

Kraków, dnia 4 marca 2015 r.

**Trybunał Konstytucyjny**  
**Al. Jana Christiana Szucha 12a**  
**00 – 918 Warszawa**

**Skarżący: M H , zam.**

reprezentowany przez pełnomocnika adwokat dr hab. Dobrosławę Szumiło – Kulczycką,  
Kancelaria Adwokacka w Krakowie, ul. Skawińska 22/5, 31 – 066 Kraków, (numer wpisu na  
listę adwokatów Izby Krakowskiej 2063)

**SKARGA KONSTYTUCYJNA**

Działając w imieniu M H , którego pełnomocnictwo załączam, na podstawie  
art. 79 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 1  
sierpnia 1997 roku o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. nr 102 poz. 643 z późn. zm.),  
**składam skargę konstytucyjną i wnoszę o stwierdzenie, że :**

art. 74 § 2 pkt. 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89,  
poz. 555 z późn. zmianami) jest niezgodny 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.)



[REDAKTOWANE] oraz że: 2) [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE]

W dniu [REDAKTOWANE] maja 2014 r. M [REDAKTOWANE] H [REDAKTOWANE] został zatrzymany, a następnie tymczasowo aresztowany. Podejrzany przebywał w tymczasowym areszcie do dnia [REDAKTOWANE] listopada 2014 roku. Podejrzany ma [REDAKTOWANE] lat. W trakcie pobytu w areszcie tymczasowym zdiagnozowano u niego szereg schorzeń, w tym [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE]

W dniu [REDAKTOWANE].10.2014 r. w godzinach popołudniowych Prokurator Prokuratury Rejonowej delegowany do Prokuratury Okręgowej w N [REDAKTOWANE], przesłał do kancelarii obrońcy podejrzanego M [REDAKTOWANE] H [REDAKTOWANE] za pomocą faksu pismo informujące, że w dniu [REDAKTOWANE].10.2014 r. o godzinie [REDAKTOWANE] w Zakładzie Karnym w N [REDAKTOWANE], w którym M [REDAKTOWANE] H [REDAKTOWANE] wówczas przebywał, przeprowadzona zostanie czynność procesowa polegająca na pobraniu od podejrzanego materiału biologicznego do badań genetycznych.

**DOWÓD:**

- *Pismo prokuratora z dnia [REDAKTOWANE].10.2014 r.*

Obrońca podejrzanego niezwłocznie (tego samego dnia drogą pocztową oraz faksem nadanym kolejnego dnia, tj. [REDAKTOWANE] października o godz. [REDAKTOWANE]) zwrócił się o wstrzymanie wykonania pobrania od skarżącego M [REDAKTOWANE] H [REDAKTOWANE] materiału biologicznego do badań genetycznych z uwagi na niedoręczenie obrońcy postanowienia w tym przedmiocie. Nawiązując do przysługującego oskarżonemu prawa do obrony, obrońca wniósł jednocześnie o przesłanie informacji, na jaką okoliczność wnioskowany dowód ma zostać przeprowadzony oraz o przełożenie planowanej czynności na termin późniejszy, gdyż czas obejmujący w istocie okres niepełnych dwóch dni od doręczenia zawiadomienia (co nastąpiło w godzinach popołudniowych dnia [REDAKTOWANE].10.2014 r.) do dnia planowanej czynności (godzina [REDAKTOWANE] dnia [REDAKTOWANE].10.2014 r.) jest zbyt krótki, aby zagwarantować obecność obrońcy, lub zapewnić udział pełnomocnika substytucyjnego.

**DOWÓD:**

- *Pismo obrońcy oskarżonego z dnia .10.2014 r.*

Pismem z dnia .10.2014 r., przesłanym do obrońcy skarżącego także za pomocą faksu, Prokurator Prokuratury Rejonowej w N delegowana do Prokuratury Okręgowej w N poinformowała, iż nie znajduje podstaw do wstrzymania wykonania ani przełożenia w czasie planowanej czynności pobrania od skarżącego materiału biologicznego do badań genetycznych. Na uzasadnienie tej decyzji wskazała, iż pobranie takie ma charakter czynności technicznej, nie wymaga składania przez podejrzanego wyjaśnień, czy innych oświadczeń procesowych, stąd obecność jego obrońcy nie jest przy nim konieczna. Jednocześnie Prokurator poinformowała, 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. Do dnia obecnego postanowienie takie nie zostało obrońcy doręczone.

**DOWÓD:**

- *Pismo prokuratora z dnia .10.2014 r.*

W dniu .10.2014 r. w Zakładzie Karnym w N w godz. - została przeprowadzona wobec skarżącego czynność pobrania materiału biologicznego do badań genetycznych.

**DOWÓD:**

- *Protokół pobrania materiału z dnia .10.2014 r.*

Wedle oświadczenia skarżącego, nie poinformowano go o przyczynach i powodach, dla których miał się poddać czynności. Skarżący nie wyraził zgody na przeprowadzenie czynności i wykonano ją mimo [REDAKTOWANE]

W dniu .10.2014 r. działając w oparciu o przepis art. 302 k.p.k. obrońca oskarżonego złożył zażalenie na dokonaną w dniu .10.2014 r. czynność pobrania materiału biologicznego do badań genetycznych. Zaskarżonej czynności zarzucił: naruszenie art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., poprzez wykonanie czynności pobrania materiału genetycznego mimo braku

przesłanki „nieodzowności” tej czynności oraz braku powiązania pomiędzy efektami takiej czynności, a zarzutami stawionymi podejrzanemu, naruszenie art. 117 § 2 k.p.k. poprzez przeprowadzenie czynności pobrania materiału genetycznego pod nieobecność obrońcy, który usprawiedliwił swoją nieobecność i wniósł o niewykonywanie czynności w wyznaczonym terminie, naruszenie art. 8 EKPCz poprzez 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.

**DOWÓD:**

- *Zażalenie z dnia .10.2014 r.*

Pismem z dnia .11.2014 r., doręczonym obrońcy podejrzanego w dniu .12.2014 r., Referendarz Prokuratury Okręgowej w N zawiadomił o wydaniu przez Prokuratora postanowienia o nieuwzględnieniu powyższego zażalenia oraz o uznaniu zasadności czynności funkcjonariusza Policji.

**DOWÓD:**

- *Pismo referendarza prokuratury z dnia .11.2014 r.*

Treść postanowienia wraz z uzasadnieniem została doręczona obrońcy podejrzanego dopiero w dniu 19.01.2015 r.

**DOWÓD:**

- *Postanowienie Prokuratora z datą .11.2014 r.*

Rzeczony postanowienie miało charakter ostateczny, ponieważ żaden przepis nie przewiduje kolejnego zażalenia na postanowienie prokuratora o nieuwzględnieniu zażalenia na czynności funkcjonariusza Policji w postępowaniu przygotowawczym naruszające prawa stron. W szczególności brak jest możliwości wniesienia zażalenia w tym przedmiocie do sądu. Skarżący wyczerpał zatem w niniejszej sprawie przewidzianą w postępowaniu karnym drogę odwoławczą. Równocześnie postanowienie to w sposób ostateczny rozstrzygnęło o prawach i obowiązkach podejrzanego w zakresie poddania się badaniu genetycznemu, gdyż dalszy bieg postępowania nie ma znaczenia dla faktu wykonanej już czynności.

## 2. Przepis prawa stanowiący podstawę naruszenia konstytucyjnych wolności i praw

Przedmiotem skargi konstytucyjnej jest art. 74 § 2 ust. 3 ustawy z dnia 06 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.). Przepis ten stanowi, że *Oskarżony* (w szerokim rozumieniu tego słowa, a zatem w rozumieniu obejmującym także podejrzanego art. 71 § 3 k.p.k. - przyp. aut. ) *jest jednak obowiązany poddać się: (...) pobraniu przez funkcjonariusza Policji wymazu ze śluzówki policzków, jeżeli jest to nieodzowne i nie zachodzi obawa, że zagrażałoby to zdrowiu oskarżonego lub innych osób*". Przepis ten 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”, nie wyraża klauzuli subsydiarności stosowania tego rodzaju środka. Przepis ten, ani inne przepisy, nie przewiduje sądowej kontroli stosowania tego środka, na żadnym etapie. Na zasadach ogólnych – a to na podstawie treści art. 302 § 2 k.p.k., art. 467 § 1 k.p.k. i art. 465 § 3 wykonaną czynność można zaskarżyć do prokuratora nadzorującego prowadzone postępowanie przygotowawcze.

Faktycznie zatem przepis ten pozwala funkcjonariuszom Policji wg. ich uznania, decydować o tym czy od danej osoby która ma status podejrzanego (choć na marginesie zauważyć należy, że z mocy art. 74 § 3 k.p.k. także wobec osoby podejrzaney, a zatem również tej która nie ma jeszcze procesowego statusy podejrzanego) pobiorą oni materiał do badań genetycznych, czy nie. Funkcjonariusz Policji nie jest w tym zakresie skrępowany żadnymi szczegółowymi przesłankami wykonania takiej czynności, nie musi też baczyć na związek przyczynowy pomiędzy rodzajem czynu zarzucanego podejrzanemu, względnie sposobem jego działania, a jego danymi genetycznymi. Ewentualna kontrola działań funkcjonariuszy Policji może być dokonywana tylko *ex post*, a zatem już po faktycznym naruszeniu integralności cielesnej poddanego czynności pobrania materiału genetycznego. Kontrola taka ma postać wyłącznie kontroli prokuratorskiej, co może istotnie wpływać na jej efektywność. W przypadku śledztwa oznaczać to bowiem może, że organem rozpoznającym zażalenie na czynność pobrania materiału genetycznego jest organ, który wcześniej sam polecił funkcjonariuszom Policji wykonanie takiej czynności.

**3. Uzasadnienie zarzutu niezgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.**

Skarżący upatruje w kwestionowanym przepisie Kodeksu postępowania karnego w pierwszej kolejności niezgodności z treścią art. 41 ust. 1, art. 47, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 16.07.1997 r., Nr 78, poz. 483, z późn. zm.).

Art. 41 ust. 1 Konstytucji RP wyraża zasadę nietykalności i wolności osobistej i oznacza zakaz jakiegokolwiek ingerencji w integralność fizyczną i psychiczną człowieka. Ewentualne odstępstwa w tym zakresie mogą mieć miejsce tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie. Tylko ustawa zatem może określać kto, kiedy i z jakich powodów oraz na jakiej podstawie może działać z naruszeniem wolności osobistej jednostki. Chodzi bowiem o to, *aby w tej dziedzinie nie było dowolności, aby przypadki stosowania naruszenia wolności były określone nie przez organy władzy wykonawczej, które działają w tym zakresie, ale wyłącznie przez władzę ustawodawczą w drodze ustawy.* (W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Lex 2013, komentarz do art. 41*)

Art. 47 Konstytucji RP definiuje prawo do prywatności stanowiąc, że „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, (...)”.. Jak podnosi się na tle pojęcia „prywatność” zawartego w art. 8 EKPCz, pojęcie to pełni funkcję pewnej kategorii zbiorczej, która obejmuje wszystkie te aspekty osobistej aktywności jednostki, które nie mieszczą się w pozostałych wskazanych w tym przepisie sferach, przy czym, „nie jest ani możliwe, ani nawet potrzebne podejmowanie próby ujmowania pojęcia życie prywatne w definicje o charakterze wyczerpującym” (L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I, Komentarz do art. 1-18*, Warszawa 2010, komentarz do art. 8 nb. 23; wyrok ETPCz z 16 grudnia 1992 w sprawie Niemietz przeciwko Niemcom, skarga nr 13710/88, § 29; wyrok ETPCz z 29 kwietnia 2002 r. w sprawie Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 2346/02, § 61; wyrok ETPCz z 25 marca 1993 r. w sprawie Costello-Roberts przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga 13134/87, § 36). Z punktu widzenia niniejszej skargi przywołać należy takie sformułowane w orzecznictwie elementy „prywatności” jak: swoboda w kształtowaniu swojego życia i podejmowania decyzji w tym zakresie, ochrona wizerunku, ochrona przed gromadzeniem i udostępnianiem danych.(L. Garlicki, *Konwencja*, op. cit.)

Z kolei z art. 51 ust. 2 Konstytucji statuuje prawo do autonomii informacyjnej przewidując, że *władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych*

informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Prawo to stanowi konsekwencję i dopełnienie prawa do prywatności (por. wyr. TK z dnia 19.05.1998 r., sygnatura akt: U5/97, OTK 1998, Nr 4, poz. 46), a może mieć odniesienie do różnorodnych czynności, w tym do czynności np. pobierania wydzielin organizmu oskarżonego (P. Wiliński, *Proces...*, ss. 245 – 246). Konstytucyjnym warunkiem dopuszczalności gromadzenia danych jest konieczność pozyskania informacji wynikająca z zakresu powierzonych danym organom kompetencji, a nie tylko sama użyteczność, czy przydatność takich danych. (uzasadnienie wyroku TK z dnia 11 maja 2007 r., K 2/07, OTK ZU 2007, nr 5A, poz. 48, uzasadnienie wyroku TK z dnia 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK ZU, nr 11A, poz. 132) ).

Prawa i wolności konstytucyjne, w tym prawo do prywatności, nie mają charakteru absolutnego i mogą podlegać ograniczeniom. Aby ograniczenie te czyniły zadość wymaganiom konstytucyjnym, muszą przemawiać za nimi inne normy, zasady lub wartości konstytucyjne, a *stopień ograniczenia danych praw i wolności konstytucyjnych musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do rangi interesu, któremu ograniczenie to służy.* (uzasadnienie wyroku TK z dnia 21 października 1998 r., K 24/98 (OTK 1998, Nr 6, poz. 97, uzasadnienie wyroku TK z 12 grudnia 2005, K 32/04, op. cit.)

Dopuszczalny zakres ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw wyznacza ujęta w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP klauzula proporcjonalności i zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wymaga, aby regulacja prawna wprowadzająca takie ograniczenia spełniała trojakiemu rodzaju warunki, a to warunki odnoszące się do jakości normy wprowadzającej ograniczenia (formalne), warunki odnoszące się do samej dopuszczalności ograniczenia (materialne), oraz warunki odnoszące się do systemu kontroli nad wykonywaniem środków stanowiących ingerencję w zakres konstytucyjnych wolności i praw (warunki organizacyjne) (uzasadnienie wyroku TK z dnia 23 czerwca 2009, K54/07, OTK ZU 2009, z. 6A, poz. 86; uzasadnienie wyroku TK w sprawie 32/04).

Warunki formalne wyrażają się w zasadzie poprawnej legislacji, nazywanej niekiedy zasadą określoności ustawowej ingerencji w sferę konstytucyjnych wolności i praw jednostki. *Uzależnienie dopuszczalności ograniczeń praw i wolności od ich ustanawiania »tylko w ustawie« jest czymś więcej niż tylko przypomnieniem ogólnej zasady wyłączności ustawy dla normowania sytuacji prawnej jednostek, stanowiącej klasyczny element idei państwa prawnego. Jest to także sformułowanie wymogu odpowiedniej szczegółowości unormowania ustawowego. Skoro ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane »tylko« w ustawie, to kryje się w tym nakaz kompletności unormowania ustawowego, które*



musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) ograniczenia (uzasadnienie wyroku TK z 12 stycznia 2000 r., P. 11/98, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 3). W odniesieniu do norm regulujących pozyskiwanie informacji o osobie zasada ta uzyskała dodatkowe i samodzielne konstytucyjne wsparcie w postaci treści art. 51 ust. 5 Konstytucji RP, który przesądza, że zasady i tryb gromadzenia takich informacji określa wyłącznie ustawa. Nie chodzi przy tym tylko o fakt zawarcia regulacji w konkretnym akcie normatywnym, ale o odpowiednią jakość tego aktu. Jego normy muszą być wystarczająco precyzyjne i jasne. Akt ustawowy musi wyraźnie określać zakres, w jakim konstytucyjne wolności i prawa podlegają ograniczeniu. W tej sferze ustawodawca nie może pozostawiać organom mającym stosować prawo nadmiernej swobody przy ustalaniu jego treści. Stąd też przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawa stanowić może samodzielną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności z Konstytucją (uzasadnienie wyroku TK z 30 października 2001 r., w sprawie K 33/00, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 217; uzasadnienie wyroku TK z 22 maja 2002 r., K 6/02, OTK ZU 2002 r., nr 3A, poz. 33, oraz w sprawach: K 45/02, K 4/04, K 32/04, K 54/07).

Jakość normy prawnej przewidującej ingerencję ustawodawcy w sferę prywatności jednostki bardzo silnie eksponuje też w swym orzecznictwie ETPCz. Także zdaniem tego organu wszelka ingerencja musi być przewidziana przez akt prawa powszechnie obowiązującego w danym kraju, a norma zawierająca zezwolenie na ingerencję musi być konkretna i szczegółowa. Trybunał dopuszcza tu pewną elastyczność, wskazując, iż poziom regulacji musi być tym bardziej precyzyjny, im bardziej dany środek ingeruje w prawa jednostki (Wyrok ETPCz z 2 sierpnia 1984 r w sprawie Malone przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 8691/79; wyrok ETPCz z dnia 26 marca 1987 w sprawie Leander przeciwko Szwecji, skarga nr 9248/81)

Warunki materialne wynikają z samej zasady proporcjonalności i wymagają stwierdzenia przydatności regulacji, jej konieczności oraz proporcjonalności *sensu stricte*. Konieczność sprowadza się do tego, iż nie wystarczy, aby dana regulacja była wygodna dla organów państwa, sprzyjała uzyskaniu określonych celów lub ułatwiała ich osiągnięcie, ale musi być niezbędna, to znaczy ochrona określonych wartości nie jest możliwa przy zastosowaniu innych mniej uciążliwych dla jednostki środków, a dobierane środki powinny być w jak najmniejszym stopniu uciążliwe dla podmiotów, których praw lub wolności dotyczą. Warunek proporcjonalności *sensu stricte* zakłada powinność zachowania proporcji pomiędzy stopniem naruszenia praw i wolności, której dana regulacja dotyka

a wartością, której ochronie lub realizacji ma służyć. (uzasadnienie wyroku TK z 20 listopada 2002 r. w sprawie K 41/02, OTK ZU 2002, nr 6A, poz. 83; uzasadnienie wyroku TK z 3 października 2000 r. w sprawie K 33/99, OTK ZU 2000, nr 6, poz. 188, oraz uzasadnienia wyroków TK w sprawach K 4/04 i K 54/07; M. Korycka, *Zasada proporcjonalności...*, s. 51–58; K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności*, w: *Prawa i wolności obywatela w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 682.)

Warunki organizacyjne odnoszą się do systemu kontroli nad wykonywaniem środków stanowiących ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw. Tam, gdzie tworzy się możliwość stosowania przez władzę publiczną środków, których wykonywanie wiąże się z wkraczaniem w sferę konstytucyjnie chronionych praw i wolności obywatelskich, tam też muszą być przewidziane odpowiednie mechanizmy kontroli legalności wykonywania takich środków (uzasadnienie wyroku TK z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 45/02, OTK ZU 2004 nr 4A, poz. 30). Przy czym im dany środek ma bardziej ingerencyjny charakter w sferę praw i wolności jednostki, tym wyższe wymagania co do standardu tej kontroli oraz niezależnej pozycji wykonującego ją organu (por. uzasadnienie wyroku TK w sprawie K 32/04).

W ocenie skarżącego regulacja zawarta w treści art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. narusza wszystkie omówione wyżej wzorce kontroli, tj. treść art. 41 ust. 1, art. 47 oraz art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Skarżący wskazuje, iż wady kwestionowanego przepisu k.p.k. w przywołanym tu aspekcie znalazły w pełni odzwierciedlenie w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Poddanie go czynności pobrania materiału biologicznego do badań genetycznych stanowiło ingerencję w sferę jego cielesności i integralności osobowej, chronionych przez konstytucyjne prawo do nietykalności osobistej (art. 41 ust. 1), naruszało też jego prywatność (art. 47) oraz doprowadziło do zebrania o nim informacji, które nie były niezbędne w danym postępowaniu (art. 51 ust. 2), o czym można wnioskować z faktu, że do dnia obecnego nie powołano biegłego, który miałby sporządzić stosowną ekspertyzę. Skarżącemu nie przedstawiono ani przed przystąpieniem do wykonania czynności, ani w późniejszym czasie podstaw, czy motywów przeprowadzenia tej czynności, nie wykazano też jakiegokolwiek związku pomiędzy potrzebą jej przeprowadzenia, a zarzucanymi mu czynami. Wykazanie nieodzowności tej czynności sprowadziło się, do stwierdzenia Prokuratora zawartego w postanowieniu z dnia listopada 2014 r., iż na przedmiotowym etapie postępowania przygotowawczego *czynność pobrania wymazów była nieodzowna ...albowiem konieczność wykonania te czynności wyłoniła się w toku prowadzenia śledztwa przeciwko*

skarżącemu. Istniejąca regulacja doprowadziła też do wykonania czynności mimo nieobecności obrońcy, który zgłaszał niemożność przybycia na wskazany termin, czy zorganizowania zastępstwa z uwagi na zbyt krótki czas od zawiadomienia go o czynności do jej przeprowadzenia. Jak stwierdzono w postanowieniu z dnia 11 listopada 2014 r. wydanym w przedmiocie zażalenia na czynność funkcjonariusza Policji wykonanie tej czynności pod nieobecność obrońcy nie obraża przepisu art. 117 §1 k.p.k., gdyż *w odniesieniu do czynności pobrania wymazu nie ma zastosowania przepis odnoszący się do zagadnienia czynności procesowych, gdyż pobranie wymazu nie jest czynnością procesową w rozumieniu przepisów kpk, a inną czynnością, której sposób przeprowadzenia uregulowany został w odrębnych przepisach, tj. w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2005 roku w sprawie poddawania badaniom lub wykonywaniu czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanej*” (s. 3 postanowienia) oraz że *„czynność pobrania wymazu słuzówki policzków podejrzanego nie jest czynnością, której nie można by było powtórzyć, dlatego prokurator uznała, iż żądanie obrońcy podejrzanego by wstrzymać wykonanie tej czynności nie ma wpływu na możliwość wykonania tej czynności, której przeprowadzenie prowadzący śledztwo funkcjonariusz Policji zaplanował na dzień 10.10.2014 roku. Przeprowadzenie tej czynności było wcześniej zaplanowane i w celu jej wykonania do N z K przybyło dwóch funkcjonariuszy Policji, którzy na ten dzień zaplanowali także wykonanie na terenie N i innych czynności...”* (s. 2 postanowienia). Jak jednoznacznie wynika z tej części postanowienia czynność była wcześniej zaplanowana i można było wcześniej powiadomić obrońcę o jej terminie, zaś „nieodzowność” jej przeprowadzenia koniecznie w dniu 10.10.2014 wynikała jedynie z faktu pragmatycznego rozplanowania pracy funkcjonariuszy Policji, a nie z rzeczywistej potrzeby procesowej.

Postępowanie to doprowadziło do pozbawienia obrońcy możliwości pouczenia podejrzanego o obowiązującej regulacji oraz o zasadach przeprowadzania tego rodzaju czynności, a w konsekwencji do oporu podejrzanego i dokonania tej czynności wg. jego oświadczenia w sposób przymusowy. Na marginesie zauważyć należy, że Prokurator w uzasadnieniu postanowienia 11 listopada 2014 roku stwierdził, że podejrzany *„dobrowolnie poddał się czynności pobrania wymazu ze słuzówki policzków – nie odmówił poddania się tej czynności, zatem czynność ta została przeprowadzona bez konieczności stosowania wobec niego siły fizycznej lub środków technicznych służących obezwładnieniu”*, przy czym nie wiadomo w oparciu o jakie dowody Prokurator sformułowała to stwierdzenie, gdyż na kolejnej stronie podała, że *„§ 13 rozporządzenia wskazuje, że czynność ta nie wymaga spisania protokołu”*. Faktycznie z czynności został sporządzony dokument opatrzony nazwą

„protokół”, w którym jednakże nie ma żadnych informacji na temat sposobu w jaki przeprowadzono czynność. Jest natomiast informacja, iż czynność trwała od godz. do , a zatem minut, co potwierdza wątpliwości co do jej dobrowolnego przebiegu.

Istniejąca regulacja zawarta w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. umożliwiła dokonanie w sposób arbitralny, bez podania przyczyny, ingerencji w fizyczną integralność jednostki, co doprowadziło do pozyskania i zgromadzenia jej materiału genetycznego, który jest przechowywany w laboratorium policyjnym. Podejrzany nie został zawiadomiony o tym aby pobrany materiał został zniszczony. Regulacja pozwoliła na wykonanie tej czynności mimo nieobecności obrońcy, oraz z przełamaniem oporu podejrzanego, który nie miał świadomości jej znaczenia, ani nie miał możliwości skonsultowania swoich wątpliwości z obroną. Już tylko te okoliczności wskazują na naruszenie podczas działań podjętych wobec podejrzanego jego konstytucyjnych wolności. Nie sposób jednak nie dodać w okolicznościach niniejszej sprawy, że podejrzany w chwili czynności miał lat i cierpiał na stanowiącą bezpośrednio zagrożenie dla jego życia.

Arbitralność działania organów była bezpośrednim następstwem niedostatków regulacji ustawowej. Zaskarżony przepis nie spełnia bowiem kryteriów, jakie wypracowane zostały dla regulacji ingerujących w prawa i wolności jednostki. Nie precyzuje w sposób dostateczny przesłanek których ziszczenie pozwalałoby na podjęcie ingerencji w integralność fizyczną, prywatność i w autonomię informacyjną poddanego pobraniu materiału genetycznego. Posługuje się jedynie klauzulą generalną „nieodzowności”, które to sformułowanie nie pozwala jednostce zorientować się w jakich sytuacjach może być objęta tego rodzaju działaniami. Ma to tym większe znaczenie, że art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. może znaleźć zastosowanie do podejrzanego, a zatem do osoby której przedstawiono zarzut jakiegokolwiek przestępstwa, podczas gdy samo postanowienie o przedstawieniu zarzutów jest niezaskarżalne, a zatem jego zasadność nie podlega żadnej kontroli. Co więcej, przepis ten dając uprawnienie funkcjonariuszom Policji do pozyskania, w tym wbrew woli podejrzanego, jego materiału genetycznego nie formułuje klauzuli subsydiarności sięgania po taki środek. Sformułowanie „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.

Tak daleko idące uprawnienie do pozyskiwania przez funkcjonariuszy Policji, w tym także na drodze przymusowej, 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.

#### **4. Uzasadnienie zarzutu niezgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 77 ust. 2 Konstytucji**

Skarżący wskazuje również na niezgodność art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP wyrażającą się w braku możliwości uruchomienia sądowej kontroli pobrania wymazu ze śluzówki policzków przez organ postępowania przedjurysdykcyjnego. W art. 45 ust. 1 Konstytucja statuuje prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. W art. 77 ust. 2 doprecyzowuje, że ustawa nie może zamknąć nikomu drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. Wskazanie złożonego wzorca kontroli jest – zdaniem skarżącego – uzasadnione niedostatkami normatywnym skarżonego przepisu k.p.k., sprowadzającym się do braku dostępności sądowej kontroli przyczyn zarządzenia czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego do badań DNA i samego sposobu jej przeprowadzenia przez funkcjonariuszy Policji. Nie tylko bowiem, że o ingerencji w sferę konstytucyjnych praw człowieka decyduje tu policjant, to dodatkowo ingerencja ta została wyjęta spod kontroli – nawet wtórnej, *post factum* – niezawisłego sądu. Tymczasem to właśnie taka kontrola sprawowana przez niezawisły, niezależny i obiektywny organ mogłaby zrównoważyć wadliwość skarżonego przepisu opartego na klauzuli generalnej „nieodzowności”.

Prawo do sądu było wielokrotnie analizowane w judykaturze Trybunału Konstytucyjnego, który sformułował trzy jego filary: prawo dostępu do sądu w celu umożliwienia obywatelom obrony ich interesów przed niezawisłym organem, który działa wyłącznie w oparciu o obowiązujące w państwie prawo, prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności oraz prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia (wyr. TK z dnia 12.03.2002 r., sygnatura akt: P 9/01, *OTK-A 2002*, Nr 2, poz. 14). Ponadto, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż prawo do sądu istnieje nawet wówczas, gdy dana ustawa regulująca prawa i obowiązki jednostki nie przewiduje *expressis verbis* możliwości wystąpienia na drogę sądową (wyr. SN z dnia 07.04.1999 r., sygnatura akt: I PKN 648/98, *OSNP 2000*, Nr 11, poz. 423). Należy zaznaczyć, że Trybunał Konstytucyjny przyjmuje, iż prawo do sądu musi być rozumiane nie tylko

w aspekcie formalnym, ale także materialnym w postaci możliwości prawnie skutecznej ochrony praw na drodze sądowej (wyr. TK z dnia 24.10.2007 r., sygnatura akt: SK 7/06, *OTK-A 2007*, Nr 9, poz. 108).

W przedmiotowej sprawie skarżącemu nie przysługiwało w ogóle prawo do zbadania jego sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd, gdyż przepisy k.p.k. regulujące postępowanie przygotowawcze przewidują w tej sytuacji jedynie zażalenie do prokuratora jako organu prowadzącego to postępowanie. Jego postanowienie w przedmiocie zażalenia jest ostateczne i kończy dostępną drogę odwoławczą. Skarżony przepis nie przewiduje możliwości zainicjowania sądowej kontroli o charakterze wstępnym decyzji prokuratora o pobraniu materiału biologicznego do badań genetycznych, ani nawet kontroli następczej obejmującej sposób przeprowadzenia tej czynności.

Współcześnie nie budzi wątpliwości, iż istnieją takie czynności postępowania przygotowawczego, które ze względu na szczególną potrzebę poszanowania i ochrony praw pokrzywdzonego lub podejrzanego wymagają sądowej kontroli (W. Posnow, *Czynności sądowe w postępowaniu przygotowawczym*, [w:] *Postępowanie karne. Część szczególna*, red. Z Świda, Warszawa 2011 r., s. 134). W tym kontekście sąd jawi się jako gwarant poszanowania praw jednostki w postępowaniu przygotowawczym, w którym szczególnie narażone są one na rozmaite naruszenia. Dzięki temu czynnik sądowy zyskuje bezpośredni wpływ na fazę przedjurysdykcyjną procesu – każdorazowo jednak w celu zapewnienia ochrony i poszanowania praw jednostki.

To uwikłanie sądu przybiera kilka ogólnych form: stosowanie tymczasowego aresztowania jako najdrastyczniejszej ingerencji w swobody obywatelskie, podejmowanie innych decyzji gwarancyjnych zastrzeżonych dla sądu, przedsięwzięcie działań korygujących w postaci decyzji wydawanych w wyniku wniesionych środków odwoławczych oraz enumeratywnie wymienione czynności (np. przesłuchanie świadka w sytuacji, gdy zachodzi niebezpieczeństwo niemożności jego przesłuchania na rozprawie dokonywane na wniosek strony, prokuratora lub innego organu prowadzącego postępowanie) przedsięwzięte bezpośrednio przez sąd w toku postępowania przygotowawczego, powierzone mu w celu realizacji podstawowych zasad procesu karnego, np. zasady prawdy, zasady bezpośredniości.

Z punktu widzenia niniejszej skargi konstytucyjnej, skarżący wskazuje na drugą formę, a mianowicie decyzje gwarancyjne zastrzeżone dla sądu. Wśród wielu z nich wypada wskazać szczególnie powierzenie sądowi podejmowania decyzji o przesłuchaniu osób obowiązanych do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, radcy podatkowego, lekarskiej, dziennikarskiej lub statystycznej (art. 180 § 2 k.p.k.), co do faktów

objętych tą tajemnicą, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a zarazem brak możliwości ustalenia danej okoliczności na podstawie innego dowodu (W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2008 r., s. 250) oraz zarządzanie przez sąd kontroli rozmów i zatwierdzanie postanowień prokuratora o takiej kontroli (art. 237 § 1 – 2 k.p.k.), co gwarantować ma poszanowanie wolności i tajemnicy komunikowania się z art. 49 Konstytucji RP.

U podstaw każdej z takich podejmowanych przez sąd w toku postępowania przygotowawczego – pozostającego w polskim systemie prawnym co do zasady domeną czynnika pozasądowego – decyzji gwarancyjnych leży konkretna wartość, prawo – wysłowione wprost bądź dające się wyinferować z przepisów Konstytucji, a także Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Skarżący – nie podejmując nawet próby dokonania ważenia dóbr i praw konstytucyjnych, zarazem zdając sobie sprawę, iż hierarchizacja taka jest w pewnym stopniu możliwa, lecz pozostaje zastrzeżona do kompetencji Trybunału Konstytucyjnego – pragnie wskazać, że nie do zaakceptowania jest sytuacja, gdy Ustawodawca stosuje odmienne standardy w zakresie dostępności dla obywatela ochrony sądowej w postępowaniu przygotowawczym, w którym prawa jednostki są tak intensywnie narażone na rozmaite naruszenia w odniesieniu do wysłowionych w Konstytucji poszczególnych praw – pochodzących jednakowoż z tej samej grupy *Wolności i prawa osobiste* w ramach rozdziału II *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*. Skarżący podnosi, iż skoro gwarancją dla poszanowania prawa do tajemnicy komunikowania się na etapie postępowania przygotowawczego jest zaangażowanie bezstronnego, obiektywnego, nieopowiadającego się po żadnej ze stron i niezawisłego sądu, który podejmuje decyzję o ewentualnym dopuszczeniu przesłuchania osób objętych tajemnicą np. adwokacką czy poruczenie sądowi zarządzania zastosowania tzw. podsłuchu, to podobna gwarancja powinna znaleźć zastosowanie dla inwazji przez organ postępowania przygotowawczego w inne, acz pochodzące z tej samej grupy wolności i praw osobistych prawa do prywatności, nietykalności osobistej i ochrony danych osobowych, jakie zostają naruszone przez stosowanie na podstawie niezgodnego z Konstytucją przepisu k.p.k. pobrania od podejrzanego materiału biologicznego do badań DNA. Tym bardziej, iż – jak zostało to powyżej szczegółowo opisane – obok w miarę oczywistego wymogu, by pobranie to nie zagrażało zdrowiu oskarżonego lub innych osób – na pierwszym wszak miejscu Ustawodawca sformułował warunek wyrażony klauzulą generalną „nieodzowności”, nie instruując w żaden sposób organu, czym ma się w tym kontekście kierować. Sytuacja taka czyni możliwą na gruncie tego przepisu kodeksowego

inwazję we wspomniane wyżej prawa konstytucyjne jeszcze bardziej prawdopodobną i dotkliwą dla poddanego pobraniu materiału biologicznego.

#### **5. Uzasadnienie zarzutu niezgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności**

W kontekście powyższych rozważań, a szczególnie w odniesieniu do rozbudowanej analizy naruszenia w przedmiotowej sprawie wysłownego w art. 47 Konstytucji prawa do prywatności, skarżący wskazuje, w celu dopełnienia i uzupełnienia dotychczasowego wyводу, jako wzorzec kontroli także przepis art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, który również wyraża prawo do poszanowania życia prywatnego.

Na gruncie Konwencji jest ono rozumiane jako wszelkie aspekty osobistej aktywności jednostki, niemieszczące się w pozostałych wskazanych w tym przepisie sferach, do których należą: nienaruszalność mieszkania, ochrona korespondencji, ochrona życia rodzinnego. Pojęcie to jest bardzo trudno, o ile w ogóle, definiowalne, a jego uszczegółowienie następuje w dużej mierze w bieżącym orzecznictwie sądowym. Europejski Trybunał Praw Człowieka wyraził pogląd, iż: *nie jest ani możliwe, ani nawet potrzebne podejmowanie próby ujmowania pojęcia życie prywatne w definicje o charakterze wyczerpującym* (wyrok ETPC z dnia 25.03.1993 r. w sprawie Costello-Roberts przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga 13134/87, § 36, źródło: LexPolonica nr 1990212).

Nie budzi wątpliwości, iż w pewnych okolicznościach tajemnica danych medycznych oraz interesy pacjenta muszą ustąpić przed interesem śledztwa i ścigania przestępstw oraz zachowania publicznego charakteru procesu sądowego, jeśli te okażą się istotniejsze (M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013 r., s. 672). To samo odnosi się do danych bardziej wrażliwych, jak np. informacja DNA. Europejski Trybunał Praw Człowieka przyjmuje jednak, iż z uwagi na szczególny charakter tych informacji, o którym stanowi fakt, że zawierają one portret genetyczny konkretnego człowieka i mają duże znaczenie dla zainteresowanej osoby oraz jej rodziny, wymagana jest zawsze staranna kontrola źródła oznaczającego zgodę na przechowywanie i użycie takich danych przez władze bez zgody osoby, której dotyczą. W przypadku informacji DNA prawo krajowe musi zapewnić, aby były one zbierane w celach wyłącznie istotnych i przechowywane w formie umożliwiającej identyfikację osoby,



której dotyczą (wyrok ETPC z dnia 04.12.2008 r. w sprawie S. i Marper przeciwko Wielkiej Brytanii, § 103 – 104, źródło: [www.prawaczlowieka.edu.pl](http://www.prawaczlowieka.edu.pl)).

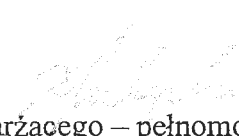
W literaturze przedmiotu wskazano trzy zasadnicze składniki prawa do prywatności na bazie przepisów Europejskiej Konwencji (*Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do art. 1 – 18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010 r., ss. 485 – 487). Po pierwsze, obejmuje ono istnienie w krajowym systemie legislacyjnym podstawy prawnej dla wkroczenia władzy publicznej w sferę praw jednostki. Po wtóre, podstawa ta musi być ujęta w sposób odpowiadający tzw. „wymaganiom jakościowym”, zwłaszcza cechować się dostatecznym stopniem dostępności i przewidywalności. Dostępność odnosi się do możliwości pozyskania przez obywatela wiedzy o prawie obowiązującym (wyrok ETPC z 20.05.1999 r. w sprawie Rekvenyi przeciwko Węgrom, skarga 25390/94, § 34, źródło: Legalis nr 102542). Przewidywalność zaś to nakaz zapewnienia przepisom prawa precyzji, czyli ich określoności. Przepis stanowiący podstawę ingerencji musi być sformułowany z zachowaniem precyzyjności określenia jego zakresu i znaczenia, tak aby adresat – zasięgając w miarę potrzeby opinii znawców prawa – był w stanie ustalić, jakie mogą być prawne konsekwencje jego postępowania w danej sytuacji (wyrok ETPC z 26.04.1979 r. w sprawie *Sunday Times* przeciwko Wielka Brytania, A.30, § 49, źródło: [www.freepress.org.pl](http://www.freepress.org.pl)). Po trzecie, prawo do prywatności implikuje także istnienie gwarancji przeciwko nadużyciu uprawnień władzy publicznej do ingerowania w prawa i wolności jednostki. Zdaniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, gwarancje te muszą w precyzyjny sposób wytyczać zakres uznania pozostawionego władzom publicznym i definiować okoliczności jego stosowania (wyrok ETPC z 27.11.1992 r. w sprawie Olsson przeciwko Szwecji, skarga 13441/87, § 34, źródło: *Konwencja...*, red. L. Garlicki, s. 487). Kompetencje władzy publicznej powinny natomiast zostać obudowane systemem regulacji proceduralnych i instytucjonalnych, dzięki którym stworzone zostanie wystarczające zabezpieczenie przeciwko dyskrecjonalności ich wykorzystywania (wyrok ETPC z 13.12.2001 r. w sprawie Metropolitan Church of Bessarabia and Others przeciwko Mołdawii, § 109, źródło: *Konwencja...*, red. L. Garlicki, s. 487). Większy stopień swobody władz przy ingerowaniu w prawa i wolności jednostki musi zawsze iść w parze z istnieniem procedur, które pozwolą – choćby *ex post* – na ocenę legalności i zasadności ich działań (wyrok ETPC z 13.07.1995 r. w sprawie Tolstoy Miloslavski przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga 18139/81, § 41, źródło: [www.freepress.org.pl](http://www.freepress.org.pl)).

Art. 74 § 2 ust. 3 k.p.k. nie spełnia wyrażonych w art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka warunków przewidywalności i precyzyjności. Pozwala na swobodne

ingerowanie w integralność osobistą człowieka. Nie wytycza organom w sposób dostateczny granic sformułowanego swobodnego uznania i nie zabezpiecza podejrzanego w jakikolwiek sposób przed konsekwencjami dyskrecjonalności jego wykorzystania. Ponadto, pozostaje w sprzeczności z interpretacją art. 8 Konwencji, jaką prezentuje Europejski Trybunał Praw Człowieka także w odniesieniu do pozbawienia skarżącego możliwości zainicjowania sądowej kontroli następczej dokonanej wobec niego czynności pobrania materiału biologicznego do badań DNA.

## 6. Podsumowanie

Pobranie 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 (S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009 r., s. 348). Środek ten 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 nie znany jest w pełni kompletny zakres treści tych danych. Z tych względów korzystanie z tego środka wymaga szczególnej rozwagi. Przywołane powyżej głosy judykatury sądowej, zwłaszcza Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz doktryny wskazują, że obecnie istniejąca w tym względzie regulacja tego nie zapewnia, co znalazło odzwierciedlenie w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Z tych względów wnoszę jak na wstępie.

  
Za skarżącego – pełnomocnik  
*adw. Dobroslawa Szumilo-Kulczycka*

### Załączniki:

- 4 odpisy skargi konstytucyjnej;
- Pełnomocnictwo;
- Pismo prokuratora z dnia .10.2014 r.;
- Pismo obrońcy oskarżonego z dnia .10.2014 r.;
- Pismo prokuratora z dnia .10.2014 r.;
- Zażalenie z dnia .10.2014 r.;
- Postanowienie prokuratora z datą .11.2014 r.;
- Pismo referendarza prokuratury z dnia .11.2014 r.