

**Opinia o ustawie z dnia 25 listopada 2004 r. o zmianie ustawy o Policji
oraz ustawy - Kodeks postępowania karnego
(druk senacki nr 847)**

I. Uwagi ogólne

Krajowa baza danych, zawierająca informacje o wynikach analizy DNA, jest absolutnie niezbędna, zwłaszcza z punktu widzenia realizacji celów postępowania karnego, wymienionych w art. 2 § 1 pkt 1 kodeksu postępowania karnego: „(...) aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności”.

Doświadczenia innych krajów, posiadających taką bazę danych, są jednoznacznie pozytywne. Na przykład w angielskiej bazie danych, zawierającej ponad 2 miliony profili DNA, tylko w ciągu jednego tygodnia odnotowano 1703 „trafienia”, dotyczące m.in. sprawców 13 zabójstw, 28 zgwałceń i 1646 kradzieży z włamaniem. Do lipca 2003 roku zanotowano w tejże bazie ogółem 398364 „trafienia”!

Dotychczasowa polska regulacja przedmiotowej materii, zawarta w art. 20 ustawy o Policji, była dotknięta licznymi wadami (vide np. J. Wójcikiewicz, *Polska registratura DNA, Prokuratura i Prawo* 2002, nr 11, str. 7-16). Nie ulega wątpliwości, że analizowana ustawa stanowi znaczny postęp w porównaniu z dotychczasowymi przepisami i należy ją **generalnie ocenić pozytywnie**. Wykazuje ona jednak, moim zdaniem, **bardzo istotne braki**, a także zawiera pewne rozwiązania zbyt daleko wkraczające w konstytucyjnie zagwarantowane wolności i prawa osobiste.

II. Uwagi szczegółowe

1. Wobec ogromnych kontrowersji, jakie budzi krąg osób objętych przez art. 192a § 1 k.p.k., niedopuszczalne jest ich włączenie do grona osób, w odniesieniu do których gromadzi się i przetwarza informacje w bazie danych DNA, przez sformułowanie art. 21a ust. 2 pkt 1 lit. a *in fine* oraz pkt 2.

Art. 192a k.p.k. znajduje się w rozdziale 21 („Świadkowie”). W § 1 użyto jednak sformułowania „w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych”. Analiza poglądów przedstawicieli doktryny i praktyków wymiaru sprawiedliwości {vide J. Wójcikiewicz, „Trałowanie” w polskim procesie karnym (art. 192a k.p.k.), [w:] Czynności procesowo-kryminalistyczne w polskich procedurach, V. Kwiatkowska-Darul (red.), Wydawnictwo UMK, Toruń 2004, w druku} pozwala ujawnić cały ich wachlarz w przedmiocie kategorii osób, od których można pobrać materiał do badań w ramach art. 192a § 1:

- A. Bulsiewicz, R. Stefański, J. Widacki: osoby podejrzane,
- L. Paprzycki: osoby podejrzane, a nie np. wszyscy mieszkańcy domu,
- W. Grzeszczyk: osoby podejrzane i inne osoby,
- T. Grzegorzczak: osoby podejrzane i podejrzewane, świadkowie,
- J. Gurgul: osoby podejrzewane,
- R. Kmiecik, E. Skrętowicz: osoby postronne,
- R. Kmiecik: świadkowie?, osoby podejrzewane?, osoby postronne?
- P. Hofmański: każdy, kto nie ma jeszcze statusu procesowego, a nie: oskarżeni, osoby podejrzane i świadkowie,
- A. Filewicz, I. Sołtyszewski (Bazy danych DNA w Europie - rozwiązania legislacyjne, *Problemy Kryminalistyki* 2003, nr 241, s. 11-12): osoby postronne, za zgodą.

Fakt, że można ten przepis rozumieć na tak wiele sposobów całkowicie go dyskwalifikuje. W związku z tym nie powinien znaleźć się w ustawie jako definicja kręgu osób, od których informacje o ich profilu DNA byłyby gromadzone i przetwarzane w bazie danych DNA, oznaczałoby to bowiem, że trafiałyby tam profile nie tylko osób określonych w art. 74 k.p.k., lecz także osób postronnych, czyli zwykłych obywateli! Byłoby to niedopuszczalne, tym bardziej, że ustawodawca zdaje się dozwalać na stosowanie w tym celu przymusu bezpośredniego (art. 2 pkt 2 lit. b ustawy)!

2. Problem przymusu bezpośredniego jako sposobu egzekucji obowiązków ciężących na osobach wymienionych w art. 74 k.p.k. nie doczekał się jeszcze nigdy właściwego rozwiązania

na gruncie polskiego kodeksu postępowania karnego. Nie ulega wątpliwości, że w celu egzekucji obowiązków dowodowych z art. 74 k.p.k. będzie niekiedy konieczne uciec się do tego drastycznego środka, jednakowoż to uprawnienie organów procesowych nie może wynikać ani z poglądów doktryny, ani z wykładni art. 74 k.p.k., ani też z przepisów aktów wykonawczych, jak np. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie poddawania badaniom lub dokonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanej (Dz.U. Nr 108, poz. 1021), ale z **wyraźnego przepisu ustawy**. Takie stanowisko jest uzasadnione w świetle art. 41 ust. 1 i art. 31 ust. 3 konstytucji oraz art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Takie też są zapatrywania niektórych przedstawicieli doktryny procesu karnego. Dla S. Waltosia (Proces karny. Zarys systemu, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2003, s. 302) „Co najmniej pod znakiem zapytania pozostaje dopuszczalność przełamania przez przymus fizyczny oporu [oskarżonego] w czasie próby pobrania np. krwi”.

M. Jeż-Ludwichowska {Dowodowe obowiązki oskarżonego, [w:] Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza, A. Marek (red.), TNOiK, Toruń 2004, s. 148} pisze: „Skoro niewątpliwie jest, że obowiązek samooskarżenia przez bierne dostarczanie przeciwko sobie dowodów może być egzekwowany jedynie w drodze konstytucyjnych działań podmiotów stosujących przymus, niezbędne wydaje się wprowadzenie stosownych zapisów do kodeksu postępowania karnego, co byłoby rozwiązaniem najlepszym, bądź uregulowanie podstaw, zakresu i trybu stosowania przymusu bezpośredniego w innym akcie prawnym o randze ustawy”.

D. Karczmarska {Badania oskarżonego i osoby podejrzanej na tle k.p.k. i aktów wykonawczych, [w:] Rozprawy z Jałowcowej Góry. Materiały z III Zjazdu Katedr Kryminalistyki, Dobczyce, 11-13 czerwca 2003 roku, J. Wójcikiewicz (red.), Wydawnictwo IES, Kraków 2004, s. 140} również uważa, iż „Rozwiązania zawarte w aktach wykonawczych są niewystarczające”.

Obecna nowelizacja kodeksu postępowania karnego jest więc wyjątkową okazją do naprawienia tych fundamentalnych braków. Odnośny przepis art. 74 § 3a mógłby brzmieć następująco: *Oględziny zewnętrzne ciała, fotografowanie, pobranie odcisków, włosów lub wymazu ze śluzówki policzków można, w razie konieczności, przeprowadzić przy zastosowaniu przymusu bezpośredniego, w granicach określonych celem danej czynności.*

Byłaby to i tak duża, acz niezbędna, koncesja na rzecz uprawnień organów ścigania kosztem praw oskarżonego, gdy się weźmie pod uwagę, że pobieranie wymazu ze śluzówki policzków wbrew woli osoby jest jednak procedurą inwazyjną (por. B. Steventon, *Creating a DNA Database*, *The Journal of Criminal Law* 1995, 59, 4, s. 412).

3. W świetle dotychczasowych stwierdzeń nie można zatem zaakceptować art. 2 pkt 2 lit. a ustawy, czyli nawet znowelizowanego tekstu art. 192a § 1 k.p.k. Odnośny przepis, który powinien się znaleźć w rozdziale 19 („Przepisy ogólne”), jako np. art. 174a, mógłby mieć brzmienie następujące: *W celu ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów można od osoby postronnej, za jej zgodą, pobrać odciski daktyloskopijne, wymaz ze śluzówki policzków, włosy, ślinę, próby pisma, zapach, wykonać jej fotografię lub dokonać utrwalenia głosu, a także zastosować środki techniczne mające na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu tej osoby. Po wykorzystaniu w sprawie, w której dokonano pobrania, utrwalenia lub kontroli, pobrany lub utrwalony materiał oraz dane zbędne dla postępowania należy niezwłocznie usunąć z akt i baz danych oraz zniszczyć.*

W takiej postaci, gdy dobrowolność jest istotnym jego znamieniem, przepis ten byłby podstawą prawną zarówno dla pobierania materiału w celach eliminacyjnych (np. od domowników czy pracowników), jak i dla **masowego** pobierania materiału porównawczego do identyfikacji od mieszkańców danej miejscowości, w celu wykrycia („odsiania”) sprawcy przestępstwa, który pozostawił indywidualizujące go ślady. Ta ostatnia metoda, nosząca różne nazwy: *mass screening*, *screening* operacyjny, *dragnet*, *Massentests*, określana jest również po polsku jako „ciągnięcie niewodu” czy „trałowanie”. Jest ona zaaprobowana przez ekspertów Komitetu Ministrów Rady Europy w memorandum towarzyszącym zaleceniom Komitetu Ministrów w sprawie analizy DNA w procesie 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. Draft explanatory memorandum, Council of Europe, Strasbourg 1993}. Owo „trałowanie” jest stosowane dość często i z reguły owocnie przez policję brytyjską, a także niemiecką, francuską, australijską i amerykańską. Należy z naciskiem podkreślić, że przedsięwzięcie takie byłoby **absolutnie niedopuszczalne**, gdyby istniała możliwość prawnego zmuszania obywateli do oddania próbek do identyfikacji.

4. Na aprobatę zasługuje rozwiązanie przyjęte w art. 2 pkt 2 lit. b *in fine* w odniesieniu do pokrzywdzonego (art. 192 § 1 k.p.k.) i tym samym dopuszczenie stosowania wobec niego

przymusu bezpośredniego w razie odmowy realizacji ciężącego na nim obowiązku, jeżeli karalność czynu zależy od jego stanu zdrowia. W dotychczasowym stanie prawnym jest to bowiem obowiązek bez sankcji.

5. Pozostałe przepisy art. art. 1-4 ustawy również zasługują na aprobatę.

Kraków, 28 listopada 2004 r.

prof. dr hab. Józef Wójcikiewicz