

Małgorzata Żbikowska*

Organ uprawniony do rozpoznania zażalenia na czynność pobrania materiału biologicznego od podejrzanego**

1. Przedmiotem niniejszego opracowania jest próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy *de lege lata* przepisy Kodeksu postępowania karnego¹ w zakresie, w jakim wskazują organ uprawniony do rozpoznania zażalenia na czynność pobrania od podejrzanego materiału biologicznego, a ściślej wymazu ze śluzówki policzków, są ukształtowane prawidłowo, zarówno z punktu widzenia gwarancji procesowych podmiotu poddanego takiej czynności, jak i z punktu widzenia unormowań konstytucyjnych. Słowem, przedmiotem analizy będzie kwestia zaskarżalności czynności, o której mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., a ściślej – organu uprawnionego do rozpoznania takiego zażalenia. Niniejszy artykuł składa się z czterech części. Po pierwsze, wskazano na normatywną zawartość art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. Po drugie, zwrócono uwagę na aktualne regulacje prawne dotyczące organu uprawnionego do rozpoznania zażalenia na czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków od podejrzanego, a także postawiono pytanie o zasadność takich regulacji. W dalszej części scharakteryzowano specyfikę czynności, o której stanowi art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., a także jej znaczenia dla procesu karnego, by następnie poddać pod rozwagę to, czy aktualne regulacje prawne stanowiące o organie uprawnionym do rozpoznania takiego zażalenia są – z punktu widzenia gwarancji procesowych podmiotu poddanego takiej czynności oraz z punktu widzenia norm konstytucyjnych – prawidłowe.

2. Artykuł 74 § 2 pkt 3 k.p.k. został wprowadzony do Kodeksu postępowania karnego nowelizacją z 1.02.2005 r.², co miało stanowić remedium na ożywioną w tamtym czasie dyskusję naukową związaną z problematyką dopuszczalności uzyskiwania od oskarżonego materiału biologicznego do badań DNA i następczej

* Dr Małgorzata Żbikowska jest adiunktem w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000-0002-4792-4812, e-mail: małgorzata.zbikowska@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 14.10.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 14.04.2020 r.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.) – dalej k.p.k.

² Dz.U. z 2005 r. Nr 10, poz. 70.

możliwości wykorzystania opinii biegłego (tzw. dowód z badań DNA) w procesie karnym³. Zgodnie ze wskazanym przepisem oskarżony jest obowiązany poddać się „pobraniu przez funkcjonariusza Policji wymazu ze śluzówki policzków, jeżeli jest to nieodzowne i nie zachodzi obawa, że zagrażałoby to zdrowiu oskarżonego lub innych osób”. Wcześniej, tj. przed rzezoną zmianą z 2005 r., dopuszczalność pobierania dla celów dowodowych materiału biologicznego od oskarżonego *sensu largo* wywodzono z treści (niemal identycznego z aktualnym brzmieniem) art. 74 § 2 pkt 2 *in fine* k.p.k., zgodnie z którym „w szczególności oskarżony jest obowiązany przy zachowaniu tych warunków poddać się pobraniu krwi, włosów lub wydzielin organizmu”. Marian Filar jeszcze przed nowelizacją z 2005 r. podkreślał, że: „Artykuł 74 § 2 i 3 k.p.k. dopuszcza pobieranie dla celów dowodowych materiału biologicznego od oskarżonego i podejrzanego, a także krwi i wydzielin od osoby podejrzanego za jej zgodą, a więc nie stwarza tu substancjalnych przeszkód prawnych do pobrania materiału nadającego się do badania profili DNA”⁴. Ponieważ jednak kwestia ta nadal budziła ożywioną dyskusję w doktrynie (a także z uwagi na inny sposób pobierania wymazu ze śluzówki policzków oraz pobierania innych wydzielin organizmu) ustawodawca w 2005 r. wyluszczył czynność pobrania przez funkcjonariusza policji wymazu ze śluzówki policzków oraz możliwość przeprowadzenia takiej czynności przewidział w pkt 3 art. 74 § 2 k.p.k. Jednocześnie przewidziano też możliwość pobrania wymazu ze śluzówki policzków od osoby podejrzanego, czemu ustawodawca dał wyraz poprzez zmianę art. 74 § 3 k.p.k. Sposób przeprowadzenia czynności, polegającej na pobraniu wymazu ze śluzówki policzków przez funkcjonariusza policji charakteryzuje § 13 wydanego na podstawie art. 74 § 4 k.p.k. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23.02.2005 r. w sprawie poddawania badaniom lub wykonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanego⁵. Do kwestii sposobu przeprowadzania takiej czynności przyjdzie jeszcze powrócić, tymczasem zwróćmy tu uwagę na normatywną zawartość art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k.

3. Wskazany przepis prawny przewiduje – dla ważności dokonania czynności w nim przewidzianej – konieczność zaistnienia przesłanki pozytywnej oraz niedopuszczalność zaistnienia przesłanki negatywnej. Ową przesłanką pozytywną jest nieodzowność pobrania przez funkcjonariusza policji wymazu ze śluzówki policzków. Zwrot „nieodzowny” ma charakter niedookreślony, zaś kwestia nieodzowności dokonania czynności pobrania przez funkcjonariusza policji wymazu ze śluzówki policzków przeprowadzana jest *in concreto*, a więc indywidualnie i niezależnie w każdej sprawie karnej. Choć ustawodawca związany jest postulatem precyzji tekstów aktów prawnych⁶, to jednak posługiwanie się przez ustawodawcę zwrotami

³ Zob. np. P. Wolańska-Nowak, W. Branicki, *Baza danych profili DNA – nowe narzędzie dla wymiaru sprawiedliwości*, „Prokuratura i Prawo” 2000/5, s. 87–98; T. Tomaszewski, *Siła dowodu z najnowszych badań naukowych w postępowaniu sądowym* [w:] *Dowód z DNA w postępowaniu procesowym. Materiały z Konferencji Instytutu Badań DNA Warszawa 2002*, red. K. Sipowicz, Warszawa 2003, s. 27–43; P. Kowalczyk, *Badania DNA w orzecznictwie sądowym w sprawach karnych*, „Prokuratura i Prawo” 2011/3, s. 12–22.

⁴ M. Filar, *Wykład inauguracyjny: Dowód z DNA – nowa epoka prawa dowodowego czy zawiedzione nadzieje* [w:] *Dowód z DNA w postępowaniu procesowym. Materiały z Konferencji Instytutu Badań DNA Warszawa 2002*, red. K. Sipowicz, Warszawa 2003, s. 17.

⁵ Dz.U. z 2005 r. Nr 33, poz. 299 – dalej rozporządzenie.

⁶ Zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 13 i n.

niedookreślonymi nie jest błędem. Zabieg taki jest dopuszczalny, jeśli towarzyszy mu określona intencja⁷. W odniesieniu do art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. ustawodawca niewątpliwie taką intencję posiadał, spektrum możliwych sytuacji wymagających pobrania wymazu ze śluzówki policzków nie da się bowiem sprowadzić do jakiegoś zamkniętego katalogu. Zasadniczo możliwość pobrania wymazu ze śluzówki policzków od podejrzanego istnieje w razie konieczności identyfikacji tego podmiotu na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 3a ustawy z 6.04.1990 r. o Policji⁸. Pobranie materiału biologicznego do badań DNA może być związane z koniecznością porównania próbki materiału biologicznego pobranego od podejrzanego z materiałem biologicznym pozostawionym na miejscu popełnienia czynu zabronionego. Kwestia posłużenia się przez ustawodawcę pojęciem „nieodzowności” przeprowadzenia czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków była już badana przez Trybunał Konstytucyjny (dalej TK), który uznał w 2016 r.⁹, że art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. jest zgodny z art. 41 ust. 1 (prawo do nietykalności cielesnej), art. 47 (prawo do prywatności) i art. 51 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 (zasada proporcjonalności) Konstytucji RP¹⁰. W ocenie TK nie ma konieczności precyzyjniejszego określenia aniżeli „nieodzowność” przeprowadzenia takiej czynności, nie ma także konieczności katalogowania sytuacji, które precyzowałyby, kiedy pobranie wymazu ze śluzówki policzków od oskarżonego byłoby dopuszczalne. Zdaniem Trybunału z wykładni językowej art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., w połączeniu z wykładnią systemową i funkcjonalną, wynika, że nieodzowność pobrania wymazu ze śluzówki policzków zachodzi wówczas, gdy czynność ta jest warunkiem koniecznym wykrycia lub identyfikacji sprawcy i pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej lub uniknięcia pociągnięcia do tej odpowiedzialności osoby niewinnej, zaś bez takiego pobrania materiału biologicznego nie można się obyć w toku postępowania¹¹. Warto też zwrócić uwagę, że kwestia nieodzowności pobrania wymazu ze śluzówki policzków nie jest ograniczona do konkretnych typów czynów zabronionych, co oznacza, że możliwość pobrania materiału biologicznego do analizy DNA może zaistnieć w przypadku każdego przestępstwa (będzie to zależało od charakteru sprawy, a nie od kwalifikacji prawnej czynu).

Przesłanką negatywną, której wystąpienie uniemożliwia pobranie wymazu ze śluzówki policzków od oskarżonego jest obawa, że czynność ta zagrażałaby zdrowiu oskarżonego lub innych osób. W literaturze wskazuje się, że z taką obawą możemy mieć do czynienia np. w przypadku zagrożenia epidemiologicznego. Wskazuje się jednak, że zaistnienie przesłanki negatywnej nie stoi na przeszkodzie dokonaniu pobrania wymazu ze śluzówki policzków w ogóle, ale tylko dokonaniu tej czynności przez funkcjonariusza policji, zaś pobranie materiału biologicznego może dokonać uprawniony do tego pracownik służby zdrowia, co powinno zdezaktualizować obawy, że przeprowadzenie tej czynności zagrażałoby zdrowiu oskarżonego lub innych osób¹².

⁷ M. Żbikowska, *Zurowty niedookreślone charakteryzujące stan zdrowia psychicznego oskarżonego a możliwość zastosowania obrony obligatoryjnej*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018/1, s. 277–278.

⁸ Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 2067 ze zm.

⁹ Wyrok TK z 11.10.2016 r., SK 28/15, OTK-A 2016, poz. 79.

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

¹¹ Z uzasadnienia wyroku TK z 11.10.2016 r., SK 28/15.

¹² P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz do art. 1–296*, red. P. Hofmański, Warszawa 2011, s. 508.

4. Fakt posłużenia się przez ustawodawcę w treści przepisu art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. niedookreślonym zwrotem – nieodzowności dokonania czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków od oskarżonego nie oznacza, że z taką nieodzownością będziemy mieć do czynienia zawsze. Jak to wskazano powyżej, nieodzowność dokonania takiej czynności zawsze powinna być analizowana *in concreto*. Ponieważ czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków powinna być przeprowadzona tylko wówczas, gdy jest to nieodzowne dla danego postępowania, ale także powinna zostać przeprowadzona w sposób prawidłowy (o sposobie przeprowadzenia tej czynności będzie mowa dalej), to dopuszczalne jest wniesienie zażalenia na wskazaną czynność przeprowadzaną przez funkcjonariusza policji. Zgodnie z art. 302 § 2 k.p.k. stronom oraz osobom niebędącymi stronami służy zażalenie na czynności inne niż postanowienia i zarządzenia naruszające ich prawa. Przeprowadzenie czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków nie wymaga uprzedniego wydania postanowienia lub zarządzenia, a więc nie wymaga wydania formalnej decyzji procesowej. Zgodnie bowiem z § 2 wspomnianego już rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23.02.2005 r. pobranie wymazu ze śluzówki policzków następuje na pisemne polecenie organu prowadzącego postępowanie karne (ust. 1). Polecenie powinno w szczególności zawierać dane niezbędne do identyfikacji osoby, wskazywać przedmiot i zakres badania lub dokonania czynności (ust. 2). Polecenie powinno zawierać pytania do przeprowadzającego badanie lub wykonującego czynności pobrania oraz wskazanie czynu zarzuconego oskarżonemu lub okoliczności popełnienia tego czynu (ust. 3). W przypadku niecierpiącym zwłoki badanie przeprowadza się oraz wykonuje czynności na ustne polecenie funkcjonariusza organu postępowania, który obowiązany jest okazać legitymację służbową. Polecenie powinno zostać potwierdzone na piśmie niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia jego wydania (ust. 4). Przepisów tych nie stosuje się, gdy czynności wykonuje funkcjonariusz prowadzący postępowanie przygotowawcze (ust. 5)¹³. Skoro pobranie wymazu ze śluzówki policzków nie wymaga wydania zarządzenia lub postanowienia przez organ procesowy, a jedynie następuje na polecenie organu prowadzącego postępowanie, to czynność tę można byłoby uznać za taką, która ma charakter faktyczny (jednak o charakterze tej czynności będzie mowa dalej). Przyjmując takie założenie w tym przypadku będziemy mieć do czynienia z zażaleniem, o którym stanowi art. 465 § 3 w zw. z art. 467 § 1 k.p.k. W myśl tych przepisów, zażalenie na czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków od oskarżonego przysługiwałoby do prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem. Na tle kwestii zaskarżalności wskazanej czynności pojawia się jednak istotne pytanie o zasadność – z punktu widzenia gwarancji procesowych podejrzanego, a także unormowań konstytucyjnych – takiego ukształtowania sytuacji prawnej tego podmiotu, która przewiduje, że zażalenie na czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków wnoszone jest do prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem (a nie do sądu). Czy charakter tej czynności nie uzasadniałby jednak wprowadzenia możliwości wniesienia zażalenia do organu niezależnego i niezawisłego jakim jest sąd? Problem podmiotu uprawnionego do rozpoznania

¹³ Więcej w tym przedmiocie zob. w: H. Dąbrowska, *Techniczne aspekty pobierania, zabezpieczania i analizy materiału genetycznego a wykorzystanie dowodu w procesie* [w:] *Dowód z DNA...*, s. 53–58.

zażalenia na czynność pobrania przez funkcjonariusza policji wymazu ze służówki policzków od podejrzanego był podnoszony przez Marszałka Sejmu w opinii z 20.04.2016 r.¹⁴ W piśmie tym wskazano, że art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., w zakresie w jakim nie przewiduje sądowej kontroli czynności pobrania wymazu ze służówki policzków przez funkcjonariuszy policji, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP. Podkreślano ponadto, że analizowany przepis art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. zawiera przesłankę, która została wskazana w sposób niedookreślony („nieodzowność” dokonania czynności) i otwiera duże możliwości interpretacyjne, a w związku z tym powinna podlegać weryfikacji przez sąd, tak aby doprowadzić do ujednoczenia sposobu rozumienia tej przesłanki oraz przeciwdziałać podejmowaniu różnych decyzji w sprawach indywidualnych. Wyłączono też, że art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. jest wyjątkiem od wynikającej z art. 74 § 1 k.p.k. zasady *nemo se ipsum accusare tenetur* („Oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść”), zaś posługiwanie się wyjątkami od zasad chroniących prawa człowieka powinno być restrykcyjne i objęte sądową kontrolą odwoławczą¹⁵. Zgoła odmiennie wypowiedział się Prokurator Generalny w opinii z 5.10.2016 r.¹⁶, wskazując na brak konieczności sądowej kontroli w przypadku wniesienia zażalenia na czynność pobrania wymazu ze służówki policzków u podejrzanego, argumentując, że wystarczająca jest kontrola prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem. Prokurator Generalny podkreślał, że czynność pobrania wymazu ze służówki policzków „służy, jak sama jej nazwa wskazuje, jedynie pobraniu próbki materiału genetycznego dla potrzeb dowodowych w konkretnym postępowaniu karnym. Stworzenie z pobranego materiału genetycznego profilu DNA, a więc już ścisłej (indywidualnej) informacji genetycznej o «dawcy» tego materiału, może natomiast nastąpić tylko wówczas, gdy w tym celu zostanie powołany odpowiedni biegły. W tym bowiem przypadku stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymagać będzie wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 193 § 1 k.p.k.”¹⁷. Następnie stwierdzono, że dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na mocy niezaskarżalnego postanowienia (art. 459 § 1 i 2 k.p.k.) niewymagającego uzasadnienia (art. 98 § 3 k.p.k.), które doręcza się stronom „ma umożliwić im, między innymi wystąpienie z żądaniem zadania dodatkowych pytań, czy też udział w planowanym (ewentualnie) przez organ procesowy przesłuchaniu biegłych. Jeżeli zatem w postępowaniu przygotowawczym biegły powołany nie zostanie, to zawarte w próbce materiału genetycznego informacje dotyczące osoby, od której materiał genetyczny został pobrany, nigdy nie zostaną «wytworzone» (profil DNA nie powstanie). W tej sytuacji nie ma potrzeby, aby prawidłowość przeprowadzenia czynności technicznej, jaką w istocie jest pobranie próbki materiału genetycznego, kontrolował sąd. Wszak próbka taka *per se* żadnej informacji o osobie, od której ją pobrano, nie zawiera. Być może kontrola taka byłaby uzasadniona na etapie powoływania biegłego celem stworzenia profilu DNA i przeprowadzenia, w dalszej kolejności, badań porównawczych, jednak jest to tylko kwestia do ewentualnego rozważenia

¹⁴ SK 28/15. BAS-WTPK-1527/15.

¹⁵ Z opinii Marszałka Sejmu z 20.04.2016 r.

¹⁶ Opinia Prokuratora Generalnego z 5.10.2016 r., PK VIII TK 15.2016, SK 28/15.

¹⁷ Z uzasadnienia opinii Prokuratora Generalnego z 5.10.2016 r.

przez ustawodawcę¹⁸. Warto się zatem zastanowić, która z argumentacji jest poprawna, oraz czy dotychczasowe rozwiązanie ustawowe w tym zakresie można uznać za zadowalające. W pierwszej kolejności zwróćmy zatem uwagę na charakter czynności, jaką jest pobranie wymazu ze śluzówki policzków. Czy faktycznie można zgodzić się z założeniem, że czynność ta ma charakter wyłącznie techniczny, a więc tak mało istotny, by pomyśleć o wprowadzeniu sądowej kontroli prawidłowości przeprowadzenia takiej czynności?

5. W literaturze wskazuje się, że: „Badanie zmierzające do wykazania, czy dany ślad biologiczny pochodzi, czy też nie, z określonego źródła, najbardziej poprawnie opisuje wyrażenie indywidualizacja, ale w praktyce częściej spotyka się termin identyfikacja. Jeżeli mówimy o indywidualizacji, identyfikacji, czy ustalaniu identity, odnosimy to do problemu identity źródła, czyli do odpowiedzi na pytanie, czy dwa nie różniące się między sobą profile DNA mają to samo źródło pochodzenia. Poprzez źródło pochodzenia śladu należy rozumieć konkretną osobę, której materiał biologiczny podlegał analizie¹⁹. Kwestia prawidłowego pobrania materiału biologicznego od podejrzanego jest warunkiem koniecznym powołania biegłego w celu wydania opinii w przedmiocie ustalenia zgodności profilu DNA podejrzanego z zabezpieczonym śladem biologicznym. Jeżeli chodzi o sposób przeprowadzenia takiej czynności, to należy zwrócić uwagę, że przed przystąpieniem do jej wykonania, organ procesowy informuje podejrzanego o celu i zakresie czynności oraz poucza go o obowiązku poddania się poleceniom umożliwiającym wykonanie czynności z jego udziałem (zob. § 4 ww. rozporządzenia). Ponadto, wymaz ze śluzówki policzków od osób pobiera się przy użyciu przeznaczonych specjalnie do tych celów pakietów kryminalistycznych oznakowanych indywidualnym kodem kreskowym. Wymaz pobrany ze śluzówki policzków umieszcza się w pojemniku oznaczonym tym samym kodem kreskowym jakim został oznaczony pakiet kryminalistyczny. Czynności te dokonują 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 (zob. § 13 ww. rozporządzenia)²⁰. Czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków jest czynnością, której podejrzanemu obowiązuje się poddać, jeśli oczywiście zajdą przesłanki, o których mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. Jest to zatem obowiązek podejrzanego, stanowiący wyjątek od zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*²¹. O ile można się zgodzić z tym, że samo pobranie wymazu ze śluzówki policzków jest w swej podstawie czynnością techniczną, o tyle jednak z uwagi na to, iż istnieją określone reguły jej dokonania, w tym przesłanki jej przeprowadzenia, organ uprawniony do jej przeprowadzenia oraz jej ściśle określony cel, w przesądzeniu charakteru tej

¹⁸ Z uzasadnienia opinii Prokuratora Generalnego z 5.10.2016 r.

¹⁹ P. Wolańska-Nowak, W. Branicki, *Interpretacja wyników badania DNA w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2003/, s. 48.

²⁰ Więcej w tym zakresie zob. M. Lewandowska, *Analiza DNA w świetle ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o zmianie ustawy o Policji oraz ustawy – kodeks postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2006/6, s. 114–122; W. Grzeszczyk, *Problematyka wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym w świetle przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2005/4, s. 42–49.

²¹ Zob. także A. Lach, *Granice badań oskarżonego w celach dowodowych. Studium w świetle reguły nemo se ipsum accusare tenetur i prawa do prywatności*, Toruń 2010.

czynności nie można poprzestać na prostym stwierdzeniu o jej technicznym charakterze. Wprost przeciwnie. Z uwagi na owe reguły jej dokonanie należy uznać za czynność mającą charakter konwencyonalny. Dodatkowo jest to czynność mocno ingerująca w konstytucyjnie chronione prawa każdego podmiotu. Faktem jest, że pobrany od podejrzanego materiał biologiczny z chwilą jego pobrania nie stanowi jeszcze dowodu w sprawie (istnieje bowiem konieczność powołania biegłego, sporządzenia przez niego opinii i dopuszczenia takiego dowodu w sprawie), ale rozpatrując kwestię ewentualnej zaskarżalności takiej czynności do sądu, interesuje nas kwestia doniosłości przeprowadzenia tej właśnie czynności. A czynność pobrania materiału biologicznego od podejrzanego ma charakter doniosły, ponieważ godzi w prawo takiego podmiotu do nietykalności cielesnej, prawo do prywatności oraz w prawo do autonomii informacyjnej²². Wskazywano już, że naruszenie takich praw danego podmiotu (ingerencja w takie prawa) powinno implikować każdorazową możliwość ich sądowej ochrony²³. Podstawowym wzorcem konstytucyjnym w tym zakresie jest art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. Podkreślano już, że „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, przepisy ustawy prowadzą do identycznego rezultatu”²⁴. Kodeks postępowania karnego nie stanowi *expressis verbis* o możliwości zaskarżenia takiej czynności do sądu, w związku z tym – w świetle art. 459 k.p.k. – zaskarżenie takiej czynności do sądu nie jest dopuszczalne. Natomiast kwestia ingerowania w prawo do nietykalności cielesnej oraz w prawo do prywatności poprzez przeprowadzenie czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków nie budzi wątpliwości. Z tych względów należy uznać, że standard konstytucyjny wynikający z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP nie jest w tym wypadku realizowany, zamknięta została bowiem droga do ochrony sądowej praw podejrzanego, w które zaangażowano. Pozbawia się więc podejrzanego możliwości rozpoznania jego sprawy przez niezależny, niezawisły i bezstronny sąd. Narusza się

²² Jedynie marginalnie nadmiemy, że zgodnie ze standardami europejskimi dane genetyczne (informacje uzyskane z materiału genetycznego) są danymi osobowymi. Zastosowanie w tym względzie mają: rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/697 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych; Konwencja nr 108 Rady Europy z 28.01.1981 r. o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych; rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy R (87)15 z 17.09.1987 r. regulująca wykorzystanie danych osobowych w sektorze Policji; rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy R (92)1 z 10.02.1992 r. w sprawie wykorzystywania analizy kwasu deoksyrybonukleinowego (DNA) w postępowaniu karnym; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych.

²³ Zob. argumentację Sławomira Szolucha, który pisząc o poziomej kontroli decyzji procesowych wydawanych w postępowaniu przygotowawczym (chodziło o kontrolę dokonywaną przez prokuratora bezpośrednio przełożonego), wskazywał, że nie mieści się ona w standardach konstytucyjnych i konwencyjnych, a także rodzi obawy co do gwarancji procesowych podmiotów korzystających z takiej kontroli. Ponadto, autor argumentował, że w przypadku naruszenia praw jednostki istnieje wynikająca z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP konieczność wprowadzenia możliwości dochodzenia naruszonych wolności i praw jednostki na drodze sądowej. Tak S. Szolucha, *Uwagi o tzw. horyzontalnej kontroli odwoławczej w postępowaniu przygotowawczym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2010, t. 82, s. 270.

²⁴ Z uzasadnienia opinii Marszałka Sejmu z 20.04.2016 r.

w związku z tym również standard wynikający z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. W orzecznictwie podkreślano, że pojęcie „sprawy” obejmuje również rozstrzygnięcie o prawach danego podmiotu²⁵. Będzie tu zatem chodziło o wszelkie prawa danego podmiotu, w tym, a w zasadzie zwłaszcza, o prawo do nietykalności cielesnej oraz prawo do prywatności. Wszystko to skłania do uznania, że aktualne regulacje prawne, które nie przewidują sądowej kontroli czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków, nie są zgodne ze wskazanymi powyżej wzorcami konstytucyjnymi. Argumentacja, że sama próba materiału biologicznego pobrana od podejrzanego *per se* nie zawiera informacji genetycznej (informacji o osobie) nie przekonuje, ponieważ nie chodzi w tym wypadku o kwestię wydobycia informacji genetycznej o osobie, ale o pierwotną kwestię dopuszczalności i prawidłowości przeprowadzenia czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków, ingerującej w konstytucyjnie chronione prawa podejrzanego. Natomiast wyjątki, które przewidują możliwą ingerencję w prawa chronione konstytucyjnie i konwencyjnie powinny mieć charakter restrykcyjny, a także powinny zostać objęte sądową kontrolą odwoławczą.

Dodatkowo, istotne jest to, że jeżeli podejrzanym odmówi poddania się czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków, to zgodnie z treścią art. 74 § 3a k.p.k. można go zatrzymać i przymusowo doprowadzić, a także stosować wobec niego siłę fizyczną lub środki techniczne służące obezwładnieniu, w zakresie niezbędnym do wykonania takiej czynności. Zatem biorąc pod uwagę to, że opisywana tu czynność jest wyjątkiem od zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, godzi w podstawowe prawa do nietykalności cielesnej oraz do prywatności, a także, że wyegzekwowanie tej czynności może nastąpić przy użyciu środków przymusu bezpośredniego, nie może ona zostać uznana za zwykłą czynność techniczną. Jest to bowiem istotna czynność doniosła prawnie ingerująca w podstawowe i konstytucyjnie wyrażone prawa jednostki. Z tych względów należy uznać, że *de lege lata* przepis art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości wniesienia zażalenia do sądu, jest niezgodny z art. 77 ust. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, dlatego zasadne wydaje się wprowadzenie sądowej kontroli dopuszczalności i prawidłowości przeprowadzenia takiej czynności.

W tym miejscu zatem proponuje się wprowadzenie do Kodeksu postępowania karnego art. 74a, któremu można by nadać następujące brzmienie:

- § 1: Na czynność, o której mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., przysługuje zażalenie do sądu.
- § 2: Zażalenie przekazuje się niezwłocznie sądowi właściwemu do rozpoznania sprawy, który niezwłocznie je rozpoznaje.
- § 3: W razie uznania bezzasadności, nielegalności lub nieprawidłowości pobrania wymazu ze śluzówki policzków, sąd zarządza natychmiastowe zniszczenie zabezpieczonych próbek materiału genetycznego.
- § 4: W przypadku stwierdzenia bezzasadności, nielegalności lub nieprawidłowości czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków sąd zawiadamia o tym prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem i organ przełożony, nad organem, który dokonał czynności.

²⁵ Zob. na orzecznictwo powoływane w opinii Marszałka Sejmu z 20.04.2016 r.

Można byłoby wprowadzić inną propozycję, a mianowicie propozycję podwójnej kontroli czynności pobrania materiału biologicznego od podejrzanego – najpierw kontroli dokonywanej przez prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem, a dopiero w dalszej kolejności – jeżeli prokurator nie uwzględniłby zażalenia – kontroli dokonywanej przez sąd. Wówczas proponowany art. 74a k.p.k. mógłby brzmieć następująco:

- § 1: Na czynność, o której mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., przysługuje zażalenie do sądu za pośrednictwem prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem.
- § 2: W razie nieuwzględnienia zażalenia przez prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem, zażalenie przekazuje się niezwłocznie sądowi właściwemu do rozpoznania sprawy, który niezwłocznie je rozpoznaje.
- § 3: W razie uznania bezzasadności, nielegalności lub nieprawidłowości pobrania wymazu ze śluzówki policzków, sąd zarządza natychmiastowe zniszczenie zabezpieczonych próbek materiału genetycznego.
- § 4: W przypadku stwierdzenia bezzasadności, nielegalności lub nieprawidłowości czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków sąd za wiadamia o tym prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem i organ przełożony nad organem, który dokonał czynności.

Wprowadzenie zaskarżalności czynności pobrania materiału biologicznego od podejrzanego mogłoby nastąpić poprzez dokonanie innego zabiegu legislacyjnego, a mianowicie poprzez wprowadzenie art. 74a k.p.k., w którym wprowadzono by odesłanie (odpowiednie stosowanie) do art. 246 i art. 192a zd. 2 k.p.k.

Niezależnie od wyboru jednej ze wskazanych propozycji bądź wprowadzenia innej – zbliżonej – konieczna wydaje się zmiana normatywna poprzez wprowadzenie sądowej kontroli czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków od podejrzanego. Tylko wówczas będzie można mówić o wypełnieniu standardu konstytucyjnego wynikającego z art. 77 ust. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP.

Abstract

Małgorzata Żbikowska, A Procedural Authority That Can Examine a Complaint about the Act of Collecting Biological Material from a Suspect

The article asks the question whether the existing provisions of the Code of Criminal Procedure indicating the procedural authority that can examine a complaint about the act of collecting biological material from the suspect are formulated correctly from the point of view of the suspect's procedural guarantees and constitutional provisions. The author concludes that due to the importance of the act of collecting biological material from the suspect, a complaint about such an action should be examined by an independent body, which is a court, and not the prosecutor supervising the proceedings. As a consequence, she proposes an amendment to the Code of Criminal Procedure by introducing a clause providing for judicial review of such acts.

Keywords: *evidence from DNA tests, taking biological material from the suspect, taking a buccal swab, complaint about the act of taking a buccal swab, judicial review of the act of collecting biological material from the suspect*

Streszczenie

Małgorzata Żbikowska, Organ uprawniony do rozpoznania zażalenia na czynność pobrania materiału biologicznego od podejrzanego

Przedmiotem artykułu jest próba odpowiedzi na pytanie, czy *de lege lata* przepisy Kodeksu postępowania karnego w zakresie, w jakim wskazują organ uprawniony do rozpoznania zażalenia na czynność pobrania od podejrzanego materiału biologicznego, a ściślej wymazu ze śluzówki policzków, są ukształtowane prawidłowo, zarówno z punktu widzenia gwarancji procesowych podmiotu poddanego takiej czynności, jak i unormowań konstytucyjnych. Autorka analizuje kwestię zaskarżalności czynności, o której mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z punktu widzenia organu uprawnionego do rozpoznania takiego zażalenia. W konkluzji dochodzi do wniosku, że z uwagi na wagę czynności pobrania materiału biologicznego od podejrzanego, zażalenie na taką czynność powinien rozpoznawać organ niezależny i niezawisły jakim jest sąd, nie zaś prokurator sprawujący nadzór nad postępowaniem. W konsekwencji proponuje zmianę przepisów Kodeksu postępowania karnego poprzez wprowadzenie zapisu przewidującego sądową kontrolę takiej czynności.

Słowa kluczowe: dowód z badań DNA, pobranie materiału biologicznego od podejrzanego, pobranie wymazu ze śluzówki policzków, zażalenie na czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków, sądowa kontrola czynności pobrania materiału biologicznego od podejrzanego

Literatura

1. Dąbrowska H., *Techniczne aspekty pobierania, zabezpieczania i analizy materiału genetycznego a wykorzystanie dowodu w procesie* [w:] *Dowód z DNA w postępowaniu procesowym. Materiały z Konferencji Instytutu Badań DNA*, Warszawa 2002, red. K. Sipowicz, Warszawa 2003;
2. Filar M., *Wykład inauguracyjny: Dowód z DNA – nowa epoka prawa dowodowego czy zawiedzione nadzieje* [w:] *Dowód z DNA w postępowaniu procesowym. Materiały z Konferencji Instytutu Badań DNA*, Warszawa 2002, red. K. Sipowicz, Warszawa 2003;
3. Grzeszczyk W., *Problematyka wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym w świetle przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r.*, Prokuratura i Prawo 2005, nr 4;
4. Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz do art. 1–296*, red. P. Hofmański, Warszawa 2011;
5. Kowalczyk P., *Badania DNA w orzecznictwie sądowym w sprawach karnych*, Prokuratura i Prawo 2011, nr 3;
6. Lach A., *Granice badań oskarżonego w celach dowodowych. Studium w świetle reguły nemo se ipsum accusare tenetur i prawa do prywatności*, Toruń 2010;
7. Lewandowska M., *Analiza DNA w świetle ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o zmianie ustawy o Policji oraz ustawy – kodeks postępowania karnego*, Prokuratura i Prawo 2006, nr 6;
8. Sipowicz K. [red.] *Dowód z DNA w postępowaniu procesowym. Materiały z Konferencji Instytutu Badań DNA*, Warszawa 2002, Warszawa 2003;
9. Szolucha S., *Uwagi o tzw. horyzontalnej kontroli odwoławczej w postępowaniu przygotowawczym*, Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji 2010, t. 82;
10. Tomaszewski T., *Siła dowodu z najnowszych badań naukowych w postępowaniu sądowym* [w:] *Dowód z DNA w postępowaniu procesowym. Materiały z Konferencji Instytutu Badań DNA*, Warszawa 2002, red. K. Sipowicz, Warszawa 2003;
11. Wolańska-Nowak P., Branicki W., *Baza danych profili DNA – nowe narzędzie dla wymiaru sprawiedliwości*, Prokuratura i Prawo 2000, nr 5;
12. Wolańska-Nowak P., Branicki W., *Interpretacja wyników badania DNA w procesie karnym*, Prokuratura i Prawo 2003, nr 11;
13. Wronkowska S., Zieliński M., *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 1997;
14. Żbikowska M., *Zuroty niedookreślone charakteryzujące stan zdrowia psychicznego oskarżonego a możliwość zastosowania obrony obligatoryjnej*, Acta Iuris Stetinensis 2018, nr 1.