

Przeszukanie osoby a badania cieleśne oskarżonego i osoby podejrzanej



Karol Jarząbek

Doktorant w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

✉ karol.jarzabek@uwr.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0003-3754-3124>

Search of Person and Bodily Examinations of Accused and Suspected Persons

The article concerns the problem of similarities and differences between a search of person and bodily examinations consisting of sampling and body secretions from the Article 74 of the Code of Criminal Procedure. Sometimes it can be highly difficult to set a clear line between these activities. For example, the use of x-ray to find an evidence inside the body on the one hand has a typical search target, on the other hand requires the use of medical equipment. At the same time, both of these activities are connected with serious interference in the individual's right to privacy. Although bodily examination might be even more intrusive than search of person, the degree of protection of the rights of the individual in this matter is significantly lower. Among other things, the Polish Code of Criminal Procedure does not provide judicial post-revision of the bodily examination, even the most intimate, whereas every search of person can be appealed. The purpose of this article is to, first of all, set a line between these activities. It also includes a proposed model of provisions for the necessary protection of the individual's right to privacy regarding a search of person and bodily examination.

Słowa kluczowe: przeszukiwanie w procesie karnym, przeszukiwanie osoby, badania cieleśne, badanie oskarżonego, próbki ciała

Key words: search in criminal procedure, search of person, bodily examination, examination of the accused, body samples

[https://doi.org/10.32082/fp.5\(67\).2021.321](https://doi.org/10.32082/fp.5(67).2021.321)

1. Uwagi wstępne

Niektóre czynności procesowe i pozaprocessowe wykazują istotne podobieństwo do czynności przeszukiwania osoby. Szczególne trudności pojawiają się przy wyznaczaniu granicy pomiędzy badaniami oskarżo-

nego oraz osoby podejrzanej, przewidzianymi w art. 74 k.p.k., a przeszukianiem osoby. W obu wypadkach dochodzi bowiem do istotnej ingerencji w prywatność jednostki, a ponadto zarówno na badania cieleśne, jak i przeszukiwanie osoby składają się czynno-

ści, które wykazywać będą znaczne podobieństwo w oczach przeciętnego obserwatora. Uzyskiwanie próbek biologicznych traktuje się niekiedy jako formę przeszukania i zatrzymania rzeźczy w prawie porównawczym. Przykładowo w Stanach Zjednoczonych tego typu badania korzystają z dodatkowej ochrony, jaką gwarantuje czwarta poprawka do konstytucji Stanów Zjednoczonych, odnosząca się do czynności przeszukania¹. W polskim porządku prawnym ustawodawca rozróżnia badania oskarżonego oraz przeszukiwanie osoby. Biorąc pod uwagę wieloletnią tradycję ustawodawczą, wydaje się, że dokonywanie zmian ustawodawczych, które pozwoliłyby traktować badania cielesne jako przeszukiwanie (przykładowo poprzez umieszczenie art. 74 k.p.k. w rozdziale 25 k.p.k.) nie jest niezbędne. Czynności te są również traktowane odrębnie w wielu innych systemach prawnych, jak chociażby w niektórych innych państwach *common law* – Australii i Anglii². Niemniej kształt obowiązujących regulacji powoduje, że precyzyjne wyznaczenie granicy pomiędzy nimi może być niekiedy znacznie utrudnione, co przy niższym stopniu zabezpieczenia czynności z art. 74 k.p.k. gwarancjami procesowymi w świetle ingerencji w prawo do prywatności i nietykalności osobistej budzi istotne wątpliwości. Jak trafnie zauważył Arkadiusz Lach „jest swoistym paradoksem, że trudniej odebrać oskarżonemu dokumenty lub portfel, niż wkroczyć w najbardziej intymny fragment życia, dokonując ingerencji w jego organizm”³.

Rozgraniczenie obu czynności jest niebagatelne także dlatego, że o ile ustawa nie przewiduje granic podmiotowych przeprowadzenia przeszukania osoby, o tyle badania z art. 74 k.p.k. mają swoje istotne ograniczenia w tym zakresie. Badań można dokonać zarówno wobec oskarżonego (podejrzanego), jak i osoby podejrzanej (art. 74 § 2 i 3 k.p.k.), także

przymusowo (art. 74 § 3a k.p.k.). Wobec pokrzywdzonego można je przeprowadzić wyłącznie, gdy karalność czynu zależy od jego stanu zdrowia (art. 192 § 1 k.p.k.) i nie jest to dopuszczalne, gdy skorzystał ze swojego prawa do odmowy zeznań lub gdy został z nich zwolniony. Ustawa przewiduje dalsze ograniczenia dotyczące świadka, wobec którego można przeprowadzić wyłącznie badanie lekarskie i psychologiczne oraz tylko za jego zgodą. Ponadto w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów możliwe jest przeprowadzenie tzw. badań eliminacyjnych (art. 192a k.p.k.). O ile więc przeszukiwanie może zostać przeprowadzone wobec każdego uczestnika procesu, o tyle badania, zwłaszcza w odniesieniu do osób postronnych, doznają pewnych ograniczeń⁴.

Przed przejściem do rozważań szczegółowych należy zaznaczyć, że celem niniejszego opracowania jest zwłaszcza próba wyznaczenia granicy przedmiotowej pomiędzy przeszukianiem osoby a badaniami z art. 74 k.p.k., a także porównanie standardu ochrony praw i wolności jednostki na gruncie tych czynności, ze szczególnym uwzględnieniem prawa do prywatności. Natomiast zagadnienie przeprowadzania badań z art. 74 k.p.k. w kontekście zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, szeroko omówione w piśmiennictwie⁵, wykraczałoby poza ramy artykułu i jako takie nie będzie przedmiotem szerszych rozważań.

4 Zob. K. Kremens, *Przeszukiwanie* (w:) J. Skorupka (red.), *System prawa karnego procesowego*, t. 7, *Dowody*, cz. 2, Warszawa 2019, s. 3866.

5 Zob. szerzej na ten temat m.in.: W. Jasiński, *Prawo do nieobciążania się w procesie karnym w świetle standardów strasburskich*, „Prokuratura i Prawo” 2015, Nr 7–8, s. 7–35; J. Bielasiński, *Z problematyki badania oskarżonego w celach dowodowych w postępowaniu karnym*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, L. Bogunia (red.), t. 13, Wrocław 2003, s. 245–281; R. Kowalczyk, *Obowiązek poddania się badaniom w kontekście prawa niedostarczania dowodów na własną niekorzyść* (w:) P. Wiliński (red.), *Kontradycyjność w polskim procesie karnym*, Warszawa 2013, s. 592–600; M. Jeż-Ludwichowska, *Dowodowe obowiązki oskarżonego* (w:) A. Marek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa profesora Andrzeja Bulsiewicza*, Toruń 2004, s. 135–151 oraz A. Lach, *Granice...*

1 Zob. m.in. wyrok SN USA w sprawie *Vernonia School District 47J v. Acton*, 515 US. 646 (1995), w którym za przeszukiwanie uznano dostarczenie próbek moczu wymuszone przez organy postępowania.

2 A. Lach, *Granice badań oskarżonego w celach dowodowych. Studium w świetle reguły „nemo se ipsum accusare tenetur” i prawa do prywatności*, Toruń 2010, s. 33.

3 Tamże.

2. Zarys problematyki podobieństwa czynności przeszukiwania do innych czynności procesowych i pozaprocesowych

Na wstępie warto zauważyć, że podjęte w artykule tytułowe zagadnienie wpisuje się w szerszy problem podobieństwa czynności procesowych i pozaprocesowych oraz czynności przeszukiwania osoby. Na problem pokrewieństwa przeszukiwania z innymi czynnościami, które mogą realizować zbliżony cel, już wiele lat temu zwrócił uwagę Jacek Grochowski⁶. Jeśli chodzi o czynności podejmowane poza procesem karnym, problematyka odgraniczenia ich od przeszukiwania procesowego dotyczy zwłaszcza kontroli osobistej, dokonywanej na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji⁷. Zagadnienie to od dawna budzi kontrowersje i wielokrotnie stanowiło przedmiot zainteresowania doktryny procesu karnego⁸. Jednak w ostatnim czasie dodatkowo zyskało na aktualności. Przepisami regulującymi uprawnienie do dokonywania kontroli osobistej w wyroku z dnia 14 grudnia 2017 r. (K 17/14)⁹ zajął się Trybunał Konstytucyjny, uznając, że w zakresie, w jakim uprawniają one określone służby do jej przeprowadzania, nie określając granic tych czynności, są niezgodne z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Posługując się najbardziej reprezentatywnym przykładem ustawy o Policji, art. 15 ust. 1 pkt 5 tej ustawy, jeszcze do niedawna przewidywał możliwość przeprowadzenia kontroli osobistej wyłącznie w razie istnienia „uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego”, co w oczywisty sposób budzi skojarzenia z uregulowaną w art. 303 k.p.k. przesłanką wszczęcia śledztwa

w postaci „uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa”¹⁰. W wyniku nowelizacji obejmującej m.in. ustawę o Policji¹¹, będącej skutkiem wyroku TK w sprawie K 17/14, katalog przesłanek uprawniających funkcjonariuszy Policji do przeprowadzenia kontroli osobistej został istotnie poszerzony, co obecnie jeszcze bardziej utrudnia wyznaczenie precyzyjnej granicy. Nowy art. 15 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy o Policji przewiduje m.in. możliwość jej dokonania w celu znalezienia przedmiotów, których posiadanie jest zabronione. Już na pierwszy rzut oka dostrzegalna jest możliwość przeprowadzania w tożsamym celu procesowego przeszukiwania osoby w ramach czynności w niezbędnym zakresie (art. 308 k.p.k.) ze względu na uzasadnione podstawy do przypuszczenia (art. 219 § 1 k.p.k.), że dana osoba jest przykładowo w posiadaniu środków odurzających.

Z kolei w zakresie czynności o charakterze procesowym można wskazać na czynność oględzin osoby (art. 207 § 1 k.p.k.). Ze względu na bardzo szerokie określenie przesłanki uprawniającej do dokonania oględzin, zezwalającej na przeprowadzenie tej czynności „w razie potrzeby” (art. 207 § 1 k.p.k.), właściwie każde przeszukiwanie może tę przesłankę realizować¹².

W kontekście analizy zakresów przedmiotowych czynności podobnych w warstwie przedmiotowej do przeszukiwania można na wstępie zauważyć, że na gruncie polskich regulacji jednym z głównych źródeł problemu ich rozgraniczenia jest brak ustawowego określenia granic przeszukiwania osoby. Przy wykładni art. 219 § 2 k.p.k. wątpliwości nie budzi w zasadzie jedynie to, że przedmiotem przeszukiwania może być ludzkie ciało (odzież i podręczne przedmioty na tle tej regulacji stanowią odrębny przedmiot przeszukiwania). Ponadto w art. 223 k.p.k. zawarto wymóg przeprowadzania przeszukiwania, w miarę możliwości, przez osobę tej samej płci, potwierdzając w ten sposób, że czynność ta może wiązać się z wywołaniem uczucia wstydu i skrępowania. Poza tym granice faktyczne przeszukiwania osoby nie zostały w żaden sposób dookreślone, co utrudnia odróżnienie przeszukiwania od innych czynności procesowych.

6 Zob. J. Grochowski, *Definicja i elementy składowe instytucji przeszukiwania w procesie karnym*, „Problemy Prawa Karnego” 1990, nr 16, s. 87.

7 T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 360.

8 Zob. m.in. J. Grochowski, *Milicyjne przeszukiwanie a konstytucyjne prawa osobiste w PRL*, „Problemy Prawa Karnego” 1989, nr 15, s. 22 i n.; J. Karaźniewicz, *Przeszukiwanie i czynności zbliżone do przeszukiwania w teorii i praktyce organów ścigania* (w:) P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 275 i n.; D. Szumiło-Kulczycka, *Kontrola osobista i przeglądanie zawartości bagaży, przeszukiwanie (przyczynę do kwestii racjonalności legislacji)*, „Państwo i Prawo” 2012, z. 3, s. 34–44.

9 Wyrok TK z dnia 17 grudnia 2017 r., K 17/14, LEX nr 2407339.

10 Por. D. Szumiło-Kulczycka, *Kontrola osobista...*, s. 43.

11 Dz.U. z 2019 r., poz. 125.

12 K. Kremens, *Przeszukiwanie...*, s. 3816–3817.

Niewątpliwą szansą na skonkretyzowanie granic przeszukania osoby na gruncie regulacji ustawowych był wspomniany wyżej wyrok TK o sygn. K 17/14, w którym Trybunał, oprócz zagadnień związanych z kontrolą osobistą, pochylił się także nad problematyką przedmiotowych granic przeszukania z art. 219 § 2 k.p.k. W przytoczonym judykacie Trybunał uznał, że art. 219 § 2 k.p.k. w zakresie, w jakim przewiduje przeszukanie osoby, nie określając granic tego przeszukania, jest niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W uzasadnieniu wyroku TK podkreślił, że treść art. 219 § 2 k.p.k. nie daje odpowiedzi na pytanie o zakres i charakter czynności faktycznych składających się na przeszukanie osoby. Zda-

niane”. Co warte podkreślenia, Trybunał stwierdził, że w odniesieniu do czynności najgłębiej wkraczających w sferę intymności człowieka celowe jest rozważenie ich uzależnienia od apriorycznej kontroli sądowej.

Konfrontacja treści zaleceń Trybunału z działaniami podjętymi przez ustawodawcę prowadzi do wniosku, że w istocie omawiany wyrok nie został wykonany, a nowelizacja art. 219 § 2 k.p.k. będąca skutkiem orzeczenia I K 17/14 stanowi rozwiązanie jedynie fasadowe. Otóż ustawą nowelizującą Kodeks postępowania karnego z dnia 19 lipca 2019 r.¹³ uzupełniono w art. 219 § 2 k.p.k. o wymóg przeprowadzania przeszukania „z uwzględnieniem zasad i granic określonych w art. 227 k.p.k.”. Tą samą ustawą znowelizowano



Pojawiają się trudności przy wyznaczaniu granicy między przeszukaniem osoby a badaniami, którym wedle kodeksu postępowania karnego musi się poddać oskarżony lub osoba podejrzana.

niem TK przepis ten nie stanowi dostatecznej podstawy do ustalenia zakresu uprawnień przyznanych funkcjonariuszom, a znaczenie kwestionowanych pojęć (w tym pojęcia „przeszukania osoby”) rekonstruuje się w drodze wykładni, ewentualnie na podstawie przepisów rozporządzeń. W konsekwencji TK zobowiązał ustawodawcę do zmiany treści art. 219 § 2 k.p.k., wskazując, że „konieczne jest ustanowienie norm *ex ante* legitymizujących podjęcie jasno określonych zachowań, dzięki którym zakres interwencji byłby przewidywalny dla wszystkich, którzy mogliby być jej poddani. Ustawodawca powinien podążyć drogą pośrednią między dosłownością szytywnej instrukcji postępowania a wieloznacznością i niekompletnością kładącą się cieniem na zaskarżonych przez wnioskodawcę przepisach. Poza sporem pozostaje przy tym, że w odniesieniu do przepisów bezpośrednio oddziałujących na wolności i prawa konstytucyjne, zwłaszcza o charakterze osobistym, wymagania co do ich czytelności powinny być rygorystycznie wypeł-

art. 227 k.p.k., dodając zastrzeżenie, że przeszukanie lub zatrzymanie rzeczy może być przeprowadzone „w granicach niezbędnych dla osiągnięcia celu tych czynności przy zachowaniu należytej staranności, w poszanowaniu prywatności”. Rozwiązania te należy ocenić krytycznie. Po pierwsze, nowelizacja art. 219 § 2 k.p.k. nie wprowadziła w zasadzie żadnej nowej jakości normatywnej. Nie ulega bowiem wątpliwości, że art. 227 k.p.k. odnosił się do każdego rodzaju przeszukania również przed nowelizacją, a podkreślanie tego w przepisie stanowiącym podstawę przeprowadzenia przeszukania osoby było po prostu zbędne. Po drugie, w art. 227 k.p.k. zastrzeżono, że przeszukanie powinno być przeprowadzone w granicach niezbędnych dla osiągnięcia celu tej czynności, co oznacza, że faktyczne granice przeszukania wyznaczane są

13 Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2019, poz. 1694).

przez jego cel, którym zgodnie z art. 219 § 1 k.p.k. jest wykrycie lub zatrzymanie albo przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej, a także znalezienie rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym. Z jednej strony zatem, jeżeli jakakolwiek czynność organów przeprowadzających czynność przeszukania jest niezbędna dla uzyskania np. poszukiwanych przedmiotów, mieści się ona w granicach przeszukania w świetle treści art. 219 § 2 k.p.k. i art. 227 k.p.k. Granice te zostały więc zakreślone bardzo szeroko. Z drugiej strony, jak się wydaje, ową „niezbędność” należy odczytywać w ten sposób, że wyraża ona regułę subsydiarności. Oznacza to, że organy mają realizować cel przeszukania w najmniej inwazyjny sposób spośród tych, które są skuteczne. Nie zmienia to faktu, że wbrew zaleceniom Trybunału ustawodawca nadal w żaden sposób nie określił czynności, jakich w trakcie przeszukania może spodziewać się osoba przeszukiwana. Nawiązując do słów Trybunału, ustawodawca nie wybrał sugerowanej drogi pośredniej między kazuistyką a regulacjami wieloznacznymi i niekompletnymi, a w zasadzie postanowił podążyć drugą z wymienionych ścieżek. Wciąż nie jest więc jasne, na jak daleką ingerencją w prywatność osoby przeszukiwanej mogą pozwolić sobie organy przeprowadzające czynność, jeżeli tylko ingerencja ta jest „niezbędna” dla realizacji celu przeszukania. Ponadto pamiętać należy, że przepis art. 227 k.p.k. ma jedynie dyrektywalny charakter¹⁴ i nie określa w zasadzie żadnych konsekwencji jego naruszenia. Konieczne jest zatem ściślejsze uregulowanie granic przeszukania. Niezbędne wydaje się ustawowe zastrzeżenie czynności, które nie są dopuszczalne w ramach przeszukania ze względu na nieproporcjonalną ingerencję w prawa i wolności jednostki, ewentualnie wskazanie czynności, które ze względu na stopień ingerencji w prywatność wymagają dalej posuniętej ochrony niż przeszukania „standardowe”, o czym szerzej będzie mowa poniżej.

14 Jak zauważyła K. Kremens, art. 227 k.p.k. nie formułuje wprost żadnych konsekwencji w przypadku przekroczenia granic wyznaczonych dyrektywą celowości, która zawarta jest w jego treści. Przepis ten, jak wskazała autorka, ma więc faktycznie charakter „bezzębny” (zob. K. Kremens, *Przeszukanie...*, s. 3843).

3. Rozgraniczenie przeszukania osoby i badań cielesnych oskarżonego i osoby podejrzanej z art. 74 k.p.k.

Brak dookreślenia granic przeszukania osoby znacznie utrudnia wyznaczenie cezur między tą czynnością a badaniami przeprowadzanymi na podstawie art. 74 § 2 i 3 k.p.k. Niekiedy bowiem niezbędne może okazać się użycie środków, które tradycyjnie kojarzone są z wykonywaniem badań medycznych (cielesnych), a jednocześnie celem ich użycia nie jest uzyskanie próbek biologicznych, a ujawnienie przedmiotów ukrytych w ciele danej osoby (dotyczy to chociażby przeprowadzonego w tym celu badania ultrasonograficznego). Konieczne jest zatem znalezienie kryterium rozgraniczającego te czynności.

W tym kontekście Arkadiusz Lach rozważał, czy takie kryterium stanowić może rodzaj poszukiwanego materiału. Zwrócił uwagę na to, że przeszukiwanie osoby przeprowadzane jest w celu znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym. Jeżeli więc poszukiwana jest rzecz w rozumieniu art. 217 k.p.k., można uznać, że dana czynność powinna mieć formę przeszukiwania¹⁵. Zdaniem autora, można byłoby więc przyjąć, że pojęcie „rzeczy” obejmuje przedmioty materialne, nie pochodzące z organizmu oskarżonego, nawet jeżeli zostały tam ukryte, takie jak paczki z narkotykami, narzędzie przestępstwa, pieniądze, natomiast jeżeli dany ślad pochodziłby od oskarżonego, stanowiąc ślad biologiczny, zastosowanie znalazłby art. 74 k.p.k.¹⁶ Tego typu założenie proponuje się w doktrynie niemieckiej, uznając że badanie cielesne oskarżonego przeprowadza się wówczas, gdy przedmiotem badania są właściwości organizmu, a przeszukiwanie – jeśli poszukuje się określonych przedmiotów ukrytych w ciele¹⁷. Kryterium to zostało jednak zakwestionowane przez A. Lacha, którego zdaniem nie rozwiązuje ono problemu „poszukiwania” u oskarżonego

15 A. Lach, *Granice...*, s. 33.

16 Tamże, s. 33–34.

17 P. Girdwoyń, *Pobranie materiału do celów identyfikacyjnych w niemieckiej procedurze karnej* (w:) G. Rejman, B.T. Bieńkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski (red.), *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala*, Warszawa 2008, s. 87.

śladów biologicznych pochodzących od innych osób, np. pokrzywdzonego, czy też śladów kontaktu z prochem lub narkotykami. Kierując się tym kryterium, należałoby zdaniem autora w takich sytuacjach przeprowadzić przeszukiwanie, czemu przeciwstawia się jednak charakter czynności¹⁸. Jako uzupełniające proponuje on kryterium podmiotu przeprowadzającego czynność – jeżeli dana czynność powinna zostać przeprowadzona przez lekarza lub pracownika służby zdrowia, obejmuje ją art. 74 § 2 pkt 2 k.p.k.¹⁹

Znacznie więcej miejsca niż generalnemu rozgraniczeniu badań z art. 74 § 2 i 3 k.p.k. i przeszukania osoby nauka procesu karnego poświęciła zagadnieniom szczegółowym, które związane są z dokonywaniem istotnej ingerencji w integralność cielesną danej osoby, tj. poprzez prowadzenie badań radiologicznych, ultrasonograficznych oraz podawanie leków wymiotnych oraz przeczyszczających. Jak zauważyła Karolina Kremens, poglądy doktryny ewoluowały w tym zakresie²⁰. Andrzej Murzynowski stał na zdecydowanym stanowisku, że rewizja osobista może obejmować zarówno zagłębienia ciała, do których można uzyskać zewnętrzny dostęp (np. usta), jak i w szczególnych wypadkach dopuszczalne jest przeszukiwanie organizmu za pomocą „środków bezbolesnych i nieszkodliwych dla zdrowia”, takich jak prześwietlenie rentgenowskie oraz zastosowanie środków przeczyszczających²¹. Podobne stanowisko zajął Stanisław Śliwiński, również zwracając uwagę na nieszkodliwość dla zdrowia środków przeczyszczających oraz promieni rentgenowskich²², a także Henryk Popławski²³.

W nowszej literaturze karnoprocesowej stanowiska w tym zakresie są bardziej zróżnicowane. Stanisław Waltoś i Piotr Hofmański wyrazili pogląd, zgodnie z którym przeszukiwanie „może polegać także na dokonaniu prześwietlenia lub badania ultrasonograficznego,

a nawet wolno podczas niego podać środki przeczyszczające. Trzy ostatnie czynności może wykonać tylko lekarz i tylko wtedy, gdy nie zagrażają one zdrowiu, a przeprowadzenie tych badań jest nieodzowne (arg. ex art. 74 § 2 pkt 2 k.p.k.)”²⁴. Również Bogdan Myrna uznaje za dopuszczalne „w określonych sytuacjach” przeszukiwanie narządów wewnętrznych za pomocą badań rentgenowskich lub ultrasonograficznych²⁵.

Poglądu tego nie podziela jednak Tomasz Grzegorzczuk, którego zdaniem w wypadku tego typu czynności mamy do czynienia z badaniami z art. 74 § 2 i 3 k.p.k. albo wręcz z badaniami wymagającymi aktywności badanego, czyli jego zgody na określone badanie, a przy tym podawanie emetyków mogłoby tu nastąpić wyłącznie za zgodą danej osoby²⁶. Zdecydowanie przeciwko możliwości podawania środków wymiotnych jako metodzie poszukiwań wykorzystywanej w trakcie przeszukania opowiedział się J. Grochowski, który zwrócił uwagę na to, że tego typu „przeszukanie” różni się zasadniczo od pozostałych czynności poszukiwawczych. Zdaniem autora stanowiłoby to niedopuszczalne wymuszenie udziału osoby przeszukiwanej w dokonywanej czynności, a dopuszczenie stosowania tego rodzaju środków w trakcie przeszukania byłoby niebezpieczne również dlatego, że w czynności tej z reguły nie uczestniczy lekarz. Autor nazywa tego rodzaju czynność „przymusowym pobraniem wydzielin”²⁷. Z kolei zdaniem A. Lacha prześwietlenia radiologiczne czy ultrasonograficzne powinny być traktowane jako badania z art. 74 k.p.k., a nie przeszukiwanie, przy czym zaznacza, że badania te powinny być obwarowane gwarancjami przysługującymi osobie poddawanej badaniu w stopniu zbliżonym do ochrony

18 A. Lach, *Granice...*, s. 34.

19 Tamże, s. 35.

20 K. Kremens, *Przeszukiwanie...*, s. 3866.

21 A. Murzynowski (w:) L. Hochberg, A. Murzynowski, L. Schaff, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1959, s. 162.

22 S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1959, s. 278.

23 H. Popławski, *Uwagi w sprawie zakresu rewizji domowej i osobistej*, „Palestra” 1962, nr 7, s. 27–28.

24 S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 375; także P. Hofmański (w:) P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 1–296*, t. 1, Warszawa 2011, s. 1247.

25 B. Myrna, *Standard ochrony prawa do wolności i osobistego bezpieczeństwa przy zajęciu rzeczy oraz przeszukaniu osób i pomieszczeń w praktyce prokuratorskiej z polskiej perspektywy*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, L. Bogunia (red.), t. 22, Wrocław 2008, s. 125.

26 T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego. Artykuły 1–467. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2014, s. 794.

27 J. Grochowski, *Definicja i elementy...*, s. 97.

przewidzianej przy przeszukaniu osoby²⁸. W ocenie tego autora jako najbardziej adekwatne należy również uznać potraktowanie podania środków wymiotnych i przeczyszczających jako jednego z zabiegów lekarskich dokonywanych na podstawie art. 74 § 2 k.p.k.²⁹ Zbliżone stanowisko zajmuje K. Kremens, w szczególności w zakresie podawania emetyków, stwierdzając dobitnie: „za niebываłe uznać bowiem należy, iż pobranie próbek krwi, włosów czy śliny z organizmu miałyby być dopuszczalne jedynie wobec oskarżonego (podejrzanego) i osoby podejrzanej (art. 74 § 2 i 3 k.p.k.), natomiast podawanie środków przeczyszczających jako elementu przeszukania ustawa miałaby przewidywać wobec każdej przeszukiwanej osoby bez jakichkolwiek ograniczeń o charakterze podmiotowym”³⁰.

Odnosząc się do ogólnego kryterium stanowiącego cezurę pomiędzy czynnościami z art. 74 § 2 i 3 k.p.k. a przeszukaniem osoby, w mojej ocenie – wbrew zastrzeżeniu podniesionemu przez A. Lacha – rodzaj poszukiwanego materiału może stanowić optymalne kryterium rozgraniczające obie czynności, jeżeli tylko uwzględnimy przy definiowaniu pojęcia „rzecz” na gruncie art. 219 § 1 k.k. rozróżnienie na ślady i przedmioty. Znamienne jest to, że w nauce procesu karnego przy definiowaniu celu przeszukania rozróżnienie to jest najczęściej pomijane, pomimo tego, że obiekty te znacząco różnią się od siebie i mogą odgrywać dalece odmienną rolę w postępowaniu. Mianowicie, przedmioty często będą spełniać funkcję służebną wobec śladów, stanowiąc jedynie ich nośnik. Dla przykładu – zabezpieczona na miejscu przestępstwa butelka (przedmiot) sama w sobie może być zupełnie obojętna dla celów postępowania karnego, natomiast kluczowe znaczenie mogą mieć ślady na niej pozostawione (np. ślady daktyloskopijne). I tak chociażby T. Grzegorzcyk stwierdził, że „przeszukanie osoby ma jedynie na celu znalezienie przedmiotów; przeszukanie pomieszczeń i innych miejsc następuje tak w celu znalezienia przedmiotów, jak i poszukiwanej osoby”³¹, nie pochyłając się nad możliwością poszukiwania w ramach tej czynności śladów. W pewien sposób różnicę tę zdaje się

dostrzegać Ryszard Andrzej Stefański, który uznaje, że rzeczami mogącymi stanowić dowód w sprawie są te, które: 1) służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa; 2) zachowały na sobie ślady przestępstwa; 3) pochodzą bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa; 4) mogą służyć jako środek dowodowy do wykrycia sprawcy czynu lub ustalenia przyczyn okoliczności przestępstwa albo których posiadanie bez zezwolenia jest zabronione³², cytując w zasadzie § 159 Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury³³. W treści rozporządzenia zwrócono więc uwagę na różnicę pomiędzy śladami a rzeczami, wskazując w pkt 2 § 159 na przedmioty, które „zachowały na sobie ślady przestępstwa”.

Różnica ta zauważana jest natomiast w nauce kryminalistyki. Dla przykładu, definiując pojęcie przeszukania, Zbigniew Czczot i Tadeusz Tomaszewski stwierdzili, że „procesowa czynność przeszukania ma na celu znalezienie przedmiotów stanowiących rzeczowe środki dowodowe w sprawie, czasem służy do wykrycia i zatrzymania poszukiwanej osoby. Wyjątkowo tylko czynność ta nakierowana jest na ujawnienie i zabezpieczenie śladów kryminalistycznych”³⁴. Z kolei Jan Widacki wskazuje, że „celem przeszukania jest przede wszystkim [...] znalezienie rzeczy lub śladów mogących stanowić dowód w sprawie [...]”³⁵.

W orzecznictwie z kolei nie budzi większych wątpliwości, że ślady kryminalistyczne nie są „rzeczami” w rozumieniu przepisów art. 230–233 k.p.k. i nie podlegają rygorom, które odnoszą się do zatrzymanych rzeczy w toku czynności zatrzymania rzeczy i przeszukania. Przykładowo Sąd Apelacyjny w Katowicach stwierdził: „Nie są przedmiotami w rozumieniu art. 44 k.k. ślady zabezpieczone na miejscu przestępstwa (np. ślady krwi, ślady zapachowe, ślady daktyloskopijne), a w konsekwencji nie jest możliwe orzeczenie ich

28 A. Lach, *Granice...*, s. 36.

29 Tamże, s. 241.

30 K. Kremens, *Przeszukanie...*, s. 3868.

31 T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego...*, s. 790.

32 R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 167–296*, t. 2, Warszawa 2019, s. 713.

33 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (T.j. Dz.U.2017 poz. 1206 z późn. zm.).

34 Z. Czczot, T. Tomaszewski, *Kryminalistyka ogólna*, Toruń 1996, s. 191.

35 J. Widacki, *Kryminalistyka*, Warszawa 2018, s. 125.

przypadku. Ze swej istoty nie mogą do nikogo należeć, w tym znaczeniu, iż nikomu nie przysługują prawa do nich. Nie jest zatem możliwe orzeczenie ich przypadku, ale również rozstrzygnięcie w trybie art. 230, 231 i 232 k.p.k. [...]”³⁶.

Uwzględniając przytoczone wyżej uwagi dotyczące rozróżniania śladów i przedmiotów, pomimo istniejących wątpliwości, należy uznać, że optymalnym kryterium rozgraniczającym obie czynności jest rodzaj

brak jest przeszkód dla jednolitego traktowania badań, niezależnie od źródła pochodzenia „poszukiwanych” w ramach czynności z art. 74 k.p.k. śladów. Ewentualnie, choć przypuszczalnie rzadziej, z czynnościami z art. 74 § 2 i 3 k.p.k. będziemy mieć do czynienia także wówczas, gdy ich celem będzie badanie właściwości organizmu, niezwiązane z zabezpieczaniem śladów (przykładowo przeprowadzenie prześwietlenia w celach identyfikacyjnych, weryfikującego wystąpienie



Niezbędne wydaje się ustawowe zastrzeżenie czynności, które nie są dopuszczalne w ramach przeszukania ze względu na nieproporcjonalną ingerencję w prawa i wolności jednostki, ewentualnie wskazanie czynności, które ze względu na stopień ingerencji w prywatność wymagają dalej posuniętej ochrony niż przeszukania „standardowe”.

poszukiwanego materiału. Z badaniami w rozumieniu art. 74 § 2 i 3 k.p.k. będziemy mieć do czynienia niezależnie od tego, czy poszukiwanym materiałem będą ślady biologiczne pochodzące od oskarżonego, czy też od innych osób (przykładowo wyskrobiny spod paznokci z materiałem genetycznym pokrzywdzonego), ewentualnie ślady pochodzące z jeszcze innych źródeł, np. ślady kontaktu z prochem. Należy bowiem zauważyć, że warunek pochodzenia pobieranego materiału od oskarżonego w celu uznania czynności za badanie w rozumieniu art. 74 k.p.k. nie wynika ani z treści tej regulacji, ani z istoty tej czynności i przy uwzględnieniu omówionego podziału na ślady i przedmioty

nie określonych, charakterystycznych cech organizmu podejrzanego). Z kolei przeszukiwanie osoby zawsze będzie przeprowadzane w celu znalezienia przedmiotów, pomimo ich ukrycia w ciele (przykładowo w celu znalezienia paczek ze środkami odurzającymi lub substancjami psychotropowymi) i jednocześnie nigdy nie będzie służyć poszukiwaniu śladów, nawet jeżeli przeprowadzenie przeszukania wymaga udziału w nim lekarza lub innego członka personelu medycznego. Jeżeli celem czynności jest wydobycie rzeczy z organizmu danej osoby, „badanie” stanowi jedynie środek zmierzający do jego realizacji, a nie istotę przeprowadzanej czynności. Istota ta polega bowiem na poszukiwaniu, a następnie zabezpieczeniu rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie, a więc odpowiada celowi przeszukania określonego w art. 219 § 1 k.p.k. Należy jednak zaznaczyć, że zastrzeżenie to dotyczyć będzie wyłącznie czynności przeszukania osoby. W świetle przedstawionych rozważań wynika to z faktu, że poszukiwanie na ciele oskarżonego lub

36 Wyrok SA w Katowicach z 30.03.2006 r., II AKa 9/06. LEX nr 227461; zob. także: wyrok SA w Lublinie z 23.02.2004 r., II AKa 419/03, LEX nr 131081; postanowienie SA w Białymstoku z dnia 17.07.2008 r., II AKz 226/08, LEX nr 458649; por. także K. Postulski, M. Siwek, *Przepadek w polskim prawie karnym*, Zakamycze 2004, s. 107.

pokrzywdzonego i świadka śladów objęte jest zakresem przedmiotowym odrębnych od regulujących przeszukiwanie przepisów, a więc art. 74 k.p.k. oraz 192 k.p.k. Wydaje się natomiast, że w wypadku przeszukiwania miejsca nie jest wykluczone, że niekiedy będzie ono przeprowadzane w celu znalezienia i zabezpieczenia śladów kryminalistycznych³⁷.

Zaproponowane rozwiązanie, choć niepozbawione wad, ma kilka istotnych zalet. Po pierwsze, rodzaj poszukiwanego materiału przy uwzględnieniu przytoczonych wyżej uwag stanowi ostre kryterium rozgraniczające czynność przeszukiwania osoby i badań uregulowanych w art. 74 k.p.k. Rodzaj poszukiwanego materiału powinien bowiem zostać wyraźnie określony na etapie podejmowania decyzji o przeprowadzeniu czynności. W wypadku przeszukiwania niezbędna jest indywidualna identyfikacja obiektów (przedmiotów lub osób), które będą w ramach tej czynności poszukiwane w treści postanowienia o przeszukaniu czy też przy przeszukaniu dokonywanym w wypadku niecierpiącym zwłoki – nakazie kierownika jednostki, lub obiekty te powinny zostać określone ustnie przez funkcjonariusza przeprowadzającego czynność w trybie art. 220 § 3 k.p.k.³⁸ Tym samym jeszcze przed rozpoczęciem wykonywania czynności jej cel musi być znany organom ją przeprowadzającym oraz osobom, których czynność ta dotyczy, a w konsekwencji możliwe jest jej zidentyfikowanie jako przeszukiwania. Po drugie, przyjęcie proponowanego założenia, zgodnie z którym z badaniami z art. 74 k.p.k. będziemy mieć do czynienia zawsze wówczas, gdy poszukiwanym

materiałem są ślady, eliminuje wymóg konieczności pochodzenia śladów biologicznych od osoby badanej. Czynność należy bowiem zakwalifikować jako badania z art. 74 k.p.k. nie tylko wówczas, gdy poszukujemy śladów pochodzących od oskarżonego, ale także wówczas, gdy poszukiwane na ciele osoby badanej ślady pochodzą z innych źródeł.

Po trzecie wreszcie, zakwalifikowanie czynności, które potencjalnie mogłyby zostać potraktowane jako badania z art. 74 k.p.k., jako przeszukiwania, zapewnia wyższy stopień gwarancji procesowych jednostce. Założenie o stwarzaniu przez instytucję przeszukiwania lepszych gwarancji dla oskarżonego nie jest jednak w literaturze oceniane tak jednoznacznie. W ocenie A. Lacha badanie z jednej strony gwarantuje dokonanie czynności przez podmiot dysponujący odpowiednią wiedzą medyczną, z drugiej – czynność przeszukiwania obwarowana jest większą liczbą wymagań materialnych i formalnych³⁹. Wydaje się, że ryzyko związane z brakiem ustawowego wymogu przeprowadzania przeszukiwania połączonego z czynnościami medycznymi przez podmiot, dysponujący odpowiednią wiedzą medyczną, może zostać znacząco zminimalizowane, przy przyjęciu następujących założeń. Przede wszystkim, jak już podnoszono w literaturze⁴⁰, należy postulować, aby w wypadku przeszukań, które mogą zagrażać zdrowiu osoby przeszukiwanej lub sposób ich przeprowadzenia wymaga fachowej wiedzy medycznej, czynność ta dokonywana była przez biegłego lekarza. Na wezwanie do udziału w przeprowadzeniu dowodów biegłego wprost zezwalają przepisy k.p.k. – do niedawna jeszcze był to art. 198 § 1 k.p.k., a od 5 października 2019 r.⁴¹ możliwość taką przewiduje art. 198 § 1b k.p.k. Zarówno na gruncie obecnego, jak i poprzednio obowiązującego stanu prawnego biegłego wzywa się do udziału w przeprowadzeniu dowodów „w razie potrzeby”, co oznacza, że organ procesowy musi rozważyć, czy jego udział jest niezbędny, a więc udział ten ma charakter fakultatywny⁴². Podkreślenia

37 Zob. szerzej na ten temat: A. Opalska-Kasprzak, *Przeszukiwanie. Problematyka prawna i kryminalistyczna*, Warszawa 2018, s. 233.

38 Jeszcze na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów L. Skoczyński stwierdził, że niedopuszczalne jest prowadzenie przeszukiwania bez sprecyzowanego celu, tj. bez określenia poszukiwanych obiektów (przedmiotów lub osób), jedynie przy założeniu możliwości znalezienia czegokolwiek (zob. L. Skoczyński, *Warunki legalności przeszukiwania*, „Problemy Praworządności” 1989, nr 3, s. 21; tak też: K. Kremens, *Przeszukiwanie...*, s. 3843). Na potrzebę indywidualnej identyfikacji przedmiotów lub osób w treści postanowienia o przeszukaniu zwrócił uwagę także: J. Grajewski (w:) J. Grajewski (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2010, s. 769.

39 A. Lach, *Granice...*, s. 36.

40 S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 365.

41 Zob. przyp. nr 14.

42 Zob. R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania karnego...*, Warszawa 2019, s. 519.

jednak wymaga, że fakultatywność nie oznacza pełnej swobody po stronie organu, ponieważ zobiektywizowaną miarą potrzeby jest konieczność uwzględnienia wiadomości specjalnych, którymi może wykazać się tylko biegły⁴³. Bez wątpienia z taką sytuacją mamy do czynienia w wypadku przeszukań, których przeprowadzenie może zagrażać zdrowiu osoby badanej lub którego charakter wymaga udziału biegłego dysponującego wiedzą medyczną. Przybranie biegłego lekarza w takich sytuacjach powinno stanowić więc obowiązek organów procesowych. Konfrontując zatem *de lege lata* stopień gwarancyjności obu instytucji, przy uwzględnieniu szeregu dalej idących obwarowań formalnych i materialnych przeszukania (m.in. organ decydujący o przeszukaniu, możliwość wniesienia zażalenia do sądu) oraz możliwości zminimalizowania ryzyka związanego z brakiem wymogu udziału w tej czynności biegłego lekarza, należy uznać, że to przeszukanie stanowi czynność, która stwarza lepsze gwarancje dla oskarżonego. *De lege ferenda* należy jednak postulować wprowadzenie wymogu obligatoryjnego udziału biegłego w przeszukianiach tego typu wzorem m.in. art. 209 § 2 i 4 k.p.k.

Warto zwrócić uwagę na to, że krytyka traktowania tego typu czynności jako przeszukania oparta jest w zasadzie na dwóch argumentach – omówionego wyżej braku wymogu udziału wyspecjalizowanego podmiotu medycznego w przeszukaniu oraz drugiego z nich w postaci braku ograniczeń podmiotowych przeprowadzenia przeszukania, umożliwiających dokonanie tej czynności wobec świadka, co podkreśla przede wszystkim K. Kremens. Istotnie możliwość podania świadkowi emetyków budzi wątpliwości. Nie jest jednak tak, że ustawodawca nie przewidział możliwości dokonania jakiegokolwiek ingerencji w organizm podmiotów, którym nie przysługuje nawet status osoby podejrzanej. Zgodnie bowiem z art. 192a § 1 k.p.k. w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów można pobrać odciski daktyloskopijne, wymaz ze śluzówki policzków, włosy, ślinę, próby pisma, zapach,

wykonać fotografię osoby lub dokonać utrwalenia głosu. Przepis ten – nie wchodząc w szczegóły sporu w tym zakresie – dotyczy nie tylko osób podejrzanych czy też faktycznie podejrzanych, ale również „osób podejrzewanych”, a więc szerszego grona osób, z których dopiero na podstawie czynności z art. 192a § 1 k.p.k. zawężony ma zostać krąg do osób faktycznie podejrzanych, na co wskazuje nie tylko cel tej regulacji, ale także argument systemowy, związany z umieszczeniem jej w rozdziale 21 k.p.k. – Świadcowie⁴⁴. Ryzyko związane z przeprowadzaniem tego rodzaju przeszukania wobec świadka okaże się również mniejsze, jeżeli teoretyczną możliwość jego przeprowadzenia porówna się z potencjalnymi stanami faktycznymi, w których metoda tego typu mogłaby zostać zastosowana. Choć nie jest to z pewnością argument decydujący, sytuację tego typu po prostu trudno sobie wyobrazić. Otóż, jeżeli organy postępowania uzyskają informację, że dana osoba ukrywa w ciele przedmioty, których posiadanie jest zabronione, osoba ta posiadać będzie „minimum” status osoby podejrzanej. Jeżeli natomiast „świadek” przykładowo ukryje w ten sposób przedmiot, stanowiący dowód rzeczowy w sprawie, pomagając sprawcy przestępstwa pierwotnego, będzie sprawcą przestępstwa poplecznictwa (art. 239 k.k.). Wreszcie, dostrzegając brak podmiotowych ograniczeń na gruncie ustawowym w zakresie możliwości przeprowadzenia przeszukania osoby, nie wolno jednocześnie zapominać, że *de lege lata* traktowanie tego typu czynności jako badań jest równoznaczne z tym, że osobie podejrzanej, podejrzanemu i oskarżonemu

43 Tak trafnie T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego...*, Warszawa 2014, s. 681; D. Gruszecka (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 441; Z. Sobolewski, *Osoba podejrzana oraz potencjalnie podejrzana w znowelizowanym (2003) kodeksie postępowania karnego* (w:) G. Artymiak, C. Kłak, Z. Sobolewski (red.), *Problemy znowelizowanej procedury karnej; materiały konferencji naukowej Rzeszów-Czarna, 17-18 października 2003*, Kraków 2004, s. 337-338; na stanowisku, że przepis ten dotyczy wyłącznie osób podejrzanych stanęli m.in.: L.K. Paprzycki (w:) J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2010, s. 686; M. Kurowski (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, wyd. 4, Warszawa 2018, s. 754.

44 R. Kmieciak, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izby Karnej w zakresie zagadnień kryminalistyczno-dowodowych w postępowaniu karnym (w latach 1997-2001)*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 7-8, s. 33.

(którzy jeżeli nie wyłącznie, to z pewnością znacznie częściej będą poddawani badaniom niż świadek) przysługiwać będzie zażalenie na tego typu czynność jedynie na podstawie art. 302 k.p.k., wobec braku szczególnego przepisu przewidującego możliwość wniesienia zażalenia, a o ich przeprowadzeniu w znakomitej większości wypadków decydować będzie Policja. Oznacza to znacznie niższy poziom gwarancji niż w wypadku zakwalifikowania ich jako przeszukania.

Odnosząc się do przedstawionych wyżej wypadków szczególnych, balansujących na granicy obu rodzajów czynności, należy zaznaczyć, że konieczne jest rozróżnienie zagadnienia zakwalifikowania danych metod do określonych czynności dowodowych i zagadnienia dopuszczalności ich stosowania. W zakresie kwalifikowania prześwietlenia radiologicznego lub ultrasonograficznego należy uznać, że czynność ta stanowić będzie rodzaj badania, dla którego podstawą przeprowadzenia jest art. 74 § 2 k.p.k., jeżeli celem tej czynności będzie uzyskanie jedynie informacji o ciele osoby badanej. Jeżeli natomiast celem ich przeprowadzenia będzie ujawnienie przedmiotów ukrytych w ciele, przy uwzględnieniu uwag dotyczących kryterium rozgraniczającego te czynności, najbardziej adekwatne będzie potraktowanie takiej czynności jako przeszukania, z zastrzeżeniem konieczności konsultacji możliwości jej przeprowadzenia z biegłym lekarzem oraz wezwaniem go do udziału w czynności na podstawie art. 198 § 1b k.p.k. Z kolei, jak trafnie zauważył A. Lach, podanie leków wymiotnych lub przeczyszczających nie będzie wbrew stanowisku J. Grochowskiego stanowić „przymusowego pobrania wydzielin”, rzeczy wprowadzone do organizmu nie są bowiem jego wydzielinami, lecz ciałami obcymi, a sama czynność, choć prowadzi do uzyskania wydzielin, nie to ma na celu⁴⁵. Podanie tego typu substancji jako czynność, która zawsze będzie zmierzać do uzyskania przedmiotów ukrytych w ciele, należy kwalifikować jako przeszukiwanie.

Na pierwszy rzut oka zaproponowany podział polegający na traktowaniu omawianych czynności raz jako przeszukania, raz jako badań z art. 74 § 3 k.p.k., w zależności od rodzaju „poszukiwanego” materiału, może wydawać się nieco sztuczny. W istocie bardzo zbliżone do siebie w warstwie przedmiotowej czynności dowo-

dowe ze względu na powyższe kryterium przeprowadzane będą na odrębnej podstawie, którą stanowić będą albo przepisy regulujące przeszukiwanie, albo art. 74 § 2 i 3 k.p.k. Należy jednak zauważyć, że nie jest to przypadek odosobniony. Wielokrotnie od zakwalifikowania danej czynności do określonej kategorii decydować będą detale, pomimo ich znacznego podobieństwa. W kontekście samego przeszukania osoby wskazać można na zasygnalizowany powyżej problem pokrewieństwa tej czynności względem kontroli osobistej. Niejednokrotnie kontrola realizowana będzie na granicy procesu karnego, a czynności podejmowane w jej toku mogą być w zasadzie tożsame względem przeszukania. Podobnie sytuacja przedstawia się w wypadku przeszukania mieszkania i oględzin mieszkania. *In concreto* czynności organów procesowych podejmowane w ich ramach, takie jak m.in. dokładne oglądanie pomieszczeń, mogą być do siebie bardzo podobne, a wciąż podejmowane będą na odrębnych podstawach. Niezależnie jednak od sposobu kwalifikowania poszczególnych czynności konieczne jest spojrzenie na nie z perspektywy stopnia ingerencji w prawa i wolności jednostki (który w przytoczonych przykładach będzie bardzo zbliżony lub tożsamy) i dostosowanie na podstawie tego kryterium poziomu ich gwarancyjności, o czym szerzej będzie mowa poniżej.

Oprócz zakwalifikowania omawianych czynności należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy ich stosowanie jest w ogóle dopuszczalne. Wydaje się, że nie ma przeszkód do stosowania prześwietleń ultrasonograficznych i radiologicznych, a tego typu ingerencja w prawo do prywatności jest dopuszczalna, jeżeli stosowanie tych metod jest niezbędne w świetle celu przeszukania. Jednocześnie w pełni należy podzielić uwagi K. Kremens w zakresie tego, że omawiane czynności powinny być prowadzone zawsze w kontekście art. 227 k.p.k. z zachowaniem dyrektyw konieczności ich przeprowadzania i umiaru, a także przy uwzględnieniu dyrektywy proporcjonalności znajdującej swe źródło na gruncie konstytucyjnym i konwencyjnym⁴⁶. *De lege lata*, uwzględniając dyrektywę proporcjonalności, należy uznać, że powinny być one ograniczone przynajmniej do osób podejrzanych⁴⁷, choć jak

45 A. Lach, *Granice...*, s. 241.

46 Zob. K. Kremens, *Przeszukiwanie...*, s. 3868.

47 Tamże.

już wskazywano wyżej, konieczność ich stosowania wobec świadka w praktyce trudno sobie wyobrazić. Z kolei pomimo częstego traktowania w literaturze tych metod na równi z podawaniem leków wymiotnych

czynności, wystarczające jest podjęcie mniej dolegliwej czynności⁵¹, którą w tym wypadku może być oczekiwanie pod nadzorem na naturalną defekację. Rację ma natomiast A. Lach, stwierdzając, że zastoso-



Mimo częstego traktowania w literaturze na równi podawania leków wymiotnych i przeczyszczających, w wypadku tych drugich dochodzi do istotniejszej ingerencji w prawo do prywatności.

i przeczyszczających wydaje się, że w wypadku tych drugich dochodzi do istotniejszej ingerencji w prawo do prywatności, która niekiedy może prowadzić do poniżenia osoby, która miałaby zostać w ten sposób przeszukana. Zagadnieniem dopuszczalności stosowania tych środków zajmował się Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom⁴⁸. Trybunał uznał, że ich stosowanie dla pozyskania dowodów, a nie dla celów zdrowotnych, stanowi niehumanitarne i poniżające traktowanie. Zwrócił uwagę m.in. na to, że w znakomitej większości państw Rady Europy stosowanie emetyków dla celów dowodowych nie jest dozwolone⁴⁹. Trybunał wyraził również pogląd, że w tego typu sytuacjach należy raczej oczekiwać na opuszczenie organizmu przez przedmioty w naturalny sposób, co pomimo że także wiąże się z ingerencją w prywatność ze względu na nadzór, stanowi jednak sposób mniej drastyczny⁵⁰. W istocie wydaje się, że przymusowe podanie środków wymiotnych i przeczyszczających stanowi nieproporcjonalną ingerencję w prywatność osoby, której środki te są podawane dla celów dowodowych. Ponadto tego typu metody zdają się być sprzeczne z dyrektywą subsydiarności, która nakazuje odstąpić od przeszukania, gdy dla osiągnięcia celu, który ma być realizowany za pomocą tej

wanie tej metody może być dopuszczalne, jeżeli osoba przeszukiwana wyrazi na to zgodę, pozostaje bowiem dysponentem swojej prywatności⁵².

4. Gwarancje procesowe jednostki przy przeszukaniu osoby i badaniach cielesnych oskarżonego i osoby podejrzanej

Jednym z głównych powodów, dla których przedmiotowe rozgraniczenie przeszukania osoby i badań z art. 74 k.p.k. ma tak istotne znaczenie, jest różnica w gwarancjach procesowych przysługujących jednostce przewidzianych w k.p.k. przy ich przeprowadzaniu.

W charakterze wstępnych uwag warto zauważyć, że problem konstytucyjności badań oskarżonego w ograniczonym zakresie rozpatrywał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 11 października 2016 r.⁵³, w którym stwierdził, 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 RP. Przedmiot kontroli stanowiła wyłącznie czynność pobrania przez funkcjonariusza Policji wymazu ze słówki policzków, która w kontekście przesłanki materialnej jej przeprowadzenia („nieodzowności”) oraz proporcjonalności ingerencji,

48 Wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom, skarga nr 54810/00.

49 Tamże, § 53–55.

50 Tamże, § 79.

51 Zob. J. Skorupka (w:) J. Skorupka (red.), *Proces karny*, Warszawa 2018, s. 50; szerzej na temat dyrektywy subsydiarności przy przeszukaniu: zob. K. Kremens, *Przeszukanie...*, s. 3847 i n.

52 A. Lach, *Granice...*, s. 241.

53 Zob. wyrok TK z dnia 11 października 2016 r., SK 28/15, LEX nr 2138149.

spełnia w ocenie Trybunału wymogi konstytucyjne ograniczenia praw i wolności jednostki. Uwzględniając zróżnicowany stopień ingerencji poszczególnych badań z art. 74 k.p.k. w te prawa, a w szczególności to, że pobranie wymazu ze słuzówki policzków stanowi badanie relatywnie mało inwazyjne, wyciąganie wniosków o charakterze ogólnym na podstawie przytoczonego orzeczenia co do proporcjonalności wszystkich czynności z art. 74 § 2 i 3 k.p.k. byłoby nieprawidłowe. Można jedynie ubolewać, że ze względów formalnych Trybunał nie zajął się zagadnieniem konstytucyjności braku sądowej kontroli tego rodzaju badań, co wynikało z faktu, że w realiach sprawy skazujący nie uzyskał ostatecznego orzeczenia o odrzuceniu środka prawnego, mającego inicjować postępowanie przed sądem, a jedynie postanowienie prokuratora o nieuwzględnieniu zażalenia na czynność z art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k.

Porównując standardy ochrony praw jednostki przy przeprowadzaniu omawianych czynności skupię się na trzech, kluczowych w mojej ocenie obszarach ze względu na występujące na tych polach różnice: zagadnieniu podmiotu podejmującego decyzję o przeprowadzeniu czynności, zasadzie proporcjonalności oraz zaskarżalności tych czynności.

4.1. Zagadnienie czynności intymnych i nieintymnych

Przed przejściem do omówienia standardów badań z art. 74 § 2 i 3 k.p.k. i przeszukania osoby, warto pochylić się nad zagadnieniem stopnia ingerencji w prawo do prywatności w obrębie poszczególnych badań cielesnych, co stanowić będzie istotny punkt odniesienia dla dalszych rozważań. Nie każde przeprowadzenie badania wiąże się z tożsamym stopniem dolegliwości po stronie osoby badanej – bez wątpienia badania wykonywane w obrębie głowy stanowią mniejszą ingerencję w prywatność niż badania w obrębie miejsc intymnych. Przy uwzględnieniu kryterium tej ingerencji standardem w nowszych regulacjach stało się wyodrębnianie badań lub próbek intymnych i nieintymnych, zwłaszcza w krajach *common law*⁵⁴. Te pierwsze dotyczą obszarów ciała, których odkrywanie wiąże się zwykle z największymi ujemnymi

odczuciami osoby badanej⁵⁵. Podział ten funkcjonuje przykładowo w Anglii, co uregulowano w art. 62 i 63 *Police and Criminal Evidence Act* z 1984 r.⁵⁶. Do badań (próbek) intymnych zalicza się tam odcisk zębów, próbki krwi, nasienia lub innego płynu tkankowego, moczu, włosów łonowych, wymazu pobranego z otworów w ciele innych niż usta. Z kolei do drugiej kategorii zaliczana jest ślina, włosy inne niż łonowe, wymaz inny niż intymny oraz próbka z paznokcia lub spod paznokcia. Próbkami o charakterze intymnym mogą być pobrane jedynie za pisemną zgodą podejrzanego i za zezwoleniem funkcjonariusza Policji w randze co najmniej inspektora. Odmowa pobrania próbek intymnych bez uzasadnionego powodu wiąże się z możliwością wyciągnięcia na tej podstawie odpowiednich wniosków na dalszym etapie postępowania. Próbkami intymnymi mogą być pobrane jedynie przez personel medyczny (lekarza, lekarza dentyzę lub osobę zajmującą się opieką medyczną)⁵⁷.

Sporo miejsca temu zagadnieniu poświęcił A. Lach., który zwrócił uwagę na to, że przeprowadzenie podziału na badania intymne i nieintymne nie jest zadaniem łatwym. Sugeruje, że być może bardziej celowe niż rozróżnienie na próbki intymne i nieintymne jest wprowadzenie podziału uwzględniającego to, jakiego fragmentu ciała dana czynność dotyczy. Przyjęcie pierwszej metody wymaga bowiem dokładnego określenia rodzaju próbki, przykładowo, czy chodzi o włos pochodzący z głowy czy łonowy. Za bardziej adekwatną należy uznać drugą z proponowanych metod, która pozbawiona jest tego typu kazuistyki, a wymaga jedynie określenia, że chodzi o miejsca intymne lub nieintymne, z ewentualnym dookreśleniem, które miejsca za intymne są uważane. Jej zaletą jest także to, że niweluje problem związany z możliwością znajdowania się konkretnego śladu w innym miejscu niż zwykle⁵⁸ (przy-

⁵⁵ Tamże.

⁵⁶ *Police and Criminal Evidence Act* 1984 c. 60 (z późn. zm.), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents> (dostęp 20.09.2021)

⁵⁷ A. Lach, *Granice...*, s. 115. Autor wskazuje, że wydający zgodę funkcjonariusz Policji powinien mieć co najmniej rangę superintendanta, jednak w obecnym brzmieniu ustawy jest to inspektor.

⁵⁸ Tamże, s. 116.

⁵⁴ A. Lach, *Granice...*, s. 114.

kładowo włos pochodzący z głowy może znajdować się w miejscu intymnym). W konsekwencji, posługując się w dalszej części opracowania zwrotem „badania intymne” i jemu podobnymi, będę miał na myśli badania, które przeprowadzane są w obrębie miejsc intymnych człowieka, w tym zwłaszcza jego narządów płciowych. Ponadto do tej kategorii zaliczam badania wiążące się z najdalej idącą ingerencją w organizm człowieka, takie jak omówione powyżej prześwietlenia, jeżeli w świetle powyższych uwag mogą być one zakwalifikowane jako badania oskarżonego z art. 74 k.p.k. Bez względu na przyjęte kryteria tego podziału, nie ulega wątpliwości, że uwzględnienie zróżnicowanej ingerencji w prawo do prywatności jest niezbędne, pozwala bowiem wypracować odpowiedni balans pomiędzy nadmiernym stopniem gwarancyjności a jej brakiem. Z pewnością mniejszą ingerencją w prawo do prywatności stanowi pobranie włosa z głowy niż włosa łonowego, jednak różnica ta nie znajduje odpowiedniego odzwierciedlenia na gruncie ustawowym.

4.2 Podmiot podejmujący decyzję o przeprowadzeniu czynności

Na gruncie k.p.k. przeszukanie osoby może co do zasady być przeprowadzone przez prokuratora albo na polecenie sądu lub prokuratora przez Policję, a w wypadkach wskazanych w ustawie także przez inny organ (art. 220 § 1 k.p.k.)⁵⁹. Przewidziany jest również szczególny tryb przeszukania, który nie wymaga uprzedniego wydania decyzji przez prokuratora lub sąd. Zgodnie z art. 220 § 3 k.p.k. w wypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli postanowienie sądu lub prokuratora nie mogło zostać wydane, organ dokonujący przeszukania okazuje nakaz kierownika swojej jednostki lub legitymację służbową, a następnie zwraca się niezwłocznie do sądu lub prokuratora o zatwierdzenie przeszukania. W tym wypadku przeprowadzenie przeszukania również podlega kontroli prokuratora lub sądu, jednak kontrola ta ma charakter a posteriori.

59 Szerzej na temat organu uprawnionego do podjęcia decyzji o przeszukaniu: S. Steinborn, *Problem organu uprawnionego do stosowania przeszukania w toku procesu karnego w świetle unormowań konstytucyjnych i prawnomiędzynarodowych*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2008, nr 19, s. 367–376.

W zakresie badań cielesnych w wielu ustawodawstwach państw obcych dla odpowiedniej gwarancji, aby decyzja o ich przeprowadzeniu nie była podjęta pochopnie, wymagana jest pisemna decyzja organu sądowego (sądu, sędziego, sędziego śledczego), przede wszystkim w zakresie badań intymnych, uwzględniając jednocześnie wyjątki od tej reguły w wypadkach niecierpiących zwłoki⁶⁰. Przykładowo w prawie niemieckim badania cielesne oskarżonego mogą być zarządzane przez sędziego, a gdy zwłoka szkodziłaby celom postępowania, może to zrobić także prokurator lub funkcjonariusz śledczy, co reguluje art. 81a ust. 2 *Strafprozessordnung*⁶¹.

Polska ustawa karnoprosesowa nie określa organu podejmującego decyzję o przeprowadzeniu badań. Materia ta została uregulowana w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2005 r. w sprawie poddawania badaniom lub wykonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanej⁶², wydanym na podstawie delegacji ustawowej z art. 74 § 4 k.p.k. Zgodnie z § 2 ust. 1 rozporządzenia osoby poddaje się oględzinom zewnętrznym ciała oraz innym badaniom, zwanym dalej „badaniami”, oraz wykonuje się czynności na pisemne polecenie organu prowadzącego postępowanie karne, zwanego dalej „organem postępowania”. Z kolei ust. 4 stanowi, że w przypadku niecierpiącym zwłoki badanie przeprowadza się oraz wykonuje czynności na ustne polecenie funkcjonariusza organu postępowania, który jest obowiązany okazać legitymację służbową. Polecenie powinno zostać potwierdzone na piśmie niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia jego wydania. W odróżnieniu od przeszukania osoby, podjęcie decyzji o przeprowadzeniu badań nie wymaga jakiegokolwiek udziału prokuratora lub sądu. Czynności te w żadnym wypadku nie wymagają także ich zatwierdzenia przez te organy.

Funkcjonujące rozwiązywanie zastrzeżeń na krytykę z kilku względów. Po pierwsze, wątpliwości budzi uregulowanie tak istotnej materii w akcie rangi rozporządzenia⁶³. Po drugie, zasadnie podnosi się w literaturze, że sformułowanie „pisemne polecenie” oznacza, że

60 A. Lach, *Granice...*, s. 118.

61 P. Girdwojny, P. Girdwojny, *Pobranie materiału...*, s. 87.

62 Dz. U. z 2005 r. nr 33, poz. 299.

63 Por. A. Lach, *Granice...*, s. 119.

przeprowadzenie badań nie wymaga wydania decyzji procesowej w formie zarządzenia lub postanowienia⁶⁴. Jednocześnie regulacja, zgodnie z którą decyzję w tym zakresie podejmuje organ prowadzący postępowania, w polskich realiach oznacza, że najczęściej będzie to Policja lub inny organ postępowania przygotowawczego⁶⁵, niezależnie od tego, z jak daleką ingerencją w prywatność wiązać będą się poszczególne badania. O ile jeszcze do zaakceptowania jest możliwość przeprowadzenia mniej inwazyjnych badań o charakterze nieintymnym na podstawie decyzji Policji, o tyle taka możliwość w zakresie badań intymnych zasługuje na zdecydowanie negatywną ocenę. O przeprowadzeniu nawet najbardziej ingerujących w prywatność badań może więc decydować Policja (w wypadku niecierpiącym zwłoki na podstawie ustnego polecenia potwierdzonego następnie na piśmie), podczas gdy najmniej inwazyjne przeszukanie osoby każdorazowo wymaga apriorycznej lub aposteriorycznej kontroli prokuratora lub sądu, skutkującej wydaniem postanowienia.

4.3 Zasada proporcjonalności

W związku z istotną ingerencją w prawo do prywatności pojawia się pytanie, na ile polski ustawodawca przy przeszukaniu oraz badaniach z art. 74 k.p.k. uwzględnił znajdującą swoje źródła w Konstytucji RP dyrektywę proporcjonalności przy stosowaniu środków przymusu⁶⁶. Normatywne źródło

tej dyrektywy bez wątpienia stanowi art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, zgodnie z którym ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą nastąpić jedynie wówczas, gdy jest to konieczne dla bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Wszelkie ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw jednostki muszą odpowiadać zakresowo, przedmiotowo i co do sposobu regulacji postanowieniom Konstytucji⁶⁷.

Przeszukanie niewątpliwie ingeruje w konstytucyjne wolności i prawa do prywatności (art. 47), do tajemnicy komunikowania się (art. 49), do nienaruszalności mieszkania (art. 50) oraz do nietykalności osobistej (art. 41 ust. 1)⁶⁸. W kontekście tej czynności wskazuje się w literaturze, że przy jej przeprowadzaniu należy brać pod uwagę proporcjonalność zysków i strat społecznych ponoszonych przy stosowaniu tego środka⁶⁹. Podnosi się także, że organy państwowe nie mogą prowadzić przeszukań „wszystkiego i wszędzie”, ale są zobowiązane miarkować, czy podejrzenie popełnienia danego czynu uzasadnia przeprowadzenie przeszukania z udziałem danej osoby, a w szczególności odnosić się to powinno do czynów błahych oraz osób trzecich, nie związanych z popełnionym czynem⁷⁰. Na gruncie ustawowym k.p.k. ani nie ogranicza zakresu przedmiotowego przeszukania (przykładowo poprzez wskazanie katalogu przestępstw, w zakresie których przeszukanie jest dopuszczalne), ani – jak już wskazywano wyżej – nie ogranicza kręgu osób, wobec których przeszukanie może być przeprowadzone. Ustawodawca nie deklaruje również obowiązku miarkowania możliwości prowadzenia tej czynności w kontekście zarówno czynu, który stanowi przedmiot postępowania, jak i osoby, wobec których czynność ta ma być dokonywana, co poddawane jest krytyce⁷¹.

Przeprowadzanie omawianych czynności dowodowych może być nieproporcjonalne również ze względu

64 Zob. D. Karczmarska, *Badania oskarżonego i osoby podejrzanej na tle k.p.k. i aktów wykonawczych* (w:) J. Wójcikiewicz (red.), *Rozprawy z Jałowcowej Góry. Materiały z III Zjazdu Katedr Kryminalistyki, Dobczyce, 11–13.06.2003 r.*, Kraków 2004, s. 135–136.

65 Dla przykładu, w 2018 r. wszczęto ogółem 79 967 śledztw, w tym prowadzonych w całości przez prokuratora było 6 089, natomiast powierzonych przez prokuratora w całości Policji lub innym uprawnionym organom – 70 470, śledztw powierzonych przez prokuratora Policji lub innym uprawnionym organom w określonym zakresie albo dokonania poszczególnych czynności – 2414, a wszczętych na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. – 994. (Sprawozdanie z działalności powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury w sprawach karnych za rok 2018, https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2019/04/PG_PIK.pdf).

66 Zob. szerzej na temat dyrektywy proporcjonalności: K. Kremens, *Przeszukanie...*, s. 3837 i n.

67 J. Skorupka, *Konstytucyjne i konwencyjne granice przeszukania w postępowaniu karnym* (Cz. I), „Palestra” 2007, nr 9–10, s. 92.

68 Tamże.

69 J. Grochowski, *Definicja i elementy...*, s. 95.

70 Zob. K. Kremens, *Przeszukanie...*, s. 3837.

71 Tamże, s. 3837 i n.

na samą uciążliwość dla osoby badanej, a także możliwość wywołania wstydu u osoby, która czynności jest poddawana. Dostrzega to również ustawodawca, który w wypadku przeszukania osoby i jej odzieży przewidział obowiązek dokonywania go „w miarę możliwości” za pośrednictwem osoby tej samej płci (art. 223 k.p.k.), a w wypadku badań oraz oględzin ciała, które mogą wywołać uczucie wstydu, powinność dokonywania ich przez osobę tej samej płci, chyba że łączą się z tym szczególnie trudności. Co istotne w odniesieniu do przeszukania ustawodawca wprowadza art. 227 k.p.k., zgodnie z którym organy są zobowiązane do przeprowadzania przeszukań zgodnie z celem tej czynności, z zachowaniem umiaru oraz w granicach niezbędnych dla osiągnięcia celu tych czynności przy zachowaniu należytej staranności, w poszanowaniu prywatności i godności osób, których ta czynność dotyczy, oraz bez wyrządzania niepotrzebnych szkód i dolegliwości. W tym zakresie ustawodawca zadeklarował zatem obowiązek miarkowania czynności przeszukania z uwagi na kryterium stopnia uciążliwości dla osoby przeszukiwanej.

Analiza art. 74 k.p.k. i regulacji z tym przepisem powiązanych prowadzi do wniosku, że w wypadku badań cielesnych związanych z pobraniem próbek i wydzielin ciała wzięte pod uwagę zostały co najwyżej niektóre elementy dyrektywy proporcjonalności. W pewnym stopniu dyrektywa ta realizowana jest przez przesłankę przeprowadzenia badań. W świetle art. 74 § 2 pkt 2 k.p.k. badania połączone z naruszeniem integralności ciała mogą być przeprowadzone, jeżeli ich przeprowadzenie jest „nieodzowne”. Rację ma A. Lach, stwierdzając, że jest to sformułowanie zbyt lakoniczne i wymaga uszczegółowienia⁷². Mogłoby to nastąpić przykładowo poprzez wskazanie, że dowody uzyskane w wyniku tych czynności mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, tak aby uniknąć przeprowadzania badań (szczególnie tych intymnych) dla celów niezwiązanych z postępowaniem⁷³ oraz dla

potwierdzenia pobocznych okoliczności⁷⁴. Dyrektywa proporcjonalności związana z ingerencją w prawo do prywatności wymaga również, aby przeprowadzanie badań o charakterze intymnym było niedozwolone w sprawach o niskim ciężarze gatunkowym.

Przejawy dyrektywy proporcjonalności można dostrzec w treści regulacji art. 74 § 3a k.p.k. w zakresie wskazanych tam środków przymusu – siły fizycznej i środków technicznych w zakresie niezbędnym do wykonania danej czynności. Zgodnie z tym przepisem możliwe jest jedynie zastosowanie środków wystarczających dla skutecznego wykonania danej czynności. Regulacja ta nie powinna budzić zastrzeżeń.

Podobnie jak przeszukanie osoby, przeprowadzenie badania powinno być proporcjonalne ze względu na kryterium stopnia uciążliwości dla osoby badanej. Jak już wskazywano wyżej, również w odniesieniu do badań cielesnych z art. 74 k.p.k. ustawodawca przewidział – doznający wyjątku w sytuacjach szczególnych – wymóg przeprowadzania badań, mogących wywołać uczucie wstydu przez osobę tej samej płci. K.p.k. w odniesieniu do tych czynności nie zawiera jednak ogólnego odwołania do dyrektywy proporcjonalności na wzór art. 227 k.p.k. przy przeszukaniu, nie nakładając na organy obowiązku miarkowania ich przeprowadzania ze względu na kryterium stopnia uciążliwości dla osoby badanej⁷⁵.

4.4 Zaskarżalność czynności

Trzecim obszarem, na którego polu porównane zostaną gwarancje procesowe przy przeprowadzaniu obu czynności jest standard kontroli legalności, zasadności i prawidłowości ich przeprowadzania. Każde przeszukanie, a więc również przeszukanie osoby, ma charakter zaskarżalny (art. 236 § 1 k.p.k.). Zażalenie przysługuje na postanowienia dotyczące przeszuka-

przeprowadzenia tego typu badań w takim celu, stanowiło naruszenie art. 8 EKPC (wyrok ETPC z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie Y.F. przeciwko Turcji, skarga nr 24209/94).

74 Jak jednak wspomniano wyżej, w wyroku TK o sygn. SK 28/15 stwierdzono, że przesłanka „nieodzowności” warunkująca dokonanie czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków spełnia rygory ustawowego ograniczenia praw i wolności jednostki.

75 Por. A. Lach, *Granice...*, s. 131.

72 A. Lach, *Granice...*, s. 126.

73 W sprawie Y.F. przeciwko Turcji Trybunał uznał, że przymusowe przeprowadzenie badania ginekologicznego zatrzymanej kobiety w celu uchronienia funkcjonariuszy przed ewentualnymi, przyszłymi zarzutami wykorzystania seksualnego, w sytuacji gdy tureckie prawo nie przewidywało

nia, a więc na postanowienie o jego przeprowadzeniu oraz zatwierdzeniu, gdy zostało ono przeprowadzone w wypadku niecierpiącym zwłoki (art. 220 § 3 k.p.k.). Przysługuje ono nie tylko stronom postępowania, ale wszystkim osobom, których prawa, na skutek wydania postanowienia lub przeprowadzenia czynności, zostały naruszone⁷⁶. Zażalenie na postanowienie wydane lub czynność dokonaną w postępowaniu przygotowawczym rozpoznaje sąd rejonowy, w którego okręgu prowadzone jest postępowanie. W wypadku każdego przeszukania przewidziany jest zatem sądowy standard kontroli *post factum*.

W odróżnieniu od przeszukania, w zakresie badań z art. 74 k.p.k. brak jest przepisu szczególnego przewidującego możliwość zażalenia tych czynności⁷⁷. W postępowaniu przygotowawczym pojawia się jedynie możliwość oparcia skargi na art. 302 k.p.k.⁷⁸ Przepis ten odnosi się jednak tylko do postępowania przygotowawczego, co oznacza, że w wypadku przeprowadzenia tego typu czynności w postępowaniu sądowym (co oczywiście będzie miało miejsce zdecydowanie rzadziej), ustawodawca nie przewiduje jakiegokolwiek ochrony⁷⁹. Ponadto, nawiązując do wyżej poczynionych uwag, badanie z art. 74 k.p.k. przeprowadzane jest na podstawie „polecenia”, a zatem nie na podstawie zarządzenia lub postanowienia, stąd traktowane będzie jako „inna czynność” w świetle art. 302 § 2 k.p.k. Zgodnie z art. 302 § 3 k.p.k. zażalenie na postanowienia i zarządzenia oraz na inne czynności prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, rozpoznaje prokurator bezpośrednio przełożony. Ustalenie, który organ postępowania rozpoznawać będzie zażalenia na tego typu czynności w wypadku ich przeprowadzenia przez nieprokuratorskie organy postępowania przygotowawczego, wymaga więc sięgnięcia do reguł ogólnych. Przepis art. 465 § 3 k.p.k.

stanowi, że zażalenie na postanowienie prowadzącego postępowanie przygotowawcze, jeżeli nie jest nim prokurator, rozpoznaje prokurator sprawujący nadzór nad tym postępowaniem. Poprzez odesłanie zawarte w art. 467 § 1 k.p.k. przepis ten stosowany będzie odpowiednio w wypadku zażalenia wniesionego na czynność. Zażalenie na czynności nieprokuratorskiego organu postępowania przygotowawczego, w tym badania z art. 74 k.p.k., rozpoznawać będzie więc prokurator nadzorujący postępowanie⁸⁰, co z pewnością stanowi znacznie niższy standard kontroli niż w wypadku kontroli sądowej przy przeszukaniu osoby.

5. Wnioski i postulaty *de lege ferenda*

De lege ferenda bez wątpienia omawiana materia wymaga odpowiedniego doregulowania. Wydaje się, że optymalnym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie wzorem holenderskiego kodeksu postępowania karnego odrębnej regulacji, obejmującej szczególnie, dalece ingerujące w prywatność jednostki sposoby przeszukania, z pewnymi zastrzeżeniami. Zgodnie z art. 56 ust. 2–3 holenderskiego k.p.k. (*Wetboek van Strafvordering*) „prokurator może zdecydować w wypadku «poważnego» podejrzenia popełnienia przestępstwa przez podejrzanego o przeprowadzeniu przeszukania jam ciała. Przeszukiwanie jam ciała oznacza: badanie zewnętrzne otworów ciała oraz jam dolnych części ciała, prześwietlenie radiologiczne, ultrasonografię oraz wewnętrzne, manualne badanie otworów i jam ciała. Przeszukanie jam ciała przeprowadza lekarz. Przeszukania nie przeprowadza się, jeżeli byłoby to niepożądane ze względów medycznych. Przeszukania, o których mowa w ust. 1 i 2, przeprowadza się w prywatnym miejscu i o ile jest to możliwe, przez osoby tej samej płci, co podejrzany”⁸¹. W wypadku adaptacji przytoczonej regulacji na gruncie polskiego k.p.k. konieczne byłoby oczywiście dostosowanie przesłanki materialnej stosowania tego typu prze-

76 K. Kremens, *Przeszukanie...*, s. 3862.

77 Już na tle projektu k.p.k. P. Hofmański zwrócił uwagę na to, że spora grupa środków przymusu, w tym również uregulowane obecnie w art. 74 k.p.k. badania, pozostaje poza grupą środków, co do których przysługuje prawo do wniesienia zażalenia (zob. P. Hofmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 339).

78 Por. także wyrok TK z dnia 11.10.2016 r., SK 28/15, LEX nr 2138149.

79 Zob. P. Hofmański, *Konwencja...*, s. 339.

80 D. Świecki (w): D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Art. 425–673*, t. 2, Warszawa 2018, s. 420.

81 *Wetboek van Strafvordering* z 15 stycznia 1921 r. (z późn. zm.), nr: BWBR0001903 (Tłumaczenie własne z tłumaczenia na j. angielski, znajdującego się na stronie internetowej: www.legislationonline.org).

szukań i odwołanie się do „uzasadnionych podstaw do przypuszczenia”, że dana rzecz znajduje się w ciele osoby przeszukiwanej (por. art. 219 § 1 k.p.k.), zamiast „poważnego podejrzenia popełnienia przestępstwa”.

narkomanii⁸²). Warto zauważyć, że w orzecznictwie ETPC, choć podkreśla się konieczność uwzględnienia ciężaru gatunkowego przestępstwa przy ocenie proporcjonalności przeszukania, nie formułuje się



Badania o charakterze intymnym powinny być dokonywane na podstawie postanowienia prokuratora lub sądu, a w przypadkach niecierpiącym zwłoki należy przewidzieć aposterioryczną kontrolę prokuratora lub sądu.

Przepis tego typu obejmowałby nie tylko omówione wyżej przypadki prześwietleń ultrasonograficznych i radiologicznych, ale także przeszukiwanie otworów ciała, która to czynność oprócz głębokiej ingerencji w prywatność wiąże się zagrożeniem dla zdrowia osoby przeszukiwanej. Wykluczyć natomiast należy możliwość przymusowego podawania środków oczyszczających i emetyków ze względu na niespełnianie kryterium proporcjonalności i subsydiarności – brak jest przeszkód, aby uregulować tę materię *expressis verbis* w nowo wprowadzonym przepisie. Nowa regulacja powinna przewidywać również w sposób wyraźny obowiązek przeprowadzenia tego typu przeszukania przez lekarza oraz zastrzeżenie, że stosowanie wskazanych metod jest niedozwolone, jeżeli zagrażałoby to zdrowiu osoby przeszukiwanej, a także – choć nie powinno to budzić większych wątpliwości również na gruncie obowiązujących przepisów – wyraźnego zastrzeżenia, że tego typu przeszukania powinny być prowadzone w miejscu gwarantującym prywatność. Znajdująca swoje podstawy w normach konstytucyjnych dyrektywa proporcjonalności wymaga również, aby tak drastyczne metody ingerencji w prywatność nie były stosowane w sprawach o niskim ciężarze gatunkowym. Przykładowo za nieproporcjonalne należałoby uznać korzystanie z nich w wypadku przestępstwa posiadania nieznaczonej ilości środków odurzających (art. 62 ust. 1 i 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu

jasnych kryteriów w tym zakresie. Przykładowo w jednym z orzeczeń Trybunał stwierdził, że fakt, iż przestępstwo zarzucone danej osobie jest zagrożone karą do 5 lat pozbawienia wolności, nie może przemawiać za uznaniem, że w takiej sprawie przeprowadzenie przeszukania jest nieproporcjonalne⁸³. Istotnie ujęcie w sztywne ramy prawne zakazu przeprowadzania przeszukań intymnych w wypadku określonego rodzaju przestępstw byłoby zadaniem utrudnionym. Wynika to m.in. ze sposobu techniki legislacyjnej w zakresie ustawowego wymiaru kary. Przykładowo jednym z często występujących zagrożeń ustawowych jest kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, gdzie w zależności od konkretnych okoliczności wpływających na wymiar kary, może być to przestępstwo o stosunkowo niskim ciężarze gatunkowym (orzeczenie kary w dolnych granicach ustawowego zagrożenia, ewentualnie kary grzywny lub ograniczenia wolności na podstawie art. 37a k.k.) lub też przestępstwo relatywnie ciężkie (kara w górnych granicach ustawowego zagrożenia). Bez wątplenia natomiast konieczne jest uwzględnianie dyrektywy proporcjonalności *in concreto*, tak aby korzystanie z omawianych metod

82 T.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 852.

83 Decyzja ETPC z dnia 3 czerwca 2008 r. w sprawie Steeg i Wenger przeciwko Niemcom, skargi nr 9676/05, nr 10744/05 oraz nr 41349/06.

istotnie ingerujących w prywatność jednostki, nie miało miejsca w wypadku spraw błahych.

Ponadto warto poddać refleksji, czy taki szczególny tryb przeszukania nie powinien każdorazowo wymagać apriorycznej zgody prokuratora (sądu). Jak trafnie zauważyła w kontekście badań K. Kremens, jeżeli możliwe jest skontaktowanie się z lekarzem, uzyskanie jego zgody i zapewnienie jego udziału w prowadzeniu badań, tym bardziej wydaje się możliwe uzyskanie apriorycznej zgody uprawnionego organu, tj. odpowiednio sądu lub prokuratora⁸⁴. Wprowadzenie tych rozwiązań z pewnością w większym stopniu realizowałyby zalecenia TK zawarte w przytoczonym wcześniej wyroku o sygn. K 17/14.

Przedmiotowe rozgraniczenie przeszukania osoby i badań cielesnych z art. 74 k.p.k. nie dezaktualizuje problemu dostosowania standardów ochrony praw jednostki przy przeprowadzaniu obu czynności, które pomimo zbliżonego poziomu ingerencji w prawo do prywatności znacząco się od siebie różnią, co budzi istotne zastrzeżenia z systemowego punktu widzenia. Szczególnie wyraźne są różnice na polu organu decydującego o ich przeprowadzeniu, a także możliwości i sposobu ich zaskarżenia. Ustawodawca zdaje się także nie dostrzegać w dostatecznym stopniu problemu konieczności miarkowania stopnia uciążliwości badań związanych z pobieraniem próbek i wydzielin ciała.

De lege ferenda zagadnienie organu decydującego o przeprowadzeniu badań powinno zostać uregulowane w k.p.k., a nie w akcie rangi rozporządzenia. Zasadnicze wątpliwości budzi fakt, że czynności tego rodzaju nie wymagają podjęcia decyzji procesowej. Mając na uwadze zbliżony, a niekiedy wyższy stopień ingerencji w prawo do prywatności w porównaniu do przeszukania osoby, przede wszystkim badania o charakterze intymnym powinny być dokonywane na podstawie postanowienia prokuratora lub sądu oraz przy badaniach przeprowadzanych w wypadku niecierpiącym zwłoki powinna zostać przewidziana aposterioryczna kontrola prokuratora lub sądu wzorem art. 220 § 3 k.p.k. Ewentualnie można byłoby dopuścić możliwość decydowania o przeprowadzeniu badań nieintymnych przez organ prowadzący postępowanie na podstawie zarządzenia.

Ponadto na krytykę zasługuje brak przepisu przewidującego możliwość wniesienia zażalenia na badania z art. 74 k.p.k., a prawo zaskarżenia tych czynności na podstawie art. 302 k.p.k. to stanowczo zbyt mało. *De lege ferenda* należy wprowadzić możliwość zaskarżenia decyzji o przeprowadzeniu badań do sądu, wzorem regulacji z art. 236 k.p.k., w szczególności w zakresie badań o charakterze intymnym.

Dodatkowo w zakresie badań z art. 74 k.p.k. brak jest regulacji, która wprost przewidywałaby obowiązek proporcjonalnej ingerencji w prywatność jednostki, jeśli chodzi o kryterium stopnia uciążliwości dla osoby badanej. Takie zróżnicowanie nie znajduje żadnego uzasadnienia z punktu widzenia ingerencji w prawa i wolności jednostki, a wynika jedynie z faktu przedmiotowego rozgraniczenia badań i przeszukania osoby na gruncie ustawowym. Konieczność wprowadzenia analogicznej regulacji – nawet pomimo ograniczonej doniosłości skutków naruszenia art. 227 k.p.k. – nie powinna budzić wątpliwości.

Artykuł został zrealizowany w ramach projektu badawczego „Uzasadnione przeszukanie. Między efektywnością ścigania a prawami jednostki” prowadzonego przez Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego pod kierownictwem dr Karoliny Kremens. Projekt uzyskał finansowanie z Narodowego Centrum Nauki w ramach konkursu Sonata Bis 8 (nr grantu 2018/30/E/HSS/00338).

Bibliografia

- Bielasiński J., *Z problematyki badania oskarżonego w celach dowodowych w postępowaniu karnym*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, L. Bogunia (red.), t. 13, Wrocław 2003, s. 245–281.
- Czczot Z., Tomaszewski T., *Kryminalistyka ogólna*, Toruń 1996.
- Girdwoyń P., *Pobranie materiału do celów identyfikacyjnych w niemieckiej procedurze karnej* (w:) G. Rejman i in. (red.), *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala*, Warszawa 2008, s. 85–92.
- Grajewski J. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2010.
- Grajewski J., Paprzycki L. K., Steinborn S., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2010.

84 K. Kremens, *Przeszukanie...*, s. 3868.

- Grochowski J., *Definicja i elementy składowe instytucji przeszukiwania w procesie karnym*, „Problemy Prawa Karnego” 1990, nr 16, s. 80–91.
- Grochowski J., *Milicyjne przeszukiwanie a konstytucyjne prawa osobiste w PRL*, „Problemy Prawa Karnego” 1989, Nr 15, s. 23–36.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Artykuły 1–467. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2014, s. 794.
- Hochberg L., Murzynowski A., Schaff L., *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1959.
- Hofmański P., *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995.
- Hofmański P., Sądziak E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 1–296*, t. 1, Warszawa 2011.
- Jasiński W., *Prawo do nieobciążania się w procesie karnym w świetle standardów strasburskich*, „Prokuratura i Prawo” 2015, Nr 7–8, s. 7–35.
- Jeż-Ludwichowska M., *Dowodowe obowiązki oskarżonego (w: A. Marek (red.), Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa profesora Andrzeja Bulsiwicza*, Toruń 2004, s. 135–151.
- Karaźniewicz J., *Przeszukiwanie i czynności zbliżone do przeszukiwania w teorii i praktyce organów ścigania (w: P. Hofmański (red.), Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010.
- Karczmarska D., *Badania oskarżonego i osoby podejrzanej na tle k.p.k. i aktów wykonawczych (w: J. Wójcikiewicz (red.), Rozprawy z Jałowcowej Góry. Materiały z III Zjazdu Katedr Kryminalistyki, Dobczyce, 11–13.06.2003 r.*, Kraków 2004.
- Kmieciak R., *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izby Karnej w zakresie zagadnień kryminalistyczno-dowodowych w postępowaniu karnym (w latach 1997–2001)*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 7–8, s. 30–50.
- Kowalczyk R., *Obowiązek poddania się badaniom w kontekście prawa niedostarczania dowodów na własną niekorzyść (w: P. Wiliński (red.), Kontradiktoryjność w polskim procesie karnym*, Warszawa 2013, s. 592–600.
- Kremens K., *Przeszukiwanie (w: J. Skorupka (red.), System prawa karnego procesowego*, t. 7, Dowody, cz. 2, Warszawa 2019.
- Lach A., *Granice badań oskarżonego w celach dowodowych. Studium w świetle reguły „nemo se ipsum accusare tenetur” i prawa do prywatności*, Toruń 2010.
- Myrna B., *Standard ochrony prawa do wolności i osobistego bezpieczeństwa przy zajęciu rzeczy oraz przeszukiwaniu osób i pomieszczeń w praktyce prokuratorskiej z polskiej perspektywy*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, L. Bogunia (red.), t. 22, Wrocław 2008, s. 115–131.
- Opalska-Kasprzak A., *Przeszukiwanie. Problematyka prawna i kryminalistyczna*, Warszawa 2018.
- Popławski H., *Uwagi w sprawie zakresu rewizji domowej i osobistej*, „Palestra” 1962, nr 7, s. 17–28.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrzny urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (T.j. Dz.U.2017 poz 1206 z późn. zm.).
- Skoczyński L., *Warunki legalności przeszukiwania*, „Problemy Praworządności” 1989, nr 3, s. 19–32.
- Skorupka J. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2018.
- Skorupka J. (red.), *Proces karny*, Warszawa 2018.
- Skorupka J., *Konstytucyjne i konwencyjne granice przeszukiwania w postępowaniu karnym (Cz. I)*, „Palestra” 2007, nr 9–10, s. 92–96.
- Sobolewski Z., *Osoba podejrzana oraz potencjalnie podejrzana w znowelizowanym (2003) kodeksie postępowania karnego (w: G. Artymiak, C. Klak, Z. Sobolewski (red.), Problemy znowelizowanej procedury karnej: materiały konferencji naukowej Rzeszów–Czarna, 17–18 października 2003*, Kraków 2004.
- Sprawozdanie z działalności powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury w sprawach karnych za rok 2018*, https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2019/04/PG_P1K.pdf (dostęp 20.09.2021).
- Stefański R. A., Zabłocki S. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 167–296*, t. 2, Warszawa 2019.
- Steinborn S., *Problem organu uprawnionego do stosowania przeszukiwania w toku procesu karnego w świetle unormowań konstytucyjnych i prawnomiędzynarodowych*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2008, nr 19, s. 367–376.
- Szumilo-Kulczycka D., *Kontrola osobista i przeglądanie zawartości bagaży, przeszukiwanie (przyczynek do kwestii racjonalności legislacji)*, „Państwo i Prawo” 2012, z. 3, s. 34–44.
- Śliwiński S., *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1959.
- Świecki D. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, wyd. 4, Warszawa 2018, s. 754.
- Świecki D. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Art. 425–673*, t. 2, Warszawa 2018.
- Waltoś S., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009.
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013.
- Widacki J., *Kryminalistyka*, Warszawa 2018.