

POSTANOWIENIE

Dnia 29 stycznia 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Grzegorzczak (przewodniczący)

SSN Dorota Rysińska

SSN Michał Laskowski (sprawozdawca)

Protokolant: Łukasz Majewski

przy udziale Prokuratora Prokuratury Generalnej Aleksandra Herzoga
w sprawie A. S.

oskarżonego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. i art. 156 § 1 pkt 2 k.k. w zw.
z art. 11 § 2 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 29 stycznia 2015 r.,

przedstawionych na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Apelacyjny w P.,
postanowieniem z dnia 18 września 2014 r., sygn. akt [...], zagadnień prawnych
wymagających zasadniczej wykładni ustawy:

**„1. Jak należy rozumieć wyrażenie "w związku z przesłuchaniem"
zawarte w dyspozycji art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k.?**

**2. Czy regulacja art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 171 § 7 k.p.k.
dopuszcza przeprowadzenie i wykorzystanie w procesie karnym
dowodu z ekspertyzy wariograficznej dotyczącej osoby, której
przedstawiono zarzuty (podejrzany) lub którą postawiono w stan
oskarżenia (oskarżony)?**

3. Czy art. 199a k.p.k. stanowi samodzielną podstawę przeprowadzenia dowodu z ekspertyzy wariograficznej dotyczącej podejrzanego a nawet oskarżonego?

4. Jeżeli nie jest możliwe poddanie podejrzanego badaniu wariografem w oparciu o regulację art. 199a k.p.k., to czy podstawę wykonania badania i sporządzenia opinii przez biegłego może stanowić art. 192a § 2 k.p.k.?

5. Czy wnioski zawarte w ekspertyzie biegłego mogą zostać wykorzystane wyłącznie na poparcie stanowiska obrony, czy też mogą stanowić pełnowartościowy dowód potwierdzający tezy oskarżenia?”

p o s t a n o w i ł
odmówić podjęcia uchwały.

UZASADNIENIE

Przedstawione Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawne wyłoniły się w następującej sytuacji procesowej.

A. S. oskarżony został między innymi o to, że działając z zamiarem ewentualnym pozbawienia życia W. R., usiłował ją zabić w ten sposób, że wypchnął pokrzywdzoną z okna lokalu mieszkalnego znajdującego się na poddaszu kamienicy [...] w G. i w wyniku upadku pokrzywdzonej na podłoże spowodował u niej ciężki uszczerbek na zdrowiu, to jest o przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. i art. 156 § 1 pkt 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

W toku postępowania przygotowawczego w tej sprawie, po przedstawieniu zarzutu, A. S. przedstawił w toku pierwszego przesłuchania własną wersję wydarzenia, według której pokrzywdzona sama weszła na okno i z niego wyskoczyła, podczas gdy on próbował ją powstrzymać. Na wniosek podejrzanego, na skutek postanowienia prokuratora, przeprowadzono badanie A. S. przy użyciu wariografu i w dniu 24 kwietnia 2012 r. wydana została opinia wariograficzna, której autorka V. A. przesłuchana została następnie przez sąd na rozprawie w dniu 15 marca 2013 r.

Sąd Okręgowy w P., wyrokiem z dnia 16 grudnia 2013 r., [...], uznał A. S. za winnego tego, że w dniu 17 lutego 2012 r. w G., działając z bezpośrednim zamiarem

pozbawienia życia W. R., usiłował ją zabić w ten sposób, że gdy pokrzywdzona znajdowała się w pozycji kucznej na zewnętrznym parapecie okna lokalu mieszkalnego [...] i trzymała się jedną ręką metalowej rurki umocowanej w tym oknie, to oskarżony odgiął palce prawej ręki pokrzywdzonej i popchnął ją tak, że straciła równowagę i upadła z wysokości 8,92 m na podłogę, co spowodowało ciężki uszczerbek na zdrowiu pokrzywdzonej, między innymi w postaci złamania kręgosłupa, miednicy i talerza biodrowego, które to obrażenia stanowią ciężkie kalectwo, przy czym oskarżony działał w warunkach powrotu do przestępstwa, to jest za winnego przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. i art. 156 § 1 pkt 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i art. 11 § 2 k.k. i za przestępstwo to wymierzył oskarżonemu karę 15 lat pozbawienia wolności.

Tym samym wyrokiem uznano A. S. za winnego przestępstw znęcania się nad W. R. i małoletnimi G. W. i A. S., to jest przestępstw z art. 207 § 1 k.k., art. 207 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., a nadto za winnego przestępstwa z art. 276 k.k. i wymierzono mu karę łączną 15 lat pozbawienia wolności.

Uzasadniając wydany wyrok, Sąd Okręgowy w P. odniósł się do dowodu w postaci opinii wydanej przez V. A. Po wywodzie na temat charakteru opinii z badania wariograficznego i sposobu przeprowadzenia badania, w uzasadnieniu wyroku podkreślono, że „przedmiotowa opinia nie może mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy” (s. 76 uzasadnienia, k. 1840 akt). Sąd doszedł do takiego wniosku po stwierdzeniu, że wśród pytań zadanych oskarżonemu w trakcie badania nie było pytania o odginanie palców pokrzywdzonej oraz po przesłuchaniu biegłej, która zeznała, że w pamięci oskarżonego mogły zatrzeć się takie okoliczności jak odginanie palców pokrzywdzonej i jej wypchnięcie. W dalszej części uzasadnienia, w trakcie oceny sporządzonej w tej sprawie opinii Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego, sąd raz jeszcze zaznaczył, że opinia wariograficzna wydana w sprawie A. S. została przez sąd zdyskwalifikowana (s. 78 uzasadnienia, k. 1841 akt).

Obrońca oskarżonego wniósł apelację od wyroku Sądu Okręgowego w P. z dnia 16 grudnia 2013 r., zaskarżając ten wyrok w całości i zarzucając mu m. in. naruszenie prawa procesowego – art. 7 k.p.k., polegające na dowolnej ocenie dowodów dotyczących zarzutu usiłowania zabójstwa W. R. i pozostałych czynów przypisanych oskarżonemu. W apelacji wskazano szereg innych naruszeń przepisów prawa procesowego, do których miało dojść w toku rozpoznania sprawy i wniesiono o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do

ponownego rozpoznania. obrońca sformułował ponadto w apelacji wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych na okoliczność prawidłowości przeprowadzenia dowodu z oględzin miejsca zdarzenia. Uzasadniając pierwszy zarzut apelacji obrońca stwierdził, że bezpodstawnie odrzucono i uznano za niewiarygodną opinię z badania poligraficznego, przy czym w uzasadnieniu apelacji nie przedstawiono argumentacji popierającej to stwierdzenie.

Oskarżony wniósł do Sądu Apelacyjnego w P. własne pismo procesowe, określając je jako załącznik do apelacji, w którym także zarzucił sądowi pierwszej instancji brak wszechstronnego rozważenia wniosków wynikających z opinii z badań wariograficznych, co spowodowało dokonanie ustaleń faktycznych przede wszystkim na podstawie zeznań pokrzywdzonej.

Sąd Apelacyjny w P., w toku posiedzenia w dniu 18 września 2014 r., postanowił na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. zwrócić się do Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie przedstawionych na wstępie zagadnień prawnych wymagających zasadniczej wykładni ustawy. Sąd Apelacyjny podkreślił, że powziął wątpliwość nie tylko co do stwierdzonej przez Sąd Okręgowy nieprzydatności przeprowadzonej ekspertyzy wariograficznej, ale przede wszystkim co do dopuszczalności takiej opinii biegłego po przedstawieniu zarzutów A. S. i złożeniu przez niego wyjaśnień.

W uzasadnieniu postanowienia Sąd Apelacyjny w P. podkreślił, że ustalenie dopuszczalności badań wariograficznych podejrzanego w ramach ekspertyzy biegłego i jej dowodowego wykorzystania wymaga przeprowadzenia wykładni art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k., art. 192a § 2 k.p.k. i art. 199a k.p.k., przy uwzględnieniu relacji, jakie zachodzą między tymi przepisami. Na tym tle sformułowano przedstawione zagadnienia prawne. Rozważenie tych zagadnień ma w ocenie Sądu Apelacyjnego istotne znaczenie dla merytorycznego rozpoznania sprawy. W uzasadnieniu postanowienia przedstawiono następnie trudności interpretacyjne związane z analizą treści wskazanych przepisów i zaznaczono, że nie sposób ich usunąć poprzez odwołanie się do poglądów wyrażanych przez przedstawicieli doktryny i judykatury, albowiem brak jest jednolitego stanowiska w tym zakresie. Przytoczono przy tym obszernie stanowiska wyrażane w piśmiennictwie i orzecznictwie w odniesieniu do istoty badań wariograficznych i możliwości ich wykorzystania w procesie karnym.

Sąd Apelacyjny uznał, że podjęte czynności interpretacyjne prowadzą do różnych wykluczających się rezultatów, a przepisy art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k., art. 192a § 2 k.p.k. i art. 199a k.p.k. budzą wątpliwości i wymagają zasadniczej wykładni

ustawy w kwestiach zawartych w przedstawionych pytaniach, zaś odpowiedź pozwoli na prawidłowe rozstrzygnięcie sprawy A. S. w postępowaniu apelacyjnym.

Prokurator Prokuratury Generalnej wniósł na piśmie o odmowę podjęcia uchwały podnosząc, że sformułowane pytania nie spełniają przewidzianych w art. 441 § 1 k.p.k. warunków do udzielenia odpowiedzi przez Sąd Najwyższy. W ocenie prokuratora istotne jest, że sporządzona w sprawie opinia wariograficzna została uznana przez Sąd Okręgowy za nie mającą znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a w apelacji nie kwestionowano dopuszczalności takiego dowodu, podważając jedynie ocenę merytoryczną. W tej sytuacji, zdaniem prokuratora, odpowiedzi na sformułowane przez Sąd Apelacyjny pytania nie mogą mieć bezpośredniego znaczenia dla rozstrzygnięcia w przedmiocie złożonego środka odwoławczego. Prokurator Prokuratury Generalnej podkreślił również, że problemy podniesione przez Sąd Apelacyjny nie wymagają dokonania zasadniczej wykładni ustawy i wynikają z niedostatecznie wnikliwej oceny obowiązującego stanu prawnego.

Rozpoznając przekazane zagadnienie prawne, Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Przepis art. 441 § 1 k.p.k., stanowiący podstawę wystąpienia sądu odwoławczego do Sądu Najwyższego, dotyczy instytucji procesowej, która stanowi wyjątek od zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu. Sąd odwoławczy w pierwszej kolejności bowiem sam zobowiązany jest dokonać wykładni wchodzących w grę przepisów, a dopiero w sytuacji, w której nie jest w stanie wyjaśnić wątpliwości interpretacyjnych może zwrócić się do Sądu Najwyższego o dokonanie zasadniczej wykładni ustawy. Aby jednak wystąpienie takie doprowadziło do podjęcia uchwały spełnione być muszą warunki wynikające zarówno z treści art. 441 § 1 k.p.k., jak i wykładni tego przepisu prezentowanej w piśmiennictwie i wielokrotnie przedstawianej w orzeczeniach Sądu Najwyższego.

Po pierwsze, przedstawione zagadnienie prawne wyłonić się powinno podczas rozpoznawania środka odwoławczego.

Po drugie, wymagać musi dokonania zasadniczej wykładni ustawy, co oznacza, że zagadnienie to ma charakter ściśle prawny i dotyczy istotnego problemu interpretacyjnego, a więc przepisu lub przepisów, które są lub mogą być rozbieżnie interpretowane w praktyce sądowej, są wadliwie lub niejasno sformułowane, a nadto dotyczą zagadnień ważnych, mających podstawowe znaczenie dla prawidłowego rozumienia i stosowania prawa.

Po trzecie wreszcie, istnieć musi bezpośredni związek pomiędzy przedstawionym zagadnieniem, a rozpoznawaną przez sąd odwoławczy sprawą. Innymi słowy, nawet istotne, rzeczywiste i wymagające zasadniczej wykładni problemy interpretacyjne muszą mieć jeszcze znaczenie dla rozstrzygnięcia rozpoznawanego środka odwoławczego. Nie mogą być to więc, nawet ważne dla funkcjonowania prawa w praktyce, problemy o charakterze abstrakcyjnym (zob. m. in. R. A. Stefański, Instytucja pytań prawnych do Sądu Najwyższego, Kraków 2001, s. 254–261, 352–371; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1998 r., I KZP 16/98, OSNKW 1998, z. 11–12, poz. 48; postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 28 września 2006 r., I KZP 20/06, OSNKW 2006, z. 10, poz. 89; z dnia 24 maja 2007 r., I KZP 10/07, OSNKW 2007, z. 6, poz. 47; z dnia 30 czerwca 2008 r., I KZP 14/08, R-OSNKW 2008, poz. 1360; z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, OSNKW 2010, z. 11, poz. 96).

Odnosząc te wymogi do przedstawionego zagadnienia prawnego i sprawy stanowiącej przedmiot rozpoznania Sądu Apelacyjnego w P. stwierdzić należy, że wprawdzie wskazane przez sąd *ad quem* problemy interpretacyjne wymagają analizy, niemniej, jak trafnie podkreślono we wniosku Prokuratury Generalnej, nie łączą się one z wniesioną apelacją i nie mają bezpośredniego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Uznać zatem należy, że w niniejszej sprawie nie został spełniony warunek bezpośredniego zakotwiczenia przedstawianych zagadnień w realiach sprawy, w której rozpoznawany jest środek odwoławczy. Zauważyć należy, że kwestia dopuszczalności ekspertyzy wariograficznej w postępowaniu nie została podniesiona ani w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, ani w apelacji obrońcy. Zarówno bowiem w uzasadnieniu, jak i w apelacji skupiono się na ocenie merytorycznej wartości opinii. W tej sytuacji sąd odwoławczy wychodzi w swych rozważaniach poza granice środka odwoławczego, o których mowa w art. 433 § 1 k.p.k. Skoro przy tym we wniesionej na korzyść oskarżonego apelacji podniesiono w uzasadnieniu, że wnioski tej opinii zostały bezpodstawnie odrzucone przez sąd, to zważywszy kierunek środka odwoławczego i treść art. 433 § 1 k.p.k. i art. 434 § 1 k.p.k., odpowiedź na piąte pytanie sądu w żaden sposób nie może mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia. Przy rozpoznawaniu wyłącznie apelacji wniesionej na korzyść A. S., granice środka odwoławczego, o których mowa w art. 433 k.p.k. oraz zakaz *reformationis in peius* uregulowany w art. 434 § 1 k.p.k. i tak uniemożliwiają ewentualne wykorzystanie wyników opinii wariograficznej na niekorzyść

oskarżonego. Skoro, co podkreślono na wstępie, Sąd Najwyższy ma dokonywać wykładni określonych przepisów w związku z konkretną sprawą, to związek ten musi zostać wykazany w realiach konkretnego postępowania odwoławczego. Tak nie stało się w przedmiotowej sprawie.

Dodatkowo zauważyć trzeba, że jeśli, co również już podkreślono, instytucja przedstawiania zagadnień prawnych w trybie art. 441 § 1 k.p.k. jest wyjątkiem od zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu, to sąd w pierwszej kolejności dokonać powinien próby usunięcia dostrzeżonych wątpliwości w drodze wykładni. Dopiero wtedy, gdy wątpliwości tych przy zastosowaniu możliwych metod wykładni nie jest w stanie usunąć, zwrócić się może do Sądu Najwyższego o dokonanie zasadniczej wykładni ustawy. W sprawie A. S. trudno oprzeć się wrażeniu, że Sąd Apelacyjny ograniczył się do starannego przedstawienia różnych stanowisk wyrażonych w piśmiennictwie i orzeczeniach różnych sądów oraz do prezentacji różnych pytań, kontrowersji i wątpliwości związanych z kwestią dopuszczalności wykorzystania badań wariograficznych w polskim procesie karnym, unikając przy tym próby odpowiedzi na zadane pytania.

Przyznać jednak także trzeba, że kwestia dopuszczalności wykorzystania w procesie karnym badań przy użyciu wariografu jest kwestią, która była i w pewnym zakresie nadal jest kwestią sporną, a z pewnością można w odniesieniu do niej formułować szereg pytań, także takich, które nie znalazły się w postanowieniu Sądu Apelacyjnego w P.

Wariograf (inaczej poligraf) to urządzenie, które rejestruje zmiany fizjologiczne w organizmie człowieka, które występują wraz ze zmianami emocjonalnymi wywołanymi przez zadawane w trakcie badania tzw. pytania krytyczne, a także przez okazanie badanemu różnych przedmiotów, fotografii itd. Zmiany fizjologiczne, o których mowa to zmiany oddychania, elektrycznego przewodnictwa skóry oraz zmiany ciśnienia krwi i częstotliwości pulsu. Ekspertyza wariograficzna (poligraficzna) służy ujawnieniu i zabezpieczeniu emocjonalnych śladów określonych zdarzeń w psychice badanego, a więc ustaleniu istnienia u niego wiedzy (bądź stwierdzenie jej nieistnienia) o realiach danego zdarzenia. Podkreśla się przy tym, że badanie przy użyciu wariografu nie powinno być podstawą do wyciągania wprost na jego podstawie wniosków co do wiarygodności danej osoby, wariograf nie jest zatem mimo funkcjonowania w tej materii obiegowych, stereotypowych opinii probierzem prawdomówności, czy wykrywaczem kłamstw. Wynik badania wariograficznego

dowodzi tylko i wyłącznie tego, jakie były reakcje badanej osoby na zadawane jej pytania. Nie można go uznawać za dowód sprawstwa czy winy i należy traktować z dużą dozą ostrożności.

Podzielić należy, bez względu na ścisłość stosowanej terminologii, wyrażane wielokrotnie poglądy, że dowód z opinii biegłego przeprowadzającego badanie przy pomocy wariografu jest dowodem o charakterze pomocniczym, pośrednim (używa się także określeń specyficznym lub uzupełniającym) i nie może zastępować samodzielnych dowodów. Podkreśla się również, że dowód ten ma największą wartość w początkowej fazie postępowania, a traci na znaczeniu z upływem czasu, a zwłaszcza w miarę zwiększania się ilości czynności procesowych z udziałem osoby badanej. Pamiętać przy tym trzeba, że istnieje obiektywna możliwość zakłócania przez osobę badaną własnych reakcji psychofizycznych, a więc swoiste „oszukiwanie poligrafu”. (zob. m. in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 sierpnia 1999 r., II AKa 147/99, i glosa do tego wyroku J. Widackiego, *Palestra* 2000, z. 2-3, s. 250-253; A. Gaberle, *W kwestii badań poligraficznych w polskim procesie karnym*, *Państwo i Prawo* z 2002 r., z. 4, s. 23; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2004 r., II AKa 24/03, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* z 2004 r., z. 5 poz. 29; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 26 kwietnia 2005 r., II AKa 264/04, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* z 2005 r., z. 5, poz. 42; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 25 marca 2010 r., II AKa 15/10, LEX nr 583679; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2013 r., III KK 273/13, LEX nr 1418733; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 8 kwietnia 2014 r., II AKa 36/14, LEX nr 1455575).

Kwestii dopuszczalności stosowania w procesie karnym badań przy użyciu wariografu dotyczą regulacje zawarte w art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k., art. 192a § 2 k.p.k. i art. 199a k.p.k. Przepis art. 171 k.p.k. określa zasady przeprowadzania czynności przesłuchania. Za „przesłuchanie” rozumieć należy przy tym ściśle czynność procesową, prowadzoną przez organ procesowy i utrwalaną w formie protokołu. „Osoba przesłuchiwana”, o której mowa w art. 171 k.p.k. to oskarżony (podejrzany), świadek, biegły, specjalista lub ewentualnie kurator (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 sierpnia 1999 r., II AKa 147/99, *Palestra* z 2000 r., z. 2-3, s. 251). W przepisie art. 171 k.p.k. zawarty jest od wejścia w życie Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. katalog zabronionych metod przesłuchania, w którym w § 5 pkt 2 uznano za niedopuszczalne stosowanie w związku z przesłuchaniem środków mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji

organizmu osoby przesłuchiwanej. Zakaz ten ma gwarantować osobie przesłuchiwanej swobodę wypowiedzi w trakcie przesłuchania.

Uznać zatem trzeba, że **niedopuszczalne jest użycie wariografu w trakcie czynności przesłuchania. Użyte przez ustawodawcę w art. 171 § 5 ust 2 k.p.k. wyrażenie „w związku z przesłuchaniem” rozumieć należy w ten sposób, że omawiany zakaz dotyczy nie tylko samej czynności procesowej przesłuchania, ale również czynności pozostających w bezpośredniej relacji z przesłuchaniem.** Omawiany zakaz obejmuje zatem przesłuchiwanie z udziałem eksperta, bądź samodzielne wykorzystywanie wariografu przez organ przesłuchujący. Zakaz ten dotyczy także badania przeprowadzanego przez biegłego, które to badanie nie może być substytutem przesłuchania. Zgodnie z brzmieniem art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. za niedopuszczalne uznać trzeba przeprowadzanie badania bezpośrednio przed lub bezpośrednio po przesłuchaniu, kiedy mogłoby ono wpływać na swobodę wypowiedzi osoby przesłuchiwanej, stanowić rodzaj nacisku lub zagrożenia z jej punktu widzenia. Zakazu zawartego w omawianym przepisie nie uchyla także zgoda osoby przesłuchiwanej na użycie wariografu, a złamanie zakazu powoduje konsekwencje określone w art. 171 § 7 k.p.k., zgodnie z którym wyjaśnienia, zeznania oraz oświadczenia złożone wbrew zakazowi z art. 171 § 5 ust. 2 k.p.k. nie mogą stanowić dowodu.

Znaczenie wyrażenia „związek z przesłuchaniem” z art. 171 § 5 ust. 2 k.p.k. nie powinno być przy tym wykładane rozszerzająco. Do pewnego stopnia badanie przy użyciu wariografu zawsze bowiem pozostawać będzie w związku z istotą postępowania, jego przedmiotem, a więc także w związku z tematami przesłuchania. Związek, o którym mowa powinien mieć zatem ewidentny, bezpośredni charakter i dotyczyć ściśle przeprowadzanej czynności przesłuchania. Związek to stosunek zjawisk, rzeczy, a w tym wypadku czynności, wpływających na siebie, oddziałujących na siebie, łączących się ze sobą, inaczej zależność zjawisk, rzeczy lub czynności (zob. *Słownik języka polskiego*, pod red. M. Szymczaka, Warszawa 1981, Tom III, s. 1069; *Słownik języka polskiego*, pod red. M. Bańko, Warszawa 2007, Tom 6, s. 514). Omawiany zakaz dotyczy zatem sytuacji, w której można wykazać wpływ, oddziaływanie badania wariograficznego na przebieg przesłuchania, wzajemną zależność badania i przesłuchania.

Do czasu wejścia w życie nowelizacji kodeksu postępowania karnego z 10 stycznia 2003 r. przepis art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. interpretowany był często jako

całkowity zakaz stosowania wariografu w procesie karnym, choć prezentowano także poglądy odmienne. Sytuacja uległa zmianie po wskazanej nowelizacji i wprowadzeniu do kodeksu postępowania karnego przepisów art. 192a § 2 i art. 199a, które to przepisy wprost dopuszczają stosowanie w procesie karnym badań wariograficznych. Art. 192a § 2 w zw. z § 1 k.p.k. stanowi, że w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów, za zgodą osoby badanej biegły może zastosować środki techniczne mające na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu tej osoby. Przepis art. 199a k.p.k. z kolei stwierdza, że stosowanie w czasie badania przez biegłego środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji badanej osoby możliwe jest wyłącznie za jej zgodą. W zdaniu drugim art. 199a k.p.k. wyłączono w takim przypadku stosowanie art. 199 k.p.k., to jest stosowanie reguły, w myśl której oświadczenia oskarżonego, dotyczące zarzucanego mu czynu złożone wobec biegłego nie mogą stanowić dowodu. W tym stanie rzeczy oskarżony, który wyraża zgodę na poddanie się badaniom wariograficznym powinien mieć świadomość, że złożone przez niego w trakcie badania oświadczenia dotyczące zarzutu będą mogły stanowić dowód. Powinien być zatem pouczone o takiej ewentualności.

Wprowadzenie w tym samym czasie, tą samą ustawą dwóch wskazanych zmian w treści kodeksu postępowania karnego nie mogło mieć charakteru przypadkowego. Odrzucić zatem należy interpretację, w myśl której zdanie pierwsze art. 199a k.p.k. jest w istocie zbędne, stanowi bowiem powtórzenie zapisu z art. 192a § 2 k.p.k. Skoro ustawodawca zdecydował o wprowadzeniu w różnych rozdziałach kodeksu, różnych przepisów dotyczących tej samej metody badania, to chciał w ten sposób zrealizować różne cele. Przepis art. 192a k.p.k. zawarty jest w Rozdziale 21 k.p.k. dotyczącym świadków, natomiast art. 199a k.p.k. znajduje się w Rozdziale 22 k.p.k. zatytułowanym „Biegli, tłumacze, specjaliści”.

Art. 192a k.p.k. wskazuje, w jakich celach możliwe jest między innymi zastosowanie badania przez biegłego z użyciem wariografu. Są to - ograniczenie kręgu osób podejrzanych lub – ustalenie wartości dowodowej ujawnionych śladów. Takie określenie celów badania wskazuje na to, że możliwość przewidziana w art. 192a § 2 k.p.k. dotyczy wstępnej fazy postępowania przygotowawczego, etapu, w którym postępowanie nie toczy się jeszcze przeciwko określonej osobie – *in personam*, ale pozostaje postępowaniem w sprawie – *in rem* i konieczne jest prowadzenie czynności zmierzających do ustalenia potencjalnego podejrzanego.

Badania te zatem mogą być przeprowadzane w odniesieniu do osób podejrzanych, świadków lub osób, które nie mają określonego statusu procesowego, a co do których poddanie ich badaniom przy użyciu wariografu uzasadniają okoliczności zdarzenia. Celem badania, o którym mowa w art. 192a § 2 k.p.k. jest eliminowanie z kręgu osób podejrzanych o popełnienie danego czynu osób, które nie są z nim związane. Celem omawianego badania może być również selekcja materiału dowodowego w postaci ujawnionych śladów. Z przepisu wynika przy tym, że badanie wariograficzne przeprowadzane jest przez biegłego i może mieć miejsce tylko za zgodą osoby badanej. Zarówno gotowość do poddania się badaniom, jak i odmowa wyrażenia zgody na badanie wariograficzne nie powinny być interpretowane na korzyść lub niekorzyść osoby badanej. Pamiętać przy tym należy, że odmowa wyrażenia zgody wynikać może jedynie z braku przekonania co do wartości dowodowej uzyskanych tą metodą wyników.

Ten sam wymóg zgody osoby badanej zawarty jest w art. 199a k.p.k. Za niezasadne i niedopuszczalne z punktu widzenia reguł wykładni uznać trzeba przyjęcie, że wymóg ten jest zbędnym powtórzeniem, że można go traktować tym samym *per non est*. Z jednej strony zgoda osoby badanej stanowi przy tym warunek *sine qua non* przeprowadzenia samych badań. Brak współpracy osoby badanej wyklucza bowiem w zasadzie przeprowadzenie badania wariograficznego. Z drugiej strony natomiast, w odniesieniu do oskarżonego (podejzranego) wyrażenie zgody koreluje z jego prawem do milczenia, z prawem do odmowy składania wyjaśnień.

Uznać trzeba, że art. 199a k.p.k. stanowi podstawę przeprowadzenia badań przy użyciu wariografu w innej fazie postępowania i wobec innych osób aniżeli wskazane w art. 192a k.p.k. Skoro w zdaniu drugim art. 199a k.p.k. wyłączono stosowanie art. 199 k.p.k., a ten odnosi się wprost do oskarżonego (tym samym podejzranego – art. 71 § 3 k.p.k.), to uznać trzeba, że **przepis art. 199a k.p.k. dotyczy postępowania karnego w fazie, w której toczy się ono przeciwko konkretnej osobie, a więc po przedstawieniu zarzutów, ze stadium postępowania sądowego włącznie. Przepis ten stanowić może podstawę przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, który stosuje środki techniczne mające na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu badanej osoby, a więc w czasie badania stosuje wariograf (poligraf). Warunki formalne przeprowadzenia takiego dowodu to: zgoda osoby badanej, brak bezpośredniego związku badania z czynnością przesłuchania badanej osoby**

(zakaz z art. 171 § 5 ust. 2 k.p.k.) i pouczenie badanej osoby o tym, że złożone wobec biegłego oświadczenia mogą stanowić dowód (wyłączenie stosowania art. 199 wobec oskarżonego). Przedstawione poglądy znajdują oparcie w szeregu publikacji (zob. m. in. A. Bulsiewicz, D. Kala, *Z problematyki karnoprosesowej badań wariograficznych w postępowaniu karnym*, w: *Skargowy model procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Stanisławowi Stachowiakowi*, Warszawa 2008, s. 36-37; T. Grzegorzczak, *Wybrane zagadnienia najnowszej procedury karnej*, Państwo i Prawo z 2003 r., z. 8 s. 17; T. Grzegorzczak, *Procesowe aspekty badań poligraficznych w świetle znowelizowanych przepisów procedury karnej*, *Palestra* z 2003 r., z. 11-12, s. 146-151; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Tom I*, Warszawa 2014, s. 708-711; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 1-296*, Tom I, Warszawa 2011, s. 922-924, 1084-1089, 1131-1134; K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2013, s. 360-361; Lech K. Paprzycki, *Badania poligraficzne w postępowaniu karnym de lege lata i de lege ferenda*, w: *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. Rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, pod red. K. Krajewskiego, Warszawa 2007, s. 261-271; L.K. Paprzycki, J. Grajewski, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1-424*, komentarz do art. 192a i art. 199a, Warszawa 2013).

W obu omawianych przypadkach badania przy użyciu wariografu (art. 192a § 2 i art. 199a), badanie to może przeprowadzić wyłącznie biegły (wariograf). Wykluczone jest zatem w tym trybie stosowanie wariografu przez organ prowadzący postępowanie, prowadzenie swego rodzaju rozpytania wariograficznego przez przedstawicieli organów ścigania. Przyjąć należy, że w trybie przewidzianym zarówno w art. 192a k.p.k., jak i art. 199a k.p.k. ustanowiony biegły dokonuje czynności dowodowej zgodnie z treścią postanowienia organu procesowego. Czynność ta przy tym nie może mieć bezpośredniego związku z przesłuchaniem prowadzonym przez organ procesowy, choć celem opinii biegłego przeprowadzanej na podstawie art. 199a k.p.k. jest w efekcie weryfikowanie wartości dowodowej oświadczeń badanej osoby. Osoby poddane badaniom wariograficznym przez biegłego nie uczestniczą zatem w tej czynności w swoich rolach procesowych, co powoduje, że stosowanie wariografu w warunkach określonych w art. 192a k.p.k. i 199a k.p.k. co do zasady nie koliduje z art. 171 § 5 ust. 2 k.p.k.

W nawiązaniu do zagadnień przedstawionych przez Sąd Apelacyjny nie powinno budzić wątpliwości, że art. 199a k.p.k. może stanowić samodzielną podstawę przeprowadzenia dowodu z ekspertyzy wariograficznej zarówno w odniesieniu do podejrzanego, jak i oskarżonego. Jeśli opinia biegłego odpowiada warunkom określonym w art. 200 k.p.k. podlegać będzie swobodnej ocenie sądu tak jak każdy inny dowód, przy czym sąd dokonujący takiej oceny nie będzie związany nakazem wykorzystania opinii wyłącznie na korzyść osoby badanej. Reguły takiej nie można odczytać ani z treści art. 7 k.p.k., ani z innych przepisów procesowych.

Podczas podejmowania decyzji o przeprowadzeniu dowodu z opinii wariograficznej, a następnie w czasie dokonywania oceny tego dowodu konieczne jest uwzględnienie charakteru dowodu z opinii biegłego wydanej na skutek badania z zastosowaniem środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu badanej osoby. Jest to, co już podkreślano, dowód o charakterze pośrednim, dowód poszlakowy, który przede wszystkim może być przydatny przy eliminowaniu z kręgu osób podejrzanych osób niewinnych lub przy weryfikowaniu wersji śledczych. Jego przydatność na późniejszym etapie postępowania jest z reguły istotnie ograniczona, nie może skutecznie służyć badaniu prawdomówności, a wynik badania nie może być wprost wykorzystany jako dowód winy lub niewinności. Nie oznacza to jednak niedopuszczalności i niecelowości wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym. Zauważyć zresztą trzeba, że możliwość taką dopuszczają wprost sądy odwoławcze i Sąd Najwyższy, także w ramach wskazań adresowanych do sądów pierwszej instancji w trybie art. 442 § 3 k.p.k., gdy podają pod rozwagę przeprowadzenie badań z użyciem wariografu (zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 26 czerwca 2013 r., II AKa 63/13, LEX nr 1339363; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 1980 r., III KR 211/80, OSNPG z 1981 r., z. 1 poz. 15; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2012 r., IV KK 237/12, LEX nr 1226749).

Mając na uwadze powyższe Sąd Najwyższy orzekł jak na wstępie.