

79/A/2016

WYROK

z dnia 11 października 2016 r.

Sygn. akt SK 28/15*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Leon Kieres – przewodniczący

Julia Przyłębska

Piotr Pszczółkowski

Andrzej Rzepliński

Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz – sprawozdawca,

protokolant: Krzysztof Zalecki,

po rozpoznaniu, z udziałem skarżącego oraz Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 11 października 2016 r., skargi konstytucyjnej Marka Haslika o zbadanie zgodności:

art. 74 § 2 pkt 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, ze zm.) z art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a także z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.),

o r z e k a:

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 Rzeczypospolitej Polskiej,

o r a z p o s t a n a w i a:

na podstawie art. 40 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1157) umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie.

Orzeczenie zapadło jednogłośnie.

UZASADNIENIE

I

1. Skarżący Marek Haslik w skardze konstytucyjnej z 4 marca 2015 r. wniósł o zbadanie zgodności art. 74 § 2 pkt 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania

* W dniu 12 października 2016 r. Prezes TK zarządził ogłoszenie wyroku w Dzienniku Ustaw.

nia 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 oraz z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji, a także z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.; dalej: Konwencja).

1.1. Skarżący przedstawił stan faktyczny sprawy, która jest podstawą skargi konstytucyjnej.

Przeciwko skarżącemu toczy się postępowanie karne o przestępstwo z art. 18 § 1 w związku z art. 160 § 1 i 2 oraz art. 155 w związku z art. 11 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2016 r. poz. 1137) oraz o przestępstwo z art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 2015 r. poz. 464, ze zm.). Skarżący w toku postępowania został zatrzymany, a następnie tymczasowo aresztowany.

21 października 2014 r. prokurator przesłał do obrońcy skarżącego za pomocą faksu pismo informujące, że 23 października 2014 r. w zakładzie karnym, w którym przebywa skarżący, przeprowadzona zostanie czynność procesowa polegająca na pobraniu od skarżącego materiału biologicznego do badań genetycznych. Tego samego dnia listownie oraz następnego dnia za pomocą faksu obrońca skarżącego zwrócił się do prokuratora o wstrzymanie wykonania pobrania materiału do badań genetycznych z uwagi na niedoręczenie obrońcy postanowienia w tym przedmiocie. Obrońca skarżącego wniósł jednocześnie o przesłanie informacji, na jaką okoliczność ma być przeprowadzony powyższy dowód, oraz o przełożenie planowanej czynności na termin późniejszy.

22 października 2014 r. prokurator przesłał do obrońcy skarżącego za pomocą faksu pismo informujące o braku podstaw do wstrzymania wykonania planowanej czynności oraz jej przełożenia w czasie. Prokurator wskazał w piśmie, że pobranie materiału do badań genetycznych ma charakter czynności technicznej, nie wymaga składania żadnych oświadczeń przez podejrzanego i tym samym obecność obrońcy nie jest konieczna. Następnego dnia, czyli 23 października 2014 r., w zakładzie karnym została przeprowadzona czynność pobrania od skarżącego materiału biologicznego do badań genetycznych.

30 października 2014 r. obrońca skarżącego wniósł zażalenie na czynność pobrania materiału biologicznego do badań genetycznych, zarzucając m.in. naruszenie art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. przez wykonanie czynności procesowej mimo braku przesłanki „nieodzowności” oraz braku związku między efektami takiej czynności a zarzutami stawianymi skarżącemu, a także naruszenie art. 117 § 2 k.p.k. w związku z przeprowadzeniem czynności pod nieobecność obrońcy, który usprawiedliwił swoją nieobecność i wniósł o niewykonywanie czynności w wyznaczonym terminie. Postanowieniem z 17 listopada 2014 r. prokurator nie uwzględnił powyższego zażalenia.

1.2. Art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. stanowi, że 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. W ocenie skarżącego, przepis ten nie zawiera ograniczeń przedmiotowych wykonania tej czynności i przesłanek stwierdzania „nieodzowności” dokonania wymazu, a także nie wyraża klauzuli subsydiarności stosowania tego środka. W konsekwencji funkcjonariusz Policji może dokonać powyższej czynności według swojego uznania, nie jest w tym zakresie związany żadnymi szczegółowymi przesłankami i nie musi baczyc na związek między przeprowadzaną czynnością a czynem zarzucanym oskarżonemu.

Zdaniem skarżącego, regulacja zawarta w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. narusza art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 Konstytucji, bo poddanie go czynności pobrania materiału biologicznego do badań genetycznych stanowiło ingerencję w sferę jego cielesności i integralności osobowej, chronionych przez konstytucyjne prawo do nietykalności osobistej (art. 41 ust. 1 Konstytucji), oraz naruszało jego prywatność (art. 47 Konstytucji) i doprowadziło do zebrania o nim informacji, które nie były niezbędne w danym postępowaniu (art. 51 ust. 2 Konstytucji). W ocenie skarżącego, ingerencja w sferę jego prywatności miała charakter arbitralny, gdyż nie przedstawiono mu podstaw lub motywów przeprowadzenia tej czynności oraz nie wykazano żadnego związku między potrzebą przeprowadzenia analizowanej czynności a zarzucanymi mu czynami.

Zdaniem skarżącego, arbitralność działania organów była z kolei bezpośrednim następstwem niedostatków regulacji ustawowej. Art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. nie precyzuje bowiem dostatecznie przesłanek uzasadniających ingerencję w integralność fizyczną, prywatność i autonomię informacyjną. Przepis ten posługuje się jedynie klauzulą generalną „nieodzowności”, która nie pozwala jednostce zorientować się, w jakich sytuacjach może być objęta działaniami polegającymi na pobraniu wymazu ze słuzówek. Art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. nie formułuje również przesłanki subsydiarności wykonania powyższej czynności, co nie wyłącza możliwości pobrania materiału do badań genetycznych również wówczas, gdy jest to metoda wygodna, użyteczna lub mogąca stanowić środek zwykłej szyki czy dodatkowej dolegliwości dla oskarżonego.

1.3. Skarżący zwrócił również uwagę, że przepisy k.p.k. nie przewidują sądowej kontroli decyzji funkcjonariusza Policji o pobraniu materiału biologicznego do badań genetycznych. Na zasadach ogólnych (art. 302 § 2, art. 467 § 1 i art. 465 § 3 k.p.k.) możliwe jest jedynie zaskarżenie wykonanej czynności do prokuratora nadzorującego prowadzone postępowanie przygotowawcze. Zaskarżony przepis nie przewiduje możliwości uruchomienia sądowej kontroli decyzji o pobraniu materiału biologicznego do badań genetycznych, zarówno o charakterze wstępnym, jak i następczym, co w ocenie skarżącego wskazuje na niezgodność art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Skarżący wskazał na rolę sądu w postępowaniu przygotowawczym jako organu podejmującego decyzje o charakterze gwarancyjnym z punktu widzenia zapewnienia ochrony i poszanowania praw jednostki. Jednocześnie podniósł, że nie do zaakceptowania jest sytuacja, gdy ustawodawca stosuje odmienne standardy w zakresie dostępności ochrony sądowej obywatela w postępowaniu przygotowawczym. Skarżący zajął stanowisko, że skoro gwarancją poszanowania prawa do tajemnicy komunikowania się na etapie postępowania przygotowawczego jest obowiązek uzyskania decyzji sądu o ewentualnym dopuszczeniu dowodu z przesłuchania osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej czy też zastosowaniu tzw. podsłuchu, to podobna gwarancja powinna znaleźć zastosowanie do ingerencji w inne prawa jednostki, aczkolwiek należące do tej samej grupy wolności i praw osobistych, czyli prawo do prywatności, nietykalności cielesnej i ochrony danych osobowych.

1.4. Skarżący wskazał również jako dodatkowy wzorzec kontroli art. 8 Konwencji, celem dopełnienia i uzupełnienia argumentacji dotyczącej naruszenia art. 47 Konstytucji. W jego ocenie, art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. nie spełnia wyrażonych w art. 8 Konwencji warunków przewidywalności i precyzyjności ograniczenia prawa do prywatności. Przepis ten pozwala na swobodne ingerowanie w integralność osobistą człowieka, nie wytycza organom w dostateczny sposób granic swobodnego uznania i nie zabezpiecza oskarżonego w żaden sposób przed konsekwencjami dyskrecjonalności wykorzystania tej czynności.

2. Marszałek Sejmu w piśmie z 20 kwietnia 2016 r. wniósł o stwierdzenie, że 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 oraz że 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. Ponadto Marszałek Sejmu wniósł o umorzenie postępowania w pozostałym zakresie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

2.1. Na wstępie Marszałek Sejmu zaprezentował wnioski o charakterze formalnym. Wskazał, że na podstawie art. 134 pkt 3 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. z 2016 r. poz. 293; dalej: ustawa o TK z 2015 r.) w tym zakresie sprawy, w jakim zachodzą przesłanki umorzenia postępowania, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej ustawa o TK z 1997 r.).

Marszałek Sejmu zwrócił uwagę, że stosownie do art. 79 ust. 1 Konstytucji wzorcem kontroli w postępowaniach przed Trybunałem wszczętych skargą konstytucyjną mogą być wyłącznie przepisy Konstytucji. W związku z tym wniósł o umorzenie postępowania w zakresie dotyczącym badania zgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 8 Konwencji, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku, na podstawie 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.

Zdaniem Marszałka Sejmu, uwzględniając uzasadnienie skargi konstytucyjnej w niniejszej sprawie oraz zasadę *falsa demonstratio non nocet*, przedmiotem kontroli w zakresie badania zgodności z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji powinien być 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.

Marszałek Sejmu poddał jednocześnie pod rozwałę Trybunału, czy istota zarzutów skarżącego dotycząca zgodności kwestionowanej regulacji z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji jest rzeczywiście związana z treścią zaskarżonego art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. Przepis ten w swojej treści nie odnosi się bowiem do kwestii zaskarżalności decyzji funkcjonariusza Policji o przeprowadzeniu czynności pobrania wymazu ze służówki policzków. Marszałek Sejmu wskazał, że brak możliwości zaskarżenia tej czynności wynika z normy prawnej odczytanej łącznie z art. 302 § 2, art. 465 § 3 i art. 467 § 1 k.p.k., które to przepisy zostały również ujawnione w sentencji postanowienia prokuratora w przedmiocie zażalenia na czynności funkcjonariuszy Policji, które skarżący wskazał jako ostateczne rozstrzygnięcie w sprawie (w ocenie Marszałka Sejmu w postanowieniu z 17 listopada 2014 r. omyłkowo zamiast art. 467 § 1 k.p.k. powołano art. 457 § 1 k.p.k.). Niemniej Marszałek Sejmu zwrócił uwagę, że k.p.k. niejednolicie reguluje kwestię zaskarżalności czynności podejmowanych w toku postępowania przygotowawczego i w kodeksie można odnaleźć przepisy szczególne, które stanowią podstawę prawną do złożenia zażalenia na konkretną czynność do sądu (np. zażalenie na przeszukanie lub zatrzymanie rzeczy – art. 236 k.p.k.).

2.2. Marszałek Sejmu, analizując cel wprowadzenia do porządku prawnego art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. oraz jego otoczenie normatywne, zwrócił uwagę, że przepis ten stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 74 § 1 k.p.k., wedle której oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Zasada ta nie oznacza bowiem, że oskarżony nie jest zobowiązany do znoszenia pewnych działań na sobie lub swoim ciele, które zmierzają do pozyskania dowodów – nie ma jedynie obowiązku aktywnego w nich udziału.

Art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. określa przesłankę pozytywną i negatywną dopuszczalności pobrania od oskarżonego wymazu ze śluzówki policzków. Przesłanką pozytywną jest nieodzowność przeprowadzenia tej czynności, która zarówno z językowego punktu widzenia, jak i w doktrynie prawa procesowego rozumiana jest jako sytuacja, w której bez tego dowodu nie można się obyć, zaś „nieodzowność” należy łączyć ze znaczeniem dowodu z badań DNA dla danej sprawy. Przesłanką negatywną jest z kolei obawa, że czynność ta zagrażałaby zdrowiu oskarżonego lub innych osób.

2.3. Badania DNA mogą stanowić źródło wiedzy o osobie; wiedza ta powinna być szczególnie chroniona, gdyż dotyczy kwestii osobistych i intymnych. Dlatego w ocenie Marszałka Sejmu art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. wkracza w sferę nietykalności cielesnej, o której mowa w art. 41 ust. 1 Konstytucji, oraz w prywatność, o której mowa w art. 47 Konstytucji.

Marszałek Sejmu zwrócił uwagę na możliwość odmiennej kwalifikacji próbek z materiałem biologicznym pobranym do badań DNA w perspektywie art. 51 ust. 2 Konstytucji i ochrony danych osobowych. Z jednej strony, w komentarzu do rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R(92)1 w sprawie wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym wskazuje się, że sam zbiór próbek nie stanowi danych osobowych podlegających przepisom o ochronie danych osobowych, co jest dopiero możliwe po ich analizie i uzyskaniu stosownych informacji. Z drugiej strony, w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC) wskazuje się, że informacje zawarte w próbkach biologicznych przechowywanych do badań genetycznych stanowią dane osobowe (zob. orzeczenie ETPC z 4 grudnia 2008 r. w sprawie S. i Marper przeciwko Wielkiej Brytanii, skargi nr 30562/04 i 30566/04 – orzeczenie pochodzi z bazy orzeczeń ETPC HUDOC, hudoc.echr.coe.int).

2.4. W ocenie Marszałka Sejmu, ograniczenia nietykalności cielesnej, prywatności i autonomii informacyjnej, wynikające z art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., spełniają test proporcjonalności, wynikający z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Ograniczenie powyższych wartości konstytucyjnych nastąpiło w celu zagwarantowania bezpieczeństwa oraz porządku publicznego. Uzasadnieniem regulacji zawartej w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. jest bowiem dążenie do ustalenia prawdy materialnej w postępowaniu karnym, sprawność i przeciwdziałanie przewlekłości postępowania karnego, zwalczanie przestępstw i zapobieganie ich popełnieniu w przyszłości, zabezpieczenie interesów pokrzywdzonego, a w dalszej konsekwencji zapewnienie społecznego poczucia sprawiedliwości.

Kwestionowany przepis wskazuje przesłanki dopuszczalności pobrania wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego – pozytywną („nieodzowność”) i negatywną (obawa, że czynność może zagrażać zdrowiu podejrzanego lub innych osób). Nie jest zatem trafne stwierdzenie skarżącego, że ustawa nie określa przesłanek podejmowania powyższej czynności, a swoboda organu jest nieograniczona. W ocenie Marszałka Sejmu, pobranie wymazu ze śluzówki jest nieodzowne wówczas, gdy jest konieczne, niezbędne w postępowaniu karnym, co może wynikać z różnych okoliczności. Jednocześnie ustawodawca, posługując się w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. wyrażeniem niedookreślonym („nieodzowność”), pozostawił jego doprecyzowanie organom stosującym prawo, które muszą je wypełnić treścią każdorazowo w oparciu o elementy konkretnego stanu faktycznego. Zdaniem Marszałka Sejmu, zabieg ten nie jest niedopuszczalny w świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału (zob. wyroki TK z: 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02, OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 7; 13 grudnia 2011 r., sygn. K 33/08, OTK ZU nr 10/A/2011, poz. 116 oraz 10 grudnia 2012 r., sygn. K 25/11, OTK ZU nr 11/A/2012, poz. 132).

Badania DNA są powszechnie przyjętą metodą dowodową w postępowaniu karnym, zaś ze względu na unikatowość i niepowtarzalność kodu genetycznego człowieka oraz wysoką

siłę dyskryminacji badań DNA, mają one silną i uznaną moc dowodową. Badania te stały się skutecznym narzędziem identyfikacji sprawców przestępstw oraz ich powiązań z miejscem popełnienia czynu zabronionego.

Zdaniem Marszałka Sejmu, ustawową przesłankę „nieodzowności” należy rozumieć jako nakaz sięgania po środek z 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 do realizacji celów, które mogłyby zostać osiągnięte dzięki pobraniu materiału biologicznego.

Jednocześnie stopień wkroczenia w prawo do nietykalności cielesnej, prywatności i autonomii informacyjnej przez regulację z art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. nie może zostać uznany, w ocenie Marszałka Sejmu, za nadmierny. Sposób pobrania materiału biologicznego ingeruje w nietykalność cielesną w sposób minimalny i nie wiąże się z przerwaniem powłok ciała. Układy analityczne wybrane do kryminalistycznej analizy DNA nie zawierają informacji na temat określonych cech dziedzicznych. Z kolei czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków nie zawsze jest czynnością niekorzystną dla oskarżonego – rezultat badań DNA może przemawiać za jego niewinnością.

W związku z powyższym, zdaniem Marszałka 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.

2.5. Art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., odczytywany w kontekście art. 302 § 2, art. 465 § 3 i art. 467 § 1 k.p.k., wskazuje, że na czynność pobrania wymazu śluzówki policzków do badań genetycznych przeprowadzoną przez funkcjonariusza Policji w postępowaniu przygotowawczym zażalenie do sądu nie przysługuje, mimo że czynność ta stanowi wkroczenie w konstytucyjnie chronione dobra. Zdaniem Marszałka Sejmu, art. 77 ust. 2 Konstytucji stanowi tym samym adekwatny wzorzec kontroli, zaś wynik tej kontroli wskazuje na naruszenie tej normy konstytucyjnej.

Odwołując się do orzecznictwa Trybunału, Marszałek Sejmu zwrócił również uwagę, że standardem realizacji prawa do sądu wynikającego z art. 45 ust. 1 Konstytucji w postępowaniu przygotowawczym jest pozytywny obowiązek ustawodawcy ustanowienia regulacji prawnej, która zapewni rozpatrzenie sprawy przez sąd na żądanie zainteresowanego. Za kontrolą sądową czynności określonych w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. przemawia także ujęcie przesłanki pozytywnej tej czynności w sposób nieostry – badanie przez sądy prawidłowości stosowania niedookreślonych wyrażeń ustawowych służy ujednoliceniu sposobu ich rozumienia i zapobieganiu nieprzewidywalności rozstrzygnięć zapadających w indywidualnych sprawach. Ponadto art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. jest wyjątkiem od zasady *nemo se ipse accusare tenetur*, zaś wyjątek ten powinien być objęty kontrolą odwoławczą przez niezawisły sąd.

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

3. Prokurator Generalny w piśmie z 5 października 2016 r. wniósł o stwierdzenie, że 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 oraz że art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. w zakresie, w jakim nie przewiduje sądowej kontroli czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków podejrzanego przez funkcjonariuszy Policji w postępowaniu przygotowawczym, jest zgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji. Ponadto Prokurator Generalny wniósł o umorzenie postępowania w pozostałym zakresie ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia.

3.1. Prokurator Generalny w swoim stanowisku przedstawił treść przepisów dotyczących pobierania materiału biologicznego do badań DNA w postępowaniu karnym, analizy próbek biologicznych i ich przechowywania, a także obszernie zacytował poglądy prezentowane w literaturze na ten temat. Prokurator Generalny przywołał również fragmenty uzasadnień orzeczeń Trybunału, dotyczące interpretacji przepisów Konstytucji będących wzorcami kontroli w niniejszym postępowaniu.

3.2. Prokurator Generalny uznał, że czynność pobrania materiału genetycznego ingeruje w konstytucyjne prawa jednostki do zachowania nietykalności osobistej, prywatności i zachowania autonomii informacyjnej. Niemniej tego rodzaju ingerencja, podjęta w postępowaniu przygotowawczym, jest w tym postępowaniu nie tylko przydatna, ale też konieczna oraz proporcjonalna *sensu stricto* w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Prokurator Generalny zwrócił uwagę, że ustawodawca ustanowił wyraźny zakaz analizy próbek materiału genetycznego w innym celu niż stworzenie profilu DNA dla potrzeb wykrywczych, dowodowych lub identyfikacyjnych. Jednocześnie dane dotyczące kodu genetycznego mogą obejmować wyłącznie informacje o niekodującej części DNA oraz nie mogą być przetwarzane w innym celu niż ten, dla którego zostały pozyskane.

Analizując test proporcjonalności ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych z art. 31 ust. 3 Konstytucji Prokurator Generalny stwierdził, że pobranie od podejrzanego przez funkcjonariuszy Policji próbki materiału genetycznego w postępowaniu przygotowawczym w celu stworzenia z niej profilu DNA jest w tym postępowaniu przydatne ze względu na wysoką wartość dowodową analizy DNA. Może to prowadzić do skrócenia czasu trwania procesu, a tym samym zwiększenia efektywności wymiaru sprawiedliwości.

Oceniana czynność pobrania materiału biologicznego jest w postępowaniu przygotowawczym konieczna w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji, bo „[j]ednym z dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji jest bezpieczeństwo publiczne. Walka z przestępczością niewątpliwie służy ochronie tego dobra. Poza tym niepowtarzalność dowodu z analizy DNA w postępowaniu karnym powoduje, że nie może on być zastąpiony innym, równie skutecznym, dowodem, ponieważ – jeśli uwzględni się aktualny stan wiedzy – inny, równie skuteczny, dowód po prostu nie istnieje”.

Spełniona jest również przesłanka proporcjonalności *sensu stricto*, bo czynność wymazu z policzków jest działaniem minimalnie inwazyjnym. Nie bez znaczenia jest również sposób dalszego procedowania z próbką materiału genetycznego, w tym warunki jej przechowywania i zniszczenia. W konsekwencji 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.

3.3. Prokurator Generalny wniósł o umorzenie, na podstawie art. 83 ust. 1 w związku z art. 40 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK, postępowania w zakresie badania zgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 8 Konwencji, ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia. Z uwagi na wyraźne brzmienie art. 79 ust. 1 Konstytucji wzorcem kontroli w postępowaniu inicjowanym skarga konstytucyjną nie mogą być przepisy umów międzynarodowych.

3.4. Prokurator Generalny nie podzielił poglądu skarżącego, że realizowana przez prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem przygotowawczym kontrola dokonywanej w tym postępowaniu przez funkcjonariuszy Policji czynności pobrania wymazu ze służówki policzków podejrzanego jest niewystarczająca. Wniosek taki uzasadnia zarówno istota tej czynności, jak i jej konsekwencji procesowe.

Prokurator Generalny zwrócił uwagę, że pobranie próbki materiału genetycznego jest w istocie czynnością techniczną, zaś próbka biologiczna *per se* nie zawiera żadnej informacji

o osobie, od której ją pobrano, bez dopuszczania dowodu z opinii biegłego w celu stworzenia profilu DNA. Nie ma zatem potrzeby, aby prawidłowość przeprowadzenia czynności technicznej kontrolował sąd.

II

Na rozprawie 11 października 2016 r. uczestnicy postępowania podtrzymali stanowiska zajęte na piśmie i udzielili Trybunałowi dalszych wyjaśnień.

Ponadto pełnomocnik skarżącego złożył oświadczenie o cofnięciu skargi konstytucyjnej w zakresie badania zgodności art. 74 § 2 pkt 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, ze zm.) z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.).

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Dopuszczalność skargi konstytucyjnej.

1.1. Trybunał Konstytucyjny jest uprawniony do badania na każdym etapie rozpoznania sprawy, czy nie zachodzi jedna z ujemnych przesłanek skutkujących obligatoryjnym umorzeniem postępowania (por. np. postanowienia z: 21 marca 2000 r., sygn. SK 6/99, OTK ZU nr 2/2000, poz. 66; 5 grudnia 2001 r., sygn. K 31/00, OTK ZU nr 8/2001, poz. 269; 28 października 2002 r., sygn. SK 21/01, OTK ZU nr 5/A/2002, poz. 78; 30 maja 2007 r., sygn. SK 67/06, OTK ZU nr 6/A/2007, poz. 64; 14 listopada 2007 r., sygn. SK 53/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 139; 18 listopada 2009 r., sygn. SK 12/09, OTK ZU nr 10/A/2009, poz. 158). W szczególności możliwe jest przeprowadzenie badania skargi konstytucyjnej pod kątem spełnienia przesłanek postępowania, w tym przesłanek formalnych, także po zakończeniu określonej w art. 50 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1157; dalej: ustawa o TK) procedury wstępnej kontroli, i umorzenie postępowania w sytuacji, gdy wydanie orzeczenia byłoby niedopuszczalne ze względu na ujawnione dopiero na tym etapie postępowania przeszkody (w niniejszej sprawie procedura wstępnej kontroli została przeprowadzona na podstawie art. 49 w związku z art. 36 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym, Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK z 1997 r.). Składu rozpoznającego sprawę nie wiąże bowiem stanowisko zajęte w zarządzeniu lub postanowieniu Trybunału wydanym w ramach rozpoznania wstępnego (zob. postanowienia TK z: 8 kwietnia 2008 r., sygn. SK 80/06, OTK ZU nr 3/A/2008, poz. 51 i 30 czerwca 2008 r., sygn. SK 15/07, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 98 oraz powołane tam orzecznictwo).

W związku z powyższym również na obecnym etapie rozpoznania sprawy Trybunał jest uprawniony do zbadania, czy skarga konstytucyjna Marka Haslika spełnia wszystkie wymagania określone w art. 79 Konstytucji oraz we właściwych przepisach ustawy o TK.

Trybunał zwraca uwagę, że 16 sierpnia 2016 r. weszła w życie ustawa o TK, której art. 83 ust. 1 stanowi, że w sprawach wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy niniejszej ustawy. Z tego względu w analizowanej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy o TK, mimo iż procedura wstępnej kontroli została przeprowadzona na podstawie przepisów ustawy o TK z 1997 r.

1.2. Skarżący wniósł o zbadanie zgodności 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 oraz art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji, a także z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.; dalej: Konwencja).

Trybunał zwrócił uwagę, że skarżący jako wzorzec kontroli wskazał m.in. art. 8 Konwencji, a zatem przepis ratyfikowanej umowy międzynarodowej. Tymczasem, stosownie do art. 79 Konstytucji, podstawą skargi konstytucyjnej może być jedynie naruszenie konstytucyjnej wolności lub prawa, a w konsekwencji Trybunał może badać zgodność aktu normatywnego jedynie z Konstytucją. W wypadku skargi konstytucyjnej umowy międzynarodowej, w tym Konwencji, nie mogą stanowić właściwego wzorca kontroli (zob. np. wyroki TK z: 8 czerwca 1999 r., sygn. SK 12/98, OTK ZU nr 5/1999, poz. 96 i 14 grudnia 2005 r., sygn. SK 61/03, OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 136 oraz postanowienia TK z: 21 lipca 2009 r., sygn. SK 61/08, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 120 i 5 lipca 2011 r., sygn. SK 3/10, OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 64).

W związku z powyższym Trybunał, na podstawie art. 40 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK, postanowił umorzyć postępowanie w zakresie badania zgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 8 Konwencji, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Trybunał wziął pod uwagę, że pełnomocnik skarżącego podczas rozprawy złożył oświadczenie o cofnięciu skargi konstytucyjnej w zakresie badania zgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 8 Konwencji. Niemniej Trybunał stwierdził, że nie wywarło ono skutków prawnych, bo zgodnie z art. 32 ust. 2 ustawy o TK wnioskodawca może wycofać skargę jedynie do rozpoczęcia rozprawy.

1.3. Skarżący przedmiotem kontroli uczynił art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., stosownie do którego „[o]skarżony jest jednak 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”. Z kolei jako wzorce kontroli zostały wskazane dwie grupy przepisów: art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Stosownie do art. 79 ust. 1 Konstytucji prawo do wniesienia skargi konstytucyjnej przysługuje każdemu, kto uzyskał rozstrzygnięcie, w którym sąd lub organ administracji publicznej – na podstawie kwestionowanego aktu normatywnego – orzekł ostatecznie o wolnościach, prawach albo obowiązkach skarżącego, naruszając konstytucyjne prawa lub wolności skarżącego. Jak wskazał już Trybunał, „[o] naruszeniu praw lub wolności konstytucyjnych danego podmiotu można mówić wówczas, gdy organ władzy publicznej poprzez wydanie konkretnego orzeczenia w sposób nieusprawiedliwiony wkroczył w sferę przysługujących temu podmiotowi praw lub wolności konstytucyjnych, albo prawom tym lub wolnościom odmówił ochrony lub też ich urzeczywistnienia” (postanowienie TK z 6 października 1998 r., sygn. Ts 56/98, OTK ZU nr 5/1998, poz. 84). W konsekwencji w sprawie skarżącego musi zapaść rozstrzygnięcie, w którym sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach, prawach albo obowiązkach skarżącego, naruszając te konstytucyjne prawa lub wolności skarżącego, które następnie zostały wskazane w skardze konstytucyjnej jako wzorce kontroli.

Skarżący jako orzeczenie, które ostatecznie miało rozstrzygnąć o jego prawach lub wolnościach konstytucyjnych, których ochrony domaga się w trybie skargi konstytucyjnej,

wskazał postanowienie prokuratora o nieuwzględnieniu zażalenia na czynność pobrania materiału biologicznego do badań genetycznych. W zażaleniu tym skarżący zarzucił m.in. naruszenie art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. przez wykonanie czynności procesowej mimo braku przesłanki „nieodzowności” oraz braku związku między efektami takiej czynności a zarzutami mu stawianymi. W skardze konstytucyjnej skarżący wskazał, że powyższe postanowienie prokuratora naruszyło szeroko rozumiane jego prawo do prywatności, wywodzone z art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, oraz prawo do sądu, wywodzone z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Trybunał zwrócił uwagę, że o ile postanowienie prokuratora o nieuwzględnieniu zażalenia na czynność pobrania materiału biologicznego do badań genetycznych dotyczyło kwestii ingerencji w sferę prywatności skarżącego w toku postępowania karnego, o tyle nie dotyczyło ono zupełnie możliwości zaskarżenia tego rodzaju postanowienia do sądu. Również skarżący w zażaleniu, wskazując przedmiotowy zakres środka zaskarżenia, nie kwestionował braku możliwości zaskarżenia do sądu postanowienia prokuratora w przedmiocie zażalenia na czynność pobrania materiału biologicznego do badań genetycznych.

W związku z tym Trybunał uznał, że skarżący, inicjując niniejsze postępowanie skargą konstytucyjną, nie dysponował ostatecznym orzeczeniem zapadłym w jego sprawie, w którym sąd lub organ administracji publicznej ostatecznie orzekł o jego wolnościach, prawach albo obowiązkach w sposób naruszający przysługujące skarżącemu prawo do sądu, które to prawo skarżący, wyprowadzając je z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji, wskazał jako wzorzec kontroli w niniejszym postępowaniu.

Trybunał przypomina, że jeżeli skarżący zamierza kwestionować w drodze skargi konstytucyjnej akt normatywny z tego względu, że nie przyznaje on skarżącemu drogi sądowej w określonej sprawie, musi uzyskać ostateczne orzeczenie o odrzuceniu środka prawnego, mającego inicjować postępowanie przed sądem (por. L. Bosek, M. Wild, *Kontrola konstytucyjności prawa. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2014, s. 137; M. Wiącek, *Formalne przesłanki skargi konstytucyjnej (w świetle orzecznictwa TK)*, „Państwo i Prawo” z. 9/2011, s. 23-25). Trybunał wskazywał już, że „[w] przypadku gdy przedmiotem skargi konstytucyjnej jest przepis przewidujący, że w danym przypadku środek odwoławczy nie przysługuje, należy mimo to wnieść środek zaskarżenia, aby uzyskać rozstrzygnięcie wydane w oparciu o normę prawną, która wyłącza możliwość zaskarżenia orzeczenia (postanowienie o odrzuceniu środka odwoławczego)” (postanowienie TK z 21 czerwca 2010 r., sygn. Ts 243/09, OTK ZU nr 6/B/2010, poz. 454; por. także postanowienie TK z 10 marca 2015 r., sygn. SK 65/13, OTK ZU nr 3/A/2015, poz. 35).

W związku z powyższym Trybunał, na podstawie art. 40 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK, postanowił umorzyć postępowanie w zakresie badania zgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Trybunał pragnie podkreślić, że gdyby skarżący w niniejszym postępowaniu dysponował ostatecznym orzeczeniem, w którym sąd lub organ administracji publicznej ostatecznie orzekłby o jego konstytucyjnym prawie do sądu, Trybunał poddałby analizie istotne zagadnienie, czy ze standardu konstytucyjnego wynika konieczność kontroli przez sąd decyzji funkcjonariusza Policji o wykonaniu czynności pobrania materiału biologicznego do badań genetycznych.

1.4. W konsekwencji Trybunał uznał, że w niniejszym postępowaniu analizie podlega zgodność art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 41 ust. 1, art. 47 oraz art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

2. Wzorce kontroli.

2.1. Skarżący jako wzorce kontroli wskazał art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Zgodnie z art. 41 ust. 1 „Każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie”. W perspektywie niniejszej sprawy podstawowy jest ten fragment przepisu, który gwarantuje każdemu nietykalność osobistą.

Nietykalność osobistą można określić jako zagwarantowaną możliwość utrzymywania przez jednostkę swej tożsamości i integralności zarówno fizycznej, jak i psychicznej oraz zakaz jakiegokolwiek bezpośredniej ingerencji z zewnątrz, naruszającej tę integralność (por. P. Sarnecki, uwagi do art. 41, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, t. 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003; wyroki TK z: 6 października 2009 r., sygn. SK 46/07, OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 132; 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 20; 11 października 2011 r., sygn. K 16/10, OTK ZU nr 8/A/2011, poz. 80 oraz 17 maja 2012 r., sygn. K 10/11, OTK ZU nr 5/A/2012, poz. 51). Trybunał zwracał już uwagę, że istota nietykalności osobistej wiąże się nie tylko z nietykalnością cielesną, ale „polega na nienaruszalności integralności cielesnej i duchowej człowieka, którego tożsamość określa nie tylko ciało, ale również wewnątrz psychiczne” (wyrok TK z 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07; por. także P. Karlik, P. Wiliński, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 991-992).

Nietykalność osobista ma szczególnie silny związek z przyrodzoną godnością ludzką (por. wyroki TK z: 6 października 2009 r., sygn. SK 46/07; 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07; 11 października 2011 r., sygn. K 16/10; 17 maja 2012 r., sygn. K 10/11 oraz 28 lipca 2014 r., sygn. K 16/12, OTK ZU nr 7/A/2014, poz. 78), czego przejawem jest m.in. zakaz poddawania człowieka eksperymentom naukowym, w tym medycznym, bez dobrowolnie wyrażonej zgody, wynikający art. 39 Konstytucji, oraz zakaz stosowania tortur, okrutnego, niehumanitarnego i poniżającego traktowania i karania, w tym zakaz stosowania kar cielesnych, wynikający art. 40 Konstytucji (por. P. Karlik, P. Wiliński, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 992).

Na gruncie art. 41 ust. 1 Konstytucji uwidacznia się również związek między wolnością osobistą a nietykalnością osobistą. Trybunał wielokrotnie zwracał już uwagę, 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”. W takim rozumieniu wolności – „nietykalność osobista” stanowi jej aspekt negatywny, gwarantujący „wolność od” wkraczania w sferę integralności wewnętrznej i zewnętrznej każdego człowieka, natomiast pojęcie „wolności osobistej” pokrywa się z jej aspektem pozytywnym, chroniącym najszerzej ujmowaną możliwość realizacji woli i zachowań człowieka (por. wyroki TK z: 18 lutego 2004 r., sygn. P 21/02, OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 9; 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07 oraz 11 października 2011 r., sygn. K 16/10; P. Karlik, P. Wiliński, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 993). W konsekwencji nietykalność osobista stanowi konieczny i istotny warunek realizacji wolności osobistej człowieka w państwie demokratycznym, zaś jej poszanowanie jest gwarancją realizacji wolności osobistej (por. wyroki TK z: 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07 oraz 5 marca 2013 r., sygn. U 2/11, OTK ZU nr 3/A/2013, poz. 24).

Prawo do wolności osobistej, a także nietykalności osobistej, nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom. Wyraz temu dał sam ustrojodawca, bo zgodnie ze

zdaniem drugim art. 41 ust. 1 Konstytucji pozbawienie lub ograniczenie wolności osobistej może nastąpić na zasadach i w trybie określonych w ustawie. Swoboda ustawodawcy w tym zakresie nie jest jednak nieograniczona, gdyż regulacje ustawowe ograniczające konstytucyjnie chronione prawa i wolności muszą także spełniać warunki wyrażone w art. 31 ust. 3 Konstytucji (por. wyroki TK z: 6 października 2009 r., sygn. SK 46/07 oraz 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07).

W związku z powyższym z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji wynika nakaz skierowany do ustawodawcy, aby ograniczając wolność osobistą jednostki, nie tylko czynił to zgodnie z wymogami zasady proporcjonalności, ale również zawsze określał zasady i tryb ograniczenia wolności osobistej. Jak wskazał Trybunał, „[p]ojęcie zasad, które ograniczają wolność osobistą, nie jest odwołaniem się do kategorii zasad prawnych, czyli szczególnie ważnych przepisów prawnych (norm) danej regulacji. Konieczność określenia zasad ograniczenia wolności osobistej w ustawie oznacza, że w regulacji ustawowej winny być zamieszczone wszystkie bezpośrednie materialnoprawne przesłanki ograniczenia wolności osobistej. Natomiast wymóg określenia w danej regulacji ustawowej ograniczającej wolność osobistą trybu ograniczenia tej wolności oznacza, że ustawowe ograniczenie tej wolności winno zawierać również wszystkie przesłanki określające bezpośrednio tryb (procedurę) ograniczenia wolności osobistej. Z art. 41 ust. 1 zdania drugiego Konstytucji wynika, zdaniem Trybunału, skierowany do ustawodawcy ograniczającego w danej regulacji wolność osobistą, nakaz zamieszczania w takiej regulacji wszystkich materialnoprawnych i proceduralnych przesłanek określających bezpośrednio ograniczenie wolności osobistej” (wyrok TK z 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07). Mając na uwadze powyższe, Trybunał wskazywał na przykład na naruszenie standardu wynikającego z art. 41 ust. 1 Konstytucji w sytuacji, gdy pozbawienie wolności następowało z naruszeniem odpowiednich gwarancji proceduralnych, których respektowania wymaga ustawa zasadnicza (por. wyrok TK z 5 lipca 2005 r., sygn. SK 26/04, OTK ZU nr 7/A/2005, poz. 78).

2.2. Skarżący jako kolejny wzorzec kontroli wskazał art. 47 Konstytucji, zgodnie z którym „[k]ażdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”, a zatem szeroko rozumiane prawo do prywatności. Jak trafnie podnosi się w literaturze, „sferą życia prywatnego objęte są takie okoliczności, w stosunku do których, można przyjąć prymat interesu jednostki nad interesem publicznym, domniemanie przewagi prawa jednostki do bycia pozostawioną samej sobie nad interesem publicznym bądź interesem innych podmiotów” (M. Wild, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 1175). Prawo do ochrony życia prywatnego oznacza tym samym, że państwo z jednej strony zobowiązuje się do nieingerowania w konstytucyjnie określony zakres życia jednostki, a z drugiej strony zapewnia jej w tym zakresie stosowną ochronę (por. wyrok TK z 9 lipca 2009 r., sygn. SK 48/05, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 108).

Prawo do ochrony życia prywatnego ma charakter szczególny w systemie praw i wolności konstytucyjnych, bo – stosownie do art. 233 ust. 1 Konstytucji – nie może być ograniczone nawet w stanach nadzwyczajnych. To znaczy, że nawet warunki tak wyjątkowe i ekstremalne nie zezwalają ustawodawcy na złagodzenie przesłanek, przy spełnieniu których można wkroczyć w sferę życia prywatnego, nie narażając się na zarzut niekonstytucyjnej arbitralności (por. wyroki TK z: 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02, OTK ZU nr 6/A/2002, poz. 83; 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04, OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 64; 20 marca 2006 r., sygn. K 17/05, OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 30; 5 marca 2013 r., sygn. U 2/11; 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, OTK ZU nr 7/A/2014, poz. 80 oraz 4 listopada 2014 r., sygn. SK 55/13, OTK ZU nr 10/A/2014, poz. 111). Jednocześnie do prawa do prywatności w pełni odnosi się konstytucyjne unormowanie zasad ogólnych wolności, praw i obowiązków człowieka i obywatela.

la, zawarte w rozdziale I i II Konstytucji. Zgodnie z tymi zasadami podstawowym celem i zadaniem państwa polskiego jest zapewnienie wolności i praw człowieka i obywatela (art. 5) oraz uznanie w art. 30 Konstytucji przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka za źródło wolności i praw człowieka i obywatela (por. wyroki TK z: 19 maja 1998 r., sygn. U 5/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 46 oraz 20 kwietnia 2004 r., sygn. K 45/02, OTK ZU nr 4/A/2004, poz. 30).

Jak zwrócił uwagę Trybunał, poszanowanie prywatności jest ściśle powiązane z konstytucyjnym nakazem ochrony godności ludzkiej, wyrażonym w art. 30 Konstytucji. „Zachowanie przez człowieka godności wymaga bowiem poszanowania jego sfery czysto osobistej, tak by tenże nie był narażony na konieczność «bycia z innymi» czy «dzielenia się z innymi» swoimi przeżyciami czy doznaniem o intymnym charakterze. Sfera prywatna jest zbudowana z różnych kręgów w mniejszym lub większym stopniu otwartych (prawnie) na oddziaływanie zewnętrzne i konstytucyjna aprobata dla władczego wkroczenia przez władzę nie jest jednakowa” (wyroki TK z: 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 132; 5 marca 2013 r., sygn. U 2/11 oraz 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11).

Ochrona życia prywatnego, o której stanowi art. 47 Konstytucji, obejmuje między innymi autonomię informacyjną, która oznacza prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących siebie, jak również prawo do kontrolowania tych informacji, jeżeli znajdują się w dyspozycji innych podmiotów (por. wyroki TK z: 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04; 6 grudnia 2005 r., sygn. SK 7/05, OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 129; 20 marca 2006 r., sygn. K 17/05; 17 czerwca 2008 r., sygn. K 8/04, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 81; 13 grudnia 2011 r., sygn. K 33/08, OTK ZU nr 10/A/2011, poz. 116; 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11 oraz 18 grudnia 2014 r., sygn. K 33/13, OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 120). Prywatność bowiem „odnosi się m.in. do ochrony informacji dotyczących danej osoby i gwarancji pewnego stanu niezależności, w ramach której człowiek może decydować o zakresie i zasięgu udostępniania i komunikowania innym osobom informacji o swoim życiu” (wyroki TK z: 19 maja 1998 r., sygn. U 5/97 oraz 12 listopada 2002 r., sygn. SK 40/01, OTK ZU nr 6/A/2002, poz. 81).

Jak zauważył Trybunał, „współczesne rozumienie sfery życia prywatnego w odniesieniu do danych osobowych prowadzi do objęcia ochroną każdej informacji osobowej bez względu na jej zawartość treściową – mogą to być zarówno takie informacje, które narażają osobę na uczucie wstydu czy skrępowania, ale i takie, które mają zawartość całkowicie indyferentną z punktu widzenia moralności czy obyczaju” (wyrok TK z 12 listopada 2002 r., sygn. SK 40/01). W związku z tym sfera prywatności jednostki, chroniona na gruncie art. 47 Konstytucji, obejmuje zarówno informacje na temat stanu zdrowia człowieka, bo ochrona danych medycznych ma podstawowe znaczenie dla możliwości korzystania przez jednostkę z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (por. wyrok TK z 26 lutego 2014 r., sygn. K 22/10, OTK ZU nr 2/A/2014, poz. 15), jak również dane o kodzie genetycznym, odnoszące się do cech indywidualnych jednostki.

Prawo do ochrony życia prywatnego, podobnie jak autonomia informacyjna, nie mają charakteru absolutnego i mogą podlegać ograniczeniom zgodnie z zasadą proporcjonalności, między innymi ze względu na potrzeby życia w zbiorowości (por. wyroki TK z: 11 kwietnia 2000 r., sygn. K 15/98, OTK ZU nr 3/2000, poz. 86; 20 marca 2006 r., sygn. K 17/05; 2 lipca 2009 r., sygn. K 1/07, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 104; 26 lutego 2014 r., sygn. K 22/10 oraz 4 listopada 2014 r., sygn. SK 55/13).

2.3. Jako trzeci wzorzec kontroli skarżący wskazał art. 51 ust. 2 Konstytucji, który zakazuje władzom publicznym pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania „innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym”. Mimo iż przepis

ten wydaje się adresowany do ustawodawcy, to jednak należy z niego wywodzić prawo podmiotowe jednostki do ochrony jej autonomii informacyjnej, w tym zwłaszcza ochrony danych osobowych (por. wyrok TK z 22 lipca 2014 r., sygn. K 25/13, OTK ZU nr 7/A/2014, poz. 76). Trybunał zwracał ponadto uwagę, że art. 51 ust. 2 Konstytucji 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 (por. wyrok TK z 17 czerwca 2008 r., sygn. K 8/04).

Autonomia informacyjna, wskazana w art. 51 Konstytucji, jest jednym z komponentów prawa do prywatności w szerokim znaczeniu, przyjętym w art. 47 Konstytucji (por. wyroki TK z: 20 marca 2006 r., sygn. K 17/05; 22 lipca 2014 r., sygn. K 25/13 oraz 18 grudnia 2014 r., sygn. K 33/13). Obejmuje ona, jak wyżej wskazano, prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących siebie, jak również prawo do kontrolowania tych informacji, jeżeli znajdują się w dyspozycji innych podmiotów. W konsekwencji art. 47 i art. 51 Konstytucji pozostają w określonej relacji wzajemnej: prawo do prywatności, statutowane w art. 47, zagwarantowane jest m.in. w aspekcie ochrony danych osobowych, przewidzianej w art. 51. Ten ostatni, rozbudowany przepis, odwołując się aż pięciokrotnie do warunku legalności – *expressis verbis* w ust. 1, 3, 4 i 5 oraz pośrednio przez powołanie się na zasadę demokratycznego państwa prawnego w ust. 2 – stanowi też konkretyzację prawa do prywatności w aspektach proceduralnych (por. wyrok TK z 19 maja 1998 r., sygn. U 5/97).

W związku z powyższym należy przyjąć, że art. 51 Konstytucji stanowi szczególny środek ochrony tych samych wartości, które chronione są za pośrednictwem art. 47 Konstytucji. Prywatność dotyczy bowiem także ochrony informacji dotyczących określonej jednostki, w tym ochrony danych osobowych (por. wyroki TK z: 12 listopada 2002 r., sygn. SK 40/01; 13 grudnia 2011 r., sygn. K 33/08; 22 lipca 2014 r., sygn. K 25/13 oraz 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11). Konstytucja w art. 51 ust. 2 realizuje 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; ograniczenie arbitralności ustawodawcy – ustawa nie może zakresu obowiązku kształtować dowolnie (por. wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04).

Istotą autonomii informacyjnej jest pozostawienie każdej osobie swobody określenia sfery dostępności dla innych wiedzy o sobie. Zasadą powszechnie przyjmowaną wedle takiego ujęcia jest ochrona każdej informacji osobowej i przyznanie podstawowego znaczenia przesłance zgody osoby zainteresowanej na udostępnienie informacji (por. wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04). Niemniej warto zwrócić uwagę, że ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 922; dalej: ustawa o ochronie danych osobowych lub u.o.d.o.) rozróżnia dwa rodzaje danych osobowych: dane zwykłe oraz dane wrażliwe. Ustawa wprowadza również generalny zakaz przetwarzania wymienionych w niej danych wrażliwych, a jednocześnie ustanawia wyjątki od tego zakazu. Pojęcie „danych wrażliwych” występuje również w orzecznictwie Trybunału; akcentuje się konieczność ich szczególnie intensywnej ochrony w ramach prywatności (por. wyroki TK z: 12 listopada 2002 r., sygn. SK 40/01; 20 marca 2006 r., sygn. K 17/05; 11 maja 2007 r., sygn. K 2/07, OTK ZU nr 5/A/2007, poz. 48; 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 86 oraz 18 grudnia 2014 r., sygn. K 33/13). Na kanwie niniejszej sprawy do kategorii „danych wrażliwych” należy zaliczyć również dane ujawniające kod genetyczny określonej osoby, ponieważ odnoszą się one do najbardziej chronionej sfery prywatności jednostki i jej cech indywidualnych (por. wyrok TK z 20 stycznia 2015 r., sygn. K 39/12, OTK ZU nr 1/A/2015, poz. 2; M. Wild, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 1230-1231).

Ochrona autonomii informacyjnej, podobnie jak prawo do prywatności, nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom, zwłaszcza w relacji obywatel – władza publiczna (por. wyrok TK z 17 czerwca 2008 r., sygn. K 8/04). Już z samej treści art. 51 ust. 2 Konstytucji wynika, że władze publiczne mogą pozyskiwać i udostępniać informacje o obywatelach „niezbędne w demokratycznym państwie prawnym”. Ustanowienie w art. 51 ust. 2 Konstytucji odrębnej regulacji dotyczącej proporcjonalności wkraczania w prywatność jednostki należy tłumaczyć tym, że naruszenia autonomii informacyjnej w postaci żądania niekoniecznych, lecz wygodnych dla władzy publicznej, informacji o jednostce, są typowym dla czasów współczesnych instrumentem, po który władza publiczna chętnie sięga i dzięki któremu uzyskuje potwierdzenie swej pozycji wobec jednostki. „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” (por. wyroki TK z: 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02; 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04 oraz 17 czerwca 2008 r., sygn. K 8/04).

Niemniej należy podkreślić, że zawarta w art. 51 ust. 2 Konstytucji przesłanka niezbędności gromadzenia informacji o jednostce w demokratycznym państwie prawnym nie jest przesłanką wyłączną, zaś dopuszczalność ograniczenia autonomii informacyjnej zależy również od spełnienia przesłanek wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji (por. wyroki TK z: 17 czerwca 2008 r., sygn. K 8/04; 22 lipca 2014 r., sygn. K 25/13 oraz 18 grudnia 2014 r., sygn. K 33/13). „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 niezbędności 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” (wyrok TK z 17 czerwca 2008 r., sygn. K 8/04).

3. Problem konstytucyjny.

Problem konstytucyjny w niniejszej sprawie sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy nałożony na oskarżonego w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. obowiązek poddania 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, stanowi proporcjonalne ograniczenie nietykalności osobistej (art. 41 ust. 1 Konstytucji), prawa do ochrony życia prywatnego (art. 47 Konstytucji) i autonomii informacyjnej (art. 51 ust. 2 Konstytucji).

4. Treść zaskarżonego przepisu.

4.1. Art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., będący przedmiotem kontroli w niniejszym postępowaniu, stanowi, że „[o]skarżony jest jednak 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”. Przepis ten został dodany do k.p.k. 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).

Jak wskazano w uzasadnieniu projektu powyższej ustawy, jej celem było „dostosowanie prawa polskiego do standardów europejskich w zakresie wykorzystania badań genetycz-

nych 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” (uzasadnienie projektu ustawy, druk sejmowy nr 3375, IV kadencja, s. 1).

W toku prac legislacyjnych zwrócono ponadto uwagę, że do pobrania materiału genetycznego nie jest wymagana zgoda osoby, od której materiał jest pozyskiwany. W związku z tym wyrażono postulat, aby w wypadku braku zgody osoby, od której ma zostać pobrany materiał do badań genetycznych, decyzję w kwestii, czy jest to nieodzowne i uzasadnione, podejmował sąd lub ewentualnie prokurator nadzorujący postępowanie (por. J. Lipski, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz ustawy Kodeks postępowania karnego* [druk 3375], 17 listopada 2004 r., s. 5).

4.2. Art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. nie był dotychczas przedmiotem pogłębionej analizy ani w literaturze, ani w orzecznictwie sądowym. Zwrócono jedynie uwagę, że pozyskiwanie materiału biologicznego do badań genetycznych stanowi we współczesnych systemach prawnych powszechnie akceptowaną metodę dowodzenia w sprawach karnych (por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1-296. Tom I*, Warszawa 2011, s. 503), zaś samo pobranie próbki może odbyć się także bez zgody oskarżonego (por. W. Grzeszczyk, *Problematyka wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym w świetle przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r.*, „Prokuratura i Prawo” nr 4/2005, s. 49; M. Lewandowska, *Analiza DNA w świetle ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o zmianie ustawy o Policji oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” nr 6/2006, s. 117; J. Kapelańska-Pręgowska, *Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych*, Warszawa 2011, s. 438).

W literaturze wskazuje się ponadto, że celem pobrania materiału biologicznego od oskarżonego w drodze wymazu ze śluzówki policzka jest przeprowadzenie analizy DNA. Wartość dowodowa takiej analizy opiera się na podstawowym założeniu genetyki o niepowtarzalności kodu genetycznego każdego człowieka. Wynik analizy DNA pozwala tym samym z bardzo dużym prawdopodobieństwem ustalić, czy określona próbka materiału biologicznego nie pochodzi od konkretnej osoby, od której został pobrany wymaz ze śluzówki policzka, lub czy dwie próbki mają to samo źródło. Rezultat analizy DNA zależy jednak od wielu czynników, w tym jakości badanego materiału i zastosowanej metody badawczej, i daje jedynie statystyczne prawdopodobieństwo, aczkolwiek bardzo wysokie, że ślad pozostawiony na miejscu przestępstwa pochodzi od określonej osoby. Dlatego dowód z analizy DNA nie może być traktowany jako „superdowód” w postępowaniu karnym i podlega swobodnej ocenie sądu na ogólnych zasadach (por. W. Grzeszczyk, *Problematyka...*, s. 43; J. Kapelańska-Pręgowska, *Prawne...*, s. 398-399 i 437; M. Szczepaniec, *Badania genetyczne DNA na użytek procesu karnego*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” nr 1/2013, s. 179).

4.3. Art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. wskazuje na dwie przesłanki dopuszczalności pobrania od oskarżonego wymazu ze śluzówki policzków. Przesłanką pozytywną jest nieodzowność przeprowadzenia tej czynności. Wskazuje się, że nieodzowność pobrania wymazu ze śluzówki należy kojarzyć ze znaczeniem dowodu z analizy DNA dla danej sprawy, zaś przesłanka ta może mieć związek z np. koniecznością identyfikacji oskarżonego, stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 3a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2015 r. poz. 355, ze zm.; dalej: ustawa o Policji).

Przesłanką negatywną jest z kolei obawa, że przeprowadzenie czynności zagrażałoby zdrowiu oskarżonego lub innych osób. Obawa taka może mieć związek np. z chorobą oskarżonego uniemożliwiającą pobranie wymazu lub zagrożeniem epidemiologicznym

(por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, s. 508; W. Posnow, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 258). Niemniej podnosi się, 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 dezaktualizować obawy, że przeprowadzenie tej czynności zagrażałoby zdrowiu oskarżonego lub innych osób (por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, s. 508-509).

4.4. Trybunał zwrócił również uwagę na przepisy zawarte w innych aktach normatywnych, bezpośrednio dotyczące pobierania próbek biologicznych do analizy DNA na potrzeby postępowania karnego.

Stosownie do § 2 rozporządzenia 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: r.p.b.) pobranie wymazu ze śluzówki policzków wykonuje się na pisemne polecenie organu prowadzącego postępowanie karne, zaś w wypadkach niecierpiących zwłoki na ustne polecenie funkcjonariusza organu postępowania. Zgodnie z § 13 ust. 3 r.p.b. czynność tę wykonują funkcjonariusze Policji przeszkoleni w tym zakresie, a w szczególnie uzasadnionych wypadkach uprawnieni pracownicy służby zdrowia albo instytucji naukowej lub specjalistycznej powołanej do przeprowadzenia badań genetycznych.

Stosownie do art. 21a ust. 1 ustawy o Policji Komendant Główny Policji prowadzi zbiór danych zawierających informacje o wynikach analizy DNA, w którym – zgodnie z art. 21a ust. 2 ustawy o Policji – gromadzi się i przetwarza informacje o wynikach analizy DNA m.in. osób wymienionych w art. 74 k.p.k., a także dane dotyczące tych osób obejmujące: imiona, nazwiska lub pseudonimy, imiona i nazwiska rodowe rodziców tych osób, datę i miejsce urodzenia, oznaczenie i cechy identyfikacyjne dokumentu tożsamości, adres zamieszkania, numer ewidencyjny PESEL, obywatelstwo i płeć. W ramach powyższego zbioru gromadzi się również próbki m.in. w postaci wymazów ze śluzówki policzków (art. 21a ust. 3 ustawy o Policji). Jednocześnie z art. 20 ust. 2b pkt 1 ustawy o Policji wynika, że informacje dotyczące kodu genetycznego, uzyskiwane, gromadzone, sprawdzane oraz przetwarzane przez Policję, mogą obejmować wyłącznie informacje o niekodującej części DNA.

Zgodnie z art. 21c ustawy o Policji, informacji zgromadzonych w zbiorze danych DNA udziela się bezpłatnie organom prowadzącym postępowanie karne, postępowanie w sprawach nieletnich lub prowadzącym czynności wykrywcze lub identyfikacyjne. Stosownie do art. 21d ustawy o Policji próbki biologiczne i informacje dotyczące wyników analizy DNA przechowywane są w zbiorze danych co do zasady przez 20 lat i wykorzystywane w celu zwalczania przestępstw lub identyfikacji osób.

5. Regulacje i orzecznictwo międzynarodowe.

5.1. Trybunał zauważył, że kilka regulacji prawnych o charakterze międzynarodowym odnosi się bezpośrednio do ochrony materiału biologicznego i informacji zawartych w DNA w związku z postępowaniem karnym. Ponadto należy jedynie zasygnalizować, że do ochrony danych osobowych uzyskanych z próbek DNA znajduje zastosowanie również konwencja nr 108 Rady Europy z 28 stycznia 1981 r. o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych (Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data) oraz rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy R(87)15 z 17 września 1987 r. regulująca wykorzystanie danych osobowych w sektorze policji

[Recommendation No. R(87)15 of the Committee of Ministers to member states regulating the use of personal data in the police sector].

5.2. W motywach rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy R(92)1 z 10 lutego 1992 r. w sprawie wykorzystywania analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA) w postępowaniu karnym [Recommendation No. R(92)1 of the Committee of Ministers to member states on the use of analysis of deoxyribonucleic acid (DNA) within the framework of the criminal justice system; dalej: rekomendacja R(92)1] wskazano, że techniki analizy DNA oferują zalety dla postępowania karnego, w szczególności w postaci potwierdzenia niewinności lub winy (*„the determination of innocence or guilt”*), niemniej ich stosowanie powinno w pełni uwzględniać podstawowe zasady, jak godność ludzka i szacunek dla ciała ludzkiego, prawo do obrony oraz zasadę proporcjonalności w prowadzeniu postępowania karnego (*„inherent dignity of the individual and the respect for the human body, the rights of the defence and the principle of proportionality in the carrying out of criminal justice”*).

Rekomendacja R(92)1 stanowi, że próbki pobierane do analizy DNA oraz informacje uzyskane w wyniku takiej analizy dla celów ścigania przestępstw nie mogą być wykorzystywane do innych celów (*„Samples collected for DNA analysis and the information derived from such analysis for the purpose of the investigation and prosecution of criminal offences must not be used for other purposes”*). Jeżeli prawo krajowe zezwala na pobieranie próbek bez zgody podejrzanego, takie próbki powinny być pobierane tylko, jeżeli okoliczności sprawy uzasadniają takie działanie (*„such sampling should only be carried out if the circumstances of the case warrant such action”*). Jednocześnie korzystanie z analizy DNA powinno być dozwolone we wszystkich stosownych wypadkach, bez względu na powagę popełnionego czynu (*„Recourse to DNA analysis should be permissible in all appropriate cases, independent of the degree of seriousness of the offence”*).

W raporcie wyjaśniającym do rekomendacji R(92)1 wskazano, że zbiór próbek materiału biologicznego sam w sobie nie stanowi danych osobowych podlegających przepisom o ochronie danych osobowych, zaś próbki mogą być uznane za takie dopiero po przeprowadzeniu analizy i uzyskaniu z nich informacji. W konsekwencji samo pobieranie próbek materiału biologicznego do analizy DNA również nie podlega przepisom o ochronie danych osobowych [*„The collection of the samples do not per se constitute personal data for the purposes of data protection legislation. At the very most, they are capable of being so regarded when the samples are analysed and information is deduced from them. This is why the collection itself of the samples is not carried out in accordance with data protection legislation”* – Explanatory Memorandum to Recommendation (92) on the use of analysis of deoxyribonucleic acid (DNA) within the framework of the criminal justice system, pkt 46].

5.3. Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy R(97)5 w sprawie ochrony danych medycznych [Recommendation No. R(97)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of medical data; dalej: rekomendacja R(97)5] w punkcie 4.8 wskazuje, że przetwarzanie danych genetycznych dla celów postępowania sądowego lub procedury karnej powinno być objęte szczególną regulacją prawną zapewniającą odpowiednie gwarancje. Dane te powinny służyć wyłącznie: ustaleniu, czy istnieje związek genetyczny w ramach przedstawiania dowodu, zapobieżeniu konkretnemu niebezpieczeństwu lub ściganiu konkretnych przestępstw. W żadnym wypadku dane te nie powinny być używane dla określenia cech genetycznych (*„Processing of genetic data for the purpose of a judicial procedure or a criminal investigation should be the subject of a specific law offering appropriate safeguards. The data should only be used to establish whether there is a genetic link in the framework of ad-*

ducing evidence, to prevent a real danger or to suppress a specific criminal offence. In no case should they be used to determine other characteristics which may be linked genetically”).

5.4. Rezolucja Rady UE z 30 listopada 2009 r. w sprawie wymiany wyników analiz DNA zaleca państwom członkowskim, aby przy wymianie wyników analizy DNA ograniczały wyniki tej analizy do segmentów chromosomu, które nie zawierają informacji genetycznej, tj. które wedle obecnej wiedzy nie dostarczają informacji na temat określonych cech dziedzicznych (cz. III, pkt 1).

5.5. Trybunał zwrócił uwagę na rozporządzenie PE i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), które będzie miało zastosowanie w polskim porządku prawnym od 25 maja 2018 r. (Dz. Urz. UE L 119 z 4.05.2016 r., s. 1; dalej: ogólne rozporządzenie o ochronie danych). W motywie 34 tego rozporządzenia dane genetyczne definiuje się jako „dane osobowe dotyczące odziedziczonych lub nabytych cech genetycznych osoby fizycznej, uzyskane z analizy próbki biologicznej danej osoby fizycznej, w szczególności z analizy chromosomów, kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA) lub kwasu rybonukleinowego (RNA) lub z analizy innych elementów umożliwiających pozyskanie równoważnych informacji”. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych wprowadza generalny zakaz przetwarzania danych genetycznych (art. 9 ust. 1), dopuszczając je jednak – na zasadzie wyjątku – m.in. jeżeli jest to niezbędne do ustalenia, dochodzenia lub obrony roszczeń lub w ramach sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy (art. 9 ust. 2 lit. f) lub też jeżeli jest to niezbędne ze względów związanych z ważnym interesem publicznym, na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, które są proporcjonalne do wyznaczonego celu, nie naruszają istoty prawa do ochrony danych i przewidują odpowiednie i konkretne środki ochrony praw podstawowych i interesów osoby, której dane dotyczą (art. 9 ust. 2 lit. g).

Niemniej Trybunał zauważył również, że obecnie obowiązująca dyrektywa 95/46/WE PE i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. UE L 281 z 23.11.1995 r., s. 31; dalej: dyrektywa 95/46/WE), która została implementowana do polskiego porządku prawnego w ustawie o ochronie danych osobowych, nie kwalifikuje danych genetycznych jako szczególnej kategorii danych w rozumieniu art. 8 dyrektywy 95/46/WE, zaś kwalifikacja danych o kodzie genetycznym jako danych wrażliwych przez polskiego ustawodawcę w art. 27 ust. 1 u.o.d.o. wykracza poza wymogi przewidziane w dyrektywie 95/46/WE (por. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2015, teza 1 do art. 27).

5.6. Trybunał zwrócił również uwagę na dyrektywę PE i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 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 oraz uchyłającą decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW, która winna być implementowana do polskiego porządku prawnego do 6 maja 2018 r. (Dz. Urz. UE L 119 z 4.05.2016 r., s. 89; dalej: dyrektywa 2016/680). W motywie 23 dyrektywy 2016/680 dane genetyczne definiuje się jako „dane osobowe dotyczące odziedziczonych lub nabytych cech genetycznych osoby fizycznej, które ujawniają niepowtarzalne informacje o fizjologii lub zdrowiu tej osoby fizycznej i wynikające z analizy próbki biologicznej danej osoby, a w szczególności z analizy chromosomów, kwasu dezoksyrybonu-

kleinowego (DNA) lub kwasu rybonukleinowego (RNA) lub z analizy wszelkich innych materiałów umożliwiających pozyskanie równoważnych informacji”.

Motyw 27 dyrektywy 2016/680 wskazuje, że „[z]apobieganie przestępczości, prowadzenie postępowań przygotowawczych, wykrywanie i ściganie czynów zabronionych wymaga, aby właściwe organy przetwarzały dane osobowe – zebrane w kontekście zapobiegania konkretnym czynom zabronionym, prowadzenia postępowań przygotowawczych w ich sprawie, wykrywania ich lub ścigania – w kontekście szerszym, dla lepszego zrozumienia działalności przestępczej oraz ustalenia powiązań pomiędzy różnymi wykrytymi czynami zabronionymi”, niemniej – stosownie do motywu 29 – „[d]ane osobowe należy zbierać w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach mieszczących się w zakresie zastosowania niniejszej dyrektywy i nie należy ich przetwarzać w celach niezgodnych z zapobieganiem przestępczości, prowadzeniem postępowań przygotowawczych, wykrywaniem i ściganiem czynów zabronionych i wykonywaniem kar, w tym z ochroną przed zagrożeniami dla bezpieczeństwa publicznego i zapobieganiem takim zagrożeniom”.

Dyrektywa 2016/680 stanowi, że przetwarzanie danych genetycznych jest dozwolone wyłącznie wtedy, jeżeli jest bezwzględnie niezbędne, podlega odpowiednim zabezpieczeniom praw i wolności osoby, której dane dotyczą, oraz jest dopuszczone prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego, jest niezbędne dla ochrony żywotnych interesów osoby fizycznej, której dane dotyczą, lub innej osoby lub takie przetwarzanie dotyczy danych osobowych w sposób oczywisty upublicznionych przez osobę, której dane dotyczą (art. 10).

5.7. Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) w swoim orzecznictwie analizował problematykę pobierania próbek do badań DNA oraz przetwarzania danych genetycznych dla potrzeb postępowania karnego, aczkolwiek przede wszystkim w kontekście funkcjonowania baz danych DNA, a nie samej czynności pobierania materiału biologicznego. ETPC na gruncie art. 6 Konwencji stwierdził m.in., że prawo do nieoskarżania samego siebie nie obejmuje wykorzystywania w postępowaniu karnym takich dowodów, które mogą być uzyskane od oskarżonego niezależnie od jego woli, jak np. pobieranie próbek do badań DNA (por. wyroki ETPC z: 17 grudnia 1996 r. w sprawie Saunders przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 19187/91, pkt 69 oraz 11 lipca 2006 r. w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom, skarga nr 54810/00, pkt 102 – wszystkie wyroki pochodzą z bazy orzeczeń ETPC HUDOC, hudoc.echr.coe.int).

ETPC analizował powyższą problematykę również z punktu widzenia art. 8 Konwencji i ochrony prywatności jednostki. W decyzji z 7 grudnia 2006 r. ETPC stwierdził, że pobieranie wymazu z jamy ustnej w celu uzyskania materiału komórkowego stanowi ingerencję w prywatność jednostki. Niemniej Trybunał uznał powyższe ograniczenie prawa do prywatności za uzasadnione w perspektywie art. 6 ust. 2 Konwencji. ETPC stwierdził, że opracowywanie i przechowywanie profili DNA realizuje cele w postaci zapobiegania przestępczości oraz ochrony praw i wolności innych osób, ingerencja w sferę prywatności jednostki jest stosunkowo niewielka, zaś osoba, od której próbka do badań DNA jest pobierana, może czerpać pewne korzyści z włączenia swojego profilu DNA do krajowej bazy danych w postaci szybkiego wyeliminowania z listy osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa. Co więcej, powyższa ocena została dokonana przez ETPC w sprawie, w której profil DNA nie odgrywał żadnej roli w postępowaniu karnym prowadzonym przeciwko wnioskodawcy (por. decyzja ETPC w sprawie van der Velden przeciwko Holandii, skarga nr 29514/05; por. także decyzja ETPC z 20 stycznia 2009 r. w sprawie W. przeciwko Holandii, skarga nr 20689/08 – wszystkie decyzje pochodzą z bazy orzeczeń ETPC HUDOC, hudoc.echr.coe.int).

W wyroku z 4 grudnia 2008 r. ETPC, podtrzymując ustalenia z orzeczenia w sprawie van der Velden przeciwko Holandii, podkreślił, że próbki materiału biologicznego mają bar-

dzo osobisty charakter, bo zawierają wiele poufnych informacji na temat określonej osoby, w tym jej stanu zdrowia. Próbkę te zawierają również unikatowy kod genetyczny, który ma ogromne znaczenie zarówno dla jednostki, jak i jej krewnych. W konsekwencji pobieranie próbek materiału biologicznego stanowi ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego (por. wyrok ETPC w sprawie S. i Marper przeciwko Wielkiej Brytanii, skargi nr 30562/04 i 30566/04, pkt 72 i 77 – wyrok pochodzi z bazy orzeczeń ETPC HUDOC, hudoc.echr.coe.int). ETPC wskazał, że retencja informacji na temat DNA realizuje uzasadniony cel, jakim jest wykrywanie przestępstw i zapobieganie im (pkt 100), a w szczególności zwalczanie przestępczości zorganizowanej i terroryzmu (pkt 105), chociaż jednocześnie podkreślił, że przechowywanie próbek biologicznych jest szczególnie inwazyjne z punktu widzenia poszanowania życia prywatnego ze względu na bogactwo informacji genetycznych i zdrowotnych w nich zawartych (pkt 120).

ETPC – w kontekście informacji związanych z analizą DNA – wskazał ponadto, że ochrona danych osobowych ma fundamentalne znaczenie dla poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, gwarantowanego przez art. 8 Konwencji. Prawo krajowe powinno tym samym przewidywać m.in. odpowiednie gwarancje, że zakres przetwarzanych danych osobowych jest odpowiedni do celów, dla których są przechowywane, oraz że dane osobowe podlegające retencji będą skutecznie chronione przed niewłaściwym użyciem lub nadużyciem (pkt 103; por. także decyzja ETPC z 4 czerwca 2013 r. w sprawie Peruzzo i Martens przeciwko Niemcom, skargi nr 7841/08 i 57900/12, pkt 42 – decyzja pochodzi z bazy orzeczeń ETPC HUDOC, hudoc.echr.coe.int).

5.8. Problematyka pobierania materiału biologicznego do badań DNA, a przede wszystkim przechowywania tego materiału i profili DNA, była przedmiotem wypowiedzi zagranicznych sądów konstytucyjnych.

Niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny (dalej: FTK) w wyroku z 14 grudnia 2000 r. (2 BvR 1741/99; 2 BvR 276/00 i 2 BvR 2061/00) stwierdził konstytucyjność przepisu niemieckiego kodeksu postępowania karnego, zezwalającego na określenie profilu DNA podejrzanego lub skazanego w celu ustalenia tożsamości w ewentualnych przyszłych postępowaniach karnych. FTK zwrócił uwagę, że materiał komórkowy uzyskany od podejrzanego (skazanego) jest niszczone po określeniu profilu DNA, profil ten nie pozwala na wyciągnięcie wniosków co do osobistych cech określonej osoby, mechanizm ten służy prawidłowości funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, zaś jego zakres zastosowania do przestępstw o poważnym znaczeniu został dookreślony przez orzecznictwo sądów krajowych.

Sąd Najwyższy Kanady w wyroku z 19 marca 2003 r. w sprawie R. przeciwko S.A.B. (2003 SCC 60) oceniał konstytucyjność nakazu pobrania materiału biologicznego do badań DNA i przeprowadzenia dowodu z badań DNA. Sąd ten stwierdził, że przepisy dotyczące DNA muszą odpowiednio równoważyć interes publiczny w egzekwowaniu prawa z prawami jednostki do godności, integralności fizycznej i ochrony danych osobowych, zaś zrównoważenie tych interesów wymaga systemu uprzednich zezwoleń, w ramach których podmiot wydający zezwolenie będzie mógł dokonać wyważenia wchodzących w grę interesów. Sąd Najwyższy Kanady zwrócił uwagę, że dowód z DNA pozwala na pociągnięcie sprawców przestępstw do odpowiedzialności oraz uniknięcie niesłusznego skazania. Mimo iż pobieranie próbek materiału biologicznego stanowi naruszenie integralności cielesnej, stopień wkroczenia w tę sferę jest stosunkowo skromny. Ponadto próbki DNA są gromadzone w wyraźnych, ograniczonych celach, zaś w analizie wykorzystywane są jedynie niekodujące elementy DNA.

Sąd Najwyższy USA w wyroku z 3 czerwca 2013 r. w sprawie Maryland przeciwko Kingowi stwierdził konstytucyjność przepisów zezwalających na pobranie wymazu z policzków do analizy DNA od osób oskarżonych o popełnienie przestępstwa z użyciem

przemocy. Sąd Najwyższy USA zakwalifikował powyższą czynność jako przeszukanie w rozumieniu 14 poprawki do Konstytucji USA, która ustanawia prawo do ochrony przed m.in. nieuzasadnionymi przeszukaniami. Sąd ten stwierdził, że pobranie materiału biologicznego do badań DNA od osób umieszczanych w areszcie jest uzasadnione: potrzebą ustalenia w sposób pewny tożsamości osoby, która została aresztowana, możliwością poznania historii kryminalnej osoby zatrzymanej, oceną niebezpieczeństwa osoby aresztowanej i potrzebą zapobieżenia popełnieniu przestępstw w przyszłości, interesem wymiaru sprawiedliwości w postaci identyfikacji określonej osoby na podstawie analizy DNA jako sprawcy przestępstwa, a także ewentualną potrzebą uwolnienia osoby niesłusznie pozbawionej wolności za to samo przestępstwo. Sąd Najwyższy USA zwrócił ponadto uwagę, że ingerencja w prywatność jednostki jest minimalna, nie dochodzi do przerywania skóry i nie powoduje żadnego ryzyka dla osoby, od której materiał biologiczny jest pobierany, zaś w analizie wykorzystywane są jedynie niekodujące elementy DNA.

6. Ocena zgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 41 ust. 1, art. 47 oraz art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

6.1. Art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. nakłada na oskarżonego obowiązek poddania się pobraniu przez funkcjonariusza Policji wymazu ze śluzówki policzków, jeżeli jest to nieodzowne i nie zachodzi obawa, że zagrażałoby to zdrowiu jego lub innych osób.

Nie ulega wątpliwości, że czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków, a zatem pobranie materiału biologicznego z ciała człowieka, stanowi ingerencję w jego nietykalność osobistą, której istota wiąże się m.in. z nienaruszalnością integralności cielesnej. Czynność stanowi tym samym ingerencję w nietykalność osobistą, o której mowa w art. 41 ust. 1 Konstytucji.

Pobranie wymazu ze śluzówki policzków stanowi również ograniczenie prawa do ochrony życia prywatnego, o którym mowa w art. 47 Konstytucji. Ze względu na ilość i charakter informacji zawartych w próbce materiału biologicznego, m.in. w postaci kodu genetycznego człowieka, który zawiera istotne dane np. na temat stanu zdrowia, pochodzenia i cech dziedzicznych, uzyskanie materiału biologicznego pozwalającego na przeprowadzenie analizy DNA, mającego dodatkowo bardzo osobisty charakter, stanowi ingerencję w sferę prywatności człowieka, ponieważ sama świadomość wykorzystania informacji genetycznej w przyszłości może wywoływać stres, niepokój lub w inny sposób niekorzystnie wpływać na integralność psychiczną człowieka. W konsekwencji sama czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków stanowi wkroczenie w sferę prywatności jednostki chronioną na gruncie art. 47 Konstytucji, przede wszystkim w aspekcie integralności psychicznej i autonomii informacyjnej (por. wyrok ETPC w sprawie S. i Harper przeciwko Wielkiej Brytanii, skargi nr 30562/04 i 30566/04, pkt 71-73 – wyrok pochodzi z bazy orzeczeń ETPC HUDOC, hudoc.echr.coe.int; J. Kapelańska-Pręgowska, *Prawne...*, s. 405 i 423-424).

Pewne wątpliwości budzi ustalenie, czy czynność polegająca na pobraniu wymazu ze śluzówki policzków stanowi ingerencję w autonomię informacyjną, chronioną na gruncie art. 51 ust. 2 Konstytucji. Jak trafnie zwrócił uwagę Marszałek Sejmu, z jednej strony w raporcie wyjaśniającym do rekomendacji R(92)1 stwierdzono, że samo pobieranie próbek materiału biologicznego do analizy DNA nie podlega przepisom o ochronie danych osobowych (zob. pkt 5.2. uzasadnienia), z drugiej strony na gruncie orzecznictwa ETPC pobieranie próbki materiału biologicznego należałoby traktować jako uzyskiwanie danych osobowych ze względu na informacje w nich zawarte. W ocenie Trybunału za właściwą należy uznać drugą z zaprezentowanych interpretacji. Skoro treścią autonomii informacyjnej, chronionej na podstawie art. 51 ust. 2 Konstytucji, jest m.in. prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu in-

nym informacji dotyczących siebie i pozostawienie każdemu swobody określenia sfery dostępności dla innych wiedzy o sobie, to obowiązek przekazania próbek materiału biologicznego, zawierających istotne i bardzo osobiste informacje, w tym kod genetyczny człowieka, stanowi wkroczenie w tak rozumianą sferę autonomii informacyjnej. Ochroną wynikającą z art. 51 ust. 2 Konstytucji objęty jest bowiem każdy rodzaj informacji na temat jednostki, niezależnie od sposobu jego utrwalenia, a zatem także informacja genetyczna, której nośnikiem jest wyizolowana próbka DNA (por. wyrok WSA w Warszawie z 7 czerwca 2013 r., sygn. akt II SA/Wa 666/13, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych). Warto również powtórzyć, że informacje genetyczne należy zaliczyć do danych wrażliwych, gdyż należą one do najbardziej chronionej sfery prywatności jednostki i jej cech indywidualnych (por. wyrok TK z 20 stycznia 2015 r., sygn. K 39/12, OTK ZU nr 1/A/2015, poz. 2; M. Wild, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 1230-1231).

W konsekwencji Trybunał uznał, że czynność pobierania wymazu ze śluzówki policzków stanowi ingerencję w konstytucyjnie chronioną nietykalność osobistą (art. 41 ust. 1 Konstytucji), prawo do ochrony życia prywatnego (art. 47 Konstytucji) i autonomię informacyjną (art. 51 ust. 2 Konstytucji).

6.2. Jak już wskazano (por. cz. III, pkt 2 uzasadnienia), zarówno nietykalność osobista, jak i prawo do ochrony życia prywatnego i autonomii informacyjnej nie mają charakteru absolutnego i mogą podlegać ograniczeniom, na zasadach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także art. 41 ust. 1 zdaniu drugim i art. 51 ust. 2 Konstytucji.

Z ugruntowanego orzecznictwa Trybunału wynika, że wskazanymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji przesłankami dopuszczalności ograniczenia praw i wolności są: ustawowa forma ograniczenia, istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia, funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób) oraz zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności. Ograniczenia wolności i praw są dopuszczalne, jeżeli: 1) wprowadzona regulacja ustawowa jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (jest przydatna); 2) regulacja ta jest wymagana (konieczna) do ochrony interesu publicznego, któremu służy (jest niezbędna); 3) jej korzyści (efekty) pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (jest proporcjonalna w ścisłym tego słowa znaczeniu) – (zob. wyroki TK z: 11 kwietnia 2000 r., sygn. K 15/98; 11 kwietnia 2006 r., sygn. SK 57/04, OTK ZU nr 4/A/2006, poz. 43; 2 lipca 2007 r., sygn. K 41/05, OTK ZU nr 7/A/2007, poz. 72; 2 lipca 2009 r., sygn. K 1/07 oraz 4 listopada 2014 r., sygn. SK 55/13).

Jednocześnie Trybunał przypomina, że wskazany w art. 41 ust. 1 zdaniu drugim Konstytucji warunek, iż ograniczenie wolności może nastąpić „tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie” wskazuje na konieczność szerszej analizy przesłanki ustawowej formy ograniczenia praw lub wolności konstytucyjnych, wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji wynika nakaz skierowany do ustawodawcy, aby ograniczając wolność osobistą jednostki, nie tylko czynił to w akcie prawnym rangi ustawy zgodnie z wymogami zasady proporcjonalności, ale również zawsze określał zasady i tryb ograniczenia wolności osobistej (por. wyrok TK z 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07).

Trybunał przypomina również, że zawarta w art. 51 ust. 2 Konstytucji klauzula wskazująca, że władze publiczne mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać tylko informacje dotyczące określonej osoby „niezbędne w demokratycznym państwie prawnym”, nie stanowi odrębnej, dodatkowej przesłanki dopuszczalności ograniczenia autonomii informacyjnej, ale jedynie podkreśla konieczność wnikliwej analizy przesłanki niezbędności ograniczenia praw

lub wolności konstytucyjnych, wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jak już zaznaczono, ustanowienie w art. 51 ust. 2 Konstytucji odrębnej regulacji dotyczącej proporcjonalności wkraczania w prywatność jednostki należy tłumaczyć tym, że naruszenie autonomii informacyjnej przez żądanie niekoniecznych, lecz wygodnych dla władzy publicznej, informacji o jednostce jest typowym dla czasów współczesnych instrumentem, po który władza publiczna chętnie sięga. Wyodrębnienie przesłanki niezbędności w art. 51 ust. 2 Konstytucji ułatwia tym samym dostrzeżenie nieuprawnionego wkroczenia przez władzę publiczną w sferę prywatności jednostki (por. wyroki TK z: 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02; 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04 oraz 17 czerwca 2008 r., sygn. K 8/04).

Biorąc pod uwagę, że art. 47 oraz art. 51 Konstytucji chronią tę samą wartość konstytucyjną i pozostają w ścisłym związku z ochroną nietykalności osobistej, o której mowa w art. 41 ust. 1 Konstytucji, oraz uwzględniając sposób argumentacji wnioskodawcy, Trybunał uznaje za zasadne zbadanie zgodności art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z art. 41 ust. 1, art. 47 oraz art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji w ramach jednego zarzutu.

6.3. Nie ulega wątpliwości, że obowiązek poddania się przez oskarżonego pobraniu przez funkcjonariusza Policji wymazu ze służówki policzków, zawarty w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., został ustanowiony w akcie prawnym rangi ustawy. Niemniej skarżący zarzuca, że zaskarżony przepis nie precyzuje w sposób dostateczny przesłanek, których spełnienie uzasadniałoby pobranie wymazu ze służówki policzków, a zatem że regulacja ustawowa ograniczenia praw i wolności wynikających z art. 41 ust. 1, art. 47 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji nie jest dostateczna z punktu widzenia wymagań, jakie stawia art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zdaniem skarżącego, użyty w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. termin „nieodzwone” jest bowiem klauzulą generalną, która nie pozwala jednostce zorientować się, w jakich sytuacjach może być od niej wykonana czynność pobrania materiału biologicznego.

Trybunał przypomina, że „[u]zależnienie dopuszczalności ograniczeń praw i wolności od ich ustanowienia «tylko w ustawie» jest czymś więcej niż jedynie przypomnieniem ogólnej zasady wyłączności ustawy dla normowania sytuacji prawnej jednostek, stanowiącej klasyczny element idei państwa prawnego. Jest to także sformułowanie wymogu odpowiedniej szczególności unormowania ustawowego. Skoro ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane «tylko» w ustawie, to kryje się w tym nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia. Niedopuszczalne jest natomiast przyjmowanie w ustawie uregulowań blankietowych, pozostawiających organom władzy wykonawczej czy organom samorządu lokalnego swobodę normowania ostatecznego kształtu owych ograniczeń, a w szczególności wyznaczania zakresu tych ograniczeń” (wyrok TK z 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98, OTK ZU nr 1/2000, poz. 3).

W ocenie Trybunału, art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. wskazuje zarówno sposób ograniczenia praw i wolności jednostki (poddanie się pobraniu wymazu ze służówki policzków), jak i przesłanki ograniczenia (przesłanka pozytywna w postaci nieodzowności wykonania czynności oraz przesłanka negatywna w postaci obawy, że zagrażałoby to zdrowiu oskarżonego lub innych osób – por. cz. III, pkt 4.3 uzasadnienia). Niemniej zdaniem skarżącego, przesłanka pozytywna, w postaci nieodzowności dokonania pobrania próbki materiału biologicznego, nie została przez ustawodawcę określona w sposób dostatecznie precyzyjny, bo nie pozwala ona jednostce zorientować się, w jakich sytuacjach może być wykonana czynność pobrania od niej materiału biologicznego. Kwestia ta wymaga tym samym szerszej analizy.

6.3.1. Trybunał zwrócił uwagę, że art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., a w szczególności sformułowana w nim przesłanka pozytywna, nie był poddany wykładni w orzecznictwie sądowym,

co tłumaczyć można tym, że na gruncie art. 302 § 2, art. 465 § 3 i art. 467 § 1 k.p.k. na czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków przeprowadzoną przez funkcjonariusza Policji w postępowaniu przygotowawczym zażalenie przysługuje nie do sądu, ale do prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem. Z kolei w literaturze wskazuje się, że nieodzowność pobrania wymazu ze śluzówki należy kojarzyć ze znaczeniem dowodu z analizy DNA dla danej sprawy, zaś przesłanka ta może mieć związek z koniecznością identyfikacji oskarżonego (por. cz. III, pkt 4.3 uzasadnienia).

6.3.2. Z językowego punktu widzenia pojęcie „nieodzowny” oznacza konieczny, niezbędny, niezastąpiony, taki, z którego nie można zrezygnować, taki, bez którego nie można się obyć (por. *Słownik współczesnego języka polskiego*, red. A. Dmowska, Warszawa 1996, s. 600; *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, www.sjp.pwn.pl; *Wielki słownik języka polskiego*, red. P. Żmigrodzki, www.wsjp.pl). Jednocześnie przymiotnik „nieodzowny” łączony jest z czynnością pobrania wymazu ze śluzówki policzków, a zatem czynnością dowodową w postępowaniu karnym. Wykładnia językowa prowadzi tym samym do wniosku, że pobranie wymazu ze śluzówki policzków – jako nieodzowne – jest dopuszczalne wówczas, gdy jest to niezbędna, konieczna czynność w procesie karnym i bez takiego pobrania materiału biologicznego nie można się obyć w toku postępowania.

6.3.3. Art. 74 § 1 k.p.k., zgodnie z którym „[o]skarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść”, czyli wyrażający regułę *nemo se ipsum accusare tenetur*, jest konsekwencją konstytucyjnej zasady domniemania niewinności, wynikającej z art. 42 ust. 3 Konstytucji. Art. 74 § 2 k.p.k. wprowadza pewne wyjątki, nakładając na oskarżonego obowiązek znoszenia pewnych czynności zmierzających do pozyskania określonych dowodów, wśród których ustawodawca wymienił również pobranie wymazu ze śluzówki policzków. Zasada domniemania niewinności może bowiem doznawać ograniczeń, w sposób nienaruszający jej istoty, przez na przykład przerzucenie z oskarżyciela na oskarżonego ciężaru dowodu określonych okoliczności czy też – jak w tym wypadku – przez nałożenie na oskarżonego obowiązku znoszenia pewnych czynności prowadzących do uzyskania dowodów (por. zdanie odrębne M. Granata do wyroku TK z 30 września 2015 r., sygn. K 3/13, OTK ZU nr 8/A/2015, poz. 125; K. Boratyńska, P. Czarnecki, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016, teza 5 do art. 74; por. także wyrok ETPC z 17 grudnia 1996 r. w sprawie Saunders przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 19187/91, pkt 69 – wyrok pochodzi z bazy orzeczeń ETPC HUDOC, hudoc.echr.coe.int). Ze względu na to, że zasada domniemania niewinności jest silnie związana z ochroną godności człowieka, wykładnia systemowa oraz ranga tego prawa konstytucyjnego prowadzi do wniosku, że art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., jako pewien wyjątek od ogólnej zasady o charakterze gwarancyjnym, winien być interpretowany zawężająco. Tym samym dopuszczalność pobrania wymazu ze śluzówki policzków wówczas, gdy jest to nieodzowne, oznacza z systemowego punktu widzenia, że dowód z analizy materiału biologicznego musi być warunkiem koniecznym realizacji celów postępowania karnego, aby wykonanie tej czynności było prawnie uzasadnione. Zdaniem Trybunału, w takim kierunku należy interpretować systemowo przesłankę „nieodzowności” z art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k.

6.3.4. Art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. nie wskazuje *expressis verbis* celu, który ten przepis ma realizować, niemniej jednak – zdaniem Trybunału – ustawodawca nie miał obowiązku wyśłowić go wprost w jego treści. Funkcja poszczególnych regulacji prawnych może być bowiem ustalona na podstawie innych przepisów danego aktu normatywnego, najczęściej w drodze wykładni systemowej, a w szczególności odtworzona ze wskazanych bezpośrednio w tych przepisach celów określonych norm prawnych. W związku z powyższym Trybunał uznał, że art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z funkcjonalnego punktu widzenia ma za zadanie umożliwić osiągnięcie podstawowego celu postępowania karnego, jakim jest wykrycie sprawcy przestęp-

stwa i pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej, a także wykluczenie poniesienia tej odpowiedzialności przez osobę niewinną (por. art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.). Identyczną funkcję pełni zaskarżony przepis *stricto* w postępowaniu przygotowawczym, bo przewiduje środek pozwalający na wykrycie sprawcy przestępstwa (por. art. 297 § 1 pkt 2 k.p.k.). Czynność z art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. służy bowiem przede wszystkim identyfikacji określonej osoby jako sprawcy przestępstwa. Na taki cel wskazuje również art. 21d ustawy o Policji, który stanowi, że próbki biologiczne i informacje dotyczące wyników analizy DNA są wykorzystywane w celu zwalczania przestępstw lub identyfikacji osób. Jak już wskazano (por. cz. III, pkt 4.2 uzasadnienia), wynik analizy DNA pozwala z bardzo dużym prawdopodobieństwem ustalić, czy określona próbka materiału biologicznego nie pochodzi od konkretnej osoby lub czy dwie próbki mają to samo źródło. Niemniej, jak trafnie zwraca uwagę Marszałek Sejmu, pobranie materiału biologicznego może mieć również kluczowe znaczenie dla ustalenia kwalifikacji prawnej czynu, jeżeli zależy ona od stopnia pokrewieństwa między sprawcą a pokrzywdzonym, a istnieją w tym zakresie wątpliwości.

W konsekwencji, w ocenie Trybunału, z wykładni językowej art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. – w połączeniu z 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 postępowania.

6.3.5. Trybunał uznał za nietrafny zarzut skarżącego, że sama przesłanka „nieodzowności” jest niewystraszająca dla właściwej realizacji wymogów wynikających z zasady proporcjonalności, bo nie wyłącza dokonania pobrania materiału genetycznego także wówczas, gdy dla organów ścigania jest to metoda wygodna lub użyteczna. Skoro z wykładni art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. wynika, że dokonanie przez funkcjonariusza Policji czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy jest to warunek konieczny wykrycia lub identyfikacji sprawcy i pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej lub uniknięcia pociągnięcia do tej odpowiedzialności osoby niewinnej, to *a contrario* dokonanie tej czynności nie jest dopuszczalne wówczas, gdy jest to metoda dowodowa jedynie wygodna dla organów ścigania. Jeżeli w sprawie skarżącego czynność z art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. została dokonana, mimo iż nie było to nieodzowne dla postępowania karnego, to jest to wypadek niewłaściwej praktyki stosowania prawa, która jednak nie może być przedmiotem badania przez Trybunał w trybie skargi konstytucyjnej.

Jednocześnie Trybunał zwrócił uwagę, że ustawodawca ustanowił również pewien mechanizm kontrolny chroniący przed nieuzasadnionym i arbitralnym wykonywaniem przez funkcjonariuszy Policji czynności określonej w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. Ma to istotne znaczenie szczególnie w perspektywie art. 41 ust. 1 zdania drugiego Konstytucji, który wymaga określenia w ustawie zasad i trybu ograniczenia wolności. Oskarżonemu, na podstawie art. 302 § 2 k.p.k., przysługuje prawo złożenia zażalenia na czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków, jeżeli naruszyła jego prawa, które – stosownie do art. 465 § 3 w związku z art. 467 § 1 k.p.k. – rozpoznaje prokurator sprawujący nadzór nad postępowaniem. Ze względu na niespełnienie wymogów formalnych, Trybunał nie był uprawniony jednak do zbadania w niniejszym postępowaniu, czy oskarżonemu nie powinien przysługiwać w analizowanej sytuacji środek zaskarżenia do sądu (zob. cz. III, pkt 1.3 uzasadnienia).

Zdaniem Trybunału, kazuistyczne ukształtowanie treści art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., np. w postaci wyliczenia kategorii przestępstw, w wypadku których możliwe będzie dokonanie czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków, nie będzie instrumentem gwarantującym realizację celów postępowania karnego. Konieczność przeprowadzenia dowodu z analizy DNA może bowiem pojawić się w wypadku każdego przestępstwa, choćby celem identyfika-

cji śladów biologicznych pozostawionych na miejscu zdarzenia. W tym kierunku rekomendacja R(92)1 stanowi, że korzystanie z analizy DNA powinno być dozwolone we wszystkich stosownych wypadkach, bez względu na powagę popełnionego czynu. W związku z tym pozostawienie organom stosującym prawo możliwości doprecyzowania sytuacji, w których – ze względu na okoliczności konkretnego stanu faktycznego – pobranie wymazu ze śluzówki policzków jest nieodzowne, jest niekiedy jedynym możliwym sposobem określenia zakresu ingerencji w prawa i wolności konstytucyjne, celem umożliwienia realizacji przez państwo jednego z istotnych interesów określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji (por. rozważania Trybunału dotyczące wyrażenia „szczególnie uzasadniony wypadek” na gruncie art. 73 § 2 k.p.k. – wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02, OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 7 oraz wyrażenia „niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości” na gruncie art. 180 § 2 k.p.k. – wyrok TK z 13 grudnia 2011 r., sygn. K 33/08).

6.3.6. W związku z powyższym Trybunał uznał, że art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. spełnia warunek ustawowej formy ograniczenia praw i wolności określonych w art. 41 ust. 1, art. 47 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji.

6.4. Jak zostało wyżej wskazane, funkcją art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. jest realizacja jednego z podstawowych celów postępowania karnego, w tym postępowania przygotowawczego, jakim jest wykrycie sprawcy przestępstwa i pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej, a także wykluczenie poniesienia tej odpowiedzialności przez osobę niewinną. W związku z tym Trybunał uznał, że zaskarżony przepis realizuje wartość wskazaną w art. 31 ust. 3 Konstytucji, jaką jest ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego, dzięki zapewnieniu prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości i harmonijnego współżycia członków społeczeństwa na skutek zwalczania przestępczości. Pośrednio służy również ochronie praw i wolności innych osób, w szczególności pokrzywdzonych przestępstwami, bo jednym z podstawowych celów postępowania karnego jest również uwzględnienie prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego w toku postępowania (por. art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.).

6.5. W ocenie Trybunału, regulacja zawarta w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. jest w stanie doprowadzić do zamierzonych, wskazanych wyżej skutków, a zatem spełnia kryterium przydatności z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Pobieranie materiału biologicznego i analiza DNA jest uznaną na świecie metodą dowodową w postępowaniu karnym, która – jak zostało wyżej wskazane – ma bardzo silną moc dowodową, gdyż wynik analizy DNA pozwala z bardzo dużym prawdopodobieństwem ustalić, czy określona próbka materiału biologicznego nie pochodzi od konkretnej osoby lub czy dwie próbki mają to samo źródło (por. cz. III, pkt 4.2 uzasadnienia; por. także P. Girdwoyń, *Badania DNA we współczesnym niemieckim procesie karnym*, „Studia Iuridica” nr 46/2006, s. 108; A. Domin-Kuźma, *Wartość diagnostyczna i wartość dowodowa badań DNA*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” nr 7/2012, s. 77). W literaturze podkreśla się, że badanie genetyczne – obok daktyloskopii – jest najlepszą metodą indywidualnej identyfikacji, a wręcz twierdzi się, że metoda genetycznej identyfikacji człowieka stanowi największe osiągnięcie nauk sądowych od czasu opracowania podstaw daktyloskopii. Także sposób pozyskania materiału biologicznego przez pobranie wymazu ze śluzówki policzków spełnia kryterium przydatności, ponieważ w ocenie ekspertów, najlepszym materiałem do analizy DNA są krew, nasienie i właśnie ślina (por. K. Furman-Łajszczak, *Dowód z badań DNA – wyzwanie dla prawników*, „Prokurator” nr 2/2011, s. 99-101).

6.6. Zdaniem Trybunału, regulacja zawarta w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. spełnia również warunek niezbędności w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji, a zatem jest konieczna dla ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz wolności i praw innych osób. Ze wzglę-

du na moc dowodową analizy DNA, w szczególności jako metody identyfikacyjnej, pobranie wymazu ze śluzówki policzków – w określonych stanach faktycznych – może okazać się jedynym sposobem na połączenie osoby sprawcy z miejscem zdarzenia, a tym samym pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej i realizację celów postępowania karnego, wynikających z art. 2 i art. 297 k.p.k. Zaskarżony przepis wręcz *expressis verbis* formułuje przesłankę niezbędności z art. 31 ust. 3, a także art. 51 ust. 2 Konstytucji, bo zezwala na przeprowadzenie czynności pobrania materiału biologicznego wyłącznie wówczas, gdy jest to nieodzowne, a zatem konieczne w postępowaniu karnym (por. cz. III, pkt 6.3 uzasadnienia).

Trybunał nie podziela takiego sposobu interpretacji przesłanki konieczności w niniejszej sprawie, jaki zaprezentował Prokurator Generalny w swoim stanowisku. Wskazano w nim, że czynność pobrania materiału biologicznego do analizy DNA w postępowaniu przygotowawczym jest konieczna, bo „[j]ednym z dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji jest bezpieczeństwo publiczne. Walka z przestępczością niewątpliwie służy ochronie tego dobra. Poza tym niepowtarzalność dowodu z analizy DNA w postępowaniu karnym powoduje, że nie może on być zastąpiony innym, równie skutecznym, dowodem, ponieważ – jeśli uwzględnimy aktualny stan wiedzy – inny, równie skuteczny, dowód po prostu nie istnieje”.

Trybunał pragnie podkreślić, że o ile walka z przestępczością niewątpliwie służy ochronie bezpieczeństwa i porządku publicznego, o tyle nie można argumentować, że określony sposób ingerencji w sferę praw lub wolności jednostki jest konieczny w demokratycznym państwie prawnym tylko dlatego, że może być wykorzystany jako jeden ze środków służących do szeroko rozumianej walki z przestępczością. Ustawodawca w każdym wypadku musi bowiem szczegółowo uzasadnić, dlaczego określony sposób wkroczenia w sferę praw lub wolności jednostki jest niezbędny dla ochrony wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, a zatem dlaczego bez tej ingerencji na przykład ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego w związku z zagrożeniem przestępczością będzie niemożliwa lub poważnie utrudniona. Art. 31 ust. 3 Konstytucji stanowi z kolei przeszkodę dla takich sposobów ograniczania praw lub wolności konstytucyjnych, które są jedynie wygodne lub użyteczne do walki z przestępczością, jednak nie są do tego celu konieczne (niezbędne) w demokratycznym państwie prawnym.

Odnosząc się do treści art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. Trybunał pragnie ponadto zauważyć, że wysoka wartość dowodowa analizy DNA sama w sobie nie oznacza, że jest to jedyny skuteczny dowód, jaki może być przeprowadzony w postępowaniu karnym w celu identyfikacji sprawcy, i że nie jest możliwe zastąpienie go żadnym innym dowodem. Trybunał przypomina, że nieodzowność pobrania wymazu ze śluzówki policzków zachodzi tylko 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 oraz gdy bez takiego pobrania materiału biologicznego nie można się obyć w toku postępowania, a zatem jedynie wówczas, gdy w konkretnej sprawie identyfikacja lub wykluczenie określonej osoby jako sprawcy przestępstwa nie jest możliwe w oparciu o inne niż analiza DNA dostępne i zgromadzone dowody, oceniane zgodnie z regułami wynikającymi z art. 7 k.p.k.

6.7. Analizy wymaga również ostatnia przesłanka testu proporcjonalności, jaką jest odpowiedź na pytanie, czy efekty art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez ten przepis na obywatela (proporcjonalność *sensu stricto*).

Trybunał stwierdził, że sposób pobrania materiału biologicznego polegający na dokonaniu wymazu ze śluzówki policzków ingeruje w nietykalność osobistą oskarżonego w sposób minimalny. Czynność ta nie jest związana z przerwaniem powłok ciała lub wykonaniem zabiegu chirurgicznego, nie powoduje żadnego bólu lub cierpienia oraz nie pozostawia

żadnych śladów na ciele oskarżonego (por. decyzje ETPC z: 7 grudnia 2006 r. w sprawie van der Velden przeciwko Holandii, skarga nr 29514/05 oraz 20 stycznia 2009 r. w sprawie W. przeciwko Holandii, skarga nr 20689/08 – decyzje pochodzą z bazy orzeczeń ETPC HUDOC, hudoc.echr.coe.int, a także wyrok Sądu Najwyższego USA z 3 czerwca 2013 r. w sprawie Maryland przeciwko Kingowi). Pobranie materiału biologicznego dokonywane jest przez funkcjonariusza Policji przeszkolonego w tym zakresie, a w szczególnie uzasadnionych wypadkach przez uprawnionego pracownika służby zdrowia albo instytucji naukowej lub specjalistycznej powołanej do przeprowadzenia badań genetycznych (por. § 13 ust. 3 r.p.b.). Jednocześnie art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. formułuje przesłankę negatywną wykonania powyższej czynności, jaką jest m.in. obawa, że zagrażałoby to zdrowiu oskarżonego, co stanowi odpowiednie zabezpieczenie przed nieproporcjonalnym wkroczeniem w sferę integralności osobistej jednostki, chronionej na gruncie art. 41 ust. 1 Konstytucji.

Trybunał zwrócił uwagę, że sama czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków nie pozwala – w perspektywie proporcjonalnej ingerencji w prawo do ochrony życia prywatnego i autonomię informacyjną – na ograniczenie potencjalnych danych uzyskiwanych przez organy ścigania już na etapie dokonania tej czynności. Niemniej zarówno z rekomendacji R(97)5, jak i rezolucji Rady UE z 30 listopada 2009 r. w sprawie wymiany wyników analiz DNA wynika, że analizie DNA winny być poddawane tylko te segmenty chromosomu, które nie zawierają informacji genetycznej na temat określonych cech dziedzicznych (por. cz. III, pkt 5.3 i 5.4 uzasadnienia; por. także wyrok Sądu Najwyższego Kanady z 19 marca 2003 r. w sprawie R. przeciwko S.A.B.; wyrok Sądu Najwyższego USA z 3 czerwca 2013 r. w sprawie Maryland przeciwko Kingowi; J. Lipski, *Opinia...*, s. 6). Także art. 20 ust. 2b pkt 1 ustawy o Policji wprost stanowi, że informacje dotyczące kodu genetycznego, uzyskiwane, gromadzone, sprawdzane oraz przetwarzane przez Policję, mogą obejmować wyłącznie informacje o niekodującej części DNA. Dodatkowo, zgodnie z art. 21a ustawy o Policji, zbiór danych zawierający informacje o wynikach analizy DNA, w tym gromadzone w ramach niego próbki w postaci wymazów ze śluzówki policzków, podlega ochronie wynikającej z przepisów o ochronie danych osobowych. Powyższe okoliczności, zdaniem Trybunału, świadczą o zachowaniu przez ustawodawcę odpowiedniej proporcji ograniczenia praw i wolności wynikających z art. 47 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji.

Nie bez znaczenia jest okoliczność, że pobranie wymazu ze śluzówki policzków może przynieść również korzystne skutki dla oskarżonego. Należy przypomnieć, że wynik analizy DNA pozwala z bardzo dużym prawdopodobieństwem ustalić, czy określona próbka materiału biologicznego nie pochodzi od konkretnej osoby lub czy dwie próbki mają to samo źródło. W związku z tym analiza DNA może dostarczyć również dowód na niewinność oskarżonego (por. decyzje ETPC z: 7 grudnia 2006 r. w sprawie van der Velden przeciwko Holandii, skarga nr 29514/05 oraz 20 stycznia 2009 r. w sprawie W. przeciwko Holandii, skarga nr 20689/08 – decyzje pochodzą z bazy orzeczeń ETPC HUDOC, hudoc.echr.coe.int).

6.8. Mając na uwadze powyższe, Trybunał uznał, że art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. jest zgodny z art. 41 ust. 1, art. 47 oraz art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W związku z powyższym Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.