

PODMIOTOWE I PRZEDMIOTOWE GRANICE STOSOWANIA PODSŁUCHU W PROCESIE KARNYM

RADOSŁAW KOPER*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.1.2019.02/r.koper

Stosowanie podsłuchu w postępowaniu karnym należy do tych zagadnień karno-procesowych, które z powodzeniem można zaliczyć do najbardziej kontrowersyjnych. Wciąż aktualna pozostaje wyrażona przed laty teza, że ta tematyka wywołuje w społeczeństwie wiele obaw i emocji¹.

Możliwość zarządzania kontroli i utrwalania rozmów jednostki w płaszczyźnie zinstytucjonalizowanej, asygnowanej przez organy władzy publicznej, implikuje petryfikację pozycji jednostki względem państwa. Innymi słowy, słabsza – z natury rzeczy – pozycja jednostki w relacji do władzy publicznej zostaje spotęgowana możliwością zastosowania środka przymusu odznaczającego się znacznym stopniem dokuczliwości. Kontrolowanie i utrwalanie treści rozmów danej osoby oznacza bowiem istotną ingerencję w jej prywatność, co nie tylko łączy się z poznaniem rozmaitych szczegółów z jej życia prywatnego i rodzinnego, ale także, w razie stosowania podsłuchu na szerszą skalę, może potencjalnie wywołać stan ogromnego dyskomfortu wielu osób odczuwających stan zagrożenia ich prywatności. To swoiste osłabienie poczucia bezpieczeństwa obywateli występuje wtedy jako efekt uboczny ekspansywnej polityki państwa w zakresie kontrolowania i utrwalania treści rozmów, zważywszy że potencjalna, analogiczna możliwość cechuje także czynności operacyjno-rozpoznawcze usytuowane poza procesem karnym.

Jednakowoż nigdy nie można stracić z pola widzenia faktu, że podsłuch – także ten procesowy – stanowi ważny i nadal skuteczny środek, za pomocą którego jest

* dr hab., profesor Uniwersytetu Śląskiego, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego Procesowego; e-mail: radoslaw.koper@us.edu.pl

¹ K. Dudka, *Kontrola korespondencji i podsłuch w polskim procesie karnym*, Lublin 1998, s. 60; G. Musiałik, *Dopuszczalność stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1997 roku*, Pal. 1998, nr 11–12, s. 86.

możliwe wykrywanie i zbieranie dowodów oraz zapobieganie nowym przestępstwom, a tym samym stosowanie tego środka leży w interesie społecznym, aby można było sprawnie zwalczać przestępczość². W tym kontekście stosowanie podsłuchu jawi się jako cena konieczna ograniczenia prywatności jednostki w imię realizacji ważnych zadań związanych z zapewnieniem porządku publicznego. Jest wszak oczywiste, że kontrola i utrwalanie treści rozmów nie może mieć charakteru nieograniczonego w tym sensie, że może mieć miejsce o tyle, o ile jest to rzeczywiście niezbędne z punktu widzenia potrzeb procesowych. Owa niezbędność, jako generalny wyznacznik dopuszczalności ograniczeń praw obywatelskich w procesie karnym, posiada zresztą silne umocowanie konstytucyjne. W art. 49 Konstytucji zagwarantowano wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się z zastrzeżeniem możliwości ich ograniczenia jedynie w wypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej przewidziany. Wspomniana niezbędność stosowania podsłuchu w procesie karnym oddziałuje także w innym kierunku. Chodzi o wyznaczenie granic stosowania tego środka w ramach poszczególnych, pojedynczych postępowań. W zasadzie można więc wskazać dwa newralgiczne i chyba najistotniejsze wątki w odniesieniu do problematyki podsłuchu, związane z odpowiedzią na pytania: kiedy (przy spełnieniu jakich warunków) można ten środek stosować i w jakich to może nastąpić granicach?

Problemowi zakresu kontrolowania i utrwalania treści rozmów został poświęcony niniejszy artykuł. Jak wynika z jego tytułu, analizy obejmą dwa aspekty granic podsłuchu: podmiotowy i przedmiotowy, co oznacza, że ramy opracowania nie dotyczą zakresu temporalnego. Wydaje się, że takie ujęcie jest uprawnione, zważywszy na fakt, że normatywne ukształtowanie kwestii granic czasowych tego środka (art. 238 § 1–2 k.p.k.) nie wywołuje większych zastrzeżeń i wątpliwości, podczas gdy diametralnie odmienny wniosek można sformułować odnośnie do oceny regulacji prawnej dotyczącej zakresu podmiotowego i przedmiotowego. Ponadto, ustawodawca w 2016 r. znowelizował niektóre przepisy k.p.k. odnoszące się do podsłuchu³, w zakresie dotyczącym jego granic podmiotowych i przedmiotowych, co tym bardziej uzasadnia ograniczenie uwagi wyłącznie do tych aspektów.

² Np. K. Marszał, *Podsłuch w polskim procesie karnym de lege lata i de lege ferenda*, [w:] L. Tyszkiewicz (red.), *Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, Katowice 1996, s. 343–344; *idem*, *Problemy podsłuchu w procesie karnym*, [w:] H.J. Hirsch, P. Hofmański, E.W. Pływaczewski, C. Roxin (red.), *Prawo karne i proces karny wobec nowych form i technik przestępczości. Niemiecko-polskie kolokwium prawa karnego. Białystok/Rajgród 12–17 września 1995*, Białystok 1997, s. 489; R. Kmiecik, *Kontrola rozmów telefonicznych jako czynność procesowa i operacyjno-rozpoznawcza*, [w:] H. Groszyk, L. Dubel (red.), *Wybrane problemy teorii i praktyki państwa i prawa*, Lublin 1986, s. 219; J. Machlańska, *Dowód z podsłuchu procesowego a ochrona tajemnicy obrończej*, *Pal.* 2016, nr 1–2, s. 74. Por. także M. Rogalski, *Kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych oraz przekazywania danych*, [w:] J. Kasprzak, B. Młodziejowski (red.), *Kryminalistyka i inne nauki pomostowe w postępowaniu karnym*, Olsztyn 2009, s. 665 oraz G. Musiałik-Dudzińska, *Podmioty uprawnione do zarządzenia podsłuchu elektronicznego oraz forma i treść decyzji w tym przedmiocie na gruncie prawa niemieckiego*, [w:] P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała*, Katowice 2003, s. 287.

³ Ustawa z 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, *Dz.U.* z 2016 r., poz. 437, dalej jako: nowela marcowa.

Jako punkt wyjścia tak naświetlonego kierunku wywodów powinny posłużyć tezy wypowiedziane przez SN: „Zakreślone przez ustawodawcę granice podmiotowo-przedmiotowe określające warunki dopuszczalności zarządzenia podsłuchu, jednocześnie nadają mu gwarancyjny charakter, wykluczający jakiegokolwiek odstępstwo od tej reguły prawnej. Nawet wielkiej wagi interes społeczny nie może usprawiedliwiać łamania przepisów normujących poszukiwanie i uzyskiwanie dowodów z podsłuchu telefonicznego”⁴. Abstrahując od tego, że SN postawił tutaj niesłusznie znak równości między warunkami i granicami podsłuchu, nie ma wątpliwości, że precyzyjne wskazanie w k.p.k. zakresu podmiotowego i przedmiotowego podsłuchu ma istotne znaczenie w kontekście stanu pewności prawa, a zatem pozwala na przewidywalność dotyczącą ustalenia granic wykorzystywania tego środka w następstwie podjęcia decyzji o jego stosowaniu. Sąd Najwyższy trafnie zaakcentował wagę granic podsłuchu, gdyż bez wątpienia dochowanie zarówno podmiotowego jak i przedmiotowego zakresu stosowania tego środka determinuje stwierdzenie jego legalności. Nie może być inaczej, skoro jest to kwestia o podstawowym znaczeniu z punktu widzenia celu i konstrukcji tego specyficznego środka przymusu. W rezultacie granice podmiotowe i przedmiotowe muszą być respektowane kumulatywnie, aby kontrola rozmów była uznana za legalną⁵. Znacząca dotkliwość podsłuchu sprawia też, że stosowna kontrola nie może mieć charakteru abstrakcyjnego, *ergo* w postanowieniu sądu o zarządzeniu podsłuchu trzeba bezwzględnie skonkretyzować osobę, co do której ten środek ma być stosowany oraz czyn, do którego ta kontrola ma się odnosić⁶.

Co się tyczy zakresu podmiotowego podsłuchu, został on sprecyzowany w art. 237 § 4 k.p.k. W myśl tego przepisu kontrola i utrwalanie treści rozmów są dopuszczalne w stosunku do osoby podejrzanej, oskarżonego oraz względem pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może się kontaktować oskarżony lub która może mieć związek ze sprawcą lub z groźącym przestępstwem. W literaturze przedmiotu zauważono, że krąg tych osób jest dość szeroki, ale zarazem jest też precyzyjnie określony, a poza tym jest to ujęcie słuszne z uwagi na konieczność realizacji celów procesu karnego⁷. Te spostrzeżenia należy zaakceptować, bo w istocie

⁴ Wyrok SN z 24 października 2000 r., WA 37/00, LEX nr 332949, wyrok cyt. w opracowaniu: K. Dudka, H. Paluszkiwicz, D. Szumiło-Kulczycka, *Kodeks postępowania karnego. Wybór orzecznictwa z komentarzem*, Warszawa 2015, s. 331.

⁵ J. Skorupka, *Krytycznie o stanowisku Sądu Najwyższego w kwestii legalności kontroli rozmów telefonicznych*, Prok. i Pr. 2011, nr 4, s. 6.

⁶ *Ibidem*, s. 6, 7; J. Grajewski, S. Steinborn, [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki (red.), S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. T. I. Komentarz do art. 1–424*, Warszawa 2013, s. 752. Jak wskazuje SN, gdy na danym etapie postępowania nie można określić imiennie osoby, której rozmowy mają być kontrolowane, także ze względów technicznych, należy ją wskazać jako dysponenta określonego urządzenia służącego do komunikacji osobistej, jak również trzeba wskazać nośnik informacji służący do rozmów, zob. wyrok SN z 3 grudnia 2008 r., V KK 195/08. Notabene ów nośnik też powinien być zawsze określony w postanowieniu sądu o zarządzeniu kontroli rozmów, ale zostało to pominięte w tekście opracowania z uwagi na konieczność uwypuklenia dwóch zasadniczych elementów istotnych w aspekcie jego tematu: podmiotu i przedmiotu postępowania (czynu).

⁷ T. Grzegorzczak, *Podsłuch telefoniczny i kontrola korespondencji w projekcie nowej procedury karnej*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 1994, nr 60, s. 55; K. Dudka, *Kontrola...*,

unormowanie art. 237 § 4 k.p.k. zasadnie obejmuje wszystkie osoby, co do których może zachodzić potencjalna potrzeba zastosowania podsłuchu procesowego. Nie sposób wykluczyć takiej możliwości już nie tylko wobec osoby podejrzanej/oskarżonego, ale także w stosunku do pokrzywdzonego czy w ogóle osób niebędących (przynajmniej na danym etapie postępowania) uczestnikami procesu. Jest przy tym oczywiste, że dopuszczalność podsłuchiwanie osoby, z którą może się kontaktować oskarżony lub która może mieć związek z oskarżonym lub z grożącym przestępstwem zachodzi, gdy w sprawie występują wiarygodne informacje wskazujące na istnienie takich okoliczności⁸. Poza tym, jeśli ustawodawca dokonuje zorientowania w stronę prawnego zadekretowania podsłuchu, to musi też zakreślić takie ramy stosowania tego środka, które pozwolą na skuteczne osiągnięcie stawianych mu celów (wykrycie i uzyskanie dowodów, zapobieżenie popełnieniu nowego przestępstwa, ujawnienie mienia zagrożonego przypadkiem określonym w art. 45 § 2 k.k., art. 33 § 2 k.k.s.). Poszczególne kategorie osób wymienionych w powołanym przepisie zostały dookreślone przy użyciu normatywnych lub stosunkowo konkretnych sformułowań. Wprawdzie pojęcie osoby podejrzanej nie jest rozumiane jednolicie w doktrynie i orzecznictwie⁹, niemniej jednak w praktyce organy ścigania na ogół radzą sobie z wykreowaniem takiego podmiotu w fazie *in rem* postępowania przygotowawczego. Fakt objęcia dopuszczalnością podsłuchu szerokiego kręgu osób może być też w jakiś sposób zneutralizowany w wyniku odpowiedniego ukształtowania w k.p.k. pakietu regulacji o charakterze gwarancyjnym, zapewniających racjonalne zacieśnienie granic stosowania podsłuchu, co z kolei implikuje określoną (na ile to możliwe) ochronę prywatności osoby podsłuchiwanej. Możliwość odroczenia ogłoszenia postanowienia o zarządzeniu podsłuchu tej osobie (art. 239 k.p.k.) powoduje bowiem, że skorzystanie z podstawowego uprawnienia w tej materii w postaci wniesienia zażalenia (art. 240 k.p.k.) może wtedy nastąpić dopiero *ex post*, tzn. po zakończeniu kontroli i utrwalania rozmów (z zastrzeżeniem art. 239 § 2 k.p.k.).

Granice przedmiotowe podsłuchu procesowego zostały unormowane poprzez enumeratywne wskazanie w art. 237 § 3 k.p.k. przestępstw, w odniesieniu do których taka kontrola jest dopuszczalna. Toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa musi dotyczyć czynu lub czynów wyszczególnionych w powołanym przepisie, poprzez wskazanie typu danego przestępstwa. To dobre rozwiązanie, gdyż w sposób klarowny i przejrzysty nie pozostawia wątpliwości w tym zakresie. Od początku obowiązywania k.p.k. z 1997 r. idea tej regulacji opierała się na dopuszczeniu stosowania podsłuchu tylko w sprawach o najpoważniejsze przestępstwa. Wskazany przepis ulegał nowelizacjom, w wyniku

op. cit., s. 82; B. Kurzępa, *Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych według kodeksu postępowania karnego*, Prok. i Pr. 1999, nr 3, s. 81.

⁸ J. Skorupka, *Zgodność z prawem dowodów z podsłuchu telefonicznego na podstawie art. 237 k.p.k.*, [w:] A. Przyborowska-Klimczak, A. Taracha (red.), *Iudicium et scientia. Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika*, Warszawa 2011, s. 623.

⁹ Na ten temat szerzej zob. np. R.A. Stefański, *Prawo do obrony osoby podejrzanej*, [w:] T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski (red.), *Z problematyki funkcji procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 298–299; R. Koper, *Prawo do obrony osoby podejrzanej*, Prok. i Pr. 2016, nr 2, s. 18–21.

których zakres przedmiotowy podsłuchu został poszerzony¹⁰, ale nie wydaje się, aby należało ocenić to negatywnie. W dalszym ciągu aktualna pozostaje teza, że kontrola i utrwalanie rozmów są możliwe, gdy przedmiotem postępowania jest czyn o wysokim ciężarze gatunkowym.

B. Kurzępa argumentował jednak, że lepszym rozwiązaniem byłoby dodanie do art. 237 k.p.k. nowego paragrafu, rozszerzającego możliwość stosowania podsłuchu na inne czyny niż wymienione w art. 237 § 3 k.p.k., gdy tylko w ten sposób można zdobyć dowody świadczące o popełnieniu przestępstwa¹¹. Ta propozycja wzbudza istotne wątpliwości, gdyż jej uwzględnienie zburzyłoby stan pewności prawnej wynikający ze wskazanego przepisu, a ponadto mogłoby prowadzić do ujmowania zakresu przedmiotowego w sposób dość swobodny, a nawet do nadużyć. W doktrynie postulowano też kiedyś, aby o dopuszczalności kontroli i utrwalania rozmów decydowało określone, generalnie ujęte zagrożenie ustawowe karą pozbawienia wolności¹². I ten postulat nie wzbudza pozytywnych odczuć, ponieważ z powodzeniem można sobie wyobrazić przestępstwa mieszczące się w takim generalnym ujęciu, co do których z uwagi na ich istotę i charakter niewskazane byłoby zarządzanie podsłuchu albo czyny wymykające się tej generalnej dyrektywie ustawowej, w odniesieniu do których podsłuch byłby *in abstracto* możliwy. Decydujące znaczenie powinna mieć waga danego typu przestępstwa w aspekcie potencjalnych negatywnych skutków (indywidualnych i ogólnospołecznych), jakie ten czyn jest w stanie wywołać.

W rezultacie, podejmując decyzję o zarządzaniu podsłuchu, sąd musi wziąć pod uwagę kwalifikację prawną przyjętą przez prokuratora w postanowieniu o wszczęciu postępowania przygotowawczego lub w postanowieniu o przedstawieniu zarzutów, przy czym powinien także zbadać (analizując zgromadzony materiał dowodowy), czy zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia danego przestępstwa, aby wyeliminować próby instrumentalnego kwalifikowania przestępstw przez prokuratora po to, by wykorzystać możliwość podsłuchu¹³. W omawianym kontekście jest oczywiste, że w razie zmiany kwalifikacji prawnej czynu na przestępstwo niewymienione w art. 237 § 3 k.p.k. należy natychmiast przerwać kontrolę i utrwalanie rozmów, gdyż te czynności stają się prawnie niedopuszczalne¹⁴. Nie delegalizuje natomiast kontroli owa zmiana przyjęta po zakończeniu stosowania podsłuchu¹⁵.

¹⁰ Por. K. Dudka, *Kontrola...*, *op. cit.*, s. 66–67; B. Kurzępa, *Kontrola...*, *op. cit.*, s. 83–84; J. Grajewski, S. Steinborn, [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki (red.), S. Steinborn, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 750.

¹¹ B. Kurzępa, *Kontrola...*, *op. cit.*, s. 83.

¹² Z. Młynarczyk, *Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych w procesie karnym*, *Prok. i Pr.* 1996, nr 2–3, s. 49.

¹³ J. Skorupka, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 554 i wskazana tam literatura. Por. także K. Eichstaedt, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. I*, Warszawa 2017, s. 835.

¹⁴ J. Skorupka, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks...*, 2015, *op. cit.*, s. 554; S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 380; D. Drajewicz, *Zakaz dowodowego wykorzystania procesowej kontroli rozmów*, *PIP* 2010, nr 8, s. 75; M. Błoński, *Zakres przedmiotowy i podmiotowy podsłuchu procesowego*, *Pal.* 2012, nr 7–8, s. 88.

¹⁵ J. Skorupka, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks...*, 2015, *op. cit.*, s. 554.

Tak ukształtowane uregulowanie art. 237 § 3 k.p.k. sprzyja dokonywaniu jego ścisłej wykładni. Ponieważ w tym przepisie ustawodawca określił przestępstwa w sposób rodzajowy (z wyjątkiem pkt 19), a nie wskazał konkretnych przepisów k.k. lub innych ustaw, w których dany czyn został stypizowany, w zgodzie z wykładnią restryktywną pozostaje postrzeganie tych przestępstw nie tylko przez pryzmat typu podstawowego, ale także kwalifikowanego i uprzywilejowanego. Fakt podobieństwa jakiegokolwiek czynu usytuowanego poza katalogiem z tego przepisu do „czynu katalogowego”, jak również fakt analogicznego pułapu zagrożenia ustawowego „czynu katalogowego” na tle innego przestępstwa przewidzianego w systemie prawnym nie może już jednak stanowić podstawy do wyznaczenia zakresu przedmiotowego podsłuchu,¹⁶ gdyż wyraźnie spod tego zasięgu się wymyka.

W ramach tematyki tytułowej najbardziej kontrowersyjnym i też niezwykle złożonym zagadnieniem jest wątek dotyczący rozszerzenia granic kontroli w trakcie stosowania podsłuchu. Rzecz tyczy się dopuszczalności podsłuchu w poszerzonym zakresie, w związku z rozciągnięciem jego granic na inną osobę lub inny czyn niż wymienione w postanowieniu sądu o zarządzeniu stosowania tego środka. W tym kontekście możliwe są, jak wiadomo, trzy opcje: 1) inna osoba niż wymieniona w postanowieniu sądu, 2) inny czyn niż ten ujęty w tym postanowieniu, 3) inna osoba i inny czyn na tle składników owego postanowienia. W dalszej perspektywie rozstrzygnięcie tego problemu ma *in concreto* istotne znaczenie w aspekcie możliwości dowodowego wykorzystania informacji uzyskanych w tych poszerzonych granicach albo jej braku.

Na początku trzeba zaakcentować, że w pierwotnej wersji obowiązującego k.p.k. nie przewidziano żadnego uregulowania, które rozstrzygałoby sygnalizowany problem. Zauważalne było wyraźne milczenie ustawodawcy w tej kwestii. Znamienne było, że judykatura wyprzedziła rozwiązania legislacyjne, ponieważ judykaty SN stanowiły w pewnym sensie punkt wyjścia dla późniejszych zmian ustawodawczych.

W 2007 r. SN stanął na stanowisku, że dowody uzyskane w wyniku stosowania podsłuchu pozaprocesowego, jako umożliwiające wszczęcie postępowania karnego lub jako mające znaczenie dla toczącego się już postępowania, mogą dotyczyć tylko tzw. przestępstw katalogowych, ale gdy odnoszą się do innej osoby niż objęta postanowieniem sądu o zarządzeniu tego podsłuchu albo gdy odnoszą się do innych przestępstw katalogowych niż wskazane w tym postanowieniu, wówczas mogą być wykorzystane w procesie karnym tylko w razie udzielenia przez sąd zgody następczej przewidzianej dla wypadków niecierpiących zwłoki¹⁷. Pomimo że to orzeczenie zapadło w odniesieniu do podsłuchu pozaprocesowego, stanowiło ważną wskazówkę w zakresie możliwego sposobu rozwikłania problemu poszerzenia granic kontroli w toku procesu. W innym judykacie w 2008 r. SN odniósł się do analo-

¹⁶ Wyrok SN z 30 stycznia 2013 r., III KK 130/12, LEX nr 1288689. Co prawda ten wyrok dotyczył podsłuchu pozaprocesowego unormowanego w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, ale – jak trafnie podkreśla się w literaturze – argumentacja wyrażona w tym orzeczeniu zachowuje w pełni znaczenie w odniesieniu do instytucji uregulowanej w art. 237 i nast. k.p.k. Zob. K. Dudka, H. Paluszkiwicz, D. Szumiło-Kulczycka, *Kodeks..., op. cit.*, s. 333–334.

¹⁷ Postanowienie składu 7 sędziów SN z 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007, nr 5, poz. 37.

gicznego wypadku, ale już na gruncie przepisów k.p.k.¹⁸. Orzekł mianowicie, że wypadek niecierpiący zwłoki w rozumieniu art. 237 § 2 k.p.k. to nie tylko sytuacja, w której sąd po raz pierwszy legalizuje podsłuch zarządzony przez prokuratora, ale także wypadek polegający na tym, że w toku legalnie prowadzonej kontroli zarządzanej uprzednio przez sąd zachodzi potrzeba objęcia kontrolą także innych osób niż wskazane w postanowieniu sądu o zarządzeniu podsłuchu lub innych czynów katalogowych niż te, które sąd w tym postanowieniu wymienił lub innych nośników informacji. Taki kierunek orzecznictwa został utrwalony w wyniku wydania przez SN kolejnego judykatu w 2011 r.¹⁹. Zdaniem SN, w aspekcie postępowania karnego dowodami uzyskanymi w wyniku stosowania kontroli operacyjnej są wyłącznie dowody dotyczące tzw. przestępstw katalogowych ujętych w postanowieniu sądu o jej zastosowaniu lub w postanowieniu o udzieleniu zgody następczej (analogicznie – w kwestii osoby objętej kontrolą). Warto także zauważyć, że SN wyraził wówczas – w kontekście ewentualnej potrzeby rozszerzenia granic podmiotowych – pogląd następujący: gdy podsłuch został zastosowany z uwzględnieniem warunków formalnych, tzn. na podstawie postanowienia sądu wydanego po wszczęciu postępowania przygotowawczego, a toczące się postępowanie dotyczy tzw. przestępstwa katalogowego z art. 237 § 3 k.p.k., kwestia wykorzystania w tym postępowaniu treści zapisów utrwalonych w trakcie podsłuchu zależy wyłącznie od oceny sądu przeprowadzonej pod kątem ich znaczenia dla procesu²⁰.

W praktyce występowały nadal problemy z określeniem podmiotowych i przedmiotowych granic dopuszczalnego wykorzystania materiałów pochodzących z podsłuchu procesowego. W reakcji na taką sytuację w 2011 r. ustawodawca zdecydował się unormować te kwestie w k.p.k.²¹. Do art. 237 k.p.k. został dodany § 8 o treści następującej: „Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas kontroli i utrwalania

¹⁸ Wyrok SN z 3 grudnia 2008 r., V KK 195/08, OSNKW 2009, nr 2, poz. 17. W tym wyroku SN zajął stanowisko, że nie jest konieczne poszerzenie zakresu podsłuchu ani też sięganie po zgodę sądu w trybie art. 237 § 2 k.p.k., gdy w toku kontroli zostaną ujawnione inne przestępstwa należące do katalogu ustawowego z art. 237 § 3 k.p.k., pozostające w ścisłym związku z przestępstwem lub przestępstwami, co do których zastosowano podsłuch. Ta teza została poddana krytyce, zob. J. Skorupka, *Krytycznie...*, *op. cit.*, s. 7–9. Uwypuklono, że SN wprowadził tutaj nową, pozaustawową przesłankę legalizacji kontroli i utrwalania rozmów, na dodatek oceną i nieprecyzyjną. Tezy SN bronił M. Błoński, *Zakres...*, *op. cit.*, s. 87–88.

¹⁹ Uchwała składu 7 sędziów SN z 23 marca 2011 r., I KZP 32/10, OSNKW 2011, nr 3, poz. 22.

²⁰ Postanowienie SN z 25 marca 2010 r., I KZP 2/10, OSNKW 2010, nr 5, poz. 42. SN błędnie przyjął wtedy, że postanowienie sądu o zarządzeniu podsłuchu wskazujące osobę, której rozmowy mają być kontrolowane, rozciąga się także na rozmówcę tej osoby i nie jest konieczne zastosowanie w tym kontekście art. 237 § 2 k.p.k. w postaci wystąpienia przez prokuratora o zgodę następczą sądu. W literaturze słusznie argumentowano, że akceptacja tezy SN oznaczałaby wyjście poza granice podmiotowe podsłuchu określone w art. 237 § 4 k.p.k., ponieważ zezwolenie sądu na podsłuch dotyczy tylko jednej z osób prowadzących rozmowę, która musi być wymieniona w postanowieniu sądu, *ergo* informacje pochodzące od drugiej osoby biorącej udział w rozmowie nie będą stanowiły dowodu w sprawie, tak J. Skorupka, *Krytycznie...*, *op. cit.*, s. 12–16. Analogicznie J. Grajewski, S. Steinborn, [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki (red.), S. Steinborn, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 756. Nieco odmiennie M. Błoński, *Zakres...*, *op. cit.*, s. 89.

²¹ Ustawa z 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 53, poz. 273.

treści rozmów telefonicznych jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest możliwe zarządzenie takiej kontroli". Ponadto w k.p.k. pojawił się nowy przepis – art. 237a, który brzmiał: „Jeżeli w wyniku kontroli uzyskano dowód popełnienia przestępstwa wymienionego w art. 237 § 3, popełnionego przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego niż objęte zarządzeniem kontroli albo popełnionego przez inną osobę, prokurator w czasie trwania kontroli albo nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia jej zakończenia może wystąpić do sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie 14 dni na posiedzeniu bez udziału stron”.

W 2016 r. weszła w życie nowela marcowa, która ukształtowała stan prawny *de lege lata*. Przepis art. 237 § 8 został usunięty z k.p.k. Przepis art. 237a k.p.k. uzyskał natomiast treść następującą: „Jeżeli w wyniku kontroli uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym”.

W świetle zmian legislacyjnych należy więc podjąć próbę zrekonstruowania modelu granic podmiotowych i przedmiotowych stosowania podsłuchu na gruncie obowiązujących przepisów, a poza tym należy się zastanowić nad modelem optymalnym w tej materii. Zarówno bowiem regulacja ukształtowana ustawą nowelizacyjną z 2011 r., jak i unormowania noweli marcowej stanowią asumpt do sformułowania w tej kwestii rozmaitych pytań i wątpliwości.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że w dalszym ciągu decydem w zakresie zarządzenia podsłuchu pozostaje *de facto* sąd. Tylko bowiem od niego zależy zastosowanie podsłuchu na wniosek prokuratora w klasycznej sytuacji opisanej w art. 237 § 1 k.p.k. Jeśli chodzi o wypadek niecierpiący zwłoki w rozumieniu art. 237 § 2 k.p.k., to kontrolę i utrwalanie treści rozmów może co prawda zarządzić prokurator, ale powinien wystąpić w krótkim 3-dniowym terminie o zatwierdzenie postanowienia w tej kwestii przez sąd, który dysponuje tutaj też krótkim 5-dniowym terminem. Ostatecznie zatem sąd decyduje o dopuszczalności podsłuchu w wypadkach niecierpiących zwłoki, a tym samym tylko od niego zależy, czy dojdzie do legalizacji podsłuchu. Różnica pomiędzy obydwoma przypadkami polega na tym, że w ramach pierwszego, typowego trybu sąd udziela zgody uprzedniej na podsłuch, zaś w wypadkach niecierpiących zwłoki jest to już zgoda następcza.

Przystępując zatem do analizy obowiązujących i tych poprzednich uregulowań ustawowych, trzeba zadać pytanie o dopuszczalność poszerzenia granic podsłuchu o przestępstwo niemieszczące się w katalogu ustawowym z art. 237 § 3 k.p.k. Z przedstawionego wyżej zarysu ewolucji stosownych przepisów wynika, że art. 237 § 8, wprowadzony do k.p.k. nowelą z 2011 r., nie pozostawiał najmniejszych wątpliwości odnośnie do sygnalizowanego problemu. Możliwość dowodowego wykorzystania materiałów uzyskanych w następstwie stosowania podsłuchu była zarezerwowana wyłącznie do przypadków, w których podsłuch był stosowany w odniesieniu do tzw. przestępstwa katalogowego. Wyraźnie postawiono tamę

przed wykorzystaniem w procesie karnym materiałów dotyczących przestępstw znajdujących się poza katalogiem ustawowym.

Czy zatem usunięcie art. 237 § 8 z k.p.k. jest równoznaczne ze zmianą stanowiska ustawodawcy w tej materii? Nie jest rzeczą prostą udzielić odpowiedzi na to pytanie. Z jednej strony taki zabieg ustawodawcy może być uznany za nieprzypadkowy w sensie akceptacji rozszerzenia zakresu podsłuchu na czyny niewymienione w katalogu ustawowym²². Potwierdzenie takiego założenia można odnaleźć w nowej treści art. 237a k.p.k., gdzie nie ma już mowy o rozszerzeniu granic kontroli tylko o przestępstwa wymienione w art. 237 § 3 k.p.k., lecz wspomina się ogólnie o innym przestępstwie ściganym z urzędu niż to objęte zarządzeniem kontroli przez sąd.

Z drugiej strony przyjęcie takiego sposobu interpretacji godziłoby w gwarancje konstytucyjne i stanowiłoby przejaw nieakceptowalnej ingerencji w sferę swobód obywatelskich. Jest rzeczą oczywistą, że ograniczenie wolności komunikowania się w rozumieniu art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji może mieć miejsce w wypadkach ściśle i precyzyjnie opisanych w ustawie. W k.p.k. *de lege lata* brak przepisu, który zezwalałby na poszerzenie zakresu kontroli i utrwalania rozmów na czyny spoza katalogu ustawowego, zaś nowa treść art. 237a k.p.k. też niekoniecznie może stanowić podstawę do dokonania takiego poszerzenia, chociaż, szczerze mówiąc, w tym akurat zakresie trudno o jednoznaczny wniosek w tej materii. W każdym razie powołany przepis nie powinien stanowić umocowania do działań wykraczających poza katalog ustawy z art. 237 § 3 k.p.k.²³, czyli działań następujących po wydaniu przez sąd postanowienia zakreślającego czyn mieszczący się w tym katalogu.

Należy więc podjąć próbę przeprowadzenia wykładni prokonstytucyjnej. Wydaje się, że podstawowe znaczenie w rozważanej kwestii ma treść art. 237 § 3 k.p.k., w którym użyto sformułowań: „Kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych są dopuszczalne **tylko wtedy**” (*podkr. – R.K.*). Ustawodawca niedwuznacznie daje do zrozumienia, że tylko przestępstwo należące do katalogu zamieszczonego w tym przepisie daje podstawę do prowadzenia podsłuchu i rozszerzenia jego zakresu. Skoro więc wskazuje się rodzaje przestępstw, co do których podsłuch jest możliwy, to wyliczenie tego typu całkowicie straciłoby sens, gdyby przyjąć założenie, że stosowanie tego środka jest dopuszczalne także w stosunku do innych przestępstw niewymienionych w tym katalogu²⁴. Pomocnicze znaczenie może też mieć argumentacja wskazująca na treść art. 237 § 1 k.p.k., przez podkreślenie celowego charakteru podsłuchu w tym sensie, że wykluczone jest wykorzystanie informacji uzyskanych w czasie kontroli w toku postępowania, w którym ta kontrola jest prawnie niedopuszczalna²⁵. Innymi słowy, skoro celem podsłuchu jest głównie wykrycie i uzyskanie dowodów lub zapobiegnięcie popełnieniu nowego przestępstwa, to stosowanie podsłuchu może być dopuszczalne tylko w ramach

²² Tak K.T. Boratyńska, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 584, 586.

²³ *Ibidem*, s. 586.

²⁴ M. Błoński, *Zakres...*, *op. cit.*, s. 84.

²⁵ J. Skorupka, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 534.

tego postępowania, co do którego podsłuch jest prawnie możliwy, aby zarazem zrealizować w tym postępowaniu jeden z wymienionych celów. Chodzi tutaj więc o pełną koherentność działań procesowych.

Warto jednak zauważyć, że zaprezentowana wykładnia pozostawia pewien niedosyt. Jeśli bowiem od początku obowiązywania k.p.k. z 1997 r. w art. 237 § 3 k.p.k. jest zamieszczona wzmianka o dopuszczalności stosowania podsłuchu tylko w sprawach o przestępstwa wyszczególnione w tym przepisie, to czy nie jest zupełnie zbędne akcentowanie w osobnym przepisie, że nie jest to możliwe w odniesieniu do innych przestępstw? Udzielenie odpowiedzi pozytywnej na to pytanie oznaczałoby jednoczesne przyjęcie, że uchylony przepis art. 237 § 8 k.p.k. stanowił swoiste *superfluum*, a zatem był zbędną nadregulacją. W okresie swego obowiązywania przepis art. 237 § 8 k.p.k. spotykał się na ogół z pozytywną oceną, ponieważ akcentowano jednoznaczne wykluczenie jakichkolwiek prób legalizowania materiałów dotyczących przestępstw niewymienionych w art. 237 § 3 k.p.k., także w kontekście odmiennych, prezentowanych w literaturze poglądów dotyczących dopuszczalności wykorzystania tych materiałów²⁶. Jak więc widać – kategoryczna i w zasadzie też jednoznaczna regulacja art. 237 § 3 k.p.k. niekoniecznie może być przeszkodą w zakresie wyłączenia dowodowego wykorzystania materiałów dotyczących przestępstw niewymienionych we wskazanym przepisie. Być może na takim podejściu zaważyło błędne i za daleko idące operowanie regułą „co nie jest zabronione, jest dozwolone”. Poza tym, nowa treść art. 237a k.p.k. jakby przeczy kategorycznemu brzmieniu art. 237 § 3 k.p.k.²⁷, co może rodzić obawę obejścia tego drugiego przepisu w celu realizacji tego pierwszego.

Konkludując, wydaje się, że w celu wykreowania stanu pewności prawnej, dobrze by jednak było, aby w k.p.k. został – na wzór usuniętego 237 § 8 – zamieszczony przepis przyznający walor dowodu tylko materiałom uzyskanym z kontroli prowadzonej w odniesieniu do tzw. przestępstw katalogowych. Oznaczałoby to niedopuszczalność poszerzenia granic kontroli i utrwalania rozmów na inne czyny, czyli automatyczne uznanie nielegalności dowodu uzyskanego w tak rozszerzonym zakresie. Nawiasem mówiąc, odrębny problem stanowi kwestia, czy taki dowód mógłby być uznany za nielegalny w świetle nowej treści art. 168a k.p.k. To już jednak wykracza poza ramy niniejszego opracowania, w każdym razie na jego użytek należy jedynie stwierdzić, że prawna niedopuszczalność podsłuchu w określonych granicach powinna zawsze implikować nielegalność uzyskanego w tych ramach dowodu.

W dalszej kolejności należy poddać analizie kwestię trybu postępowania w razie stwierdzenia w trakcie podsłuchu konieczności wyjścia poza jego granice podmiotowe lub przedmiotowe. Z art. 237a k.p.k. znikła wzmianka o uzyskaniu w takich sytuacjach zgody następczej sądu.

Trzeba najpierw mocno zaakcentować, że zgoda sądu w przedmiocie kontroli i utrwalania rozmów zawsze musi mieć charakter skonkretyzowany. Oznacza to,

²⁶ Np. *ibidem*; Sz. Stypuła, *Podsłuch procesowy na gruncie znowelizowanego kodeksu postępowania karnego*, Pal. 2012, nr 7–8, s. 94 i wskazana tam literatura.

²⁷ K. Eichstaedt, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 833–834, 842.

że sąd ostatecznie określa granice podmiotowe i przedmiotowe stosowania podsłuchu²⁸. Skoro bowiem sąd jest wyłącznym podmiotem uprawnionym do podejmowania decyzji o podsłuchu w ogóle, to logiczną konsekwencją takiego stanu musi być wyposażenie sądu w uprawnienie do wyznaczenia zakresu stosowania tego środka. A jeśli do sądu należy określenie granic podsłuchu, to również sąd powinien posiadać wyłączną kompetencję odnośnie do rozszerzenia tych granic. Legalny podsłuch to zatem nie tylko respektowanie wymogu wyłączności sądowej decyzji w przedmiocie zastosowania tego środka, ale także podsłuch prowadzony w granicach wyznaczonych i modyfikowanych przez sąd, gdyż w przeciwnym razie sądowa zgoda na kontrolę i utrwalanie rozmów stałaby się nic nieznaczącym formalizmem²⁹. Jak wyżej zaznaczono, w art. 49 Konstytucji wymaga się, aby ograniczenie wolności komunikowania się następowało w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej przewidziany, a to oznacza, że zgoda sądu nie ma charakteru czysto formalnego, lecz musi łączyć się ze spełnieniem rozmaitych warunków determinujących legalność podsłuchu. W rozważanym kontekście nie ma wątpliwości, że poszerzenie zakresu podsłuchu o inną osobę niż wskazana w postanowieniu sądu wymaga konkretnego oznaczenia tej innej osoby, gdyż w przeciwnym razie zgoda sądu miałaby charakter blankietowy, zaś ewentualna weryfikacja przez sąd rozszerzenia granic podsłuchu byłaby pozorna³⁰.

Fakt usunięcia z art. 237a k.p.k. wymogu uzyskania zgody następczej sądu w warunkach jednoczesnego ustanowienia kompetencji prokuratora dotyczącej oceny wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu pochodzącego z rozszerzenia granic podsłuchu, może stanowić asumpt do stawiania różnych pytań i formułowania różnych wątpliwości. W doktrynie komentatorzy uwypuklają, że doszło w ten sposób do likwidacji instytucji zgody następczej sądu³¹, akcentując ponadto niedopuszczalność wykorzystania w postępowaniu głównym informacji dotyczącej tzw. przestępstwa katalogowego niewymienionego w postanowieniu sądu o zarządzeniu podsłuchu oraz informacji dotyczącej popełnienia przestępstwa przez inną osobę niż wskazana w tym postanowieniu³². Nie brakuje też głosów, że w analizowanym przepisie ustawodawca wprowadził instytucję zgody następczej

²⁸ T. Grzegorzczak, *Procesowa i pozaprocesowa kontrola rozmów jako legalne wkraczanie w sferę konstytucyjnie chronionej wolności i tajemnicy komunikowania się, po zmianie przepisów w tej materii w 2011 r.*, [w:] P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. T. II*, Warszawa 2012, s. 1626. Por. także uwagi J. Skorupki dotyczące zgody sądu w aspekcie konstytucyjnym, *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym*, [w:] T. Grzegorzczak, R. Olszewski (red.), *Verba volant. Scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbroyewskiej*, Warszawa 2017, s. 356.

²⁹ T. Grzegorzczak, *Procesowa i pozaprocesowa kontrola rozmów jako legalne wkraczanie w sferę konstytucyjnie chronionej wolności i tajemnicy komunikowania się, po zmianie przepisów w tej materii w 2011 r.*, [w:] P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka (red.), *Państwo...*, *op. cit.*, s. 1626–1627.

³⁰ J. Grajewski, S. Steinborn, [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki (red.), S. Steinborn, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 757.

³¹ K.T. Boratyńska, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 587.

³² J. Skorupka, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks...*, 2016, *op. cit.*, s. 535.

prokuratora, który też wiążąco podejmuje decyzję z art. 237a k.p.k. nawet na etapie postępowania sądowego³³.

Zważyć więc trzeba, że w istocie art. 237a k.p.k. nie daje podstawy do twierdzenia o prawnej egzystencji zgody następczej sądu, wprowadzając nowe unormowanie. W naświetlonym wyżej kontekście dotyczącym znaczenia zgody sądu na podsłuch, można zatem żywić wątpliwości co do zasadności takiej zmiany. Pojawiają się tutaj także istotne zastrzeżenia natury konstytucyjnej. Jeśliby bowiem twierdzić o ustanowieniu możliwości prowadzenia nieograniczonego podsłuchu w warunkach braku kontroli sądowej, uzasadnione stają się zarzuty dotyczące naruszenia art. 47, 49, 51 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 i art. 45 ust. 1 Konstytucji³⁴.

W art. 237a k.p.k. nie przyznano wszakże prokuratorowi prawa do wyrażenia zgody następczej, gdyż ta instytucja prawna, siłą rzeczy (biorąc pod uwagę konstrukcję stosowania podsłuchu, aksjologiczne założenia środków przymusu oraz tradycję prawną) nie może należeć do zakresu kompetencji prokuratora. Nie wyposażono też prokuratora w kompetencję do wyłącznego i zarazem bezwzględnego rozstrzygnięcia w kwestii dowodowego wykorzystania informacji uzyskanych w warunkach rozszerzonych granic podsłuchu. We wskazanym przepisie jest mowa o podjęciu przez prokuratora decyzji w przedmiocie wykorzystania takiego dowodu. Wprawdzie chodzi o „postępowanie karne”, niemniej jednak omawiana kompetencja prokuratora może się zaktualizować tylko na etapie postępowania przygotowawczego, bo tam prokurator ma status *dominus litis*, a zatem sąd nie może być związany postanowieniem prokuratora w tej materii i może nie dopuścić dowodów przez niego zawnioskowanych (także poprzez oddalenie wniosku dowodowego)³⁵. Powoływanie się w tym aspekcie na zasadę legalizmu w ramach uzasadnienia odmiennego poglądu³⁶ niczego w tym zakresie nie zmienia, ponieważ wynikający z niej obowiązek ścigania nie może być realizowany w warunkach podważających konstrukcję stosowania podsłuchu oraz aksjologię procesu karnego.

W świetle takiego stanu rzeczy powstaje pytanie: czy obowiązek uzyskania zgody sądu na rozszerzenie granic podsłuchu można wywieść z innych przepisów k.p.k. regulujących kontrolę i utrwalanie rozmów? Z pewnością podstawy w tym zakresie nie tworzy norma zawarta w art. 237 § 1 k.p.k., gdzie bardzo ogólnie statuuje się kompetencję sądu w przedmiocie zarządzenia podsłuchu oraz cele stosowania tego środka.

³³ K. Eichstaedt, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 843.

³⁴ J. Skorupka, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks...*, 2016, *op. cit.*, s. 535; K.T. Boratyńska, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 587.

³⁵ K.T. Boratyńska, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 587; J. Skorupka, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks...*, 2016, *op. cit.*, s. 535. K.T. Boratyńska wskazuje też, że kompetencja prokuratora z art. 237a k.p.k. jest w zasadzie nieograniczona terminowo, jednakże *de facto* może być zrealizowana do czasu zakończenia postępowania przygotowawczego, a to z uwagi na treść art. 238 § 4 k.p.k., iż po zakończeniu tego postępowania prokurator wnosi o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów w części, w której nie mają znaczenia dla postępowania karnego, w którym zarządzono podsłuch oraz nie stanowią dowodu właśnie w rozumieniu art. 237a k.p.k.

³⁶ Tak K. Eichstaedt, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 843.

Bardziej adekwatne skojarzenia wywołuje już treść art. 237 § 2 k.p.k. Jak już wyżej powiedziano, przed wejściem w życie noweli do k.p.k. z 4 lutego 2011 r. właśnie ten przepis był postrzegany w charakterze podstawy prawnej do uzyskania zgody następczej sądu na rozszerzenie granic podsłuchu, a to za sprawą wyraźnego stanowiska SN w przywołanym wyżej orzeczeniu z 2008 r.³⁷. Bliższa analiza treści art. 237 § 2 k.p.k. może nasuwać określone wątpliwości w tej materii. Można odnieść wrażenie, że ów przepis dotyczy wyłącznie tego układu procesowego, w którym prokurator dostrzega konieczność zainicjowania podsłuchu wobec określonej osoby lub osób i w tym celu zarządza zastosowanie tego środka, po czym zwraca się do sądu o zatwierdzenie postanowienia w tej kwestii. Tak ukształtowany tryb postępowania jest typowy właśnie dla stosowania niektórych środków przymusu w nagłych wypadkach wymagających szybkiego i specjalnego reagowania. Ustawodawca wprost tutaj nawiązuje do konstrukcji wypadku niecierpiącego zwłoki, który na użytek podsłuchu trafnie w doktrynie definiuje się jako konieczność natychmiastowego sięgnięcia po podsłuch z uwagi na obawę utraty informacji lub zatarcia albo zniszczenia dowodu, a zatem uzyskanie postanowienia sądu o zarządzeniu tego środka uniemożliwiłoby lub poważnie utrudniłoby zdobycie dowodu³⁸. Rozpatrywany przepis, jak się zdaje, dotyczy więc jedynie sytuacji, w której gromadzenie informacji w ramach kontroli i utrwalania rozmów ma miejsce od momentu jej zarządzenia przez prokuratora, natomiast nie odnosi się do przypadku zalegalizowania przez sąd informacji uzyskanych po uprzednim wydaniu zezwolenia sądu na prowadzenie podsłuchu, a pochodzących z rozszerzenia jego granic przez prokuratora³⁹. Z drugiej strony w literaturze słusznie argumentuje się, że skoro art. 237 § 2 k.p.k. zezwala na legalizację przez sąd kontroli i utrwalania rozmów zarządzonych na podstawie decyzji prokuratora, to tym bardziej może stanowić podstawę do legalizacji przez sąd kontroli prowadzonej w oparciu o postanowienie sądu, ale w szerszym zakresie niż pierwotnie zakreślony przez sąd⁴⁰. Innymi słowy, chodziłoby w pewnym uproszczeniu o argumentację prawniczą na zasadzie: jeśli dozwolone jest czynienie czegoś większego, tym bardziej uprawnione jest czynienie czegoś mniejszego. Jak jednak widać – dopasowanie treści art. 237 § 2 k.p.k. do analizowanej sytuacji nie opiera się o wykładnię dająca jednoznaczny wynik, ponieważ określone wątpliwości w tym zakresie nadal pozostają. Kwestia trybu poszerzenia granic podsłuchu jest zbyt ważna, aby poszukiwać w tej materii podstawy prawnej w normie możliwej do interpretowania na dwa wykluczające się sposoby. Poza tym, stosowanie omawianego przepisu do wypadku niezwłocznego rozszerzenia zakresu podsłuchu wymaga bieżącego nadzorowania przebiegu takiej kontroli, podczas gdy w praktyce nierzadko nadzoru może nie być⁴¹. Powstaje też

³⁷ Wyrok SN z 3 grudnia 2008 r., V KK 195/08, OSNKW 2009, nr 2, poz. 17.

³⁸ T. Grzegorzczak, *Procesowa i pozaprocesowa kontrola rozmów jako legalne wkraczanie w sferę konstytucyjnie chronionej wolności i tajemnicy komunikowania się, po zmianie przepisów w tej materii w 2011 r.*, [w:] P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka (red.), *Państwo...*, op. cit., s. 1610; J. Skorupka, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks...*, 2016, op. cit., s. 532.

³⁹ Podobne wątpliwości wyraża J. Skorupka, *Krytycznie...*, op. cit., s. 11.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 12.

⁴¹ T. Grzegorzczak, *Procesowa i pozaprocesowa kontrola rozmów jako legalne wkraczanie w sferę konstytucyjnie chronionej wolności i tajemnicy komunikowania się, po zmianie przepisów w tej materii w 2011 r.*, [w:] P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka (red.), *Państwo...*, op. cit., s. 1610.

pytanie o możliwość stosowania tego przepisu w wypadkach nieodznaczających się koniecznością nagłego poszerzenia zakresu podsłuchu.

Ponieważ jednak *de lege lata* nie sposób odnaleźć jakiegokolwiek inny przepis k.p.k., który mógłby stwarzać podstawę do uzyskania zgody następczej sądu na rozszerzenie granic kontroli i utrwalania rozmów, należy zapewne zadowolić się przyjęciem, że jedyną, choć w pewnym sensie ułomną, podstawę prawną gwarantuje art. 237 § 2 k.p.k. Nie wiadomo wszakże, jak wtedy w relacji do niego interpretować normę wynikającą z art. 237a k.p.k. w aktualnym brzmieniu i na odwrót. W art. 237a k.p.k. nie dokonano żadnego rozróżnienia w zakresie kategorii „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego” czy odnośnie do kategorii „innej osoby niż objęta zarządzeniem kontroli”. Jak zatem pogodzić uprawnienie prokuratora do podjęcia decyzji w przedmiocie dowodowego wykorzystania informacji zdobytych w następstwie poszerzenia granic podsłuchu z obowiązkiem prokuratora dotyczącym wystąpienia do sądu o zgodę następczą? Trudno w takich warunkach o dualistyczne dopuszczenie dwóch różnych trybów postępowania w omawianej kwestii. Gdyby ustawodawca wyeliminował w ogóle art. 237a z k.p.k., wtedy bardziej uprawnione byłoby twierdzenie, że kwestia trybu postępowania prokuratora w następstwie poszerzenia granic kontroli odnajduje punkt zaczepienia w treści art. 237 § 2 k.p.k. W zasadzie treść art. 237a k.p.k. niedwuznacznie raczej sugeruje, że w tym przepisie unormowano wyłączny sposób postępowania w razie rozszerzenia zakresu kontroli i utrwalania rozmów. W kontekście tego, co już wyżej zostało powiedziane, taka konkluzja (także w aspekcie konstytucyjnym) nie może zadowalać.

Czy na pozytywną ocenę zasługiwał stan prawny obowiązujący w latach 2011–2016 ukształtowany nowelą do k.p.k. z 4 lutego 2011 r.? Abstrahując już od zamętu, jaki powstał i różnych zabiegów interpretacyjnych, jakie – w kontekście upatrywania w art. 237 § 2 k.p.k. podstawy uzyskania zgody następczej sądu na poszerzenie granic kontroli – były podejmowane w kwestii ustalenia relacji tego przepisu do art. 237a k.p.k. w jego ówczesnym brzmieniu⁴², wydaje się, że także we wskazanym okresie ocena stosownych uregulowań prawnych nie wypadła pozytywnie. Przepis art. 237a k.p.k. w wersji obowiązującej w tym okresie umożliwiał bowiem zmarginalizowanie znaczenia zgody następczej sądu. Prokurator nie miał obowiązku wystąpienia do sądu o zgodę na poszerzenie granic podsłuchu natychmiast w tym momencie, w którym dostrzegł konieczność owego rozszerzenia, lecz mógł w dowolnej chwili w czasie stosowania tej kontroli, a nawet w ciągu 2 miesięcy od jej zakończenia, zwrócić się do sądu o wyrażenie zgody na dowodowe

⁴² T. Grzegorzczak trafnie konstatawał, że w praktyce regulacja art. 237 § 2 k.p.k. i zawarta w niej konstrukcja wypadku niecierpiącego zwłoki schodzi w ten sposób na margines i w sumie jest pozbawiona znaczenia, *ibidem*, s. 1627. M. Błoński zajmował stanowisko, że rozszerzenie granic podmiotowych może skłaniać prokuratora do zastosowania art. 237 § 2 k.p.k., podczas gdy zmiana granic przedmiotowych bardziej uzasadnia wybór art. 237a k.p.k., ponieważ prokurator musi dopiero ocenić, czy informacje o nowym przestępstwie będą przydatne w procesie, M. Błoński, *Zakres...*, *op. cit.*, s. 86–87. Z kolei S. Steinborn był zdania, że art. 237a k.p.k. ma zastosowanie tylko, gdy nowe dowody zostaną uzyskane przypadkiem, niejako „przy okazji” stosowania podsłuchu wobec osób wymienionych i w związku z przestępstwami wskazanymi w postanowieniu sądu, J. Grajewski, S. Steinborn, [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki (red.), S. Steinborn, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 752–753.

wykorzystanie materiałów pochodzących z podsłuchu prowadzonego w rozszerzonych granicach. Oznaczało to możliwość swobodnego modyfikowania przez prokuratora granic podsłuchu wyznaczonych w postanowieniu sądu o zarządzeniu takiej kontroli bez potrzeby niezwłocznego zwracania się do sądu o zgodę w tej materii. Raz uzyskawszy zgodę sądu na podsłuch, można było zupełnie nie liczyć się z jej granicami i prowadzić podsłuch niejako totalny, gdyż nawet gdyby nie potwierdziło się popełnienie przestępstwa, w związku z którym zarządzono ten środek, ale zdołoby dowód przestępstwa katalogowego osoby lub osób nieobjętych podsłuchem, można było wystąpić o zgodę następczą sądu na wykorzystanie takiego dowodu⁴³. Co gorsza, nie były normatywnie sprecyzowane kryteria, jakimi miał się kierować sąd, udzielając zgody w trybie art. 237a k.p.k.⁴⁴. Taki stan nie mógł wywoływać pozytywnych odczuć chociażby w aspekcie konstytucyjnej ochrony prawa do prywatności (art. 47, 49, 51 ust. 2 Konstytucji).

Podsumowując tok rozważań w przedmiocie rozszerzenia granic podsłuchu, należy zaakcentować konieczność zadekretowania w k.p.k. nowego uregulowania należycie spełniającego wymogi konstytucyjne. Wydaje się, że optymalnym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie jednolitego trybu postępowania w związku z poszerzeniem zakresu podsłuchu. Byłoby to unormowanie wzorowane na kształt konstrukcji wypadku niecierpiącego zwłoki w rozumieniu art. 237 § 2 k.p.k., ale dotyczące nie tylko wypadków tego rodzaju. Jego istotą byłaby konieczność każdorazowego zwrócenia się przez prokuratora do sądu w celu uzyskania zgody na rozszerzenie granic kontroli i utrwalania rozmów. Ponieważ wymóg zgody uprzedniej byłby uciążliwy dla praktyki, przekreślałby konieczność szybkiego reagowania w nadzwyczajnych przypadkach, a poza tym i tak musi być spełniony w razie zarządzenia podsłuchu w ogóle w trybie art. 237 § 1 k.p.k., można by zadowolić się warunkiem zgody następczej. Terminy do wystąpienia przez prokuratora do sądu i wydania postanowienia przez sąd mogłyby być zbliżone do tych przewidzianych w ramach uregulowania art. 237 § 2 k.p.k. Takie rozwiązanie, należycie akcentujące potrzebę istnienia kontroli sądowej, powinno zapobiegać przed prowadzeniem nieograniczonego *de facto* podsłuchu stanowiącego bardzo dotkliwe ograniczenie prywatności jednostki. Dochowanie tych wszystkich wymogów związanych z zakresem kontroli i utrwalania rozmów implikowałoby możliwość dowodowego wykorzystania materiałów pozyskanych w tych ramach. Nie ma raczej potrzeby specjalnego, końcowego zatwierdzania podsłuchu przez sąd, który kontrolowałby dotrzymanie warunków wcześniej wydanego postanowienia zarządzającego podsłuch lub udzielającego zgody na rozszerzenie jego granic⁴⁵. Zresztą nawet regulacja

⁴³ T. Grzegorzczak, *Procesowa i pozaprocesowa kontrola rozmów jako legalne wkraczanie w sferę konstytucyjnie chronionej wolności i tajemnicy komunikowania się, po zmianie przepisów w tej materii w 2011 r.*, [w:] P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka (red.), *Państwo...*, op. cit., s. 1629.

⁴⁴ *Ibidem*; M. Błoński, *Zakres...*, op. cit., s. 87. W literaturze stosowne kryteria zaproponował celnie S. Steinborn, zob. J. Grajewski, S. Steinborn, [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki (red.), S. Steinborn, *Kodeks...*, op. cit., s. 757.

⁴⁵ Na gruncie stanu prawnego ukształtowanego przez ustawę nowelizacyjną z 4 lutego 2011 r., G. Artymiak dostrzegła w uregulowaniu art. 237a k.p.k. właśnie przejaw takiej końcowej kontroli podsłuchu przez sąd z punktu widzenia przestrzegania obowiązujących przepisów, w tym także w aspekcie dochowania granic kontroli, zob. G. Artymiak, *Charakter*

art. 237a k.p.k. w jego poprzedniej wersji stanowiła podstawę do końcowej kontroli podsłuchu, ale tylko co do poszerzenia jego granic w aspekcie dowodowym, a zatem tylko co do tego elementu podsłuchu, co do którego wcześniej sąd nie miał możliwości wypowiedzieć się. Wprowadzenie wymogu każdorazowego uzyskiwania zgody sądu w przedmiocie rozszerzenia granic kontroli i utrwalania rozmów jest równoznaczne ze stabilizacją sytuacji dowodowej w procesie w tym sensie, że dowodem może być tylko to, co pochodzi z kontroli posiadającej zezwolenie sądu. Poza tym, kwestia ewentualnej dopuszczalności lub przydatności dowodów zdobytych w wyniku stosowania podsłuchu nie dezaktualizuje się całkowicie. Biorąc pod uwagę, że podsłuch procesowy ma w zasadzie miejsce w toku postępowania przygotowawczego, sąd na etapie postępowania jurysdykcyjnego dysponuje szerokimi możliwościami zdyskwalifikowania dowodu lub w ogóle usunięcia go z podstawy faktycznej wyroku, z uwagi na jego wadliwość czy niewiarygodność. Należy ponadto przypomnieć o możliwości sądowej kontroli podsłuchu w wyniku wniesienia zażalenia (art. 240 k.p.k.).

W ramach rekapitulacji wywodów objętych zakresem niniejszego opracowania należy podkreślić, że o ile kwestia generalnego wyznaczenia zakresu podmiotowego i przedmiotowego podsłuchu procesowego została w sumie właściwie ukształtowana, o tyle trudno o tak optymistyczny wniosek w odniesieniu do kwestii rozszerzenia zakresu podsłuchu w czasie stosowania tego środka. Sposób ujęcia tej drugiej kwestii w k.p.k. od wielu lat nie pozwala na utrwalenie stanu satysfakcji. Tymczasem ten niezwykle ważny aspekt stosowania podsłuchu powinien znaleźć odzwierciedlenie w postaci regulacji ustawowej właściwie wyznaczającej punkt równowagi między potrzebą uwzględnienia dobra wymiaru sprawiedliwości a potrzebą ochrony prywatności człowieka.

BIBLIOGRAFIA

- Artymiak G., *Charakter prawny terminu „wniesienie wniosku o wyrażenie zgody następczej” – przyczynek do dyskusji*, [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Warszawa 2013.
- Błoński M., *Zakres przedmiotowy i podmiotowy podsłuchu procesowego*, Pal. 2012, nr 7–8.
- Drajewicz D., *Zakaz dowodowego wykorzystania procesowej kontroli rozmów*, PiP 2010, nr 8.
- Dudka K., *Kontrola korespondencji i podsłuch w polskim procesie karnym*, Lublin 1998.
- Dudka K., Pałuszkiwicz H., Szumiło-Kulczycka D., *Kodeks postępowania karnego. Wybór orzecznictwa z komentarzem*, Warszawa 2015.
- Grzegorzczak T., *Podsłuch telefoniczny i kontrola korespondencji w projekcie nowej procedury karnej*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 1994, nr 60.
- Grzegorzczak T., *Procesowa i pozaprocesowa kontrola rozmów jako legalne wkraczanie w sferę konstytucyjnie chronionej wolności i tajemnicy komunikowania się, po zmianie przepisów w tej materii w 2011 r.*, [w:] P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. T. II*, Warszawa 2012.

prawny terminu „wniesienie wniosku o wyrażenie zgody następczej” – przyczynek do dyskusji, [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Warszawa 2013, s. 617.

- Kmieciak R., *Kontrola rozmów telefonicznych jako czynność procesowa i operacyjno-rozpoznawcza*, [w:] H. Groszyk, L. Dubel (red.), *Wybrane problemy teorii i praktyki państwa i prawa*, Lublin 1986.
- Koper R., *Prawo do obrony osoby podejrzanej*, Prok. i Pr. 2016, nr 2.
- Kurzępa B., *Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych według kodeksu postępowania karnego*, Prok. i Pr. 1999, nr 3.
- Machlańska J., *Dowód z podsłuchu procesowego a ochrona tajemnicy obrończej*, Pal. 2016, nr 1–2.
- Marszał K., *Podsłuch w polskim procesie karnym de lege lata i de lege ferenda*, [w:] L. Tyszkiewicz (red.), *Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, Katowice 1996.
- Marszał K., *Problemy podsłuchu w procesie karnym*, [w:] H.J. Hirsch, P. Hofmański, E.W. Pływaczewski, C. Roxin (red.), *Prawo karne i proces karny wobec nowych form i technik przestępczości. Niemiecko-polskie kolokwium prawa karnego. Białystok/Rajgród 12–17 września 1995*, Białystok 1997.
- Młynarczyk Z., *Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych w procesie karnym*, Prok. i Pr. 1996, nr 2–3.
- Musiałik G., *Dopuszczalność stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1997 roku*, Pal. 1998, nr 11–12.
- Musiałik-Dudzińska G., *Podmioty uprawnione do zarządzenia podsłuchu elektronicznego oraz forma i treść decyzji w tym przedmiocie na gruncie prawa niemieckiego*, [w:] P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała*, Katowice 2003.
- Paprzycki L.K. (red.), *Kodeks postępowania karnego. T. I. Komentarz do art. 1–424*, Warszawa 2013.
- Rogalski M., *Kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych oraz przekazywania danych*, [w:] J. Kasprzak, B. Młodziejowski (red.), *Kryminalistyka i inne nauki pomocowe w postępowaniu karnym*, Olsztyn 2009.
- Sakowicz A. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Skorupka J. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Skorupka J. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Skorupka J., *Krytycznie o stanowisku Sądu Najwyższego w kwestii legalności kontroli rozmów telefonicznych*, Prok. i Pr. 2011, nr 4.
- Skorupka J., *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym*, [w:] T. Grzegorzcyk, R. Olszewski (red.), *Verba volant. Scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa 2017.
- Skorupka J., *Zgodność z prawem dowodów z podsłuchu telefonicznego na podstawie art. 237 k.p.k.*, [w:] A. Przyborowska-Klimczak, A. Taracha (red.), *Iudicium et scientia. Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika*, Warszawa 2011.
- Stefański R.A., *Prawo do obrony osoby podejrzanej*, [w:] T. Grzegorzcyk, J. Izydorczyk, R. Olszewski (red.), *Z problematyki funkcji procesu karnego*, Warszawa 2013.
- Stypuła Sz., *Podsłuch procesowy na gruncie znowelizowanego kodeksu postępowania karnego*, Pal. 2012, nr 7–8.
- Świecki D. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. I*, Warszawa 2017, s. 835.
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016.

PODMIOTOWE I PRZEDMIOTOWE GRANICE STOSOWANIA PODSŁUCHU W PROCESIE KARNYM

Streszczenie

W artykule omówiono zakres podmiotowy i przedmiotowy stosowania podsłuchu w procesie karnym. W tym celu szczegółowej analizie poddano przepisy k.p.k. dotyczące kontroli i utrwalania rozmów. Kwestia dopuszczalności stosowania tego środka przymusu ściśle łączy się z rozważaniem ochrony dobra wymiaru sprawiedliwości oraz możliwości ograniczenia prywatności jednostki. Ta teza powoduje, że celem artykułu jest zrównoważenie sprzecznych wartości w taki sposób, aby odnaleźć rozwiązanie kompromisowe. Jest to szczególnie widoczne w odniesieniu do kontrowersyjnej i złożonej kwestii rozszerzenia granic podsłuchu. W tym zakresie dokonano oceny nowelizacji do k.p.k. z 2011 i 2016 r. oraz sformułowano propozycje zmian legislacyjnych. Wyrażono pogląd, że stosując podsłuch, bez zgody sądu niedopuszczalne powinno być wyjście poza granice podmiotowe i przedmiotowe określone w postanowieniu sądu o zarządzeniu tego środka.

Słowa kluczowe: podsłuch, prawo do prywatności, podmiotowe i przedmiotowe granice, proces karny, zgoda sądu

SUBJECTIVE AND OBJECTIVE BOUNDARIES OF TAPPING'S APPLYING IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

The article discusses the subjective and objective scope of tapping in criminal proceedings. To that end, the author analyses the provisions of the Code of Criminal Procedure related to the conversations control and recording. The issue of admissibility of applying of such coercive measure is strictly linked with giving consideration to the protection of interests of administration of justice and to the possibility of interference in the privacy of individual. This thesis causes that the aim of the article is balancing of the contradictories interests so as to find in this situation the compromising solution. It is particularly apparent with reference to the controversial and complex problem of the extension of tapping's boundaries. In this scope amendments to the Code of Criminal Procedure by the Act of 4 February 2011 and by the Act of 11 March 2016 have been analysed and new amendments in this aspect proposed. The opinion is herein presented that for tapping without court's consent, should not be allowed to exceed limits set forth in the relevant court's decision.

Keywords: tapping, right to the privacy, subjective and objective boundaries, criminal proceedings, court's consent

Cytuj jako:

Koper R., *Podmiotowe i przedmiotowe granice stosowania podsłuchu w procesie karnym [Subjective and objective boundaries of tapping's applying in criminal proceedings]*, „*Ius Novum*” 2019 (Vol. 13) nr 1, s. 26–44. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.1.2019.02/r.koper

Cite as:

Koper, R. (2019) 'Subjective and objective boundaries of tapping's applying in criminal proceedings'. *Ius Novum* (Vol. 13) 1, 26–44. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.1.2019.02/r.koper