



Piotr Kosmaty

Kontrola rozmów telefonicznych jako czynność procesowa

Podśluch określany na gruncie norm prawnych jako kontrola i utrwalanie rozmów, zawsze budził i z pewnością będzie budził w społeczeństwie wiele kontrowersji i emocji. Obawy dotyczące jego stosowania budzą niepokój nie tylko w społeczeństwie, ale również wśród przedstawicieli doktryny i praktyki. Podśluch jest bowiem wyjątkowo drastycznym naruszeniem swobód obywatelskich opartym na podstępie. Stosowanie podśluchu rodziło zawsze opory nie tylko w naszym kraju. W pierwszym wyroku Sądu Najwyższego USA z r. 1928, dopuszczającym stosowanie podśluchu, aż czterech sędziów było mu przeciwnych. Sędzia Oliver Wendell Holmes nazwał wprost tę metodę „brudnym interesem” (sprawa *Olmstead v. United States*)¹.

Posługiwanie się podstępem w walce z przestępczością zwłaszcza w toku czynności procesowych budzi zastrzeżenia. Większe jest przyzwolenie na stosowanie takich metod w trakcie prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych. Adam Taracha twierdzi, że podśluch, podstęp czy inne formy tajnego zdobywania informacji, nie licują z godnością wymiaru sprawiedliwości². Jednak równocześnie dodaje, że nie może być inaczej, gdy państwo chce skutecznie walczyć ze zjawiskiem przestępczości.

Wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się stanowią jedną z podstawowych zasad ustrojowych każdego państwa prawa. Gwarantują ją zarówno Konstytucja RP³ w art. 49, jak i międzynarodowe akty prawne: art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁴ oraz art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁵ (cytowanej dalej jako Konwencja Europejska; KE).

¹ A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze, aspekty kryminalistyczne i prawno dowodowe*, Lublin 2006, s. 342.

² *Ibidem*.

³ Dz.U. z 1977 r., Nr 78, poz. 483.

⁴ Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

⁵ Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284-285.

Chroniona wolność oraz tajemnica komunikowania się nie jest prawem absolutnym. Zdanie drugie art. 49 Konstytucji wyraźnie wskazuje, że prawo to może być ograniczone, ale jedynie w przypadkach i w sposób określone w ustawie.

Wspomniany art. 8, ust. 1 KE stanowi, iż „każda osoba ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego miru domowego oraz swojej korespondencji”. Podstawowym celem tej regulacji jest uniemożliwienie przedostania się wiadomości do osób, dla których nie są one przeznaczone. Ustęp 2 cytowanego artykułu wprowadza obszerną klauzulę pozwalającą na ograniczenie zasady zakazu ingerencji w prywatność. Wyjątki od zasady są możliwe, gdy ingerencja jest zgodna z prawem i konieczna w demokratycznym społeczeństwie ze względu na bezpieczeństwo narodowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku lub zapobieganie przestępczości, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”.

Przepis ten wyznacza schemat testu legalności dokonanej ingerencji, tzn. oceniana jest ona zawsze kolejno przez pryzmat „zgodności z prawem” oraz „konieczności w społeczeństwie demokratycznym” dla ochrony jednego z wymienionych w tym przepisie celów. Oczywiście, oba kryteria zawsze muszą być łącznie spełnione, aby móc uznać, iż w danym przypadku nie naruszono standardu Konwencji⁶. Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wskazuje, iż przywiązuje on największą wagę do zapewnienia adekwatnej kontroli nad decyzjami w przedmiocie stosowania podsłuchu⁷. Najlepiej, żeby kontrola ta oddana była w ręce niezawisłego sądu.

Przechodząc do nakreślenia problematyki procesowego kontrolowania i utrwalania treści rozmów, chciałbym wyrazić pogląd, iż instytucja ta na gruncie polskiego prawa czyni zadość standardom demokratycznego państwa prawnego.

W polskim procesie karnym stosowanie podsłuchu telefonicznego uregulowane zostało po raz pierwszy nowelą do d.k.p.k. z dnia 18 grudnia 1982 r.⁸ Ustawa o szczególnej regulacji prawnej w okresie zawieszenia stanu wojennego w art. 13 nadała nowe brzmienie art. 198 d.k.p.k. Do tego czasu zdania odnośnie do możliwości stosowania podsłuchu telefonicznego po wszczęciu postępowania przygotowawczego były podzielone. Tadeusz Taras jeszcze na gruncie kpk z 1928 r.⁹ dopuszczał możliwość stosowania podsłuchu na podstawie art. 145, § 1, dokonując rozszerzającej wykładni słowa „korespondencja”¹⁰. W tym wypadku autor dopuszczał stosowanie wykładni *a fortiori* do przepisu o następującej treści: „urzędy pocztowe, telekomunikacyjne, kolejowe i celne oraz instytucje żegluga wodnej i powietrznej są obowiązane wydawać sądowi lub prokuratorowi na ich żądanie korespondencję i przesyłki, mające znaczenie dla toczącego się postępowania; tylko sąd i prokurator mają prawo je otwierać”. Korespondencja według T. Tarasa to przesyłanie i wymiana wiadomości między różnymi osobami obojętnie za pomocą jakiegoś środka technicznego. Może nim być posłaniec, poczta, telegraf, telefon lub radio. Uwagi te zachowywały aktualność do art. 198 kpk z 1969 r., przed nowelizacją z uwagi na fakt, iż jego treść

⁶ D. Gajdus, B. Gronowska, *Stosowanie podsłuchu telefonicznego w ocenie Europejskiej Komisji i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Palestra” 1994, nr 11.

⁷ Sprawa Klass i inni, przeciwko RFN, *Case of Klass and others*, Series A, Vol. 28, Strasburg 1979.

⁸ Dz.U. z 1982 r., Nr 41, poz. 273.

⁹ Kpk z 1928 r., Dz.U. Nr 50, poz. 364.

¹⁰ T. Taras, *O dopuszczalności i legalności podsłuchu telefonicznego*, Annales UMCS, Vol. VII, Z. Sectio G, Lublin 1961.

prawie się nie zmieniła. Odmiennego zdania byli M. Lipczyńska¹¹ i Z. Młynarczyk¹². Według nich do 1982 r. podsłuch telefoniczny *de lege lata* był niedopuszczalny w postępowaniu karnym. Mogące stanowić taką podstawę art. 145 kpk z 1928 oraz art. 198 kpk z 1969 r., dotyczące zajęcia korespondencji, takiej możliwości *expressis verbis* nie przewidywały. Ponadto zdaniem tych autorów przepisy dopuszczające wyłom w swobodach obywatelskich mogą podlegać jedynie wykładni ścieśniającej.

Jak wspomniano wyżej, w dniu 18 grudnia 1982 r. mocą art. 13 Ustawy o szczególnej regulacji prawnej w okresie zawieszenia stanu wojennego, ustawodawca polski dopuścił tzw. podsłuch telefoniczny jako formę uzyskiwania dowodu w procesie karnym. Nowe brzmienie art. 198 dkpk usunęło tzw. lukę *intra legem*, polegającą na tym, że „norma jest określona w sposób luźny, oceniający, pozostawia znaczną swobodę decyzji organowi stosującemu prawo”¹³.

Przyjęte rozwiązanie *expressis verbis* wskazało, iż na polecenie sądu lub prokuratora urzędy pocztowe, telekomunikacyjne lub celne obowiązane są udostępnić zapisy treści rozmów telefonicznych mających znaczenie dla toczącego się postępowania. Pomimo iż był to duży krok we właściwym kierunku, przyjęte rozwiązanie dalekie było od standardów, które powinny obowiązywać przy stosowaniu podsłuchu telefonicznego jako metody uzyskiwania materiału dowodowego. Jedynymi podmiotami uprawnionymi do wydania postanowienia o utrwaleniu treści rozmowy telefonicznej były sąd lub prokurator. W praktyce prokurator był jedynym uprawnionym organem do stosowania tego środka w postępowaniu przygotowawczym¹⁴. W tej fazie procesu nie było żadnej sądowej kontroli stosowania tego środka, co nawet w minimalnym stopniu nie odpowiadało standardom międzynarodowym. Przepis art. 198 dkpk nie przewidywał żadnych ograniczeń stosowania podsłuchu ze względu na rodzaj i wagę popełnionego przestępstwa, co do którego prowadzone było postępowanie karne.

Podsłuch telefoniczny mógł być legalnie zainstalowany w każdej sprawie, bez względu na rodzaj i wagę popełnionego przestępstwa. Rodziło to oczywiście możliwości nadużywania tego wyjątkowego sposobu gromadzenia materiału dowodowego. W literaturze podnoszono potrzebę ograniczenia stosowania tego przepisu do pewnej kategorii spraw prowadzonych o najcięższe przestępstwa¹⁵. Bardzo ogólnie ustawodawca określał cel stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego, wskazując, iż utrwalanie rozmów telefonicznych następuje, gdy ma to znaczenie dla toczącego się postępowania. Poważnym błędem ustawodawcy było nieokreślenie czasu trwania podsłuchu telefonicznego, co pozostawiało dużą swobodę prokuratorowi w ustalaniu okresu stosowania podsłuchu telefonicznego w postępowaniu przygotowawczym. Także wadliwie była uregulowana kwestia odroczenia na czas oznaczony, ogłoszenia oskarżonemu postanowienia o utrwalaniu treści rozmów telefonicznych. Jako powód odroczenia wskazywano „dobro sprawy”. Odroczenie na czas oznaczony, niezbędny ze względu na dobro sprawy, było określeniem zbyt ogólnikowym, dającym pole do

¹¹ M. Lipczyńska, *Kontrola rozmów telefonicznych jako środek uzyskiwania dowodu w procesie karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 1966, nr 63.

¹² Z. Młynarczyk, *Podsłuch telefoniczny a art. 198 kpk i art. 172 kk.*, „Nowe Prawo” 1979, nr 12.

¹³ W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979.

¹⁴ K. Marszał, *Podsłuch w polskim procesie karnym* *Podsłuch w polskim procesie karnym de lege lata i de lege ferenda*, „Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok”, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach” 1996.

¹⁵ M. Lipczyńska, *op. cit.*, s. 628.

nadużyć. Krytyce należy także poddać przyjęte poprzednio rozwiązanie w zakresie wykonywania postanowienia o kontroli rozmów telefonicznych. Stosownie do aktu wykonawczego wydanego na podstawie art. 198 dkpk¹⁶ postanowienie takie przesyłano do wykonania dyrektorowi właściwego okręgu telekomunikacji, który wyznaczał odpowiednie osoby utrwalające treść rozmów telefonicznych. Uregulowanie takie nasuwało wątpliwości co do obiektywizmu osób niebędących organami państwa, dokonujących kontroli i utrwalających treści rozmów telefonicznych. Ponadto oparte było na monopolu telekomunikacji państwowej.

Już w projekcie kodeksu postępowania karnego¹⁷ ustawodawca starał się usunąć wszelkie mankamenty dotychczasowego uregulowania.

Moim zdaniem, obecnie obowiązujące przepisy w zakresie stosowania podsłuchu w trakcie trwania procesu, pomimo pewnych wątpliwości, respektują zasady, na których opiera się demokratyczne państwo prawa.

Kontrola rozmów i ich utrwalanie uregulowane jest w rozdziale 26 kodeksu postępowania karnego (art. 237–242). Przepisy tego rozdziału są podstawą stosowania m.in. podsłuchu telefonicznego. Desygnat nazwy „rozmowy telefoniczne” nie obejmuje tzw. billingu, tzn. komputerowego wydruku z wykazem połączeń dokonywanych przez abonenta. Podstawą otrzymania takiego wydruku od operatora sieci jest art. 217 kpk¹⁸. W literaturze anglosaskiej informacje te określane są mianem *DATA TRAFFIC* (dane ruchu). Jest to określenie bardziej precyzyjne niż billing. Billing bowiem to rachunek telefoniczny obrazujący rozmowy wychodzące z aparatu telefonicznego. W przypadku organu procesowego chodzi o uzyskanie informacji także o rozmowach przychodzących na określony numer telefoniczny. Kodeks postępowania karnego, określając czynności wykonawcze w ramach podsłuchu, stwierdza, że możliwe jest zarządzenie kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych. Kontrola i utrwalanie zostały połączone koniunkcją. Oznacza to, że oba człony powinny występować jednocześnie. Utrwalanie stanowi jednocześnie formę kontroli. Kontrola może natomiast występować samodzielnie. Na podstawie rozdziału 26 kpk kontrola powinna występować łącznie z utrwalaniem i tak też powinna być interpretowana.

Przewidziany w kpk podsłuch może zostać zastosowany po wszczęciu postępowania karnego. Oznacza to, że jest on dopuszczalny zarówno w fazie *in personam*, jak i w fazie ścigania anonimowego (*in rem*)¹⁹. Ustawodawca natomiast milczy odnośnie do możliwości stosowania podsłuchu w trakcie prowadzenia czynności sprawdzających oraz w ramach dochodzenia w niezbędnym zakresie. Moim zdaniem z uwagi na fakt, że *de lege lata* czynności sprawdzające nie są składnikiem postępowania przygotowawczego, stosowanie w ich ramach podsłuchu jest niedopuszczalne²⁰. Natomiast nie ma przeszkód, aby stosować go w ramach czynności niecierpiących zwłoki, gdyż czynności te powodują także wszczęcie procesu, a czas trwania dochodzenia lub śledztwa liczy się wówczas od dnia pierwszej czynności zabezpieczającej dowody.

¹⁶ Zob. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości i Obrony Narodowej z 10 maja 1983 r. w sprawie sposobu dokonywania zabezpieczania, przechowywania, odtwarzania oraz niszczenia zapisów treści rozmów telefonicznych (Dz.U. Nr 27, poz. 133).

¹⁷ Projekt kodeksu postępowania karnego – redakcja z lutego 1995 r.

¹⁸ B. Kurzępa, *Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych wg kpk*, „Prokuratura i Prawo” 1993, nr 3.

¹⁹ R. Marszał, *Podsłuch w polskim procesie karnym*, op. cit., s. 349.

²⁰ Podobne stanowisko prezentują: T. Grzegorzcyk, *KPK, Komentarze*, Kraków 2003, oraz *Komentarz do kpk*, red. Z. Gostyński, Warszawa 2003.

Uprawnienie do zarządzenia kontroli i utrwalania treści rozmów stało się monopolem niezawisłego sądu. Z wnioskiem do sądu o wydanie takiego postanowienia może wystąpić tylko prokurator. Powinien w nim uzasadnić konieczność dokonania kontroli rozmów telefonicznych. Musi on być na tyle przekonujący, aby wyrobić w sądzie pogląd o niezbędności zastosowania takiego środka²¹. Jeżeli zgromadzone do tychczas dowody są wystarczające dla wszechstronnego wyjaśnienia sprawy, z zarządzenia podsłuchu należy zrezygnować z uwagi na zbyt drastyczny charakter tego środka. Art. 237, § 1 kpk precyzyjnie reguluje cel stosowania podsłuchu, stanowiąc, iż zarządzenie kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych ma na celu wykrycie i utrwalenie dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenie popełnieniu nowego przestępstwa. To unormowanie zakłada, że organ, który miałby zastosować kontrolę i utrwalanie rozmów, powinien dysponować wstępnymi informacjami wskazującymi na celowość zastosowania tego środka. Wyjątkiem od zasady, że podsłuch telefoniczny zarządza tylko sąd, jest dopuszczenie możliwości wydania postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów także przez prokuratora. Dozwolone jest to jedynie w wypadkach niecierpiących zwłoki. Ocena, czy zachodzi taki wypadek, należy do prokuratora, który musi pamiętać, że jego decyzja zostanie poddana kontroli sądu. Obowiązany jest bowiem w ciągu trzech dni wystąpić do sądu o zatwierdzenie swojego postanowienia o zarządzeniu podsłuchu. Z kolei sąd zatwierdza bądź odrzuca postanowienie prokuratora w ciągu pięciu dni. W razie odmowy uzyskane z podsłuchu materiały ulegają zniszczeniu, co oznacza, iż nie mogą stanowić żadnego dowodu w tej ani też w innej sprawie. Prokurator musi pamiętać, aby nie odwrócić zasady, że sąd zarządza stosowanie kontroli i utrwalania rozmów. Zatwierdzenie prokuratorowskiego postanowienia jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem sądu. Gdyby prokurator spóźnił się ze złożeniem wniosku, to z uwagi na to, że termin wskazany w § 2, art. 237 kpk ma charakter instrukcyjny, wydane później zatwierdzenie sanuje fakt stosowania podsłuchu.

Gdyby jednak w ogóle nie wnioskował o zatwierdzenie, a potem powoływał się na dowody uzyskane w wyniku podsłuchu, należy uznać, że postanowienie zarządzające podsłuch dotknięte zostało wadą nieważności. Należy podzielić pogląd K. Dudki, która uważa, iż sąd nie może odmówić zatwierdzenia decyzji prokuratora, stwierdziwszy, że nie zachodził przypadek niecierpiący zwłoki²². W danym bowiem przypadku w grę wchodzi jedynie odmiennosc oceny sądu i prokuratury. Typowym przykładem, w którym sąd nie zatwierdzi postanowienia prokuratora, będzie sytuacja stosowania podsłuchu w sprawie niedotyczącej przestępstw wskazanych w kodeksowym katalogu.

Pozytywnie należy ocenić wybór ustawodawcy, który enumeratywnie w art. 237, § 3 kpk wyliczył przestępstwa, przy których ściganiu dopuszczalne jest zastosowanie podsłuchu. Dotyczy to:

- 1) zabójstwa,
- 2) narażenia na niebezpieczeństwo powszechne lub spowodzenia katastrofy,
- 3) handlu ludźmi,
- 4) uprowadzenia osoby,

²¹ K. Marszał, *Prawo karne procesowe*, Warszawa 1988, s. 213.

²² K. Dudka, *Kontrola korespondencji i podsłuch w polskim procesie karnym*, Lublin 1998, s. 68.

- 5) wymuszania okupu,
- 6) uprowadzenia statku powietrznego lub wodnego,
- 7) rozboju, kradzieży rozbójniczej lub wymuszenia rozbójniczego,
- 8) zamachu na niepodległość lub integralność państwa,
- 9) zamachu na konstytucyjny ustrój państwa lub jego naczelne organy, albo na jednostkę Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej,
- 10) szpiegostwa lub ujawnienia tajemnicy państwowej,
- 11) gromadzenia broni, materiałów wybuchowych lub radioaktywnych,
- 12) fałszowania oraz obrotu fałszywymi pieniędzmi, środkami lub instrumentami płatniczymi albo zbywalnymi dokumentami uprawniającymi do otrzymania sumy pieniężnej, towaru, ładunku albo wygranej rzeczowej albo zawierającymi obowiązek wpłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach lub stwierdzenie uczestnictwa w spółce,
- 13) wytwarzania, przetwarzania, obrotu i przemytu środków odurzających, prekursorów, środków zastępczych lub substancji psychotropowych,
- 14) zorganizowanej grupy przestępczej,
- 15) mienia znacznej wartości,
- 16) użycia przemocy lub groźby bezprawnej w związku z postępowaniem karnym,
- 17) łapownictwa i płatnej protekcji,
- 18) stręczycielstwa, kuplerstwa i sutenerstwa,
- 19) przestępstw określonych w rozdziale XVI ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.) oraz w art. 5–8 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, sporządzonego w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708), zwanego dalej „Statutem”.

Jak wspomniano, na podstawie art. 198 dkpk podsłuch mógł być zakładany praktycznie w każdej sprawie. Było to rozwiązanie dalece niedoskonałe, naruszające standardy międzynarodowe. Zbiór określony w art. 237, § 3 kpk jest zamknięty. Warto w tym miejscu przytoczyć pogląd prezentowany w latach 60., zgodnie z którym zarządzenie podsłuchu w konkretnej sprawie powinno nastąpić niezależnie od wagi sprawy²³. Należy taki pogląd *de lege lata* odrzucić. Natomiast pokazuje on, iż nawet przy obecnym rozwiązaniu powstaje wiele wątpliwości. Bolesław Kurzępa wskazuje na problemy interpretacyjne, dotyczące znamienia „zabójstwo” użytego w pkt 1 omawianego przepisu²⁴. Brak jest rozstrzygnięcia, czy chodzi jedynie o czyny określone w art. 148 kk, czy również o zabójstwa uprzywilejowane opisane w art. 149–150 kk. Praktyka wskazuje, że takich wątpliwości może pojawić się znacznie więcej. Nie będą one dotyczyły tylko problemów interpretacyjnych, ale również mogą dotyczyć braku zamieszczenia w katalogu określonych typów czynów zabronionych. B. Kurzępa *de lege ferenda* proponuje dodanie do art. 237, kpk nowego paragrafu o treści: „kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych jest dopuszczalne również w postępowaniu o inne czyny niż wymienione w § 3 w przypadku, gdy jedynie w ten sposób można zdobyć dowody świadczące o popełnieniu bądź uzasadnionej obawie popełnienia no-

²³ M. Lipczyńska, *op. cit.*, s. 628.

²⁴ B. Kurzępa, *op. cit.*, s. 83.

wego przestępstwa²⁵. Zdecydowanym mankamentem takiej propozycji jest pozostawienie organom stosującym prawo dużej dowolności interpretacyjnej. To w zasadzie od prowadzącego postępowanie karne zależy będzie, czy w danej sprawie istnieje potrzeba założenia podsłuchu. W skrajnych przypadkach będzie można stosować podsłuch praktycznie w każdej sprawie. Z. Młynarczyk proponuje wprowadzenie ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności jako kryterium dopuszczalności stosowania podsłuchu²⁶. Za T. Tarasem²⁷ podaje przykład Danii, w której podsłuch telefoniczny jest dopuszczalny w stosunku do osoby, która jest podejrzana o popełnienie przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności powyżej 8 lat. Wydaje się, iż najrozsądniejszym rozwiązaniem, mimo swej niedoskonałości, jest dopisywanie przez ustawodawcę kolejnych punktów do § 3, art. 237 kpk. Tylko w ten sposób można zabezpieczyć obywateli przed nadmierną ingerencją państwa w ich prawo do ochrony tajemnicy komunikowania się.

Obok zakresu przedmiotowego uzasadniającego przeprowadzenie podsłuchu bardzo istotnym problemem jest zakres podmiotowy, czyli ustalenie, wobec kogo można go stosować. Krąg osób, które mogą być podsłuchiwane, mimo kazuistycznego przepisu jest bardzo szeroki. Obejmuje on:

- podejrzanego lub oskarżonego;
- pokrzywdzonego;
- osoby, z którymi może kontaktować się podejrzany lub oskarżony;
- osoby, które mogą mieć związek ze sprawcą;
- osoby, które mogą mieć związek z groźącym przestępstwem.

Przepis daje możliwość zarządzenia podsłuchu nie tylko wobec osób fizycznych, ale także osób prawnych i innych jednostek (np. w odniesieniu do telefonów firmowych). Założenie podsłuchu tylko wobec osoby fizycznej może okazać się niewystarczające, jeżeli chociażby działalność przestępcza jest nierozzerwalnie związana np. z działalnością gospodarczą. Powstaje zasadnicze pytanie: komu doręczyć postanowienie o zarządzeniu podsłuchu, gdy założono go na zbiorową stację telefoniczną, np. w zakładzie pracy? Czy takie postanowienie należy doręczyć indywidualnie każdemu z rozmówców korzystających z telefonu publicznego, czy tylko jego właścicielowi lub użytkownikowi? Respektowanie konstytucyjnego prawa do ochrony tajemnicy komunikowania się przemawia za rozwiązaniem, iż należy je dostarczyć każdej osobie, której rozmowę podsłuchiowano. W praktyce może jednak powstać problem, jak to zrobić, gdy z telefonu korzystały setki lub nawet tysiące osób i w jaki sposób ustalić ich tożsamość. Problem ten nie został rozwiązany przez ustawodawcę. Pamiętać należy również, iż nic nie stoi na przeszkodzie, aby stosować podsłuch wobec osób korzystających z licznych immunitetów, np. parlamentarnego, dyplomatycznego, sędziowskiego lub prokuratorskiego. Natomiast wyniki podsłuchu będzie można wykorzystać dopiero po uzyskaniu zezwolenia na ściganie osoby objętej immunitetem. W razie braku takiej zgody, dowód z utrwalonej rozmowy telefonicznej należy zniszczyć.

Kodeks postępowania karnego ustala limit czasu, w przeciągu którego może trwać kontrola rozmów telefonicznych i ich utrwalanie. Czynność ta nie może prze-

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Z. Młynarczyk, *Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 2-3.

²⁷ T. Taras, *op. cit.*, s. 43.

kroczyć trzech miesięcy. Ustawodawca przewidział sytuacje, w których trzy miesiące mogą okazać się zbyt krótkie, aby zrealizować cele postępowania. Możliwe jest zatem wydłużenie kontroli o dalsze trzy miesiące. Należy jednak pamiętać, że może to nastąpić w szczególnie uzasadnionym wypadku. Prokurator, kierując taki wniosek do sądu, musi należycie wykazać, że za przedłużeniem stosowania podsłuchu przemawiają szczególne okoliczności.

Przedłużać stosowanie podsłuchu można wielokrotnie, ilekroć nie przekracza to trzech miesięcy. Podzielam pogląd B. Kurzępy, że czas trwania czynności winno liczyć się nie od daty wydania postanowienia, lecz od chwili rozpoczęcia realizacji podsłuchu przez jednostkę do tego wyznaczoną²⁸. Niedopuszczalne jest stosowanie tzw. nadmiernego podsłuchu. Oznacza to, że kontrola winna być zakończona niezwłocznie po ustaniu przyczyn wymienionych w art. 237, § 1–§ 3 kpk. Otwarte natomiast pozostaje pytanie, czy tak sztywne określenie ram czasowych, w których można prowadzić kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych, jest prawidłowe. Łatwo bowiem podać praktyczne przykłady z prowadzonych spraw, szczególnie o charakterze gospodarczym lub zorganizowanym, gdzie nawet sześć miesięcy jest okresem zbyt krótkim, aby zrealizować podstawowy cel podsłuchu określony w § 1 art. 237 kpk, jakim jest wykrycie i uzyskanie dowodów przestępstwa. Szwajcarski kodeks postępowania karnego dopuszcza stosowanie podsłuchu telefonicznego do sześciu miesięcy, ale z możliwością jego przedłużenia na kolejne sześciomiesięczne okresy.

Środki masowego przekazu często donoszą o nieprawidłowym postępowaniu z utrwalonymi zapisami podsłuchanych rozmów telefonicznych²⁹. Nierzadko efektem prowadzenia kontroli rozmów są duże ilości zapisów niemających żadnego znaczenia dla prowadzonego postępowania. Wobec takich sytuacji ustawodawca w art. 238, § 3 kpk nakazał zniszczenie utrwalonych zapisów, jeżeli nie mają znaczenia dla postępowania karnego. Podobnie zniszczeniu ulegają zapisy rozmów dokonane na podstawie postanowienia prokuratora, wydanego w wypadku niecierpiącym zwłoki, gdy sąd odmówił jego zatwierdzenia.

Zniszczenie zapisu rozmowy telefonicznej następuje dopiero po wydaniu zarządzenia przez sąd. W postępowaniu przygotowawczym prokurator musi złożyć do sądu wnioski o wydanie zarządzenia. Użyte w tym przepisie słowo „zniszczenie” należy rozumieć jako wymazanie, usunięcie czy skasowanie zapisu z nośnika w sposób uniemożliwiający jego odtworzenie. Jeżeli zajdzie taka potrzeba, sąd może zarządzić fizyczne zniszczenie nośnika. Zniszczony winien być również stenogram. Z czynności tych należy oczywiście sporządzić protokół. Należy postulować, aby organ zezwalający na dokonanie podsłuchu był zobligowany do osobistego udziału w czynnościach likwidacji materiału zbędnego dla postępowania.

Podsłuchiwanie z istoty swej wymaga daleko posuniętej poufności. Aby można było efektywnie zbierać dowody, osoby, których rozmowy są poddawane kontroli, nie mogą sobie zdawać z tego sprawy. W przeciwnym wypadku kontrolowanie rozmów spełnia co najwyżej funkcję środka ograniczającego swobodę komunikowania się z otoczeniem³⁰. Aby zapobiec takim sytuacjom, ustawodawca w art. 239 kpk przewi-

²⁸ B. Kurzępa, *op. cit.*, s. 85.

²⁹ Szeroka 12: *Podsłuchiwali wszystko jak leci*, „Gazeta Wyborcza” z 6.10.2008.

³⁰ R. Kmiecik, *Kontrola rozmów telefonicznych jako czynność procesowa i operacyjno-rozpoznawczą*, Lublin 1986.

dział możliwość odroczenia ogłoszenia postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych osobie, której ono dotyczy. Ogłoszenie może być przesunięte w czasie ze względu na dobro sprawy i nie później niż do prawomocnego zakończenia postępowania. Zdaniem niektórych autorów powód odroczenia, jakim jest dobro sprawy, jest zbyt ogólnikowy co powoduje, że interes śledztwa lub dochodzenia stawiany jest nad interesem podejrzanego³¹. Pogląd taki nie wydaje się słuszny w obliczu możliwości zaskarżenia decyzji o kontroli i utrwalaniu rozmów. Odroczyć ogłoszenie postanowienia można w stosunku do każdej osoby, wobec której założono podsłuch, a nie tylko, jak to było poprzednio, wobec oskarżonego (podejrzanego). W tym miejscu zasignalizować należy odmienne interpretacje zwrotu „nie później niż do czasu prawomocnego zakończenia postępowania”. Rację ma B. Kurzępa, twierdząc, iż poprawne jest rozumowanie, że datą, do której można odroczyć ogłoszenie postanowienia, będzie dzień, w którym Sąd drugiej instancji utrzyma w mocy orzeczenie sądu pierwszej instancji uchylone (nawet wielokrotnie) do ponownego rozpoznania.

W skrajnych przypadkach odstęp czasu pomiędzy datą wydania postanowienia o zarządzeniu podsłuchu a chwilą uprawomocnienia się wyroku może wynosić kilka lat³². Poprawne rozumowanie nie oznacza jednak, że jest ono słuszne. K. Ponikwia zauważa, iż co do tego sformułowania nasuwa się szereg wątpliwości dotyczących prawa podejrzanego do obrony oraz prawa pokrzywdzonego do informacji³³. Aby bowiem uczynić zadość terminowi w postaci prawomocnego zakończenia postępowania, postanowienie o zarządzeniu kontroli i utrwalania rozmów nie może znaleźć się w aktach sprawy, bo w przeciwnym razie podejrzany dowie się o podsłuchu z chwilą końcowego zaznajamiania się z materiałami postępowania. Jednak gdy takie postanowienie nie znajdzie się w aktach głównych, będzie to z pewnością naruszenie prawa oskarżonego do obrony, gdyż ma on pełne prawo do zapoznania się z dowodami przemawiającymi na jego niekorzyść oraz ustosunkowania się do nich. Wobec tak postawionego problemu najśluszniejszym rozwiązaniem wydaje się propozycja R.A. Stefańskiego, który zaleca, aby przedmiotowy przepis rozumieć w ten sposób, iż prawomocne zakończenie postępowania to koniec tego etapu, w którym przerwano podsłuch, a więc zakończenie postępowania przygotowawczego bądź sądowego³⁴. Taka też interpretacja tego przepisu dominuje w praktyce działania organów wymiaru sprawiedliwości. Podzielałam takie stanowisko, zdając sobie jednocześnie sprawę z jego niejednoznaczności.

W art. 240 kpk ustawodawca wprowadził możliwość zaskarżenia każdego postanowienia dotyczącego kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. Zażalenie przysługuje każdej osobie, wobec której stosowano podsłuch. Przedmiotem zażalenia może być zasadność i legalność kontroli i utrwalania rozmów. Skarżąc legalność podsłuchu, odnosimy się do jego prawnej dopuszczalności, co oznacza np., że podsłuch zastosowano przy czynach nienależących do katalogu wskazanego w art. 237, § 3 kpk. Badanie zasadności będzie oznaczało podważanie podstaw faktycznych decyzji o podsłuchu, a więc np. brak dowodów wskazujących na potrzebę jego założenia. Za-

³¹ W. Osiecki, *Kontrola rozmów telefonicznych w ustawodawstwie polskim*, „Nowe Prawo” 1987, nr 9.

³² B. Kurzępa, *op. cit.*, s. 91.

³³ K. Ponikwia, *Uwagi krytyczne do art. 239 kpk*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 10.

³⁴ *Komentarz KPK*, red. R. A. Stefański, t. 1, Warszawa 1999.

skarżeniu podlega każde postanowienie dotyczące podsłuchu, a więc także decyzja o jego przedłużeniu. Nie da się wykluczyć sytuacji, w której zasadne było zastosowanie podsłuchu, a jego przedłużenie nastąpiło już bezpodstawnie. Podzielam pogląd T. Grzegorzcyka, że nie przysługuje zażalenie na postanowienie prokuratora, które nie zostało następnie zatwierdzone przez sąd³⁵. Wszak niezatwierdzona decyzja prokuratora nie istnieje, brak jest więc przedmiotu zażalenia.

Na mocy art. 241 kpk przepisy dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych stosuje się odpowiednio do kontroli oraz utrwalania przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną. Wykładnia językowa tego przepisu wskazuje, że poszerzenie kontroli i utrwalania, o jakim mowa w art. 237 kpk, dotyczy:

a) treści rozmów innych niż telefoniczne (wszelkie rozmowy, bez względu na to, gdzie i jak prowadzone),

b) treści przekazów informacji innych niż telefoniczne, a wśród nich korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną.

Rację ma T. Grzegorzcyk, twierdząc, że w pierwszym wypadku wchodzi w grę rozmowy między dwiema lub więcej osobami, prowadzone bez jakiegokolwiek przekaznika technicznego. W drugim chodzi już o przekazy informacji, a więc z wykorzystaniem urządzeń technicznych (innych niż telefon), już niekoniecznie w formie rozmów bezpośrednich³⁶. Przypomnieć należy, że do nowelizacji omawianego przepisu z 10 stycznia 2003 r. problem zakresu stosowania w procesie podsłuchu był bardzo kontrowersyjny. Zdaniem Sądu Najwyższego przepis ten w poprzednim brzmieniu pozwalał na kontrolę i utrwalanie przekazów informacji innych niż rozmowy telefoniczne, o których mowa była w art. 241 kpk, tylko wtedy, gdy były one przesyłane za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej, tj. przez przewody, systemy radiowe, optyczne lub jakiegokolwiek inne urządzenia wykorzystujące energię elektromagnetyczną³⁷. Stanowisko takie było w większości aprobowane przez doktrynę³⁸. Jednakże pojawiły się też poglądy krytykujące taką interpretację³⁹. Nie zamierzam bliżej analizować tego problemu, gdyż w mojej ocenie ma on już charakter historyczny. Ustawodawca, nadając obecny kształt przepisowi art. 241 kpk, jasno i czytelnie wskazał, iż podsłuchiwać w procesie można wszystkie rozmowy, nie tylko te prowadzone za pomocą sieci telekomunikacyjnej. Tym bardziej niezrozumiałe jest stanowisko A. Kiedrowicz, która twierdzi, że kodeks postępowania karnego zezwala na kontrolę przekazów informacji jedynie w ramach sieci telekomunikacyjnych, co w przypadku telefonii internetowej nastrocza zazwyczaj poważne trudności natury technicznej⁴⁰. Prawo do odtwarzania zapisów nagranych rozmów ma sąd lub prokurator, a w wypadkach niecierpiących zwłoki, za ich zgodą, także Policja.

³⁵ T. Grzegorzcyk, *op. cit.*, s. 619.

³⁶ *Ibidem*, s. 621.

³⁷ Uchwała SN z 21 marca 2000 r., I KZP 60/99.

³⁸ B. Krzępa, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 11, S. Hoc, OSP 2000, nr 11, M. Wawron, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 12.

³⁹ W. Grzegorzcyk, OSP 2000, nr 10, K. Dudka, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 12.

⁴⁰ A. Kiedrowicz, *Zagadnienie kontroli przekazów informacji w ramach telefonii internetowej*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10.

Aby można było skutecznie podsłuchiwać, po wydaniu stosowanego postanowienia musi nastąpić jego realizacja. W tym celu ustawodawca nałożył na urzędy, instytucje oraz podmioty prowadzące działalność w dziedzinie poczty i telekomunikacji obowiązek umożliwienia wykonania postanowienia w zakresie przeprowadzenia kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. Rola ich sprowadza się do stworzenia organizacyjnych i technicznych możliwości zrealizowania omawianej czynności. Podkreślić należy, że operator sieci telekomunikacyjnej nie ma żadnych prawnych podstaw do kwestionowania zasadności wydanego postanowienia. Szczegółowe regulacje dotyczące technicznych aspektów podsłuchu znajdują się w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie sposobu technicznego przygotowania sieci służących do przekazywania informacji, do kontroli przekazów informacji oraz sposobu dokonywania, rejestracji, przechowywania, odtwarzania i niszczenia zapisów z kontrolowanych przekazów⁴¹. Tematyka ta jednak wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

Przedstawione uwagi na temat funkcjonowania podsłuchu w polskim prawie karnym wskazują, iż obecne rozwiązanie, mimo mankamentów, stara się zabezpieczyć możliwości zdobywania dowodów przestępstw przy równoczesnym respektowaniu konstytucyjnego prawa do poszanowania wolności i tajemnicy komunikowania się.

⁴¹ Dz.U. z 2003 r., Nr 110, poz. 1052.