

GLOSA
do postanowienia Sądu Najwyższego
z dnia 9 lutego 2010 r. (II KK 198/09)¹

TEZA

Nie jest dopuszczalne, bez uzyskania wyraźnej zgody oskarżonego, wykorzystanie w celach dowodowych materiału pochodzącego z tzw. badań przesiewowych wówczas, gdy zachowany został taki materiał, którego oskarżony nie byłby zobowiązany — z uwagi na rodzaj badań objętych treścią art. 74 § 2 k.p.k. — dostarczyć, występując w charakterze podejrzanego, a przy którego pobraniu w trybie art. 192a § 1 k.p.k. nie jest wymagana zgoda osoby objętej badaniem eliminacyjnym.

GLOSA

Teza SN jest trafna. Uwzględnia bowiem konsekwencje zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, która zwalnia oskarżonego (podejrzanego) z obowiązku podejmowania aktywności dowodowej. Tym samym gwarantuje mu możliwość realizowania obrony polegającej zarówno na powstrzymaniu się od składania wyjaśnień (prawo do milczenia), jak i na odmowie dostarczenia materiału do badań eksperckich w zakresie ustalenia faktu przestępstwa lub identyfikacji jego sprawcy, jeżeli uzyskanie tego materiału wymagałoby czynnego współdziałania oskarżonego z organem procesowym. Obowiązki dowodowe oskarżonego przewidziane w art. 74 § 2 k.p.k. w drodze wyjątku od *nemo tenetur* dotyczą — jak wiadomo — w zasadzie biernego poddawania się czynnościom lub badaniom podejmowanym w stosunku do niego. Pozyskanie od oskarżonego rękopisu do badań pismoznawczych jest zatem — w świetle powołanego przepisu — dopuszczalne, o ile on sam wyrazi zgodę na sporządzenie takiego materiału. Niewątpliwie bowiem pisanie pod dyktando organu procesowego wiąże się z aktywnością, do której oskarżony nie może być z mocy zasady *nemo tenetur* zobowiązany.”

Obowiązek dostarczenia próby pisma ręcznego spoczywa natomiast na osobie objętej tzw. „badaniami przesiewowymi” (eliminacyjnymi) przeprowadzanymi w trybie art. 192a § 1 k.p.k., z reguły w fazie *in rem* postępowania przygotowawczego. Podkreślił to SN stwierdzając, że przy pobieraniu materiału na podstawie tego przepisu „nie jest wymagana zgoda osoby objętej badaniem”. Tym samym SN słusznie opowiedział się przeciwko poglądom, w myśl których uprawnieniu organów procesowych do dokonywania czynności pobrania materiału od osoby nie

¹ Postanowienie wraz z uzasadnieniem opublikowane w OSNKW 2010 nr 5, poz. 47.

odpowiada procesowy obowiązek tej osoby w zakresie dostarczenia materiału „przesiewowego”, jako że ustawowy zwrot „można pobrać” wyznacza jedynie kompetencję organu, zaś jej realizacja wymaga jakoby zgody osoby, która ma być poddana badaniu eliminacyjnemu². Niezależnie bowiem od wątpliwości natury etycznej, zwłaszcza konstytucyjnej³, jakie może wzbudzać unormowanie art. 192a § 1 k.p.k., brak sformułowanego *expressis verbis* warunku zgody oznacza, że czynności przewidziane tym przepisem mają charakter obligatoryjny, a nawet kompulsywny (por. art. 192 § 2 k.p.k. *a contrario*).

Gwarancyjność zakazu „zmuszania do samoobwinienia” mogłaby jednak okazać się w niektórych sytuacjach pozorna, gdyby nie stanowił on przeszkody prawnej wykluczającej wykorzystanie, bez zgody oskarżonego materiału, którego dostarczenie nie jest objęte obowiązkiem przewidzianym w art. 74 § 2 k.p.k., a który pozyskano od niego w warunkach przymusu procesowego. Rzeczywista gwarancyjność *nemo tenetur* każe zatem eliminować te materiały, które oskarżony dostarczył zanim, uzyskał ten status, a więc wówczas, gdy jego pozycja procesowa nie zapewniała mu dobrowolności w zakresie dostarczania dowodów⁴. Z przytoczonego powodu „autor rękopisu” analizowanego w badaniach „przesiewowych”, o ile uzyska następnie status podejrzanego w następstwie tych badań, może skutecznie sprzeciwić się zarówno dalszemu wykorzystaniu opinii pismoznawczej, jak i poddawaniu dostarczonej próby pisma kolejnej ekspertyzie.

² Kompulsywność czynności podejmowanych w warunkach art. 192a § 1 k.p.k. kwestionował przed nowelizacją tego przepisu m.in. J. Wójcikiewicz (zob. J. Wójcikiewicz, „*Trałowanie*” w *polskim procesie karnym*, w: *Czynności procesowo-kryminalistyczne w polskim procesie karnym*, pod red. V. Kwiatkowskiej-Darul, Toruń 2004, s. 63.). Autor polemizował m.in. z poglądem R. Kmiecika, który — nie wspominając o przymusie bezpośrednim — wskazywał na prawną możliwość stosowania kary porządkowej zmierzającej do realizacji obowiązku, jaki — zdaniem tego autora — przewiduje art. 192a § 1 k.p.k. W myśl unormowań k.p.k. wolno nałożyć karę porządkową (pieniężną) na osobę, która „bezpodstawnie uchyla się od (...) spełnienia innego ciążącego na niej obowiązku w toku postępowania” (art. 287 § 1 w zw. z art. 285 § 1 k.p.k.). Zob. R. Kmiecik, *Z problematyki dowodu potwierdzającego w Polsce i w Anglii (w związku z art. 192a § 1 i 2 k.p.k.)*, w: *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, red. A. Marek, Toruń 2004, s. 176. J. Wójcikiewicz kwestionował natomiast stosowanie zarówno przymusu bezpośredniego, jak i kary porządkowej. Trzeba jednak odnotować, że J. Wójcikiewicz formułował uwagi na temat unormowania z art. 192a k.p.k. przed dodaniem § 3, przewidującego odpowiednie stosowanie przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 II 2005 r. w sprawie poddawania badaniom lub dokonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanego. W związku ze zmianą stanu prawnego Autor, nie kryjąc wątpliwości co do takiego rozwiązania, skłonny jest twierdzić, że nie tylko kara porządkowa, ale i przymus bezpośredni może być stosowany w toku czynności eliminacyjnych. Zob. J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, *Głosa do postanowienia z 9 II 2010 r., II KK 198/09*, „Państwo i Prawo” 2011 z.1, s. 125.

³ Zob. J. Wójcikiewicz, „*Trałowanie*”..., op.cit., s. 63; Z. Sobolewski, *Osoba podejrzana oraz potencjalnie podejrzana w znowelizowanym (2003) kodeksie postępowania karnego a gwarancje konstytucyjne*, w: *Problemy znowelizowanej procedury karnej*, pod red. Z. Sobolewskiego, G. Artymiak i Cz.P. Kłaka, Kraków 2004, s. 329–331 i 338.

⁴ Tak R. Kmiecik, op.cit., s. 177. Autor podkreślał, że dowodowe wykorzystanie wyników czynności eliminacyjnych jest dopuszczalne, jeżeli „przeprowadzone w tym trybie czynności nie naruszały gwarancji praw oskarżonego”.

W rozważaniach SN powraca zarysowany w doktrynie problem podmiotowego zakresu normy zawartej w art. 192a k.p.k. Dosłowne brzmienie przepisu sprzyja interpretacji, że badaniami eliminacyjnymi objęte mogą być osoby, co do których istnieje przypuszczenie, że popełniły przestępstwo (osoby podejrzane), w celu zawężenia ich kręgu poprzez wykluczenie części z nich jako niemających związku z przestępstwem. Za taką interpretacją opowiedział się SN w uzasadnieniu orzeczenia, wskazując jednak, że przepis ten znajduje zastosowanie także do osób „podejrzewanych” o udział w przestępstwie jednakże — jak należy sądzić — nie w stopniu pozwalającym na ukształtowanie się uzasadnionego przypuszczenia⁵. Cel eliminacyjny zrealizowany zostanie w tym wypadku wówczas, gdy w następstwie pobrania materiału i przeprowadzenia stosownych badań wyłoni się wąski krąg osób podejrzanych. Wydaje się jednak — w rezultacie systemowej wykładni przepisów k.p.k., a wbrew wykładni językowej — że rację mają ci autorzy, którzy twierdzą, że art. 192a k.p.k. normuje czynności wobec osób, które można określić jako „postronne”. Chodzi zatem o osoby, które nie mają jeszcze statusu „osoby podejrzanej” (w rozumieniu art. 74 § 3, 244 § 1, § 1a, § 1b, 247 § 1, 295 § 1 oraz 308 § 1 i § 2 k.p.k.), nie mówiąc o statusie podejrzanego. Przemawia za tym poglądem zarówno umieszczenie art. 192a k.p.k. w rozdziale o świadkach, jak również nakaz odpowiedniego stosowania przepisów rozporządzenia wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 74 § 4 k.p.k. w sprawie poddawania badaniom lub dokonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanej. Gdyby przepis art. 192a k.p.k. odnosił się do osoby podejrzanej, unormowanie, w myśl którego „badania i czynności wykonuje się odpowiednio w warunkach i w sposób określony w przepisach wydanych na podstawie art. 74 § 4 k.p.k.” byłoby zbędne.

Art. 192a k.p.k. rozszerza krąg osób znajdujących się w sferze oddziaływania organów ścigania i stwarza podstawę wyodrębnienia grupy podmiotów, którą można określić jako „osoby podejrzewane” lub według sugestii Z. Sobolewskiego jako „osoby potencjalnie podejrzane”⁶. Jak trafnie wskazywał autor, osobą potencjalnie podejrzaną jest ten, kto znajduje się w grupie, co do której wersja śledcza zakłada, że jest w niej sprawca przestępstwa. Może to być grupa etniczna, towarzyska, turystyczna lub nawet przypadkowa zbiorowość⁷.

O ile jednak czynności wobec osoby podejrzanej podejmowane są w oparciu o uzasadnione przypuszczenie, że popełniła ona przestępstwo⁸, o tyle w przypadku osób potencjalnie podejrzanych poddanych badaniom „przesiewowym”, organy

⁵ Tak m.in. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym*, Kraków 2005, s. 494.

⁶ Wyrażenie „osoba podejrzana” przyjmuje — według interpretacji Z. Sobolewskiego — inny sens na gruncie przepisu art. 192 a k.p.k. niż na gruncie art. 74 § 3 k.p.k. i nie oznacza tego, kogo faktycznie podejrzewa się o udział w przestępstwie, „lecz o członków grupy, w której być może znajduje się ktoś, kto ma związek z przestępstwem” Zob. Z. Sobolewski, *Osoba podejrzana oraz potencjalnie podejrzana w znowelizowanym (2003) kodeksie postępowania karnego a gwarancje konstytucyjne*, w: *Problemy znowelizowanej procedury karnej*, pod red. Z. Sobolewskiego, G. Artymiak i Cz.P. Kłaka, Kraków 2004, s. 337.

⁷ Z. Sobolewski, op.cit., s. 331.

⁸ T. Grzegorzczak, op.cit., s. 250.

ścigania nie dysponują żadnymi danymi pozwalającymi wiązać konkretną osobę z przestępstwem nawet na poziomie przypuszczenia, które może się dopiero ukształtować w następstwie czynności podjętych wobec tej osoby. Co więcej, realizując czynności eliminacyjne wobec grupy np. 10 osób, w której według przyjętej hipotezy znajduje się sprawca przestępstwa, organy ścigania działają w przekonaniu, że 9 „adresatów” tych czynności nie ma w ogóle związku z przestępstwem, co dla tych osób stwarza sytuację wybitnie dyskomfortową⁹.

Ustawodawca nie wskazał, tak jak to uczynił w odniesieniu do przedstawienia zarzutów lub czynności wobec osoby podejrzanej, jaki poziom ustaleń jest wystarczający dla podjęcia czynności w trybie art. 192 a k.p.k. Wydaje się jednak, że fakt znajdowania się sprawcy przestępstwa w grupie osób poddanych badaniom powinien być uprawdopodobniony. Tylko bowiem stosunkowo wysoki poziom ustaleń w tym zakresie legitymizuje ingerencję w prywatność osób postronnych. Nie mogą to być np. supozycyjne zeznania świadka, co do wyglądu sprawcy przestępstwa lub miejsca, w którym może on przebywać. To samo dotyczy czynności podejmowanych w celu „ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów”. O ile np. w sprawie o przestępstwo kradzieży z włamaniem w przypadku ujawnienia śladów linii papilarnych w mieszkaniu dopuszczalne jest pobranie odbitek w celu eliminacyjnym od domowników (duże prawdopodobieństwo, że ujawnione ślady pochodzą właśnie od nich), o tyle trudno byłoby uzasadnić dopuszczalność pobrania odcisków od sąsiadów, nawet jeżeli w świetle dostępnych danych nie można wykluczyć, że także oni bywali w tym mieszkaniu.

Wskazany w art. 192a § 1 k.p.k. cel eliminacyjny wyznacza granice wykorzystania materiału pozyskanego w oparciu o ten przepis. Jeżeli zatem „ograniczenie kręgu osób podejrzanych lub ustalenie wartości dowodowej ujawnionych śladów” może nastąpić w oparciu o cechy grupowe pobranego materiału, to nie jest — jak się wydaje — dopuszczalne przeprowadzanie dalszych badań zmierzających do określenia cech indywidualnych materiału. Np. w sytuacji, gdy analiza cech morfologicznych (grupowych) włosów jest wystarczająca do wyeliminowania osoby z kręgu osób podejrzanych, badania zmierzające do uzyskania profilu DNA są wyłączone z tego powodu, że wykraczają poza normatywnie określony cel eliminacyjny. Ponadto, wykorzystanie materiału „przesiewowego” może nastąpić tylko w sprawie, której nastąpiło pobranie, z czym łączy się obowiązek niezwłocznego usunięcia z akt i zniszczenia materiału zbędnego dla postępowania. Ustawodawca nie sprecyzował, czy wymaganie to dotyczy każdego materiału, który spełnił już cel dla którego został pobrany, czy też wyłącznie materiału pochodzącego od osoby niemającej z przestępstwem nic wspólnego. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że chodzi o materiał „zbędny dla postępowania”. Trudno byłoby więc, z tego punktu widzenia, potraktować jako nieprzydatny w sprawie materiał w postaci odbitek linii papilarnych pobranych w trybie art. 192a § 1 k.p.k., jeżeli opinia daktyloskopijna jednoznacznie identyfikuje je ze śladami ujawnionymi na miejscu przestępstwa, tym samym potwierdzając związek osoby z przestępstwem. Trafnie zatem SN wskazuje, że za zbędny można uznać

⁹ Stąd postulat przedmiotowego ograniczenia czynności eliminacyjnych tylko do spraw o najpoważniejsze przestępstwa. Zob. R. Kmiecik, op.cit., s. 177

jedynie materiał pobrany od osoby, której udział w przestępstwie został wykluczony w rezultacie podjętych badań. Materiał, który nie okazał się „zbędny” w tym rozumieniu pozostaje natomiast w aktach sprawy, może być dowodowo wykorzystany i stanowić podstawę ustaleń faktycznych. Nie trzeba dodawać, że tylko w granicach art. 74 § 2 k.p.k., to znaczy tylko w granicach badań, którym podejrzanym ma obowiązek się poddać.

Na tym tle wylania się jednak problem wykorzystania informacji o popełnieniu przez osobę, od której pobrano materiał „przesiewowy” przestępstwa innego niż to, w związku z którym nastąpiło pobranie. Nie ma wątpliwości, że niedopuszczalne — w świetle przepisu art. 192a k.p.k. — jest inicjowanie przez organy ścigania działań zmierzających do stwierdzenia, że osoba poddana badaniom eliminacyjnym i wykluczona „z kręgu osób podejrzanych” w sprawie, w której nastąpiło pobranie jest sprawcą innego przestępstwa. Wyłączona jest zatem np. możliwość wprowadzenia do zbioru AFIS karty daktyloskopijnej w celu porównania utrwalonych na niej odbitek linii papilarnych osoby poddanej badaniom eliminacyjnym ze zgromadzonymi w zbiorze tzw. śladami NN, tj. śladami ujawnionymi na miejscu przestępstwa i dotychczas niezidentyfikowanymi.

Nie można jednak wykluczyć, że np. w toku okazania fotografii świadek — w sposób spontaniczny i nie inspirowany pytaniami ze strony przeprowadzającego czynność — rozpozna niewykrytego dotąd sprawcę innego przestępstwa. Dowodowe wykorzystanie takich zeznań (wyniku okazania fotografii) jest wyłączone. Stylizacja przepisu art. 192a k.p.k. nie pozostawia bowiem wątpliwości, że wykorzystanie materiału pobranego dla celów eliminacyjnych poza sprawą, w której nastąpiło pobranie jest objęte bezwzględnym zakazem dowodowym. Czy jednak zakaz procesowego (dowodowego) wykorzystania materiału „przesiewowego” w innej sprawie niż ta, w której nastąpiło pobranie przesądza jednocześnie o niedopuszczalności wykorzystania tego materiału w ramach czynności operacyjnych w postaci tzw. „wiedzy faktycznej” również w innej sprawie, lecz jedynie w celu wykrywczym? Pozytywna odpowiedź na to pytanie implikowałaby w praktyce konieczność zignorowania każdej informacji o przestępstwie lub jego sprawcy, jeżeli tylko informację tę uzyskano by w toku czynności eliminacyjnych, a wskazywałaby na inny czyn niż ten, którego sprawa dotyczy. Takie rozwiązanie — w duchu oportunistycznego procesowego — nie znajduje jednak oparcia w obowiązującym k.p.k., który nie oddziałuje na sferę pozaprocesowych czynności wykrywczych¹⁰.

Na marginesie rozważań SN pojawia się także zagadnienie badań poligraficznych przeprowadzanych w celach eliminacyjnych i kwestia ich dowodowego wykorzystania po uzyskaniu przez osobę badaną statusu oskarżonego (podejrzanego). W myśl stanowiska SN, zgodnego z niektórymi poglądami wyrażanym w doktrynie, badania przy użyciu środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu osoby badanej służą jedynie celom eliminacyjnym i nie stanowią dowodu w sprawie. W przeciwnym wypadku doszłoby do naruszenia zakazu przewidzianego w art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. Rzecz w tym, iż wspomniany przepis określa niedopuszczalne metody przesłuchania, wśród których

¹⁰ Odmienne w tej kwestii J. Wójcikiewicz, „Tralowanie” ..., op.cit., s. 64.

znajduje się stosowanie poligrafu. Tymczasem stosowanie tego urządzenia przez biegłego w oparciu o przepis art. 192a § 2 k.p.k. następuje nie w trybie przesłuchania, lecz ekspertyzy stanowiącej odrębną wobec przesłuchania czynność, a co za tym idzie wykorzystanie opinii z ekspertyzy poligraficznej nie narusza zakazu z art. 171 § 5 k.p.k. Przeciwny pogląd nie daje się utrzymać także w świetle racjonalności ustawodawcy. Gdyby bowiem ustawodawca traktował włączenie „przesiewowej” opinii poligraficznej do głównego nurtu dowodzenia jako obejście zakazu dowodowego, nie wprowadziłby unormowania z art. 199a k.p.k., które dopuszcza dokonywanie badań poligraficznych także wobec oskarżonego (zob. art. 199a zd.2 w zw. z art. 199 k.p.k.) w celu *stricte* dowodowym, to znaczy w celu uzyskania opinii potwierdzającej związek emocjonalny badanego ze zdarzeniem lub jego wiedzę na temat zdarzenia. Taka opinia ma walor dowodu poszlakowego, przy czym może być także dowodem obciążającym, jeżeli wynik badania okaże się dla oskarżonego niekorzystny.

dr Dorota KARCZMARSKA