową w cywilizowanym świecie jest przynajmniej prawo do milczenia. Jest ono naturalnie wyjątkiem od przyjmowanej, acz rzadko wysławianej zasady, że państwo ma prawo do wszelkich informacji związanych z realizacją wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych²⁵. Treść art. 74

25 Tylko tak może odnaleźć ową mityczną prawdę materialną – por. J. Jodłowski, *Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym*, Warszawa 2015, *passim*. Warto przy okazji zaznaczyć, że za przyjęciem ujęcia zaaprobowanego przez SN nie przemawia względ na zasadę prawdy materialnej czy też fakt, iż prawo do obrony nie może być wykonywane w taki sposób, aby unicestwić fundamentalny cel procesu karnego, tj. pociągnięcie osoby winnej do odpowiedzialności, a uwolnienie osoby niewinnej. Przecież zezwolenie podejrzanemu lub oskarżonemu na wyjaśnianie nieprawdy również może zniweczyć osiągnięcie takiego rezultatu. Mimo to jednak ustawodawca nie zdecydował się, wzorem krajów anglosaskich, na penalizację składania fałszywych depozycji przez osobę, na której ciążyą zarzuty. Póki tego nie uczynił, nie ma powodu, by sprawcę, któremu jeszcze nie postawiono zarzutów, traktować w tej kwestii odmiennie. Trzeba zresztą zauważyć, że samo milczenie może niweczyć podstawowy cel postępowania karnego, jakim jest pociągnięcie osoby winnej do odpowiedzialności karnej. Nikt zaś nie postuluje, by takiego uprawnienia sprawcy pozbawiać. Oczywiście jest, iż realizacja celu postępowania karnego w postaci pociągnięcia osoby winnej do odpowiedzialności nie może następować wszelkimi możliwymi środkami. Rację ma A. Jezusek, wskazując, że „nawet w przypadku oskarżonego niewinnego realizacja prawa do obrony może udaremnić cel procesu, na przykład gdy taka osoba zachowuje bierność i nie przedstawia dowodów niewinności, co

§ 1 k.p.k. przewiduje jako zasadę nieograniczone prawo do obrony w zakresie możliwości odmowy jakiegokolwiek współpracy podejrzanego z organami ścigania. Wszystko inne stanowi od niej wyjątek. Uzasadnienie większości z tych wyjątków wynika zapewne z przyjęcia, iż dotyczą one obserwacji cech zewnętrznych, obiektywnie istniejących, niezależnych od woli sprawcy i dostępnych na zewnątrz²⁶. Pewien problem pojawia się z próbką krwi. Ta nie

katurę TK, iż prawo do obrony może ulegać ograniczeniom w zależności od stadium postępowania karnego. Zarówno jednak przywołany przepis, jak i pogląd akceptowany w orzecznictwie trybunalskim, nie świadczy o trafności przyjętego przez SN stanowiska. Należy bowiem zauważyć, że ograniczeniem praw lub wolności, o których mowa w art. 74 § 3 i 3a k.p.k., musi poddać się nie tylko świadek (będący osobą podejrzaną), ale również podejrzany lub



Obowiązkiem zarówno doktryny, jak przede wszystkim judykatury jest wykładnia kontekstowa i dynamiczna przepisów prawa – by normy z nich wynikające były zgodne z aktualną aksjologią konstytucyjną.

jest bowiem cechą zewnętrzną. Jednak przyjęto, że z uwagi na zakres danych, jakie ten nasz obiektywny element zawiera, jego ekstrakcja jest fundamentalnie istotna dla osiągnięcia celów procesu i w tym zakresie prawo do obrony nie przeważa nad interesem wymiaru sprawiedliwości i pokrzywdzonego.

W postanowieniu I KZP 10/19 wskazano ponadto, powołując się na art. 74 § 3 i 3a k.p.k. oraz na judy-

może wynikać z przyjęcia wadliwej taktyki procesowej” (A. Jezusek, *Możliwość dezinformowania przez świadka organów postępowania w świetle prawa do obrony, zasady równości wobec prawa i zasady praworządności a realizacja znamion występku z art. 233 § 1a k.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, nr 4, s. 122). W takich przypadkach, mimo iż zamierzenie w postaci uniknięcia, by osoba niewinna nie poniosła odpowiedzialności, nie zostanie osiągnięte, oskarżony ma uprawnienie do tego, by zatajać prawdę.

26 Takie uzasadnienie pojawiało się w toku ewolucji obowiązków procesowych podejrzanego chociażby w orzecznictwie amerykańskiego Sądu Najwyższego – *Holt v. United States*, 218 U.S. 245 (1910) – przymierzenie koszuli znalezionej na miejscu zbrodni, *United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967) – udział w czynności okazania, *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966) – pobranie próbki krwi.

oskarżony. W zakresie omawianym w tym przepisie sytuacja tychże osób nie została w żaden sposób zróżnicowana. Wspomniane ograniczenie w prawach lub wolnościach jednostki nie może więc budzić wątpliwości z punktu widzenia konstytucyjnej zasady równości wobec prawa. Warto zresztą zauważyć, iż z art. 74 § 3 k.p.k. wynika, że obowiązki wskazane w art. 74 § 2 k.p.k. mogą być w szerszym zakresie stosowane do podejrzanego lub oskarżonego, w węższym zaś – wobec osoby podejrzananej. Zatem w stosunku do osoby stojącej pod zarzutem organ władzy publicznej może więcej w zakresie ograniczania praw lub wolności, w stosunku zaś do świadka (osoby podejrzananej) – mniej. Tymczasem w sytuacjach, w stosunku do których SN odniósł kwestionowany w niniejszym artykule pogląd, występuje odwrotna relacja. Więcej bowiem wolno podejrzanemu lub oskarżonemu niż sprawcy, któremu jeszcze niczego nie zarzucono. Nie przekonuje teza, iż takie rozwiązanie jest konieczne z punktu widzenia interesu wymiaru sprawiedliwości, zwłaszcza że zeznania sprawcy-świadka nie mogą być wykorzystane w procesie karnym dotyczącym popełnionego przez niego czynów. Zróżnicowanie praw lub wolności podmiotu sprawczego w zależności od stadiów sprawy karnej, jakkolwiek dopuszczalne, tym niemniej

musi być podyktowane koniecznością ochrony skonkretyzowanego i istotnego dobra prawnego²⁷.

Ma wszak rację SN, że te wskazane w art. 74 § 2 k.p.k. wyłączenia nie są komentowane w optyce ich wpływu na sytuację procesową podejrzanego. Jednak jest to argument o tyle neutralny, gdyż z braku wypowiedzi doktryny wynikać mogą równocześnie dwa przeciwstawne wnioski: albo zagadnienie jest oczywiste i nie ma potrzeby jego tłumaczenia, albo wręcz przeciwnie – przekracza wyobraźnię komentatorów. Naszym zdaniem należy jednak ubolewać, że owej dyskusji w zakresie, o jakim wspomina SN, brak. Gdyby przyjrzeć się chociażby amerykańskiemu orzecznictwu i doktrynie ostatniego stulecia dotyczących interpretacji gwarancji wynikających z 5 Poprawki²⁸ do konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki²⁹ – można odnieść wrażenie, że brak zwerbalizowania refleksji, o którym pisze SN, wynika z wygodnego przyzwyczajenia, że *leges locuta causa finita*³⁰. Obowiązkiem

zarówno doktryny, jak i przede wszystkim judykatury jest wykładnia kontekstowa i dynamiczna przepisów prawa – by normy z nich wynikające były zgodne z aktualną aksjologią konstytucyjną³¹.

Kończąc ten wątek, trzeba podkreślić, że jeszcze bardziej kompleksowa krytyka podejścia SN do tego analizowanego zagadnienia – przy uwzględnieniu problematyki bezpośredniego stosowania Konstytucji – wykraczała poza ramy niniejszego tekstu³². Dużo istotniejsze jawi się nam umiejscowienie eksponowanej w judykacie roli milczenia w strukturze normatywnej i operatywnej procesu karnego. Jest to zagadnienie kluczowe dla poprawnego odczytania sensu orzecznictwa tyczącego art. 233 k.k. w uprzednim brzmieniu począwszy od słynnej uchwały z 1991 r.

3. Wpływ milczenia na sytuację procesową sprawcy czynu zabronionego

Publikacje przytaczane przez SN akcentują, że z milczenia³³ można wyciągać negatywne konsekwencje (a że przynajmniej nie jest to kontestowane przez

- 27 Zgodzić się trzeba z P. Wilińskim i P. Karlik, iż zakres uprawnień wchodzących w skład prawa do obrony może się różnić na poszczególnych etapach i być adekwatny do ich istoty (P. Wiliński, P. Karlik, *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–86*, M. Safjan, L. Bosek (red.), Warszawa 2016, s. 1060).
- 28 „Nikt nie może być zmuszony do zeznawania w sprawie karnej na swoją niekorzyść.” (No person shall (...) be compelled in any criminal case to be a witness against himself”).
- 29 <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>.
- 30 Nie jest to przedmiotem niniejszego tekstu, ale z najaktualniejszych frapujących dysput w zakresie znaczenia zakazu zmuszania do samooskarżenia warto wspomnieć chociażby tą tyczącą możliwości zobowiązania osoby do odblokowania telefonu za pomocą biometrii – por. Orin S. Kerr, *Are We Overprotecting Code? Thoughts on First-Generation Internet Law*, „Washington and Lee Law Review” 2000, nr 57, 1287, 1288–89, Orin S. Kerr, *Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination*, „Texas Law Review” 2019, nr 97, 767, 768, 771, Bryan H. Choi, *For Whom the Data Tolls: A Reunited Theory of Fourth and Fifth Amendment Jurisprudence*, „Cardozo Law Review” 2015, nr 37, 185, 195–96, J. Wareham, *Cracking the Code: The Enigma of the Self-Incrimination Clause and Compulsory Decryption of Encrypted Media*, „Georgetown Law Technology Review” 2017, nr 1, 247 oraz rozbieżne linie orzecznictwa – *In Re Grand Jury Subpoena Duces Tecum*, 670 F.3d 1335 (11th Cir. 2012),

Seo v. State, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App.), transfer granted, opinion vacated, 119 N.E.3d 90 (Ind. 2018), *U.S. v. Kirschner*, 823 F. Supp. 2d 665 (E.D. Mich. 2010), *G.A.Q.L. v. State*, 257 So.3d 1058 (Fla. Dist. Ct. App. Oct. 24, 2018), *SEC v. Bonan Huang*, 2015 WL 5611644 (E.D. Pa 2015), *U.S. v. Spencer*, No. 17-cr-00259-CRB-1, 2018 WL 1964588 (N.D. Cal. April 26, 2018), *Commonwealth v. Baust*, 89 Va. Cir. 267 (Va. Cir. Ct. 2014), *Commonwealth v. Jones*, 481 Mass. 540 (2019), *U.S. v. Friscosu*, 841 F. Supp. 2d 1232 (D. Colo. 2012), *State v. Stahl*, 206 So. 3d 124 (Fla. Dist. Ct. App. 2016), *U.S. v. Apple MacPro Computer*, 851 F.3d 238 (3d Cir. 2017), a także opracowanie autorstwa amerykańskiej National Association of Criminal Defense Lawyers *Compelled Decryption Primer*, <https://www.nacdli.org/Content/Compelled-Decryption-Primer> (dostęp 1.02.2022).

- 31 Jednak to tylko pewien kontekstowy wątek poboczny, który zarysowujemy jedynie, by pokazać swoiste instrumentalne i arbitralne używanie argumentów z „pasywności” krytycznych ujęć wobec określonej tezy.
- 32 Odsyłamy w zakresie kompetencji i obowiązku sądów w tym Sądzie Najwyższego do dokonywania prokonstytucyjnej wykładni do M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa...*, s. 5–30.
- 33 Szerzej o tzw. prawie do milczenia w ujęciu dogmatycznym i prawnoporównawczym: A. Sakowicz, *Prawo do milczenia w polskim procesie karnym*, Białystok 2019, ss. 467.

ETPCz³⁴), co ma umacniać przekonanie, że zapewnienie prawa do milczenia stanowi adekwatną realizację minimum gwarancyjnego przez art. 183 k.p.k. Prawdą jest, że EKPC, umowy międzynarodowe oraz akty prawa unijnego nie wymagają, by państwa przyznawały sprawcom przestępstw prawo do kłamstwa³⁵. Minimalny standard wynikający z tychże źródeł sprowadza się do tego, by w porządkach normatywnych zasada *nemo se ipsum accusare teneretur* była realizowana poprzez przyznanie jednostek prawa do milczenia, w sytuacji, w której złożenie prawdziwego oświadczenia procesowego mogłoby je narazić na odpowiedzialność karną.

Jednak zastanawiające jest, że SN wyraźnie wskazuje, że

„można oczywiście zgodzić się ze stwierdzeniami, że odmowa udzielenia odpowiedzi na pytania w trybie art. 183 § 1 k.p.k. może zwrócić uwagę organów ścigania na okoliczności lub osoby, o których świadek nie chciałby zeznawać, niemniej sam ten fakt nie dostarcza jeszcze żadnego dowodu przeciwko zeznającemu”.

Dlaczego tak miałyby być? Czy chodzi tutaj o semantykę, że brak informacji nie jest dowodem bezpośrednim, ale jedynie elementem rozmowania w ramach

dyrektyw z art. 7 k.p.k.? Wszak w języku polskim funkcjonuje zwrot „wymowne milczenie”. Nadaje się mu powszechnie walor informacyjny. Zatem jeżeli istnieje dowód, że 5 osób było obecnych w sklepie, w którym doszło do kradzieży i 4 osoby na pytanie, czy one są sprawcami odpowiedzą „nie, to nie ja”, a piąta będzie milczeć – czy stanowi to przynajmniej pośrednio dowód jej winy, czy też nie? Szkołuł właśnie tkwi w dostrzeżonej przez skład orzekający oczywistości. W wielu bowiem układach sytuacyjnych uchylenie się od odpowiedzi na pytanie przez sprawcę będzie nieuchronnie powodować podjęcie czynności dowodowej, za której pomocą jednoznacznie zostanie wykazane sprawstwo³⁶. Trafność tej tezy jest zresztą doskonale widoczna w układzie procesowym, na którego kanwie skierowano pytanie prawne do SN. W sprawie rozpoznawanej przez sąd pytający oskarżonemu postawiono bowiem zarzut z art. 233 § 1a k.k. polegający na tym, że zeznając w postępowaniu przygotowawczym w przedmiocie sfałszowania dokumentu w charakterze świadka, zaprzeczył, iż to on podrobił podpis pod umową. W takich przypadkach skorzystanie z prawa do odmowy udzielenia odpowiedzi na pytanie w sposób nieuchronny doprowadzi do uzyskania dowodów obciążających dla sprawcy, czyniąc zasadę *nemo se ipsum accusare tenetur* iluzoryczną, prawo do obrony zaś fikcją. W istocie skorzystanie z uprawnienia do milczenia będzie w sensie inferencyjnym równoważne z dostarczeniem dowodów na winę³⁷. Zgodzić się trzeba przy tym z A. Jezuskim, który pisze następująco:

36 D. Gruszecka słusznie wskazuje, że „sprawca, odwołując się do prawa do milczenia, czyni to w kontekście konkretnego zadanego mu pytania, już pośrednio wskazującego, o jaką okoliczność może chodzić. Organ nawet przy odmowie odpowiedzi uzyskuje przynajmniej dwie istotne informacje: że fakt, którego dotyczy pytanie, ma znaczenie dla odpowiedzialności karnej, oraz że prawdopodobnie chodzi o odpowiedzialność właśnie osoby zeznającej” (D. Gruszecka, *Zasięg...*, s. 155).

37 S. Tarapata, P. Zakrzewski, *Czy to koniec...*, s. 410. Dostarczenie dowodów na swą niekorzyść w sensie inferencyjnym będzie polegać na zmuszeniu sprawcy przestępstwa do „wymownego milczenia”, czyli takiego, które może zwrócić na niego uwagę organów ścigania i dać im impuls do poszukiwania niekorzystnych dowodów.

34 Brak jednak wskazania chociażby jednego takiego orzeczenia.

Zakładamy więc, że chodzi m.in. o judykat z dnia 8 lutego 1996 r. w sprawie *John Murray v. Wielka Brytania* skarga nr 18731/91, który wpisał się w pewną linię orzecznictwa Trybunału w przedmiocie konsekwencji wyciąganych z milczenia.

35 S. Tarapata, P. Zakrzewski, *Czy to koniec...*, s. 394–396. Zob. też: M. Rusinek, *O „prawie do kłamstwa” (artykuł polemiczny)*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 4, s. 89, przyp. 13. Nieco inny pogląd w tej kwestii prezentują W. Hermeliński oraz B. Nita-Światłowska. Autorzy ci sygnalizują mianowicie, że karalność sprawca za złożenie zeznań dotyczących uprzednio popełnionego czynu byłoby niezgodne nie tylko z art. 42 ust. 2 Konstytucji, ale również z art. 6 EKPC (W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, *Kilka uwag o prawie do obrony w związku z nowelizacją kodeksu postępowania karnego z 2016 r.*, „Palestra” 2016, nr 9, s. 20), M. Berger, *Europeizing self-incrimination: The right to remain silent in the European Court of Human Right*, *Columbia Journal of European Law*, vol. 12/2006, s. 340–380.

„Przywilej bezkarności fałszywych depozycji ma przede wszystkim na celu uniknięcie sytuacji, w której osoba zagrożona odpowiedzialnością karną wskutek złożenia prawdziwych zeznań albo skorzystania z prawa do milczenia skierowałaby przeciwko sobie postępowanie karne. Ma on więc istotne znaczenie dla osoby zagrożonej odpowiedzialnością karną wówczas, gdy postępowanie karne w przedmiocie popełnionego przez nią czynu zabronionego nie toczy się albo co prawda postępowanie zostało już wszczęte, lecz nie jest ona jeszcze podejrzewana o jego sprawstwo. W fazie *in personam* postępowanie karne jest już skierowane przeciwko osobie korzystającej z przywileju bezkarności, a czynności organów skupiają się na uzupełnieniu materiału dowodowego potwierdzającego jej odpowiedzialność karną”³⁸.

Tymczasem rozwiązanie przyjęte przez SN powoduje, iż sprawca ma możliwość podejmowania czynności obronnych w postaci złożenia fałszywych depozycji dopiero wówczas, gdy czynność taka z reguły już może nie na wiele się zdać. Uwidacznia to dodatkowo, iż uprawnienie do milczenia stanowi fikcję prawa do obrony.

W postępowaniu cywilnym obowiązuje wszak przepis art. 230 k.p.c., który wyraźnie przesądza o pozytywnym, informacyjnym charakterze pasywności³⁹. Czy zatem brak analogicznego przepisu w k.p.k. oznacza, że czynienie ustaleń faktycznych także oparte na milczeniu osoby przesłuchiwanej jest niedopuszczalne? To jest kwestia fundamentalna, wokół której orbituje cała kontrowersja co do art. 233 k.k. Skoro możemy milczeć, to – by nie było to prawem iluzoryczne, jedynie formalnie wypełniające standardy międzynarodowe – musi istnieć nadbudowa w postaci klarownych reguł procesowych kształtujących postępowanie karne w taki sposób, by praktyka nie kreowała obejścia owych standardów i gwarancji. Problem paradoksalnie pojawia się właśnie na gruncie art. 233 § 1a k.p.k. rozumianego tak, jak czyni to SN w komentowanym

judykacie. By sensownie móc ustanawiać i następnie wyklądać zakazy związane z fałszywymi zeznaniami czy szerzej – depozycjami, należy uwzględnić ich kontekst proceduralny. Proste transpozycje zagranicznych rozwiązań lub powierzchowne argumenty z prawa obcego lub międzynarodowego nie powinny stawać się podstawą do konstruowania ostatecznych konkluzji o własnym prawie. Zbyt wiele tutaj subtelności, których niedostrzeżenie lub przemilczenie jest brzemiennie w skutkach⁴⁰.

4. Charakter milczenia przesłuchiwanego a jego znaczenie dla organów procesowych

W jaki więc sposób milczenie sprawcy może funkcjonować przy ocenie jego odpowiedzialności karnej, w zależności od konkretnego otoczenia normatywnego? Można wyróżnić trzy jego podstawowe rodzaje.

Pierwszym jest milczenie inferencyjnie neutralne. W takim systemie osoba przesłuchiwana może po prostu milczeć, nie przekazując żadnych informacji organom ścigania czy też sądowi. W tym sensie jej postawa jest neutralna, gdyż materiał dowodowy w sprawie, w której może być oskarżona, musi być gromadzony bez jej aktywnego udziału. O jej odpowiedzialności karnej przesądzą dowody zebrane w sprawie i poprawnie ocenione przez sąd⁴¹. Innymi słowy – postawa osoby przesłuchiwanej będzie „niewidoczna” dowodowo dla sądu.

W przypadku milczenia inferencyjnie informacyjnego osoba także milczy, lecz procedura karna przewiduje wprost możliwość uznania jej milczenia za dowód pośredni, który dodaje się do puli materiału zewnętrznego. Na czym polega możliwość wyciągnięcia negatywnych konsekwencji z czyjegoś milczenia? Otóż jedną ze spraw, która stała się podstawą do sformułowania tej tezy i utrwalenia pewnej mniej lub

38 A. Jezusek, *Możliwość...*, s. 138.

39 „Gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, sąd, mając na uwadze wyniki całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane”.

40 Chodzi tu zwłaszcza o kontekst normatywny danej sprawy.

Warto chociażby zwrócić uwagę na realia ustawodawstwa Irlandii Północnej związane z przeciwdziałaniem terroryzmowi ocenione w sprawie Murray omawianej niżej. O wielu trudnościach w prowadzeniu badań porównawczych w obszarze nauk penalnych zob. W. Zontek, *Modele wyłączenia odpowiedzialności karnej*, Kraków 2018, s. 21–33 i cytowana tam literatura przedmiotu.

41 W przypadku polskiej procedury – zgodnie z art. 7 k.p.k.

bardziej ugruntowanej linii orzeczniczej ETPCz, była sprawa *John Murray v. Wielka Brytania*⁴². Dotyczyła ona z kolei bardzo konkretnego otoczenia normatywnego ustawodawstwa Irlandii Północnej z czasów walki z terroryzmem IRA. Przepisy *Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988*⁴³ przewidywały wprost reguły procesowe dla przypadków, gdy podejrzany odmawia złożenia wyjaśnień przed sądem (nie stawia się czy też nie chce złożyć przysięgi) lub odmawia odpowiedzi na określone pytanie bez dobrego powodu, a także gdy podejrzany został zatrzymany na miejscu przestępstwa i odmawia wyjaśnienia swojej tam obecności⁴⁴. Artykuł 2 ust. 4 tego aktu prawnego wyraźnie zabraniał skazania wyłącznie na podstawie milczenia lub odmowy stawienia się przed sądem. Jednakowoż dalsze przepisy zezwalały na wyciąganie negatywnych konsekwencji z jego milczenia. Chodziło zasadniczo o przecięcie wątpliwości *common law* w tym przedmiocie i zadekretowanie możliwości niejako uzupełnienia rozumowania sądu o elementy związane z pasywnością przesłuchiwanego. Orzecznictwo w tamtym okresie przesądziło w kontekście wykładni analogicznych przepisów, że wnioski, jakie można wyciągnąć z odmowy złożenia zeznań przez oskarżonego, zależą od okoliczności konkretnej sprawy

42 Skarżący został zatrzymany przez policję w domu, a którym IRA przetrzymywała policyjnego informatora. Zarzucono mu pomocnictwo w bezprawnym pozbawieniu wolności (ponadto uznano, że zniszczył taśmy z nagraniem wymuszonego przyznania się informatora). Zatrzymany nie odpowiedział na pytanie, co robił w tym budynku. Pozostałe dowody w postaci zeznań przetrzymywanego oraz innego współoskarżonego wedle sądów orzekających w sprawie stanowiły niezwykle silne dowody sprawstwa skarżącego. W uzasadnieniu sądu I instancji czytamy, że ten w sposób jasny podkreślił, że bacząc na materiał dowodowy, wyciągnął istotnie negatywne wnioski z braku reakcji skarżącego na pytanie o powód jego przebywania w domu oraz odmowę przedstawienia jakiegokolwiek wersji na swoją obronę.

43 <https://www.legislation.gov.uk/nisi/1988/1987>.

44 Wspomniana regulacja była bardzo szczegółowa, dedykowana walce z terroryzmem. Chodziło w niej o ułatwienie organom ścigania ustalanie kręgu podejrzanych wśród osób zatrzymanych na miejscu zdarzenia. Ustawa przewidywała wprost obowiązek udzielenie prawdziwej odpowiedzi na pytanie o powód przebywania w danym miejscu.

i jest to kwestia, którą należy rozstrzygnąć, stosując zwykły zdrowy rozsądek⁴⁵.

ETPCz we wspomnianej sprawie uznał, że nie doszło do naruszenia prawa do obrony, gdyż biorąc pod uwagę wagę dowodów przeciwko skarżącemu, wyciąganie wniosków z jego odmowy wyjaśnienia obecności w domu, podczas zatrzymania, podczas przesłuchania przez policję i na rozprawie, było kwestią zdrowego rozsądku i nie może być uznane za niesprawiedliwe lub nierozsądne w danych okolicznościach. Trybunał podkreślił, że organy wymiaru sprawiedliwości mogą uwzględniać wszystkie istotne okoliczności, w tym sposób, w jaki oskarżony zachowywał się lub prowadził swoją obronę, oceniając dowody w sprawie, i tym samym można uznać, że wyciąganie racjonalnych wniosków z zachowania skarżącego skutkowało przeniesieniem ciężaru dowodu z oskarżenia na obronę, co naruszyło zasadę domniemania niewinności. Przenosząc te uwagi na polskie realia procesowe – wydaje się, że Trybunał nie dostrzegł żadnych przeszkód, by stosując reguły analogiczne do tych wyrażonych w art. 7 k.p.k., wprost do uzasadnienia przypisania sprawstwa dodać okoliczność, iż oskarżony nie przedstawił żadnej linii obrony, co w powiązaniu z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie stanowi o jego winie.

Innym możliwym do wyobrażenia modelem jest ten, który zakłada prawo do milczenia, które jest tak obudowane normami procesowymi, iż w określonym przypadku istnieją pozytywne zakazy skierowane do organów wymiaru sprawiedliwości (milczenie ze sformalizowanym zakazem inferencyjnym). Przykładem pewnej iteracji tego modelu jest chociażby ten oparty na amerykańskiej 5 Poprawce do Konstytucji i jej wykładni wyrażonej w słynnej sprawie *Miranda v. Arizona*⁴⁶. Powołanie się na przywilej z niej wynikający powoduje, że milczenie staje się sformalizowane i kwalifikowane i nie może być brane pod uwagę nawet w procesie swobodnej oceny dowodów. Z tego też względu oskarżony nigdy w procesie nie jest zmuszony do składania depozycji, by nie musiał przed ławą powołać się na ów przywilej, co mogłoby zostać odebrane, jako przyznanie, że „coś jest na rzeczy”.

45 *Haw Tua Tau v. Public Prosecutor* [1981] 2 M.L.J. 49.

46 384 U.S. 436 (1966).

Tytułem przykładu w sprawie *Griffin v. California*⁴⁷ amerykański Sąd Najwyższy przesądził, że komentarz prokuratora czy sądu skierowany do ławy przysięgłych na temat braku zeznań (milczenia) oskarżonego w kwestiach, co do których można zasadnie oczekiwać, że zaprzeczy – narusza regułę braku powinności samooskarżania się wynikającą z 5 Poprawki⁴⁸. Z kolei w sprawie *Salinas v. Texas*⁴⁹ Sąd Najwyższy uznał, że brak obowiązku samooskarżania się stanowi wyjątek od zasady, że organy ścigania mają prawo do wszelkich informacji stanowiących potencjalnie dowód w sprawie karnej. Zatem dla możliwości skorzystania z tej regulacji albo przesłuchiwany wyraźnie musi się powołać na 5 Poprawkę lub gdy został pouczone o prawie do milczenia (tzw. *Miranda warning*), musi bezwzględnie milczeć. Wówczas milczenie takie nie może być wykorzystane w procesie karnym na jego niekorzyść ani jako dowód bezpośredni, ani podstawę do wysnuwania negatywnych wniosków co do sprawstwa. Konieczność sformalizowania powołania się lub pouczenia Sąd Najwyższy uzasadnił interesem wymiaru sprawiedliwości, a mianowicie tym, by organy ścigania były pewne, że owo milczenie jest wynikiem powołania się na konstytucyjne prawa. Samo milczenie bez formalnego uzasadnienia może być zatem niejednoznaczne, a przypomnieć wypada, że 5 Poprawka jest ujęta relatywnie wąsko – jako zakaz bycia zmuszonym do zeznawania na swoją niekorzyść. Nie gwarantuje

47 380 U.S. 609 (1965).

48 W tej sprawie, w postępowaniu skazany nie wyjaśniał w procesie głównym, lecz w postępowaniu związanym z wymiarem kary. Wtedy sąd pouczył ławę przysięgłych, że odmowa udzielenia odpowiedzi na określone pytania czy też brak ustosunkowania się przez niego co do pewnych kwestii mogą być wzięte pod uwagę w ocenie prawdziwości wyjaśnień.

49 570 U.S. 178, 133 S. Ct. 2174 (2013) Późniejszy skazany jako świadek dobrowolnie odpowiadał na pytania funkcjonariuszy dotyczące zabójstwa z użyciem broni. Nagle zamilkł, gdy zadano mu pytanie, czy testy balistyczne mogłyby powiązać jego strzelbę z łuskami znalezionymi na miejscu zbrodni. Argumentowano ponadto, że po tym pytaniu stał się nerwowy i język jego ciała wskazywał na to, że w istocie coś ukrywa. Na rozprawie przed sądem stanowym w Teksasie prokuratura wykorzystała jego brak odpowiedzi jako dowód winy, niezależnie od sprzeciwu pozwanego. Oskarżony został uznany winnym, a stanowe sądy apelacyjne utrzymały wyrok.

absolutnego prawa do domowej wszelkiej współpracy z organami ścigania.

5. Alternatywy dostępne dla przesłuchiwanego

Zatem jak teoretycznie może się zachować sprawca przesłuchiwany przez organy ścigania (niezależnie czy podejrzewają go, czy też traktują jako świadka)? Ma w zasadzie 4 możliwości – powiedzieć prawdę, skłamać (co obejmuje także tzw. *exculpatory „no”*⁵⁰), milczeć lub powołać się na stosowne uprawnienie do milczenia i dopiero wtedy zamilknąć. Wszystko zależy od przyjętego modelu i otoczenia normatywnego. Ważne jest, by określone rozwiązanie było z perspektywy systemowej wewnętrznie spójne. I tutaj naszym zdaniem znajduje się *clou* problemu. Nowy art. 233 § 1a k.k. zaburza uprzednio wyklarowaną spójność wewnętrzną systemu odpowiedzialności karnej zarówno na etapie materialnoprawnym, jak i procesowym. Zapominamy często, jak ważna jest stabilność praktyki stosowania prawa i pewnej związanej z tym kultury prawnej. Naturalnie, ktoś mógłby rzec, iż w obliczu jasnych przepisów nie ma to znaczenia (praktyka nas nie interesuje, jak to przyznał SN w komentowanym judykacie). Jednak nie można abstrahować od sposobu (często wieloletniego) rozumienia danej normy w jej aplikacji do różnorodnych stanów faktycznych. Wprowadzenie kolejnej mutacji danej instytucji procesowej czy materialnoprawnej nie pozostaje bez wpływu na praktykę wymiaru sprawiedliwości⁵¹.

50 Proste zaprzeczenie bez podawania własnej wersji ani przekazywania jakichkolwiek innych informacji. J.L. Hoffmann, and W. J Stuntz, *Defining Crimes*, 3rd edition, Wolters Kluwer (2017), s. 838–843

51 Kolejnym elementem uzasadnienia budzącym nasze wątpliwości co do poprawnego odczytania wagi problemu jest ten wskazujący, iż „Dostrzegając ewentualne, hipotetyczne niebezpieczeństwo nadużywania przez organy ścigania możliwości przesłuchiwania określonych osób w charakterze świadków, zamiast w charakterze podejrzanych, aby uzyskać jakąkolwiek wskazówkę co do pożądanego kierunku prowadzonego postępowania, Sąd Najwyższy – z oczywistych względów – przy rozstrzygnięciu przedstawionego zagadnienia ograniczył się do strony prawnej zagadnienia, a nie do analizy możliwej praktyki w stosowaniu przyjętego przez ustawodawcę rozwiązania”. Na owo niebezpieczeństwo

Nie ma potrzeby wszak rekapitulowania dotychczasowej wykładni przepisu art. 233 k.k. w powiązaniu z korespondującymi normami procesowymi. Jedno natomiast było i jest pewne od (przynajmniej) uchwały z 1991 r. – nie jest penalizowane mówienie nieprawdy przez podejrzanego/oskarżonego. Z jednej strony ustawodawca w k.p.k. zapewnił mu prawo do odmowy składania wyjaśnień. Jednak nie spenił zaważając jednocześnie złożenia wyjaśnień fałszywych. W tym kontekście nasuwa się pytanie o praktyczny wymiar regulacji procesowej. Zwróćmy uwagę, że nie ma przeszkód procesowych (brak jakiegokolwiek uregulowania w tym zakresie), by z fałszywych wyjaśnień wyciągnąć (na płaszczyźnie inferencyjnej) „negatywne konsekwencje” wobec sprawcy w zakresie oceny dowodów. Przede wszystkim ten element jego aktywnej „współpracy” stanowi równoprawną część materiału dowodowego w rozumieniu art. 410 k.p.k. i podlega swobodnej ocenie dowodów w trybie art. 7 k.p.k. Kłamstwo może, co oczywiste, pomóc oskarżonemu⁵² lub przeciwnie – zaszkodzić⁵³. To jego wybór, przy czym ma on jedynie aspekt procesowego ryzyka, gdyż to materialnoprawne odpada⁵⁴. A co, gdy będzie milczał? Nasz k.p.k. nie przewiduje, tak jak prawo amerykańskie, wymogu formalnego powołania na art. 175 k.p.k. Milczenie oskarżonego/podejrzanego nie ma chociażby negatywnych konsekwencji procesowych w obszarze kar porządkowych⁵⁵.

wskazał SSN M. Laskowski w swoim zdaniu odrębnym, ale przede wszystkim właśnie owa praktyka organów ścigania w zakresie zmian statusy procesowego przesłuchiwanego była kanwą wydania zarówno uchwały z dnia 20 czerwca 1991 r. I KZP 12/91 (OSNKW 1992/10-11) czy też z dnia 26 kwietnia 2007 r. I KZP 4/07 (OSNKW 2007/6, poz. 45).

52 Gdy przedstawia on bardzo wiarygodną wersję lub alibi, co następnie ocenione przez przyzmat art. 7 k.p.k. albo przy zastosowaniu art. 5 § 2 k.p.k. spowoduje uniewinnienie lub umorzenie postępowania przygotowawczego.

53 Gdy ten kłamie nieumiejętnie i przedstawiana przez niego wersja w oczywisty sposób dyskredytuje całkowicie jego linię obrony. Ma to miejsce zwłaszcza w zestawieniu z solidnym materiałem zewnętrznym.

54 Odmienne poglądy w tej materii zaprezentowano jednak w: Ł. Pohl, *Propozycja nowelizacji art. 175 § 1 Kodeksu postępowania karnego*, „Prawo w Działaniu” 2020, z. 41, s. 238–242.

55 Przepisy art. 285 i n. k.p.k. milczą w tym zakresie.

Czy z jego milczenia można jednak wysnuć negatywne wnioski? Uważna lektura k.p.k. prowadzi do wniosku, że reprezentuje on hybrydę modeli milczenia informacyjnie neutralnego i informacyjnie inferencyjnego. W zależności od stanu faktycznego, milczenie (lub wyraźna odmowa odpowiedzi na pytania) albo nie ma dla sądu znaczenia, albo w swobodnej ocenie dowodów współkształtuje przekonanie sądu, o poprawności oceny pozostałych dowodów w kierunku ustalenia sprawstwa. Nie prowadziliśmy w tym obszarze badań aktowych, lecz nasze doświadczenie wskazuje, że – w przeciwieństwie do modelu milczenia informacyjnie inferencyjnego – sąd nie wskazuje wprost na okoliczność wyciągania z pasywności oskarżonego negatywnych wniosków. Raczej poprzestanie na stwierdzeniu, że materiał dowodowy przekonuje o winie i nie zaprezentowano żadnych dowodów mogących zmienić ten ogład (w domyśle – obrona niczego nie zaoferowała, więc widocznie niczym nie dysponowała). Takie rozumowanie paradoksalnie zachęcać powinno oskarżonego do... mądrze przygotowanego kłamstwa. Skoro jest on w tym obszarze bezkarny, to z punktu widzenia jego interesów procesowych lepiej dopracować fałszywą wersję, by „wybić” sądowi ten niewysłowiony argument⁵⁶. Kłamstwo słabo przemyślane lub naiwna linia obrony w zestawieniu z poprawnie zebrany materiał zewnętrzny doprowadzić może jedynie do wniosków analogicznych jak przy milczeniu – taka pozbawiona sensu wersja świadczy jedynie o tym, że oskarżony w istocie ma wiele do ukrycia. Praktyka uczy, że dyskredytowanie nieprawdziwej wersji następuje już w pełni werbalnie w uzasadnieniu wyroku.

Która postawa jest zatem „w interesie wymiaru sprawiedliwości”⁵⁷? Interesującej odpowiedzi udzielił, komentując postulat wprowadzenia penalizacji fałszywych zeznań, Marcin Janusz Szewczyk w swoim artykule dotyczącym tego zagadnienia. Wskazał, że byłyby to kontrproduktywne, gdyż

56 Nieco podobny do wynikającego z regulacji irlandzkich omawianych w sprawie Murray – skoro nie ma nic do zaofiarowania, by się wytłumaczyć przy tak przynajmniej materialnie dowodowym, to widocznie „coś jest na rzeczy”.

57 Naturalnie pomijamy tę oczywistą, czyli przyznanie się i opowiedzenie całej prawdy, jako mało jednak atrakcyjną z punktu widzenia sprawcy.

„złożenie wyjaśnień przez oskarżonego, choćby były one fałszywe, w większości przypadków ułatwia rozstrzygnięcie sprawy, w szczególności, jeżeli dowody zaprezentowane przez oskarżyciela mają charakter poszlakowy”⁵⁸.

W literaturze często prezentowany jest jeszcze jeden argument, który ma przemawiać za zasadnością karania sprawcy za złożenie fałszywych zeznań. Podkreśla się mianowicie, iż w ramach prawa do obrony sprawca nie może dysponować uprawnieniem do kłamstwa.

przesłuchania kłamie⁵⁹. Nie negując tezy, że taki punkt widzenia może się wydawać atrakcyjny, tym niemniej jego przyjęcie nie eliminuje podstawowego problemu. Szkopuł tkwi przecież w tym, dlaczego *de lege lata* premiowany jest wyjaśniający nieprawdę podejrzany lub oskarżony, z jakiego zaś powodu przywileju bezkarności pozbawiony jest sprawca przesłuchiwany w charakterze świadka. Jak już wykazano, takie różnicowanie jest niespójne i niedopuszczalne z punktu widzenia konstytucyjnej zasady równości wobec prawa i proporcjonalności. Taki stan rzeczy trudno zaakceptować



Nowy przepis wywraca całkowicie sposób rozumienia pozycji sprawcy w procesie, wprost uzależniając jego prawo od decyzji organów ścigania.

Zeznanie nieprawdy jest zachowaniem negatywnie ocenianym z punktu widzenia etycznego. Z tego powodu system prawny nie powinien popierać niemoralnych czynów i nie może promować sprawcy, który w trakcie

i możliwość jego wystąpienia trzeba odrzucić – nawet za cenę uwolnienia od kary osób, które uciekając się do kłamstwa, podejmują zachowania mogące budzić wątpliwości z punktu widzenia etycznego.

58 M. Szewczyk, *Zeznanie...*, s. 127–155 „Na zakończenie warto jeszcze kilka słów poświęcić postulatом dotyczącym wprowadzenia kryminalizacji fałszywych wyjaśnień. Zauważyć trzeba, że tego rodzaju modyfikacja mogłaby wydawać się naturalną konsekwencją wprowadzenia regulacji z art. 233 § 1a k.k. Co więcej, jak można sądzić, wprowadzenie do systemu prawnego odpowiedzialności karnej za podanie nieprawdy przez oskarżonego pozostawałoby w zgodzie z zasadami konstytucyjnymi oraz konwencyjnymi. Problem polega jednak na tym, że taka zmiana normatywna nie pomogłaby w funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości. Trzeba bowiem zdawać sobie sprawę, iż wbrew pozorom, złożenie wyjaśnień przez oskarżonego, choćby były one fałszywe, w większości przypadków ułatwia rozstrzygnięcie sprawy, w szczególności, jeżeli dowody zaprezentowane przez oskarżyciela mają charakter poszlakowy. Nie sposób odmówić racji stwierdzeniu, iż organy procesowe nie powinny nadmiernie koncentrować swojej uwagi na oskarżonym jako źródle dowodowym. Niemniej jednak przymuszanie podsądnych do milczenia mogłoby doprowadzić do odwrotnych efektów niż oczekiwane”, Tamże, s. 154.

W swoim założeniu art. 233 § 1a k.k. wywraca całkowicie sposób rozumienia pozycji sprawcy w procesie, wprost uzależniając jego prawo od decyzji organów ścigania. W praktyce powoduje on (przy przyjęciu tezy, że przepis ten nie jest pusty jako sprzeczny z Konstytucją⁶⁰), że przesłuchiwany powinien milczeć, by natychmiast po postawieniu zarzutów móc bezkarnie kłamać. Pytanie teraz: jak wcześniejsze milczenie może być interpretowane w kontekście późniejszych depozycji? Oczywiście prawdą jest, że jeżeli status sprawcy z biegiem czasu zmienił się ze świadka w podejrzanego, to wcześniejsze zeznanie podmiotu sprawczego nie mogą być wykorzystane w procesie. Odczytywanie tych depozycji na rozprawie zostało uznane *de lege lata* za niedopuszczalne. Pomimo tego praktyka pokazuje, iż protokół z takich zeznań jest wpinany do akt postępowania karnego i przekazywany sądowi

59 Zob. np. A. Bojańczyk, *Uprawnienie...*, s. 142–143.

60 O tym szerzej – M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek *Komentarz...* i cytowana tam literatura.

wraz z aktem oskarżenia. Taki stan rzeczy nasuwać musi zastanawiać – czy jeżeli zaakceptuje się pogląd zaprezentowany przez SN, to u organów procesowych pojawi się tendencja do przyjmowania wewnętrznego przekonania, że skoro jako świadek obecny podejrzanym milczał, oznacza, że to co wyjaśnia teraz stanowi co do zasady fałsz? Przecież gdyby była to prawda, to dlaczego nie powiedział tego na wcześniejszym etapie? Aktualnie bowiem, w razie przyjęcia kwestionowanego poglądu, wszelkie zeznania osoby posiadającej status świadka powinny cieszyć się domniemaniem prawdziwości. W chwili ich składania nie może być przecież przeciwwskazań, by je potencjalnie odczytać w trakcie procesu.

Jeżeli przed wejściem w życie art. 233 § 1a k.k. można było przyjąć, że do wyjaśnień należy podchodzić z daleko posuniętym sceptycyzmem i ostrożnością, podobnie jak do zeznań takiej osoby wcześniej złożonych w charakterze świadka, to obecnie wszystko, co nie jest milczeniem, należy traktować z pełną powagą, gdyż „wyłapanie” kłamstwa w fazie zeznań prowadzić musi do odpowiedzialności karnej. Powoduje to, że jeżeli sprawca przestępstwa powołał się w trakcie składania zeznań na prawo do odmowy odpowiedzi na newralgiczne pytanie, to siłą rzeczy jego późniejsza odpowiedź na tę samą kwestię, złożona w trakcie przesłuchania w charakterze podejrzanego lub oskarżonego, będzie musiała, z pragmatycznego punktu widzenia, zostać potraktowana z daleko idącą rezerwą. Po stronie organów ścigania lub sądów może pojawić się tendencja do tego, by depozycjom podmiotu sprawczego nie dawać wiary, walor wiarogodności zaś przydawać wersji prezentowanej przez inne osobowe lub nieosobowe źródła dowodowe⁶¹. W tym właśnie sensie pierwotne milczenie sprawcy na etapie bycia świadkiem z uwagi na art. 233 § 1a k.k. stanowić może niezwykle doniosłe narzędzie argumentacyjno-inferencyjne dla oceny prawdziwości następczych wyjaśnień. Sąd nie będzie wszak odczytywał żadnych

protokołów zeznań świadka (wszak ich nie było), ale z powołania się na art. 183 k.p.k. będzie mógł wysnuć stosowne wnioski. Brak jest bowiem *de lege lata* przepisu nakazującego pouczyć osobę przesłuchiwaną nie tylko o jej prawie do milczenia, ale o tym, że z milczenia na etapie bycia świadkiem w przypadku następczej zmiany statusu na podejrzanego i złożenia w późniejszym etapie wyjaśnień – owo milczenie może zostać odczytane na jej niekorzyść.

6. Milczenie jednak powinno być złotem?

Przedstawione przez nas rozważania dowiodły, że gdyby wyklądać art. 233 § 1a k.k. tak, jak tego chce SN, doszłoby do naruszenia konstytucyjnej zasady równości wobec prawa i proporcjonalności. Optyka zaprezentowana w postanowieniu I KZP 10/19 odpowiada również intencji ustawodawcy, która mu towarzyszyła przy okazji uchwalania wspomnianego przepisu. Mimo że trudno nie dostrzec pewnych słusznych racji, które legły u wprowadzenia art. 233 § 1a k.k., tym niemniej rezultat, jaki chciał osiągnąć prawodawca, jest systemowo i sprawiedliwosciowo niespójny w zakresie potencjalnych konsekwencji, jakie mogą zostać wyciągnięte wobec osób składających fałszywe depozycje w różnorodnych układach procesowych. Wydaje się, że zmiana przedmiotowego przepisu w sposób niezamierzony przez ustawodawcę wprowadziła poniekąd systemowo opłacalność milczenia niezależnie od statusu procesowego. W tym kontekście nie sposób nie dostrzec pewnego paradoksu. Polega on na tym, że gdyby ustawodawca przyjął o wiele dalej idące rozwiązanie, wówczas zarzutu braku koherencji i naruszenia zasad proporcjonalności i równości wobec prawa mogłoby uniknąć. Jeżeliby bowiem ustawodawca zakazał składania fałszywych depozycji zarówno w sytuacji, gdy są składane w charakterze świadka, jak i wówczas, kiedy składa się je w roli podejrzanego/oskarżonego, wówczas prezentowane w niniejszym tekście argumenty krytyczne uległyby dezaktualizacji. Takie dalej idące rozwiązanie miałyby bowiem oparcie w przepisach Konstytucji i umów międzynarodowych. Jego wdrożenie mogłoby też spowodować, że dowód z wyjaśnień podejrzanego lub oskarżonego zyskałby większą wagę. Jeśli przecież podejrzanym, mimo grożących mu konsekwencji za fałszywe depozycje, zdecydował się jednak wyjaśniać, to tym może być łatwiej o przekonanie, że

61 Niczego w tej kwestii nie zmienia, że sąd nie będzie mógł się powołać na wcześniej złożone zeznania. Będą one przecież dla sędziego widoczne. Co prawda sąd nie będzie mógł powołać się na nie w motywach swego rozstrzygnięcia, ale ich dostępność może wpływać na ukształtowanie poglądu na sprawę u organu procesowego.

mówi prawdę. W takim układzie milczenie rzeczywiście byłoby złotem, mowa zaś tylko w nielicznych wypadkach mogłaby się okazać srebrem, znacznie częściej zaś jej użycie mogłoby prowadzić do osadzenia poświadczającego nieprawdę za metalowymi kratami.

Bibliografia:

- Berger M., *Europeazing self-incrimination: The right to remain silent in the European Court of Human Right*, „Columbia Journal of European Law” 2016, vol. 12, s. 340–380.
- Bielski M., *Wylączenie przestępności składania fałszywych zeznań w związku z przysługującym sprawcy czynu zabronionego prawem do obrony*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 3, s. 73–92.
- Bojańczyk A., *Uprawnienie do składania fałszywych wyjaśnień – jak długo jeszcze?*, „Palestra” 2014, nr 9, s. 137–143.
- Choi Bryan H., *For Whom the Data Tolls: A Reunified Theory of Fourth and Fifth Amendment Jurisprudence*, „Cardozo Law Review” 2015, nr. 37, 185, 195–96 (2015).
- Czabański J., Warchoł M., *Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 12, s. 35–50.
- Filar M., *Glosa do uchwały SN z dnia 20 września 2007 r.*, I KZP 26/07, LEX nr 298949.
- Gruszecka D., *Zasięg prawa do obrony w kontekście odpowiedzialności za fałszywe zeznania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2, s. 139–162.
- Gutowski M., Kardas P., *Domniemanie konstytucyjności a kompetencje sądów*, „Palestra” 2016, nr 5, s. 44–62.
- Gutowski M., Kardas P., *Konstytucja z 1997 r. a model kontroli konstytucyjności prawa*, „Palestra” 2017, nr 4, s. 11–29.
- Gutowski M., Kardas P., *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania konstytucji*, Palestra 2016, nr 4, s. 5–30.
- Gutowski M., Kardas P., *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017.
- Hermeliński W., Nita-Światłowska B., *Kilka uwag o prawie do obrony w związku z nowelizacją kodeksu postępowania karnego z 2016 r.*, „Palestra” 2016, nr 9, s. 12–19.
- Hoffmann J. L., Stuntz W.J., *Defining Crimes*, 3rd edition, Wolters Kluwer 2017.
- Jaskuła A., *Zasada „se ipsum accusare” a odpowiedzialność za składanie fałszywych zeznań*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2012, nr 2(5), s. 5–18.
- Jezusek A., *Możliwość dezinformowania przez świadka organów postępowania w świetle prawa do obrony, zasady równości wobec prawa i zasady praworządności a realizacja znamion występku z art. 233 § 1a k.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, nr 4, s. 115–165.
- Jodłowski J., *Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym*, Warszawa 2015.
- Kardas P., *O sposobie rozwiązywania kolizji norm postępowania karnego z Konstytucją RP, prawem Unii Europejskiej oraz umowami międzynarodowymi (w:) Norma postępowania karnego. Sędzia wobec zmian prawa karnego procesowego*, J. Skorupka, K.J. Leżak (red.), Kraków 2018.
- Kardas P., *Rozproszona kontrola konstytucyjności prawa w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych jako wyraz sędziowskiego konstytucyjnego posłuszeństwa*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019, nr 4, s. 7–52.
- Kerr Orin S., *Are We Overprotecting Code? Thoughts on First-Generation Internet Law*, „Washington and Lee Law Review” 2000, nr 57, 1287, 1288–89 (2000).
- Kerr Orin S., *Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination*, „Texas Law Review” 2019, nr 97, 767, 768, 771.
- Kmiecik R., *Glosa do uchwały SN z dnia 20 września 2007 r.*, I KZP 26/07, LEX nr 298949.
- Lach A., *Glosa do uchwały SN z dnia 20 września 2007 r.*, I KZP 26/07, LEX nr 298949.
- Matczak M., *Imperium tekstu. Prawo jako postulowanie i urzeczywistnienie świata możliwego*, Warszawa 2019.
- Młynarczyk Z., *Fałszywe zeznania w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971;
- Nowak P., *Definicja podejrzanego i oskarżonego a konstytucyjne prawo do obrony*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, nr 4, s. 63–85.
- Pałka S., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2004 r.*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 16, s. 891.
- Pohl Ł., *Propozycja nowelizacji art. 175 § 1 Kodeksu postępowania karnego*, „Prawo w Działaniu” 2020, z. 41, s. 238–242.
- Pohl Ł., *W sprawie wyjaśnień oskarżonego w polskim postępowaniu karnym – odpowiedź (w:) Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarcza*, Ł. Pohl (red.), Poznań 2009.
- Sakowicz A., *Prawo do milczenia w polskim procesie karnym*, Białystok 2019.
- Szewczyk M., *Zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą sprawcy lub jego najbliższemu (art. 233 § 1a k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 9, s. 127–155.
- Szewczyk M., Zontek W., Wojtaszczyk A., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.

- Rusinek M., O „prawie do kłamstwa” (artykuł polemiczny), „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 4, s. 83–93.
- Tarapata S., *Czy sędzia karny jest strażnikiem Konstytucji? O tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności w toku dekodowania normy postępowania karnego* (w:) *Norma postępowania karnego. Sędzia wobec zmian prawa karnego procesowego*, J. Skorupka, K.J. Leżak (red.), Kraków 2018.
- Tarapata S., Zakrzewski P., *Czy to koniec sporu dotyczącego kwestii ponoszenia odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań przez sprawcę uprzednio popełnionego przestępstwa? Rzecz o wykładni znamion typu czynu zabronionego z art. 233 § 1a k.k.* (w:) *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, J. Giezek, J. Brzezińska (red.), Warszawa 2017.
- Wareham J., *Cracking the Code: The Enigma of the Self-Incrimination Clause and Compulsory Decryption of Encrypted Media*, „Georgetown Law Technology Review” 2017, nr. 247, s. 247–268.
- Wąsek A., *Glosa do uchwały SN z dnia 20.06.1991 r.*, I KZP 12/91, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1992, nr 3–4.
- Wiliński P., Karlik P., *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–86*, M. Safjan, L. Bosek (red.), Warszawa 2016.
- Wróbel W., *Konstytucyjne prawo do obrony w perspektywie prawa karnego materialnego* (w:) *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej*, V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), Warszawa 2010.
- Wróbel W., Wojtaszczyk A., Zontek W., *Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości* (w:) *System prawa karnego*, t. 8, *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, L. Paprzycki (red.), Warszawa 2013.
- Zgoliński I., *Komentarz do art. 233 Kodeksu karnego* (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, teza nr 3.
- Mozgawa M., *Komentarz do art. 233 Kodeksu karnego* (w:) *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, Warszawa 2019.
- Zontek W., *Modele wyłączania odpowiedzialności karnej*, Kraków 2018.