



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 20 kwietnia 2016 r.

Sygn. akt SK 28/15
BAS-WPTK-1527/15

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCLARIA	
wpt. dnia	21. 04. 2016
L.dz.	L.zał.

Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 56 pkt 4 w związku z art. 82 ust. 2 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 293), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie skargi konstytucyjnej M H z 4 marca 2015 r. (sygn. akt SK 28/15), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że:

1) art. 74 § 2 pkt 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) **jest zgodny** z art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

2) art. 74 § 2 pkt 3 ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim nie przewiduje sądowej kontroli czynności pobrania wymazu ze służówki policzków podejrzanego przez funkcjonariuszy Policji w postępowaniu przygotowawczym, **jest niezgodny** z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Ponadto, na podstawie art. 39 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) w związku z art. 134 pkt 3 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym, wnoszę o **umorzenie postępowania** w pozostałym zakresie, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Uzasadnienie

I. Reżim prawny postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym

W dniu 30 sierpnia 2015 r. weszła w życie ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1064; dalej: ustawa o TK z 2015 r.), której art. 138 uchylił ustawę z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.; dalej: ustawa o TK z 1997 r.).

Jednakże w myśl art. 134 pkt 3 ustawy o TK z 2015 r., w sprawach wszczętych i niezakończonych przed wejściem w życie tej ustawy, w postępowaniu przed Trybunałem stosuje się przepisy dotychczasowe, jeżeli zachodzą przesłanki umorzenia postępowania.

Niniejsza sprawa została zainicjowana skargą konstytucyjną M H z 4 marca 2015 r. (dalej: skarga). Sejm został powiadomiony o wszczęciu postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w tej sprawie pismem Prezesa Trybunału Konstytucyjnego z 30 czerwca 2015 r. Na dzień wejścia w życie ustawy o TK z 2015 r. sprawa była zatem wszczęta, ale niezakończona. W niniejszej sprawie, w pewnym zakresie zaskarżenia, występuje przypadek wymieniony w art. 134 pkt 3 ustawy o TK z 2015 r. W konsekwencji – biorąc pod uwagę wykładnię tego przepisu przyjmowaną w praktyce TK – w tej części uzasadnienia, która odnosi się do podstawy prawnej umorzenia postępowania, powołane są właściwe przepisy dotychczas obowiązującej ustawy o TK z 1997 r. Z tego też powodu Sejm uznaje, że w postępowaniu powinny być stosowane przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy o TK z 1997 r.

II. Przedmiot kontroli i stan faktyczny sprawy

1. W *petitum* skargi konstytucyjnej skarżący wnosi o stwierdzenie niezgodności art. 74 § 2 pkt 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.; dalej: k.p.k.) z art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji, jak również z art. 8 Konwencji o ochronie praw

człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej: EKPC).

Artykuł 74 § 2 pkt 3 k.p.k. stanowi, że oskarżony jest obowiązany poddać się pobraniu przez funkcjonariusza Policji wymazu ze służówki policzków, jeżeli jest to nieodzowne i nie zachodzi obawa, że zagrażałoby to zdrowiu oskarżonego lub innych osób.

2. Skarga konstytucyjna została wniesiona na tle następującego stanu faktycznego.

Przeciwko skarżącemu toczyło się postępowanie przygotowawcze. Skarżącemu postawiono dwa zarzuty o to, że



W dniu maja 2014 r. skarżący został zatrzymany, a następnie tymczasowo aresztowany. Tymczasowe aresztowanie trwało do listopada 2014 r. Skarżący ma

lat, w trakcie pobytu w areszcie zdiagnozowano u niego

W dniu października 2014 r. obrońcę skarżącego poinformowano faksem, że w dniu października 2014 r. w zakładzie karnym, gdzie przebywał skarżący, przeprowadzona zostanie czynność polegająca na pobraniu od niego materiału biologicznego do badań genetycznych. Obrońca skarżącego niezwłocznie zwrócił się o wstrzymanie wykonania pobrania materiału biologicznego oraz o przestanie informacji na jaką okoliczność dowód ma zostać przeprowadzony oraz o przełożenie czynności na termin późniejszy, gdyż czas od zawiadomienia do planowanego przeprowadzenia czynności jest zbyt krótki, aby zapewnić udział obrońcy w czynności. Pismem z października 2014 r., sygn. akt , obrońcę skarżącego poinformowano, że nie ma podstaw, aby wstrzymać wykonanie lub przełożyć planowaną czynność. W uzasadnieniu wskazano, że pobranie materiału biologicznego ma charakter czynności technicznej, nie wymaga składania wyjaśnień ani innych oświadczeń procesowych, stąd obecność obrońcy nie jest konieczna. Ponadto, pobranie materiału biologicznego poprzedza wydanie postanowienia o powołaniu biegłego z zakresu genetyki, które zostanie sporządzone po przeprowadzeniu innych czynności dowodowych i wówczas przesłane obrońcy.

Dnia października 2014 r. w zakładzie karnym pobrano od skarżącego materiał biologiczny do badań genetycznych.

W dniu października 2014 r. skarżący złożył zażalenie na dokonaną czynność w oparciu o art. 302 k.p.k. Zaskarżonej czynności zarzucono „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 stawianymi podejrzanemu, naruszenie art. 117 § 2 k.p.k. poprzez przeprowadzenie czynności pobrania materiału genetycznego pod nieobecność obrońcy, który usprawiedliwił swoją nieobecność i wnosił 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” (skarga, s. 4-5).

Postanowieniem z listopada 2014 r., sygn. akt , prokurator Prokuratury Rejonowej delegowana do Prokuratury Okręgowej w N postanowiła nie uwzględnić zażalenia skarżącego i uznać

zasadność czynności polegającej na pobraniu materiału biologicznego do badań genetycznych. W uzasadnieniu postanowienia stwierdzono, że czynność pobrania wymazów była nieodzowna, albowiem konieczność wykonania tej czynności wyłoniła się w toku prowadzonego śledztwa.

III. Analiza formalnoprawna

1. Zgodnie z art. 79 Konstytucji, skargę konstytucyjną może wnieść każdy, czyje prawo lub wolność konstytucyjna zostały naruszone. Skarga konstytucyjna może zostać złożona po wyczerpaniu drogi prawnej, o ile droga ta jest przewidziana, w ciągu 3 miesięcy od doręczenia skarżącemu prawomocnego wyroku, ostatecznej decyzji lub innego ostatecznego rozstrzygnięcia (art. 46 ust. 1 ustawy o TK z 1997 r.).

Zgodnie z art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK z 1997 r., Trybunał Konstytucyjny zobowiązany jest rozważyć, czy wydanie orzeczenia w toczącym się przed nim postępowaniu nie jest zbędne lub niedopuszczalne, a w razie stwierdzenia negatywnej przesłanki procesowej umarza postępowanie. Trybunał w toku całego postępowania, aż do wydania wyroku w sprawie, kontroluje, czy nie zachodzą ujemne przesłanki procesowe wyłączające dopuszczalność merytorycznej kontroli zgłoszonych zarzutów, skutkujące obligatoryjnym umorzeniem postępowania (por. postanowienia TK z: 25 października 1999 r., sygn. akt SK 22/98; 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt SK 80/06; 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt SK 13/09; 8 stycznia 2013 r., sygn. akt SK 15/10; 11 czerwca 2013 r., sygn. akt K 50/12). Dotyczy to wszelkich kwestii wstępnych, jak również przesłanek formalnych, wspólnych dla kontroli inicjowanej w trybie skargi konstytucyjnej, wniosku lub pytania prawnego. Merytoryczne rozpoznanie zarzutów sformułowanych w skardze konstytucyjnej jest uzależnione od spełnienia wszystkich warunków jej dopuszczalności (zob. postanowienie TK z 1 marca 2010 r., sygn. akt SK 29/08 i powołane tam orzecznictwo). Ustawa nie ogranicza możliwości oceny przez Trybunał Konstytucyjny warunków dopuszczalności skargi konstytucyjnej żadnym terminem. Skład wyznaczony do orzekania merytorycznego nie jest związany wynikami wstępnej kontroli ujętymi w zarządzeniu sędziego Trybunału o nadaniu skardze biegu albo w postanowieniu Trybunału o uwzględnieniu zażalenia na postanowienie o odmowie nadania dalszego biegu skardze konstytucyjnej (zob. np. postanowienia TK

z: 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt SK 80/06; 30 czerwca 2008 r., sygn. akt SK 15/07; 19 października 2010 r., sygn. akt SK 8/09; 11 września 2012 r., sygn. akt SK 19/12; wyrok TK z 26 listopada 2012 r., sygn. akt SK 33/10). Ergo, może on przeprowadzić dalszą kontrolę skargi i umorzyć postępowanie, jeżeli wydanie orzeczenia byłoby niedopuszczalne ze względu na przeszkody formalne. W orzecznictwie Trybunału utrwalony jest pogląd o możliwości wywiedzenia przez Trybunał wniosków odmiennych niż te, które zostały uprzednio wyrażone w postanowieniu wydawanym na etapie wstępnego rozpoznania konkretnej skargi konstytucyjnej (zob. postanowienia TK z: 16 listopada 2011 r., sygn. akt SK 45/09; 28 stycznia 2015 r., sygn. akt SK 15/14).

2. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że art. 79 ust. 1 Konstytucji stanowi: „Każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo, na zasadach określonych w ustawie, wnieść skargę do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji”. Regulacja ta – posługując się zwrotami „konstytucyjne wolności lub prawa”, „w sprawie zgodności z Konstytucją”, „o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji” – nie pozostawia wątpliwości, że w skardze konstytucyjnej wzorcem kontroli mogą być wyłącznie przepisy Konstytucji. Wymaga przy tym podkreślenia, iż stanowisko takie było wielokrotnie wyrażane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (zob. np. wyroki TK z: 7 maja 2002 r., sygn. akt SK 20/00; 14 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 61/03 oraz postanowienia TK z: 8 czerwca 2009 r., sygn. akt SK 26/07; 21 lipca 2009 r., sygn. akt SK 61/08). Tym samym przywołany przez skarżącego art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) nie może stanowić wzorca kontroli w niniejszym postępowaniu.

Wobec powyższego Sejm wnosi o **umorzenie postępowania** w zakresie dotyczącym badania zgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku, na mocy art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK z 1997 r. w związku z art. 134 pkt 3 ustawy o TK z 2015 r.

3. Lektura zarzutów oraz uzasadnienia skargi prowadzą do wniosku, że skarżący kwestionuje zgodność art. 74 § 2 k.p.k. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji jedynie w zakresie, w jakim przepis ten nie przewiduje sądowej kontroli czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego przez funkcjonariuszy Policji. Przy tak zrekonstruowanym zarzucie konieczne wydaje się analizowanie przedmiotu kontroli w ujęciu zakresowym.

Uwzględniając powyższe oraz mając na uwadze stosowaną w orzecznictwie trybunalskim zasadę *falsa demonstratio non nocet*, w zakresie badania zgodności zakwestionowanej przez skarżącego regulacji z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji stosowne wydaje się doprecyzowanie wskazanego w skardze przedmiotu kontroli poprzez objęcie nim jedynie zakresu „w jakim nie przewiduje sądowej kontroli czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego przez funkcjonariuszy Policji w postępowaniu przygotowawczym”.

Zdaniem Sejmu, tego rodzaju zabieg jest w pełni uprawniony, a proponowana przez Sejm zmiana sposobu ujęcia tego elementu, w stosunku do literalnego brzmienia *petitum* skargi, *de facto* zmierza właśnie w tym kierunku. Konsekwentnie, w *petitum* niniejszego stanowiska zaproponowano odpowiednią korektę zakresu zaskarżenia. Należy przy tym podkreślić, że intencją Sejmu nie jest zmiana *meritum* skargi konstytucyjnej, ale jedynie jej doprecyzowanie i dostosowanie do istoty zarzutów oraz wymogów formalnych skargowego trybu kontroli konstytucyjności prawa.

4. Dokonując analizy formalnoprawnej, należy również wskazać, że skarga konstytucyjna jest środkiem ochrony wolności i praw podmiotowych, inicjującym tzw. konkretną kontrolę konstytucyjności. W myśl stałego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, przedmiotem skargi konstytucyjnej może być wyłącznie norma prawna, która stanowiła podstawę wydania przez organ władzy publicznej orzeczenia naruszającego prawa lub wolności konstytucyjne skarżącego.

W rezultacie, w procedurze inicjowanej skargą konstytucyjną przedmiotem badania Trybunału Konstytucyjnego może być jedynie przepis (norma) wykazujący tzw. podwójną kwalifikację: który był podstawą prawną ostatecznego orzeczenia sądu lub organu administracji publicznej, wydanego w indywidualnej sprawie skarżącego, a równocześnie na podstawie którego wydane zostało orzeczenie lub

decyzja naruszająca konstytucyjne prawa i wolności (postanowienia TK z: 5 stycznia 2001 r., sygn. akt Ts 83/00; 18 kwietnia 2005 r., sygn. akt Ts 176/04; 13 listopada 2007 r., sygn. akt SK 40/06; 25 lipca 2013 r., sygn. akt Ts 18/13; 9 października 2013 r., sygn. akt Ts 136/13). Z treści art. 79 Konstytucji nie wynika gwarancja możliwości kwestionowania każdego przepisu kształtującego sytuację prawną skarżącego, ale jedynie takiego, który stanowił podstawę normatywną orzeczenia. Skarga konstytucyjna nie może bowiem zmierzać do inicjowania postępowania o charakterze abstrakcyjnym (postanowienie TK z 6 lipca 2005 r., sygn. akt SK 25/03). Innymi słowy, przesłanką rozpoznania skargi konstytucyjnej nie może być wskazanie dowolnego przepisu ustawy lub innego aktu normatywnego, ale tylko takiego, który w konkretnej sprawie stanowił podstawę ostatecznego rozstrzygnięcia (zob. m.in. postanowienia TK z: 9 września 2010 r., sygn. akt Ts 187/08; 10 stycznia 2013 r., sygn. akt Ts 257/11 oraz wyrok TK z 11 maja 2011 r., sygn. akt SK 11/09). Sposób naruszenia konstytucyjnych praw i wolności musi wskazać sam skarżący w uzasadnieniu wnoszonej skargi (art. 47 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o TK z 1997 r.).

Przywołane wyżej wymaganie podwójnej kwalifikacji przedmiotu kontroli w procedurze inicjowanej skargą konstytucyjną jest spełnione wówczas, gdy wskazany w skardze akt normatywny determinuje treść orzeczenia sądowego przyjętego za podstawę skargi w tym jego aspekcie, w którym skarżący upatruje naruszenie przysługujących mu praw lub wolności konstytucyjnych (zob. np. postanowienia TK z: 22 lutego 2001 r., sygn. akt Ts 193/00 oraz 2 kwietnia 2003 r., sygn. akt Ts 193/02). Ustalenie spełnienia tego warunku wymaga sięgnięcia do sprawy, na tle której zapadło orzeczenie, i skonfrontowania podstawy prawnej orzeczenia z przedmiotem zaskarżenia. Wykonanie tych czynności umożliwia art. 47 ust. 2 ustawy o TK z 1997 r., w myśl którego: „Do skargi należy załączyć wyrok, decyzję lub rozstrzygnięcie, [...], wydane na podstawie zakwestionowanego aktu normatywnego”.

5. Podstawę prawną postanowienia w przedmiocie zażalenia na czynności funkcjonariuszy Policji naruszającego prawa uczestnika postępowania przygotowawczego z listopada 2014 r., sygn. akt , wydanego przez prokuratora Prokuratury Rejonowej delegowanego do Prokuratury Okręgowej w N , które skarżący wskazał jako ostateczne rozstrzygnięcie w sprawie naruszające jego prawa i wolności, stanowił art. 465 § 3 i art. 457 § 1

w związku z art. 302 § 2 k.p.k. (przepisy tej zostały ujawnione w sentencji wzmiankowanego postanowienia).

Skarżący uczynił przedmiotem kontroli w niniejszym postępowaniu art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., należy zatem poddać analizie związek pomiędzy przedmiotem kontroli a podstawą prawną ostatecznego orzeczenia w jego sprawie. Związek ten, ze względu na charakter zarzutów, nie powinien budzić wątpliwości w przypadku badania zgodności 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. Artykuł 74 § 2 pkt 3 k.p.k. nie został ujawniony w sentencji postanowienia, które skarżący wskazał jako ostateczne rozstrzygnięcie w sprawie naruszające jego prawa i wolności, jednak stanowił podstawę prawną dokonania czynności pobrania materiału ze służówki jego policzków.

Inaczej przedstawia się kwestia zarzutu niezgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji. Podstawę prawną zażalenia na czynność o charakterze dowodowym, jaką jest pobranie wymazu ze służówki policzków od podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym, stanowi art. 302 § 2 k.p.k., zgodnie z którym: „Stronom oraz osobom nie będącym stronami służy zażalenie na czynności inne niż postanowienia i zarządzenia naruszające ich prawa”. W literaturze wskazuje się, że chodzi tu o czynności faktyczne, które podejmowane są w ramach postępowania przygotowawczego, jak też czynności wykonawcze podejmowane w celu realizacji powziętej decyzji procesowej (zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego, Tom. II. Komentarz do artykułów 297-467*, red. P. Hofmański, Warszawa 2011, komentarz do art. 302, teza 3, s. 31). Przepis ten znajduje zastosowanie wówczas, gdy nie ma innego, szczególnego przepisu stanowiącego podstawę zaskarżenia konkretnej czynności (jak np. w przypadku czynności faktycznych związanych z przeszukaniem lub zatrzymaniem rzeczy – zob. art. 236 k.p.k.), a więc również w przypadku zażalenia na czynność, o której mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., gdyż zarówno w art. 74 k.p.k., jak i w całym rozdziale 8 k.p.k. nie ma przepisu o charakterze *lex specialis*, który mógłby stanowić szczególną podstawę zażalenia na przeprowadzenie czynności pobrania wymazu ze służówki policzków.

Zgodnie z art. 302 § 3 k.p.k., „Zażalenie na postanowienia i zarządzenia oraz na inne czynności prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, o których mowa odpowiednio w § 1 i 2, rozpoznaje prokurator bezpośrednio przełożony”. Jak się wskazuje, szczególny tok instancji określony w § 3 nie odnosi się do postanowień,

zarządzeń i czynności pozaprokuratorskich organów prowadzących postępowanie przygotowawcze (a więc także czynności przeprowadzonych przez funkcjonariuszy Policji – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie). W ich przypadku tok instancji określają reguły ogólne, określone w rozdziale 50 k.p.k. (zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 302, teza 8, s. 33, M. Kurowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, red. D. Świecki, Warszawa 2015, komentarz do art. 302, teza 3, s. 997).

Zgodnie z art. 465 § 3 k.p.k.: „Zażalenie na postanowienie prowadzącego postępowanie przygotowawcze, jeżeli nie jest nim prokurator, rozpoznaje prokurator sprawujący nadzór nad tym postępowaniem”. Artykuł 467 § 1 k.p.k. stanowi z kolei, że: „Przepisy rozdziału niniejszego stosuje się odpowiednio do przewidzianych w ustawie zażaleń na czynności lub zaniechanie czynności”. Oznacza to zatem, że na mocy art. 302 § 2 w związku z art. 465 § 3 w związku z art. 467 § 1 k.p.k. zażalenie na czynność pobrania wymazu ze służówki policzków, wykonaną w postępowaniu przygotowawczym wobec podejrzanego przez funkcjonariuszy Policji, rozpoznaje prokurator sprawujący nadzór nad postępowaniem. Taki też zestaw przepisów ujawniony został we wzmiankowanym postanowieniu wydanym w sprawie skarżącego listopada 2014 r., przy czym wydaje się, że omyłkowo zamiast art. 467 § 1 k.p.k. powołano w nim art. 457 § 1 k.p.k.

Z powyższego wynika zatem, że ogólną podstawę zażaleń na czynności faktyczne, które naruszają prawa strony lub innej osoby w postępowaniu przygotowawczym stanowi art. 302 § 2 k.p.k. Ogólnymi przepisami, które określają organ odwoławczy w tej sprawie są natomiast art. 465 § 3 k.p.k. („Zażalenie na postanowienie prowadzącego postępowanie przygotowawcze, jeżeli nie jest nim prokurator, rozpoznaje prokurator sprawujący nadzór nad tym postępowaniem”) oraz artykuł 467 § 1 k.p.k. („Przepisy rozdziału niniejszego stosuje się odpowiednio do przewidzianych w ustawie zażaleń na czynności lub zaniechanie czynności”). Tym samym można uznać, że przepisu wskazującego na niedopuszczalność kontroli sądowej czynności pobrania materiału ze służówki policzków w postępowaniu przygotowawczym należałoby upatrywać w art. 465 § 3 k.p.k., ewentualnie przywołanym związkowo z art. 467 § 1 k.p.k., a nie w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. To te przepisy określają bowiem tok instancji w przypadku zażalenia na czynność faktyczną naruszającą prawa strony lub innej osoby, dokonaną w postępowaniu przygotowawczym przez organ nieprokuratorski. Zaskarżony przepis art. 74 § 2 pkt 3

k.p.k. nie zawiera żadnego wyłączenia dopuszczalności zaskarżenia wzmiankowanej czynności do sądu, można zatem mieć wątpliwość czy to on prowadzi do pominięcia jej kontroli sądowej.

Z drugiej strony w kodeksie postępowania karnego istnieją takie regulacje szczególne, które w rozdziale wprowadzającym możliwość przeprowadzenia określonych czynności zawierają również przepis stanowiący podstawę prawną do złożenia zażalenia na te czynności do sądu (jak np. w przypadku czynności faktycznych związanych z przeszukaniem lub zatrzymaniem rzeczy – zob. art. 236 k.p.k.: „Na postanowienie sądu lub prokuratora dotyczące przeszukania, zatrzymania rzeczy i w przedmiocie dowodów rzeczowych oraz na inne czynności przysługuje zażalenie osobom, których prawa zostały naruszone; zażalenie na postanowienie wydane lub czynność dokonaną w postępowaniu przygotowawczym rozpoznaje sąd rejonowy, w okręgu którego prowadzone jest postępowanie”). Przepisy te stanowią *lex specialis* względem art. 302 § 2 k.p.k., art. 465 § 3 k.p.k. i art. 467 § 1 k.p.k.

Ustawodawca w kodeksie postępowania karnego w przypadku określenia organu odwoławczego rozpoznającego zażalenia na czynności faktyczne naruszające prawa strony lub innej osoby w postępowaniu przygotowawczym posługuje się zatem różną techniką legislacyjną. Przepisy ogólne dotyczące tej kwestii znajdują się w rozdziale 50 k.p.k., zatytułowanym „Zażalenie i sprzeciw”, ale istnieją też przepisy szczególne, wprowadzające właściwość sądu do rozpoznawania niektórych tego typu zażaleń, w rozdziałach kodeksu postępowania karnego, które dotyczą tych określonych czynności (jak już wzmiankowany uprzednio art. 236 k.p.k. *in fine* lub art. 246 § 1 k.p.k. dotyczący zatrzymania).

Ze względu na powyższe, Sejm poddaje pod rozwagę Trybunału, czy istota zarzutów skarżącego dotycząca zgodności zakwestionowanej regulacji z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji jest rzeczywiście związana z treścią zaskarżonego przepisu art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k.

IV. Analiza merytoryczna

1. Zarzuty skarżącego

Zdaniem skarżącego przepis art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. jest sprzeczny z art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji, jak również z art. 8 EKPC.

Skarżący stawia zakwestionowanemu przepisowi zarzut niezgodności z art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, gdyż w jego ocenie poddanie oskarżonego czynności pobrania materiału biologicznego do badań genetycznych stanowi ingerencję w sferę jego cielesności i integralności osobowej, chronionej przez konstytucyjne prawo do nietykalności osobistej (art. 41 ust. 1 Konstytucji), narusza jego prywatność (art. 47 Konstytucji) oraz prowadzi do zebrania o nim informacji, które nie są niezbędne w postępowaniu (art. 51 ust. 2 Konstytucji) (skarga, s. 10). Istniejąca regulacja umożliwia dokonanie ingerencji w prawa oskarżonego w sposób arbitralny, bez podania jej przyczyny i nie spełnia kryteriów, jakie wypracowane zostały dla regulacji ingerujących w prawa i wolności jednostki. Posługuje się jedynie klauzulą generalną „nieodzowności”, które to sformułowanie nie pozwala jednostce zorientować się w jakich sytuacjach może być objęta zakresem normowania tego przepisu (dla przykładu, nie musi istnieć związek przyczynowy pomiędzy rodzajem zarzucanego oskarżonemu czynu, względnie sposobem jego działania, a jego danymi genetycznymi – skarga, s. 6). Przepis zezwalający na pobranie przez funkcjonariuszy Policji wymazu ze śluzówki policzków oskarżonego nie formułuje klauzuli subsydiarności sięgania po ten środek, co umożliwia zastosowanie go także wówczas, gdy jest to metoda wygodna lub użyteczna, choć nie konieczna, nie wyklucza również sięgania po ten środek w celu wyrządzenia oskarżonemu szkody, czy dodatkowej dolegliwości związanej z jego sytuacją procesową (skarga, s. 12).

W ocenie skarżącego regulacja art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. narusza również art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji, gdyż przepisy k.p.k. regulujące postępowanie przygotowawcze przewidują jedynie zażalenie do prokuratora, jako organu prowadzącego postępowanie, na czynność pobrania od oskarżonego materiału biologicznego do badań genetycznych. Postanowienie prokuratora w przedmiocie zażalenia jest ostateczne i kończy dostępną drogą odwoławczą.

Kwestionowany przepis nie przewiduje możliwości zainicjowania sądowej kontroli o charakterze wstępnym decyzji prokuratora o pobraniu materiału biologicznego do badania genetycznego, ani nawet kontroli następczej obejmującej sposób przeprowadzenia tej czynności (skarga, s. 14). Tymczasem zaangażowanie bezstronnego, obiektywnego, nieopowiadającego się po żadnej ze stron sądu jest konieczne w przypadku ingerencji przez organ postępowania przygotowawczego w prawo do prywatności, nietykalności osobistej i ochrony danych osobowych, które zostają naruszone w przypadku niezgodnego z Konstytucją stosowania zaskarżonego przepisu k.p.k., zwłaszcza że ustawodawca skonstruował przesłankę dopuszczalności przeprowadzenia czynności pobrania materiału genetycznego w oparciu o klauzulę generalną „nieodzowności”, nie wskazując czym organ przeprowadzający czynność powinien się kierować, co czyni naruszenie praw konstytucyjnych jeszcze bardziej prawdopodobnym (skarga, s. 15-16).

Wreszcie, zdaniem skarżącego, przepis art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. jest niezgodny z art. 8 EKPC, gdyż nie spełnia „warunków przewidywalności i precyzyjności. Pozwala on 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” (skarga, s. 18).

2. Wzorce konstytucyjne

a) Prawo do nietykalności osobistej, do prywatności i do autonomii informacyjnej (art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji)

1. Zgodnie z art. 41 ust. 1 Konstytucji: „Każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie”.

Wolność osobista jest w piśmiennictwie charakteryzowana jako możliwość podejmowania przez jednostkę decyzji zgodnie z własną wolą, dokonywania swobodnego wyboru postępowania w życiu publicznym i prywatnym, nieograniczonego przez inne osoby. Wolność ta przysługuje człowiekowi z natury, jest niepodważalna i niezbywalna (zob. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. III*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, komentarz do art. 41, s. 1 i n.; D. Dudek, *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 2000, s. 144). Z kolei nietykalność osobista, w rozumieniu art. 41 ust. 1 Konstytucji, określa się jako „zagwarantowaną możliwość utrzymywania przez jednostkę swojej tożsamości i integralności tak fizycznej, jak i psychicznej oraz zakaz jakiegokolwiek, bezpośredniej i pośredniej ingerencji z zewnątrz, naruszającej tę integralność” (zob. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja...*, komentarz do art. 41, s. 2; D. Dudek, *Konstytucyjna...*, s. 144) lub, jak pisze P. Winczorek, „nienaruszalność integralności cielesnej i duchowej człowieka, która może doznać uszczerbku przez bicie, ranienie, torturowanie fizyczne oraz dręczenie psychiczne” (tenże, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 101). Pogląd ten podziela także Trybunał Konstytucyjny, odwołując się do cielesnego i duchowego wymiaru nietykalności (zob. wyrok pełnego składu TK z 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07 oraz wyroki TK z: 31 sierpnia 2006 r., sygn. akt K 25/06; 6 października 2009 r., sygn. akt SK 46/07).

Pojęcia wolności osobistej i nietykalności osobistej pozostają ze sobą w ścisłym związku, jako że nietykalność osobista jest emanacją wolności w jej aspekcie negatywnym. W wyroku z 18 lutego 2004 r. (sygn. akt P 21/02) sąd konstytucyjny 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 powstrzymać się od podejmowania jakiegokolwiek 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”. Pogląd ten eksplorowano w późniejszym orzecznictwie wskazując, że w powyższym: „[...] 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 najszerzej ujmowaną możliwość realizacji woli i zachowań człowieka [...] 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” (wyrok pełnego składu TK z 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07).

Trybunał Konstytucyjny zaznacza, że ze związku między poszanowaniem wolności osobistej a respektowaniem nietykalności osobistej na gruncie Konstytucji wynika, iż: „[...] 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” (wyrok pełnego składu TK z 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07).

Przyjmuje się, że przewidziany w art. 41 ust. 1 Konstytucji wymóg ustawowego określenia zasad i trybu pozbawienia lub ograniczenia wolności musi być rozumiany szczególnie restrykcyjnie. Jak wskazuje P. Sarnecki (*tenże* [w:] *Konstytucja...*, komentarz do art. 41, s. 2-3), a w ślad za nim Trybunał Konstytucyjny (zob. wyroki TK z: 10 czerwca 2008 r., sygn. akt SK 17/07; 6 października 2009 r., sygn. akt SK 46/07), zawarty w analizowanym przepisie termin „zasady” trzeba „rozumieć szerzej, niż to niekiedy przywykło się rozumieć w ustawodawstwie zwykłym. Nie może tu bowiem chodzić o ustanowienie w ustawach, o których tu mowa, jedynie norm o ogólniejszym charakterze, które ustanawiałyby tylko podstawy legislacji w określonym obszarze, natomiast normy bezpośrednio stosowalne mogłyby być ustanowione poza ramami takich ustaw. [...] W komentowanym artykule określenie «zasady» jest synonimem terminu «regulacje». A więc ustawy, do których on odsyła, winny być zupełne (kompletne) i zawierać wszystkie sytuacje, w ich całokształcie dopuszczalnych ograniczeń lub pozbawień omawianej wolności – a nie tylko ogólne podstawy do takich działań. Wymóg kompletności oznacza również

wykluczenie praktyki rozstrzygania o ograniczeniu czy pozbawieniu wolności osobistej w drodze stosowania jakiegokolwiek analogii”. Jak również wskazał Trybunał Konstytucyjny: „Tam, gdzie ustrojodawca wymaga, by ingerencja we wskazaną materię była dokonywana wyłącznie ustawą, chodzi [...] nie tylko o ustawową formę, ale także o to, by rozstrzygnięcie danej sprawy zostało dokonane w sposób, który nie wymaga odwołania się do skomplikowanych zabiegów interpretacyjnych, wymagających uwzględnienia innych aktów normatywnych czy też uzupełniających lub korygujących rezultat językowej wykładni ustawy. Tylko kompletność i precyzja unormowania ustawowego nie pozwoli bowiem organom stosującym prawo na dowolność w nadawaniu ostatecznego kształtu ograniczeniom czy na wyznaczanie ich zakresu” (wyrok TK z 10 czerwca 2008 r., sygn. akt SK 17/07 i przywołane tam inne orzeczenia TK).

2. Zgodnie z art. 47 Konstytucji, każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. W przepisie tym zostały unormowane dwa aspekty prawa do prywatności. Pierwszy z nich oznacza prawo jednostki do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci, dobrego imienia i wiąże się ze stosownymi pozytywnymi obowiązkami władzy państwowej. Natomiast drugi z tych aspektów, wyrażający się w prawie do decydowania o swoim życiu osobistym, ma w istocie charakter „wolności” i polega „na wykluczeniu wszelkiej postronnej ingerencji w sferę życia osobistego jednostki” (P. Sarnecki [w:] *Konstytucja...*, komentarz do art. 47, s. 1; por. również wyroki TK z: 2 kwietnia 2001 r., sygn. akt SK 10/09; 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05).

Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny: „Koncepcja prawa do prywatności zaczęła stosunkowo niedawno odgrywać poważniejszą rolę w regulacjach konstytucyjnych i orzecznictwie sądowym. Zdołała już jednak zyskać sobie trwałe miejsce we współczesnych państwach demokratycznych. Stanowią ją zasady i reguły odnoszące się do różnych sfer życia jednostki, a ich wspólnym mianownikiem jest przyznanie jednostce prawa «do życia własnym życiem układanym według własnej woli z ograniczeniem do niezbędnego minimum wszelkiej ingerencji zewnętrznej» (A. Kopff, *Koncepcje prawa do intymności i do prywatności życia. Zagadnienia konstrukcyjne*, „*Studia Cywilistyczne*” 1972, t. XX). Tak rozumiana prywatność odnosi się przede wszystkim do życia osobistego, rodzinnego, towarzyskiego i czasem jest

określana jako «prawo do pozostawienia w spokoju» (zob. W. Sokolewicz, *Prawo do prywatności* [w:] *Prawa człowieka w Stanach Zjednoczonych*, Warszawa 1985, s. 252). Na ogół przyjmuje się, że prywatność odnosi się też do ochrony informacji dotyczących danej osoby i gwarantuje m.in. pewien stan niezależności, w ramach którego jednostka może decydować o zakresie i zasięgu udostępniania i komunikowania innym osobom informacji o swoim życiu” (wyrok TK z 24 czerwca 1997 r., sygn. akt K 21/96).

Prawo do prywatności nie ma charakteru absolutnego i jako takie może być limitowane. Wszelkie ograniczenia tego prawa powinny być oceniane przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji (zob. np. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja...*, s. 4; wyroki TK z: 21 października 1998 r., sygn. akt K 24/98; 11 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 15/98; 20 listopada 2002 r., sygn. akt K 41/02; 20 marca 2006 r., sygn. akt K 17/05), który formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Są to: 1) ustawowa forma ograniczenia; 2) istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia; 3) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób); 4) zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności (zob. np. wyrok TK z 30 maja 2007 r., sygn. akt SK 68/06; por. również L. Garlicki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 31, s. 14 i n.; J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 115-141).

3. Jednym z aspektów prawa do prywatności jest ochrona tzw. prywatności informacyjnej. Składają się nań uprawnienia jednostek do kontrolowania treści i obiegu informacji, które jej dotyczą. Problematyka ochrony danych osobowych została odrębnie uregulowana na poziomie konstytucyjnym w art. 51 Konstytucji. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego (zob. wyrok TK z 19 maja 1998 r., sygn. akt U 5/97), w zakres konstytucyjnego prawa jednostki do ochrony danych osobowych wchodzi m.in. warunek ustawowej ochrony podstawy nakazu ujawnienia przez jednostkę informacji dotyczących jej osoby (art. 51 ust. 1 Konstytucji), zakaz pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania o obywatelach innych informacji, niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym (art. 51 ust. 2

Konstytucji), prawo dostępu jednostki do odnośnych dokumentów i zbiorów danych oraz żądania sprostowania bądź usunięcia danych nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą (art. 51 ust. 3 i ust. 4 Konstytucji). Przepis ten zawiera nadto generalną zapowiedź konstytucyjną, zgodnie z którą „zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa” (art. 51 ust. 5 Konstytucji).

W orzecznictwie konstytucyjnym przyjmuje się, iż: „Autonomia informacyjna, stanowiąca element ochrony życia prywatnego, oznacza prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby, a także prawo do sprawowania kontroli nad takimi informacjami, jeśli znajdują się w posiadaniu innych podmiotów (por. np. wyrok TK z 19 lutego 2002 r., sygn. akt U 3/01). Jest jednak oczywiste, że wskazane uprawnienie, zwłaszcza w relacji obywatel – władza publiczna, nie ma i nie może mieć charakteru absolutnego” (wyrok TK z 17 czerwca 2008 r., sygn. akt K 8/04). Nieuchronne są we współczesnym społeczeństwie działania władz publicznych polegające na pozyskiwaniu, gromadzeniu i udostępnianiu informacji o jednostkach w sposób inny niż w drodze zgłoszenia takich danych przez samego obywatela.

W wyroku z 12 listopada 2002 r., (sygn. akt SK 40/01) Trybunał Konstytucyjny wyraził pogląd, zgodnie z którym: „Prawo do ochrony danych osobowych zostało ujęte w taki sposób, że niejako w jego treści zostały bezpośrednio uwzględnione elementy, które powodują z góry jego ukształtowanie jako prawa o zakresie ograniczonym. W konsekwencji, samo zbieranie informacji zawierających dane osobowe, stanowiąc naruszenie sfery prywatności w szerszym zakresie, niekoniecznie jednak będzie automatycznie potraktowane jako naruszenie prawa do ochrony danych osobowych w zakresie działań władzy publicznej – a więc prawa nakierowanego na ochronę pewnego fragmentu prywatności i poddanego szczególnej reglamentacji prawnej”.

Zgodnie z art. 51 ust. 2 Konstytucji: „Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym”. Z tego, adresowanego do władz publicznych, przepisu wynika jednoznacznie, że dopuszczalne jest pozyskiwanie, gromadzenie i udostępnianie tylko takich informacji o obywatelach, które są niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Nie do końca jasne jest natomiast to, jakie informacje o obywatelach mogą być uznane za niezbędne

w demokratycznym państwie prawnym. W doktrynie przyjmuje się, że chodzi tu o takie dane, które „umożliwiają normalne funkcjonowanie jednostki w zorganizowanym w państwo społeczeństwie” i bez posiadania których władze publiczne nie są „zdolne do podjęcia (czy zakończenia) działań w ramach przyznanych im kompetencji”. Nie będą więc niezbędne w demokratycznym państwie prawnym takie informacje o obywatelach, których pozyskiwanie, gromadzenie i udostępnianie służy jedynie „wygodzie” organów władzy publicznej, czy też, które są potrzebne tym organom „na wszelki wypadek”, np. gdyby dana osoba w przyszłości dopuściła się przestępstwa (zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, komentarz do art. 51, Warszawa 2009, s. 262; I. Lipowicz [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 99).

Jak podnosi Trybunał Konstytucyjny, art. 51 ust. 2 ustawy zasadniczej „po pierwsze legalizuje – nieuchronne we współczesnym społeczeństwie – działania władz publicznych polegające na pozyskiwaniu, gromadzeniu i udostępnianiu informacji o jednostkach w sposób inny niż w drodze zgłoszenia takich danych przez samego obywatela, zobligowanego w trybie określonym w art. 51 ust. 1 Konstytucji. Po drugie [...] w sposób częściowo autonomiczny określa przesłanki legalności (granice) takich działań. Konstytucja realizuje jednak w ten sposób najbardziej zasadnicze elementy składające się na treść prawa do ochrony życia prywatnego: respekt dla autonomii informacyjnej jednostki, a więc sam obowiązek udostępnienia danych ograniczony do ściśle określonych ustawowo sytuacji; ograniczenia arbitralności ustawodawcy – ustawa nie może bowiem zakresu obowiązku kształtować dowolnie [...]. Zakres autonomii informacyjnej obejmuje zarówno dane o charakterze *stricte* personalnym, (osobowym), jak i te dotyczące majątku i sfery ekonomicznej jednostki. W tym ostatnim zakresie Trybunał dopuszcza jednak łagodniejsze kryteria jej ograniczenia niż w wypadku sfery czysto osobistej [...]” (wyrok TK z 17 czerwca 2008 r., sygn. akt K 8/04 i przywołane tam inne orzeczenia TK).

Artykuł 51 ust. 2 Konstytucji pozostaje w ścisłym związku z art. 51 ust. 1 („Nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby”) i z unormowanym co do zasady w art. 47 ustawy zasadniczej prawem do prywatności. Trzeba mieć przy tym na uwadze, że wkroczenie w sferę życia prywatnego jednostki, w tym w jej autonomię informacyjną,

dopuszczalne jest na zasadach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W tym kontekście „istnienie w art. 51 ust. 2 Konstytucji odrębnej regulacji dotyczącej proporcjonalności wkraczania w prywatność jednostki należy tłumaczyć tym, że naruszenia autonomii informacyjnej poprzez żądanie niekoniecznych, lecz wygodnych dla władzy publicznej informacji o jednostce, jest typowym dla czasów współczesnych instrumentem, po który władza publiczna chętnie sięga i dzięki któremu uzyskuje potwierdzenie swej pozycji wobec jednostki. Autonomia informacyjna, której wyodrębnienie normatywne z całości ochrony prywatności przewiduje art. 51, jest uzasadniona częstotliwością, uporczywością i typowością wkraczania w prywatność przez władzę publiczną. Normatywne wyodrębnienie, ustanowienie w art. 51 ust. 2 Konstytucji odrębnego zakazu – ułatwia dostrzeżenie takiego wkroczenia i upraszcza przedmiot dowodu, iż takie wkroczenie nastąpiło. Przedmiotem dowodu staje się wtedy bowiem tylko to, czy pozyskiwanie informacji było konieczne, czy tylko «wygodne» lub «użyteczne» dla władzy. Dowodu wymaga, że złamanie autonomii informacyjnej było konieczne (niezbędne) w demokratycznym państwie prawnym. Analiza relacji przepisów art. 31 ust. 3 i art. 51 ust. 2 Konstytucji uzasadnia stwierdzenie, że naruszenie autonomii informacyjnej przez niedozwolone pozyskiwanie informacji o obywatelach, powinno odpowiadać wymaganiom określonym w art. 31 ust. 3 Konstytucji” (wyrok TK z 20 listopada 2002 r., sygn. akt K 41/02).

Do relacji między art. 31 ust. 3 i art. 51 ust. 2 Konstytucji odniósł się Trybunał Konstytucyjny także m.in. w wyroku z 17 czerwca 2008 r. (sygn. akt K 8/04), gdzie stwierdził: „Norma wysłowiona w art. 51 ust. 2 Konstytucji nie ma charakteru całkowicie samodzielnego. Wprawdzie ustrojodawca wskazał w powołanym przepisie *expressis verbis* na ograniczenie możliwości arbitralnego kształtowania zakresu informacji o obywatelach pozyskiwanych przez władze publiczne w ustawodawstwie zwykłym i podkreślił wymóg niezbytności takiego ograniczenia, oceniany wedle standardów obowiązujących w demokratycznym państwie prawnym, nie określił jednak katalogu interesów (wartości) konstytucyjnie chronionych, które – jego zdaniem – mogą być stawiane na szali w procesie oceny dopuszczalności takiego rozwiązania. W tym zakresie konieczne jest odwołanie się do ogólnej regulacji art. 31 ust. 3 Konstytucji, zgodnie z którym ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub

porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

Artykuł 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 (zob. wyroki TK z: 17 czerwca 2008 r., sygn. akt K 8/04; 13 grudnia 2011 r., sygn. akt K 33/08). Artykuł 47 i art. 51 Konstytucji służą bowiem ochronie tej samej wartości. Stąd Trybunał w wielu sprawach ujmował wskazane przepisy łącznie jako wzorzec kontroli aktu normatywnego (zob. wyrok TK z 22 lipca 2014 r., sygn. akt K 25/13 i przywołane tam orzeczenia).

b) Prawo do sądu (art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji)

1. W art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej, który stanowi, iż: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”, wyrażone zostało konstytucyjne prawo do sądu. Odwołując się do licznych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, jakie zapadły na gruncie tego przepisu, stwierdzić należy, że na prawo to składa się w szczególności: 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; 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy (zob. np. wyroki TK z: 10 maja 2000 r., sygn. akt K 21/99; 19 lutego 2003 r., sygn. akt P 11/02; 14 marca 2005 r., sygn. akt K 35/04; 24 października 2007 r., sygn. akt SK 7/06; 26 lutego 2008 r., sygn. akt SK 89/06; 3 lipca 2008 r., sygn. akt K 38/07; por. także P. Sarnecki [w:] *Konstytucja...*, komentarz do art. 45, s. 3; P. Wiliński, *Rzetelny proces karny w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 309-312).

Kluczowe znaczenie dla określenia zakresu i „pojemności” konstytucyjnego prawa do sądu ma pojęcie „sprawy”, której rozpatrzenia przez sąd może żądać uprawniony podmiot. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że: „Przedmiotowy zakres prawa do sądu trzeba określać poprzez odniesienie do podstawowej funkcji sądów, którą jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. [...] do istoty wymiaru sprawiedliwości należy rozstrzyganie sporów prawnych – sporów ze stosunków prawnych [...]. Prawo do sądu nie obejmuje natomiast sporów wewnątrz aparatu państwowego [...]. Pojęcie sprawy na gruncie art. 45 ust. 1 Konstytucji wymaga uwzględnienia szerszego kontekstu normatywnego. Jest to pojęcie autonomiczne, którego nie można objaśniać wyłącznie poprzez odniesienia do pojęcia sprawy, funkcjonującego na tle poszczególnych gałęzi prawa: karnego, cywilnego czy administracyjnego. Wąskie ujęcie funkcji wymiaru sprawiedliwości determinowałoby bowiem zakres gwarancji konstytucyjnych i mogłoby skutecznie zablokować urzeczywistnienie prawa do sądu. Kierowanie sprawy do sądu musi prowadzić do wymierzenia sprawiedliwości, a więc do rozstrzygnięcia o prawach danego podmiotu. Do kategorii praw, o których rozstrzyga sąd sprawujący wymiar sprawiedliwości, należą nie tylko te, które są objęte bezpośrednio gwarancjami konstytucyjnymi, ale także wszelkie inne prawa, których istnienie wynika z całokształtu obowiązujących regulacji prawa materialnego. [...] urzeczywistnienie konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu obejmuje wszelkie sytuacje – bez względu na szczegółowe regulacje proceduralne – w których pojawia się konieczność rozstrzygnięcia o prawach danego podmiotu (w relacji do innych równorzędnych podmiotów lub w relacji do władzy publicznej), a jednocześnie natura danych stosunków prawnych wyklucza arbitralność rozstrzygnięcia o sytuacji prawnej podmiotu przez drugą stronę tego stosunku [...]. Z art. 45 ust. 1 Konstytucji wynika wola ustrojodawcy, aby prawem do sądu objąć możliwie najszerszy zakres spraw. Z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika zaś dyrektywa interpretacyjna zakazująca zawężającej wykładni prawa do sądu. Konstytucja wprowadza więc domniemanie drogi sądowej. Nie oznacza to jednak, że wszelkie ograniczenia sądowej ochrony praw jednostki są niedopuszczalne” (wyrok TK z 3 lipca 2008 r., sygn. akt K 38/07; zob. również wyroki TK z: 10 maja 2000 r., sygn. akt K 21/99; 6 maja 2008 r., sygn. akt SK 49/04; 2 września 2008 r., sygn. akt K 35/06; 16 września 2008 r., sygn. akt SK 76/06; postanowienie TK z 10 czerwca 2008 r., sygn. akt P 15/06; por. też P. Wiliński, *Rzetelny proces...*, s. 315-318).

2. Dla kwestii ograniczenia sądowej ochrony praw jednostki fundamentalne znaczenie ma art. 77 ust. 2 Konstytucji, który stanowi, iż ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. Przepis ten jest rozwinięciem art. 45 ust. 1 Konstytucji i jako taki dopełnia konstytucyjne prawo do sądu (zob. wyroki TK z: 16 marca 1999 r., sygn. akt SK 19/98; 14 czerwca 1999 r., sygn. akt K 11/98).

Należy przy tym mieć na uwadze, że „jeśli art. 45 ust. 1 Konstytucji dotyczy dochodzenia przed sądem wszelkich praw (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 swoistą regulację szczególną w stosunku tego przepisu. Ograniczenia prawa do sądu ustanawiane normą ustawową, zgodnie z wymogami wynikającymi z art. 31 ust. 3 Konstytucji, muszą uwzględniać kategoryczny zakaz zamykania drogi do sądu zawarty w art. 77 ust. 2 Konstytucji w zakresie dochodzenia konstytucyjnych wolności i praw. Wyłączenie drogi sądowej w sprawach związanych z naruszeniem wolności i praw może być ustanowione jedynie wprost przepisami konstytucyjnymi. Prawo do sądu, wyrażone w art. 45 ust. 1 Konstytucji, nie może zostać ograniczone przez zamknięcie w ustawie drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności i praw konstytucyjnych, gdyż takie ograniczenie byłoby oczywiście sprzeczne z art. 77 ust. 2 Konstytucji. W tym sensie art. 77 ust. 2 Konstytucji wyznacza, obok art. 31 ust. 3, zakres dopuszczalnych ograniczeń prawa do sądu [...]. W rezultacie należy stwierdzić, że konieczność ochrony w demokratycznym państwie takich wartości, jak: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób nie może uzasadniać zamknięcia drogi sądowej w odniesieniu do praw objętych zakresem zastosowania art. 77 ust. 2 Konstytucji. Może natomiast co najwyżej uzasadniać pewne ograniczenia ochrony sądowej, przejawiające się w odmiennym ukształtowaniu zasad postępowania sądowego w stosunku do ogólnych reguł proceduralnych” (wyrok TK z 3 lipca 2008 r., sygn. akt K 38/07; zob. też wyroki TK z: 9 czerwca 1998 r., sygn. akt K 28/97; 16 marca 1999 r., sygn. akt SK 19/98; 10 maja 2000 r., sygn. akt K 21/99; 16 marca 2004 r., sygn. akt

K 22/03; 14 marca 2005 r., sygn. akt K 35/04; por. też P. Wiliński, *Rzetelny proces...*, s. 322).

Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, art. 77 ust. 2 Konstytucji występuje w podwójnej roli: „Z jednej strony sam wyraża jedno z konstytucyjnych praw podmiotowych (prawo do sądu), z drugiej zaś – stanowi gwarancję ochrony wszystkich innych praw i wolności konstytucyjnych przed ich naruszeniem. Występując w drugiej ze wskazanych tu ról, przepis ten wyklucza jakiegokolwiek ograniczenia w dostępie do sądu, nawet przy spełnieniu warunków określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji” (zob. wyrok TK z 18 lipca 2011 r., sygn. akt K 25/09).

3. Analiza zgodności

1. Artykuł 74 § 2 pkt 3 k.p.k. został wprowadzony do porządku prawnego ustawą 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 zmieniająca k.p.k.) i wszedł w życie 1 lutego 2005 r. Od tego czasu obowiązuje w niezmienionym brzmieniu.

Wspomniana powyżej ustawa zmieniająca k.p.k. wprowadziła również do ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 355 ze zm.; dalej: ustawa o Policji) m.in. art. 21a-21e (nieobjęte zaskarżeniem w niniejszej sprawie), które przewidują utworzenie bazy danych zawierającej informacje o wynikach analizy DNA („bazy danych DNA”) oraz określają zakres danych, które w tej bazie się umieszcza i przetwarza, cel gromadzenia i przetwarzania danych oraz czas, przez który są one przechowywane w bazie. Ustawa zmieniająca k.p.k. uregulowała zatem w sposób kompleksowy problematykę przeprowadzania oraz wykorzystywania badań DNA w postępowaniu karnym. Szczegółowa analiza ustawy o Policji w zakresie, w jakim zezwala ona na pobieranie, przetwarzanie i wykorzystywanie danych dotyczących profili genetycznych nie będzie jednak przedmiotem dalszych rozważań Sejmu, gdyż zarzuty skarżącego nie dotyczą tych kwestii.

Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy zmieniającej k.p.k.: „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” (zob. uzasadnienie rządowego

projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, druk sejmowy nr 3375/IV kad., s. 3, dalej: uzasadnienie druku sejmowego nr 3375/IV kad.). Dodatkowo, celem ustawy było „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” (zob. uzasadnienie druku sejmowego nr 3375/IV kad., s. 1).

Zgodnie z dalszą częścią uzasadnienia: „Projekt ustawy 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». 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.” (zob. uzasadnienie druku sejmowego nr 3375/IV kad., s. 1) oraz: „Projektowane 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” (zob. uzasadnienie druku sejmowego nr 3375/IV kad., s. 2).

2. Przedstawiając pokrótce kontekst normatywny, w którym funkcjonuje zakwestionowany przepis, wskazać należy, że zgodnie z art. 74 § 1 k.p.k.: „Oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść”. W § 2 tego artykułu zobowiązuje się jednak oskarżonego do poddania się: 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 (pkt 1), 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

zagrożają 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 (pkt 2), oraz pobraniu przez funkcjonariusza Policji wymazu ze śluzówki policzków, jeżeli jest to nieodzowne i nie zachodzi obawa, że zagrażałoby to zdrowiu oskarżonego lub innych osób (pkt 3).

Artykuł 74 § 1 k.p.k. jest konsekwencją zasady domniemania niewinności. Niewinność oskarżonego wynika z art. 5 § 1 k.p.k. – nie musi być dowodzona, a wyrok uniewinniający powinien zapaść również wówczas, gdy oskarżonemu nie udowodniono sprawstwa i winy. Nie można zatem zmusić oskarżonego do przedstawiania żadnych dowodów w sprawie (ani dowodów przeciwko sobie, ani dowodów na swoją obronę – *nemo se ipsum accusare tenetur*). Jak się wskazuje: „Norma ta ma swoją konstytucyjną podstawę w gwarantowanym w art. 42 Konstytucji prawie oskarżonego do obrony. Jest ona również realizacją wymogu wynikającego z art. 14 ust 3 lit a) Międzynarodowych Paktów Praw Obywatelskich i Politycznych, który stanowi, że każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa, ma prawo, na zasadach pełnej równości, do gwarancji nieprzymuszania jej do zeznawania przeciwko sobie lub do przyznania się do winy” (zob. J. Lipski, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz ustawy Kodeks postępowania karnego* [druk 3375], <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk4.nsf/Opwsdr?OpenForm&3375>, s. 2).

Nie oznacza to jednak, że oskarżony nie jest zobowiązany do znoszenia pewnych działań na sobie lub swoim ciele, które zmierzają do pozyskania takich dowodów (zob. np. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1-467*, Warszawa 2014, komentarz do art. 74, teza 2, s. 329; W. Posnow [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, komentarz do art. 74, teza 1, s. 255-256; K. T. Boratyńska [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz. A. Ważny, Warszawa 2009, komentarz do art. 74, teza 1, s. 212 i teza 7, s. 214). Obowiązek poddania się badaniom i czynnościom wskazanym w art. 74 k.p.k. oznacza jedynie obowiązek stawienia się na nie i znoszenia określonych niedogodności związanych z tymi badaniami, a nie oznacza obowiązku aktywnego w nich udziału (zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, komentarz do art. 74, teza 10, s. 333, K. T. Boratyńska [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 74, teza 8, s. 214). Do czynności, którym oskarżony jest

zobowiązany się poddać, należy także pobranie wymazu ze śluzówki jego policzków – czynność tę można zatem przeprowadzić także bez jego zgody (zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego, Tom. I. Komentarz do artykułów 1-296*, red. P. Hofmański, Warszawa 2011, komentarz do art. 74, teza 10, s. 507).

3. Jak wskazuje się w literaturze, „zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* znana jest wszystkim współczesnym procedurom karnym (raport EKPC z 10.5.1994 r., *Saunders v. Zjednoczonemu Królestwu*, par. 72). Twórcy EKPC nie zdecydowali się jednak wyodrębnić tej zasady jako samodzielnej gwarancji. [...] Może być w związku z tym rzeczą podlegającą dyskusji, czy zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* winna być wyprowadzana z art. 6 ust. 2 EKPC, czy też z art. 6 ust. 1 EKPC, jako element prawa do rzetelnego procesu. [...] Prawo do niedostarczania dowodów przeciwko sobie nie rozciąga się na dostarczanie do badań materiału biologicznego, w tym genetycznego (wyr. ETPC z 17.12.1976 r., *Saunders v. Zjednoczonemu Królestwu*, par. 69 i z 21.12.2000 r., *Heaney i McGuinness v. Irlandii*, par. 40). Pozyskiwanie takiego materiału stanowi powszechnie akceptowaną metodę dowodzenia w sprawach karnych” (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 74, teza 5, s. 500 i 503).

4. Przechodząc do szczegółów, wskazać należy, że uregulowanie art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. określa pozytywną i negatywną przesłankę dopuszczalności pobrania od oskarżonego wymazu ze śluzówki policzków. Przesłanką pozytywną jest nieodzowność przeprowadzenia tej czynności. Nieodzowny – zgodnie ze słownikiem języka polskiego – to taki, bez którego nie można się obyć, niedający się niczym zastąpić (zob. np. www.doroszewski.pwn.pl, www.sjp.pwn.pl). Takie też znaczenie nadaje się w literaturze „nieodzowności” przeprowadzenia czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków od oskarżonego wskazując, że należy ją łączyć ze znaczeniem dowodu z badań DNA dla danej sprawy (zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 74, teza 12, s. 508). Jak się wskazuje przykładowo, może ona mieć związek np. z koniecznością identyfikacji oskarżonego (zob. W. Posnow [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 74, teza 3, s. 258). Interpretacja przesłanki „nieodzowności” nie budzi w literaturze kontrowersji i nie jest przedmiotem szerszej analizy ani komentatorów, ani orzecznictwa sądowego.

Przesłanką negatywną przeprowadzenia tej czynności jest natomiast obawa, że zagrażałaby ona zdrowiu oskarżonego lub innych osób. „Zagrożenie takie może powstać w związku z chorobą oskarżonego uniemożliwiającą pobranie wymazu, może się też łączyć z możliwością zakażenia osoby przeprowadzającej czynność pobrania wymazu” (zob. W. Posnow [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 74, teza 3, s. 258). Zaistnienie negatywnej przesłanki nie stoi jednak na przeszkodzie pobraniu wymazu ze śluzówek w ogóle, a jedynie przeprowadzeniu tej czynności przez policjanta. W przypadku, gdy istnieje obawa, o której mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. pobrania wymazu powinien dokonać upoważniony pracownik służby zdrowia, co obawę powinno dezaktualizować (zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 74, teza 12, s. 508-509).

5. Szczegółowe zasady pobierania wymazu ze śluzówki policzków od oskarżonego określa 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).

Czynność pobrania wymazu wykonywana jest co do zasady na pisemne polecenie organu prowadzącego postępowanie karne (§ 2 ust. 1 rozporządzenia). Polecenie powinno w szczególności zawierać dane niezbędne do identyfikacji osoby, wskazywać przedmiot i zakres czynności oraz termin i miejsce przeprowadzenia czynności (§ 2 ust. 2 rozporządzenia). W przypadku niecierpiącym zwłoki czynność pobrania wymazu wykonuje się na ustne polecenie funkcjonariusza organu postępowania, który jest obowiązany okazać legitymację służbową. Polecenie powinno zostać potwierdzone na piśmie niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia jego wydania (§ 2 ust. 4 rozporządzenia). Powyższych zasad nie stosuje się, gdy czynności wykonuje funkcjonariusz prowadzący postępowanie przygotowawcze (§ 2 ust. 5 rozporządzenia). Organ postępowania informuje osobę o celu i rodzaju czynności oraz poucza o obowiązku poddania się poleceniom umożliwiającym przeprowadzenie badania lub wykonanie czynności z jej udziałem (§ 4 rozporządzenia).

Wymaz ze śluzówki policzków od osób pobiera się przy użyciu przeznaczonych specjalnie do tych celów pakietów kryminalistycznych, oznakowanych indywidualnym kodem kreskowym (§ 13 ust. 1 rozporządzenia).

Wymaz pobrany ze śluzówki policzków umieszcza się w pojemniku oznaczonym tym samym kodem kreskowym, jakim został oznaczony pakiet kryminalistyczny (§ 13 ust. 2 rozporządzenia). Czynności pobrania wymazu wykonują funkcjonariusze Policji przeszkoleni w tym zakresie, a w szczególnie uzasadnionych przypadkach uprawnieni pracownicy służby zdrowia albo instytucji naukowej lub specjalistycznej powołanej do przeprowadzenia badań genetycznych (§ 13 ust. 3 rozporządzenia). Jak wynika z powyższego, sposób pobierania próbek jest nieinwazyjny, nie stanowi badania lekarskiego ani tym bardziej zabiegu chirurgicznego (por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 74, teza 12, s. 509).

6. Zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy o Policji: „Policja, z zachowaniem ograniczeń wynikających z art. 19 [dotyczących kontroli operacyjnej – uwaga własna], może uzyskiwać informacje, w tym także niejawnie, gromadzić je, sprawdzać oraz przetwarzać”. Policja może pobierać, uzyskiwać, gromadzić, przetwarzać i wykorzystywać w celu realizacji zadań ustawowych informacje, w tym dane osobowe o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, także bez ich wiedzy i zgody (art. 20 ust. 2a pkt 1 ustawy o Policji). Co istotne, informacje te mogą obejmować dane osobowe, o których mowa w art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2135; dalej: ustawa o ochronie danych osobowych) – czyli tzw. dane szczególnie wrażliwe – z tym że dane dotyczące kodu genetycznego obejmują informacje wyłącznie o niekodującej części DNA (art. 20 ust. 2b pkt 1 ustawy o Policji).

7. Jak stanowi art. 71 § 3 k.p.k., jeżeli kodeks postępowania karnego używa w znaczeniu ogólnym określenia „oskarżony”, odpowiednie przepisy mają zastosowanie także do podejrzanego. W związku z powyższym, art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. znajduje zastosowanie również do pobierania wymazu ze śluzówki policzków od podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym. Ponieważ skarga konstytucyjna została sformułowana na gruncie stanu faktycznego, w którym czynności pobrania wymazu ze śluzówek policzków dokonano wobec podejrzanego na takim właśnie etapie postępowania karnego, w dalszej części stanowiska w kontekście zakwestionowanej regulacji będzie mowa o podejrzanym.

8. W literaturze nie budzi wątpliwości, że badania DNA mogą stanowić źródło wiedzy o osobie, która to wiedza powinna być szczególnie chroniona, gdyż dotyczy kwestii osobistych i intymnych (zob. E. Gruza, I. Sołtyszewski, *Dowód z badań DNA*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 11, s. 65). Dostrzeżono to już na etapie prac nad projektem ustawy nowelizującej k.p.k. Zgodnie z ówczesną opinią Biura Analiz Sejmowych: „W dyskusjach i analizach dotyczących wykorzystania przez państwo próbek biologicznych zawierających dane z kodu genetycznego człowieka do ścigania sprawców przestępstw podnosi się okoliczność, iż związane jest to z głęboką ingerencją w prywatność obywateli. Powoduje to zagrożenie naruszeniem gwarantowanej w Konstytucji autonomii jednostki, polegającej m.in. na prawie do prywatności oraz prawie do kontrolowania informacji na nasz temat, będących w posiadaniu innych podmiotów” (zob. J. Lipski, *Opinia prawna...*, s. 1).

W ocenie Sejmu regulacja art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. wkracza w nietykalność cielesną, o której mowa w art. 41 ust. 1 Konstytucji oraz w prywatność, o której mowa w art. 47 Konstytucji.

9. Aby ustalić, czy adekwatnym w sprawie wzorcem kontroli jest również art. 51 ust. 2 Konstytucji, należy przesądzić, czy samo pobranie od podejrzanego materiału biologicznego (wymazu ze śluzówki policzków) do badań genetycznych stanowi pozyskiwanie danych osobowych (zarzuty skarżącego nie są bowiem związane z późniejszym badaniem pozyskanego materiału biologicznego, jego gromadzeniem lub wykorzystywaniem, a dotyczą jedynie jego pobrania).

Zgodnie z komentarzem do Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R (92) 1 w sprawie wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym: „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. Dlatego też samo pobieranie próbek nie podlega przepisom o ochronie danych [...] Przechowywanie i wykorzystywanie informacji powinno jednak podlegać przepisom o ochronie danych” (zob. pkt 46 komentarza, cyt. za: W. Stojanowska, *Uwagi do Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R (92) 1 w sprawie wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, s. 175).

Odmiennej opinii w tym przedmiocie wyraził Europejski Trybunał Praw Człowieka, którego zdaniem informacje zawarte w próbkach biologicznych

przechowywanych do badań genetycznych stanowią dane osobowe, a stopień ingerencji w prawo do prywatności w przypadku ich przechowywania jest wysoki, gdyż można z nich uzyskać wiele informacji o osobie (zob. orzeczenie ETPC z 4 grudnia 2008 r., S. i Marper przeciwko Wielkiej Brytanii, skargi nr 30562/04 i 30566/04). A zatem skoro informacje zawarte w próbkach biologicznych (a nie tylko profile DNA już wyselekcjonowane z tych próbek) stanowią dane osobowe, to również pobranie próbki do badania należałoby uznać za pozyskanie takich danych. Taka myśl zdaje się wynikać również z opinii Biura Analiz Sejmowych, zgodnie z którą „materiał komórkowy i profile DNA muszą być na gruncie obowiązującej ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2002 r. nr 101, poz. 926) traktowane jako dane osobowe” (zob. J. Lipski, *Opinia prawna...*, s. 2). Wreszcie, jak wskazał wprost WSA w Warszawie, wyizolowana próbka DNA jest nośnikiem informacji genetycznej, a także zawiera informacje o stanie zdrowia. Próbką materiału genetycznego, która jest oznaczona specjalnym kodem, umożliwiającym pełną i jednoznaczną identyfikację osoby fizycznej poprzez jej powiązanie z innymi danymi osobowymi, podlega ochronie przewidzianej dla danych szczególnie wrażliwych, przewidzianej w ustawie o ochronie danych osobowych (zob. wyrok WSA w Warszawie z 7 czerwca 2013 r., sygn. akt II Sa/Wa 666/13).

Z tego powodu w ocenie Sejmu art. 74 ust. 2 pkt 3 k.p.k. może podlegać ocenie przez pryzmat wzorca kontroli określonego w art. 51 ust. 2 Konstytucji.

10. Przedmiotem ograniczenia w omawianym zakresie jest zatem nietykalność cielesna, prywatność oraz autonomia informacyjna. Ograniczenie tych wolności następuje w celu zagwarantowania bezpieczeństwa oraz porządku publicznego. W związku z tym istnieje funkcjonalny związek wprowadzonego ograniczenia, polegającego na zobowiązaniu podejrzanego (oskarżonego) w postępowaniu karnym do poddania się czynności pobrania wymazu ze śluzówek policzków w celu przeprowadzenia badania DNA, z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości. Występują zatem w zakresie objętym skargą wszelkie przesłanki uzasadniające ocenę art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z punktu widzenia tego, czy nie narusza on zasady proporcjonalności.

11. Po pierwsze, w związku z zarzutem skarżącego, że zakwestionowany przepis nie spełnia 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 genetycznego. Posługuje się jedynie klauzulą «nieodzowności», które to sformułowanie nie pozwala jednostce zorientować się w jakich sytuacjach może być objęta tego rodzaju działaniami” (skarga, s. 12), należy odnieść się do tego, czy art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. spełnia wymóg ustawowej formy ograniczenia wolności w rozumieniu wypracowanym na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji przez Trybunał Konstytucyjny.

Kwestionowany przepis – jak już była o tym mowa – wskazuje przesłankę zarówno pozytywną („nieodzowność”), jak i negatywną (obawa, że czynność może zagrażać zdrowiu podejrzanego lub innych osób) dopuszczalności pobrania wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego. Nie jest zatem tak, że ustawa w ogóle nie określa przesłanek, którymi powinien kierować się organ polecający przeprowadzić czynność pobrania wymazu podejmując decyzję w tym przedmiocie, a jego swoboda jest w tym zakresie nieograniczona. Pobranie wymazu ze śluzówki jest nieodzowne wtedy, gdy jest konieczne, niezbędne w postępowaniu karnym. Konieczność pobrania materiału do badań genetycznych może natomiast wynikać z różnych okoliczności: potrzeby ustalenia tożsamości ujętego sprawcy czynu zabronionego, powiązania osoby o znanej tożsamości z materiałem biologicznym zabezpieczonym na miejscu zdarzenia lub ustalenia kwalifikacji prawnej czynu (np. wówczas, gdy kwalifikacja prawna czynu zależy od tego, czy sprawca jest dla pokrzywdzonego osobą najbliższą, a istnieją wątpliwości co do rzeczywistego stopnia pokrewieństwa między nimi).

Ustawodawca posłużył się w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. zwrotem niedookreślonym, pozostawiając jego doprecyzowanie organom stosującym prawo, które muszą je wypełnić treścią każdorazowo w oparciu o elementy konkretnego stanu faktycznego. W świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego zabieg taki nie jest niedopuszczalny. Dla przykładu, w sprawie o sygn. akt SK 39/02 Trybunał stwierdził zgodność z Konstytucją limitowania prawa do obrony wprowadzonego w art. 73 § 2 k.p.k., który to przepis dotyczył ograniczenia w porozumiewaniu się podejrzanego z obrońcą w ciągu pierwszych 14 dni od tymczasowego aresztowania. Odnosząc się do brzmienia zakwestionowanego w tej sprawie przepisu, zgodnie z którym prokurator mógł zastrzec obecność swoją lub upoważnionej przez siebie osoby przy porozumiewaniu się podejrzanego z obrońcą „w szczególności

uzasadnionym wypadku”, Trybunał stwierdził, że: „Oczywiście pojęcie to może budzić pewne kontrowersje, jednak wskazać trzeba, że suwerenna decyzja prokuratora oparta musi być na wiedzy o stanie prowadzonego postępowania i powinna służyć realizacji celów postępowania karnego o których mowa w art. 2 § 1 k.p.k. Ów wyjątkowy charakter zarządzenia podkreślony został w § 112 Regulaminu nakazującym, by zastrzeżenia prokuratora podyktowane były rzeczywistą potrzebą zabezpieczenia interesów postępowania. Tym samym nie ulega wątpliwości, że generalna dyrektywa nakazuje zasadniczą ostrożność w stosowaniu ograniczeń swobody kontaktów oskarżonych z ich obrońcami” (zob. wyrok TK z 17 lutego 2004 r.). Dla porównania, w sprawie o sygn. akt K 25/11 Trybunał stwierdził niezgodność z art. 42 ust. 2 z związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji art. 73 § 3 k.p.k. w brzmieniu: „Prokurator może również zastrzec kontrolę korespondencji podejrzanego z obrońcą”, gdyż uznał, że wskazane w art. 73 § 3 k.p.k. ograniczenie prawa do obrony, Nielimitowane żadną klauzulą, może wykraczać poza sytuacje, w których konstytucyjnie i konwencyjnie dopuszczalne jest skorzystanie przez prokuratora z uprawnienia, o którym jest mowa w art. 73 § 2 k.p.k. (zob. wyrok z 10 grudnia 2012 r.).

W tym kontekście warto również odnotować wyrok TK w sprawie o sygn. akt K 33/08, w którym Trybunał stwierdził niezgodność z art. 47 oraz z art. 51 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji art. 180 § 1 k.p.k. w brzmieniu: „Osoby obowiązane do zachowania w tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli tajności «zastrzeżone» lub «poufne» lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji mogą odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, chyba że sąd lub prokurator zwolni te osoby od obowiązku zachowania tajemnicy, jeżeli ustawy szczególne nie stanowią inaczej” w zakresie, w jakim przepis ten dotyczył zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy statystycznej, przez to że art. 180 § 1 k.p.k. nie określał żadnych przesłanek zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy statystycznej. Co warte odnotowania, w uzasadnieniu wyroku Trybunał dokonał porównania art. 180 § 1 k.p.k. w przytoczonym powyżej brzmieniu z treścią ówczesnego art. 180 § 2 k.p.k., który w ocenie Trybunału zawierał wyraźnie określone warunki zwolnienia z obowiązku zachowania wymienionych w nim tajemnic zawodowych. Zwolnienie to mogło nastąpić „tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu” (zob. wyrok TK z 13 grudnia 2011 r.).

Jak zatem widać, w ocenie Trybunału Konstytucyjnego ustawowe określenie ograniczeń praw i wolności konstytucyjnych może następować na poziomie ustawy poprzez wprowadzenie przesłanki limitującej w formie zwrotu niedookreślonego, jak np. „w szczególnie uzasadnionym wypadku” czy „tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu”, kontrolowalnej przez pryzmat zasady prawidłowej legislacji, gwarantowanej przez art. 2 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie reprezentuje bowiem stanowisko, iż przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności zarówno z przepisem wymagającym regulacji ustawowej określonej dziedziny (np. ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw, art. 31 ust. 3 Konstytucji), jak z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego (zob. wyroki TK z: 30 października 2001 r., sygn. akt K 33/00; 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 45/02; 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04). Z tego też powodu orzecznictwo wypracowane na gruncie zasady przyzwoitej legislacji wynikającej z art. 2 Konstytucji może być również wykorzystywane przy analizie, czy zakwestionowany przepis spełnia wymóg jasności i precyzyjności wynikający z zasady ustawowego ograniczenia praw i wolności (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Zasada przyzwoitej legislacji, wywodzona z art. 2 Konstytucji była już natomiast wielokrotnie przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego. Jak wskazano w reprezentatywnym w tym przedmiocie postanowieniu: „Każdy akt prawny (czy konkretny przepis prawny) zawiera pojęcia o mniejszym lub większym stopniu niedookreśloności. Nieostrość czy niedookreśloność pojęć prawnych sprzyja uelastycznieniu porządku prawnego i uczynieniu go wrażliwym na zachodzące w rzeczywistości stany faktyczne, a przez to przyczyniać się może do pełniejszego wyrażenia w trakcie stosowania prawa wartości, które wynikają z zasady państwa prawnego. Można nawet sformułować tezę, iż nadmierna kazuistyka w konkretnych sytuacjach prowadzi może do deformacji idei państwa prawnego. Nie każda więc, ale jedynie kwalifikowana – tj. nie dająca się usunąć w drodze uznanych metod wykładni – nieostrość czy niejasność przepisu może stanowić podstawę stwierdzenia jego niekonstytucyjności. Jeżeli natomiast regulacja zawarta w analizowanym przepisie dotyczy sfery relewantnej konstytucyjnie, a poszczególne metody wykładni stosowane w trakcie orzekania dają możliwość identyfikacji treści zgodnej z Konstytucją – nie ma podstaw do formułowania wątpliwości konstytucyjnych”

(postanowienie TK z 27 kwietnia 2014 r., sygn. akt P 16/03 oraz przywołana tam uchwała TK z 8 marca 1995 r., sygn. akt W 13/94 i wyroki TK z: 11 stycznia 2000 r., sygn. akt K 7/99; 21 marca 2001 r., sygn. akt K 24/00; 30 października 2001 r., sygn. akt K 33/00, 24 lutego 2003 r., sygn. akt K 28/02; 29 października 2003 r., sygn. akt K 53/02 oraz 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03).

Ze wszystkich powyżej wskazanych powodów w ocenie Sejmu w świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego za dopuszczalne należy uznać ograniczenie praw i wolności konstytucyjnych w formie, w jakiej czyni to art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. Przepis ten określa bowiem warunki dopuszczalności pobrania wymazu ze śluzówek policzków podejrzanego zarówno poprzez przesłankę pozytywną, nieodzowności tej czynności (w postępowaniu karnym), jak i przesłankę negatywną, zagrożenia dla zdrowia podejrzanego lub innych osób.

12. Pobranie materiału biologicznego w celu przeprowadzenia badań DNA w postępowaniu karnym niewątpliwie powinno służyć realizacji jednego z podstawowych celów procesu karnego, tj. zapewnieniu tego, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba, której nie udowodniono winy, nie poniosła tej odpowiedzialności (art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.), oraz zapewnieniu, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie (art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.). Uzasadnieniem dla kwestionowanej regulacji jest zatem dążenie do ustalenia prawdy materialnej w postępowaniu karnym, sprawność i przeciwdziałanie przewlekłości postępowania karnego, a także zwalczanie przestępstw i zapobieganie ich popełnieniu w przyszłości (poprzez umożliwienie udowodnienia winy i ukarania sprawcy), zabezpieczenie interesów pokrzywdzonego, a w dalszej konsekwencji zapewnienie społecznego poczucia sprawiedliwości. Wszystko to należy postrzegać jako konieczne przejawy realizacji wskazanej w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości, jaką jest porządek publiczny.

13. Przeprowadzenie badań DNA jest powszechnie przyjętą metodą dowodową w postępowaniu karnym. Ze względu na unikalność i niepowtarzalność kodu genetycznego ludzi oraz wysoką siłę dyskryminacji badań DNA, mają one silną i uznaną moc dowodową (zob. np. A. Domin-Kuźma, *Wartość diagnostyczna i wartość dowodowa badań DNA*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2012, nr 7, s. 77). Jak wskazuje się w literaturze: „Wartość diagnostyczna metody jest

bardzo wysoka. Miarodajne w tej materii są choćby wyniki testów GEDNAP za lata 1993-2003 [Rand i wsp., 2004, s. 85]. W ostatnim teście wzięło udział 160 laboratoriów z 31 państw. Średnia błędu za całe dziesięciolecie wyniosła 0,89%, przy czym znamienne jest to, że pod koniec tego okresu błąd, początkowo (w roku 1995) wynoszący nawet 2,1%, ustabilizował się na poziomie 0,4-0,7% (zob. J. Wójcikiewicz, *Ekspertyza genetyczna w Polsce – 20 lat później* [w:] *Kryminalistyka dla prawa. Prawo dla kryminalistyki*, red. V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, Toruń 2010, s. 94-95).

Współcześnie nie budzi również wątpliwości, że dowodu z badań DNA w postępowaniu karnym nie można traktować w sposób bezkrytyczny, i jak każde inne badanie może być ono obarczony błędem (związanym np. ze sposobem zabezpieczenia i pobrania materiału do badań, sposobem jego przechowywania i dostarczenia do laboratorium, przeprowadzeniem badań w laboratorium nie posiadającym stosownego atestu lub certyfikatu, nieprzestrzeganiem metodyki i procedur badań – zob. np. J. Widacki, *Obrońca wobec dowodu z badań DNA*, „Palestra” 2014, nr 1-2, s. 70 i nast.; R. Michalczak, R. Michalczak, *Druga strona badań DNA*, „Palestra” 2013, nr 11-12, s. 202 i nast.; M. Szczepaniec, *Analiza DNA w ekspertyzach kryminalistycznych*, „Palestra” 2011, nr 5-6, s. 67 i nast.). Jeżeli jednak materiał biologiczny zostanie odpowiednio zabezpieczony, a badanie przeprowadzone w sposób prawidłowy, jego wyniki cechują się bardzo wysokim stopniem pewności.

Z tego powodu, badania DNA stały się najbardziej skutecznym narzędziem identyfikacji sprawców przestępstw oraz ich powiązań z miejscem popełnienia czynu zabronionego. Badania te umożliwiają m.in. ustalenie pokrewieństwa, identyfikację osób o nieustalonej tożsamości, identyfikację śladów biologicznych po upływie długiego czasu (kilku, a nawet kilkunastu lat), w przypadku znikomej ilości materiału badawczego lub materiału w znacznym stopniu zdegradowanego. „Z uwagi na fakt, iż DNA występuje we wszystkich tkankach organizmu w takiej samej sekwencji i jest praktycznie niezmiennie przez całe życie człowieka, możliwe jest wykorzystanie każdego śladu, niezależnie od jego rodzaju (np. krew, ślina, nasienie, kości) do badań genetycznych” (A. Domin-Kuźma, *Wartość...*, s. 77). Badania DNA pozwalają na wykorzystanie śladów, które jeszcze niedawno nie przedstawiałyby żadnej wartości dowodowej (zob. R. Michalczak, R. Michalczak, *Druga...*, s. 195 oraz przywołana tam literatura). Dla przykładu, możliwe jest poddanie badaniom

zabrudzeń na miejscu przestępstwa, np. substancji potowo-tłuszczowej, a także materiału biologicznego niewidocznego na podłożu, np. śliny z niedopałków papierosów, gumy do żucia, znaczków pocztowych, a także śladów, które były usuwane, np. poprzez wypranie czy zmywanie (zob. K. Furman-Łajszczak, *Dowód z badań DNA – wyzwanie dla prawników*, „Prokurator” 2011, nr 2, s. 101). Z tego powodu w literaturze przedmiotu badania genetyczne – oprócz daktyloskopii – uznawane są za najlepszą metodę indywidualnej identyfikacji oraz najważniejsze odkrycie nauk sądowych od czasu opracowania podstaw daktyloskopii. „Badanie DNA stanowi w porównaniu z poprzednimi metodami w dziejach kryminalistyki swoistą rewolucję w badaniach śladów biologicznych i ustalaniu tożsamości danej osoby. Wcześniej badania biologicznych śladów prowadzone były różnymi metodami i niewiele w rzeczywistości dowiedzieć się można było o tożsamości osoby – zaś analiza DNA po raz pierwszy pozwala, z tak wysokim stopniem prawdopodobieństwa, przeprowadzić identyfikację indywidualną. Uwieńczeniem możliwości identyfikacji na podstawie śladów biologicznych [...] jest obecnie badanie DNA” (K. Furman-Łajszczak, *Dowód...*, s. 98).

14. Wskazać również należy, że wbrew twierdzeniom skarżącego, ustawową przesłankę „nieodzowności” należy rozumieć jako nakaz sięgania po środek, o którym mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. wyłącznie w sytuacji, gdy inne dostępne środki w świetle informacji zgromadzonych w postępowaniu karnym nie są wystarczające dla realizacji celów, które mogłyby zostać osiągnięte dzięki pobraniu oraz przebadaniu materiału biologicznego od podejrzanego. Taki sposób wykładni przesłanek dopuszczalności pobrania wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego wynika z językowej wykładni terminu „nieodzowność” i – jak była już o tym mowa – jest mu nadawany również w doktrynie. Podkreślenia wymaga to, że w ocenie Sejmu nie można zgodzić się ze stwierdzeniem skarżącego, że sformułowanie „nieodzowność” nie wyklucza „sięgania po ten środek [o którym mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. – uwaga własna] w celu zadania podejrzanemu zwykłej szykany, czy dodatkowej dolegliwości w związku z jego pozycją procesową” (skarga, s. 12). Taki sposób wykładni kwestionowanego przepisu byłby w ocenie Sejmu w oczywisty sposób nieprawidłowy i nie mieściłby się w granicach zgodnej z Konstytucją wykładni zaskarżonego przepisu. Możliwe do wyobrażenia błędne akty stosowania prawa nie

mogą jednak stanowić argumentu przemawiającego za niekonstytucyjnością ustawowej regulacji stanowiącej ich podstawę prawną.

15. W ocenie Sejmu nie narusza konstytucyjnej zasady proporcjonalności możliwość pobrania wymazu ze śluzówek policzków do badań genetycznych podejrzanego w każdej sprawie z oskarżenia publicznego (niezależnie od zagrożenia sankcją karną), w której istnieje taka procesowa konieczność.

W tym przypadku stopień wkroczenia w prawo do nietykalności cielesnej, prywatności i autonomii informacyjnej nie może zostać uznany za nadmierny, za czym przemawia szereg argumentów. Po pierwsze, sposób pobrania materiału biologicznego, o którym mowa w art. 74 § 1 pkt 2 k.p.k. ingeruje w nietykalność cielesną w sposób minimalny, jest najmniej inwazyjny, nie łączy się z przerwaniem powłok ciała, nie stanowi badania lekarskiego ani tym bardziej zabiegu chirurgicznego. Po drugie, zgodnie z przywołanymi już uprzednio przepisami ustawy o Policji, „loci (układy analityczne) wybrane do kryminalistycznej analizy DNA zajmują się jedynie niekodowanymi obszarami molekuly DNA – nie zawierającej informacji na temat określonych cech dziedzicznych” (zob. J. Lipski, *Opinia prawna...*, s. 6). Choć zatem nie wynika to z samego art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., to jednak uwzględnienie jego szerszego kontekstu normatywnego prowadzi do wniosku, że nie jest dopuszczalne przetwarzanie pobranego od podejrzanego materiału genetycznego w ten sposób, aby uzyskać informacje np. o stanie jego zdrowia (skłonnościach do określonych chorób genetycznych), co należy uwzględnić przy ocenie stopnia ingerencji w prywatność podejrzanego. Po trzecie, co należy podkreślić, nie należy traktować czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków od podejrzanego jako czynności zawsze dla niego niekorzystnej. Wręcz przeciwnie – rezultat przeprowadzonych badań DNA nie musi stanowić dowodu winy podejrzanego, ale równie dobrze może przemawiać za jego niewinnością. Wreszcie, w aktualnym stanie wiedzy nie ma innej, naukowej metody, ingerującej w mniejszym stopniu w konstytucyjnie chronione prawa i wolności, która mogłaby z powodzeniem i równą skutecznością zastąpić badania DNA lub stanowić dla nich rzeczywistą alternatywę w indywidualnej identyfikacji sprawcy. Osiągnięcie celów postępowania karnego i zapewnienie porządku publicznego niejednokrotnie nie byłoby zatem możliwe przy zastosowaniu innych, mniej uciążliwych dla jednostki środków.

Z wszystkich tych powodów zdaniem Sejmu 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.

16. Analizując zgodność zakwestionowanego przepisu z wzorcami określonymi w art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji, należy pokrótce wskazać jak kształtują się przepisy kodeksu postępowania karnego dotyczące zaskarżalności decyzji procesowych wydawanych w postępowaniu przygotowawczym. Należy w tym zakresie odróżnić unormowania odnoszące się do rozstrzygnięć kończących postępowanie przygotowawcze od uregulowań dotyczących tak zwanych kwestii wпадkowych – ze względu na przedmiot postępowania zainicjowanego skargą w niniejszej sprawie, jedynie te drugie będą przedmiotem dalszej analizy.

Artykuł 465 § 1 k.p.k. stanowi, że przepisy dotyczące zażaleń na postanowienia sądu stosuje się odpowiednio do zażaleń na postanowienia prokuratora i prowadzące postępowanie przygotowawcze. Paragraf 2 tego artykułu, po zmianie wprowadzonej ustawą z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 64, poz. 432, ze zm.), przewiduje z kolei, że na postanowienie prokuratora przysługuje zażalenie do sądu właściwego do rozpoznania sprawy, chyba że ustawa stanowi inaczej. Jak wskazano w uzasadnieniu tej nowelizacji: „Projekt wprowadza nową zasadę ogólną, wyrażoną w art. 465 § 2 k.p.k. [...], z którego wynika, że na postanowienie prokuratora przysługuje zażalenie do sądu właściwego do rozpoznania sprawy, chyba że ustawa stanowi inaczej. Stanowią natomiast inaczej rozwiązania, zgodnie z którymi w kilku sytuacjach procesowych organem odwoławczym w postępowaniu przygotowawczym jest prokurator bezpośrednio przełożony [...] bądź – jak dotychczas – prokurator nadrzędny [...]. Uregulowanie przewidziane w art. 465 § 2 k.p.k. [...] spowoduje, że przyjęte zażalenie na odmowę wszczęcia lub umorzenie postępowania przygotowawczego będzie kierowane bezpośrednio do sądu, z wyłączeniem pośrednictwa prokuratora nadrzędnego. Ponadto zapewni to permanentną sądową kontrolę odwoławczą powyższych decyzji zamykających drogę do wydania wyroku [...]” (zob. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o prokuraturze oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 1113/V kad., s. 6-7).

Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny: „Interpretując art. 465 § 2 k.p.k., należy go odczytywać z uwzględnieniem treści § 1 tego artykułu, odsyłającego do przepisów dotyczących zażaleń na postanowienia sądu, w tym przede wszystkim do art. 459 k.p.k., zgodnie z którym: «Zażalenie przysługuje na postanowienia sądu zamykające drogę do wydania wyroku, chyba że ustawa stanowi inaczej» (§ 1) oraz «Zażalenie przysługuje także na postanowienia co do środka zabezpieczającego oraz na inne postanowienia w wypadkach przewidzianych w ustawie» (§ 2). Podkreślenia wymaga w tym przypadku okoliczność, że przepis art. 459 § 2 *in fine* k.p.k. dopuszcza zaskarżalność innych postanowień tylko w przypadkach wyraźnie określonych w ustawie. Biorąc pod uwagę *ratio legis*, a także analizę całokształtu unormowań dotyczących zażaleń na postanowienia prokuratorskie, należy zauważyć, że art. 465 § 2 k.p.k. nie jest samodzielną, generalną podstawą zaskarżenia postanowień wydawanych przez prokuratora. Wykładnia systemowa prowadzi do wniosku, że przepis ten reguluje jedynie właściwość organu odwoławczego w przypadkach, gdy możliwość wniesienia zażalenia przewidują inne przepisy k.p.k. W literaturze zwraca się uwagę, że sąd staje się organem odwoławczym tylko wtedy, gdy ustawa stwierdza, iż w danej sytuacji «przysługuje (lub «służy») zażalenie», albo też ustawa wyraźnie przyjmuje, że zażalenie «służy do sądu» lub że w określonej sytuacji «przekazuje się» («kieruje się») je do sądu (zob. T. Grzegorzczak, *Zażalenie w postępowaniu przygotowawczym po nowelizacji k.p.k.*, «Prokuratura i Prawo» nr 3/2008, s. 12-14)” (zob. wyrok TK z 18 lipca 2011 r., sygn. akt SK 10/10).

Na czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego do badań DNA przeprowadzoną przez funkcjonariusza Policji w postępowaniu przygotowawczym zażalenie do sądu nie przysługuje. Zażalenie w tym przypadku rozpoznaje – jak już była o tym mowa – prokurator sprawujący nadzór nad postępowaniem przygotowawczym (zob. punkt III.3 stanowiska).

17. Jak już uprzednio wskazywano, art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. ingeruje w chronione konstytucyjnie prawo do nietykalności cielesnej, do prywatności i do autonomii informacyjnej. W razie ich naruszenia każdy powinien mieć możliwość poszukiwania ochrony na drodze sądowej. Konstytucja nakłada bowiem na władze publiczne, odpowiadające owemu prawu, ograniczenia i obowiązki w postaci: zakazu zamykania tej drogi ustawą oraz zapewnienia realizacji prawa do sądu z zachowaniem odpowiednich standardów.

Wyrażony w art. 77 ust. 2 Konstytucji zakaz zamykania ustawą drogi sądowej do dochodzenia gwarantowanych konstytucyjnie wolności lub praw ma charakter bezwzględny. Dyspozycja tego przepisu znajduje zastosowanie oczywiście nie tylko w wypadkach, gdy ustawa wyłącza wprost prawo do zainicjowania postępowania przed sądem, lecz również – i w praktyce głównie – wtedy, gdy mimo braku wyraźnego wyłączenia, przepis ustawy prowadzi do identycznego rezultatu. Taka sytuacja istnieje na gruncie zaskarżonego art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. Jak stwierdzono powyżej, w postępowaniu przygotowawczym odwołanie się do sądu jest możliwe wtedy, gdy ustawa wyraźnie to stwierdza. Przepis art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. odczytywany w kontekście art. 302 § 2, art. 465 § 3 oraz art. 467 § 1 k.p.k. nie dopuszcza takiej możliwości, choć art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. wkracza w dobra konstytucyjnie chronione. Mając powyższe na uwadze, w ocenie Sejmu art. 77 ust. 2 Konstytucji stanowi adekwatny wzorzec kontroli konstytucyjnej, po drugie zaś, wynik tej kontroli wskazuje na naruszenie normy konstytucyjnej.

18. Jak ustalił w swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny: „Bewzględny zakaz zamykania ustawą drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw, wyrażony w art. 77 ust. 2, pozostaje w ścisłym związku z art. 45. Stwierdzenie naruszenia art. 77 ust. 2 Konstytucji, polegającego na zamknięciu drogi sądowej poszukiwania ochrony naruszonych wolności i praw, zawsze oznacza jednocześnie, że doszło do pozbawienia jednostki prawa do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, gwarantowanego w art. 45 ust. 1 Konstytucji. Wypada przy tym zauważyć, że nie można mówić o zależności odwrotnej. Naruszenie prawa do sądu w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji nie musi pociągać za sobą pogwałcenia art. 77 ust. 2 Konstytucji. Stwierdzenie naruszenia art. 77 ust. 2 Konstytucji w niniejszej sprawie nie czyni jednakże zbędnym orzekania w przedmiocie zgodności zakwestionowanego przepisu z art. 45 ust. 1 Konstytucji, powołanym przez wnioskodawcę jako równorzędny wzorzec kontroli. Przepis ten wprowadza bowiem także nowe treści normatywne, istotne dla pełnej oceny zgodności [...] z Konstytucją [...] zawarte w art. 45 ust. 1 Konstytucji «prawo do sądu» oznacza uznanie dla ostatecznego określenia statusu prawnego jednostki przez sąd nie tylko w przypadkach naruszenia jej praw i wolności, o których stanowi art. 77 ust. 2 Konstytucji, lecz [...] także w razie obawy wystąpienia takiego naruszenia. O ile

zatem art. 77 ust. 2 Konstytucji gwarantuje ochronę w sytuacji zaistniałego już naruszenia konstytucyjnie gwarantowanych wolności i praw, o tyle art. 45 ust. 1 Konstytucji zapewnia prawo do sądu w szerszym zakresie – także w razie ich zagrożenia” (zob. wyrok TK z 18 lipca 2011 r., sygn. akt K 25/09).

19. Mając świadomość przywołanego powyżej orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, ze względu na zarzuty sformułowane przez skarżącego, Sejm odnie się również do kwestii zgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 45 ust. 1 Konstytucji, powołanym przez skarżącego jako przepis związkowy. Tę analizę należy rozpocząć od ustalenia, czy mamy do czynienia ze „sprawą” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego: „W ujęciu konstytucyjnym pojęciu temu (nie definiowanemu w przepisach konstytucyjnych oraz niejednoznacznie rozumianemu w doktrynie i w orzecznictwie) należy przypisać – przynajmniej w pewnej mierze – znaczenie autonomiczne. Przedmiotowy zakres prawa do sądu musi być określany nie poprzez odwołanie się do pojęcia sprawy funkcjonującego na gruncie poszczególnych gałęzi prawa, ale przez odniesienie do podstawowej funkcji sądów, którą jest, stosownie do art. 175 ust. 1 Konstytucji, sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. Termin «sprawa» w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji obejmuje niewątpliwie spory prawne między osobami fizycznymi i prawnymi, wynikające ze stosunków cywilnoprawnych, administracyjno-prawnych oraz rozstrzyganie o zasadności zarzutów karnych. Jego znaczenie nie wyczerpuje się jednak na tym katalogu. Generalnie chodzi o «rozstrzyganie o prawach danego podmiotu». Do kategorii praw, o których rozstrzyga sąd sprawujący wymiar sprawiedliwości należą więc wszelkie inne prawa, których istnienie wynika z całokształtu obowiązujących regulacji prawa materialnego. Prawo do sądu oznacza dla ustawodawcy obowiązek ustanowienia regulacji prawnej, która zapewni rozpatrzenie sprawy przez sąd, na żądanie zainteresowanego. Prawo do sądu nie obejmuje natomiast sporów, w które nie jest uwikłany choćby jeden podmiot prawa prywatnego (zob. wyrok TK w sprawie o sygn. K. 28/97), sporów wewnątrz aparatu państwowego, a więc m.in. spraw ze stosunków nadrzędności i podporządkowania między organami państwowymi oraz zasadniczo spraw podległości służbowej pomiędzy przełożonymi i podwładnymi w organach państwowych” (zob. wyrok TK z 14 marca 2005 r., sygn. akt K 35/04).

20. W tym miejscu wskazać należy, że Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie zajmował się standardami związanymi z prawem do sądu, jakie muszą być spełnione w przypadku postępowania przygotowawczego.

Szerokie rozważania prawne na ten temat – które w ocenie Sejmu są w znacznej mierze adekwatne również w niniejszej sprawie – zawarł Trybunał w wyroku z 3 lipca 2008 r., sygn. akt K 38/07. W wyroku tym Trybunał Konstytucyjny stwierdził, uwzględniając swoją dotychczasową linię orzecniczą, że w pojęciu sprawy mieszczą się zagadnienia dotyczące kontroli rozstrzygnięć prokuratorskich związanych m.in. z prawem do prywatności oraz nietykalnością osobistą. Jeżeli przyjąć, że decydującym argumentem decydującym o tym, jakie sprawy powinny być objęte „prawem do sądu” jest to, czy przewidziany w stosunku do nich tryb orzekania gwarantuje wolność od arbitralności (zob. wyrok TK z 16 marca 2004 r., sygn. akt K 22/03), to wydaje się, że w pojęciu sprawy mieszczą się również czynności organów nieprokuratorskich postępowania przygotowawczego, związane z tymi prawami osobistymi.

Przeprowadziwszy szczegółową analizę charakteru postępowania przygotowawczego, w przywołanym powyżej wyroku w sprawie o sygn. akt K 38/07 Trybunał Konstytucyjny rozważył, czy substytutem sądowej kontroli czynności nieprokuratorskich organów postępowania przygotowawczego może być kontrola instancyjna, dokonywana przez prokuratora (w niniejszej sprawie – przez prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem przygotowawczym, przewidziana w art. 302 § 2 w zw. z art. 465 § 3 w zw. z art. 467 § 1 k.p.k.). Zdaniem Trybunału, w świetle wyraźnej regulacji konstytucyjnej nie powinna budzić wątpliwości negatywna odpowiedź na tak postawione pytanie. W wyroku z 16 marca 2004 r., sygn. akt K 22/03, wydanym na tle art. 465 § 2 k.p.k., Trybunał stwierdził, że celem istnienia na szczeblu konstytucyjnym „prawa do sądu” jako takiego jest zapewnienie jednostce ochrony przed arbitralnością władzy. „Nawet fakt kilkakrotnej kontroli niesądowej, *in casu* dokonywanej przez prokuratora nadrzędnego nad prokuratorem prowadzącym postępowanie, nie może równoważyć braku kontroli dokonywanej przez sąd. Powyższe stwierdzenie koresponduje z poglądem doktryny, wedle którego regulacja konstytucyjna przyznaje prawo do sądu «także w sytuacji, gdyby [...] inne organy orzekające również funkcjonowały, a ewentualny dostęp do nich, choćby dla «każdego» nie mógłby wyeliminować rozważanego tu prawa» (zob. P.

Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, L. Garlicki [red.] t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 45, s. 4)” (zob. wyrok TK z 14 marca 2005 r., sygn. akt K 35/04, zob. również wyrok TK z 16 marca 2004 r., sygn. akt K 22/03).

Zdaniem sądu konstytucyjnego w demokratycznym państwie prawnym ograniczenia w zakresie wolności i praw – znajdujące uzasadnienie w takich wartościach konstytucyjnych, jak bezpieczeństwo i porządek publiczny – powinny być poddane kontroli sądu (zob. wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04).

Podsumowując, wydaje się, że można stwierdzić – w ślad za Trybunałem Konstytucyjnym – że w swoim dotychczasowym orzecznictwie uznał on „za standard w postępowaniu przygotowawczym pozytywny obowiązek ustawodawcy ustanowienia regulacji prawnej, która zapewni rozpatrzenie sprawy przez sąd, na żądanie zainteresowanego” (zob. wyrok TK z 18 lipca 2011 r., sygn. akt K 25/09 oraz wyroki TK z: 3 lipca 2008 r., sygn. akt K 38/07 i 16 marca 2004 r., sygn. akt K 22/03).

21. Dodatkowym argumentem przemawiającym za objęciem kontrolą sądu czynności, o których mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., przeprowadzanych w postępowaniu przygotowawczym jest to, że przesłanka dopuszczalności przeprowadzania tych czynności ujęta jest w sposób nieostry. „Wykładnia pojęć nieostrych, otwierających duże możliwości interpretacyjne, powinna podlegać weryfikacji przez sąd, zwłaszcza gdy jej wynik kształtuje sferę praw i wolności jednostki chronionych konstytucyjnie. Badanie przez sądy – organy z założenia niezależne, bezstronne i niezawisłe – prawidłowości stosowania w praktyce niedookreślonych zwrotów ustawowych służy ujednoczeniu sposobu ich rozumienia, a w konsekwencji zapobiega nieprzewidywalności rozstrzygnięć zapadających w indywidualnych sprawach. Wyjątkowego znaczenia gwarancja ta nabiera w obszarze szeroko rozumianego prawa karnego, na co Trybunał zwracał już uwagę, formułując dyrektywę sądowej kontroli interpretacji pojęć blankietowych we wcześniejszych orzeczeniach (tak na przykład w wyroku z 28 czerwca 2005 r., sygn. SK 56/04, OTK ZU Nr 6/A/2005, poz. 67)” (zob. wyrok TK z 18 lipca 2011 r., sygn. akt K 25/09).

22. Wreszcie, nie bez znaczenia jest to, że w przepisie art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. przewidziano wyjątek od – wynikającej z art. 74 § 1 k.p.k. i mającej umocowanie konstytucyjne – zasady *nemo se ipse accusare tenetur*. Nie powinno natomiast

ulegać wątpliwości, że posługiwanie się wyjątkami od zasad chroniących podstawowe prawa człowieka musi być restrykcyjne, a tym samym zasadne jest objęcie ich kontrolą odwoławczą przez niezawisły organ, jakim jest sąd.

23. W związku z powyższym w ocenie Sejmu, art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. w zakresie, w jakim nie przewiduje sądowej kontroli czynności pobrania wymazu ze służówki policzków podejrzanego przez funkcjonariuszy Policji w postępowaniu przygotowawczym, **jest niezgodny** z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji.

MARSZAŁEK SEJMU



Marek Kuchciński