



RZECZPOSPOLITA POLSKA  
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 5 października 2016 r.

PK VIII TK 15.2016

SK 28/15

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KAN C E L A R I A	
wpl. dnia	06. 10. 2016
L.dz. ....	L.zał. ....

## TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku ze skargą konstytucyjną M H., wnoszącego o stwierdzenie niezgodności „art. 74 § 2 pkt. 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555 z późn. zmianami) [...] z art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, jak również z art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienianej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993, nr 61, poz. 284 z późn. zm.)”

- na podstawie art. 83 ust. 1 w związku z art. 53 ust. 1 oraz art. 47 ust. 2 w związku z art. 34 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 1157) -

**przedstawiam następujące stanowisko:**

**1) przepis art. 74 § 2 pkt 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. nr 89, poz. 555 ze zm.):**

**a) jest zgodny z art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,**

- b) w zakresie, w jakim nie przewiduje sądowej kontroli czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego przez funkcjonariuszy Policji w postępowaniu przygotowawczym, jest zgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji;
- 2) w pozostałym zakresie postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 83 ust. 1 w związku z art. 40 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 1157) - ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia.

### UZASADNIENIE

M H. (dalej: także Skarżący) wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego ze skargą konstytucyjną, przytoczoną na wstępie niniejszego stanowiska.

Skarga ta została wniesiona na tle następującego stanu faktycznego i prawnego.

M H., przeciwko któremu, w chwili złożenia skargi konstytucyjnej, toczyło się postępowanie przygotowawcze, pozostawał pod zarzutem popełnienia, między innymi, przestępstwa z art. k.k. w związku z art.

k.k. i art. k.k. w związku z art. k.k.

Od dnia maja 2014 r. do dnia listopada 2014 r. M H. pozostawał w warunkach tymczasowego aresztowania.

W dniu października 2014 r. prokurator prowadzący śledztwo w tej sprawie poinformował kancelarię obrońcy podejrzanego M H., że w dniu października 2014 r. w Zakładzie Karnym, w którym M H. wówczas przebywał, przeprowadzona zostanie czynność procesowa polegająca na pobraniu od podejrzanego materiału biologicznego do badań genetycznych.

Obrońca podejrzanego zwrócił się o wstrzymanie wykonania tej czynności, argumentując, że nie doręczono mu postanowienia w tym przedmiocie, i wniósł o przesłanie informacji, na jaką okoliczność wnioskowany

dowód ma zostać przeprowadzony, oraz o przełożenie planowanej czynności na termin późniejszy.

Pismem z dnia            października 2014 r., przesłanym do obrońcy podejrzanego, prokurator nadzorujący postępowanie w tej sprawie poinformował, iż nie znajduje podstaw do wstrzymania wykonania ani przełożenia w czasie planowanej czynności pobrania od podejrzanego materiału biologicznego do badań genetycznych. W uzasadnieniu tej decyzji prokurator wskazał, iż pobranie to ma charakter czynności technicznej, nie wymaga składania przez podejrzanego wyjaśnień czy innych oświadczeń procesowych, stąd obecność jego obrońcy nie jest konieczna. Jednocześnie poinformował, że pobranie materiału biologicznego do badań genetycznych poprzedza wydanie postanowienia o powołaniu biegłego z zakresu genetyki, które zostanie sporządzone po przeprowadzeniu innych czynności dowodowych i wówczas przesłane obrońcy.

W dniu            października 2014 r. w zakładzie karnym została przeprowadzona czynność pobrania od podejrzanego M            H. materiału biologicznego do badań genetycznych.

W dniu            października 2014 r., działając w oparciu o przepis art. 302 k.p.k., obrońca M            H. złożył zażalenie na dokonanie tej czynności i sformułował zarzut, między innymi, naruszenia art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., poprzez jej wykonanie mimo braku przesłanki „nieodzowności” oraz braku powiązania pomiędzy efektami pobrania od M            H. materiału biologicznego do badań genetycznych a zarzutami przedstawionymi temu podejrzanemu oraz naruszenie art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z 1995 r. Nr 36, poz. 175, 176 i 177, z 1998 r. Nr 147, poz. 962 oraz z 2003 r. Nr 42, poz. 364) [dalej: EKPCz lub Konwencja] przez wykonanie wskazanej czynności mimo braku wymaganych tym przepisem warunków dopuszczalnej ingerencji w prywatność jednostki. W oparciu o treść art. 467 § 2

k.p.k. obrońca wniósł o stwierdzenie niezgodności zaskarżonej czynności z prawem oraz zarządzenie zniszczenia pobranego od podejrzanego materiału genetycznego.

Postanowieniem z dnia listopada 2014 r. prokurator nadzorujący postępowanie przygotowawcze w tej sprawie nie uwzględnił powyższego zażalenia i zaskarżoną czynność funkcjonariusza Policji uznał za zasadną.

Postanowienie to ma charakter orzeczenia ostatecznego, w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji.

**Zarzut niezgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, jak również z art. 8 EKPCz.**

Przepis art. 74 k.p.k. brzmi:

„Art. 74. § 1. Oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść.

**§ 2. Oskarżony jest jednak obowiązany poddać się (podkr. wł.):**

- 1) oględzinom zewnętrznym ciała oraz innym badaniom niepołączonym z naruszeniem integralności ciała; wolno także w szczególności od oskarżonego pobrać odciski, fotografować go oraz okazać w celach rozpoznawczych innym osobom,
- 2) badaniom psychologicznym i psychiatrycznym oraz badaniom połączonym z dokonaniem zabiegów na jego ciele, z wyjątkiem chirurgicznych, pod warunkiem że dokonywane są przez uprawnionego do tego pracownika służby zdrowia z zachowaniem wskazań wiedzy lekarskiej i nie zagrażają zdrowiu oskarżonego, jeżeli przeprowadzenie tych badań jest nieodzowne; w szczególności oskarżony jest obowiązany przy zachowaniu tych warunków poddać się pobraniu krwi, włosów lub wydzielin organizmu, z zastrzeżeniem pkt 3,

**3) pobraniu przez funkcjonariusza Policji wymazu ze śluzówki policzków, jeżeli jest to nieodzowne i nie zachodzi obawa, że zagrażałoby to zdrowiu oskarżonego lub innych osób (podkr. wł.).**

§ 3. W stosunku do osoby podejrzanej można dokonać badań lub czynności, o których mowa w § 2 pkt 1, a także, przy zachowaniu wymagań określonych w § 2 pkt 2 lub 3, pobrać krew, włosy, wymaz ze śluzówki policzków lub inne wydzieliny organizmu.

§ 3a. Oskarżonego lub osobę podejrzaną wzywa się do poddania się obowiązkom wynikającym z § 2 i 3. W razie odmowy poddania się tym obowiązkom oskarżonego lub osobę podejrzaną można zatrzymać i przymusowo doprowadzić, a także stosować wobec nich siłę fizyczną lub środki techniczne służące obezwładnieniu, w zakresie niezbędnym do wykonania danej czynności.

§ 4. Minister Sprawiedliwości w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zdrowia określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowe warunki i sposób poddawania oskarżonego oraz osoby podejrzanej badaniom, a także wykonywania z ich udziałem czynności, o których mowa w § 2 pkt 1 i 3 oraz § 3, mając na uwadze, aby gromadzenie, utrwalanie i analiza materiału dowodowego były dokonywane zgodnie z aktualną wiedzą w zakresie kryminalistyki i medycyny sądowej.”.

Zdaniem Skarżącego, przewidziane w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. uprawnienie funkcjonariuszy Policji „do pozyskiwania materiałów genetycznych jednostki, a tym samym wnikanie w obszar jej prawa do nietykalności osobistej (art. 41 Konstytucji), prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji) oraz obszar autonomii informacyjnej (art. 51 ust. 2 Konstytucji) nie znajduje uzasadnienia w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji” przez to, że w swojej treści art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. „nie zawiera ograniczeń przedmiotowych (na przykład co do rodzaju typów czynów zabronionych, w związku podejrzeniami popełnienia których można zastosować ten środek), nie precyzuje przesłanek stwierdzenia przez funkcjonariusza Policji, że zachodzi przypadek <nieodzowności>”, a także „nie formułuje klauzuli

subsydiarności sięgania po taki środek”, a następnie Skarżący podniósł, że „[s]formułowanie <nieodzowności> nie jest w tym zakresie wystarczające, i nie wyłącza przeprowadzenia pobrania materiału genetycznego podejrzanego wówczas gdy jawi się to jako metoda wygodna lub użyteczna (choć jeszcze nie konieczna do wyjaśnienia okoliczności sprawy). Nie wyklucza też sięgania po ten środek w celu zadania podejrzanemu zwykłej szykany, czy dodatkowej dolegliwości w związku z jego pozycją procesową” (uzasadnienie skargi konstytucyjnej, s. 6 i s. 10-13).

Skarżący, powołując się na wypowiedź S. Waltosia (S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009 r., s. 348) stwierdził, że „[p]obranie materiału genetycznego człowieka jest jednym z tych sposobów pozyskiwania materiału dowodowego, który nierozzerwalnie wiąże się z podwyższonym ryzykiem pozbawienia człowieka konstytucyjnego prawa do intymności własnego życia”, po czym zauważył, iż pobranie materiału genetycznego człowieka „jest czynnością bardzo inwazyjną wobec praw i wolności jednostki, tym bardziej że informacje zawarte w kodzie genetycznym mają wielką wartość poznawczą w odniesieniu do konkretnego człowieka, a współcześnie wciąż nieznany jest w pełni kompletny zakres treści tych danych” (uzasadnienie skargi konstytucyjnej, s. 18)

Przed przystąpieniem do rozważań merytorycznych konieczne wydaje się odkodowanie treści art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. w jego otoczeniu normatywnym, jak również omówienie standardów europejskich w zakresie wykorzystania badań genetycznych w procesie karnym (standardy te są mocno akcentowane w doktrynie, o czym szerzej w dalszej części niniejszego stanowiska).

O ile przepis art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. określa zasady pobierania przez funkcjonariuszy Policji wymazu ze śluzówki policzków w postępowaniu karnym, to szczegółowe warunki i sposób wykonywania tej czynności (oraz pozostałych czynności, jak również badań, wymienionych w art. 74 § 2 k.p.k.) reguluje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2005 r. w sprawie

poddawania badaniom lub wykonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanej (Dz. U. Nr 33, poz. 299 ze zm.) [dalej: rozporządzenie MS z dnia 23 lutego 2005 r.].

Przepis art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. obowiązuje od dnia 1 lutego 2005 r. w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o zmianie ustawy o Policji oraz ustawy - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2005 r. Nr 10, poz. 70) [dalej: ustawa nowelizująca z dnia 17 grudnia 2004 r.].

Uzupełnieniem normy art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. są przepisy ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jednolity - Dz. U. z 2015 r., poz. 355 ze zm.) [dalej: ustawa o Policji], w szczególności, art. 20 i art. 21a-21e tej ustawy.

Ustawa nowelizująca z dnia 17 grudnia 2004 r., zmieniając przede wszystkim przepisy ustawy o Policji, wprowadziła zasady przeprowadzania badań genetycznych (także dla potrzeb postępowania karnego) i pobierania w tym celu próbek materiału genetycznego oraz tworzenia i funkcjonowania bazy danych DNA. Zapisy ustawy nowelizującej z dnia 17 grudnia 2004 r., w części dotyczącej ustawy o Policji, zostały częściowo zmodyfikowane przez ustawę z dnia 26 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U., poz. 1199) [dalej: ustawa nowelizująca z dnia 26 czerwca 2014 r.].

Ustawą nowelizującą z dnia 26 czerwca 2014 r. wprowadzono nomenklaturę pojęciową obowiązującą w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jednolity - Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 ze zm.) [dalej: ustawa o ochronie danych osobowych], która definiuje „zbiór danych” (w miejsce dotychczasowego pojęcia „baza danych”), oraz dokonano zmiany nazwy kwasu „dezoksyrybonukleinowego” na „deoksyrybonukleinowy” używanej obecnie w terminologii fachowej. Jednocześnie poszerzono, określony w art. 20 ust. 2a ustawy o Policji, katalog osób, których dane osobowe Policja może pobierać, uzyskiwać, gromadzić, przetwarzać i wykorzystywać w celu realizacji ustawowych zadań, o osoby poszukiwane, w tym osoby zaginione oraz, konsekwentnie, poszerzono zakres danych, które będą gromadzone i

przetwarzane w zbiorze danych DNA, o dodatkowe kategorie osób, tj. osoby zaginione, oraz dane osób, od których pobierano wymaz ze śluzówki policzków w celu identyfikacji osób zaginionych lub zwłok o nieustalonej tożsamości (art. 21a–21e ustawy o Policji) [*vide* - uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw, Sejm VII kadencji, druk nr 2192, s. 9 i 12].

W konsekwencji wejścia w życie ustaw nowelizujących z dnia 17 grudnia 2004 r. oraz z dnia 26 czerwca 2014 r. art. 20 ust. 1 - 2c i ust. 16a - 19 oraz przepisy art. 21a-21e ustawy o Policji otrzymały następujące brzmienie:

„Art. 20. 1. Policja, z zachowaniem ograniczeń wynikających z art. 19, może uzyskiwać informacje, w tym także niejawnie, gromadzić je, sprawdzać oraz przetwarzać.

2. (uchylony)

2a. Policja może pobierać, uzyskiwać, gromadzić, przetwarzać i wykorzystywać w celu realizacji zadań ustawowych informacje, w tym dane osobowe, o następujących osobach, także bez ich wiedzy i zgody:

- 1) osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego;
- 2) nieletnich dopuszczających się czynów zabronionych przez ustawę jako przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego;
- 3) osobach o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swoją tożsamość;
- 4) osobach stwarzających zagrożenie, o których mowa w ustawie z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób;
- 5) osobach poszukiwanych;
- 6) osobach zaginionych;
- 7) osobach, wobec których zastosowano środki ochrony i pomocy, przewidziane w ustawie z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka (Dz. U. z 2015 r. poz. 21).



2aa. Policja, w celu realizacji zadań ustawowych, może pobierać, uzyskiwać, gromadzić, przetwarzać, sprawdzać i wykorzystywać informacje, w tym dane osobowe, uzyskane lub przetwarzane przez organy innych państw oraz przez Międzynarodową Organizację Policji Kryminalnych - INTERPOL.

2ab. Policja może przekazywać informacje, w tym dane osobowe, służące zapobieganiu lub zwalczaniu przestępczości organom innych państw lub Międzynarodowej Organizacji Policji Kryminalnych - INTERPOL, o których mowa w ust. 2aa, na zasadach i w trybie określonych w ustawie z dnia 16 września 2011 r. o wymianie informacji z organami ścigania państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 230, poz. 1371, z 2013 r. poz. 1650 oraz z 2014 r. poz. 1199), w prawie Unii Europejskiej i w postanowieniach umów międzynarodowych.

2b. Informacje, o których mowa w ust. 1, 2a, 2aa i 2ab, dotyczą osób, o których mowa w ust. 2a i mogą obejmować:

- 1) dane osobowe, o których mowa w art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, **z tym że dane dotyczące kodu genetycznego obejmują informacje wyłącznie o niekodującej części DNA** (podkr. wł.);
- 2) odciski linii papilarnych;
- 3) zdjęcia, szkice i opisy wizerunku;
- 4) cechy i znaki szczególne, pseudonimy;
- 5) informacje o:
  - a) miejscu zamieszkania lub pobytu,
  - b) wykształceniu, zawodzie, miejscu i stanowisku pracy oraz sytuacji materialnej i stanie majątku,
  - c) dokumentach i przedmiotach, którymi sprawca się posługuje,
  - d) sposobie działania sprawcy, jego środowisku i kontaktach,
  - e) sposobie zachowania się sprawcy wobec osób pokrzywdzonych.

**2c. Informacji, o których mowa w ust. 2a, nie pobiera się, w przypadku gdy nie mają one przydatności wykrywczej, dowodowej lub identyfikacyjnej w prowadzonym postępowaniu (podkr. wł.).**

(...)

**16a. Dane osobowe, o których mowa w ust. 2a, 2aa, 2ab i ust. 15, z wyjątkiem danych osobowych, o których mowa w art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (podkr. wł.), Policja może przetwarzać:**

- 1) w innym celu niż ten, w którym dane te zostały pobrane, uzyskane, przekazane, udostępnione lub zgromadzone - jeżeli jest to niezbędne do realizacji zadań ustawowych Policji;
- 2) w celach historycznych, statystycznych lub innych naukowych - jeżeli dane te zostały zmodyfikowane w sposób uniemożliwiający przyporządkowanie numeru identyfikacyjnego albo określonych cech fizycznych, fizjologicznych, umysłowych, ekonomicznych, kulturowych lub społecznych określonej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej albo przyporządkowanie takie wymagałoby niewspółmiernych kosztów, czasu lub działań.

17. Dane osobowe zebrane w celu wykrycia przestępstwa przechowuje się przez okres niezbędny do realizacji ustawowych zadań Policji. Organy Policji dokonują weryfikacji tych danych po zakończeniu sprawy, w ramach której dane te zostały wprowadzone do zbioru, a ponadto nie rzadziej niż co 10 lat od dnia uzyskania lub pobrania informacji, usuwając zbędne dane.

17a. Dane osobowe uznane za zbędne można przekształcić w sposób uniemożliwiający przyporządkowanie poszczególnych informacji osobistych lub rzeczowych do określonej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej albo w taki sposób, iż przyporządkowanie takie wymagałoby niewspółmiernych kosztów, czasu lub działań.

17b. Dane osobowe, o których mowa w ust. 17, usuwa się, jeżeli organ Policji powziął wiarygodną informację, że:

- 1) czynu stanowiącego podstawę wprowadzenia informacji do zbioru nie popełniono albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia;
- 2) zdarzenie lub okoliczność, w związku z którymi wprowadzono informacje do zbioru, nie ma znamion czynu zabronionego;
- 3) osoba, której dane dotyczą, została uniewinniona prawomocnym wyrokiem sądu.

18. Dane osobowe ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, przynależność wyznaniową, partyjną lub związkową oraz dane o stanie zdrowia, nałogach lub życiu seksualnym osób podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, które nie zostały skazane za te przestępstwa, podlegają komisyjnemu i protokolarnemu zniszczeniu niezwłocznie po uprawomocnieniu się stosownego orzeczenia.

19. Minister właściwy do spraw wewnętrznych określi, w drodze rozporządzenia, tryb gromadzenia, sposoby przetwarzania informacji, w tym danych osobowych, o których mowa w ust. 2a, 2aa i 2ab, w zbiorach danych, rodzaje służb policyjnych uprawnionych do korzystania z tych zbiorów, wzory dokumentów obowiązujących przy przetwarzaniu danych oraz sposób oceny danych pod kątem ich przydatności w prowadzonych postępowaniach, uwzględniając potrzebę ochrony danych przed nieuprawnionym dostępem i przesłanki zaniechania zbierania określonych rodzajów informacji, a w przypadku informacji, o których mowa w ust. 2aa i 2ab, uwzględniając konieczność dostosowania się do wymogów określonych przez organy innych państw lub przez Międzynarodową Organizację Policji Kryminalnych - INTERPOL wskazane w ust. 2aa w związku z pobieraniem lub uzyskiwaniem tych informacji”;

„Art. 21a. 1. Komendant Główny Policji prowadzi zbiór danych zawierający **informacje o wynikach** (podkr. wł.) analizy kwasu

deoksyrybonukleinowego (DNA), zwany dalej <zbiorem danych DNA>, którego jest administratorem w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych.

2. W zbiorze danych DNA gromadzi się i przetwarza:

- 1) informacje, o których mowa w ust. 1, w odniesieniu do:
  - a) osób wymienionych w art. 74 i art. 192a Kodeksu postępowania karnego,
  - b) osób o nieustalonej tożsamości oraz osób usiłujących ukryć swoją tożsamość,
  - c) zwłok ludzkich o nieustalonej tożsamości,
  - d) śladów nieznanymi sprawców przestępstw,
  - e) osób stwarzających zagrożenie, o których mowa w ustawie z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób,
  - f) osób zaginionych,
  - g) osób, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3a lit. c,
  - h) nieletnich dopuszczających się czynów zabronionych przez ustawę jako przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego;

2) dane dotyczące osób, o których mowa w pkt 1 lit. a oraz e-h, obejmujące:

- a) imiona, nazwiska lub pseudonimy,
- b) imiona i nazwiska rodowe rodziców tych osób,
- c) datę i miejsce urodzenia,
- d) oznaczenie i cechy identyfikacyjne dokumentu tożsamości,
- e) adres zamieszkania,
- f) numer ewidencyjny PESEL,
- g) obywatelstwo i płeć.

**3. W ramach zbioru danych DNA gromadzi się próbki pobrane od osoby albo ze zwłok ludzkich, w celu przeprowadzenia analizy kwasu deoksyrybonukleinowego (DNA), w postaci wymazów ze śluzówki policzków (podkr. wł.), krwi, cebulek włosów lub wydzielin, a w odniesieniu do zwłok**

ludzkich materiał biologiczny w postaci próbek z tkanek, zwane dalej <próbkami biologicznymi>.

4. Komendant Główny Policji dokonuje weryfikacji danych zgromadzonych w zbiorze danych DNA, stosując odpowiednio przepis art. 20 ust. 17.

Art. 21b. Informacje, o których mowa w art. 21a ust. 1, wprowadza się do zbioru danych DNA na podstawie zarządzenia:

1) organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze lub sądu - w przypadku analizy kwasu deoksyrybonukleinowego (DNA) przeprowadzonej w związku z postępowaniem karnym, postępowaniem w sprawach nieletnich lub postępowaniem określonym w ustawie z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób;

2) właściwego miejscowo organu Policji - w przypadku osób o nieustalonej tożsamości, osób usiłujących ukryć swoją tożsamość, zwłok ludzkich o nieustalonej tożsamości, osób zaginionych oraz osób, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3a lit. c.

Art. 21c. Informacji zgromadzonych w zbiorze danych DNA udziela się bezpłatnie organom prowadzącym postępowanie karne, postępowanie w sprawach nieletnich lub prowadzącym czynności wykrywcze lub identyfikacyjne.

**Art. 21d. 1. Próbki biologiczne i informacje dotyczące wyników analizy kwasu deoksyrybonukleinowego (DNA) są przechowywane w zbiorze danych DNA przez okres do 20 lat i wykorzystywane w celu zwalczania przestępstw lub identyfikacji osób (podkr. wł.).**

2. Próbki biologiczne i informacje dotyczące wyników analizy kwasu deoksyrybonukleinowego (DNA) podejrzanych, oskarżonych lub skazanych w związku z popełnieniem zbrodni lub występków określonych w rozdziałach XVI-XX, XXV i XXXV Kodeksu karnego, osób określonych w art. 94 § 1 Kodeksu karnego, a także osób stwarzających zagrożenie, o których mowa w ustawie z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami

psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, **mogą być przechowywane w zbiorze danych DNA przez okres do 35 lat** (podkr. wł.).

3. Przechowywane w zbiorze danych DNA próbki biologiczne i informacje dotyczące wyników analizy kwasu deoksyrybonukleinowego (DNA) osób zaginionych, osób, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3a lit. c, oraz zwłok ludzkich o nieustalonej tożsamości są wykorzystywane w celu identyfikacji osób zaginionych lub zwłok ludzkich o nieustalonej tożsamości.

**4. Komendant Główny Policji dokonuje weryfikacji próbek biologicznych i informacji, o których mowa w ust. 3, nie rzadziej niż co 10 lat od ich wprowadzenia do zbioru pod kątem celowości ich dalszego przetwarzania lub wykorzystywania** (podkr. wł.).

Art. 21e. 1. Usunięcia informacji, o których mowa w art. 21a ust. 1, ze zbioru danych DNA oraz zniszczenia próbek biologicznych dokonuje komisja powołana przez Komendanta Głównego Policji, sporządzając z tych czynności protokół, w stosunku do osób:

- 1) **które zostały uniewinnione - niezwłocznie po uprawomocnieniu się orzeczenia;**
- 2) **wobec których umorzono postępowanie karne - po upływie okresu przedawnienia karalności przestępstwa;**
- 3) **wobec których postępowanie karne warunkowo umorzono - po upływie okresu przedawnienia karalności przestępstwa** (podkr. wł.);
- 4) o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3a lit. b, oraz zwłok ludzkich, których tożsamość została ustalona;
- 5) wymienionych w art. 192a Kodeksu postępowania karnego, jeżeli dalsze przetwarzanie informacji w zbiorze danych DNA i przechowywanie próbek biologicznych jest zbędne dla postępowania, w toku którego zostały pobrane;
- 6) zaginionych - niezwłocznie po ich odnalezieniu;

7) o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3a lit. c - niezwłocznie po odnalezieniu osoby zaginionej lub po złożeniu przez te osoby wniosku o usunięcie informacji.

2. Usunięcia informacji, o których mowa w art. 21a ust. 2 pkt 1 lit. c, f i g, ze zbioru danych DNA, w trybie określonym w ust. 1, dokonuje się również w przypadku, gdy w wyniku weryfikacji, o której mowa w art. 21d ust. 4, stwierdzono niecelowość dalszego przetwarzania lub wykorzystywania tych informacji przez Policję.”.

Uzupełnieniem przepisów w omawianym zakresie są: art. 14 i art. 15 ustawy o Policji, określające zakres uprawnień Policji (policjantów), które, w przydatnych w niniejszej sprawie fragmentach, brzmią:

„Art. 14. 1. W granicach swych zadań Policja wykonuje czynności: operacyjno-rozpoznawcze, dochodzeniowo-śledcze i administracyjno-porządkowe w celu:

1) **rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń** (podkr. wł.);

[...]

2. **Policja wykonuje również czynności na polecenie sądu, prokuratora** (podkr. wł.), organów administracji państwowej i samorządu terytorialnego w zakresie, w jakim obowiązek ten został określony w odrębnych ustawach.

3. Policjanci w toku wykonywania czynności służbowych mają obowiązek respektowania godności ludzkiej oraz przestrzegania i ochrony praw człowieka.”;

„Art. 15. 1. Policjanci wykonując czynności, o których mowa w art. 14, mają prawo:

(...)

3a) pobierania od osób odcisków linii papilarnych **lub wymazu ze słuzówki policzków** (podkr. wł.):

a) w trybie i przypadkach określonych w przepisach Kodeksu postępowania karnego oraz ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z

zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz. U. z 2014 r. poz. 24),

b) w celu identyfikacji osób o nieustalonej tożsamości oraz osób usiłujących ukryć swoją tożsamość, jeżeli ustalenie tożsamości w inny sposób nie jest możliwe,

c) za ich zgodą - w celu identyfikacji osób zaginionych lub zwłok ludzkich o nieustalonej tożsamości;

(...)

6. Czynności wymienione w ust. 1 powinny być wykonywane w sposób możliwie najmniej naruszający dobra osobiste osoby, wobec której zostają podjęte.”.

W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z dnia 17 grudnia 2004 r. podniesiono, między innymi, że projekt ten:

- „określa zasady przeprowadzania badań genetycznych w postępowaniu karnym i pobierania w tym celu próbek materiału genetycznego oraz tworzenia i funkcjonowania bazy danych DNA (obecnie - zbioru danych DNA - przyp. wł.). Celem ustawy jest dostosowanie prawa polskiego do standardów europejskich w zakresie wykorzystania badań genetycznych na potrzeby organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, a jednocześnie wypełnienie luki w przepisach o postępowaniu dowodowym, które nie zawierają regulacji odpowiednich do specyfiki badań DNA”;

- „jest zgodny z przyjętą dnia 10 lutego 1992 r. Rekomendacją Nr R (92) 1 Komitetu Ministrów Rady Europy <w sprawie analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA) w postępowaniu karnym> (rekomendacja została opublikowana w opracowaniu pt. <Prawa pacjentów i problemy etyczne współczesnej medycyny w dokumentach Rady Europy>, Warszawa 1994, Biblioteka Komitetu Helsińskiego w Polsce, dalej: Rekomendacja R (92) 1 - przyp. wł.). Utworzenie krajowej bazy danych DNA jest zalecane również w dotyczących wymiany wyników analiz DNA Uchwałach Rady Unii Europejskiej



Nr 97/C 193/02 z dnia 9 czerwca 1997 r. oraz Nr 2001/C 187/01 z dnia 25 czerwca 2001 r.”;

- „zakłada, że do celów identyfikacji osoby wykorzystuje się tylko wyniki badań DNA z regionów niekodujących ludzkiego genomu (podkr. wł.)”

oraz stwierdzono, że:

- „[p]rojektowane zasady przetwarzania i wykorzystywania informacji związanych z pobieraniem próbek biologicznych i przeprowadzaniem badań DNA, są zgodne z odpowiednimi aktami prawnymi Rady Europy, a mianowicie z Konwencją nr 108 w sprawie ochrony osób w aspekcie automatycznego przetwarzania danych osobowych, przyjętą 28 stycznia 1981 r., i Rekomendacją No. R (87) 15 z dnia 17 września 1987 r. w sprawie używania danych osobowych przez policję”;

- „[u]stawa zastrzega, że wyniki badań DNA będą wykorzystywane wyłącznie na użytek postępowań karnych (...) oraz w celu identyfikacji osób o nieustalonej tożsamości. Informacje dotyczące osób podejrzewanych o popełnienie poważnych przestępstw będą pozostawiane w bazie danych DNA (obecnie - zbiorze danych DNA - przyp. wł.) na dłużej, co pozwoli na wykorzystanie tych informacji do zwalczania przestępczości i uzyskanie wyższej niż obecnie skuteczności działań wykrywczych Policji”;

a także, iż:

- „[w] wielu krajach stwierdzono wysoką skuteczność identyfikacji osób w procesie wykrywczym na podstawie baz danych DNA. Należy zatem spodziewać się, że po wprowadzeniu podobnych rozwiązań w Polsce również zwiększy się wykrywalność sprawców przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu i mieniu” (Sejm IV kadencji, druk nr 3375, s. 1-3).

W uzasadnieniu powołanego wyżej projektu ustawy nadmieniono również, że „według obowiązującego stanu prawnego (art. 20 ustawy o Policji) **Policja może pobierać, przetwarzać i wykorzystywać do celów wykrywczych**

**i identyfikacyjnych dane dotyczące kodu genetycznego, w zakresie niekodujących regionów genomu (podkr. wł.)**” zaś, odnośnie do projektowanej możliwości wymiany wyników badań DNA z innymi państwami i organizacjami międzynarodowymi powołanymi do zwalczania przestępstw, stwierdzono, że „będzie odbywać się (ona - przyp. wł.) zgodnie z ogólnymi zasadami ustalonymi w przepisach o ochronie danych osobowych oraz zasadami szczegółowymi przyjętymi w ratyfikowanych umowach międzynarodowych. Wyniki badań DNA są bowiem danymi osobowymi. Nie zachodzi zatem potrzeba ustalania w projektowanej ustawie szczególnych regulacji w zakresie przekazywania wyników badań DNA za granicę” oraz zwrócono uwagę, iż „[w] związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej i zniesieniem granic wewnętrznych **wymiana wyników badań DNA jest niezbędnym warunkiem skuteczności ścigania karnego, zwłaszcza w zakresie przestępstw pozostających w kompetencjach Europolu i Interpolu (podkr. wł.)**” [*ibidem*, s. 3-4].

J. Lipski, w „[o]pinii prawnej na temat rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz ustawy Kodeks postępowania karnego [druk 3375]” z dnia 17 listopada 2004 r., odnosząc się do zakresu analizowanego DNA, stwierdził, że „[e]mocje wzbudza przede wszystkim to, jaka część łańcucha DNA powinna znaleźć się w banku (zbiorniku danych DNA - przyp. wł.). Niektóre fragmenty zawierają bowiem informacje bardzo osobiste (o skłonnościach do pewnych chorób, preferencjach seksualnych, alkoholizmie itp.). Zgodnie z obowiązującym art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (aktualnie - art. 20 ust. 2b pkt 1 ustawy o Policji - przyp. wł.) loci (układy analityczne) wybrane do kryminalistycznej analizy DNA zajmują się jedynie niekodowanymi obszarami molekuly DNA - **nie zawierają informacji na temat określonych cech dziedzicznych (podkr. wł.)**. Tylko takie więc informacje będą przechowywane w bazie (co jest rozwiązaniem prawidłowym)” [s. 4 i 6].

Trzeba do tego dodać, że ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247) [dalej: ustawa nowelizująca z dnia 27 września 2013 r.] do art. 74 k.p.k. wprowadzono przepis § 3a, co było podyktowane koniecznością wykonania wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 marca 2013 r., w sprawie o sygn. akt U 2/11, w którym Trybunał orzekł o niezgodności z art. 74 § 4 k.p.k. oraz, między innymi, z art. 92 ust. 1 i art. 41 ust. 1 Konstytucji przepisów § 5 ust. 1 i 2 oraz § 10 ust. 1 rozporządzenia MS z dnia 23 lutego 2005 r., upoważniających do stosowania środków przymusu, w tym środków przymusu bezpośredniego przy wykonywaniu badań i czynności, określonych w art. 74 § 2 pkt 1-3 k.p.k. (OTK ZU seria A nr 3/2013, poz. 24). Ten nowy przepis wszedł w życie z dniem 9 listopada 2013 r.

W komentarzu do art. 74 k.p.k. T. Grzegorzczak wyjaśnił, że „[p]rzepis § 1 wyraża regułę *nemo se ipsum accusare tenetur* (nikt nie może być zmuszany do oskarżania samego siebie) i jest konsekwencją zasady domniemania niewinności (...). Stanowi też realizację wymogu wynikającego z art. 14 ust. 3 lit. g MPPO (Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167 - przyp. wł.), w myśl którego każdy ma prawo do <nieprzymuszania do zeznawania przeciwko sobie lub do przyznania się do winy>. Niewinność oskarżonego wynika z domniemania wskazanego w art. 5 § 1 k.p.k., nie musi być więc dowodzona, a wyrok uniewinniający powinien zapaść w razie nieudowodnienia oskarżonemu winy (niewykazania zaistnienia czynu, jego sprawstwa i zdolności ponoszenia odpowiedzialności). Nie można zatem żądać od oskarżonego, aby przedstawił swoje alibi, choć może on to uczynić. Oskarżony nie może być też przymuszany do dostarczania dowodów przeciwko sobie; ich wykrycie i procesowe utrwalenie należy do organów ścigania i oskarżyciela. Konsekwencją tego rozwiązania jest m.in. prawo do odmowy złożenia wyjaśnień (art. 175 § 1 *in fine*) lub zakaz stosowania podczas przesłuchania środków

kontrolujących nieświadome reakcje organizmu, przemocy lub groźby bezprawnej (art. 171 § 5).

Nieemożność przymuszenia oskarżonego do dostarczenia dowodów przeciwko sobie **oznacza jedynie zakaz wymuszania na nim aktywnych form dostarczania dowodów oskarżeniu** (podkr. wł.). Nie musi natomiast oznaczać także braku obowiązku znoszenia pewnych działań na jego ciele lub wobec jego osoby, dostarczających takich dowodów. Tę sferę normuje § 2, nakazujący oskarżonemu aktualnie poddanie się:

a) oględzinom zewnętrznym ciała (...),

b) badaniom niepowodującym naruszenia integralności ciała, a ponadto w szczególności pobraniu różnorodnych odcisków, sfotografowaniu go i okazaniu innym osobom (...),

c) badaniom psychologicznym i psychiatrycznym (...),

d) innym badaniom, naruszającym integralność ciała - ale z wyłączeniem zabiegów chirurgicznych - w tym zwłaszcza pobraniu krwi, włosów i wydzielin organizmu (art. 74 § 2 pkt 2), z tym że w odniesieniu do wymazów śliny do badań DNA z wyraźnym dopuszczeniem pobrania ich także przez policjanta (pkt 3 § 2). Pobieranie innych wydzielin (pot, łzy, łój, sok żołądkowy, sperma) wymaga już uwzględnienia ich specyfiki i nie zawsze jest możliwe przez funkcjonariusza Policji. Użycie w art. 74 § 2 pkt 2 przed tym ostatnim wyliczeniem określenia <w szczególności> oznacza, iż nie jest ono zamknięte i może dotyczyć także innych czynności, jeżeli tylko nie wymagają one aktywności ze strony oskarżonego (np. pobrania próbki z paznokci lub spod nich)” [T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz LEX*, Tom I, Artykuły 1-467, Wydawnictwo a Wolters Kluwer business, Warszawa 2014, s. 329-330].

T. Grzegorzczak podkreślił, że „[p]oddanie się tym czynnościom i badaniom (określonym w art. 74 § 2 k.p.k. - przyp. wł.) **oznacza jedynie obowiązek znoszenia** przez oskarżonego określonych działań ze strony uprawnionych podmiotów wobec jego osoby. Obowiązek ten może być

wymuszony także siłą fizyczną, a więc przymusem bezpośrednim, poprzez rozumowanie z celu na środki (...). Może to być np. przymusowe doprowadzenie na badania, gdy oskarżony uchyla się od stawienia się na nie, ustawianie go w określony sposób przy okazaniu czy fotografowaniu, gdy okazywany lub fotografowany sam nie chce tego uczynić, zdjęcie z niego odzieży niezbędne dla oględzin ciała, ale z zachowaniem niezbędnej prywatności, czy przytrzymanie jego ręki w celu właściwego pobrania odcisków palców albo głowy w celu pobrania włosów itd.; może to także łączyć się z odosobnieniem (np. w przypadku przeprowadzania badań psychiatrycznych).

(...) **nowelizacja z dnia 27 września 2013 r.** (ustawa nowelizująca z dnia 27 września 2013 r. - przyp. wł.) **uzupełnia jednak dotychczasowe rozwiązanie o wyraźne wskazanie na możliwość sięgania**, w razie odmowy poddania się obowiązkom z § 2 i 3, **po środki przymusu**, wymuszające poddanie się oskarżonego i osoby podejrzanej tym obowiązkom. **Nowy § 3a** - obowiązujący od 9 listopada 2013 r. - zakłada tu możliwość zatrzymania i przymusowego doprowadzenia oskarżonego lub osoby podejrzanej oraz stosowania wobec nich środków fizycznych lub technicznych służących obezwładnieniu w zakresie niezbędnym do wykonania danej czynności. Chodzi tu więc zarówno o środki natury procesowej (zatrzymanie), jak i o przymus bezpośredni, z użyciem siły fizycznej. Sięganie do wykładni z celu na środki staje się zatem obecnie zbędne. Zasady stosowania środków przymusu bezpośredniego przez poszczególne służby przy wykonywaniu ich obowiązków określa zaś aktualnie ustawa z dnia 24 maja 2013 r. o stosowaniu przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. poz. 628), obowiązująca od 5 czerwca 2013 r., dotycząca stosowania tych środków m.in. w celu wyegzekwowania wymaganego prawem zachowania zgodnie z wydanym przez uprawnionego poleceniem, zatrzymania osoby, zapewnienia bezpieczeństwa jej doprowadzenia, pokonania biernego lub czynnego oporu itd. (...) nowelizacja z dnia 17 grudnia 2004 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 10, poz. 70), obejmująca również ustawę o Policji, poszerzyła obowiązki

oskarżonego o poddanie się przez niego pobraniu wymazu ze śluzówki policzków, który obok krwi i włosów może służyć do badań DNA. Uzupełnienie to wiąże się z realizacją Rekomendacji nr R (92) 1 z dnia 10 lutego 1992 r. Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego w postępowaniu karnym (...).

Zarówno pobieranie krwi czy włosów, jak i pobieranie wymazu jest możliwe i dopuszczalne tylko wtedy, gdy jest to <nieodzowne> w danej sprawie i gdy nie zagraża zdrowiu oskarżonego, a przy pobieraniu wymazu ponadto, jeżeli nie zagraża zdrowiu <innych osób>, np. pobierającego próbkę przy braku stosownego zabezpieczenia. Pobrania wymazu ze śluzówki policzków dokonuje przy tym funkcjonariusz Policji (§ 2 pkt 3), podczas gdy czynności z zakresu innych badań dokonuje pracownik służby zdrowia (§ 2 pkt 1 i 2)” (*ibidem*, s. 330-332).

T. Grzegorzczuk uzupełniająco wskazał, że „**[r]ozporządzenie wykonawcze**, o którym mówi art. 74 § 4, to aktualnie rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2005 r. w sprawie poddawania badaniom lub wykonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanej (Dz. U. Nr 33, poz. 299 z późn. zm.). Uregulowano tu odrębnie badania lekarskie tych osób (§ 6-12), pobieranie od nich odcisków, w tym palców, dłoni, stóp i uzębienia (§ 14), pobieranie wymazu ze śluzówki policzków (§ 13), utrwalanie obrazu twarzy, sylwetki lub określonej części ciała (§ 15), okazywanie tych osób (§ 16) oraz utrwalanie ich głosu (§ 17). Badania medyczne przeprowadza lekarz właściwej specjalności, pobieranie materiału do badań - jedynie osoba uprawniona do takich czynności, zaś czynności o charakterze kryminalistycznym - biegły sądowy lub osoba wyspecjalizowana w zakresie kryminalistyki z odpowiedniej komórki organizacyjnej Policji; w przypadku gdy dla celów dowodowych utrwalany jest obraz intymnych części ciała, czynność powinna przeprowadzać osoba tej samej płci, pod nieobecność osób trzecich. Ustawa o Policji zakłada z kolei, że próbki biologiczne oraz wyniki analizy DNA osób, o

których mowa w art. 74 i 192a k.p.k., przechowuje się w policyjnej bazie danych DNA (obecnie - zbiorze danych DNA - przyp. wł.) przez okres 20 lat, a przy niektórych przestępstwach przez 35 lat, dla celów wykrywania i zwalczania przestępstw (art. 21a-21e u.pol.)” [*ibidem*, s. 333-334].

W ocenie W. Posnowa, „[p]rzesłanką **pozytywną** dopuszczalności pobrania od oskarżonego wymazu ze śluzówki policzków jest **nieodzowność przeprowadzenia tej czynności**, która może mieć związek z koniecznością identyfikacji oskarżonego. W myśl art. 15 ust. 1 pkt 3a PolU (ustawy o Policji - przyp. wł.), policjanci mają prawo pobierania od osób wymazu ze śluzówki policzków w trybie i przypadkach określonych w przepisach Kodeksu postępowania karnego w celu identyfikacji osób o nieustalonej tożsamości oraz osób usiłujących ukryć swoją tożsamość, jeżeli ustalenie tożsamości w inny sposób nie jest możliwe. **Przesłanką negatywną** pobrania wymazu jest obawa, że **przeprowadzenie czynności zagrażałoby zdrowiu oskarżonego lub innych osób**. Zagrożenie takie może pozostawać w związku z chorobą oskarżonego uniemożliwiającą pobranie wymazu, może też łączyć się z możliwością zakażenia osoby przeprowadzającej czynność pobrania wymazu. Pobranie wymazu ze śluzówki policzków ma na celu dostarczenie materiału do badań genetycznych, które polegają na analizie kwasu deoksyrybonukleinowego (DNA). Zgodnie z § 13 rozp. MS z 23.2.2005 r. (rozporządzenia MS z dnia 23 lutego 2005 r. - przyp. wł.) wymaz ze śluzówki policzków od osób pobiera się przy użyciu specjalnie przeznaczonych do tych celów pakietów kryminalistycznych, oznakowanych indywidualnym kodem kreskowym (ust. 1). Wymaz pobrany ze śluzówki policzków umieszcza się w pojemniku oznaczonym tym samym kodem kreskowym, jakim został oznaczony pakiet kryminalistyczny (ust. 2). Pobranie wymazu śluzówki policzków wykonują funkcjonariusze Policji przeszkoleni w tym zakresie, a w szczególnie uzasadnionych przypadkach upoważnieni pracownicy służby zdrowia albo instytucji naukowej lub specjalistycznej, powołanej do przeprowadzenia badań genetycznych (ust. 3)”

[komentarz W. Posnowa do art. 74 k.p.k., (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz pod red. J. Skorupki*, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2015, s. 258].

W ocenie M. Szczepaniec, przyjęte w Kodeksie postępowania karnego oraz w ustawie nowelizującej z dnia 17 grudnia 2004 r. rozwiązania, dotyczące przeprowadzania badań genetycznych w postępowaniu karnym, „pozostają w zgodzie z Rekomendacją NR R (92) 1 Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 10 lutego 1992 r. w sprawie wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym. Celem owej Rekomendacji, jak wskazano w preambule, jest przede wszystkim pomoc dla wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych przy ustalaniu winy lub niewinności, jak również troska, by wprowadzanie i wykorzystywanie technik analizy DNA odbywało się z uwzględnieniem podstawowych zasad poszanowania ciała ludzkiego i godności każdej jednostki oraz prawa oskarżonego do obrony. Zwrócono nadto uwagę na potrzebę stworzenia wspólnej polityki kryminalnej dla ochrony jednostek i społeczeństwa” (M. Szczepaniec, *Badania genetyczne DNA na użytek procesu karnego*, *Zeszyty Prawnicze* nr 1/2013 r., s. 179).

Oceniając z kolei wartość dowodową analizy DNA, M. Szczepaniec wskazała, że „opiera się (ona - przyp. wł.) na podstawowym założeniu genetyki o jedności biologicznej jednostki. Każdy człowiek posiada niepowtarzalny, indywidualny i niezmienny kod genetyczny określany genomem.

Wynik analizy DNA pozwala na ustalenie z bardzo wysokim stopniem prawdopodobieństwa, że dana próbka nie pochodzi od konkretnej osoby bądź że dwie próbki mają to samo źródło. W tym drugim przypadku biegły nie dowodzi jednak identyczności dwóch śladów. Oceny prezentowanych przez biegłego wniosków w aspekcie ich prawidłowości dokonuje sąd. Biorąc pod uwagę wartość dowodu z badania DNA, sąd może postawić hipotezę o wspólnym pochodzeniu dwóch analizowanych próbek i zestawiając to z pozostałymi dowodami w sprawie, przyjmując, że oskarżony jest sprawcą” (*ibidem*).



Także w ocenie W. Grzeszczyka, rozwiązania przyjęte w ustawie nowelizującej z dnia 17 grudnia 2004 r. są zgodne z Rekomendacją R (92) 1, przy czym, „[p]rzyjęte w polskim prawie rozwiązania wyznaczają (...) węższy zakres wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym niż wynikający z Rekomendacji”, co Autor ten uzasadnił treścią nowych uregulowań wprowadzonych do ustawy o Policji przez ustawę nowelizującą z dnia 17 grudnia 2004 r., które wskazują, że analiza DNA może dotyczyć tylko sprawców przestępstw (nie dotyczy sprawców przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego oraz sprawców przestępstw skarbowych), gdy tymczasem, według zapisów Rekomendacji R (92) 1, analiza DNA powinna być dopuszczana we wszystkich stosownych przypadkach, bez względu na wagę popełnionego czynu. W tym miejscu W. Grzeszczyk przypomina przebieg prac sejmowych w Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych w dniu 3 listopada 2004 r., z których, jak stwierdza ten Autor, wynika, że „na wniosek Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych skreślono przestępstwa skarbowe z katalogu przestępstw ściganych z wykorzystaniem bazy danych DNA (obecnie - zbioru danych DNA - przyp. wł.)” [W. Grzeszczyk, *Problematyka wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym w świetle przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r.*, Prokuratura i Prawo, nr 4/2005, s. 42 i s. 45-46].

Wypowiadając się z kolei w przedmiocie wartości dowodowej analizy DNA, W. Grzeszczyk stwierdził, między innymi, że „[k]ażdy człowiek posiada niepowtarzalny kod genetyczny, właściwy tylko dla niego. Kod ten, zwany genomem, jest zbudowany z kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA), składającego się z około trzech miliardów jednostek podstawowych ułożonych w sekwencje. Wynik analizy DNA pozwala z bardzo dużym prawdopodobieństwem ustalić, że badana próbka nie pochodzi od konkretnej osoby. Wynik ten zależy od wielu czynników, a zwłaszcza od jakości badanego materiału oraz zastosowanej metody badawczej. Jednakże dowód ten, tak jak i inne dowody, podlega swobodnej ocenie sądu” (*ibidem*, s. 42-43).

W. Grzeszczyk zauważył, iż „[ł]ącznie z bazą danych DNA prowadzi się zbiory próbek pobranych od osoby (albo ze zwłok ludzkich), w celu przeprowadzenia analizy DNA, w postaci wymazów ze śluzówki policzków, krwi, cebulek włosów lub wydzielin (w odniesieniu do zwłok ludzkich – materiał biologiczny w postaci próbki z tkanek). **Pobieranie próbek i ich przechowywanie nie stanowi zbioru danych osobowych podlegających przepisom o ochronie danych osobowych. Zbiór taki stanowią dopiero uzyskane informacje po przeprowadzeniu analizy DNA** (podkr. wł.). Informacje o wynikach analizy DNA wprowadza się do bazy danych DNA na podstawie zarządzenia organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze lub sądu, po uzyskaniu analizy dokonanej w związku z postępowaniem karnym lub postępowaniem w sprawach nieletnich, zaś w przypadku identyfikacji osób lub zwłok – na podstawie zarządzenia właściwego miejscowo organu policji” (*ibidem*, s. 46).

Omawiając natomiast zmiany w obrębie przepisów Kodeksu postępowania karnego, wprowadzone przez ustawę nowelizującą z dnia 17 grudnia 2004 r., W. Grzeszczyk wyjaśnił, że „[d]odany przez tę nowelę pkt 3 w art. 74 § 2 uzupełnia możliwość pobierania od oskarżonego (podejrzanego), także bez jego zgody, materiału biologicznego o pobranie wymazu ze śluzówki policzków, jeżeli jest to nieodzowne i nie zachodzi obawa, że zagrażałoby to zdrowiu oskarżonego lub innych osób. Uprawnionym do dokonania tej czynności (nie mającej charakteru inwazyjnego) jest funkcjonariusz Policji”, „[z]nowelizowany przepis § 3 w art. 74 k.p.k. stanowi, że przy zachowaniu wymagań przewidzianych w § 2 pkt 2 lub 3 od osoby podejrzanej można pobrać nie tylko krew, włosy, ale również wymaz ze śluzówki policzków lub inne wydzieliny organizmu” oraz iż „[p]rojekt nowego rozporządzenia przewiduje, że pobrania wymazu ze śluzówki policzków dokonują przeszkoleni w zakresie pobierania materiału do badań mających na celu ustalenie kodu genetycznego funkcjonariusze Policji prowadzący postępowanie przygotowawcze, a w

szczególnie uzasadnionych przypadkach wyspecjalizowane w zakresie kryminalistyki komórki organizacyjne Policji lub biegły sądowy” (*ibidem*, s. 48).

M. Lewandowska przypomniała, iż „Rekomendacja (Rekomendacja R (92) 1 - przyp. wł.) stanowi, że analiza DNA powinna być dopuszczalna we wszystkich stosownych przypadkach bez względu na wagę popełnionego czynu - a więc nie tylko w sprawach najpoważniejszych, takich jak na przykład zabójstwa lub zgwałcenia” oraz iż „[w] kwestii ochrony danych Rekomendacja stanowi, że pobieranie próbek i przeprowadzenie analizy DNA musi pozostawać w zgodności ze standardami ochrony danych Rady Europy. **Jednocześnie wyjaśniono, że zbiór próbek nie stanowi sam w sobie danych osobowych podlegających przepisom o ochronie danych. Mogą być one najwyżej uznane za takie po przeprowadzeniu analizy i po uzyskaniu z nich informacji** (podkr. wł.). Dlatego też samo pobieranie próbek nie podlega przepisom o ochronie danych. Przepisom takim powinno jednak podlegać przechowywanie danych i wykorzystanie informacji” (M. Lewandowska, *Analiza DNA w świetle ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o zmianie ustawy o Policji oraz ustawy - Kodeks postępowania karnego*, Prokuratura i Prawo, nr 6/2006, s. 115-116).

Omawiając przepisy rozporządzenia MS z dnia 23 lutego 2005 r., M. Lewandowska wyraziła pogląd, że „[a]by wymaz ze śluzówki policzków był pełnowartościowym materiałem badawczym, jego zabezpieczenie musi być prawidłowo udokumentowane. Ustawa nie przewiduje obligatoryjnego obowiązku sporządzania z tej czynności protokołu (choć forma protokolarna była przewidziana w projekcie omawianego rozporządzenia). Zasadnym wydaje się więc, aby w tym przypadku posiłkować się treścią art. 143 § 2 k.p.k. i na jego podstawie pobierać wymaz w drodze protokolarnej. Rezygnacja ze sporządzenia protokołu może bowiem skutkować m.in. kwestionowaniem sposobu lub warunków pobrania (art. 174 k.p.k.)” [*ibidem*, s. 118].

M. Lewandowska podkreśliła, że „[u]prawnienia policjantów do pobierania próbek biologicznych **ograniczono do takich metod, które nie mają**

**charakteru inwazyjnego i w istocie nie naruszają integralności ciała** (podkr. wł.). Według standardów obowiązujących w krajach Unii Europejskiej pobranie wymazu z jamy ustnej **jest uznawane za czynność bezinwazyjną** (podkr. wł.). Na takich standardach opiera się funkcjonowanie narodowych baz danych DNA w tych krajach” oraz że „[f]ącznie z bazą danych DNA (obecnie - zbiorem danych DNA- przyp. wł.) prowadzi się zbiory próbek pobranych od osoby albo ze zwłok ludzkich w celu przeprowadzenia analizy DNA w postaci: wymazów ze śluzówki policzków, krwi, cebulek włosów lub wydzielin, a w odniesieniu do zwłok ludzkich materiał biologiczny w postaci próbki z tkanek” [*ibidem*, s. 120-121).

Kompleksową analizę dopuszczalności wykorzystania testów genetycznych, między innymi, w postępowaniu karnym, w ujęciu prawnomiędzynarodowym, przeprowadziła J. Kapelańska-Pręgowska.

Próbując zdefiniować pojęcie „dane genetyczne”, Autorka ta podniosła, że jest ono „złożone, ponieważ w genach zakodowane jest wiele informacji mających znaczenie nie tylko dla jednostki, ale również dla jej rodziny. DNA nosi w sobie ślady przeszłości, teraźniejszości i przyszłości, co powoduje, że definicje tworzone na potrzeby prawa mogą się różnić, w zależności od celu i przedmiotu danego aktu normatywnego i kontekstu wykorzystania danych (np. w celach medycznych, w ubezpieczeniach czy zatrudnieniu).

Dane genetyczne można definiować wąsko, jako informacje o wariantach (mutacjach) genów lub chromosomów mających związek z chorobami dziedzicznymi (monogenowymi, poligenowymi i wieloczynnikowymi). *Sensu largo* do <informacji genetycznej> można zaliczyć inne cechy niż te związane ze stanem zdrowia, a także tzw. rejony niekodujące genomu - pozwalające na ustalenie pochodzenia biologicznego oraz identyfikację jednostki” (J. Kapelańska-Pręgowska, *Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych*, <http://lex/lex/content.rpc?nro=151123288>).

Odpowiadając z kolei na pytanie, jakiego rodzaju informacje są uznane za dane osobowe w świetle EKPCz oraz Konwencji Nr 108 Rady Europy

sporządzonej w Strasburgu dnia 28 stycznia 1981 r. o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych (dalej: Konwencja nr 108) i czy należą do nich dane genetyczne (w postaci profili DNA czy wyników testów genetycznych) lub próbki DNA (próbki biologiczne), J. Kapelańska-Pręgowska stwierdziła, że „[a]ni w art. 8 EKPCz, ani w żadnym innym jej przepisie, nie ma *expressis verbis* odwołania do danych osobowych. W swym orzecznictwie trybunał potwierdził jednak, że istotnym elementem prywatności są dane gromadzone przez różne podmioty. Z jego orzecznictwa płynie wniosek, że ochrona danych osobowych, a zwłaszcza medycznych oraz dotyczących pochodzenia biologicznego, ma fundamentalne znaczenie dla korzystania z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

Zgodnie z art. 2 lit. a konwencji nr 108 - <dane osobowe> oznaczają każdą informację dotyczącą osoby fizycznej o ustalonej tożsamości albo dającej się zidentyfikować. Za szczególny rodzaj danych osobowych uznane zostały tzw. dane sensytywne - zdefiniowane jako ujawniające pochodzenie rasowe, poglądy polityczne, przekonania religijne lub inne, dane dotyczące stanu zdrowia lub życia seksualnego oraz dane dotyczące skazujących wyroków karnych (art. 6 konwencji nr 108). Tego rodzaju danych nie można przetwarzać automatycznie, chyba że jest to przewidziane w ustawie, konieczne w demokratycznym społeczeństwie dla realizacji jednego z wymienionych celów: ochrony państwa, bezpieczeństwa publicznego, interesów walutowych państwa lub zwalczania przestępczości, ochrony podmiotu danych oraz praw i wolności innych osób (art. 9 konwencji nr 108). Prawo wewnętrzne musi również przewidywać odpowiednie zabezpieczenia danych. Choć w katalogu zawartym w art. 6 konwencji nr 108 nie wymienia się ani danych genetycznych, ani próbek biologicznych, nie jest to argument przemawiający za ich wyłączeniem, ponieważ katalog ów ma charakter otwarty.

Uznanie profili DNA (pozwalających na identyfikację indywidualną) za dane osobowe, a wyników testów genetycznych za dane osobowe sensytywne

(rodzaj danych dotyczących stanu zdrowia) nie powinny budzić specjalnych wątpliwości. W odniesieniu do wyników testów genetycznych wykonywanych w celach medycznych wszelkie wątpliwości rozwiewa art. 16 IV PD (Protokół w sprawie testów genetycznych dla celów medycznych otwarty do podpisu dnia 27 listopada 2008 r. do Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie, zwanej Europejską Konwencją Bioetyczną, uchwalonej w Oviedo w 1997 r., dalej: Konwencja Bioetyczna lub EKB [IV PD nie wszedł jeszcze w życie, zaś Konwencja Bioetyczna, jak do tej pory, nie została przez Polskę ratyfikowana] - przyp. wł.), który słusznie unikając zawilóści pojęciowych związanych z <danymi genetycznymi> i <informacjami genetycznymi>, przewiduje <ochronę danych osobistych pochodzących z testu genetycznego>.

Mniej oczywisty pozostaje status próbek biologicznych. Niektórzy autorzy stoją na stanowisku, że rozszerzenie norm z zakresu ochrony danych osobowych na materiał genetyczny oraz anglosaska koncepcja uznania go za przedmiot prawa własności są nieodpowiednie i postulują potrzebę nowych lub zmodyfikowanych konstrukcji normatywnych. A. Krajewska uzasadnia to w ten sposób, że próbka DNA jest tylko nośnikiem informacji, więc - analogicznie jak w przypadku dyskietki - można tę informację od niego oddzielić (A. Krajewska, *Informacja genetyczna a zakres autonomii jednostki w europejskiej przestrzeni prawnej*, Wrocław 2008 - przyp. wł.). Porównanie to nie wydaje się do końca trafne, gdyż choć rzeczywiście informację genetyczną można odczytać z próbki i utrwalić na innym nośniku, próbka nadal pozostaje źródłem informacji, których nie można z niej <wykasować> tak, aby stała się pusta jak dyskietka. Materiał genetyczny jest immanentnie związany z osobą i zawartą w nim informacją, więc przyznanie mu statusu danych osobowych, a co za tym idzie - płynącej z niego ochrony - jest uzasadnione. Takie ujęcie potwierdził ETPCz w wyroku w sprawie S. i Marper przeciwko Wielkiej Brytanii (wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka [dalej: ETPCz] z dnia 4 grudnia 2008 r. w połączonych sprawach 30562/04 i 30566/04 - S. i Marper przeciwko Wielkiej Brytanii - przyp. wł.).

Trybunał jednoznacznie orzekł, że odciski palców, profile DNA oraz - co należy podkreślić - próbki biologiczne są <danymi osobistymi> w rozumieniu konwencji nr 108, ponieważ dotyczą osoby fizycznej o określonej tożsamości lub dającej się zidentyfikować. Tym samym, objęte są zakresem przedmiotowym art. 8 EKPCz. Choć wyrok ów dotyczył specyficznego kontekstu, mianowicie policyjnych baz DNA (w Polsce - policyjnego zbioru danych DNA - przyp. wł.), uważam, że jego tezy można odnieść do profili DNA i próbek *in genere*. Z uwagi na duży potencjał informacyjny próbki materiału genetycznego powinny zostać uznane za dane sensytywne, w przeciwieństwie do profili DNA” (*ibidem*).

J. Kapelańska-Pręgowska, zauważyła wysoką wartość dowodową oraz praktyczną niepodważalność dowodu z DNA w procesie karnym, co - w Jej ocenie - może skrócić czas trwania procesu, a tym samym zwiększyć efektywność wymiaru sprawiedliwości. Powołując się na zdecydowanie dominującą opinię judykatury i doktryny Autorka ta jednak podniosła, że „dowód z DNA nie powinien być traktowany jako <superdowód> decydujący o skazaniu czy uniewinnieniu. Badania genetyczne dają bowiem jedynie statystyczne prawdopodobieństwo (aczkolwiek bardzo wysokie), że ślad pozostawiony na miejscu przestępstwa pochodzi od danej osoby, i w żadnym wypadku nie uzasadniają odstępiania od przeprowadzenia innych środków dowodowych. Samo dopasowanie próbek nie oznacza, że osoba ta jest sprawcą, ponieważ nie rozwiązuje kwestii, w jaki sposób ślad znalazł się w miejscu popełnienia przestępstwa, ani nie dowodzi winy oskarżonego” (*ibidem*).

W ocenie J. Kapelańskiej-Pręgowskiej, „[i]ngerencja w prawo do integralności fizycznej przez wymaz z jamy ustnej w celu pobrania DNA, z uwagi na bardzo małą inwazyjność, wydaje się minimalna i z łatwością mogłaby zostać uznana za usprawiedliwioną. Pobranie DNA ma jednak ważny wymiar symboliczny ze względu na informację, którą zawiera (tzn. poza możliwością identyfikacji, również dane dotyczące zdrowia czy pochodzenia). Moim zdaniem, pobranie próbki DNA i jej umieszczenie w bazie negatywnie wpływa na <życie

prywatne> - jednak nie w rozumieniu fizycznym, a psychicznym i informacyjnym. Mechanizm i istota naruszenia będą więc podobne do tych związanych ze zbieraniem i przechowywaniem danych osobowych” (*ibidem*).

Odnosząc się do zasad funkcjonowania zbiorów danych DNA, J. Kapelańska-Pręgowska zauważyła „fundamentalny”, Jej zdaniem, problem związany z tym, „co ma być przechowywane w bazie - czy tylko profile DNA w postaci elektronicznej (które mogą służyć tylko i wyłącznie do identyfikacji i nie można z nich odczytać cech osoby), czy również próbki biologiczne” i wyraziła pogląd, że, „[z] uwagi na wielokrotnie w niniejszej rozprawie podkreślany potencjał informacyjny genomu, przechowywanie próbek rodzi poważne dylematy. Argumentem przemawiającym za ich przechowywaniem może być konieczność dokonania kontrolnej analizy (weryfikacji) profilu oraz ryzyko zmiany technologicznej, która może doprowadzić do niekompatybilności markerów i niemożliwości porównania profilu ze śladami biologicznymi” (*ibidem*).

Omawiając z kolei dopuszczalny zakres analizy próbki materiału genetycznego, J. Kapelańska-Pręgowska podkreśliła, że „[i]stotne, z punktu widzenia ochrony prywatności jednostki i osób z nią spokrewnionych, jest ustanowienie wyraźnego normatywnego zakazu analizy próbek (...) [tego materiału - przyp. wł.] **w celu innym niż stworzenie z nich profilu DNA** (podkr. wł.)” i zwróciła uwagę, że „[p]otajemne testowanie <zdrowotne> próbek pobranych w innych celach jest niedopuszczalne w świetle IV protokołu dodatkowego do EKB, który w art. 9 powtarza zasadę wyartykułowaną w tej konwencji, zgodnie z którą wymaga się uprzedniej i świadomej zgody osoby, od której pobrano próbkę, na test (art. 5 EKB - przyp. wł.). Sprawozdanie wyjaśniające potwierdza, że test może być wykonany na próbce pobranej pierwotnie w innym celu, pod warunkiem uzyskania swobodnej i udokumentowanej zgody zainteresowanego”, i wyjaśniła, że, „[z]godnie z rekomendacją Komitetu Ministrów RE w sprawie danych medycznych



[rekomendacja R (97) 5, przyjęta przez Komitet Ministrów 13 lutego 1997 r., <http://www.giodo.gov.pl> - przyp. wł.], przetwarzanie danych genetycznych do celów postępowania sądowego lub procedury karnej powinno być objęte szczególnymi przepisami zapewniającymi odpowiednie gwarancje. Dane te powinny służyć wyłącznie weryfikacji związku genetycznego w ramach przedstawiania dowodu, zapobiegania konkretnemu niebezpieczeństwu lub ścigania konkretnego przestępstwa. W żadnym razie nie powinny być używane dla określenia cech genetycznych (zalecenie 4.8). Tak więc na podstawie próbki można zrobić jedynie profil DNA. Zalecenie to realizuje zasadę z art. 5 konwencji 108 (...), zgodnie z którą dane mogą być przechowywane i przetwarzane tylko w tym celu, dla którego zostały zebrane.

Analogiczne postanowienia zawiera rezolucja Rady UE z dnia 25 czerwca 2001 r. w sprawie wymiany rezultatów analizy DNA (Dz. Urz. UE. C. 187, którą zastąpiła rezolucja Rady z 30 listopada 2009 r., Dz. Urz. UE. C. 2009.296, tekst ujednolicony - <http://www.lex.pl> - przyp. wł.). Podczas wymiany rezultatów analizy DNA państwa członkowskie są zobligowane do ograniczenia analizy do niekodujących fragmentów chromosomów, aby uniknąć ujawnienia informacji o cechach dziedzicznych (zalecenie III. 1 - przyp. wł.)” [*ibidem*].

Sporo uwagi J. Kapelańska-Pręgowska poświęciła Rekomendacji R (92) 1.

Zdaniem tej Autorki, Rekomendacja ta „choć stanowi *soft law*, zdecydowanie może zostać uznana za wyznacznik podstawowych standardów, o czym świadczą liczne normatywne i orzecznicze odwołania do tego dokumentu. Wydaje się, że przyświecający twórcom rekomendacji cel w postaci osiągnięcia równowagi między różnymi interesami, tzn. <wypracowanie wspólnej polityki karnej mającej na celu zarówno ochronę jednostek, jak i społeczeństwa, w którym one żyją>, został osiągnięty, choć można mieć wątpliwości, czy niektóre zasady nie są zbyt elastyczne i czy nie pozostawiono ustawodawcom krajowym zbytnej swobody” (*ibidem*).

Oceniając poszczególne zapisy Rekomendacji R (92) 1, J. Kapelańska-Pręgowska stwierdziła, że „[n]a pełną aprobatę zasługują m.in. wymogi udzielania upoważnień laboratoriom oraz ich kontrola, a także postanowienia dotyczące pobierania próbek. Pobieranie ma się wprawdzie odbywać na warunkach określonych w prawie krajowym, jednak jeśli prawo nie wymaga zgody podejrzanego, może to nastąpić wyłącznie gdy okoliczności sprawy uzasadniają takie postępowanie. Próbki DNA pobrane na potrzeby postępowania karnego nie mogą być wykorzystywane do innych celów. I *vice versa*, próbki pobrane w celach medycznych oraz wyniki testów nie mogą być użyte w postępowaniu karnym, chyba że prawo krajowe przewiduje okoliczności, w których jest to dopuszczalne. To uprawnienie organów krajowych niewątpliwie powinno być bardzo restrykcyjnie unormowane i wąsko interpretowane w myśl reguły *exceptiones non sunt extendendae*. Decyzji krajowego ustawodawcy pozostawiono również określenie przypadków, w których może dojść do analizy DNA. W świetle rekomendacji może to nastąpić we <wszystkich stosownych przypadkach, bez względu na powagę popełnionego czynu>. W tym przypadku swoboda wydaje się zbyt daleko idąca.

Rekomendacja rozróżnia warunki niszczenia oraz czas przechowywania próbek i wyników ich analizy (profilu DNA). Próbki materiału genetycznego nie powinny być przechowywane po wydaniu prawomocnego orzeczenia w sprawie, na potrzeby której były pozyskane, chyba że jest to konieczne do innych celów, bezpośrednio związanych z tymi, do których je pobrano. Wobec braku dookreślenia, czy należy przez to rozumieć prawomocne skazanie, należy uznać, że - *lege non distinguente* - chodzi o każde prawomocne orzeczenie. Niejasne jest, co będzie mogło być uznane za <cel bezpośrednio związany z celami, dla których je [próbki] pobrano>. Można to chyba odnieść do sytuacji, gdy po dodaniu profilu do bazy w celu porównania ze śladami z miejsca popełnienia przestępstwa, w wyniku automatycznego przeszukiwania bazy doszło do tzw. *cold-hit*, czyli połączenia profilu ze śladem biologicznym.

Zniszczeniu powinny ulec również profile DNA, jeżeli ich dalsze przechowywanie w celu, dla którego je wykorzystano, nie jest już konieczne. Profile mogą jednak być zachowane po wydaniu prawomocnego orzeczenia, jeśli osoba, której dotyczą, została skazana za popełnienie poważnego przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu innych osób. W takim przypadku czas ich przechowywania powinno określać prawo krajowe. Wyraźnie więc w tym przypadku rekomendacja dopuszcza przechowywanie danych w celu powiększenia bazy (ang. *database purpose*).

Szczególny wyjątek od zasady niszczenia próbek i profili dotyczy sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa państwowego. W tym przypadku mogą one być przechowywane przez dłuższy czas (określony w prawie krajowym), nawet jeśli osoba, której dotyczą, nie została oskarżona ani skazana za przestępstwo” (*ibidem*).

Omawiając realizację zasady konieczności i słusznej równowagi w funkcjonowaniu zbioru danych DNA, J. Kapelańska-Pręgowska odwołała się do treści, wspomnianego już wcześniej, wyroku ETPCz, w sprawie połączonych skarg S. i Marper przeciwko Wielkiej Brytanii. Sprawa ta dotyczyła przechowywania przez odpowiednie władze brytyjskie odcisków palców, próbek biologicznych i profili DNA obu powodów (S. i Marper) już po tym, gdy toczące się przeciw nim postępowania karne zostały zakończone, odpowiednio, wyrokiem uniewinniającym lub umorzeniem.

Zdaniem J. Kapelańskiej-Pręgowskiej, wyrok ten ma istotne znaczenie dla krajowych prawodawców, ponieważ wskazuje na elementy decydujące o jakości prawa regulującego zbiory danych DNA.

Warto więc wskazać na najistotniejsze, z punktu widzenia skargi konstytucyjnej w niniejszej sprawie, argumenty zawarte w uzasadnieniu tego orzeczenia.

ETPCz orzekł, iż „bezterminowe przechowywanie danych zawartych w profilach DNA, próbkach komórkowych oraz odciskach linii papilarnych osób,

wobec których zakończono postępowanie karne bez skazania, stanowi naruszenie art. 8 Konwencji (prawo do ochrony życia prywatnego)”, zaś w uzasadnieniu wyroku podniósł, między innymi, że:

- „próbki biologiczne zawierały wiele delikatnych, osobistych informacji o osobie, wliczając w to dane o stanie zdrowia. Co więcej, w próbkach znajduje się niepowtarzalny kod genetyczny niezwykle ważny nie tylko dla danej osoby, ale także dla jej bliskich. Zważywszy na charakter i ilość informacji zawartych w próbkach ich przechowywanie bez wyraźnego powodu musi zostać uznane za naruszające prawo do poszanowania prywatności osób, których sprawa dotyczy. W ocenie Trybunału możliwość wykorzystania profili DNA do identyfikacji powiązań genetycznych między pewnymi osobami już sama w sobie pozwala dojść do wniosku, iż ich przechowywanie godzi w prawo do prywatności tych ludzi. Również fakt, iż profile DNA dostarczyć mogą informacji na temat pochodzenia etnicznego czyni ich przechowywanie kwestią niezwykle delikatną i potencjalnie naruszającą prawo do prywatności” co oznacza, że „przechowywanie zarówno próbek i profili DNA prowadzi do naruszenia prawa powodów do poszanowania życia prywatnego, jak rozumiane jest ono w Artykule 8 par. 1 Konwencji”;
- „przechowywanie danych o odciskach palców i DNA miało służyć słusznemu celowi - identyfikacji, a tym samym zapobieganiu przestępczości. Trybunał zauważył, że odciski palców, profile DNA i próbki biologiczne stanowią dane osobowe w rozumieniu Konwencji Rady Europy z roku 1981 o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem informacji”;
- „prawo krajowe powinno zawierać odpowiednie mechanizmy ochronne, w celu zapobieżenia takiego wykorzystania informacji osobistych, które naruszałoby Artykuł 8 Konwencji. Trybunał podniósł, iż potrzeba takiej ochrony wzrasta, gdy ma się do czynienia z procesem automatycznego przetwarzania danych. Wykorzystywanie ich do celów policyjnych nie może być usprawiedliwieniem mniejszej ochrony”;

- [i]nteres osób, których dotyczy sprawa, jak i całego społeczeństwa co do ochrony informacji osobistych, a w tym odcisków palców i danych dotyczących DNA, można naruszyć jeśli w grę wchodzi interes publiczny, taki jak zapobieganie przestępczości (Trybunał odniósł się do Artykułu 9 Konwencji Ochrony Danych). Niemniej, osobisty charakter informacji, o których mowa zobowiązały Trybunał do dogłębnej analizy jakichkolwiek środków krajowych zezwalających na ich gromadzenie bez zgody zainteresowanych osób” (<http://www.prawaczlowieka.edu.pl>).

W dalszej części uzasadnienia wspomnianego wyżej wyroku ETPCz odnotował, między innymi, że „ochrona gwarantowana przez Artykuł 8 Konwencji zostałaaby w sposób niedopuszczalny osłabiona, jeśliby dopuścić do nieograniczonego wykorzystywania nowoczesnych środków technicznych w systemie karnym. Każdorazowo należy badać, czy korzyści jakie można osiągnąć dzięki zastosowaniu tych środków mogą usprawiedliwić naruszenie prawa do prywatności. Na każdym Państwie, które wiezie w tej dziedzinie prym, spoczywa obowiązek utrzymania właściwej równowagi” (*ibidem*).

J. Kapelańska-Pręgowska, charakteryzując polski, policyjny zbiór danych DNA, stwierdziła, iż „[n]ie ma wątpliwości co do tego, że polska procedura karna dopuszcza dowód z badań DNA. Jego kwestionowanie jest w obecnym stanie wiedzy bezzasadne, chyba że zarzuca się procedurze nierzetelność, błędy w jej przeprowadzeniu i interpretacji. O ile sama analiza DNA pozwala rzeczywiście na ustalenie zgodności próbek graniczące z pewnością, o tyle nie można zapominać o konieczności bardzo rygorystycznego i drobiazgowego przestrzegania nie tylko standardów laboratoryjnych, lecz także zasad zbierania materiału genetycznego.

Dowód z analizy DNA będzie podlegał zasadzie swobodnej oceny dowodów (art. 7 kodeksu postępowania karnego), co jednak nie oznacza zupełnej dowolności sądu, który jest związany całokształtem przeprowadzonych dowodów, zasadami prawidłowego (logicznego) rozumowania oraz wskazaniem

wiedzy i doświadczenia życiowego”, po czym, odpowiadając na pytanie, czy polski ustawodawca osiągnął równowagę między interesem ogólnym (wymiaru sprawiedliwości) a prawami jednostki, wskazała, że „[w] polskim systemie szczegółowe zasady funkcjonowania bazy DNA są uregulowane w ustawie o Policji (...). Do zadań policji należy prowadzenie bazy danych zawierającej informacje o wynikach analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA). Łącznie z bazą danych DNA (profilu) prowadzi się zbiory próbek pobranych w celu wykonania analizy (art. 21a ust. 3 ustawy o Policji).

Zakres bazy określa art. 21a ust. 2 ustawy, zgodnie z którym w bazie danych DNA gromadzi się i przetwarza informacje o wynikach analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego w odniesieniu do: a) osób wymienionych w art. 74 i 192a k.p.k., b) osób o nieustalonej tożsamości oraz osób usiłujących ukryć swoją tożsamość, c) zwłok ludzkich o nieustalonej tożsamości, d) śladów nieznanymi sprawców przestępstw. Ustawa nie ograniczyła możliwości pobierania DNA do osób podejrzanych lub oskarżonych o popełnienie określonych przestępstw, korzystając tym samym ze swobody przyznanej w tej mierze przez rekomendację Komitetu Ministrów Rady Europy R(92)1. Oznacza to, że próbka może zostać pobrana od każdego oskarżonego lub osoby podejrzanej, bez względu na rodzaj zarzucanego czynu. *De lege lata*, rozwiązanie przewidziane w ustawie jest więc zgodne z zaleceniami rekomendacji, jednak orzecznictwo ETPCz wydaje się sugerować konieczność wprowadzania ograniczeń w tej kwestii. Badania komparatystyczne dowodzą, że w wielu systemach krajowych takie ograniczenia wprowadzono.

Maksymalny czas przechowywania próbek i profili DNA ustalony został na okres 20 albo 35 lat. Mogą być one wykorzystywane w celu zwalczania przestępstw oraz w celach identyfikacji osób i zwłok. Usunięcie profili oraz zniszczenie próbek powinno nastąpić w odniesieniu do osób, które zostały uniewinnione lub wobec których umorzono postępowanie karne - niezwłocznie po uprawomocnieniu się stosownego orzeczenia (art. 21e pkt 1 ustawy o Policji).

Wymienione reguły postępowania z próbkami i profilami odpowiadają standardom międzynarodowym. Jedyne zastrzeżenie dotyczy przechowywania próbek osób skazanych, które mają pozostawać w bazie tak długo jak profile. Zarówno cytowana rekomendacja, jak i orzeczenie ETPCz w sprawie S. i Marper słusznie rozróżniają te dwie kategorie danych, z uwagi na duży potencjał informacyjny materiału genetycznego. W rekomendacji zalecono, aby próbki nie były przechowywane po wydaniu prawomocnego orzeczenia w sprawie, w której były wykorzystywane, chyba że jest to konieczne dla innych celów, bezpośrednio związanych z tymi, dla których je pobrano. W przeciwieństwie do samych próbek, wyniki ich analizy (profile) mogą być zachowane, jeśli osoba, której dotyczą, została skazana za popełnienie poważnego przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu innych osób” (J. Kapelańska-Pręgowska, *Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych*, op. cit.).

Jako wzorce kontroli art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. Skarżący wskazał, między innymi, art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 8 EKPCz.

W uzasadnieniu wyroku (wydanego w pełnym składzie Trybunału) z dnia 10 marca 2010 r, w sprawie o sygn. akt U 5/07, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż „[w] literaturze przedmiotu, sytuującej pojęcie wolności osobistej na tle ogólnego pojęcia wolności człowieka, trafnie podkreśla się, że <wolność osobista, o której mowa w art. 41 ust. 1 Konstytucji jest «pierwszą konsekwencją czy też pierwszym przejawem wolnościowego statusu jednostki, wyrażonego w art. 31 ust. 1» i stanowi «możliwość swobodnego określania przez jednostkę swego zachowania i postępowania, tak w życiu publicznym, jak i prywatnym, nieograniczoną przez jakiegokolwiek inne czynniki ludzkie»> (P. Sarnecki, *uwagi do art. 41, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz, t. 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003*).

*W świetle art. 41 ust. 1 Konstytucji, nietykalność osobista pozostaje w ścisłym związku z wolnością osobistą. Określa się ją jako <zagwarantowaną możliwość utrzymywania przez jednostkę swej tożsamości i integralności tak fizycznej, jak i psychicznej oraz zakaz jakiegokolwiek, bezpośredniej i pośredniej ingerencji z zewnątrz, naruszającej tę integralność> (P. Sarnecki, op. cit.).*

***Istota nietykalności osobistej wiąże się nie tylko, co Trybunał pragnie podkreślić, z nietykalnością cielesną, ale polega na nienaruszalności integralności cielesnej i duchowej człowieka, którego tożsamość określa nie tylko ciało, ale również wnętrze psychiczne (podkr. wł.). Szczególna wartość, jaką jest nietykalność osobista człowieka, jako osoby ludzkiej wiąże się dlatego w sposób szczególnie silny z godnością człowieka, o której mowa w art. 30 Konstytucji, że jest <przyrodzona>, <niezbywalna> oraz że <stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela>.***

*Trybunał zwraca uwagę, że również art. 39 i art. 40 Konstytucji odnoszą się (w świetle systemowej wykładni Konstytucji) do nietykalności osobistej, określając zakazy naruszania nietykalności osobistej. Zgodnie z art. 39 Konstytucji <Nikt nie może być poddany eksperymentom naukowym, w tym medycznym, bez dobrowolnie wyrażonej zgody>, a art. 40 Konstytucji stanowi: <Nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się stosowania kar cielesnych>. Trafnie wskazuje się w doktrynie, że nietykalność osobista, a więc nienaruszalność integralności cielesnej i duchowej człowieka, może doznać uszczerbku przez bicie, zranienie, torturowanie fizyczne lub dręczenie psychiczne (...).*

*Ukazując, wynikający z art. 41 ust. 1 Konstytucji, związek między wolnością osobistą a nietykalnością osobistą, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 18 lutego 2004 r. stwierdził, że <aspekt pozytywny «wolności jednostki» polega na tym, że jednostka może swobodnie kształtować swoje zachowania w danej sferze, wybierając takie formy aktywności, które jej samej najbardziej*



odpowiadają, lub powstrzymywać się od podejmowania jakiejkolwiek działalności. Aspekt negatywny «wolności jednostki» polega na prawnym obowiązku powstrzymania się - kogokolwiek - od ingerencji w sferę zastrzeżoną dla jednostki. Obowiązek taki ciąży na państwie i na innych podmiotach». W takim rozumieniu wolności - <nietykalność osobista> stanowi jej aspekt negatywny, gwarantujący <wolność od> wkraczania w sferę integralności wewnętrznej i zewnętrznej każdego człowieka, natomiast pojęcie <wolności osobistej> pokrywa się z jej aspektem pozytywnym, chroniącym najszerszej ujmowaną możliwość realizacji woli i zachowań człowieka (sygn. P 21/02, OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 9).

Trybunał zwraca uwagę, że ścisły związek między wolnością osobistą i nietykalnością osobistą, wynikający z treści normatywnych art. 41 ust. 1 zdania pierwszego Konstytucji, stanowi, na tle demokratycznych standardów ochrony wolności człowieka, szczególną regulację podstawowych praw i wolności; szczególną ze względu na kształt tej regulacji oraz ze względu na znaczenie ochrony wolności osobistej dla ochrony wszystkich praw i wolności podstawowych. W świetle wykładni art. 41 ust. 1 Konstytucji nietykalność osobista stanowi konieczny, szczególnie ważny warunek realizacji wolności osobistej człowieka w państwie demokratycznym; poszanowanie nietykalności osobistej jest zarazem gwarancją realizacji wolności osobistej.

Trybunał podkreśla, że ścisły związek między poszanowaniem wolności osobistej i respektowaniem nietykalności osobistej na gruncie Konstytucji oznacza, że ograniczenie wolności osobistej podlega szczególnej ochronie konstytucyjnej. Ograniczenie wolności osobistej wymaga bowiem nie tylko spełnienia wymogów wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji, dotyczących ograniczenia każdego prawa lub wolności konstytucyjnej, ale wymaga ponadto respektowania nietykalności osobistej. Wolność osobista może podlegać ograniczeniom wyłącznie w ustawie, a przesłanki ustawowego ograniczania tej wolności, określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji odnoszą się również do

ograniczenia wolności osobistej. **Przepis art. 41 ust. 1 Konstytucji <dodaje> jednak do ustawowych przesłanek dopuszczających ograniczenie wolności osobistej, określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, jeszcze jeden wymóg: pełne poszanowanie nietykalności osobistej** (podkr. wł.).

Przepis art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji stanowi, że pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie. Trybunał zwraca uwagę, że wykładnia tego przepisu winna uwzględniać również, podobnie jak w przypadku art. 41 ust. 1 zdania pierwszego, systemowe powiązania z innymi przepisami Konstytucji. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji, określającym konstytucyjne wymogi ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, ograniczenia takie mogą być ustanawiane tylko w ustawie. Wymogi te odnoszą się także do ograniczenia wolności osobistej. **Oznacza to, że wszelkie ograniczenia wolności osobistej mogą być regulowane tylko w ustawie, przy pełnym respektowaniu nietykalności osobistej oraz innych wymogów określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji** (podkr. wł.).

Trybunał zwraca jednak uwagę, że art. 41 ust. 1 Konstytucji nie jest w kwestii wymogu wyłączności ustawy w ograniczeniu wolności osobistej zwykłym powtórzeniem postanowień art. 31 ust. 3 Konstytucji. Generalny wymóg wyłącznej i pełnej regulacji ustawowej ograniczania wolności i praw konstytucyjnych, dotyczących również wolności osobistej, wynika z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a z art. 41 ust. 1 zdania drugiego Konstytucji wynika wymóg szczególny, a mianowicie że w regulacji ustawowej ograniczającej wolność osobistą winny być zawarte zasady i tryb ograniczania tej wolności (podkr. wł.). Ten ostatni wymóg, wynikający z przepisu art. 41 ust. 1 zdania drugiego Konstytucji, uzupełnia - zdaniem Trybunału - w odniesieniu do ograniczenia wolności osobistej konstytucyjne wymogi ograniczania wolności osobistej wynikające z art. 31 ust. 3 oraz z art. 41 ust. 1 zdania pierwszego Konstytucji.

*Zdaniem Trybunału, do zasad ograniczenia wolności osobistej, regulowanych ustawowo, których dotyczy art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji, należą wszystkie przesłanki bezpośrednio określające ograniczenie wolności osobistej, a w szczególności określenie podmiotu, który podejmuje decyzję o ograniczeniu wolności osobistej, określenie osób, w stosunku do których decyzja o ograniczeniu wolności osobistej może być podejmowana, oraz określenie przesłanek związanych z tymi osobami, np. ich status prawny, ich zachowanie, sytuacja, w której się znajdują. Natomiast przez tryb ograniczania wolności osobistej, o którym mowa w art. 41 ust. 1 zdaniu drugim Konstytucji, należy rozumieć, w świetle Konstytucji, regulowany ustawowo sposób postępowania (procedurę) podmiotu uprawnionego ustawowo do decydowania o ograniczaniu wolności osobistej (podkr. wł.). Z art. 41 ust. 1 zdania drugiego w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji wynika, nakaz skierowany do ustawodawcy, aby ograniczając w danej regulacji prawnej wolność osobistą (tylko droga ustawowa jest dopuszczalna), zamieszczał w niej zawsze zasady oraz tryb ograniczenia wolności osobistej. Trybunał zwraca uwagę, że art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji nie tylko wprowadza zakaz ograniczenia wolności osobistej w podustawowych aktach prawnych, jak to wynika z art. 31 ust. 3 Konstytucji w odniesieniu do wszystkich praw i wolności konstytucyjnych. Z art. 41 ust. 1 zdania drugiego Konstytucji wynika również nakaz uwzględnienia w ustawowej regulacji ograniczającej wolność osobistą wszystkich przesłanek określających zasady i tryb ograniczenia wolności osobistej.*

*Pojęcie zasad, które ograniczają wolność osobistą, nie jest odwołaniem się do kategorii zasad prawnych, czyli szczególnie ważnych przepisów prawnych (norm) danej regulacji. Konieczność określenia zasad ograniczenia wolności osobistej w ustawie oznacza, że w regulacji ustawowej winny być zamieszczone wszystkie bezpośrednio materialnoprawne przesłanki ograniczenia wolności osobistej. Natomiast wymóg określenia w danej regulacji ustawowej ograniczającej wolność osobistą trybu ograniczenia tej wolności oznacza, że*

ustawowe ograniczenie tej wolności winno zawierać również wszystkie przesłanki określające bezpośrednio tryb (procedurę) ograniczenia wolności osobistej. Z art. 41 ust. 1 zdania drugiego Konstytucji wynika, zdaniem Trybunału, skierowany do ustawodawcy ograniczającego w danej regulacji wolność osobistą, nakaz zamieszczania w takiej regulacji wszystkich materialnoprawnych i proceduralnych przesłanek określających bezpośrednio ograniczenie wolności osobistej.

Jak wspomniano, w świetle systemowej analizy treści normatywnych art. 41 ust. 1 Konstytucji, ustawodawca może ograniczyć wolność osobistą, przy dochowaniu wszystkich wymogów wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji, oraz pod warunkiem pełnego poszanowania nietykalności osobistej. **Oznacza to, że w odniesieniu do konkretnej regulacji ustawowej dotyczącej ograniczenia wolności osobistej ustawodawca winien wziąć pod uwagę akcentowaną wyżej dyrektywę pełnego poszanowania nietykalności osobistej, traktując ją jako fundamentalny wymóg ograniczenia wolności osobistej człowieka (podkr. wł.).** Trybunał zwraca uwagę, że na tle konkretnej regulacji ustawowej ograniczającej wolność osobistą człowieka można ocenić, jakie wymagania muszą być spełnione, aby ograniczenie tej wolności było dokonane z poszanowaniem nietykalności osobistej. Dlatego nieprzypadkowo, zgodnie z art. 41 ust. 1 zdaniem drugim Konstytucji, dochowany winien być jeszcze jeden wymóg ustawowego ograniczania wolności osobistej, a mianowicie wszystkie przesłanki materialnoprawne oraz przesłanki proceduralne określające bezpośrednio ograniczenie wolności osobistej winny być zawarte w ustawie. Interpretowany, w kontekście innych przepisów Konstytucji, w szczególności w kontekście art. 31 ust. 3 Konstytucji, art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji, dodaje więc do ustalonych wyżej, wynikających z art. 41 ust. 1 zdania pierwszego oraz z art. 31 ust. 3 Konstytucji, wymogów ograniczania praw i wolności jeszcze jeden wymóg: *przepisy ustawy ograniczające wolność osobistą winny zawierać również zasady i tryb ograniczania tej wolności (w rozumieniu wyżej wskazanym)*” [OTK ZU

seria A nr 3/2010, poz. 20; *vide* też - uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 października 2009 r., w sprawie o sygn. akt SK 46/07, OTK ZU seria A nr 9/2009, poz. 132].

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 października 2013 r., w sprawie o sygn. akt U 7/12, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „*[k]ontrola osobista prowadzona na podstawie kwestionowanych przepisów* (Trybunał badał zgodność § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, stanowiącego załącznik do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 26 sierpnia 2004 r. w sprawie warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia oraz regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, Dz. U. Nr 190, poz. 1953, z art. 41 ust. 1, z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 92 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji - przyp. wł.) *stanowi ingerencję w nietykalność osobistą chronioną na podstawie art. 41 ust. 1 Konstytucji oraz prawo do prywatności chronione na podstawie art. 47 Konstytucji. W świetle wymogów stawianych ustawodawcy zarówno przez art. 31 ust. 3, jak i przez art. 41 ust. 1 Konstytucji, dopuszczalna jest, w przypadku ingerencji w obie te wolności osobiste, wyłącznie interwencja ustawodawcy. Ustawodawca musi uczynić to w sposób zupełny i precyzyjny. W akcie rangi podustawowej, pod warunkiem wyraźnego upoważnienia ustawodawcy, można określić jedynie kwestie porządkowe związane z przebiegiem kontroli osobistej.(...)*

Trybunał podkreśla, że art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji zakazuje ograniczania wolności osobistej w podustawowych aktach prawnych i jednocześnie nakazuje wytyczanie w ustawie wszystkich materialnoprawnych przesłanek ingerowania w wolność osobistą. Ustawa musi też wytyczać procedurę jej ograniczania (...).

Ta sama reguła rządzi dopuszczalnością ingerencji w prawo do prywatności. W wyroku o sygn. K 54/07 z 23 czerwca 2009 r. (OTK ZU nr

6/A/2009, poz. 86, cz. III, pkt 5), odwołując się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (m.in. do wyroku z 2 sierpnia 1984 r. w sprawie *Malone przeciwko Wielkiej Brytanii*, nr 8691/79, pkt 67-68 i 79), Trybunał zauważył, że z perspektywy tej wolności osobistej niezbędne jest stwierdzenie dostatecznie precyzyjnej i konkretnej podstawy ustawowej wkrócenia w jej sferę i jest niedopuszczalne wprowadzenie ograniczeń aktami podustawowymi. Trybunał podkreśla również, że normy ograniczające prawo do prywatności winny być uregulowane na poziomie ustawowym” (OTK ZU seria A nr 7/2013, poz. 102).

O prawie do prywatności Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się szerzej w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 marca 2013 r., w sprawie o sygn. akt U 2/11, stwierdzając, że „[w] art. 47 Konstytucji uregulowane zostały dwie odrębne sytuacje: po pierwsze, prawo jednostki do prawnej ochrony wskazanych w pierwszej części przepisu sfer jej życia, po drugie, wolność decydowania w sprawach określonych w końcowej jego części. Pierwszemu prawu jednostki towarzyszyć musi ustawowa regulacja pozwalająca bronić prywatność, życie rodzinne, cześć i dobre imię. Natomiast drugie oznacza zakaz ingerencji w wolność kształtowania przez jednostkę jej życia osobistego. Wolność ta jest również jeszcze jednym z przejawów ogólnej wolności człowieka (art. 31 ust. 1) oraz wolności osobistej *sensu stricto*, zagwarantowanej przez art. 41 ust. 1 Konstytucji. Obie normy konstytucyjne zawarte w art. 47 Konstytucji określa się powszechnie jako prawo do prywatności.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, doniosłość prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji) w systemie konstytucyjnej ochrony praw i wolności uwidacznia m.in. okoliczność, że prawo to jest - zgodnie z art. 233 ust. 1 Konstytucji - nienaruszalne nawet w sytuacji wprowadzenia stanu wyjątkowego czy wojennego. To znaczy, że nawet warunki tak wyjątkowe i ekstremalne nie zezwalają ustawodawcy na złagodzenie przesłanek, przy spełnieniu których można wkroczyć w sferę życia prywatnego, nie narażając się na zarzut

*niekonstytucyjnej arbitralności (...). Bezsprzecznie zatem normy ograniczające te prawa i wolności winny być uregulowane na poziomie ustawowym, zwłaszcza w realiach postępowania karnego, które ściśle wiąże się z najgłębszą ingerencją ustawodawcy w konstytucyjne prawa i wolności obywatelskie.*

*Poszanowanie prywatności (która - na poziomie konstytucyjnym - jest chroniona wieloaspektowo, przez kilka praw i wolności - por. art. 47-51) jest ściśle powiązane z konstytucyjnym nakazem ochrony godności ludzkiej (art. 30 Konstytucji). Zachowanie przez człowieka godności wymaga bowiem poszanowania jego sfery czysto osobistej, tak by tenże nie był narażony na konieczność <bycia z innymi> czy <dzielenia się z innymi> swoimi przeżyciami czy doznaniem o intymnym charakterze. Sfera prywatna jest zbudowana z różnych kręgów w mniejszym lub większym stopniu otwartych (prawnie) na oddziaływanie zewnętrzne i konstytucyjna aprobata dla władczej wkroczenia przez władzę nie jest jednakowa” (OTK ZU seria A nr 3/2013, poz. 24).*

W uzasadnieniu wyroku (wydanego w pełnym składzie Trybunału) z dnia 14 października 2015 r., w sprawie o sygn. akt Kp 1/15, Trybunał Konstytucyjny, analizując art. 47 i art. 52 ust. 2 Konstytucji, stwierdził, że „[a]rt. 47 Konstytucji wyraża prawo każdej osoby do <ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym>. Trybunał wskazywał w dotychczasowym orzecznictwie, że prawo do prywatności odnosi się m.in. do ochrony danych dotyczących sytuacji majątkowej obywatela (...), informacji o stanie zdrowia (...), danych przetwarzanych w ramach procedury lustracji (...), danych dotyczących pokrewieństwa lub jego braku (...), danych dostarczanych na potrzeby statystyki publicznej (...) czy też danych zawartych w rejestrach medycznych (...).

*Autonomia informacyjna oznacza prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym podmiotom informacji dotyczących swojej osoby, a także prawo do sprawowania kontroli nad takimi informacjami, jeśli znajdują się w posiadaniu innych podmiotów (...). Art. 51 Konstytucji wyraża prawo jednostki*

do ochrony danych osobowych, w zakres którego wchodzi m.in. wymaganie ustawowej podstawy nałożenia obowiązku ujawnienia przez daną osobę informacji jej dotyczących (ust. 1), zakaz pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym (ust. 2), prawo dostępu jednostki do dokumentów i zbiorów danych oraz żądania sprostowania bądź usunięcia danych nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą (ust. 3 i 4). Art. 51 ust. 5 Konstytucji przewiduje natomiast, że <Zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa>.

Ustawa o ochronie danych osobowych rozróżnia dwa rodzaje danych osobowych: dane zwykłe oraz dane wrażliwe. Dane tego drugiego rodzaju zostały wymienione w art. 27 u.o.d.o. Ustawa wprowadza generalny zakaz przetwarzania wymienionych w niej danych wrażliwych, a jednocześnie ustanawia wyjątki od tego zakazu. Pojęcie <danych wrażliwych> występuje również w orzecznictwie Trybunału (...). [...]

Art. 47 i art. 51 Konstytucji pozostają w określonej relacji: prawo do prywatności wyrażone w art. 47 Konstytucji zagwarantowane jest m.in. przez ochronę danych osobowych, przewidzianą w art. 51 Konstytucji (...). Autonomia informacyjna stanowi zatem istotny element składowy prawa do prywatności (...). Art. 47 i art. 51 Konstytucji służą ochronie tej samej wartości (...). Trybunał w wielu sprawach ujmował wskazane przepisy łącznie jako wzorzec kontroli aktu normatywnego (...).

Zarówno prawo do prywatności, jak i jego element składowy, jakim jest ochrona autonomii informacyjnej jednostki, nie mają charakteru absolutnego. W orzecznictwie Trybunału wyrażany jest pogląd, że zawarta w art. 51 ust. 2 Konstytucji przesłanka <niezbędności> gromadzenia informacji o obywatelach w demokratycznym państwie prawnym nie jest jedyną; dopuszczalność ograniczenia autonomii informacyjnej jednostki występuje również w razie spełnienia przesłanek określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji (...). Pozyskiwanie



*informacji o jednostkach może być zatem uzasadnione zarówno wartościami wymienionymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji, jak i dalszymi, jeśli - stosownie do art. 51 ust. 2 Konstytucji - zostaną uznane za niezbędne w demokratycznym państwie prawnym” (OTK ZU seria A nr 9/2015, poz. 147).*

Pośród licznych wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, odnoszących się do wzorca kontroli z art. 31 ust. 3 Konstytucji, za reprezentatywną uznać można tę, która została zawarta w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 września 2008 r., w sprawie o sygn. akt SK 52/05, gdzie Trybunał stwierdził, że „*[z]awarta w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasada proporcjonalności w aspekcie formalnym wymaga, aby ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw wprowadzane były w formie ustawy, co wyklucza wprowadzanie ich w aktach niższej rangi. Zasada ta w aspekcie materialnym dopuszcza ustanawianie tylko takich ograniczeń, które nie naruszają istoty danej wolności lub prawa podmiotowego, i tylko wtedy, gdy istnieje konieczność ich wprowadzenia w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Zakres wprowadzanych ograniczeń powinien być proporcjonalny, tzn. konieczny dla realizacji określonego celu (...). W związku z tym wprowadza się trzy kryteria: przydatności, konieczności i proporcjonalności przyjmowanych ograniczeń (...). Ingerencja taka jest zatem dopuszczalna, jeżeli jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, a jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela” (OTK ZU seria A nr 7/2008, poz. 125).*

Podsumowując wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt SK 52/05, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że ograniczenia wolności i praw jednostki ze względu na ochronę wartości wyliczonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji bądź wskazanych w szczegółowych przepisach ustawy zasadniczej „*muszą (...) czynić zadość zasadzie proporcjonalności. Jak wskazał Trybunał*

*Konstytucyjny we wcześniejszym orzecznictwie <przesłanka «konieczności ograniczenia w demokratycznym państwie» z jednej strony stawia przed prawodawcą każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania ingerencji w danym stanie faktycznym, z drugiej zaś - winna być rozumiana jako wymóg stosowania środków prawnych skutecznych (rzeczywiście służących realizacji zamierzonych celów), ale tylko tych niezbędnych (chroniących określone wartości w sposób bądź w stopniu nieosiągalnym przy zastosowaniu innych środków). Owa niezbędność oznacza również nakaz stosowania środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu, bo ingerencja w sferę statusu jednostki musi pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie (...). Wprowadzenie ograniczeń wymaga ponadto ich uzasadnienia, przede wszystkim wskazania innej wartości konstytucyjnej, dla której prawo zostało «poświęcone» lub ograniczone (...). Podsumowując, z naruszeniem kryterium «konieczności» zastosowania ograniczenia mamy do czynienia, gdy osiągnięcie danego celu było możliwe poprzez zastosowanie innego środka, nakładającego mniejsze ograniczenia na prawa i wolności jednostki, tymczasem sięgnięto po środek bardziej uciążliwy (...)>” (op. cit.).*

W wyroku z dnia 10 grudnia 2013 r., w sprawie o sygn. akt U 5/13, Sąd Konstytucyjny, formułując ponownie wymogi zasady proporcjonalności, przypomniał, że zasada ta „*jest rozumiana przez Trybunał Konstytucyjny jako suma trzech zasad składowych: zasady przydatności, zasady konieczności oraz zasady proporcjonalności sensu stricto, tzn. zakazu nadmiernej ingerencji (por. wyrok z 11 kwietnia 2000 r., sygn. K. 15/98, OTK ZU nr 3/2000, poz. 86 i wiele innych). Zasada przydatności polega na przeprowadzeniu testu racjonalności instrumentalnej, tzn. ustaleniu, czy według dostępnego stanu wiedzy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków. Zasada konieczności wymaga oceny, czy badane przepisy są niezbędne dla ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji (pięciu dóbr*

*ogólnospołecznych lub indywidualnych <wolności i praw innych osób>), a ponadto czy spośród środków skutecznie chroniących te wartości zostały wybrane środki najmniej uciążliwe. Zasada proporcjonalności sensu stricto wymaga zaś ustalenia, czy efekty zaskarżonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela” (OTK ZU seria A nr 9/2013, poz. 136).*

Biorąc pod uwagę powołane wyżej orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz poglądy doktryny, należy dojść do wniosku, że, określona w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., czynność polegająca na pobraniu w postępowaniu przygotowawczym przez funkcjonariuszy Policji od podejrzanego wymazu ze słuzówki policzków, wbrew ocenie Skarżącego, czyni zadość wymaganiom, jakie muszą spełniać ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych zadekretowanych w art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 Konstytucji.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że tego rodzaju czynność, pomimo iż została zakwalifikowana do „badania połączonego z dokonaniem zabiegów na ciele”, jest działaniem minimalnie inwazyjnym (wprawdzie narusza integralność ciała osoby jej poddanej, ale czyni to w stopniu nieznacznym).

Celem tej czynności jest dostarczenie materiału do badań genetycznych, które polegają na analizie kwasu deoksyrybonukleinowego (DNA).

Jednocześnie potencjał informacyjny próbki pobranego materiału genetycznego jest ogromny (poza możliwością identyfikacji zawiera również dane dotyczące zdrowia czy pochodzenia).

Skoro zatem, próbki te *per se*, poza danymi „identyfikacyjnymi”, zawierają szereg innych informacji, w tym dane o stanie zdrowia (dane sensorywne, wymienione w art. 27 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych), i z tego względu, o czym wcześniej była mowa, próbki pobranego materiału genetycznego, podobnie jak odciski palców i profile DNA, są uznawane za dane osobowe (*vide* - Konwencja nr 108), to sama czynność pobrania materiału

genetycznego ingeruje w konstytucyjne prawo jednostki do zachowania nietykalności osobistej (w tym przypadku rozumianego bardziej jako nienaruszalność integralności duchowej człowieka, którego tożsamość określa nie tylko ciało, ale również wnętrze psychiczne, niż jako nienaruszalność integralności cielesnej) [art. 41 ust. 1 Konstytucji], ale też ingeruje w konstytucyjne prawo do prywatności (art. 47 Konstytucji) oraz w konstytucyjne prawo do zachowania autonomii informacyjnej jednostki (art. 51 ust. 2 Konstytucji).

Tego rodzaju ingerencja, podjęta w postępowaniu przygotowawczym, a więc we wstępnej fazie postępowania karnego (postępowania o przestępstwo), jest jednak w tym postępowaniu nie tylko przydatna, ale też konieczna oraz proporcjonalna *sensu stricto*, w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W sprawie, na tle której sformułowano skargę konstytucyjną M H., czynność pobrania od podejrzanego materiału genetycznego w postaci wymazu ze śluzówki jego policzków miała miejsce właśnie w postępowaniu karnym (w fazie przygotowawczej), toczącym się o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego, a w chwili jej przeprowadzania podejrzany przebywał w warunkach pozbawienia wolności (stosowano wobec niego tymczasowe aresztowanie).

Z treści art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. oraz art. 20 ust. 2c ustawy o Policji wynika, że pobranie od podejrzanego materiału genetycznego w postaci wymazu ze śluzówki policzków jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy wynik badania DNA ma znaczenie wykrywcze, dowodowe lub identyfikacyjne w konkretnym postępowaniu przygotowawczym (*vide* - użyty w treści art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. termin „jeżeli jest to nieodzowne”, zaś nieodzowność tej czynności może mieć związek chociażby z koniecznością identyfikacji podejrzanego).

Poza tym dane dotyczące kodu genetycznego mogą obejmować informacje wyłącznie o niekodującej części DNA (nie zawierają danych na temat określonych cech dziedzicznych, takich jak, na przykład, informacje o

skłonnościach do pewnych chorób, o preferencjach seksualnych czy alkoholizmie) [art. 20 ust. 2b pkt 1 ustawy o Policji].

Tak więc, rejony niekodujące DNA umożliwiają jedynie stworzenie profili DNA pozwalających na identyfikację indywidualną, co w postępowaniu przygotowawczym (karnym) ma znaczenie wykrywcze i stanowi dowód popełnienia (bądź niepopołnienia) przestępstwa przez „dawcę” materiału genetycznego.

Ponadto, z ustawy o Policji jasno wynika, że dane dotyczące kodu genetycznego, obejmujące informacje o niekodującej części DNA, **nie mogą być przetwarzane** w innym celu niż ten, w którym dane te zostały „pobrane, uzyskane, przekazane, udostępnione lub zgromadzone” nawet wówczas, jeżeli byłoby to niezbędne do realizacji zadań ustawowych Policji. **Niedopuszczalne jest również** przetwarzanie takich danych „w celach historycznych, statystycznych lub innych naukowych, nawet po ich zmodyfikowaniu w sposób uniemożliwiający przyporządkowanie numeru identyfikacyjnego albo określonych cech fizycznych, fizjologicznych, umysłowych, ekonomicznych, kulturowych lub społecznych określonej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej albo przyporządkowanie takie wymagałoby niewspółmiernych kosztów, czasu lub działań” (art. 20 ust. 16a pkt 1 i 2 ustawy o Policji).

Wszystko to wskazuje, że **ustawodawca ustanowił wyraźny normatywny zakaz analizy próbek materiału genetycznego (w tym wypadku - wymazu ze śluzówki policzków) w celu innym niż stworzenie profilu DNA dla potrzeb wykrywczych, dowodowych lub identyfikacyjnych.**

Inaczej mówiąc, z próbki materiału genetycznego można wyodrębnić jedynie **fragment informacji genetycznej** o „dawcy” tego materiału.

Trzeba też pamiętać, że przesłanką negatywną czynności pobrania od podejrzanego wymazu ze śluzówki policzków jest **obawa, że przeprowadzenie tej czynności zagrażałoby zdrowiu „dawcy” lub zdrowiu innych osób.** W grę może wchodzić tu, o czym wcześniej była mowa, choroba samego podejrzanego;

która uniemożliwia przeprowadzenie tej czynności, albo względ na zdrowie innych osób, jeżeli wykonanie tej czynności łączy się z niebezpieczeństwem ich zakażenia.

Odnosząc się zaś wprost do elementów składowych tzw. „testu proporcjonalności”, interpretowanego przez Trybunał Konstytucyjny z art. 31 ust. 3 Konstytucji, należy stwierdzić, że, **po pierwsze**, pobranie od podejrzanego przez funkcjonariuszy Policji próbki materiału genetycznego w postępowaniu przygotowawczym w celu stworzenia z niej profilu DNA **jest w tym postępowaniu „przydatne”**.

Przedstawiciele doktryny, których poglądy wcześniej były cytowane, są zgodni co do tego, że wartość dowodowa analizy DNA jest wysoka, ponieważ opiera się na podstawowym założeniu genetyki o **jedności biologicznej jednostki** (każdy człowiek posiada niepowtarzalny, indywidualny i niezmienny kod genetyczny określany genomem, który jest zbudowany z kwasu deoksyrybonukleinowego [DNA], składającego się z około trzech miliardów jednostek podstawowych ułożonych w sekwencje).

Wynik analizy DNA, o czym wcześniej była mowa, **pozwala zatem na ustalenie z bardzo wysokim stopniem prawdopodobieństwa, że dana próbka nie pochodzi od konkretnej osoby, bądź że dwie próbki mają to samo źródło** (pozwala na ustalenie zgodności próbek graniczące z pewnością).

J. Kapelańska-Pręgowska podkreśliła, iż wynik analizy DNA w procesie karnym - przez to, że jego wartość dowodowa jest wysoka oraz że praktycznie jest on niepowtarzalny - **może skrócić czas trwania procesu, a tym samym zwiększyć efektywność wymiaru sprawiedliwości**.

W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z dnia 17 grudnia 2004 r. zwrócono nadto uwagę na przydatność wyników badań DNA (profilu DNA) w ściganiu przestępstw pozostających w kompetencjach Europolu i Interpolu.

**Po drugie**, pobranie od podejrzanego przez funkcjonariuszy Policji próbki materiału genetycznego w postępowaniu przygotowawczym w celu stworzenia z

niej profilu DNA **jest w tym postępowaniu „konieczne”** (niezbędne dla ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji i jednocześnie najmniej uciążliwe spośród środków skutecznie chroniących te dobra).

Jednym z dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji jest bezpieczeństwo publiczne. Walka z przestępczością niewątpliwie służy ochronie tego dobra.

Poza tym niepowtarzalność dowodu z analizy DNA w postępowaniu karnym powoduje, **że nie może on być zastąpiony innym, równie skutecznym, dowodem**, ponieważ - jeśli uwzględni się aktualny stan wiedzy - inny, równie skuteczny, dowód **po prostu nie istnieje**.

**Po trzecie**, omawiana tu czynność jest „**proporcjonalna *sensu stricto*”**.

Pozostaje ona bowiem „w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na jednostkę” (dla „dawcy” tego materiału, który jest jednocześnie podejrzanym o popełnienie przestępstwa, zatem osobą, przeciwko której postępowanie przygotowawcze jest prowadzone, czynność ta nie jest nadmiernie uciążliwa).

O minimalnie inwazyjnym charakterze tej czynności była już mowa wcześniej.

Nie bez znaczenia dla oceny „proporcjonalności *sensu stricto*” pobrania przez funkcjonariuszy Policji wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym jest dalsze procedowanie z próbką tego materiału genetycznego. Otóż czynność ta służy stworzeniu - z próbki DNA - profilu DNA, który umieszcza się w policyjnym zbiorze danych DNA, na podstawie zarządzenia odpowiedniego organu (w konkretnym przypadku będzie to mogło nastąpić na podstawie zarządzenia organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze) [art. 21b pkt 1 ustawy o Policji].

W zbiorze danych DNA wraz z profilem DNA przechowuje się próbkę DNA (*vide* - art. 21a ust. 3 ustawy o Policji), co, jak się wydaje, jest wystarczająco uzasadnione koniecznością dokonania, ewentualnie, kontrolnej analizy

(weryfikacji) profilu, a ponadto eliminuje ryzyko zmiany technologicznej, która może doprowadzić do niekompatybilności markerów i niemożliwości porównania profilu ze śladami biologicznymi (*vide* - argumenty podnoszone przez J. Kapelańską-Pręgowską).

Profile DNA i próbki materiału genetycznego są przechowywane w zbiorze danych DNA przez okres 20 lat (maksymalnie - 35 lat w przypadku, między innymi, oskarżonych lub skazanych za zbrodnie oraz niektóre, najcięższe występki) [art. 21d ust. 1 i 2 ustawy o Policji].

Niezależnie od tego, Komendant Główny Policji dokonuje weryfikacji próbek i profili DNA nie rzadziej niż co 10 lat od ich wprowadzenia do zbioru danych DNA **pod kątem celowości ich dalszego przetwarzania lub wykorzystywania** (art. 21c ust. 4 ustawy o Policji).

Wreszcie, profile DNA podlegają komisijnemu, protokolarnemu usunięciu ze zbioru danych DNA, zaś **próbki - zniszczeniu**, niezwłocznie po uprawomocnieniu się orzeczenia - w stosunku do osób uniewinnionych, zaś - w stosunku do osób, wobec których umorzono postępowanie karne (warunkowo bądź bezwarunkowo) - po upływie okresu przedawnienia karalności przestępstwa (art. 21e ust. 1 pkt 1-3 ustawy o Policji).

Zasługuje na podkreślenie, iż polskie rozwiązania dotyczące wykorzystania materiału genetycznego w postępowaniu karnym zostały ocenione - przez wszystkich cytowanych wcześniej przedstawicieli doktryny - jako spełniające wymogi przewidziane zarówno w Rekomendacji R (92) 1, jak i w orzecznictwie ETPCz na gruncie art. 8 EKPCz.

Reasumując, art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. jest zgodny z art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Jedynie na marginesie należy odnotować, że z dołączonych do niniejszej skargi konstytucyjnej dokumentów wynika, iż, w konkretnej sprawie, wbrew



stanowisku Skarżącego, podejrzany **dobrowolnie poddał się** czynności pobrania przez funkcjonariuszy Policji wymazu ze słuzówki policzków, zatem czynność ta została przeprowadzona bez konieczności stosowania wobec niego siły fizycznej lub środków technicznych służących obezwładnieniu (*vide* - uzasadnienie wydanego przez prokuratora postanowienia z dnia 17 listopada 2014 r.).

Jednak gdyby nawet w sprawie, na tle której sformułowano skargę konstytucyjną, wobec podejrzanego był stosowany przymus, to i tak czynność pobrania wymazu ze słuzówki policzków, z powodów opisanych wcześniej, spełniałaby „test proporcjonalności” wynikający z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Można jedynie dodać, że zasady i tryb stosowania przymusu podczas tej czynności oraz dopuszczalne środki takiego przymusu zostały określone w art. 74 § 3a k.p.k., **jednak przepisu tego Skarżący nie zakwestionował** (art. 74 § 3a k.p.k. został wprowadzony do porządku prawnego w wykonaniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 marca 2013 r., w sprawie o sygn. akt U 2/11, op. cit.).

Postępowanie w sprawie oceny zgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 8 EKPCz podlega natomiast umorzeniu na podstawie art. 83 ust. 1 w związku z art. 40 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 1157) - ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia.

W związku z wyraźnym brzmieniem art. 79 ust. 1 Konstytucji, przedmiotem skargi konstytucyjnej może być jedynie zarzut niezgodności przepisów prawa z Konstytucją. Wzorca kontroli w postępowaniu inicjowanym wniesieniem skargi konstytucyjnej nie mogą zatem stanowić przepisy umów międzynarodowych, w tym wskazanej w rozpatrywanej sprawie Konwencji (*vide* na przykład - postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 grudnia 2011 r., w sprawie o sygn. akt Ts 281/10, OTK ZU seria B nr 1/2012, poz. 99).

**Zarzut niezgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji.**

Niezgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji Skarżący upatruje w „braku możliwości uruchomienia sądowej kontroli pobrania wymazu ze śluzówki policzków przez organ postępowania przedjurydykcyjnego” (uzasadnienie skargi konstytucyjnej, s. 13).

Skarżący dodaje, że „kontrola sprawowana przez niezawisły, niezależny i obiektywny organ mogłaby zrównoważyć wadliwość skarżonego przepisu opartego na klauzuli generalnej <nieodzowności>” (*ibidem*).

Zdaniem Skarżącego, sprawowana przez prokuratora nadzorującego prowadzone postępowanie przygotowawcze kontrola przyczyn zarządzenia czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego do badań DNA i samego sposobu jej przeprowadzenia przez funkcjonariuszy Policji jest niewystarczająca, ponieważ czynność ta *per se* ingeruje w sferę konstytucyjnych praw i wolności jednostki, a tylko sąd powinien być gwarantem poszanowania praw i wolności konstytucyjnych jednostki w postępowaniu przygotowawczym (*vide* - uzasadnienie skargi konstytucyjnej, s. 13-14).

Rozważania merytoryczne w tej części należy rozpocząć od stwierdzenia, iż rzeczywistą intencją Skarżącego było zakwestionowanie - z punktu widzenia wzorców kontroli z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji - przepisu art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. nie w całości (jakby to mogło wynikać z *petitum* skargi konstytucyjnej), ale jedynie w takim zakresie tego przepisu, w jakim nie przewiduje on sądowej kontroli czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego przez funkcjonariuszy Policji w postępowaniu przygotowawczym (*vide* - wyraźne określenie przedmiotu zaskarżenia ze wskazaniem adekwatnych do przeprowadzenia takiej kontroli wzorców konstytucyjnych w uzasadnieniu skargi konstytucyjnej, s. 13-15).

Wada konstytucyjna art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. polega zatem, według Skarżącego, także (poza ocenionym wcześniej zarzutem naruszenia art. 41 ust. 1,

art. 47 i art. 51 ust. 2 Konstytucji) na niedostatkach treściowym tego przepisu, przy czym ów niedostatek jest konsekwencją przyjęcia, że, **dokonywana przez prokuratora** uprawnionego do nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym, **kontrola** czynności pobrania w tym postępowaniu wymazu ze służówki policzków podejrzanego przez funkcjonariuszy Policji **jest wystarczająca**.

Wprawdzie zaskarżony przepis nie zawiera żadnych treści, które mogłyby wskazywać na dopuszczalność kontroli wspomnianej czynności przez jakikolwiek organ (w tym prokuratora), jednak kompetencja kontrolna w tym zakresie prokuratora uprawnionego do nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym wynika z przyjętego w Kodeksie postępowania karnego modelu postępowania przygotowawczego oraz reguł zaskarżania zapadłych tam decyzji procesowych i **podejmowanych innych niż decyzje czynności**.

Ten model postępowania przygotowawczego oraz reguły zaskarżania zapadłych w tym postępowaniu decyzji został ukształtowany przez ustawę z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 54, poz. 432) [dalej: ustawa nowelizująca z dnia 29 marca 2007 r.].

W obowiązującym stanie prawnym sąd właściwy do rozpoznania sprawy staje się organem odwoławczym tylko wtedy, gdy ustawa ogranicza się do stwierdzenia, iż w danej sytuacji „przysługuje (lub „służy”) zażalenie”, a chodzi przy tym o zaskarżenie decyzji procesowej prokuratora (tzn. wydanej przez niego osobiście lub zatwierdzonej przez ten podmiot) albo ustawa wyraźnie przyjmuje, że zażalenie „służy do sądu” lub że w określonej sytuacji „przekazuje” („kieruje”) się je „do sądu”.

Tymczasem przepis art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. żadnego takiego stwierdzenia nie zawiera (w jego treści brakuje normy wskazującej, że na opisane w nim czynności przysługuje zażalenie do sądu albo że zażalenie takie przekazuje się bądź kieruje do sądu).

T. Grzegorzczak zwrócił uwagę, iż w wyniku wejścia w życie ustawy nowelizującej z dnia 29 marca 2007 r. (ustawa ta weszła w życie z dniem 12 lipca 2007 r.) „zakłada się obecnie, że: <Na postanowienie prokuratora przysługuje zażalenie do sądu właściwego do rozpoznania sprawy, chyba że ustawa stanowi inaczej>. Z niezmienionego art. 466 § 1 k.p.k. wynika zaś, że przepisy dotyczące zażaleń na postanowienia stosuje się odpowiednio do zażaleń na zarządzenia, a z art. 467 § 1 k.p.k., że mają one też zastosowanie do przewidzianych w ustawie zażaleń na czynności lub zaniechanie czynności, czyli na tzw. czynności niedecyzyjne. Aktualnie zatem wskazane przepisy zakładają: a) że regułą jest tu sądowa kontrola decyzji prokuratora oraz jego czynności niedecyzyjnych, jeżeli są zaskarżalne, a wyjątki od niej mają wynikać z przepisów szczególnych, oraz b) że sądem odwoławczym jest sąd właściwy do rozpoznania sprawy o przestępstwo, którego dane postępowanie przygotowawcze dotyczy. Od razu zaznaczyć trzeba, że przez postanowienie prokuratora, o jakim mowa w art. 465 § 2 k.p.k., rozumieć należy zarówno postanowienie wydane przez niego osobiście, jak i postanowienie wydane przez organ nieprokuratorski, wymagające jednak jego zatwierdzenia (np. art. 305 § 3 zd. II czy art. 325e § 2 k.p.k.), gdyż przez takie zatwierdzenie jest to już procesowa decyzja prokuratora.

W wypadkach, w których postanowienie lub zarządzenie wydał nieprokuratorski organ postępowania przygotowawczego, a nie wymaga ono zatwierdzenia przez prokuratora (np. odnośnie do kosztów procesu), organem zażaleniowym jest nadal prokurator <sprawujący nadzór> nad tym postępowaniem (art. 465 § 3 k.p.k.)” (T. Grzegorzczak, *Zażalenie w postępowaniu przygotowawczym po nowelizacji k.p.k.*, Prokuratura i Prawo nr 3/2008, s. 7).

T. Grzegorzczak wskazał, iż „[w] doktrynie trafnie zauważa się, że ze znowelizowanych przepisów dotyczących poszczególnych przypadków, kiedy dopuszcza się zażalenie w postępowaniu przygotowawczym, wynika, iż zachodzą tu (...) odstępstwa od reguły wskazanej w art. 465 § 2 k.p.k.” oraz że jednym z tych wyjątków „jest konstrukcja, według której zażalenie na decyzję prokuratora

służy do prokuratora bezpośrednio przełożonego, a nie do sądu. To rozwiązanie zastosowano w art. 159 k.p.k. odnośnie do zażalenia na zarządzenie prokuratora o odmowie udostępnienia stronom (ich procesowym przedstawicielom) akt postępowania przygotowawczego i w **art. 302 § 3 k.p.k. w zakresie zażaleń osób nie będących stronami na postanowienia i zarządzenia naruszające ich prawa oraz zażaleń tychże podmiotów i stron postępowania przygotowawczego na inne, niedecyzyjne czynności prokuratora naruszające ich prawa** (podkr. wł.). Do nowelizacji marcowej 2007 r. w obu tych wypadkach zażalenie służyło na zasadach ogólnych, czyli wówczas do prokuratora nadrzędnego. (...)

W odniesieniu (...) do art. 302 § 3 k.p.k. należy już na wstępie zauważyć, że przepis ten działa tylko wtedy, gdy inny przepis nie przewiduje odrębnie zażalenia na daną decyzję lub inną czynność prokuratora, obejmując swą treścią także podmioty wskazane w art. 302 § 1 i 2 k.p.k.. Tak więc np. na zarządzone przez prokuratora zatrzymanie osoby podejrzanej lub świadka w celu doprowadzenia zatrzymanego żalić się może do sądu rejonowego (art. 247 § 2 w zw. z art. 246 § 2 oraz art. 290 § 2), a nie w oparciu o art. 302 k.p.k. do prokuratora bezpośrednio przełożonego, zaś odnośnie postanowień w przedmiocie dowodów rzeczowych aktualnie każdy, czyje prawa tym naruszono, skarżyć się ma do prokuratora nadrzędnego, zgodnie z art. 236 § 2 k.p.k., a w razie założenia podsłuchu mocą decyzji prokuratora – osobie objętej nim służy zażalenie do sądu właściwego do rozpoznania sprawy (art. 240 zd. III k.p.k.). **Przepis art. 302 wchodzi zatem w rachubę dopiero wtedy, gdy odnośnie danej decyzji lub czynności nie przewiduje się zażalenia w innym przepisie ustawy** (podkr. wł.)” [*ibidem*, s. 9-12].

Z kolei w komentarzu do art. 302 k.p.k. T. Grzegorzczak podniósł, że „[j]eżeli decyzję lub czynność niedecyzyjną podjął organ nieprokuratorski, organem zażaleniowym jest prokurator nadzorujący postępowanie przygotowawcze (art. 465 § 3 w zw. z art. 466 § 1 i art. 467 § 1). Przepis art. 302

§ 3 stanowi zatem *lex specialis* wobec art. 465 § 2, który przyjmuje, że organem zażaleniowym na decyzje prokuratora jest sąd właściwy do rozpoznania sprawy, <chyba że ustawa stanowi inaczej>”, i przypomniał, że „**[p]rzepis art. 302 § 3 działa jednak tylko wtedy, gdy inny przepis szczególny nie stanowi inaczej.** Przykładowo na zatrzymanie przez Policję lub inny uprawniony organ ścigania (np. ABW czy CBA) zażalenie służy jednak do sądu, także gdy jest ono dokonywane w ramach zarządzenia prokuratora o zatrzymaniu osoby podejrzanej w celu doprowadzenia (art. 247 § 2 w zw. z art. 246 § 1) lub o podobnym zatrzymaniu podejrzanego (art. 75 § 3 zdanie pierwsze); to samo dotyczy zatrzymania w celu doprowadzenia świadka, biegłego lub tłumacza zarządzonego przez prokuratora (art. 290 § 2 *in fine*). W sytuacjach tych nie dochodzi jednak do powrotu do reguły płynącej z art. 465 § 2, jako że organem zażaleniowym jest tu zawsze sąd rejonowy miejsca zatrzymania lub prowadzenia postępowania, a nie sąd właściwy do rozpoznania sprawy, w której doszło do zatrzymania (i doprowadzenia). To samo dotyczy np. prokuratorskich postanowień w przedmiocie zabezpieczenia, na które zażalenie rozpoznaje sąd rejonowy miejsca prowadzenia postępowania (art. 293 § 2 zdanie drugie). [...]

W konsekwencji właściwość organu wskazanego w art. 302 § 3 jest aktualna tylko wtedy, gdy inny przepis dotyczący określonego zażalenia przysługującego w postępowaniu przygotowawczym na decyzje lub czynności niedecyzyjne prokuratora nie stanowi inaczej” [komentarz T. Grzegorzcyka do art. 302 k.p.k., (w:) T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz LEX*, Tom I, Artykuły 1-467, op. cit., s. 1034-1035; *vide* też - komentarz Z. Brodzisza do art. 302 k.p.k., (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz pod red. J. Skorupki*, op. cit., s. 724-726].

W komentarzu do art. 467 k.p.k. T. Grzegorzcyk wyjaśnił natomiast, że „**[w] przypadku zażalenia na czynności niedecyzyjne** lub ich zaniechanie **zmienia się charakter rozstrzygnięć** organu zażaleniowego. Nie chodzi bowiem o utrzymanie w mocy, uchylenie lub zmianę decyzji procesowej, lecz o usunięcie

skutków wadliwej czynności lub braku czynności i zapobieżenie takim naruszeniom na przyszłość. Zatem **stosownie do § 2 art. 467**, jeżeli zażalenie jest zasadne, organ ma stwierdzić, że czynność lub brak czynności były niezgodne z prawem, i w zależności od sytuacji zarządzić, <co należy> w celu:

- a) naprawienia skutków uchybienia oraz
- b) zapobieżenia podobnym uchybieniom na przyszłość” (komentarz T. Grzegorzcyka do art. 467 k.p.k., [w:] T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz LEX*, Tom I, Artykuły 1-467, op. cit., s. 1592; *vide* też - komentarz D. Świeckiego do art. 467 k.p.k., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz pod red. J. Skorupki*, op. cit., s. 1168, gdzie Autor jako przykład zarządzenia „co należy” podał zarządzenie niezwłocznego uwolnienia zatrzymanego w przypadku stwierdzenia przez sąd, że zatrzymanie to było nielegalne lub bezzasadne).

Jako wzorce kontroli zaskarżonej normy Skarżący wskazał art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji.

W wyroku z dnia 18 lipca 2011 r., w sprawie o sygn. akt SK 10/10, Trybunał Konstytucyjny, omawiając na tle art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji, pojęcie sprawy, zaskarżalność oraz instancyjność, stwierdził, iż „[w] przypadku art. 45 ust. 1 Konstytucji należy zauważyć, że wynikające z niego prawo do sądu jest jednym z podstawowych praw jednostki, a zarazem stanowi fundamentalną gwarancję praworządności. Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego na konstytucyjne prawo do sądu składa się: 1) prawo dostępu do sądu, tj. prawo do uruchomienia procedury przed sądem (niezależnym, bezstronnym i niezawisłym); 2) prawo do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej, zgodnej z wymogami sprawiedliwości i jawności; 3) prawo do wyroku sądowego, tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd, oraz 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organu rozpoznającego sprawę.

*W celu ustalenia zakresu przysługującego jednostce prawa do sądu Trybunał Konstytucyjny doprecyzowywał pojęcie <sprawy> w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji, oznaczające kwestię, której rozpatrzenia przez sąd może żądać uprawniony podmiot. Rozważane pojęcie nie jest definiowane w przepisach konstytucyjnych. Trybunał w swoim orzecznictwie wskazuje jednak, co powinno być kwalifikowane jako sprawa w omawianym znaczeniu. Przedmiotowy zakres prawa do sądu trzeba określać przez odniesienie do podstawowej funkcji sądów, jaką jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. Zgodnie z dominującym poglądem doktryny do istoty wymiaru sprawiedliwości należy rozstrzygnięcie sporów prawnych (...). Prawo do sądu nie obejmuje jednak sporów wewnątrz aparatu państwowego, czyli m.in. spraw dotyczących stosunków nadrzędności i podporządkowania między organami państwowymi oraz - z pewnymi wyjątkami - spraw podległości służbowej między przełożonymi i podwładnymi w urzędach państwowych.*

*Ustalenie znaczenia pojęcia <sprawa> na gruncie art. 45 ust. 1 Konstytucji wymaga uwzględnienia szerszego kontekstu normatywnego. Pojęcie sprawy jest autonomiczne; nie można go objaśniać wyłącznie przez odniesienia do pojęcia sprawy funkcjonującego w prawie: karnym, cywilnym czy administracyjnym. Wąskie ujęcie funkcji wymiaru sprawiedliwości - przez pryzmat przepisów rangi ustawowej - determinowałoby bowiem zakres gwarancji konstytucyjnych i mogłoby skutecznie zablokować urzeczywistnienie prawa do sądu. Skierowanie sprawy do sądu musi przy tym prowadzić do wymierzenia sprawiedliwości, a więc do rozstrzygnięcia o prawach lub obowiązkach danego podmiotu. Dodać wypada, że do kategorii praw, o których rozstrzyga sąd sprawujący wymiar sprawiedliwości, należą nie tylko prawa konstytucyjne.*

*Treść art. 45 ust. 1 Konstytucji pozwala skonstatować, iż wolą ustrojodawcy było objęcie prawem do sądu możliwie najszerszego zakresu spraw. Z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika zarazem dyrektywa interpretacyjna zakazująca zawężającej wykładni tego prawa. Konstytucja*



wprowadza więc domniemanie drogi sądowej. Nie oznacza to jednak, że wszelkie ograniczenia sądowej ochrony praw jednostki są niedopuszczalne. Tę kwestię należy analizować w kontekście art. 77 ust. 2 Konstytucji, który przewiduje zakaz zamykania drogi sądowej. Regulacja ta jest jedną z podstawowych konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu. Artykuł 77 ust. 2 Konstytucji trzeba przy tym traktować jako rozwinięcie art. 45 ust. 1 Konstytucji, bo między wskazanymi postanowieniami ustawy zasadniczej istnieje organiczna więź, a zakaz zamykania drogi sądowej stanowi dopełnienie prawa do sądu.

Za wcześniejszym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego należy przyjąć, że jeśli art. 45 ust. 1 Konstytucji dotyczy dochodzenia przed sądem wszelkich praw (w tym także przewidzianych w innych aktach normatywnych niż Konstytucja), to art. 77 ust. 2 Konstytucji obejmuje swym zakresem jedynie prawa i wolności gwarantowane konstytucyjnie. W tym znaczeniu art. 77 ust. 2 Konstytucji, stanowiąc uzupełnienie i rozwinięcie ogólniejszego art. 45 ust. 1 Konstytucji, zawiera zarazem w stosunku do niego regulację szczególną. Ograniczenia prawa do sądu, ustanawiane w drodze ustawy, zgodnie z wymogami wynikającymi z art. 31 ust. 3 Konstytucji, muszą uwzględniać kategoryczny zakaz zamykania drogi do sądu wyrażony w art. 77 ust. 2 ustawy zasadniczej w zakresie dochodzenia konstytucyjnych wolności i praw. W uzasadnieniu wyroku z 12 stycznia 2010 r. w sprawie o sygn. SK 2/09 (OTK ZU nr 1/A/2010, poz. 1) Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że ustawodawca może przyznać prawo do zaskarżania orzeczeń, które nie rozstrzygają sprawy w rozumieniu konstytucyjnym, a dotyczą jedynie tzw. kwestii incydentalnych, jak również orzeczeń, które zostały wydane w drugiej instancji lub zapadają w postępowaniu o charakterze nadzwyczajnym. Trybunał dostrzegł, że nie sposób a priori wykluczyć obowiązywania norm konstytucyjnych, które w odniesieniu do konkretnej regulacji będą uzasadniać wymóg wprowadzenia odpowiedniego środka kontroli sądowej, podtrzymując zarazem wcześniejszy pogląd, iż <konieczność ustanowienia takich środków w niektórych kwestiach wypadkowych,

*niemających charakteru odrębnej sprawy w rozumieniu Konstytucji, może (...) wynikać z ogólnego wymogu ukształtowania procedury sądowej zgodnie z zasadami sprawiedliwości proceduralnej> (wyrok z 31 marca 2009 r., sygn. SK 19/08, OTK ZU nr 3/A/2009, poz. 29) ” [OTK ZU seria A nr 6/2011, poz. 58].*

W dalszej części uzasadnienia wyroku z dnia 18 lipca 2011 r., w sprawie o sygn. akt SK 10/10, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że analiza dotychczasowego orzecznictwa Trybunału „*pozwała na sformułowanie ogólniejszej tezy, zgodnie z którą kontrola sądowa rozstrzygnięć prokuratora musi być zapewniona wówczas, gdy mamy do czynienia z ingerencją w konstytucyjne prawa i wolności, takie jak prawo własności i inne prawa majątkowe, prawo do prywatności lub prawo do nienaruszalności mieszkania. Oznacza to potraktowanie prawa do sądu jako gwarancji ochrony innych praw konstytucyjnych. Należy przy tym dodać, że żadna z kwestii prawnych rozstrzyganych w postępowaniach, których prawidłowość ukształtowania badał Trybunał Konstytucyjny (...), nie była przedmiotem orzekania w fazie sądowej procesu karnego ani w postępowaniu zażaleniowym dotyczącym zakończonego postępowania przygotowawczego. Nie powinno zatem dziwić, że każdą z tych kwestii Trybunał uznał za samodzielną sprawę w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji*”, oraz podkreślił, że „*[p]rawo do sądu w przypadku postępowania przygotowawczego powinno zostać zagwarantowane przede wszystkim w odniesieniu do rozstrzygnięć zamykających drogę do wydania wyroku lub - jak wynika z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego - w odniesieniu do rozstrzygnięć ingerujących w prawa lub wolności jednostek o różnym statusie w ramach tego postępowania*” (*ibidem*).

Biorąc pod uwagę powołane wyżej orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz poglądy doktryny, **nie można podzielić** poglądu Skarżącego, że **realizowana przez prokuratora**, sprawującego nadzór nad postępowaniem przygotowawczym, **kontrola**, dokonywanej w tym postępowaniu

przez funkcjonariuszy Policji czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego, **jest niewystarczająca**.

Wniosek taki uzasadnia zarówno istota tej czynności, jak i jej konsekwencje procesowe.

Czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego, o czym wcześniej była mowa, służy, jak sama jej nazwa wskazuje, **jedynie pobraniu** próbki materiału genetycznego dla potrzeb dowodowych w konkretnym postępowaniu karnym.

Stworzenie z pobranego materiału genetycznego profilu DNA, a więc już ściślej (indywidualnej) **informacji genetycznej** o „dawcy” tego materiału, może natomiast nastąpić tylko wówczas, gdy w tym celu zostanie powołany odpowiedni biegły. W tym bowiem przypadku stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymagać będzie wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 193 § 1 k.p.k.

O dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego (biegłych) wydaje się postanowienie, które wprawdzie nie podlega zaskarżeniu (art. 459 § 1 i 2 k.p.k.), nie wymaga więc także uzasadnienia (art. 98 § 3 k.p.k.), niemniej w postępowaniu przygotowawczym jego odpis doręcza się stronom i ich procesowym przedstawicielom (art. 318 k.p.k.), co ma umożliwić im, między innymi, wystąpienie z żądaniem zadania dodatkowych pytań, czy też udział w planowanym (ewentualnie) przez organ procesowy przesłuchaniu biegłych.

Jeżeli zatem w postępowaniu przygotowawczym biegły powołany nie zostanie, to zawarte w próbce materiału genetycznego informacje dotyczące osoby, od której materiał genetyczny został pobrany, nigdy nie zostaną „wytworzone” (profil DNA nie powstanie).

W tej sytuacji nie ma potrzeby, aby prawidłowość przeprowadzenia czynności technicznej, jaką w istocie jest pobranie próbki materiału genetycznego, kontrolował sąd. Wszak próbka taka *per se* żadnej informacji o osobie, od której ją pobrano, nie zawiera. Być może kontrola taka byłaby

uzasadniona na etapie powoływania biegłego celem stworzenia profilu DNA i przeprowadzenia, w dalszej kolejności, badań porównawczych, jednak jest to tylko kwestia do ewentualnego rozważenia przez ustawodawcę.

Trzeba też pamiętać, że próbki materiału genetycznego gromadzi się w policyjnym zbiorze danych DNA (*vide* - art. 21a ust. 2 pkt 1 lit. a oraz ust. 3 ustawy o Policji) oraz że celowość ich gromadzenia podlega bieżącej kontroli dokonywanej przez administratora tego zbioru (Komendanta Głównego Policji) [*vide* - art. 21d ust. 4 i art. 21e ustawy o Policji].

Reasumując, należy stwierdzić, że fakt niesądowej kontroli, *in casu* dokonywanej przez prokuratora uprawnionego do nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym, wykonywanej przez funkcjonariuszy Policji czynności technicznej, polegającej na pobraniu od podejrzanego próbki materiału genetycznego, nie narusza wymogów określonych w art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia  
Prokuratora Generalnego  
Robert Hernand  
Zastępca Prokuratora Generalnego