

PAWEŁ WILIŃSKI

PRAWO DO OBRONY A DOWÓD Z ZEZNAŃ ŚWIADKA INCOGNITO W POLSKIM PROCESIE KARNYM

Prawo do obrony, podlegające w historii wyraźnej ewolucji – od abstrakcyjnie pojmowanej wartości i pustych deklaracji, po zapisane w konstytucjach państw i aktach prawa międzynarodowego bezpośrednie gwarancje jego poszanowania – stanowi dziś fundamentalną wartość dla każdej jednostki. Nie oznacza to jednak, że prawo do obrony ma lub powinno mieć charakter absolutny. Tak jak każde prawo, także i ono podlegać może pewnym ograniczeniom wynikającym z realizacji słusznych praw innych osób. Tylko one jednak uzasadniają mogą ograniczenie prawa do obrony. Ograniczenia te okazać się mogą niezbędne dla realizacji takich wartości, jak choćby prawo każdej osoby występującej w charakterze świadka do bezpieczeństwa, wolności od lęku i zagrożenia.

Wprowadzenie instytucji świadka incognito (anonimowego, utajnionego) do polskiego procesu karnego doprowadziło do bezpośredniego zderzenia dwóch interesów – interesu oskarżonego (z przysługującym mu prawem do obrony) oraz interesu świadka (z jego prawem do bezpieczeństwa i wolności od lęku). Pytanie o dopuszczalność stosowania instytucji świadka anonimowego jest zatem *de facto* pytaniem o znaczenie granic prawa do obrony. Zwolennicy bezwzględnej dominacji prawa do obrony będą zagorzałymi przeciwnikami instytucji świadka incognito. Zwolennicy wyważenia interesów oskarżonego i zagrożonego świadka będą skłonni instytucje tę akceptować i uznawać. Przyszłość instytucji świadka anonimowego zależy więc od tego, jak rozumiane będzie prawo do obrony.

1. Istota zasady prawa do obrony polega na umożliwieniu oskarżonemu (podejrzanemu) odpierania przedstawianych mu zarzutów, kwestionowania przemawiających przeciwko niemu dowodów, a także przedstawiania dowodów na poparcie własnych twierdzeń¹. Jest to jedna z najważniejszych gwarancji współczesnego procesu karnego². Oznacza obronę przed groźącymi konsekwencjami prawnymi, obronę zarówno osobistą, jak i prowadzoną przy pomocy profesjonalnego i wykwalifikowanego obrońcy³. Korzystanie

¹ Zdaniem M. Cieślaka zasada prawa do obrony to dyrektywa uprawniająca, która daje oskarżonemu podmiotowe prawo do obrony, czyli zespół uprawnień obronczych w procesie; zob. M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1971, s. 301.

² Zob. P. Kruszyński, *Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym*, Białystok 1991; zob. też wyczerpujący wykaz literatury dotyczącej prawa do obrony w: *Postępowanie karne. Zbiór przepisów, orzecznictwo i literatura*, pod red. J. Tylmana, Bydgoszcz-Lódź 2002, s. 34-35.

³ Niektórzy autorzy dokonują w związku z tym podziału uprawnień wynikających z prawa do obrony na obronę formalną i materialną, zob. np. S. Śliwiński, *Proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1961, s.195. Wskazuje się jednak na możliwość różnego pojmowania tych pojęć, zob. M. Cieślak, op. cit., s. 302, oraz ich kontrowersyjność, zob. W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. I, Bydgoszcz 1999, s. 83; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. II, Warszawa 1999, s.135-136.

z przysługujących oskarżonemu środków obrony jest jego uprawnieniem, a nie obowiązkiem⁴, nikt więc nie może zmusić go do ich stosowania⁵; z drugiej strony każdy ma obowiązek poszanowania uprawnienia do korzystania z prawa do obrony, a organ procesowy – w zakresie swych kompetencji – ma szczególną powinność umożliwienia oskarżonemu korzystania z przysługujących mu uprawnień⁶.

Zasada prawa do obrony, jako jedna z fundamentalnych wartości przysługujących każdej jednostce na równych zasadach i w równym zakresie⁷, uznawana jest czasem za skutek funkcjonowania zasady kontrydiktoryjności⁸ i wywodzona z szerszej pojmowanej zasady rzetelnego procesu⁹. Przekonuje o tym również fakt, że *expressis verbis* wyrażona została w ustawie zasadniczej, a tym samym zaliczona do rangi zasad konstytucyjnych (art. 42 Konstytucji RP)¹⁰. Prawo do obrony statuuje na gruncie kodeksu postępowania karnego przede wszystkim treść art. 6 k.p.k., na mocy którego oskarżonemu przysługuje prawo do obrony, w tym prawo do korzystania z pomocy obrońcy, o czym należy go pouczyć¹¹. Prawo do obrony, a zwłaszcza jego minimalny zakres, określają także normy prawa międzynarodowego, przede wszystkim art. 14 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz art. 6 ust. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹². Prawo to, w świetle norm prawa międzynarodowego, powinno być zagwarantowane przez regularne respektowanie następujących minimalnych uprawnień oskarżonego¹³:

- a) prawa do szczegółowego poinformowania o przedmiocie oskarżenia w języku zrozumiałym dla oskarżonego;

⁴ Nazywane jest także wolnością oskarżonego do bronięcia się (*freedom of the accused to defend himself*), His Holiness Pope Pius XII, *Adress to the Sixth International Congress of Penal Law*, October 3, 1953.

⁵ Warto zauważyć, że nie są złamaniem tej zasady przepisy art. 79 i 80 k.p.k. regulujące sytuacje, w których oskarżony obywatelnie posiada obronę. Udział obrońcy w tych przypadkach podyktowany jest w szczególności interesem oskarżonego, wobec którego zachodzi podejrzenie, że nie jest w stanie należycie ocenić sytuacji (art. 79 § 1 ust. 1 i 3) i bronić swych interesów (art. 79 § 1 ust. 2 i 4), że istnieje szczególne okoliczności utrudniające obronę (art. 79 § 2), bądź że jest to uzasadnione rangą przedstawionych zarzutów i grożących sankcji lub wynika z faktu pozbawienia wolności stanowiącego istotne ograniczenie swobody działania, a więc także przygotowania obrony (art. 80). Tylko w przypadkach o których mowa w przepisie art. 79 § 1 ust. 1 i 3 (oskarżony jest nieletni, bądź zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego poczytalności) można by mówić o ograniczeniu swobody w zakresie podejmowania decyzji o korzystaniu z prawa do obrony. W pozostałych przypadkach to oskarżony decyduje o zakresie wykorzystania przysługujących mu uprawnień i kierunkach prowadzenia obrony.

⁶ Ale już nie wykorzystania tych uprawnień, co zależy już przede wszystkim od samego oskarżonego.

⁷ Co do gwarancyjnego charakteru prawa do obrony zob. wyrok Sądu Najwyższego z 5 stycznia 2000 r., w którym czytamy m.in.: „naruszenie prawa do obrony zawsze jest uchybieniem mogącym mieć wpływ na treść orzeczenia. Twierdzenie, że nie można mówić o naruszeniu prawa skazanego do obrony wtedy, gdy ujawniona część materiału dowodowego - wedle organu oceniającego ten materiał - jest tak jednoznaczna, iż do skazania go musiałoby dojść i bez wykorzystania utajnionej części materiału dowodowego (np. zeznań świadka incognito), jest rażąco uproszczone i ignoruje gwarancyjną istotę prawa do obrony”.

⁸ M. Cieślak, op. cit., s. 302.

⁹ W. Daszkiewicz, op. cit., tom I, s. 83.

¹⁰ Zob. A. Redelbach, *Sądy a ochrona praw człowieka*, Toruń 1999, s. 244.

¹¹ Oskarżony nazywany jest niekiedy „centralną postacią procesu karnego” - kwestia jego odpowiedzialności za zarzucany czyn jest bowiem przedmiotem procesu, on też najczęściej najlepiej zna przebieg wydarzeń, które dopiero będą ustalane w toku postępowania dowodowego; Z. Doda, A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*, t. I, Warszawa 1995, s. 60.

¹² Zob. szerzej A. Redelbach, op. cit., s. 292-301.

¹³ M. P. Wedrychowski, *Prawo do „uczciwej rozprawy” w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Przebieg Sądowy” 1991, t. 2, s. 74-75; C. Nowak, *Zasada równości broni w europejskim i polskim postępowaniu karnym*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 3, s. 40-44.

- b) prawa do dysponowania odpowiednim czasem i ułatwieniami niezbędnymi do przygotowania obrony;
- c) prawa do korzystania z obrońcy z wyboru, a w przypadku braku odpowiednich środków – do bezpłatnego obrońcy z urzędu, jeżeli jest to uzasadnione dobrem wymiaru sprawiedliwości¹⁴;
- d) prawo do czynnego brania udziału w postępowaniu dowodowym oraz wnoszenia o powołanie świadków obrony;
- e) prawo do bezpłatnego korzystania z pomocy tłumacza, jeżeli oskarżony nie włada językiem używanym na rozprawie.

2. Prawo do obrony nie ma jednak charakteru absolutnego i stąd wynikające z niego uprawnienia podlegać muszą ograniczeniom¹⁵. Jak słusznie podkreśla M. Cieślak, prawo do obrony obowiązuje na gruncie danego systemu prawnego tylko w granicach i formach określonych przepisami tego systemu¹⁶. Procesowe prawo do obrony nie może oznaczać np. „prawa do zabicia oskarżyciela, do zniszczenia akt sądowych, do fałszowania dowodów, terroryzowania organów procesowych”¹⁷. Ograniczenia te są między innymi skutkiem kolizji prawa do obrony z innymi słusznymi prawami poszczególnych podmiotów. Możliwe, a niekiedy konieczne są odstępstwa podyktowane w szczególności efektywnością procesu karnego¹⁸. Istnieją ponadto inne podstawowe i chronione wartości społeczne, które należy respektować. Na gruncie ustawy karnoprocesowej do wartości tych zaliczyć można np. słuszny interes prawny innych uczestników postępowania¹⁹. Uzasadnieniem ograniczenia zakresu uprawnień wynikających z prawa do obrony może być np. prawo do poszanowania godności innych stron procesowych, prawo do wolności od lęku i poniżenia świadka, prawo do oskarżenia i żądania ponie-

¹⁴ Zob. na ten temat A. Redelbach, op. cit.

¹⁵ Trzeba mieć na uwadze fakt, że prawa człowieka podzielić można na takie, których zakres ochrony nie być może ograniczony i nie mogą istnieć żadne wyjątki od tej zasady (dotyczy to np. zakazu tortur i nie-ludzkiego traktowania) oraz takie, w których konstytucyjny zakres ochrony może zostać zawężony przez ustawodawcę dla ochrony innych cennych wartości jednostkowych lub społecznych (np. tajemnica korespondencji, prawo do wolności). Ograniczeń tych jednak nie może wprowadzać akt niższej rangi niż ustawa; K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 45-46; zob. też L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 1999, s.103.

¹⁶ Przypomnieć tu należy, że prawa człowieka jako takie mogą mieć aspekt procesowy, tj. właśnie odpowiedni kształt procedury karnej, oraz aspekt materialny, jako obowiązki nałożone na innych. Rola praw proceduralnych jest wyznaczenie form ingerencji państwa w sferę praw materialnych; K. Wojtyczek, op. cit., s. 38-39. Granicę ingerencji państwa w sferę praw człowieka określają przepisy Konstytucji; w tym zakresie zob. np. S. Wronkowska, *Postulat jasności prawa i metody jego realizacji*, „Państwo i Prawo” 1976, nr 10.

¹⁷ M. Cieślak, op. cit., s. 302-303. Autor słusznie podkreśla, że takiego prawa do obrony nie przyszanje oskarżonemu żaden system prawny, a także w zakresie tego, co może być traktowane jako rozsądne środki obrony, istnieją przecież (i istnieć muszą) odpowiednie ograniczenia prawne.

¹⁸ W prawie cywilnym ograniczenia takie dotyczą np. prawa własności, które ograniczone być może ze względu na interes innych osób; zob. art. 142, 145, 148, 149, 150 k.c.; por. też H. Izdebski, M. Malek, *Kodeks cywilny a działalność gospodarcza. Komentarz, orzecznictwo, skorowidz*, Łomianki 2000/2001, s. 204-205, 209-214.

¹⁹ Jak słusznie podkreśla M. A. Nowicki, w postępowaniu karnym mogą się pojawić konkurencyjne interesy, takie jak bezpieczeństwo państwowe, potrzeba ochrony świadków narazonych na zemstę albo zachowanie tajemnicy policyjnych metod śledczych, które należy rozważyć na tle prawa oskarżonego. W niektórych sprawach trzeba uniemożliwić obronie dostęp do niektórych dowodów, aby zabezpieczyć fundamentalne prawa innej osoby lub ważny interes publiczny. Środki ograniczające prawo do obrony – jeśli mają być zgodne z art. 6 ust. 1 – nie mogą jednak wykraczać poza granice konieczności. Poza tym rzetelność procesu wymaga, aby wszelkie wynikające z tych ograniczeń trudności obrony były wystarczająco zrównoważone przez procedurę sądową (*Rowe i Davis v. Wielka Brytania*, wyrok ETPCz z 16 lutego 2000 r., raport Komisji z 20 października 1998 r.); zob. M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo 2000*, cz. I, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2000, s. 88-90.

sienia odpowiedzialności karnej za popełniony czyn przestępny. Nieunikniona kolizja takich dóbr prowadzić musi do wyważonego i rozsądnego kompromisu²⁰.

Należy uczynić w tym miejscu jedno zasadnicze zastrzeżenie. Zasada prawa do obrony, jako wyznaczająca przysługujące oskarżonemu uprawnienia, nie może doznawać ograniczeń wykraczających poza ściśle określone, wynikające wprost z przepisów ustawy przypadki. Uszczuplenia przysługujących oskarżonemu uprawnień muszą być bezwzględnie traktowane jako wyjątki od zasady i na tej podstawie niedopuszczalna jest ich rozszerzająca interpretacja. Należy przyjąć, że ograniczenia te są tylko wtedy uzasadnione i uprawnione, kiedy wynikają wprost z brzmienia przepisów.

Bezwzględny prymat zasady do obrony, ponad innymi chronionymi wartościami, sprzeczny byłby z zasadą słuszności, a przede wszystkim oznaczałby ograniczenie innych zasad procesowych i naruszenie rzetelności postępowania. A. Murzynowski, akcentując konieczność wytyczenia granic prawa do obrony, wskazywał na dwa główne elementy wyznaczające owe granice:

- a) zakaz naruszania przez oskarżonego jego obowiązków procesowych, przewidzianych wyraźnie przez przepisy k.p.k.,
- b) niedopuszczalność naruszenia przepisów prawa karnego materialnego, tj. takiego wykonywania prawa do obrony, które sprowadza się do popełniania nowych przestępstw²¹.

W kontekście przedstawionych powyżej uwag do elementów tych dołączyć należałoby jeszcze co najmniej jeden element:

- c) zakaz takiego wykonywania prawa do obrony, które prowadzi do naruszenia słusznych interesów innych uczestników postępowania karnego.

3. Z istotnym ograniczeniem możliwości wykorzystania przysługujących oskarżonemu uprawnień wiąże się wprowadzenie do postępowania karnego instytucji świadka incognito²². To właśnie kwestia ograniczenia zakresu prawa do obrony, ze względu na specyfikę instytucji świadka incognito, jest – jak słusznie zauważył J. Tylman – „problemem, który interesuje i niepokoi teorię, rzuca cień na praktykę i stanowi przedmiot troski m.in. Sądu Najwyższego. Dylemat – co ważniejsze, czemu dać pierwszeństwo, prawu do obrony, czy ochronie świadka, skłania część środowisk prawniczych do generalnego wypowiedzania się przeciwko instytucji świadka incognito²³. W doktrynie dość powszechnie wskazuje się na naruszenie prawa do obrony

²⁰ Zwraca na to uwagę K. Wojtyczek podkreślając, że ograniczenie niektórych praw wiąże się z zasadą proporcjonalności, zgodnie z którą ingerencję w czyjeś prawo można usprawiedliwić jedynie koniecznością ochrony innego dobra; K. Wojtyczek, op. cit., s. 141.

²¹ A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1984, s. 277.

²² Por. P. Hofmański, „Świadek anonimowy” w polskim procesie karnym?, „Przegląd Policyjny” 1994, nr 2-3, s. 31; zob. też J. Wojciechowski, *Jeszcze raz o świadku incognito*, „Rzeczpospolita” z 12 czerwca 1995 r.

²³ J. Tylman, *Dylematy instytucji świadka incognito*, w: *Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana Profesorowi Tadeuszowi Nowakowi*, pod red. S. Stachowiaka, Poznań 2002, s. 80; J. Tylman, *Świadek anonimowy – instytucja kontrowersyjna. Artykuł recenzyjny*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 6, s. 77.

oskarżonego²⁴, jego uszczuplenie, utrudnienie realizacji prawa do obrony²⁵, jako skutek wprowadzenia anonimowego dowodu do procesu karnego. Pojawiają się również i bardziej radykalne głosy uznające, iż jest to pozbawienie oskarżonego prawa do obrony²⁶. Ciekawie kwestia ta przedstawia się w opinii praktyki, odzwierciedlonej w wynikach badań ankietowych prowadzonych przez autora w latach 2000-2001²⁷. Wśród ankietowanych prokuratorów i sędziów na pytanie „Czy instytucja świadka anonimowego wpływa na sytuację oskarżonego w postępowaniu karnym?” (pytanie 28) 36,8% odpowiedziało, że może wpłynąć, zaś 15,6%, że wpływa w każdym przypadku. Aż 31,4% ankietowanych uznało jednak, że nie wpływa, o ile oskarżony wykorzysta wszystkie przysługujące mu uprawnienia (co uznać należy za wysoki procent), a 15,6% uznało zdecydowanie, że nie wcale wpływa na tę sytuację. Kolejne pytanie ankiety, pomocnicze w stosunku do pytania poprzedniego, dotyczyło tego, czy wpływ ten jest pozytywny czy negatywny? Na pytanie to uzyskano niewątpliwie interesujące odpowiedzi, bowiem najczęściej (prawie 41%) respondentów uznało, że wpływ ten jest pozytywny. 36,8% ankietowanych widzi negatywne skutki udziału świadka anonimowego w postępowaniu na sytuację oskarżonego, a ponad jedna piąta (22,2%) nie udzieliła odpowiedzi na to pytanie. Stosunkowo niewysoki odsetek ankietowanych, którzy w instytucji świadka anonimowego dostrzegają bezwzględne naruszenie prawa do obrony, potwierdzają odpowiedzi na pytanie 30 ankiety. 22,6% respondentów uznało, że instytucja ta negatywnie wpływa na skuteczność obrony, zaś 13,5%, że na zakres uprawnień oskarżonego. Aż 63,2% respondentów uznało jednak, że nie wpływa ona negatywnie.

„Wprowadzając omawianą instytucję do naszego systemu procesowego ustawodawca uznał jednak, że życie i zdrowie (z reguły uczciwego) świadka i jego najbliższych, jest ważniejsze niż ‘modelowe’, pełne, jak gdyby nie podlegające ograniczeniom prawo do obrony oskarżonego”²⁸. Pytaniem, które

²⁴ Wskazują na nie m.in. autorzy: P. Hofmański, *Świadek anonimowy w procesie karnym*, Kraków 1998, s. 26 i nast.; A. Wąsek, *Świadek anonimowy w rzetelnym procesie karnym*, w: *Kierunki i stan reformy prawa karnego*, pod Red. T. Bojarskiego i E. Skretowicza, Lublin 1995, s. 84; M. Piachta, *Świadek anonimowy w świetle orzecznictwa strasburskiego*, „Przegląd Sądowy” 1998, nr 11-12, s. 38; E. Sadzik, K. Zgryzek, w: *Kodeks postępowania karnego*, t. I, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 1999, s. 698; B. Gronowska, *Świadek anonimowy i świadek koronny – polskie rozwiązania prawne w kontekście europejskich standardów ochrony praw człowieka*, w: *Nowe prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne. Księga ku czci Profesora Wiesława Daszkiewicza*, pod red. T. Nowaka, Poznań 1999, s. 255 (ograniczeniu podlegają zasady kontryktryjności i jawności wewnętrznej, s. 257); A. Czapigo, w: *Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, pod red. P. Kruszyńskiego, Warszawa 1999, s. 214; zob. też W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. II, Bydgoszcz 2001, s. 109.

²⁵ Tak T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz.*, Kraków 1998, wyd. I, s. 377; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz.*, Kraków 2001, wyd. II, s. 455, ale zgodna jest z orzecznictwem Trybunału Strasburskiego (wyd. I, s. 378; wyd. II, s. 455). Zob. też S. Wyciszczak, *Świadek incognito*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 1, s. 39; zob. też B. Kolański, T. Kulikowski, *Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 1999 r.*, sygn. I KZP 21/98 (w części dotyczącej uzasadnienia), „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 4, s. 103.

²⁶ Zob. J. Kondracki, R. Baszuk, *Anonimowy świadek czyli pozbawienie oskarżonego prawa do obrony*, „Rzeczpospolita” z 1 czerwca 1995 r.

²⁷ Badania prowadziłem od listopada 2000 r. do października 2001 r. wśród sędziów oraz prokuratorów. Objęły one ostatecznie swym zasięgiem obszar 7 prokuratur okręgowych oraz 2 sądów okręgowych. Łącznie uzyskano 576 ankiet, w tym (w kolejności przeprowadzania ankiety): Sąd Okręgowy w Poznaniu – 37 ankiet; Prokuratura Okręgowa w Szczecinie – 130 ankiet; Prokuratura Okręgowa w Poznaniu – 82 ankiety; Prokuratura Okręgowa w Gorzowie Wielkopolskim – 49 ankiet; Prokuratura Okręgowa w Zielonej Górze – 64 ankiety; Sąd Okręgowy w Łodzi – 40 ankiet; Prokuratura Apelacyjna w Lublinie (Prokuratura Okręgowa w Siedlcach; Prokuratura Okręgowa w Lublinie, Prokuratura Okręgowa w Zamościu) – łącznie 174 ankiety.

²⁸ J. Tylman, op. cit., s. 89.

ma zasadnicze znaczenie, nie jest więc pytanie o zasadność i legalność tego ograniczenia, wynikające z ważenia słusznych interesów świadka i oskarżonego, lecz pytanie o dopuszczalne jego granice. Kwestią podstawową jest wytyczenie takich ram, które z jednej strony nie oznaczają łamania i odrzucenia zasady prawa do obrony, a z drugiej strony zabezpieczają w niezbędnym zakresie interes oskarżonego. Istotny jest więc nie tylko ów zakres uszczuplenia uprawnień oskarżonego ale i zakres innych środków procesowych zdolnych rekompensować te naruszenia.

4. Prawo do obrony, rozumiane jako element rzetelnego procesu karnego, było wielokrotnie przedmiotem zainteresowania (orzeczeń) Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W tym miejscu należy przytoczyć uwagi poczynione w kontekście dowodu z zeznań świadka anonimowego. Trybunał stwierdził naruszenie prawa do obrony polegające w szczególności na tym, że:

- a) w sprawie *Unterpertinger v. Austria*²⁹ oskarżony i obrońca nie brali udziału w przesłuchaniu w postępowaniu przygotowawczym świadków, którzy nie składali już zeznań na rozprawie, a odczytane zeznania świadków anonimowych stanowiły postawę ustaleń faktycznych sądu;
- b) w sprawie *Kostovski v. Holandia*³⁰ oskarżony i obrońca nie brali udziału w przesłuchaniu świadków anonimowych; na rozprawie odebrano zeznania od przesłuchujących świadków funkcjonariusza policji i sędziów śledczych; prawo do zadawania pytań zostało ograniczone w ten sposób, że z 14 zadanych pytań obrońca uzyskał odpowiedź tylko na 2;
- c) w sprawie *Windisch v. Austria*³¹ oskarżony i obrońca nie mieli możliwości uczestniczenia w przesłuchaniu świadków; na rozprawie zeznawali przesłuchujący świadków funkcjonariusze policji; umożliwiono zadawanie świadkom pytań w formie pisemnej, ale w znacznie ograniczonym zakresie;
- d) w sprawie *Delta v. Francja*³² oskarżony i obrońca nie brali udziału w przesłuchaniu świadków, którzy nie zostali przesłuchani na rozprawie (zeznania składał funkcjonariusz policji), a także nie mieli możliwości zadawania pytań świadkom i kwestionowania wiarygodności ich zeznań;
- e) w sprawie *Lüdi v. Szwajcaria*³³ świadek (tajny agent policji) złożył jedynie pisemne zeznania, nie został przesłuchany ani przez sąd, ani

²⁹ *Unterpertinger v. Austria*, case nr 1/1985/87/134; zob. omówienia w języku polskim: M. Plachta, *Świadek anonimowy w procesie karnym...*, op. cit., s. 116; M. Plachta, *Świadek anonimowy w świetle orzecznictwa...*, op. cit., s. 41-42.

³⁰ Zob. w tej sprawie: *Decision of the ECHR from 3 XII 1985, Kostovski v. Holandia*, 20.11.1989, A. 166, (judgement); *Judgement from 29.03 1990 r.*; report *Kostovski v. The Netherlands* from 12.05.19...; *case of Kostovski against the Netherlands*, RES-54, from 09.06.19; zob. J. A. Frowein, W. Puekert, *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK - Kommentar, Strassburg -Arlington 1996*, s. 235.

³¹ Zobacz w tej sprawie: *Case of Widnisch v. Austria (Article 50), Judgement of 27 IX 1990*, Series A 255-D; przede wszystkim *Judgement of 27 IX 1990*, Series A. 186, par. 27-31.

³² Skarga 00011444/85, numer sprawy 26/1989/186/246; *case of Delta v. France, Judgement of 19 XII 1990*, Series A 191-A..

³³ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 15 czerwca 1992 r., *case of Lüdi v. Switzerland* A. 238, 17/1991/269/340.

sędziego śledczego; obrona nie miała możliwości nawet pisemnego formułowania pytań;

f) w sprawie *Saidi v. Francja*³⁴ świadkowie incognito nie zostali przesłuchani na rozprawie, nie umożliwiono też oskarżonemu ustosunkowania się do stawianych zarzutów i formułowania pytań do świadków;

g) w sprawie *Van Mechelen i inni v. Holandia*³⁵ świadkowie na wniosek obrońców zostali ponownie przesłuchani przez sędziego śledczego; w trakcie przesłuchania w osobnym pomieszczeniu (gdzie przesłuchanie był słyszalne) znajdowali się prokurator, oskarżony i obrońca Strony miały możliwość zadawania pytań (choć nie na wszystkie uzyskały odpowiedź), treść wszystkich pytań została umieszczona w protokole z przesłuchania, obrona nie miała jednak możliwości obserwowania reakcji świadków na zadawane pytania.

Trybunał uznał natomiast, że prawo do obrony zostało zachowane w sprawie *Doorson v. Holandia*³⁶. W tym przypadku obrońca oskarżonego uczestniczył w przesłuchaniu dwóch z sześciu świadków incognito (trzech spośród nich „zniknęło” w nie ustalonych przez sąd okolicznościach, czwarty został deportowany) i miał możliwość zadawania im pytań. W orzeczeniu swym Trybunał stwierdził, że w sytuacji istnienia realnego (stwierzonego) zagrożenia bezpieczeństwa świadka były to wystarczające „mechanizmy przeciwwagi” dające możliwość korzystania z przysługujących oskarżonemu gwarancji procesowych. Zwrócił też uwagę, że państwo ma obowiązek zapewnienia w toku procesu bezpieczeństwa osobistego świadka, jego życia, wolności i prywatności. Wskazał wreszcie, że postulat rzetelności postępowania nakazuje stworzenie takiego modelu, który równoważyłby interesy oskarżonego w zakresie prawa do obrony i interesy świadków w zakresie poszanowania ich dóbr osobistych.

W sprawie *Kok v. Holandia* Trybunał nie dopatrył się naruszenia prawa do obrony w sposobie przesłuchania świadka incognito³⁷. Świadek został przesłuchany z wykorzystaniem urządzeń do przekazu dźwięku na odległość. W trakcie przesłuchania znajdował się w pomieszczeniu, w którym przebywali także sędzia śledczy, sekretarz sądu i dwóch policjantów, w tym jeden obsługujący urządzenia techniczne. W drugim pomieszczeniu przebywali prokurator, obrońca oskarżonego, Prokurator Generalny Sądu Apelacyjnego w Amsterdamie i policjant obsługujący urządzenia techniczne. Użyte połączenie dźwiękowe umożliwiała opóźnienia w transmisji przekazu. Odpowiedzi świadka były wysłuchiwane najpierw przez sędziego śledczego przy wyłączonym przekazie dźwiękowym, później zaś, jeśli sędzia uznawał, że odpowiedzi nie narażają bezpieczeństwa świadka, powtarzane za pomocą

³⁴ Skarga 00014647/89, nr 33/1992/378/452; zob. w tej sprawie *Case of Saidi v. France, Judgement of 20 IX 1993, Series A 261 C.*

³⁵ *Case of Van Mechelen and Others v. The Netherlands*, Judg. 23 April 1997, zob. też: Decision of the European Commission of Human Rights of 15 V 1995 r., 55/1996/674/861-864, Judgement of 20 X 1997, report of 27 II 1996, report of 19 I 1999.

³⁶ Skarga 00020524/92, nr 54/1994/501/583; zob. w tej sprawie *Case of Doorson v. The Netherlands*, Judgement of 26 III 1996, reports 1996 II.

³⁷ *Case of Kok v. the Netherlands*, (appl. 43149/98), Decision as to the admissibility of 4 July 2000.

połączenia dźwiękowego osobom w drugim pomieszczeniu. Świadek odpowiadał także na pytania obrony, w tym na 90 pytań przesłanych uprzednio faxem przez obrońcę. Sędzia śledczy nie dopuścił do odpowiedzi na niektóre z pytań obrońcy, jako przyczynę odrzucenia podając najczęściej brak związku ze sprawą lub bliski związek pytań z tożsamością świadka. Badając zarzut naruszenia prawa do rzetelnego procesu i do weryfikacji zeznań świadków zeznających na niekorzyść oskarżonego, Trybunał uznał, że zastosowana procedura umożliwiła maksymalne w tych okolicznościach zbliżenie zasad przesłuchania do zasad jawnego przesłuchania przed sądem i uznał, że prawo do obrony było respektowane w stopniu wystarczającym.

Na tle przytoczonych orzeczeń zauważyć można – po pierwsze – że Trybunał niejednokrotnie stwierdzał w swych orzeczeniach, iż w związku z wykorzystaniem instytucji świadka anonimowego³⁸ dochodziło do istotnych naruszeń prawa do obrony. Naruszenia te były na tyle daleko idące, że naruszały rzetelność postępowania i stanowiły podstawę do stwierdzenia naruszenia podstawowych praw oskarżonego. Zauważyć należy jednak, że sprowadzały się one w istocie do:

- a) przesłuchania świadka jedynie we wstępnej fazie postępowania i odstąpienia od przesłuchania na etapie postępowania sądowego,
- b) uniemożliwienia oskarżonemu i obrońcy udziału w przesłuchaniu,
- c) uniemożliwienia formułowania i zadawania pytań,
- d) zbytniego ograniczenia zakresu udzielanych odpowiedzi.

Po drugie – zdaniem Trybunału – samo zastosowanie instytucji świadka anonimowego nie oznacza naruszenia prawa do obrony. Jest to stwierdzenie niezwykle istotne i warte podkreślenia. Udział świadka anonimowego nie jest jednoznaczny z naruszeniem prawa do obrony. Trybunał wskazał na te mechanizmy, które powinny być uwzględnione oraz określił minimum uprawnień, które muszą być zapewnione, by można było powiedzieć, że prawo oskarżonego do obrony zostało mu zapewnione w wymaganym zakresie.

5. Powracając na grunt polskiej ustawy karnoprocesowej zwrócić należy uwagę na treść prawa do obrony i rozpatrywać ją zawsze w kontekście konkretnej sytuacji. Wynikające z prawa do obrony uprawnienia oskarżonego mogą w odniesieniu do instytucji świadka anonimowego znaleźć zastosowanie w zakresie:

- 1) weryfikacji postanowienia o zachowaniu w tajemnicy tożsamości świadka,
- 2) dostępu do materiałów postępowania przygotowawczego,
- 3) udziału w przesłuchaniu świadka incognito,
- 4) prawa do zadawania mu pytań,
- 5) prawa do otrzymywania odpowiedzi,
- 6) dostępu do protokołów przesłuchań.

ad. 1). Na podstawie przepisu art. 184 § 5 k.p.k.³⁹ oskarżonemu przysługuje zażalenie na postanowienie o zachowaniu w tajemnicy tożsamości

³⁸ Nie zawsze bowiem, jak widać, było to związane z wykorzystaniem dowodu z zeznań świadka incognito, który był bardzo często zastępowany dowodem z zeznań przesłuchującego świadka funkcjonariusza policji czy też sędziego śledczego.

³⁹ Odpowiednio art. 180 § 5 projektu k.p.k. z 1995 r. oraz art. 164a § 5d. k.p.k.

świadka⁴⁰. Prawo do wniesienia zażalenia służyć ma przede wszystkim kontroli merytorycznej wydanego postanowienia i ma być jednocześnie gwarancją tego, że instytucja ta nie będzie nadużywana w praktyce działania organów procesowych⁴¹. W treści zażalenia należy wskazać podstawy prawne i faktyczne uzasadniające – zdaniem wnoszącego pismo – żądanie jego uwzględnienia, w uzasadnieniu zaś należy w sposób szczegółowy i wyczerpujący wymienić wszystkie okoliczności, które przemawiają za uwzględnieniem zażalenia. Szczególna rola uzasadnienia wynika z faktu, że ani oskarżony, ani jego obrońca nie będą mogli wziąć udziału w posiedzeniu sądu rozpatrującego zażalenie i tym samym osobiście zaprezentować własnych racji.

Na podstawie przepisu art. 126 § 2 k.p.k. w kwestii przywrócenia terminu orzeka sąd albo prokurator, przed którym należało dokonać czynności⁴². Sąd właściwy do rozpatrzenia zażalenia kontroluje zasadność decyzji dotyczącej przywrócenia terminu⁴³. Od orzeczenia wydanego przez sąd na skutek złożonego zażalenia środek odwoławczy nie przysługuje, a wniesienie zażalenia nie wstrzymuje wykonania zaskarżonego postanowienia (art. 462 § 1 k.p.k.). Analizując zakres i treść zażalenia warto także zwrócić uwagę na to, czym jest w rzeczywistości wniesienie zażalenia dla oskarżonego. Jest to działanie mające na celu eliminację dowodu, którego przeprowadzenie oznaczać będzie – po pierwsze – ograniczenie zakresu niektórych uprawnień procesowych, a po drugie – oddalenie dowodu, który jest środkiem potencjalnie niekorzystnym dla oskarżonego. Uwzględnienie zażalenia będzie więc pozytywnie wpływać na jego sytuację. Rozpatrując zażalenie sąd bada przede wszystkim zasadność utajnienia, a więc istnienie przesłanek, o których mowa w przepisie art. 184 § 1 k.p.k., oraz zachowanie procedury utajnienia okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, w tym danych osobowych świadka, jeżeli nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie⁴⁴.

ad. 2). Oskarżonemu (podejrzanemu) przysługuje prawo do zaznajomienia się z materiałami postępowania przygotowawczego (śledztwo – art. 313 § 3, art. 321 k.p.k., dochodzenie – art. 325a k.p.k.) oraz prawo do udziału w czynnościach śledztwa lub dochodzenia, w tym także w przesłuchaniu świadka (art. 316-318 k.p.k.). Prawo do udziału w czynnościach postępowania przygotowawczego nie ma jednak charakteru bezwzględnego, o czym świadczą przepisy art. 316 § 2, 317 § 2 k.p.k. Także więc w odniesieniu do materiałów związanych ze świadkiem anonimowym istnieć będą określone ograniczenia, wynikające przede wszystkim z konieczności ochrony tajemnicy tożsamości świadka. Podejrzany nie będzie miał dostępu do tych wszyst-

⁴⁰ Postulat w zakresie ewentualnego wprowadzenia zażalenia zgłaszał już w 1995 r. S. Waltoś, *Dylematy ochrony świadka w procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 2, s. 50; zob. jednak A. Wąsek, *Opinia o ustawie z dnia 25 maja 1995 r. o zmianie kodeksu postępowania karnego* (druk senacki nr 230), Zeszyty Biura Studiów i Analiz Kancelarii Senatu 1995, nr 255, s. 7.

⁴¹ Zob. A. Wąsek, op. cit., s. 83.

⁴² Por. *Uchwała SN z 17 IX 1997*, IKZP 19/97, OSNKW 1997, nr 11-12, poz. 93; *Postanowienie SN z 16 IX 1997*, V KZ 123/97, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 2, wkładka, s. 9.

⁴³ Por. W. Daszkiewicz, *Proces karny. Część ogólna*, Poznań 1995, s. 234.

⁴⁴ Por. R. A. Stefański, w: *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*; pod red. Z. Gostyńskiego, Warszawa 1998, s. 503.

kich dokumentów, materiałów lub ich fragmentów, które umożliwić będą ujawnienie tożsamości świadka. Zostaną one wyłączone z akt sprawy, zakres wyłączeń w postępowaniu przygotowawczym określa w drodze zarządzenia prokurator (w zakresie akt sądowych – sędzia)⁴⁵. W aktach znajdują się natomiast uwierzytelnione odpisy tych dokumentów i materiałów⁴⁶.

ad. 3). Oskarżony ma prawo do udziału w przesłuchaniu świadków⁴⁷. Uprawnienie to jest jednym z podstawowych przejawów prawa do obrony i – o ile będzie to możliwe – należy zapewnić oskarżonemu i jego obrońcy możliwość udziału w tej czynności. Nie zawsze jednak udział ten będzie możliwy i zdarzyć się może, że oskarżony mieć będzie do czynienia jedynie z zeznaniami złożonymi bez jego obecności. Sytuacja taka wynikać może z przyczyn naturalnych (śmierć świadka, pobyt za granicą, niemożność doręczenia wezwania itd.). W ściśle określonych sytuacjach sąd będzie miał więc możliwość odczytania uprzednio złożonych zeznań bez względu na stanowisko oskarżonego w tej sprawie (art. 391 k.p.k.), bądź też w szerszym zakresie, przy braku sprzeciwu z jego strony (art. 392 § 1 k.p.k.). Można na tym tle zauważyć, że przepisy ustawy nie uznają udziału oskarżonego w przesłuchaniu świadków za wymóg bezwzględny, którego niespełnienie oznacza złamanie prawa oskarżonego do obrony i deprecjacja dowodu z zeznań świadka⁴⁸. Prawo do obrony nie zostanie naruszone, o ile oskarżony będzie miał możliwość kwestionowania zeznań świadka.

Argumentów przemawiających za tezą, że nieobecność oskarżonego na przesłuchaniu świadka nie stanowi samo przez się złamania zasady prawa do obrony, dostarcza także brzmienie przepisu art. 184 § 3 k.p.k. Zgodnie z nim przesłuchanie świadka może (ale nie musi) być przeprowadzone z udziałem oskarżonego lub obrońcy, udział w przesłuchaniu jest bowiem prawem oskarżonego i jego obrońcy, a nie obowiązkiem. W świetle uchylonego z dniem 1 lipca 2003 r. art. 184 § 4 k.p.k. udział obrońcy i oskarżonego był dopuszczalny tylko o tyle, o ile możliwe było stworzenie takich warunków, które wyłączają możliwość ujawnienia tożsamości świadka. Uznać należy, że szerszy niż dotąd udział oskarżonego i obrońcy w przesłuchaniu świadka incognito wprowadzony został jako wyraz realizacji postulatów wynikających z zasad rzetelnego postępowania (*fair trial*) i prawa do obrony, zawartych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i po części także w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁴⁹.

⁴⁵ Zob. § 3 ust. 1 i 2 rozp. Ministra Sprawiedliwości z 18 czerwca 2003 r. w sprawie postępowania o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka oraz sposobu postępowania z protokołami z zeznań tego świadka; Dz. U. Nr 108, poz. 1024.

⁴⁶ Zasady ich sporządzania określa szczegółowo § 4 rozp. Ministra Sprawiedliwości z 18 czerwca 2003 r. op. cit.

⁴⁷ O jego ograniczeniu na etapie postępowania przygotowawczego była już uprzednio mowa.

⁴⁸ Przypomnijmy, że w świetle art. 164 A d. k.p.k. udział oskarżonego w przesłuchaniu świadka był niedopuszczalny. Zwracano na to uwagę także w piśmiennictwie; zob. np. Hofmański, *Prawo do rzetelnego procesu w sprawach karnych*, w: *Szkola praw człowieka. Teksty wykładów*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka Warszawa 1998, z. 4, s. 69: „Instytucja ta [świadka incognito – P. W.] sprzyjać będzie walce z przestępczością, zwłaszcza z przestępczością zorganizowaną, jednocześnie jednak wprowadzenie jej musi prowadzić do ograniczenia procesowych uprawnień uczestników postępowania, w tym zwłaszcza oskarżonego, który nie będzie mógł mieć bezpośredniego kontaktu z obciążającym go świadkiem”.

⁴⁹ Zob. też P. Wiliński, *Świadek incognito w znolelizowanym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 6, s. 68.

Przesłuchanie świadka incognito możliwe jest tylko przy zachowaniu warunków, o których mowa w przepisie art. 184 § 3 k.p.k., które wyłączają możliwość ujawnienia tożsamości świadka. Pośrednio fakt ten wpływa również na sytuację oskarżonego, albowiem samo przesłuchanie, a więc i udział w nim oskarżonego, uzależnione są od dwóch podstawowych czynników:

- a) czynnika o charakterze obiektywnym – decydującego o tym, czy układ okoliczności danej sprawy pozwala na takie przesłuchanie,
- b) czynnika o charakterze subiektywnym – który ma znaczenie, o ile spełniony jest pierwszy czynnik; sprowadza się on do zapewnienia takich warunków technicznych, które zapewnią bezpieczeństwo świadkowi.

Badanie istnienia pierwszego z tych warunków nastąpić powinno jeszcze przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w przepisie art. 184 § 1 k.p.k.. Niemożliwość jego spełnienia w praktyce wynikać bowiem będzie z tych samych powodów, z których rozważyć należy zasadność wydania postanowienia o utajnieniu świadka – a więc niewielkiej szansy na skuteczne utajnienie świadka. Drugi warunek uzależniony jest przede wszystkim od posiadanych bądź pozostających do dyspozycji środków technicznych. Brak wystarczających środków technicznych będzie skuteczną przeszkodą w przesłuchaniu świadka.

Należy uznać, że zgodnie z brzmieniem art. 184 § 3 k.p.k. nieskorzystanie z prawa do udziału w przesłuchaniu świadka przez oskarżonego i jego obrońcę nie wyłącza prawa do zgłoszenia późniejszego wniosku o ponowne przesłuchanie świadka, w którym obrońca i oskarżony mają prawo wziąć udział.

ad. 4). Niewątpliwie wyrazem realizacji prawa do obrony przysługującego oskarżonemu jest prawo do zadawania pytań przesłuchiwanemu świadkowi⁵⁰. Celem pytań sformułowanych przez oskarżonego i przez jego obrońcę jest wykazanie wiarygodności zeznań składanych na korzyść oskarżonego bądź też braku tej wiarygodności, jeśli zeznania będą niekorzystne. Tak niewątpliwie będzie w przypadku zeznań świadka anonimowego, kiedy oskarżony będzie starał się wykazać, że zeznania świadka z określonych przyczyn nie mają wartości dowodowej. Tożsamość świadka incognito nie jest znana oskarżonemu ani obrońcy, nie będą więc mogli podnosić zarzutów związanych z osobistym stosunkiem świadka do osoby oskarżonego, czy też np. dotyczących potencjalnych korzyści motywujących świadka do złożenia zeznań o takiej, a nie innej treści. Co więcej, na organie przesłuchującym świadka, który zobowiązany jest do ochrony tożsamości świadka (*argum. ex art. 184 § 3 k.p.k.*), spoczywa obowiązek troski, by tożsamość ta, w wyniku przesłuchania, nie została ujawniona. Nie ma jednak podstaw do przyjęcia, by – z wyjątkiem ogólnych przepisów art. 171 § 4 i 6 k.p.k. (dotyczących pytań sugerujących treść odpowiedzi i pytań nieistotnych) – dopuszczalne było ograniczanie przez organ procesowy zakresu sformułowa-

⁵⁰ Por wyrok SN z 9 października 1974 r., I KR 54/74, nie publ.; wyrok SN w składzie 7 sędziów z 28 kwietnia 1977 r., VI KRN 38/77, OSPiKA 1977, nr 10, poz. 169; wyrok SN z 15 stycznia 1988 r., V KRN 341/87, „Nowe Prawo” 1988, nr 11, poz. 117 - cyt. za P. Hofmański, op. cit., s. 110.

nych pytań⁵¹. Do kwestii tej odniósł się w wyroku z 16 kwietnia 1999 r. Sąd Najwyższy zwracając uwagę na fakt, iż prawo oskarżonego i jego obrońcy do udziału w przesłuchaniu świadka anonimowego zawiera prawo do zadawania pytań⁵². W wyroku z 10 grudnia 2001 r. Sąd Najwyższy podkreślił: „Warto także zauważyć, że aktualnie obowiązujący k.p.k. nie zawiera przepisu analogicznego do art. 184a § 4 k.p.k. z 1969 r., który gwarantował oskarżonemu (lub jego obrońcy) prawo do zadawania pytań świadkowi za pośrednictwem sądu. Nie oznacza to wszelako, iżby dopuszczalna była rezygnacja z umożliwienia obronie zadawania pytań pod adresem świadka”⁵³.

Zauważyć należy jednak, że gwarancje, o których mowa, wywodzić można w sposób niewątpliwy z zasady kontradiktoryjności, a także z zasady rzetelnego procesu, o której mowa w art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Dokonując wykładni art. 184 § 3 i 4 k.p.k., zgodnej z art. 6 ust. 3d Konwencji, Sąd Najwyższy raz jeszcze podkreślił obowiązek zapewnienia w postępowaniu jurysdykcyjnym oskarżonemu i jego obrońcy możliwości zadawania pytań pod adresem świadka, „co jest elementarnym warunkiem umożliwiającym podjęcie przez obronę próby weryfikacji dowodowej wartości tych zeznań”.

Tak więc oskarżony i obrońca powinni mieć szeroką możliwość formułowania pytań dotyczących przedmiotu zeznań świadka. Powstaje pytanie o skutki nieskorzystania przez oskarżonego i jego obrońcę z prawa do udziału w przesłuchaniu świadka. Świadoma nieobecność podczas czynności procesowej (przesłuchania) powoduje, że nie kierują oni pytań do świadka. Czy jednak w późniejszym etapie eliminuje to możliwość formułowania takich pytań? Uznać należy oczywiście, że tak nie jest. Podobnie jak prawo do udziału w przesłuchaniu świadka incognito, prawo do zadawania pytań przysługuje oskarżonemu i jego obrońcy jako prawo o charakterze generalnym. Jego konsekwencją jest uprawnienie do formułowania pytań w późniejszym czasie, oczywiście w ramach poszczególnych etapów postępowania sądowego. Pytania te, co do zasady, powinny mieć formę pytań pisemnych, formułowanych za pomocą środków technicznych albo za pośrednictwem organu przesłuchującego, odpowiedzi zaś udzielane powinny być ustnie - o ile oskarżony i obrońca uczestniczą w przesłuchaniu, bądź pisemnie, o ile w nim nie uczestniczą.

ad. 5). Z prawem do zadawania pytań immanentnie i logicznie związane jest uprawnienie do uzyskania odpowiedzi za formułowane pytania. Organ procesowy nie ma podstaw ograniczać uprawnienia do uzyskiwania odpowiedzi na pytania, które ma prawo zadać oskarżony i jego obrońca (dotyczy to także innych uczestników postępowania). Taki pogląd wyraził też Sąd Najwyższy w uchwale z 20 stycznia 1999 r.: „Jest rzeczą oczywistą, że zagwarantowanie obronie uprawnienia, o którym mowa w art. 6 ust. 3

⁵¹ Zob. wyrok SN z 16 czerwca 1999 r., V KKN 22/99 OSNKW 1999, nr 9-10, poz. 58.

⁵² Wyrok SN z 16 czerwca 1999 r., V KKN 22/99, OSNKW 1999 nr 9-10, poz. 58; szerzej zob. pkt 8.1, por. też S. Zablocki, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Karne*, „Palestra” 1999, nr 9-10, s. 178, gdzie autor słusznie podnosi, iż „minimalnym” warunkiem prawa do zadawania pytań jest zapewnienie oskarżonemu możliwości zgłoszenia pytań w formie pisemnej za pośrednictwem sądu lub prokuratora.

⁵³ Wyrok SN z 10 grudnia 2001 r., IV KKN 229/01, dotąd nie publikowany.

pkt d Konwencji, nie jest możliwe poprzez formalne przyznanie prawa do formułowania pytań pod adresem świadków anonimowych; elementarne znaczenie ma zaś to, czy treść tych zeznań zna⁵⁴.

Pewna różnica zachodzi jednak w sytuacji, w której oskarżony formułuje pytania zmierzające do ustalenia tożsamości świadka. Tożsamość świadka jest objęta tajemnicą, a każda odpowiedź na pytanie dotyczące osoby świadka może tajemnicę tę ujawnić. Mimo to trudno byłoby przyjąć, że pytanie dotyczące osoby świadka jest pytaniem nieistotnym i dać tym samym organowi procesowemu możliwość uchylenia pytania (art. 171 § 6 k.p.k.). Taka interpretacja zwrotu „pytanie nieistotne” jest, co prawda, teoretycznie możliwa, ale nader dyskusyjna i naciągana, stąd wydaje się, że trzeba ją odrzucić. Uzasadnienia dla przyznania prawa do uchylenia pytania poszukiwać należy w szerokiej wykładni celowościowej przepisów dotyczących świadka anonimowego. Może nim być konieczność eliminacji działań zmierzających do dekonspiracji świadka. Argument ten nie jest jednak przekonujący, opierać musiałyby się ponadto na zbyt wielu wątpliwych założeniach.

Należy w związku z tym stanąć na stanowisku, że organ procesowy nie ma w świetle obowiązujących przepisów ustawy uprawnienia do uchylenia pytania zmierzającego do ustalenia tożsamości świadka, nie mogąc jednocześnie dopuścić do dekonspiracji świadka. Powstaje kwestia dość problematyczna: w jaki sposób uniknąć niepożądanego ujawnienia tożsamości? Jediną realną możliwością jest pozostawienie przez świadka pytania bez odpowiedzi. Rola organu przesłuchującego będzie w tej sytuacji zwrócenie świadkowi uwagi na możliwość pozostawienia pytań bez odpowiedzi oraz uprzedzenie oskarżonego i obrońcy o bezcelowości zadawania tego rodzaju pytań.

De lege ferenda organ procesowy powinien jednak mieć uprawnienie do uchylenia pytań zmierzających nie do ustalenia okoliczności zdarzenia, a tożsamości świadka i w tym zakresie należałoby postulować wprowadzenie odpowiedniego zapisu w treści przepisu art. 171 k.p.k. Nawet bowiem uchylenie się od odpowiedzi przez świadka może, np. ze względu na treść samego pytania, dostarczyć oskarżonemu określonych informacji. Uchylenie pytania przez organ przesłuchujący wiąże się z mniejszym w tym zakresie ryzykiem. W przypadku uchylenia pytania jego treść powinna zostać jednak umieszczona w protokole przesłuchania i odpowiednio w sporządzonym jego uwierzytelnionym odpisie, dołączonym do akt sprawy.

ad. 6). Oskarżonemu przysługuje również prawo dostępu do akt sprawy (mowa o aktach postępowania sądowego). W tym zakresie mają zastosowanie uwagi, o których mowa była w punkcie 3, dotyczące ograniczenia dostępu jedynie do uwierzytelnionych odpisów dokumentów i materiałów. Dotyczy to przede wszystkim protokołów zeznań świadków. Niedopuszczalne jest utajnianie fragmentów zeznań mających istotne znaczenie dla sprawy, dotyczących opisu przebiegu zdarzenia będącego przedmiotem ustaleń sądu i podstawy odpowiedzialności oskarżonego⁵⁵.

⁵⁴ Uchwała SN z 20 stycznia 1999 r., I KZP 21/98, s. 7; zob. także wyrok SN z 5 stycznia 2000 r., II KKN 391/99 OSNKW 2000, nr 1-2, poz. 13.

⁵⁵ Zobacz w tym zakresie uchwałę SN z 20 stycznia 1999 r., I KZP 21/98, s. 7, OSNKW 1999, nr 1-2.

6. Trudną do przecenienia z punktu widzenia realizacji prawa do obrony oskarżonego jest rola jego obrońcy⁵⁶. Postawa obrońcy wpływa niewątpliwie na zakres realizowanych przez oskarżonego i przysługujących mu uprawnień procesowych⁵⁷, będąc jednocześnie ich uzupełnieniem. Oskarżony, szczególnie pozbawiony wolności, nie jest w stanie wykorzystać wszystkich swych uprawnień. Decydować o tym może przede wszystkim jego niewiedza, a także brak doświadczenia. Szczególnie w sytuacji, w której instytucja świadka anonimowego wymusza na oskarżonym (który chce skorzystać z uprawnień) konieczność szczególnych działań i aktywności, obrońca ma odpowiedzialne zadanie do spełnienia. W przepisie art. 184 § 4 k.p.k. mowa jest wprost o udziale obrońcy w przesłuchaniu świadka, o ile możliwe jest zapewnienie warunków wyłączających możliwość dekonspiracji świadka. Na organie procesowym ciąży wówczas obowiązek uzgodnienia z obrońcą terminu przesłuchania lub zawiadomienia o nim⁵⁸.

7. Nie można w pełni zgodzić się z prezentowanym w piśmiennictwie poglądem, że naruszenie zasady prawa do obrony wynika w znacznej mierze z tego, że oskarżony i obrońca nie mają możliwości obserwacji reakcji zeznań świadka podczas przesłuchania. Jest oczywiste, że spontaniczne i niekontrolowane reakcje osób składających zeznania (mimika, ruchy ciała) mogą dostarczyć dodatkowych informacji o samym świadku i wiarygodności jego zeznań. Mogą, ale nie muszą. W rzeczywistości nigdy nie dokonywano badań, jaki wpływ na wiarygodność i możliwość weryfikacji zeznań świadka ma jego zachowanie⁵⁹. Zbyt daleko idące i upraszczające są zatem argumenty, z których mogłoby wynikać, że to zachowanie, a nie treść zeznań świadka, jest czynnikiem zasadniczym. Co więcej, pamiętać należy o tym, że świadkowie często zdenerwowani faktem składania zeznań, występowaniem przed sądem, zdradzać mogą objawy mylące odbiorców (zbyttnia nerwowość ruchów, napięcie, rozdrażnienie, gwałtowne reakcję na zadane pytania, trudności w skupieniu się, problem z wysłowieniem). Reakcje te nie muszą być związane z treścią pytań czy własnych odpowiedzi, ale z samym faktem zeznawania. Z kolei niektóre osoby reagują odmiennie, prezentując na zewnątrz doskonały monolit braku emocji. Dopuszczalnych reakcji jest niezliczona ilość i tylko niewielka część z nich może dostarczać informacji w zakresie wiarygodności zeznań. Podkreślny raz jeszcze: może, ale nie musi. Obserwacja świadka podczas przesłuchania nie oznacza automatycznie rozpoznania wiarygodności zeznań świadka, a niemożność obserwowa-

⁵⁶ Jak się słusznie wskazuje, rola obrońcy to taka działalność, która nigdy nie może zaszkodzić oskarżonemu; T. Nowak, *Obrona oskarżonego w postępowaniu przyspieszonym*, „Palestra” 1987, nr 10-11, s. 211; zob. też P. Kruszyński, *Realizacja prawa do obrony na rozprawie głównej*, „Studia Iuridica” 1985, t. XII, s. 95 i nast. Dużą wagę przywiązuje do tego zagadnienia w swych orzeczeniach Trybunał Strasburski, zob. w tym zakresie A. Redelbach, *Zasada rzetelności postępowania w rozstrzygnięciach organów strasburskich*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1997, z. 2, s. 38-39.

⁵⁷ W zakresie roli obrońcy w realizacji prawa do obrony oskarżonego zob. J. Pradel, *The criminal justice systems facing the challenge of organized crime*, „International Review of Penal Law” 1998, nr 3-4, s. 688-690.

⁵⁸ Obowiązek taki nie istniał w d. k.p.k. z 1969 r., w świetle brzmienia art. 164, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 16 czerwca 1999 r.: „Nie można zgodzić się z wywodami autora kasacji, że uchynieniem tego sądu było arbitralne oznaczenie terminu przesłuchania poza rozprawą świadka anonimowego, jako że przepis art. 164a k.p.k. z 1969 r. nie przewidywał udziału obrońcy w tej czynności, wobec czego nie istniał obowiązek uzgodnienia z nim terminu przesłuchania lub zawiadomienia o nim”.

nia reakcji świadka nie może być automatycznie utożsamiana ze złamaniem zasady prawa do obrony. Gdyby przyjąć inaczej, złamanie zasady prawa do obrony następowałoby zawsze w sytuacji, w której oskarżony nie uczestniczył w przesłuchaniu świadka, którego zeznania zostały potem odczytane, a więc np. w razie śmierci świadka, czy w przypadku innych okoliczności, o których mowa w art. 391 k.p.k.

8. Mimo że – jak wykazano powyżej – udział oskarżonego i obrońcy w przesłuchaniu nie jest warunkiem koniecznym realizacji prawa do obrony, należy stanąć na stanowisku, że powinien znaleźć szerokie zastosowanie. Tylko w wyjątkowych przypadkach należałoby od niego całkowicie odstąpić, bowiem choć brak udziału oskarżonego lub obrońcy w przesłuchaniu świadka anonimowego nie stanowi jeszcze sam w sobie naruszenia prawa do obrony, to jednak wymaga zastosowania innych środków, które umożliwią oskarżonemu poddanie treści zeznań świadka należytej weryfikacji. Tam, gdzie udział oskarżonego łączyłby się ze zbyt dużym ryzykiem dla świadka, do udziału w przesłuchaniu powinien zostać dopuszczony obrońca oskarżonego.

Rozważając problem abstrakcyjnie i teoretycznie, trudno z całą pewnością określić wszystkie sytuacje, w których dopuszczalna granica zasady prawa do obrony zostaje przekroczona. Istotne znaczenie będzie miała analiza każdego konkretnego układu okoliczności. Niewątpliwie jednak można stwierdzić, że prawo do obrony realizowane będzie w zakresie, który nie przekreśla rzetelności postępowania, jeśli spełnione zostaną co najmniej następujące warunki:

- a) o ile będzie to możliwe, oskarżony lub obrońca powinni uczestniczyć w przesłuchaniu świadka podczas rozprawy,
- b) oskarżony lub obrońca będą mieli możliwość formułowania pytań do świadka oraz uzyskiwania odpowiedzi na pytania dotyczące przedmiotu zeznań, a nie osoby świadka,
- c) pytania, na które świadek nie udzieli odpowiedzi, również umieszczone zostaną w protokole przesłuchań i znajdują się w treści sporządzonego na jego podstawie uwierzytelnionego odpisu.

Należy stanąć na stanowisku, że w tak ukształtowanym modelu przesłuchania świadka zasada prawa do obrony oskarżonego nie dozna naruszenia. Ograniczeniu ulegają bowiem w nim poszczególne uprawnienia i to tylko w niezbędnym, najwęższym z możliwych zakresie, nie zaś sama zasada prawa do obrony. Brak jest również powodów do kwestionowania rozwiązań przyjętych w kodeksie postępowania karnego także z perspektywy przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Kończąc rozważania dotyczące wpływu instytucji świadka incognito na kształt prawa do obrony oskarżonego wyprowadzić można trzy zasadnicze wnioski. Instytucję świadka anonimowego odczytywać należy w układzie trójstronnym: interesów świadka, oskarżonego oraz wymiaru sprawiedliwości. Kształt obowiązujących rozwiązań jest właśnie odzwierciedleniem tego stanu rzeczy. W ujęciu teoretycznym, opartym na analizie obowiązujących przepisów ustawy, kształt wspomnianej zasady procesowej prowadzi do

⁵⁹ Por. *Świadek w procesie sądowym*, pod red. S. Waltosia, Warszawa 1985.

wniosku, że zastosowanie instytucji świadka incognito nie prowadzi do złamania (przekroczenia) granic prawa do obrony. W niektórych przypadkach mówić można o ograniczeniu ich zakresu. Ograniczenia te jednak, usprawiedliwione słusznym interesem innych podmiotów (przede wszystkim świadka), uznać należy za zgodne z wolą ustawodawcy, wynikającą z samego faktu wprowadzenia instytucji. Zakres tych ograniczeń, jak wynika z powyższej analizy, może być różny.

Pytanie o kształt odstępstw oraz o to, czy odstępstwa te w trakcie ich stosowania nie okażą się zbyt daleko idące, może być rozstrzygane wyłącznie w praktyce. Tam, gdzie zagrożenie dla świadka będzie większe, dopuszczalne jest stosowanie ograniczeń dalej idących.

Jako podstawową należy wprowadzić i stosować regułę, w myśl której wszelkie odstępstwa od zasad procesowych, w tym przede wszystkim prawa do obrony, wynikające z wprowadzenia instytucji świadka incognito, rekompensować należy stronom w każdym przypadku, maksymalnie rozszerzając katalog uprawnień i umożliwiać korzystanie z uprawnień przysługujących zawsze, gdy istnieje taka możliwość. Taki sposób postępowania można by określić jako „regułę rekompensowania odstępstw”⁶⁰.

THE RIGHT TO DEFENCE AND EVIDENCE BY TESTIMONY OF AN ANONYMOUS WITNESS

S u m m a r y

The author describes the limits of the right to defence in the context of evidence by testimony of an anonymous witness. In practice, the introduction of the evidence by testimony of an anonymous witness to the Polish criminal system means that the legislator decides to limit the procedural rights of the defendant. The author notices the need to balance the defendant's interest and right to defence against the witness's right to personal security and the resulting prohibition of such execution of the right to defence that would lead to the violation of the fair interest of the other trial participants.

Having analyzed the jurisprudence of the European Court of Human Rights the author comes to the conclusion that also in the light of the Court's verdicts the introduction of an anonymous witness to the criminal procedure does not mean a breach of the right to defence.

The author analyses some particular procedural rights of the defendant related to the evidence by testimony of an anonymous witness and shows to what degree these rights are modified in that situation.

The author claims that whenever the threat to the witness's life, freedom or health is more real and probable, greater limitations to the right to defence shall be accepted. Nevertheless, the procedure of examination of evidence should meet the standards following from procedural rules. The right to defence will be exercised in a way that does not breach the fairness of the trial if at least the following conditions are met: defendant and/or his counsel shall participate in the hearing of anonymous witness during the trial; defendant and/or his counsel shall be allowed to formulate questions to such a witness; they shall have the right to receive answers to the questions concerning the subject matter of the testimony, not the witness himself; questions not answered by the witness shall be included in the protocol of the trial and in its authenticated copy.

The elementary principle to be observed is that, in every single situation, the parties have to compensate for all acceptable and admissible deviations from procedural rules and for the right to defence in particular. In such a situation, the compensation should broaden the rights of the defence and enable the exercise of those rights in practice.

⁶⁰ Propozycja autora wprowadzenia i rozpowszechnienia takiej reguły.