

Kazimierz Łojewski

W obronie instytucji odmowy zeznań : (artykuł polemiczny)

Palestra 10/5(101), 52-66

1966

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

liczność ta daje podstawy do zgłoszenia wniosku o dokonanie oględzin powtórnych bądź kontrolnych. Może się zdarzyć, że wyniki oględzin nie były tematem przesłuchania świadków lub podejrzanego, co uzasadni wniosek o przeprowadzenie ponownego przesłuchania.

Wszystko to pozostaje w ścisłym związku z elementami wersji o przestępstwie, a jej teza np. o popełnieniu czynu przez podejrzanego bądź w sposób lub przy użyciu środków ustalonych w toku oględzin może być sprzeczna z prawdą obiektywną przemawiającą na korzyść zlecającego obronę.

Od stopnia przygotowania obrońcy, jego znajomości problematyki oględzin, zasad prawidłowego konstruowania wersji o przestępstwie zależeć będzie miara, w jakiej zrealizuje on swe zadania wynikające z funkcji obrony.

LITERATURA

wykorzystana przy opracowywaniu niniejszego artykułu:

1 Cypkowski W. P.: OSMOTR MIESTA PROISSZESTWIJA I TRUPA NA MIESTIE JEGO OBNARUŻENIJA, Kijów 1960 r.

2 Gross H.: CRIMINAL INVESTIGATION, Londyn 1962 r.

3 Gutenkunst W.: KRYMINALISTYKA, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1965 r.

4 Horoszowski P.: KRYMINALISTYKA, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1955 r.

5 Horoszowski P.: ŚLEDTCZE OGLEDZINY MIEJSCA, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1959 r.

6 Le'chat R.: LA TECHNIQUE DE L'ENQUETE CRIMINELLE, tom II, Bruksela.

KAZIMIERZ ŁOJEWSKI

W obronie instytucji odmowy zeznań

(artykuł polemiczny)

Wydrukowany w „Państwie i Prawie” (z. 2 z 1964 r.) artykuł J. Dankowskiego¹ dotyczący wykładni art. 94 i 95 k.p.k. należy uznać za bardzo ciekawy i oryginalny przyczynek do tak spornej problematyki w dziedzinie procesu karnego, jaką stanowią istota, charakter prawny i kryteria stosowalności norm i reguł postępowania, występujących w literaturze prawniczej pod umowną nazwą „zakazów dowodowych”. Jednakże z większością poglądów autora nie można się zgodzić. Więcej nawet, należy je uznać za sprzeczne zarówno z treścią omawianych przepisów w rozumieniu interpretacji werbalnej, jak i z ogółem tych wszystkich przesłanek, które składają się na *ratio legis* omawianych norm.

¹ J. Dankowski: Kilka uwag na temat wykładni art. 94 i 95 k.p.k., PiP z. 2/64, s. 269 i n.

I. Na wstępie niniejszych rozważań nie sposób pominąć milczeniem problematyki „zakazów dowodowych” z tej przyczyny, że przepisy art. 94 i 95 k.p.k., a zwłaszcza art. 94 k.p.k., uważane są w doktrynie za nader istotne ogniwa w łańcuchu tych zakazów. Problematyka ta należy niewątpliwie do najbardziej kluczowych zagadnień procesu karnego, związana jest bowiem bezpośrednio z nurtem procesowego poznania w stosunku do badanego w danej sprawie karnej wycinka rzeczywistości. Można śmiało stwierdzić, że w literaturze polskiej nie mamy w tej dziedzinie żadnych opracowań własnych i że koncepcję „zakazów dowodowych” przejęliśmy bez żadnych niemal zastrzeżeń z doktryny niemieckiej łącznie z nazwą, będącą dosłownym przekładem użytego po raz pierwszy przed sześćdziesięciu laty przez Belinga określenia *Beweisverbote*².

Wydaje się, że najwyższy czas poddać całą teorię „zakazów dowodowych” gruntownej krytyce. Nie kusząc się bynajmniej o dokładne wyjaśnienie całości związanej z nią problematyki, należy jednak stwierdzić, że na gruncie polskiej ustawy procesowej nie ma ona żadnej racji bytu, tak jak nie miała jej zresztą — już w okresie swych narodzin — na gruncie ustawy niemieckiej.³ Samo określenie „zakaz dowodowy” jest w języku polskim tworem sztucznym, a nawet rażącym, najgorsze zaś to, że jeśli chodzi o postępowanie dowodowe w sprawach karnych, niczego nie wyjaśnia i do niczego nie zobowiązuje. Nie ulega chyba wątpliwości, zwłaszcza w świetle najnowszych badań nad zagadnieniami dowodowymi, że dowodem w rozumieniu zarówno logicznym, jak i procesowym jest ostateczny efekt pracy myślowej sędziego⁴, dający mu podstawę do stwierdzenia prawdziwości lub nieprawdziwości tezy, której udowodnienie jest celem procesu karnego. Określenie zatem „przeprowadzić dowód istnienia lub nieistnienia danej okoliczności” jest jednoznaczne z określeniem „osiągnąć stan poznania dający podstawę do wydania sądu o istnieniu lub nieistnieniu danej okoliczności”. Proces dowodzenia w sprawie karnej jest w tym ujęciu uregulowanym przez ustawę zespołem czynności, które mają umożliwić podmiotowi dowodzenia (sędziemu) osiągnięcie stanu poznania określonego wycinka rzeczywistości. O zakazie odnoszącym się do „dowodu” lub do „dowodzenia” możemy mówić jedynie wtedy, gdy jest to zakaz poznania.

Zbędne jest chyba wykazywanie, że polska ustawa karnoprosesowa zakazów takich nie zawiera, gdyż żaden przepis opatrzony przez doktrynę etykietą „zakazu dowodowego” nie zakazuje organowi procesowemu poznania faktu niezbędnego do wydania prawidłowego orzeczenia o przedmiocie procesu. Gdyby bowiem zakazy takie istniały, to byłoby niecelowe i niezrozumiałe wszczynanie postępowania karnego we wszystkich bez mała sprawach, jako że niemożność poznania oznacza

² E. Beling: *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Wrocław 1903; A. Wach: *Das Recht der Zeugnisverweigerung*, Gerichtssal 1905; M. Alsborg: *Der Beweis Antrag im Strafprozess*, Berlin 1930, s. 69 i n.; S. Śliwiński: *Polski proces karny przed sądem powszechnym — Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 609; M. Cieślak: *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 1955, s. 264 i n.; M. Cieślak: *Proces karny, Część III, Dowody w procesie karnym (Skrypt)*, Kraków 1953, s. 172; S. Kalinowski: *Postępowanie karne — Zarys części ogólnej*, Warszawa 1963, s. 278.

³ Atakował ją już J. Goldschmidt (w dziele: *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, s. 450), mówiąc nie o zakazach, lecz o „przeszkodach dowodowych”. Jeśli chodzi o Wachę (op. cit., s. 4), to poglądy jego sprowadzały się do tezy, że tylko instytucja odmowy zeznań nie może być uznana za „zakaz dowodowy”. Samej koncepcji zakazów uczony ten nie atakował.

⁴ P. Horoszowski: *Nazwa i pojęcia dowodu w teorii i praktyce prawa sądowego*, PIP z. 10/56; S. Kalinowski, op. cit., s. 275 i n.

niemożność osądzenia. Niemożność osądzenia zaś oznacza w konsekwencji pozbawienie organów wymiaru sprawiedliwości podstaw prawnych do wydawania orzeczeń w sprawach karnych.

Istota norm i reguł postępowania uznanych za „zakazy dowodowe” wyraża się natomiast w tym, że narzucają one organowi procesowemu (sędziemu, prokuratorowi, funkcjonariuszowi śledczemu) określone rygory poznania. Zakaz przesłuchania świadka zawarty w art. 91 k.p.k. nie zabrania poznania okoliczności, która stanowi tajemnicę obrony lub spowiedzi; uniemożliwia on jedynie wykorzystanie określonego źródła dowodowego, jakim w konkretnym wypadku jest obrońca oskarżonego lub duchowny-spowiednik. Niemożność przesłuchania w charakterze świadka osoby wymienionej w art. 94 k.p.k. (wtedy, gdy z prawa odmowy zeznań chce ona skorzystać) nie oznacza zakazu poznania tego, co w treści jej zeznań może być zawarte, natomiast oznacza jedynie niemożność egzekwowania obowiązku świadczenia od tej właśnie osoby. Nie ma więc „zakazów dowodowych”, istnieją tylko rygory dowodzenia, które regulują nurt poznania karnoprosesowego i sprawiają, że osiągnięcie tego poznania jest bardziej skrupowane i z tego względu znacznie trudniejsze niż poznanie, do którego zmierza badacz zjawisk przyrodniczych lub historyczno-społecznych.

Rygory dowodzenia zostały wprowadzone do ustawy karnoprosesowej jako narzędzie ochrony określonych dóbr i interesów indywidualnych i zbiorowych. Są one wyrazem zwycięstwa idei humanizmu w procesie karnym, któremu obce są tendencje osiągnięcia prawdy o badanym zdarzeniu za wszelką cenę. Za każdą normą zawierającą rygor procesowego dowodzenia kryje się wartość według ustalonych ocen społecznych i etycznych tak ważka, że dla zapewnienia jej należytej ochrony ustawodawca godzi się nawet na odstępstwo od postulatu poznania prawidłowego obrazu badanej rzeczywistości. W tym ujęciu rygory dowodzenia są zawsze wrogiem podstawowej zasady procesu karnego: zasady dążenia do osiągnięcia prawdy obiektywnej.

W tych warunkach jest rzeczą zrozumiałą, że wykładnia tych rygorów musi się wystrzegać jakichkolwiek tendencji rozszerzających, musi unikać stosowania analogii, musi, jednym słowem, ustosunkowywać się do przepisów — dla zasady prawdy obiektywnej tak niebezpiecznych — ze szczególną ostrożnością. Nie oznacza to oczywiście, że można te przepisy degradować do roli fikcji. Czyniło to już wielu teoretyków procesu karnego w doktrynie polskiej i obcej, czyni to również autor omawianego artykułu, wszyscy ożywni zresztą równie szlachetną co opacznie zrozumianą ideą przysparzania organowi procesowemu środków poznania wbrew wyraźnej niekiedy w tym względzie woli ustawy. Jedyny możliwy do przyjęcia postulat interpretacyjny rygorów dowodzenia — to zachowanie rozsądnego umiaru i wystrzeganie się skrajności w obu kierunkach: zarówno w kierunku rozszerzania granic stosowalności danego przepisu do stanu, który wskazuje na eksces ochrony danego dobra lub interesu ponad ustawową potrzebę, jak i w kierunku jawnego omijania takiego czy innego postanowienia ustawy z tej racji, że mogłaby na tym ucierpieć prawda obiektywna.⁵

II. Jeśli chodzi o prawo świadka do odmowy zeznań w całości lub części na zasadzie wszystkich traktujących o tym przedmiocie przepisów (art. 92, 94, 95

⁵ Ślusznie stwierdza Wach (op. cit., s. 4): *Eine schablonisierende Auffassung, nach der wo möglich überall das strafprozessuale Interesse überwiege, widerstrebt ebenso sehr der Natur der Sache, wie ein weitherziges Operieren mit Analogien.* („Ujęcie szablonowe, według którego wszędzie, gdzie jest to tylko możliwe, ma przeważać interes karnoprosesowy, przeciwstawia się w takim samym stopniu istocie rzeczy jak wielkoduszne posługiwanie się analogią”).

i 96 k.p.k.), to należy je interpretować w tym właśnie duchu. Te same kryteria wykładni muszą mieć zastosowanie do norm art. 91 i 93 k.p.k., które wprowadzić nie mogą być zaliczone do wyodrębnionej i z punktu widzenia dynamiki procesowej jednolitej instytucji odmowy zeznań, jednakże powodować mogą w sferze kognicji organu procesowego jeszcze więcej luk z racji statuowanego w nich bezwarunkowego zakazu przesłuchania świadka na określone okoliczności nawet wtedy, gdy oświadcza on wyraźnie, że chce zeznawać. Wszystkie zatem przepisy zawierające rygor dowodzenia — niezależnie od tego, czy rygor ten wyraża się w warunkowym (uzależnionym od woli świadka uprzywilejowanego) czy bezwarunkowym zakazie przesłuchania danej osoby — uznać należy za wroga zasady prawdy obiektywnej, ale wroga takiego, którego unicestwiać nie wolno, jako że z woli ustawy został on powołany na nieodłącznego, aczkolwiek uciążliwego towarzysza przedstawiciela wymiaru sprawiedliwości na jego drodze do osiągnięcia stanu poznania procesowego.

Nie będzie żadnej przesady w twierdzeniu, że przepis dla instytucji odmowy zeznań wiodący, a mianowicie art. 94 k.p.k., zawiera w sobie ładunek treści prawnej i filozoficznej tak dawny, jak sam wymiar sprawiedliwości.⁶ Jego mniej lub więcej dokładny odpowiednik znajdował się i znajduje w każdej bez mała ustawie karnoprocessowej niezależnie od tego, jakie cele chce przez to ustawa osiągnąć i jakiego dobra chronić. Polski k.p.k. konstruuje jego treść według koncepcji udzielonego świadkowi przywileju procesowego, tzn. zezwala mu uchylić się od obowiązku świadczenia w sprawie bliskiego mu oskarżonego. Jeśli jednak świadek przywilej ten odrzuca i oświadcza, że chce zeznawać, to jest traktowany na równi ze świadkami nieuprzywilejowanymi i podlega na zasadach ogólnych wszystkim przewidzianym dla tego źródła dowodowego obowiązkom.

U podstaw tej koncepcji leży zatem przekonanie, że nie należy nikogo stawiać w sytuacji konfliktowej, jaką nieuchronnie rodzi dylemat: mówić prawdę i obciążać bliską osobę zasiadającą na ławie oskarżonych czy też kłamać *in favorem* tej osoby i narażać się na odpowiedzialność karną za fałszywe zeznania.⁷ Ustawodawca daje tu wyraz nie tylko swemu humanistycznemu *credo*, ale również swej głębokiej znajomości natury ludzkiej.

Zagadnienie zawiera w sobie jednak jeszcze głębsze aspekty. Chodzi tu mianowicie o etyczną i prawną ocenę bodźców, które jednocześnie nakazują działać

⁶ Por. zdanie z traktatu *De testibus* (1.6.6.): *Parentes et liberi invicem se nec volentes ad testimonium admittendi sunt* (według Bellinga, op. cit., s. 15). („Rodzice i dzieci nie mogą być dopuszczeni do składania zeznań, nawet wtedy, gdy chcą”).

⁷ Uzasadnienie Komisji Kodyfikacyjnej do art. 108 (obecny art. 94 k.p.k.) brzmi: „Z jednej strony obowiązek mówienia prawdy, z drugiej strony chęć dawania zeznań na korzyść drogiej sercu osoby stawiają wtedy świadka przed dylematem: zgubić syna lub brata albo skłamać. Doświadczenie uczy, że w tym przypadku świadek prawie zawsze skłamię. Zeby nie stwarzać tak drażliwej sytuacji i nie zmuszać uczciwych ludzi do wybierania między dwiema drogami, z których obie są złe, wszystkie nowsze ustawy zezwalają osobom bliskim na odmówienie zeznań” (Patrz: Projekt ustawy postępowania karnego, Wydawnictwo Urzędowe, Warszawa—Lwów 1926—1927, s. 196). Prawie identyczne są motywy niemieckiej komisji kodyfikacyjnej do § 51 *Strafprozessordnung* z 1871 r. Wychodzą one z założenia, że (...) *dass es vorzuziehen sei, lieber auf ein Beweismittel zu verzichten, als einen nahen Angehörigen des Beschuldigten der Versuchung auszusetzen, zu Gunsten des Letzteren einen Meineid zu leisten* (według Bellinga, op. cit., s. 16). („Lepiej zrezygnować ze środka dowodowego niż osobę oskarżonemu bliską narażać na pokusę złożenia fałszywych zeznań na korzyść tego ostatniego.”). Por. również: S. Kalinowski, M. Siewierski: *Kodeks postępowania karnego — Komentarz*, s. 144; J. Nisenson, M. Siewierski: *Kodeks postępowania karnego z Komentarzem*, Warszawa 1935, s. 63; Löwe-Rosenberg: *Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz — Grosskommentar*, wydanie XXI, Berlin 1963, s. 302; wyrok SN z 30.X.1961 r., OSN wyd. Prok. Gen. z. 1—6/82, poz. 26, s. 17.

i powstrzymują przed działaniem a które w każdym uczciwym człowieku wywołują rozterkę na tle działania ocenianego — według przyjętego systemu wartości moralnych — pozytywnie i negatywnie.⁸ Zeznanie prawdziwe zasługuje oczywiście na pozytywną ocenę moralną, ale jeśli zeznanie takie przysparza cierpień osobie najbliższej, cierpień będących konsekwencją wyroku skazującego, to ocena taka może ulec poważnemu zachwianiu. Nie należy zatem stawiać człowieka w takiej sytuacji, w której w wyniku konkurencji tych ocen na tle poszczególnego wypadku można by było wydać o nim sąd, że zeznając w sądzie prawdę, czynił źle. Jeżeli tak, to tym bardziej musi być wyeliminowana sytuacja odwrotna, w której — w wyniku oceny moralnej własnej i środowiska — złożenie zeznania fałszywego mogłoby być uznane za działanie etycznie pozytywne. W tym ostatnim wypadku ocena moralna czynu byłaby sprzeczna z oceną karnoprawną zawartą w art. 140 k.k., co w konsekwencji prowadziło do niebezpiecznego dla porządku prawnego wniosku, że obie te oceny nie są zbieżne ze sobą.

Koncepcja przywileju nie jest jedynym rozwiązaniem ustawowym w dziedzinie obowiązku świadczenia osoby dla oskarżonego lub podejrzanego najbliższej. Większość ustawodawstw dawnych, ale również i niektóre współczesne przewidują eliminację zeznań takiej osoby z procesu dowodzenia nie na zasadzie immunitetu procesowego, ale na zasadzie ustawowej nieufności do świadka, którego z racji jego więzi i naturalnej solidarności z oskarżonym należy się strzec. U podłoża tej koncepcji leży zatem przekonanie, że rygor dowodzenia w postaci zakazu przesłuchania takiego świadka jest nie wrogiem, lecz sojusznikiem zasady prawdy obiektywnej i że usunięcie z orbity sędziowskiego poznania tak niedoskonałych z natury swej źródeł dowodowych usuwa tym samym niebezpieczeństwo sprowadzenia prawdy obiektywnej na manowce. Mamy tu do czynienia z pojęciem „niezdolności” do złożenia zeznań ze względu na określone właściwości podmiotu zeznań, mające jakoby zawsze wpływ na prawdziwość lub nieprawdziwość udzielanej sądowi informacji.⁹ Nie trzeba chyba wykazywać, że koncepcja ta wywodzi się w prostej linii z teorii legalnej oceny dowodów i że na gruncie ustawodawstw wyznających — tak jak ustawa polska — zasadę swobodnej oceny dowodów, nie ma ona żadnej racji bytu.¹⁰

III. Po tych rozważaniach wstępnych można już przystąpić do omawiania bardziej szczegółowej problematyki art. 94 i 95 k.p.k. Ze względu na rozmiar publikacji będzie rzeczą możliwą wyeksponowanie zaledwie kilku najbardziej węzłowych

⁸ A. Schaff: *Filozofia człowieka — Marksizm a egzystencjalizm*, Warszawa 1962, s. 117.

⁹ G. Geib: *Geschichte des römischen Criminalprozesses bis zum Tode Justinians*, Lipsk 1842, s. 336, uw. 280 i s. 629, uw. 363; Zumpt: *Der Criminalprozess der römischen Republik*, 1871, Cz. II, s. 148; J. Mittermaier: *Theorie des Beweises im Peinlichen Prozesse — nach den gemeinen positiven Gesetzen und den Bestimmungen der französischen Criminalgesetzbund*, Cz. I, Mannheim 1809, s. 291 i 309.

¹⁰ Koncepcji tej hołduje wyraźnie procedura francuska zarówno w dawnym Code d'Instruction Criminelle z 1808 r., jak i w obowiązującym obecnie Code de Procédure Pénal z 1958 r. Eliminacja świadka bliskiego oskarżonego z procesu dowodzenia następuje tam nie na podstawie oświadczenia świadka, że z prawa odmowy zeznań chce skorzystać, lecz na skutek opozycji którejkolwiek ze stron procesowych przeciwko przesłuchaniu świadka. Na marginesie tego stanu prawnego Garraud (*Traité theoretique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. II, s. 92) stwierdza wyraźnie: *La loi ne saurait leur (tj. osobom bliskim — K.Ł.) faire un crime de cette solidarité, elle a, toutefois, du se précautionner contre leur témoignage, en tenant compte, tout à la fois, de la force et de la nature du lein qui unit le prévenu au témoin et qui permet de déclarer ce dernier suspect.* („Prawo nie upatruje żadnej zbrodni w tej solidarności, ale musi ono w każdym razie strzec się ich zeznań, zdając sobie jednocześnie sprawę z siły i istoty związku, który łączy oskarżonego ze świadkiem i który pozwala traktować tego ostatniego jako osobę podejrzaną.”).

zagadnień związanych bezpośrednio z tematyką zawartą w artykule J. Dankowskiego.

Punkt widzenia autora na postanowienia art. 94 i 95 k.p.k. wyraża się w zasadzie w dwóch podstawowych tezach, które zawierają niejako klucz do teoretycznego i praktycznego odczytania obu tych przepisów. Pierwsza z tych tez głosi, że stosunek art. 94 i 95 k.p.k. do dwóch podstawowych zasad procesowych, a mianowicie: zasady dążenia do wykrycia prawdy obiektywnej i zasady domniemania niewinności oskarżonego, pozwala przyjąć, iż ustawa, rezygnując niekiedy (przez stosowanie zakazów dowodowych) z wykrycia prawdy obiektywnej, nie przewiduje i nie zezwala *eo ipso* na ograniczenie zasady domniemania niewinności. Oznacza to, że wynikiem rezygnacji z wykrycia prawdy może być co najmniej nieukaranie winnego, nigdy zaś skazanie niewinnego. Zdaniem autora może jednak powstać taka sytuacja, w której respektowanie tych zasad jest w zestawieniu z treścią art. 95 k.p.k. niemożliwe, mianowicie wtedy, gdy zgłoszona przez świadka w myśl tego przepisu odmowa zeznań eliminuje ze świadomości sędziego poprzednio złożone zeznania, które dla oskarżonego są korzystne. Dla podkreślenia wyrazistości stawianego zagadnienia autor posługuje się przykładem sprawy, w której poza wyżej wymienionymi poprzednimi zeznaniami świadka innych korzystnych dla oskarżonego dowodów brak, wszelkie zaś pozostałe dowody obciążają go w sposób zdecydowany. Jeżeli mimo takiego układu sędzia orzekający oprze się na tych wyeliminowanych rzekomo ze swej świadomości zeznaniach i oskarżonego uniewinni, to będzie to, jak twierdzi autor, oznaczało, że tenże sędzia popadł w „procesowe zakłamanie” i że stosował art. 95 k.p.k. tylko pozornie.

Teza następna głosi, że granicą stosowania obu przepisów powinien być cel, w jakim zostały one ustanowione. Jeżeli przyjmie się, że celem tym jest zaoszczędzenie świadkom „dotkliwego dla nich uczucia”, iż poprzednie ich zeznanie przyczyniło się do pogorszenia sytuacji procesowej oskarżonego, to w sytuacji odwrotnej, gdy odmowa zeznań w myśl art. 95 k.p.k. eliminuje zeznania korzystne i przyczynia się do pogorszenia tej sytuacji, niemożność odtworzenia zeznań poprzednich (korzystnych) miałyby się z celem i z *ratio legis* przepisu. Stosowalność więc tego przepisu należy, zdaniem autora, ograniczyć do sytuacji, w której złożone przedtem zeznania były dla oskarżonego niekorzystne. W układzie odwrotnym, gdy poprzednie zeznania były korzystne, art. 95 k.p.k. stałby się środkiem ochrony nie „dotkliwego uczucia”, ale „złośliwej satysfakcji”, jaką świadkowie uprzywilejowani czerpaliby z przeświadczenia, że dowód dla oskarżonego pozytywny został przez ich akcję z materiału dowodowego wyeliminowany.

Konsekwencją tych tez jest wniosek autora *de lege ferenda* domagający się wykreślenia odpowiednika tego przepisu w przyszłej ustawie karnoprocesowej, przepisu będącego w istocie „fikcją respektowaną zresztą pozornie” z tej przyczyny, że „mechanizm funkcjonowania mózgu jest niezależny od woli ustawodawcy”.

Przytoczone stanowisko zawiera w sobie bardzo doniosłe implikacje teoretyczne notyfikowane już niejednokrotnie w doktrynie i jest wynikiem określonego pojmowania zasad postępowania dowodowego, a tym samym procesowej teorii poznania. Jest to stanowisko błędne, nie znajdujące uzasadnienia nie tylko w świetle tej teorii, ale również w procesowej koncepcji instytucji odmowy zeznań, w szczególności zaś w treści art. 95 k.p.k. Polemika z tym stanowiskiem musi być podzielona na konkretne, wyodrębnione zagadnienia, które według hierarchii ich procesowej doniosłości przedstawiają się następująco:

IV. Najważniejsze wydaje się być zagadnienie, jakie skutki w stosunku do zebranego przez organ procesowy materiału dowodowego wywiera zastosowanie rygoru dowodzenia z art. 95 k.p.k. Czy przepis ten postuluje, jak twierdzi autor, totalne wykreślenie — ze sfery sędziowskiej kognicji — treści poprzedniego zeznania jako elementu poznania w ogóle, czy też przez użyte w treści przepisu określenie „nie może służyć za dowód” należy rozumieć jedynie zakaz ferowania wyroku na podstawie ustaleń wynikających z treści tych zeznań, to jest zakaz czynienia z nich „podstawy orzeczenia” w rozumieniu art. 320 k.p.k.?

Otóż wbrew temu, co twierdzi J. Dankowski, art. 95 k.p.k. bynajmniej nie sprzeciwia się temu, by poprzednie utrwalone w aktach śledztwa lub dochodzenia zeznanie świadka pozostało w świadomości sędziowskiej jako przesłanka jego wiedzy o sprawie i nie przeszkadzało mu czynienia z niej odpowiedniego użytku. Nie można bowiem upierać się przy nieistnieniu czegoś, co istnieje, tak jak nie można zadawać gwałtu świadomości człowieka domagając się, by nie wiedział czegoś, co wie.¹¹ Ujmując rzecz inaczej — art. 95 k.p.k. pod żadnym pozorem nie postuluje stawiania znaku równości między dwoma stanami intelektualnymi, a mianowicie stanem braku świadomości co do istnienia pewnego faktu lub zdarzenia a stanem udawania nieświadomości faktu lub zdarzenia istniejącego i znanego. Przepis ten stanowi jedynie, że poprzednie zeznanie nie może służyć za dowód jako ujawniona podstawa orzeczenia w pojęciu art. 320 k.p.k., tzn. nie może stanowić przesłanki orzeczenia o przedmiocie procesu (o winie lub niewinności oskarżonego) według zasad ścisłego postępowania dowodowego.¹² Natomiast brak jakichkolwiek przeszkód do potraktowania poprzedniego zeznania jako dowodu w znaczeniu swobodnym (nieformalnym), przy pomocy którego wolno zawsze ustalać okoliczności relewantne z punktu widzenia procesowego, a nie materialnego. W języku bardziej zrozumiałym oznacza to, że rygorem dowodzenia objęta jest tylko treść poprzednio złożonego zeznania, co jednak nie stanowi przeszkody do przeprowadzenia innego dowodu na okoliczności, do których treść tego zeznania się odnosiła.¹³ Można to zilustrować następującym przykładem:

¹¹ A. Schaff (Z zagadnień marksistowskiej teorii prawdy, Warszawa 1959, s. 97) pisze: „Istnieje rzeczywistość obiektywna, niezależna od wszelkiego umysłu i poza nim; rzeczywistość ta, będąc źródłem naszych doznań zmysłowych, jest przedmiotem naszego poznania. Poznając tę obiektywną rzeczywistość, formułujemy nasze poznanie za pomocą sądów.” Por. również T. Kotarbiński: Elementy teorii poznania, logiki formalnej i metodologii nauk, Lwów 1929, s. 29 i 96.

¹² Na temat dowodu ścisłego i dowodu swobodnego patrz wywody S. Śliwińskiego (op. cit., s. 602 i n.) oraz Hauswirta i Popowera: Dowód, Encyklopedia prawa karnego pod red. W. Makowskiego, t. I, s. 336—337. Autorzy ci stwierdzają słusznie, że według zasad ścisłego postępowania dowodowego należy ustalać okoliczności relewantne materialnie, wszelkie zaś inne okoliczności (okoliczności relewantne procesowe) podlegają zasadom swobodnego postępowania dowodowego.

¹³ Jest to obecnie w literaturze polskiej teza niesporna (S. Śliwiński: Proces, s. 609; M. Cieślak: Zagadnienia, s. 266). Należy jednak zaznaczyć, że zawarta w niej problematyka była przez długie lata kością niezgody między doktryną a orzecznictwem niemieckim na tle wykładni odpowiednika tego przepisu w procedurze niemieckiej, a mianowicie § 251 Strafprozessordnung. Doktryna zajmowała stanowisko, że przepis ten nakazuje eliminację poprzedniego zeznania ze sfery sędziowskiej kognicji przy uznaniu tego zeznania za niebycie (*Verwertungsverbot*). Tak np. A l s b e r g (op. cit., s. 74) stwierdza wręcz: *Darüber, dass der Zweck des § 252 (numeracja ówczesna — K. Ł.) die völlige Ausscheidung der früheren Aussage als Erkenntnisquelle überhaupt ist, sollte ein Zweifel selbst nicht möglich sein.* („Co do tego, że celem § 252 jest całkowite wyłączenie poprzedniej wypowiedzi jako źródła poznania w ogóle, nie może być żadnej wątpliwości”). Należy dodać, że nie tak rygorystycz-

Jeżeli żona oskarżonego pozostającego pod zarzutem art. 225 § 1 k.k. nie skrzytała w śledztwie z art. 94 k.p.k. i zeznała, że krytycznego dnia widziała na butach swego męża ślady krwi, to w razie skorzystania przez nią na przewodzie sądowym I instancji z przepisu art. 95 k.p.k. poprzednie jej zeznanie powinno być wyeliminowane jako dowód w znaczeniu ścisłym (dowód stanowiący podstawę do wydania orzeczenia o winie oskarżonego — dowód relewantny materialnie), zostanie jednak w materiale sprawy jako dowód w znaczeniu swobodnym (relawantny procesowo), na podstawie którego można i należy poszukiwać innych środków dowodowych dla stwierdzenia tej samej okoliczności, konkretnie: śladów krwi na butach oskarżonego. Jeśli sąd dowód taki zdobędzie (np. w osobie sublokatora lub sąsiada), to będzie można śmiało powiedzieć, że zeznania żony oskarżonego złożone w śledztwie, które z mocy art. 95 k.p.k. nie mogą „służyć za dowód i nie mogą być odczytane ani odtworzone”, przyczyniły się pośrednio, ale decydująco do wydania ewentualnego wyroku skazującego.

Z powyższego wynika, że nie może być mowy o jakiegokolwiek ekwiwalencji skutków w wyniku zastosowania art. 94 i 95 k.p.k. Ten ostatni przepis nie wykreśli i nie musi wykreślać ze świadomości sędziego treści poprzedniego zeznania; zeznanie to jako dowód w znaczeniu swobodnym będzie zawsze czynnikiem pobudzającym do poszukiwania nowych źródeł poznania. Czynności mające na celu poszukiwanie tych nowych źródeł mogą mieć miejsce już w toku postępowania przygotowawczego na podstawie przewidywań, że *persona excepta* z mocy art. 94 k.p.k. zechce — być może — skorzystać ze swego przywileju odmowy zeznań dopiero na rozprawie sądowej i taką metodę gromadzenia dowodów stosuje na pewno każdy bardziej doświadczony prokurator. Po prostu z ostrożności będzie się starał o dublowanie dowodów w obawie, by istotnych dla sprawy okoliczności nie „utracić” na rozprawie przez oświadczenie świadka, że chce skorzystać z prawa odmowy zeznań.

Z szerokich możliwości w tym względzie może również korzystać sąd, który w zależności od stadium postępowania jurysdykcyjnego władny jest realizować swe uprawnienia gromadzenia dowodów z urzędu (art. 260 k.p.k.), korzystając z przepisów art. 251 § 1 lit. d) lub art. 305 § 1 k.p.k. Nie ulega bowiem wątpliwości, że utrata dowodu na rozprawie wskutek skorzystania przez świadka z art. 95 k.p.k. tworzy sytuację procesową podpadającą pod pojęcie „konieczności uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia” (art. 251 § 1 lit. d) k.p.k.) albo „istotnych braków w przeprowadzeniu śledztwa lub dochodzenia, których na rozprawie uzupełnić się nie da” (art. 305 § 1 k.p.k.). Oba wymienione przepisy należy — zgodnie ze stanowiskiem doktryny — traktować jako dwie postacie tej samej instytucji zwrotu akt do śledztwa lub dochodzenia, przesłanką zaś tych czynności jest

ny, niemniej jednak dość zbliżony pogląd reprezentowali: J. Glaser: *Handbuch des Strafprozesses*, t. I, s. 546; Gerland (op.cit., s. 368), K. John: *Strafprozessordnung für das deutsche Reich*, Erlangen 1884, t. III, s. 212; Graf z u Dohna: *Das Strafprozessrecht*, Berlin 1925, s. 176. Natomiast orzecznictwo zarówno przedwojennego SN Rzeszy (Reichsgericht), jak i obecnego SN NRF (Bundesgerichtshof) reprezentuje stanowisko, że na gruncie tego przepisu można mówić jedynie o zakazie odczytywania poprzednich zeznań (*Verlesungsverbot*) (przegląd tego orzecznictwa u Löwe-Rosenberga, op. cit., s. 1031). Jest niewątpliwie zasługą Bellinga (op. cit., s. 25), że wyłamał się z tego zwartego frontu doktryny, lansując następujący odosobniony pogląd: *Um Missverständnisse auszuschliessen sei doch besonders darauf hingewiesen, dass nur die frühere Aussage selber als das verbotene Beweisthema erscheint und keinesweges das Beweisthema, über welches die frühere Aussage lautete.* („Dla uniknięcia nieporozumień należy zaznaczyć, że tylko poprzednia wypowiedź jako taka jest zakazaną tezą dowodową, natomiast w żadnym razie okoliczność, do której odnosiła się poprzednia wypowiedź”).

istotny brak w materiale dowodowym, który nie pozwala na prawidłowe rozstrzygnięcie sprawy.¹⁴

Rozważania powyższe odnoszą się, rzecz jasna, do obu możliwych układów procesowych, kiedy zeznanie poprzednie zawiera w sobie okoliczności dla oskarżonego zarówno niekorzystne, jak i korzystne. Układów tych nie można sobie przeciwstawić, zwłaszcza — jak tego chce autor — przez ustanawianie dla każdego z nich odrębnych reguł postępowania. Można jedynie postulować, żeby sędzia orzekający był bardziej uczulony w odniesieniu do utraconych zeznań dla oskarżonego korzystnych i żeby z uczulenia tego czerpał wzmoczoną inicjatywę w celu poszukiwania takich samych dowodów zastępczych.

Trudno zresztą przypuścić, by świadomy powagi swej funkcji sędzia mógł pogodzić się z ewentualnością totalnej utraty korzystnego dla oskarżonego dowodu wskutek uruchomienia przez świadka normy art. 95 k.p.k. bez przeprowadzenia drobiazgowej, na szeroką skalę zakrojonej akcji poszukiwania dowodów dublujących lub sprawdzających. Istnieć tu musi oczywiście jeden warunek, ten mianowicie, że dowód utracony zawiera okoliczności, które rozpatrzone przez pryzmat swobodnej oceny dowodów, zostaną uznane za poważne, za godne sprawdzenia lub powtórzenia ze względu na ich ewentualny wpływ na rozstrzygnięcie o przedmiocie procesu, a zwłaszcza na uniewinnienie oskarżonego. Bez obawy popadnięcia w przesadę można stwierdzić, że przy zaangażowaniu odpowiednich środków w ramach aparatu powołanego do ścigania przestępstw okoliczność podlegająca wykreśleniu jako przesłanka wyroku zostanie powtórnie powołana do życia dowodowego i uzupełni powstałą lukę. Jeżeli najbardziej intensywne poszukiwania nie dadzą wyniku, sędzia dojdzie z pewnością do wniosku, że dowód utracony był rażąco, z reguły bowiem miarą prawdziwości dowodu jest jego sprawdzalność. W tym ostatnim wypadku nastąpi to, czego się tak obawia autor, a mianowicie sąd po prostu pominięciem całkowicie w swych rozważaniach poprzednie zeznanie świadka działającego w warunkach art. 95 k.p.k. i wyda wyrok skazujący, jeżeli całokształt materiału dowodowego ponad wszelką wątpliwość na to pozwoli, albo wyrok uniewinniający, jeżeli materiał ten do skazania nie będzie wystarczać. Wszystko to odbędzie się oczywiście bez popadania w „procesowe zakłamanie”, gdyż w obu wersjach wyroku, skazującej lub uniewinniającej, sędzia z całym spokojem wyłączy ze sfery swego rozumowania zeznanie, którego nie tylko wykorzystać mu nie wolno na zasadzie art. 95 k.p.k., ale którego on sam wykorzystać nie chce jako źródła poznania osobiście zdyskwalifikowanego i z punktu widzenia mocy dowodowej nieprzydatnego.

V. Nie mniej ważne jest także zagadnienie granic stosowalności art. 94 i 95 k.p.k. zgodnie z celem, w jakim przepisy te zostały wprowadzone do k.p.k. Należy z całym naciskiem podkreślić, że na temat ten nie wolno podjąć żadnej dyskusji dopóty, dopóki się nie ustali, co bądź kto jest przedmiotem statutowanej przez te przepisy ochrony prawnej. Przedmiot tej ochrony jest bowiem jedynym faktorem wytyczającym granice stosowalności przepisów, faktorem decydującym o tym, kiedy i w jakich warunkach świadek zainteresowany ma podstawę prawną do uchylenia się od obowiązku świadczenia.

Z wywodów poprzednich wynikało, że celem, do którego osiągnięcia ustawa zmierza poprzez obie normy, jest niewątpliwie — ujmując rzecz najogólniej — zaoszczędzenie świadkowi bolesnych i przykrych przeżyć wpływających z prze-

¹⁴ J. Bafia: Zwrot sprawy przez sąd do uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia, Warszawa 1961 (rozdział II pt.: Warunki zwrotu sprawy do uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia), s. 28—76.

świadczenia, iż złożone przez niego zeznania mogłyby pogorszyć sytuację procesową drogiej i bliskiej osoby. Na czym polega jednak błąd autora w odczytywaniu i pojmowaniu treści tych norm? Otóż polega on na tym, że ów cel bądź ogólne założenia ustawodawcze autor identyfikuje z dobrem pozostającym pod ochroną ustawy i w ten sposób „spreparowany” przedmiot ochrony uznaje za podstawę uprawnienia, które przysługują świadkowi. Pobieżna choćby analiza art. 94 k.p.k. pozwala stwierdzić, że przedmiotem jego ochrony są nie jakiegokolwiek uczucia, konflikty czy rozterki duchowe świadka, lecz związek rodzinny w takim zakresie, jaki w przepisie został sprecyzowany, a konkretnie — świadek legitymujący się istnieniem między sobą a oskarżonym lub podejrzany z takiego związku.¹⁵ Wszelkie rozważania na temat sytuacji konfliktowych, jakich ustawa pragnie świadkowi zaoszczędzić, mają w problematyce odmowy zeznań doniosłe znaczenie o tyle, o ile odnoszą się do oceny motywów ustawodawczych, dla których art. 94 k.p.k. został do ustawy karnoprocesowej wprowadzony. Na podstawie tych rozważań jesteśmy mianowicie w stanie uświadomić sobie, iż ustawodawca dlatego otacza opieką związek rodzinny i jego członków, że w jego mniemaniu, opartym na obserwacji życia, kryje się za nim typowy model uczuć rodzinnych, tzw. uczuć pozytywnych, wyrażających się we wzajemnej miłości i przywiązaniu. Węzeł małżeństwa, pokrewieństwa, powinowactwa i przysposobienia jest jedynym ustawowym kryterium tych uczuć. Właściwy zatem w sensie prawnym jest nie rzeczywisty stan przeżyć duchowych świadka, ale stan, jaki ustawa w stosunku do niego zakłada, jakiego się po nim spodziewa.¹⁶

Ustawodawca zdaje sobie oczywiście sprawę również z tego, że rodzina nie zawsze jest idylliczną oazą rodzącą wyłącznie same uczucia pozytywne. Zdarzają się przecież wypadki, że świadek bliskiego sobie — w sensie związków rodzinnych — oskarżonego po prostu zwyczajnie nienawidzi i że jeśli korzysta z prawa odmowy zeznań, to nie w celu zaoszczędzenia sobie konfliktów i rozterek, gdyż stanów takich w ogóle nie przeżywa, ale w celu pogorszenia sytuacji procesowej swego „bliskiego” przez zatajenie okoliczności dla niego korzystnych.¹⁷ Ustawodawca wie również doskonale, że ludzie oficjalnie sobie obcy są niekiedy połączeni tak silnym pozytywnym węzłem uczuciowym, jakim wylegitymować by się mogła tylko rodzina idealna. Ludzie ci odczuwają właśnie konflikty i rozterki płynące z przeświadczenia, że ich zgodne z prawdą zeznanie mogłoby pogorszyć losy oskarżonego w procesie, a mimo to — co jest przecież poza sporem — z żadnej ochrony prawnej przy spełnianiu swego obowiązku świadczenia nie korzystają.

Stan przeżyć duchowych świadka wymienionego w art. 94 i 95 k.p.k. jest ze-

¹⁵ Oto, co mówi na ten temat Wach (op. cit., s. 6): *Der Grund derselben* (tj. prawa odmowy zeznań — K. Ł.) *ist nicht die im gegebenen Fall nachweisbare, innere Solidarität des Zeugen und Beschuldigten, Dankbarkeit, Liebe und Freundschaft, sondern das Band der Familie.* („Podstawą jego jest nie możliwa w danym wypadku do udowodnienia wewnętrzna solidarność świadka i oskarżonego, wdzięczność, miłość i przyjaźń, ale związek rodzinny”).

¹⁶ W literaturze polskiej zwraca na to uwagę M. Cieślak (Zagadnienia, s. 278), mówiąc o stosunku uczuciowym, „który domniemywa się w stosunkach rodzinnych”. W literaturze niemieckiej mówi o tym Glaser (Handbuch, t. I, s. 504), którego zdaniem dla ustawy miarodajne jest *Berücksichtigung des im allgemeinen zu vermuthenden, des regelmässig anzunehmenden (...)*: („(...) uwzględnienie tego, czego można się spodziewać, co można prawidłowo założyć”).

¹⁷ Tenże J. Glaser (loc. cit.) zauważa: (...) *es kann also vorkommen, nicht bloss dass die Angehörigen des Angeklagten aus Hass oder Eigennutz gegen ihn aussagen, sondern auch dass sie aus dem gleichen Grunde ihr Zeugnis versagen (...)*. („Może się więc zdarzyć nie tylko to, że członkowie rodziny oskarżonego zeznają przeciwko niemu z nienawiści lub egoizmu, ale również i to, że z tych samych względów wstrzymują się od zeznań”).

społem elementów zbyt płynnych i trudno sprawdzalnych, aby mógł on stanowić wartość, na podstawie której organ procesowy stwierdza istnienie po stronie świadka podstawy prawnej do uchylenia się od złożenia zeznań. Tylko wartość stała, niezmienna i w każdym stadium postępowania sprawdzalna może stanowić dla organu procesowego przesłankę, na podstawie której świadek uprzywilejowany może bezpiecznie, pewnie i bez ryzyka jakiegokolwiek dowolności ustaleń ze strony władzy prowadzącej przesłuchanie egzekwować swój immunitet procesowy. Nie należy zapominać, że zrealizowane przez świadka prawo odmowy zeznań oznacza uszczuplenie materiału dowodowego i podstawy orzeczenia o przedmiocie procesu, nie może być więc wynikiem jakiegokolwiek dowolności ustaleń, w konkretnym wypadku ustaleń opartych nie na stwierdzeniach, lecz na intuicji.

Organ procesowy ma, jak wiadomo, obowiązek sprawdzenia podstawy prawnej i faktycznej przysługującego świadkowi uprawnienia. Jeślibyśmy zajęli stanowisko, że przedmiotem ochrony art. 94 k.p.k. jest nie związek rodzinny, ale stan uczuć żywnych przez świadka do zasiadającego na ławie oskarżonych członka rodziny, to wynikające z tego konsekwencje procesowe byłyby wręcz przerażające. Organ procesowy miałby bowiem obowiązek sprawdzenia nie tylko faktu istnienia węzła rodzinnego, ale przede wszystkim stanu i jakości uczuć świadka do oskarżonego, oraz obowiązek ustalenia, czy stan tych uczuć przysporzy świadkowi konfliktów i rozterek duchowych w związku z zeznawaniem, w zależności bowiem od tych ustaleń świadek mógłby swoje prawo zrealizować.

Nie koniec jednak na tym. Rozwiązanie takie odebrałoby instytucji odmowy zeznań jakikolwiek sens prawny i z przywileju procesowego świadka przekształciłoby się w zastawianą na niego pułapkę, niebezpieczną w równej mierze dla obu zainteresowanych podmiotów, tj. świadka i oskarżonego. Sens przywileju wyraża się bowiem przede wszystkim w niewiedzy organu procesowego, dlaczego świadek odmawia zeznań albo dlaczego — mimo przysługującego mu prawa odmowy świadczenia — zeznaje. Odmowa zeznań, w toku realizacji której osoba prowadząca przesłuchanie dowiadyuje się o stanie zaangażowania uczuciowego świadka do oskarżonego, oznacza rozszyfrowanie procesowej postawy świadka z punktu widzenia motywów skorzystania z przywileju odmowy zeznań lub jego odrzucenia. Otwiera się tu pole dla niebezpiecznych domniemań faktycznych, których treścią będzie zawsze przeświadczenie organu procesowego wyrażające się w alternatywie: 1) świadek dlatego odmawia zeznań, by przez zatajenie znanych mu a niebezpiecznych dla oskarżonego okoliczności sprawy nie pogorszyć jego sytuacji procesowej, 2) świadek dlatego odrzuca przywilej odmowy świadczenia i zeznaje, by polepszyć sytuację procesową oskarżonego przez podanie okoliczności, które niekoniecznie w rzeczywistości miały miejsce. Możliwość pierwsza otwiera prostą drogę do tworzenia przeciwko oskarżonemu quasi — poszlaki, możliwość druga odbiera walor dowodowy zeznaniom złożonym, a wszystko to dzieje się za sprawą owej niebezpiecznej dla prawdy obiektywnej typizacji motywów i ich skutków.

A przecież motywów tych mogą być bez przesady setki i tysiące, miłość lub nienawiść do oskarżonego mogą się uzewnętrznić w zeznaniach zarówno jako prawda, jak i fałsz, powstrzymanie się od zeznań nie zawsze wynika z chęci zatajenia prawdy i może być podyktowane nieśmiałością świadka w obliczu sądu, jakimś zastraszeniem, presją środowiska, niczym nie kontrolowanym impulsem itd.¹⁸ Nie oznacza to, że organ procesowy nie ma prawa badać za pomocą wszyst-

¹⁸ Por. wywody J. Gläsera (w dziele: Beiträge zur Lehre vom Beweise, 1883, s. 255—256): „Ausdrückliche Folgerungen zum Nachteil des Angeklagten aus der blossen Tatsache zu ziehen, dass der Zeuge von seinem Recht Gebrauch macht, verstösst den Geist des Gesetzes; es wird sonst der Zeuge in die Zwangslage gebracht, lieber auszusagen, als seinen Ange-

kich dostępnych mu środków dowodzenia motywów procesowego zachowania się świadka w odniesieniu do prawa odmowy zeznań i wyciągać z nich odpowiednich wniosków. Żaden zakaz w tym względzie nie istnieje i istnieć nie może,¹⁹ w szczególności żadne uprawnienie podmiotowe świadka nie może ingerować w sferę uprawnień sądu do wyjaśnienia wszystkiego, co ma związek z rozpatrywaną sprawą. Oznacza to natomiast, że świadek uprzywilejowany może kategorycznie odmówić udzielenia odpowiedzi na pytanie, dlaczego z prawa odmowy zeznań korzysta lub je odrzuca. Nie ma bowiem w k.p.k. żadnego przepisu żądającego od świadka zdawania przed sądem sprawy ze sposobu administrowania przysługującym mu uprawnieniem.

VI. Wysuwany przez autora postulat negacji praw świadka przez zezwolenie sędziemu na odczytanie w warunkach art. 95 k.p.k. poprzednich zeznań, jeżeli były dla oskarżonego korzystne, stanowi obrazę tego przepisu w świetle wyżej przytoczonych rozważań na temat istoty dobra chronionego. Szkoda, że autor powstrzymał się od wyjaśnienia, jak sobie realizację tego postulatu praktycznie wyobraża. Otóż zastrzeżenie budzi sam pomysł szufladkowania zeznań według cechy tak wieloznacznej, jak „korzystność” i „niekorzystność”. Określenie to nic nie wyjaśnia, nie wyjaśnia zwłaszcza, czy chodzi tu o obiektywną treść zeznania, czy też o subiektywne przekonanie świadka, a jeśli to drugie, to jak ma wyglądać *modus procedendi* w wypadku powstania między sędzią a świadkiem różnicy poglądów w ocenie zeznania i czyj pogląd (o tak doniosłych implikacjach w sferze uprawnień tego ostatniego) ma być wiążący? Dalej — jak zakwalifikować zeznanie, które jest zarówno „korzystne”, jak i „niekorzystne” i czy w takim układzie należy również realizować konsekwentnie wysunięty pomysł przez ujawnianie passusów korzystnych, a pomijanie niekorzystnych? Wprawdzie autor odwołuje się do „sędziowskiego rozsądku” jako ostatecznej deski ratunku, jednakże nie załatwia to zagadnienia, jako że w ostatecznym rachunku najbardziej rozsądny sędzia popadnie w toku takich czynności albo w „procesowe zakłamanie”, jeżeli dla ratowania pozorów logiki posłuży się fragmentami nie ujawnionymi, albo — co gorzej — w jakiś procesowy dziwoląg, jeżeli po dokonaniu zabiegu „wycięcia”

hörigen solchem Verdacht auszusetzen. Ueberdies kann dieser Verdacht ganz ungegründet sein; der Zeuge kann aus Angstlichkeit oder selbst aus Gehässigkeit schweigen. Letztere wird wohl in der Regel der Grund sein, wegen dessen der Zeuge ungünstiges freiwillig aussagt und es wird dies stets anzunehmen sein, sobald nicht ein anderes Motiv erkennbar ist; allerdings kann die Gehässigkeit ausreichen, um zu einer wahrheitsgemässen schädlichen Aussage zu verleiten, ohne dass sofort die Geneigtheit, falsch auszusagen, anzunehmen ist. („Wyciąganie wyraźnych wniosków na niekorzyść oskarżonego z samego faktu skorzystania przez świadka z jego uprawnienia przeciwstawia się duchowi ustawy; w takiej sytuacji stawia się świadka w sytuacji przymusowej, w której lepiej zeznania złożyć niż narażać swego bliskiego na podejrzenie. Poza tym podejrzenie to może być zupełnie nieuzasadnione; świadek może milczeć z obawy albo nawet z nienawiści. Ta ostatnia jest z reguły przyczyną, z powodu której świadek zeznaje dobrowolnie okoliczności niekorzystne, chyba że zostanie wykryty jakiś inny motyw; nienawiść może być wystarczającym motywem zeznania niekorzystnej prawdy, życzliwość zaś nie musi skłaniać zaraz do zeznań fałszywych.”).

¹⁹ Ibid. Innego zdania jest SN NRF w orzeczeniu BGH St 6/279, w myśl którego *gibt der Zeuge bei Weigerung seiner Aussage vor dem Vernehmungsrichter Gründe an, die über den blossen Hinweis auf die Gründe, die zur Zeugnisverweigerung führen, hinausgehen, so dürfen diese in der Vernehmungsniederschrift nicht niedergelegt werden; auf keinen Fall darf sie der Richter für seine Entscheidung verwerten* (według Löwe-Rosenberga, op. cit., s. 302). („Jeżeli przy odmowie zeznań świadek wskazuje sędziemu na motywy, które wykraczają poza podstawę uprawnienia, to motywy te nie mogą być zamieszczone w protokole; w żadnym zaś wypadku nie wolno sędziemu czynić z nich podstawy swych rozstrzygnięć”). W orzeczeniu tym mamy przykład niczym nie usprawiedliwionego, idealistycznego stosunku do instytucji odmowy zeznań, krępującego sędziego w jego dociekaniu prawdy obiektywnej. Nic dziwnego, że inne orzeczenia (patrz tamże) wyraźnie mu się przeciwstawiają.

fragmentów niekorzystnych będzie usiłował oprzeć się na czymś, co kiedyś było zeznaniem, a co obecnie stanowi luźny zestaw wyrwanych z kontekstu i pozbawionych sensu zdań.

Na poglądzie tym zaważyło wyraźnie, jak się zdaje, przekonanie, że rygory dowodzenia nie mogą rodzić skutków procesowych dla oskarżonego niepomysłnych.²⁰ Jest to przekonanie niczym nie usprawiedliwione. Rygory dowodzenia zostały wprowadzone do k.p.k. nie jako środki polepszenia losu oskarżonego. Ich skutki mogą być dla niego niekiedy wprost tragiczne, o czym nie wolno zapominać, nie tylko w świetle art. 91 k.p.k. (jeżeli duchowny nie może, choćby chciał, być przesłuchany w charakterze świadka nawet wtedy, gdy tylko on po wysłuchaniu spowiedzi właściwego sprawcy przestępstwa wie, że oskarżony jest niewinny), art. 93 § 1 i 2 k.p.k. (gdy wykazanie niewinności oskarżonego jest niemożliwe bez wyjawnienia tajemnicy mogącej wyrządzić poważną szkodę Państwu, a właściwa władza odmawia zezwolenia na ujawnienie tajemnicy) i art. 96 k.p.k. (gdy sam świadek lub bliska mu osoba jest sprawcą przestępstwa), ale również w świetle art. 94 i 95 k.p.k. Te dwa ostatnie przepisy nie zabraniają bowiem świadkowi, o czym już była mowa, odmówić zeznań zarówno w celu chronienia oskarżonego, jak i w celu pogrążenia go. Ta druga, groźna dla podsądnego strona medalu nie leży oczywiście u podstaw założeń prawnych i etycznych przyznanego świadkowi przywileju, jest jednak nieunikniona i na to nie ma żadnej rady. Jeżeli jednak mimo to oskarżony w większości wypadków czerpie z norm art. 94 i 95 k.p.k. doraźne korzyści procesowe, to fakt ten nie oznacza jeszcze, że muszą to być tylko korzyści. Polepszenie sytuacji procesowej oskarżonego jest zawsze tylko wynikiem, a nie celem działania tych norm, powołanych wyłącznie do ochrony w procesie karnym interesu świadka w zakresie limitowanym ich treścią.

Nieporozumieniem jest również ujmowanie problematyki odmowy zeznań w jakimś, nie określonym zresztą bliżej, stosunku do zasady domniemania niewinności oskarżonego. Zasada ta, właściwie rozumiana, reprezentuje jedynie postulat traktowania oskarżonego jako osoby niewinnej, dopóki to wiążące domniemanie procesowe nie zostanie obalone²¹, i wykładania na jego korzyść wszelkich wątpliwości. Proces karny jest wobec tej zasady zespołem czynności polegających na obalaniu swego domniemania na podstawie swobodnej, sędziowskiej oceny dowodów. Jedynym remedium na luki w materiale dowodowym powstałe w wyniku stosowania rygorów dowodzenia, w tym również art. 94 i 95 k.p.k., może być jedynie wola sędziego i jego intelektualne zaangażowanie w celu wykrycia prawdy obiektywnej, jego inicjatywa w zakresie zdobywania nowych, zastępczych środków poznania, słowem — ten zespół elementów, który się mieści w zasadzie instrukcyjności.

Wszelkie doraźne formułki zaradcze w rodzaju propozycji autora wprowadzają do zasad postępowania dowodowego tylko dowolność i zamęt, nie mówiąc już o tym, że instytucję odmowy zeznań w poważnej mierze likwidują. Ich legalno-dowodowy charakter sprawia, że w nowoczesnym procesie karnym nie mają one żadnej racji bytu.

VII. Czy odpowiednik art. 95 k.p.k. powinien się znaleźć w przyszłej ustawie karnoprocessowej? Dankowski twierdzi, że nie, albowiem — jego zdaniem — „dośćcześnie stałoby się zadość szacunkowi dla naturalnych uczuć ludzkich, gdyby

²⁰ Przekonanie to wyrażało się już niejednokrotnie w godnych pochwały deklaracjach, które nie pociągały jednak za sobą żadnych konkretnych propozycji zaradczych. Na przykład Wach (op. cit., s. 3) ograniczył się do stwierdzenia, że *die Rücksicht auf Interessen Dritter (...) darf (...) niemals zur Vereitelung des Unschuldsbeweises dienen*. („Wzgląd na interesy osób trzecich (...) nie może nigdy stać się powodem udaremnienia dowodu niewinności”).

²¹ S. Kalinowski: Post. karne — Zarys, cz. og., s. 126.

poprzestać tylko na utrzymaniu prawa odmowy zeznań. Zakaz ich odczytania i ewentualnego posłużenia się nimi jako dowodem sprowadza się — wobec pozorności przestrzegania tego zakazu, skoro sędzia w istocie rzeczy zna treść poprzednich zeznań — do aktu kurtuazji względem osób, które najpierw zeznania złożyły, a dopiero potem oświadczyły, że chcą skorzystać z prawa odmowy zeznań”.

Stanowisko to jest znów wynikiem dostrzegania jednej tylko strony medalu, prezentującej nam art. 95 k.p.k. jedynie jako narzędzie „naprawy” poprzednich „błędów” świadka uprzywilejowanego, który uprawnienie do odmowy zeznań, przysługujące mu już w toku poprzedniego przesłuchania, „lekkomyślnie” zaprzepaścił. Widzimy tu omawianą normę jako typowego satelitę prawnego przepisu poprzedzającego, satelitę przedłużającego w czasie uprawnienia podmiotowe świadka do odmowy zeznań ze skutkiem *ex tunc*.

Gdyby tylko ta jedna strona medalu istniała, można by było ten wniosek autora *de lege ferenda* potraktować jako bardziej lub mniej udaną próbę „odkłamania” instytucji odmowy zeznań, skoro skutki tej odmowy na zasadzie art. 94 k.p.k. nie są i — jak wiadomo — nie mogą być jednoznaczne ze skutkami wypływającymi z art. 95 k.p.k. Rola tego ostatniego przepisu nie ogranicza się jednak do takiego działania. Jest on zbudowany wprawdzie nieprecyzyjnie i trudno na jego podstawie ustalić, czy statuowany w nim przywilej obejmuje tylko tych świadków, którzy w momencie składania poprzedniego zeznania mieli uprawnienie do odmowy świadczenia, tj. pozostawali względem podejrzanego lub oskarżonego w stosunku określonym w art. 94 k.p.k., ale z uprawnienia tego nie chcieli, choć mogli, skorzystać, czy również i tych, którzy z odmowy zeznań skorzystał nie mogli z braku podstawy uprawnienia (brak więzi z podejrzanym lub brak samego podejrzanego), przysługującej im dopiero obecnie.

Na podstawie wykładni werbalnej (zwłaszcza wypływającej z brzmienia początku zdania: „Jeżeli osoba wymieniona w art. 94 złożyła zeznanie (...)”) można by *prima facie* wysnuć wniosek, że art. 95 k.p.k. odnosi się wyłącznie do osób mających już w chwili składania zeznania poprzedniego podstawę uprawnienia, z którego z tych lub innych przyczyn zrezygnowali. Wniosek taki nie byłby jednak słuszny. Wiadomo przecież, że na określonym etapie postępowania przygotowawczego (zarówno w śledztwie, jak i w dochodzeniu poprzedzającym lub zastępującym śledztwo) powstaje tego rodzaju sytuacja, w której świadek mimo że nastąpiło otwarcie procesu oraz mimo że powstał po jego stronie obowiązek złożenia zeznań nie może zrealizować swego przywileju odmowy świadczenia z powodu braku podstawowej przesłanki tego przywileju: osoby podejrzanego.²² Ma to miejsce wtedy, gdy zostało już wydane postanowienie o wszczęciu śledztwa (*in rem* — art. 236 § 1 k.p.k.), brak natomiast postanowienia *in personam*, tj. postanowienia o przedstawieniu zarzutów konkretnej osobie (art. 237 § 1 k.p.k.), na tym etapie postępowania jeszcze nie znanej. Organ procesowy ma oczywiście prawo do wzywania i przesłuchiwania świadków, którzy z przyczyn wyżej przedstawionych nie mogą skorzystać z treści art. 94 k.p.k. Otóż po ustaleniu osoby podejrzanego może się okazać, że jest nim brat świadka, który zeznanie już złożył i który tym sposobem z winy obiektywnego układu procesowego został pozbawiony przywilejów płynących z instytucji odmowy zeznań. Wymieńmy przykładowo inną jeszcze sytuację, w której w toku składania przez świadka zeznania poprzedniego osoba podejrzanego wprawdzie istniała, ale brak było innej przesłanki uprawnienia do odmowy zeznań, a mianowicie wymaganej przez art. 94 k.p.k. więzi rodzinnej, która istnieje obecnie (np. przez zawarcie małżeństwa lub zawiązanie stosunku

²² J. Glaser: Handbuch, t. I, s. 507.

przysposobienia). Jest to odwrotność sytuacji przedstawionej w § 2 art. 94 k.p.k. Nasuwa się nieodparty wniosek, że jeżeli zgodnie z treścią tego paragrafu prawo odmowy zeznań istnieje również po ustaniu małżeństwa i przysposobienia, tzn. jeżeli ustawa, powodując się słusznymi notabene racjami psychologicznymi, tworzy fikcję podstawy uprawnienia, to te same racje muszą odnosić się do podstawy rzeczywistej i jej stosunku do zeznań złożonych w warunkach braku podstawy.

Nie ulega wątpliwości, że art. 95 k.p.k. jest powołany przede wszystkim do otaczania opieką prawną wszelkich możliwych wariantów braku podstawy uprawnienia w momencie składania przez świadka zeznania poprzedniego, tj. zarówno braków w postaci wymaganego stosunku bliskości z istniejącym podejrzanym lub oskarżonym, jak również braków w postaci nieistnienia samego podejrzanego lub oskarżonego.²³ Przysługująca świadkowi aktualnie podstawa do skorzystania z art. 94 k.p.k. konwaliduje za pośrednictwem art. 95 uprzedni brak podstawy. Stosowność tego przepisu jako środka naprawy wcześniejszych błędów świadka, spotykana najczęściej w praktyce, jest z teoretycznego punktu widzenia zagadnieniem peryferyjnym, ilustrującym zaledwie część problematyki tego przepisu.

Nie wydaje się, by w świetle wymagań, jakie stawiane są postępowej ustawie karnoprocesowej, można było z treści tego przepisu zrezygnować jako z narzędzia konwalidacji skutków braku podstawy uprawnienia w stosunku do podstawy istniejącej. Nie można oczywiście na marginesie nie zauważyć, że konwalidacja ta jest mimo wszystko dla zainteresowanego świadka rekompensatą niewspółmierną do poniesionych strat procesowych. Nieporównywalna jest bowiem sytuacja świadka, który nie skorzystał, choćby tego pragnął, z prawa odmowy zeznań w warunkach nieistnienia osoby podejrzanego lub oskarżonego lub braku z nimi wymaganej więzi, z sytuacją tego, kto z uprawnienia swego dobrowolnie zrezygnował.

W rezultacie opowiadam się stanowczo za utrzymaniem odpowiednika tego przepisu w przyszłej polskiej ustawie karnoprocesowej.²⁴

Poruszone zagadnienia stanowią zaledwie część niezwykle kontrowersyjnej i bogatej problematyki odmowy zeznań w procesie karnym. Bardziej dokładne jej omówienie wykracza poza ramy niniejszego artykułu polemicznego, który może być potraktowany jedynie jako próba zasygnalizowania stanowiska odmiennego niż reprezentowane przez J. Dankowskiego.

²³ Daje temu niedwuznacznie wyraz Komisja Kodyfikacyjna (op. cit., s. 197), stwierdzając: „Art. niniejszy (95 — K. Ł.) nie różniła przypadku, gdy osoba wymieniona w art. 108 (94 — K. Ł.) zeznawała poprzednio, będąc uprzedzona o prawie odmowy zeznań, z którego wtedy nie skorzystała, od tych przypadków, gdy osoba ta nie była uprzedzona bądź z winy sądu, bądź dlatego, że wtedy jeszcze stosunek wskazany w art. 108 nie istniał (małżeństwo). We wszystkich przypadkach art. 109 będzie miał zastosowanie, a więc nawet wtedy, gdy poprzednie zeznanie złożono w czasie, kiedy prawo odmowy zeznań jeszcze nie istniało” (podkr. moje — K.Ł.).

²⁴ Postulatowi utrzymania odpowiednika tego przepisu w przyszłej polskiej ustawie karnoprocesowej odpowiada opracowany w 1963 r. projekt k.p.k. (Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1963), który w art. 181 § 1 stanowi: „Jeżeli osoba uprawniona do odmowy złożenia zeznania oświadczy przed rozpoczęciem zeznania na rozprawie głównej, że chce z tego prawa skorzystać, jej zeznanie złożone w postępowaniu przygotowawczym nie może być ani odczytane, ani odtworzone”. Inna zupełnie sprawa to zagadnienie celowości zamieszczenia w projekcie tegoż przepisu § 2, w myśl którego „to samo dotyczy osoby wymienionej w art. 179”. Ten ostatni przepis jest odpowiednikiem obecnego art. 96 k.p.k. Szczegółowe omawianie tego zagadnienia jest w ramach niniejszych wywodów niecelowe.