

WYROK Z DNIA 3 GRUDNIA 2008 R.

V KK 195/08

1. Zatwierdzenie przez sąd postanowienia prokuratora, o którym mowa w art. 237 § 2 k.p.k., ale z uchybieniem terminowi wskazanemu w tym przepisie dla rozstrzygnięcia w przedmiocie takiego zatwierdzenia, nie delegalizuje samej kontroli i utrwalania rozmów po upływie tego terminu i nie wywołuje skutków określonych w art. 238 § 3 *in fine* k.p.k., które odnoszą się tylko do postanowienia sądu o niezatwierdzeniu przez sąd uprzedniego postanowienia prokuratora o takiej kontroli, także bez względu na to, czy takie niezatwierdzenie nastąpiło przed upływem, czy już po upływie, tego terminu.

2. Postanowienie o zarządzeniu kontroli rozmów telefonicznych powinno określać w jakim postępowaniu jest ona zarządzana, a więc co do podejrzenia jakiego przestępstwa lub jakich przestępstw z katalogu wskazanego w art. 237 § 3 k.p.k., będącego przedmiotem tego postępowania, stosuje się ją, a także osobę, której kontrola ta dotyczy oraz nośnik informacji, który obejmuje; jeżeli na danym etapie postępowania nie można, w tym i ze względów technicznych, określić tej osoby imiennie, to należy wskazać ją jako dysponenta określonego urządzenia służącego do komunikacji osobistej. Gdy następnie w toku postępowania pojawi się potrzeba objęcia kontrolą rozmów także innych osób niż wskazane w postanowieniu albo innych nośników informacji, którymi dysponują osoby objęte uprzednim postanowieniem, należy wystąpić do sądu o poszerzenie zakresu kontroli. To samo dotyczy sytuacji, gdy z uwagi na zakres prowadzonego postępowania należałoby ją zarządzić także w związku z innymi przestępstwami należącymi do katalogu określonego w art. 237 § 3 k.p.k., objętymi tym postępowaniem, których nie dotyczy poprzednie postanowienie o kon-

troli i utrwalaniu rozmów. Jeżeli konieczności takie pojawią się w toku prowadzonej już kontroli, a zachodzi wypadek niecierpiący zwłoki, postanowienie o kontroli rozmów może wydać prokurator, występując w terminie 3 dni do sądu o jego zatwierdzenie. Jest to wówczas kontrola legalna, tyle że warunkowo, a więc tylko wtedy, jeżeli będzie następnie zatwierdzona przez sąd.

3. Występowanie w trakcie prowadzonej, a zarządzonej uprzednio lub zatwierdzonej przez sąd, kontroli i utrwalania rozmów, o poszerzenie tej kontroli lub sięganie w tym celu po konstrukcję zawartą w art. 237 § 2 k.p.k., nie jest konieczne, jeżeli ujawniają się w jej toku inne przestępstwa, przynależne także do katalogu przestępstw wskazanych w § 3 art.237 k.p.k., ale ściśle jednak łączące się z tym lub tymi przestępstwami, co do których zastosowano kontrolę rozmów, np. gdy w ramach kontroli odnośnie przestępstwa zorganizowanej grupy przestępczej (art. 237 § 3 pkt 14 k.p.k.) trudniącej się kradzieżami samochodów i handlem nimi lub ich częściami ujawnia się jedynie, że e kradzieże i obrót tworzą w swym rozmiarze przestępstwa przeciwko mieniu znacznej wartości (art. 237 § 3 pkt 15 k.p.k.) lub odwrotnie, a nie zachodzi potrzeba podmiotowego poszerzenia kontroli czy *vice versa*.

Przewodniczący: sędzia SN T. Grzegorzczak (sprawozdawca).

Sędziowie SN: R. Sądej, J. Sobczak.

Prokurator Prokuratury Krajowej: W. Smardzewski.

Sąd Najwyższy w sprawie Marka S., skazanego z art. 279 § 1 k.k., art. 286 § 2 k.k., art. 201 § 1 k.k. i 294 k.k. w zw. z art. 12 k.k., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 3 grudnia 2008 r., kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w P. z dnia

15 listopada 2007 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w P. z dnia 20 lutego 2007 r.,

u c h y l i ł zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego i utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Rejonowego i sprawę Marka S. p r z e k a z a ł Sądowi Rejonowemu w P. do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji (...).

UZASADNIENIE

Marek S. odpowiadał w postępowaniu, dotyczącym jeszcze czterech innych osób. On sam został oskarżony o to, że w okresie od dnia 21 lipca do dnia 5 sierpnia 1999 r. w P., działając przestępstwem ciągłym, w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem popełniania przestępstw przeciwko mieniu związanych z kradzieżami samochodów, wymuszaniem okupów za wcześniej skradzione samochody oraz zbywaniem skradzionych samochodów, sam oraz wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, dokonał kradzieży z włamaniem do co najmniej 7 samochodów, opisanych w zarzucie, nabył co najmniej 2 (opisane w zarzucie) samochody pochodzące z przestępstw i żądał korzyści majątkowych za zwrot co najmniej 3 (też opisanych) wcześniej skradzionych samochodów, stanowiących łącznie mienie znacznej wartości, tj. o czyn z art. 279 § 1 k.k. i z art. 286 § 2 k.k. oraz z art.18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 2 k.k. i z art. 291 § 1 w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., a nadto o popełnienie w dniu 8 grudnia 1999 r. w P. wspólnie i w porozumieniu z innym oskarżonym w tej sprawie przestępstwa z art.13 § 1 w zw. z art. 279 § 1 k.k. Wyrokiem z dnia 20 lutego 2007 r. Sąd Rejonowy w P. uznał go za winnego popełnienia pierwszego z tych przestępstw, przyjmując jednak, że dokonał on samodzielnie oraz wspólnie i w porozumieniu z inną osobą kradzieży tylko 2 (opisanych w przypisanym czynie) pojazdów, zaś w odniesieniu do pozo-

stałych, co do których zarzucono mu kradzież z włamaniem – nabył je wiedząc, że pochodzą z czynu zabronionego, kwalifikując to przestępstwo, podobnie jak prokurator, z art. 279 § 1 k.k. i z art. 286 § 2 k.k. oraz z art. 18 § 3 w zw. z art. 286 § 2 k.k. i z art. 291 § 1 w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 12 k.k., i skazał go za to karą 2 lat pozbawienia wolności; sąd uniewinnił natomiast oskarżonego od zarzutu popełnienia drugiego z zarzucanych mu przestępstw podobnie jak współoskarżonego o ten czyn. Apelacje od tego wyroku w częściach skazujących wnieśli obrońcy oskarżonych, w tym i obrońca Marka S., a wobec jednej ze współoskarżonych osób także prokurator. W apelacji obrońcy Marka S. podniesiono zarzut obrazy przepisów postępowania, a to: art. 5 i 7 oraz art. 237 § 2, art. 238 § 3, art. 239, 240, 395, 410 i 143 § 1 pkt 6 k.p.k., a nadto błędu w ustaleniach faktycznych. Po rozpoznaniu wniesionych apelacji, Sąd Okręgowy w P., wyrokiem z dnia 15 listopada 2007 r., uchylając zaskarżony wyrok wobec jednej osoby i zmieniając go wobec dwóch innych, utrzymał go w mocy w stosunku do Marka S.

Od orzeczenia tego kasację wywiódł obrońca skazanego, zarzucając obrazę przepisów postępowania, a to: a) art. 7, 237 § 3 i 238 § 3 k.p.k., przez oparcie rozstrzygnięcia w kwestii sprawstwa oskarżonego na treści rozmów telefonicznych uzyskanych wbrew przepisom prawa w sytuacji, gdy przedmiot postępowania przeciwko oskarżonemu w żadnym razie nie mieścił się w katalogu zawartym w art. 237 § 3 k.p.k., b) art. 237 § 2 i art. 239 k.p.k., przez zaniechanie ogłoszenia skazanemu postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów, pomimo prawomocnego zakończenia postępowania oraz brak uzyskania w ustawowym terminie zatwierdzenia przez sąd zarządzenia prokuratora o tej kontroli, c) art. 410 w zw. z art. 366 § 1 k.p.k., przez uznanie przez sąd odwoławczy za niemający wpływu na treść wyroku fakt, że wszyscy członkowie składu orzekającego w pierwszej instancji nie znali całości akt, bowiem nie zapoznali się oni z 4 tomami akt zawiera-

jącymi protokoły z treścią rozmów Marka S., które stanowiły jedyny dowód jego sprawstwa oraz d) art. 457 § 3 k.p.k., przez całkowite pominięcie zarzutów apelacyjnych odnośnie naruszenia przez Sąd Rejonowy art. 5 i 7 k.p.k. na skutek uznania za wystarczający dowód z utrwalonych rozmów przy braku innego materiału dowodowego oraz odnośnie podnoszonego błędu w ustaleniach faktycznych, zaistniałego przez uznanie za bezspornie dowiedzione fakty wynikające z owych rozmów pozyskanych z naruszeniem prawa. Wywodząc w ten sposób, skarżący wnosił o uchylenie obu zapadłych w sprawie wyroków i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji. W odpowiedzi na tę skargę prokurator wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej, a podobne stanowisko zaprezentował na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej.

Rozpoznając tę kasację Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Skarga ta, choć nie w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów, jest jednak zasadna.

Nie jest więc zasadny zarzut obrazy art. 237 § 2 k.p.k., przez brak uzyskania w terminie zatwierdzenia przez sąd decyzji prokuratora o zarządzeniu kontroli rozmów telefonicznych Marka S. Prawdą jest, że postanowienie prokuratora z dnia 21 grudnia 1999 r. o kontroli i utrwalaniu rozmów tej osoby, bo o nie tu chodzi, mimo niezwłocznego przekazania sądowi, zostało przez ten sąd zatwierdzone dopiero dnia 6 stycznia 2000 r. W stanie prawnym wówczas obowiązującym przepisy zakładały, że w wypadkach niecierpiących zwłoki prokurator może zarządzić kontrolę i utrwalanie rozmów, jest jednak wówczas zobowiązany „uzyskać w ciągu 5 dni zatwierdzenie postanowienia przez sąd” (art. 237 § 2 k.p.k. sprzed nowelizacji z ustawą z dnia 10 stycznia 2001 r., Dz. U. Nr 17, poz.155). Już wówczas wskazywano w doktrynie, że termin ten nie ma charakteru ani zawitego, ani prekluzyjnego, zatem także późniejsze zatwierdzenie decyzji prokuratora przez sąd nie delegalizuje samej kontroli (zob. K. Dudka: Kontrola kore-

spondencji i podsłuch w polskim procesie karnym, Lublin 1999, s. 69 i podane tam inne publikacje). Także obecnie, gdy art. 237 § 2 k.p.k., zezwalając nadal prokuratorowi na zarządzenie podsłuchu w wypadkach niecierpiących zwłoki, nakazuje mu jednocześnie wystąpić do sądu o zatwierdzenie tej decyzji w terminie 3 dni i zakłada, że sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku prokuratora w terminie 5 dni, w doktrynie przeważa pogląd, że prokurator jest bezwzględnie zobowiązany do dochowania 3-dniowego terminu i niewystąpienie przezeń w tym czasie powinno być rozumiane tak samo, jak brak zatwierdzenia jego postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów (art. 238 § 3 *in fine* k.p.k.), natomiast niedotrzymanie przez sąd terminu do zatwierdzenia decyzji prokuratora, prawidłowo przekazanej sądowi, nie delegalizuje jeszcze samej kontroli (zob. np. R. Stefański w: J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. Przyjemski, R. Stefański, S. Zabłocki: Kodeks postępowania karnego, Komentarz, Warszawa 2003, t. I, s. 1019; W. Grzeszczyk: Kodeks postępowania karnego, Komentarz, Warszawa 2008, s. 231; K. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny: Kodeks postępowania karnego, Komentarz, Warszawa 2007, s. 497 i wskazywane tam piśmiennictwo; z zastrzeżeniem, że podsłuch należy jednak przerwać, gdy w ciągu 5 dni od przekazania wniosku o jego zatwierdzenie prokurator nie otrzyma decyzji sądu o takim zatwierdzeniu – P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek: Kodeks postępowania karnego, Komentarz, Warszawa 2007, t. I, s. 1061). Zauważyć należy, że jeżeli ustawodawca chciałby zdelegalizować podsłuch zarządzony przez prokuratora w sytuacji, gdy sąd w terminie 5 dni od otrzymania jego wniosku nie wyda postanowienia o zatwierdzeniu tego podsłuchu, to dałby temu stosowny wyraz, jak to czyni w innych regulacjach. W przepisach kodeksu brak jest natomiast takiego choćby przepisu, jak w ustawie o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r. (Dz. U z 2007 r. Nr 43, poz. 267), gdzie w art. 19 ust. 3, w odniesieniu do kontroli operacyjnej zarządzanej w wypadkach niecierpiących

zwłoki przez Policję za zgodą prokuratora, z obowiązkiem jednoczesnego wystąpienia do sądu o jej zatwierdzenie, zastrzega się, że w razie nieudzielenia przez sąd zgody „w terminie 5 dni” od zarządzenia tej kontroli, należy ją wstrzymać, a uzyskane materiały komisyjnie zniszczyć. Tymczasem art. 238 § 3 k.p.k. przyjmuje nakaz zniszczenia utwaleń, „gdy sąd nie zatwierdził postanowienia prokuratora, o którym mowa w art. 237 § 2”, a nie gdy nie zatwierdził go, w terminie określonym w tym przepisie. Niewykluczone, że rozwiązanie takie wiąże się z założeniem, iż w toku postępowania karnego sąd przed podjęciem decyzji powinien zapoznać się z niejednokrotnie obszernym procesowym materiałem dowodowym, już zgromadzonym przez prokuratora, aby rozważyć, czy istnieją przesłanki do zatwierdzenia jego postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów, podczas gdy przy rozważaniu zatwierdzenia zarządzonej już kontroli operacyjnej jest to jedynie materiał o operacyjnym tylko charakterze, mający zatem formę stosownych notatek. W konsekwencji należy stwierdzić, że zatwierdzenie przez sąd postanowienia prokuratora, o którym mowa w art. 237 § 2 k.p.k., ale z uchybieniem terminowi wskazanemu w tym przepisie dla rozstrzygnięcia w przedmiocie takiego zatwierdzenia, nie delegalizuje samej kontroli i utrwalania rozmów po upływie tego terminu i nie wywołuje skutków określonych w art. 238 § 3 *in fine* k.p.k., które odnoszą się tylko do postanowienia sądu o niezatwierdzeniu przez sąd uprzedniego postanowienia prokuratora o takiej kontroli, także bez względu na to, czy takie niezatwierdzenie nastąpiło przed upływem, czy już po upływie, tego terminu. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w sprawie tej materiały z podsłuchu prowadzonego w oparciu o powyższe postanowienia nie zostały w ogóle wykorzystane ani dla poparcia zarzutów stawianych Markowi S. – czyn z dnia 8 grudnia 1999 r. zarzucany temu oskarżonemu w ogóle nie wiązał się z materiałami z kontroli rozmów – ani w ustaleniach faktycznych sądu odnośnie tego oskarżonego, gdyż zachowania mu przypisane miały miejsce w okre-

sie lipiec – sierpień 1999 r., a dowody ich dotyczące wiązały się z wcześniejszą kontrolą jego rozmów z tego właśnie okresu. Tym samym, taka czy inna ocena działania sądu co do kontroli rozmów z przełomu 1999 i 2000 r. nie mogła mieć wpływu na treść orzeczenia odnośnie tego oskarżonego.

Nie można też uznać za zasadny zarzut obrazy art. 239 k.p.k., przez zaniechanie ogłoszenia Markowi S. postanowień o kontroli rozmów „pomimo prawomocnego zakończenia postępowania”, jako że prawomocne zakończenie procesu nastąpiło tu dopiero po wydaniu zaskarżonego wyroku sądu odwoławczego, a postanowienia o kontroli tych rozmów z przełomu 1999 i 2000 r., a o nie tu chodzi, wyraźnie odraczały owo ogłoszenie do takiego właśnie momentu. Co więcej, sam skarżący przyznaje, że postanowienia te są w aktach sprawy, gdyż je „odtajniono” i oskarżony „mógł się wielokrotnie” z nimi zapoznać, kwestionuje tylko brak ogłoszenia mu tego postanowienia. Brak ten ma znaczenie z punktu widzenia możliwości poddania decyzji o „podśluchu” kontroli odwoławczej (art. 239 i 240 k.p.k.), ale prawidłowość zastosowania samej kontroli i utrwalania rozmów powinna być przedmiotem analizy także w toku postępowania, w którym wykorzystuje się materiały zgromadzone w jej toku i ujawnione w procesie, zanim podda się je ocenie od strony wiarygodności dowodowej. Zatem sam fakt nieogłoszenia postanowienia o owej kontroli w sytuacji, gdy nie tylko ono, ale i materiały zgromadzone w jej toku są znane oskarżonemu, jako temu, którego rozmowy uprzednio kontrolowano, choć jest w takim układzie uchybieniem, nie może mieć wpływu na treść wydanego orzeczenia w przedmiocie procesu, a tylko takie naruszenia mogą być podstawą środka zaskarżenia wnoszonego od wyroku.

Nie jest też zasadny zarzut obrazy art. 410 i 366 § 1 k.p.k. naruszonych przez to, że Sąd odwoławczy uznał, iż nie ma wpływu na treść orzeczenia fakt, że członkowie składu sądu pierwszej instancji nie znali całości

materiału, gdyż nie zapoznali się z 4 tomami akt zawierających protokoły z treścią rozmów oskarżonego. Prawdą jest, że na rozprawie odwoławczej stwierdzono, iż w wykazie osób zapoznających się w kancelarii tajnej z dołączonymi do sprawy 3 tomami akt tajnych brak jest podpisu sędziego przewodniczącej składu ławniczego Sądu Rejonowego i że dopiero Sąd odwoławczy, w ramach uzupełnienia postępowania, przeprowadził dowód z tych akt, uznając jednak po zapoznaniu z tym materiałem, że uchybienie w tej materii nie mogło mieć wpływu na treść orzeczenia, gdyż w aktach tajnych nie ma „materiałów istotnych dla ustalenia sprawstwa i winy”. Rzecz w tym, że Sąd odwoławczy ma tu rację. W materiałach tych bowiem, obejmujących 3 – a nie 4 – tomy, nie ma bynajmniej, jak to twierdzi skarżący „protokołów z treścią rozmów Marka S.” w zakresie zarzuconych mu i przypisanych czynów. Są jedynie – jak wskazał to zresztą Sąd odwoławczy – jedynie notatki z utrwalania tych rozmów i protokoły odtworzenia kaset z utrwalonymi rozmowami, stwierdzające sam fakt prowadzenia kontroli rozmów w określonych dniach i godzinach oraz ich odtworzenia, z podaniem jego czasu i osoby biorącej udział w czynności, bez załączników do takich protokołów, czyli stenogramów poszczególnych rozmów, jako że stenogramy te ujawniono już w śledztwie, i to one znajdują się w „4 tomach”, tyle że jawnych, załączonych dodatkowo do aktu oskarżenia. Były one stronom znane już w postępowaniu przygotowawczym i na ich wniosek zaliczono je w Sądzie pierwszej instancji, bez odczytywania, do materiału dowodowego sprawy. Dołączonym materiałem były także przekazane przez oskarżyciela publicznego same kasety z nagraniami kontrolowanych rozmów oskarżonego, które też odtajniono i których odtworzenia oskarżony ani jego obrońca nie żądali. Kasety te stały się przy tym przedmiotem odrębnej, szczegółowej – nie kwestionowanej przez obronę – opinii fonoskopijnej, dokonanej po ich odtworzeniu przez biegłego i analizie ich treści i stenogramów poszczególnych rozmów. To właśnie na tę opinię – a nie na inny materiał z

podśluchu – powoływał się Sąd *meriti* przy ustalaniu stanu faktycznego odnośnie przestępstwa przypisanego Markowi S. Przepis art. 410 k.p.k. nakazuje jedynie sądowi, aby podstawę wyroku stanowił „całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej”. Materiałów z akt tajnych Sąd pierwszej instancji rzeczywiście nie zaliczył w poczet materiału dowodowego sprawy, ale też i na nich się nie opierał w ustaleniach faktycznych i ocenach dowodów, zatem nie naruszył on tego przepisu, zaś Sąd odwoławczy zaliczając te materiały w poczet dowodów, zasadnie wskazał, że nie mają one znaczenia dla samego rozstrzygnięcia w przedmiocie sprawy. Nie powinno jednak budzić wątpliwości, że procedowanie Sądu pierwszej instancji w zakresie dowodów z kontroli rozmów oskarżonego i ich rejestracji nie było prawidłowe i próbował to naprawić Sąd odwoławczy, z tym wszak, że skarżący zarzutu w tej materii w kasacji nie wysunął. Dopiero po zapoznaniu się z odpowiedzią prokuratora na kasację, w odrębnym piśmie podniósł dodatkowo, z przywołaniem orzecznictwa, że samo wprowadzanie dowodu z posłuchu było w jego ocenie nieprawidłowe, gdyż nie odtworzono w sądzie ich zapisów, a samo odczytanie stenogramów nie jest właściwą formą ujawniania dowodu. Tego rodzaju zarzuty nie znalazły się jednak w samej kasacji, a Sąd Najwyższy związany jest granicami zarzutów, poza które może wyjść tylko w wypadkach z art. 435, art. 439 i art. 455 k.p.k. (art. 536 k.p.k.), a omawiane uchybienia nie mieszczą się w ramach tych przepisów. Przyjdzie jednak wrócić do tej kwestii w dalszej części uzasadnienia.

Prawdą jest natomiast, że Sąd odwoławczy, mimo że w części sprawozdawczej uzasadnienia swego wyroku wyraźnie wskazał, iż w apelacji obrońcy Marka S. zarzucono także obrazę art. 5 i 7 k.p.k. oraz błąd w ustaleniach faktycznych, w ogóle nie odniósł się następnie do tych zarzutów. Inną rzeczą jest jednak, że zarzuty te wiązały się z podważeniem dowodu z kontroli i utrwalania rozmów oskarżonego, a Sąd drugiej instancji skupił się na wykazaniu nietrafności zarzucanej już w apelacji obraży art. 237 § 3

k.p.k. Sąd ten analizując powoływane przez obronę postanowienie 7 sędziów. Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r. (I KZP 6/07, OSNKW 2007, z. 5, poz. 37) i przenosząc – wyrażone tam stanowisko o konieczności uzyskania tzw. następczej zgody sądu na podmiotowe lub przedmiotowe poszerzenie zakresu kontroli operacyjnej Policji (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji), aby materiał uzyskany w trakcie takiej kontroli mógł być uznany za uzyskany legalnie i wprowadzony następnie do procesu – na grunt przepisów rozdziału 26 Kodeksu postępowania karnego, który miał w tej sprawie zastosowanie, uznał, że nie można go podzielić. Odwołując się do krytycznej glosy do tego orzeczenia (zob. A. Lach, B. Sitkiewicz: Glosa, PiPr 2007, Nr 10, s.146 – 160) Sąd odwoławczy przyjął za jej autorami, że skoro kontrola rozmów nastąpiła za uprzednią zgodą sądu, to wszelkie informacje pozyskane w jej toku pozostają legalne, jeżeli tylko dotyczą przestępstw mieszczących się w katalogu wskazanym w art. 237 § 3 k.p.k., a wymagana przez Sąd Najwyższy zgoda następcza nie może przecież legalizować działań dotąd nielegalnych, na co wskazywano już w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Sąd odwołał się też do zasady legalizmu i interesu publicznego w ściganiu poważnych przestępstw, które muszą, jego zdaniem, przeważać nad prawem do zachowania tajemnicy korespondencji. W konsekwencji Sąd odwoławczy uznał, że materiał zgromadzony w toku kontroli rozmów oskarżonego, choć ostatecznie zarzucono mu czyn inny niż objęty tą kontrolą, ale nadal „katalogowy”, był uzyskany legalnie. Sąd pominął wówczas, czy też zapomniał w związku z tym, o potrzebie ustosunkowania się do innych zarzutów apelacji powiązanych z tą kwestią. Autor kasacji ponawia wszak także zarzut obrazy art. 237 § 3 k.p.k. podnosząc, że doszło jednak do jego naruszenia, gdyż podsłuch zastosowano w sprawie o obrót narkotykami, a żadnej z osób oskarżonych w tej sprawie nie postawiono zarzutu takiego przestępstwa, podczas gdy kontrolę rozmów zarządza się w postępowaniu dotyczącym przestępstwa wskazanego

w art. 237 § 3 k.p.k., a po jej zakończeniu niszczy, gdy nie mają znaczenia dla postępowania karnego (art. 238 § 3 k.p.k.), czyli tego, w którym je zarządzono, natomiast Marka S. oskarżono i skazano w oparciu o te materiały za przestępstwa przeciwko mieniu znacznej wartości, nie występując wcale o kontrolę jego rozmów w tym zakresie.

Można by w tym miejscu stwierdzić, że – jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie Sądu Najwyższego – nie stanowi obrazy prawa wypowiedzenie się przez sąd za określonym stanowiskiem reprezentowanym w doktrynie i nieuwzględnienie innego poglądu, wyrażonego w danej materii przez Sąd Najwyższy, jeżeli tylko stanowisko to sąd ów logicznie i wyczerpująco uzasadnił (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2002 r., V KKN 188/00, OSNKW 2002, z. 11-12, poz. 113; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 listopada 2007 r., V KK 287/07, Lex nr 33943). Rzecz jednak w tym, że ten wymóg logicznego i wyczerpującego uzasadnienia odmiennego poglądu nie został tu spełniony, o czym będzie jeszcze mowa. Dla jasności sprawy, Sąd *meriti* stwierdził w tej kwestii jedynie, że „rozmowy telefoniczne oskarżonego (...) były podsłuchiwane i rejestrowane w sposób zgodny z przepisami, w oparciu o prawomocne postanowienia sądu. Ich legalność i rzetelność rejestracji nie budzi wątpliwości” oraz że nie doszło do naruszenia art. 237 § 3 k.p.k., gdyż wprowadzie „kontrola została zarządzona w związku podejrzeniem popełnienia przestępstwa handlu narkotykami, a dopiero w efekcie zarejestrowania na jej podstawie rozmów telefonicznych oraz analizy ich treści ustalono, że Marek S. i inne określone osoby dopuszczały się przestępstw kradzieży mienia znacznej wartości. Nie zmienia to jednak faktu, że ustalenia odnoszące się do Marka S. oparte są o legalnie zebrany materiał dowodowy (...), a organa postępowania dopiero po pewnym czasie, niezbędnym do przeprowadzenia dokładnej analizy rozmów (...) dokonały ustalenia, że zachowania oskarżonego dotyczą

«mienia znacznej wartości»». Należy w tym miejscu przyrzeć się bliżej realiom tej sprawy.

Jak wynika z aktu oskarżenia i akt sprawy w kwietniu 1999 r. Prokurator Okręgowy w P. wszczął śledztwo w sprawie działalności zorganizowanej grupy przestępczej, zajmującej się obrotem narkotykami, którą kierował M. B. Drugim wątkiem tego postępowania była działalność grupy osób związanych z M. Z., zajmującej się kradzieżami samochodów oraz ich sprzedażą oraz sprzedażą części samochodowych pochodzących ze skradzionych samochodów. W lipcu 2004 r. wydzielono do odrębnego postępowania materiał dowodowy dotyczący tej drugiej grupy, a odnośnie M. B. i jego grupy wniesiono akt oskarżenia. Wcześniej, w dniu 15 lipca 1999 r. prokurator Prokuratury Okręgowej w P. wystąpił do Sądu Rejonowego w P. z powołaniem się na art. 237 § 1, 3, 4, 5 i 6 k.p.k., jak podał, w sprawie dotyczącej „nielegalnego obrotu narkotykami, tj. czynu z art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomani”, prowadzonego – jak wynika z uzasadnienia tegoż wniosku – wobec wskazanych tam imiennie osób, do których nie należał Marek S., o zarządzenie na okres 30 dni kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych kilku osób, m. in. odnośnie L. W. na dwa wskazane tam numery jej telefonów komórkowych, zaznaczając w uzasadnieniu owego wniosku, że ustalono, iż używał je Marek S. oraz, że „zachodzi podejrzenie, że pozostające na wolności osoby (...) mogą zajmować się handlem narkotykami, wymuszaniem okupu za skradzione samochody i w związku z tym kontaktują się (...) ewentualnie z pokrzywdzonymi na szkodę których popełniono przestępstwa”. Postanowieniem z tej samej daty Sąd Rejonowy, przywołując jako postawę prawną art. 237 § 1 k.p.k. i art. 237 § 3 pkt 13 k.p.k. (handel narkotykami) zarządził ową kontrolę na wskazanych telefonach, odraczając ogłoszenie tego postanowienia L. W. do zakończenia śledztwa i podając, że wniosek dotyczy telefonów „którymi posługuje się L. W.”, a odnosi się do postępowania, które

„dotyczy między innymi popełnienia przestępstwa z art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. i innych”. W oparciu o nie prowadzona była kontrola rozmów Marka S. na przełomie lipca i sierpnia 1999 r. Następnie w dniu 18 listopada 1999 r. prokurator wystąpił o ponowną kontrolę rozmów, tym razem na 2 miesiące, m. in. z jednego z uprzednio już wskazanych telefonów, podając wszak już w treści tego wniosku, że jest to aparat będący w posiadaniu Marka S., a zarejestrowany tylko na L. W., zaś postępowanie dotyczy „zorganizowanej grupy przestępczej trudniącej się kradzieżą a następnie handlem samochodami”, w skład której wchodziły osoby wskazane we wniosku, w tym i Marek S. Postanowieniem z dnia 26 listopada 1999 r., powołując się art. 237 § 1 i 3 pkt 14 k.p.k. (zorganizowana grupa przestępcza) Sąd Rejonowy zarządził ową kontrolę wobec Marka S. W dniu 21 grudnia 1999 r. prokurator na podstawie art. 237 § 2 k.p.k. zarządził sam kontrolę rozmów tejże osoby z innego aparatu komórkowego, wskazując, że ustalono, iż posługuje się on także takim numerem telefonu oraz że dotyczy to przestępstw z art. 282 § 1 k.k. „popełnianych w ramach zorganizowanej grupy przestępczej trudniącej się obrotem pochodzącymi z kradzieży samochodami”; to właśnie to postanowienie zatwierdził sąd dopiero w styczniu 2000 r., o czym była wcześniej mowa przy analizie zarzutu obrazy art. 237 § 2 k.p.k. Dopiero w kwietniu 2005 r. przedstawiono Markowi S. zarzuty, które początkowo obejmowały 6 odrębnych przestępstw, a to: a) przestępstwo ciągłe z art. 279 § 1 w zw. z art. 294 § 1 i art. 12 k.k., obejmujące kradzieże siedmiu samochodów, b) dwa przestępstwa z art. 286 § 2 k.k., c) jedno przestępstwo z art. 18 § 3 i art. 286 § 2 k.k., d) także jedno z art. 291 § 1 k.k. dotyczące trzech samochodów oraz e) jedno z art. 279 § 1 k.k., popełnione z inną wskazaną tam osobą, od niego został on później uniewinniony, przy czym wszystkie one – poza tym ostatnim – miały być popełnione między dniem 21 lipca a dniem 5 sierpnia 1999 r., a więc w okresie stosowania kontroli rozmów telefonicznych w oparciu o pierwsze ze

wskazanych wcześniej postanowień. Następnie w maju 2005 r. zmieniono te zarzuty formułując jedynie dwa, a to: a) czyn z art. 279 § 1 k.k. popełniony z inną osobą oraz b) przestępstwo ciągle, obejmuje pozostałe pięć, odrębnie uprzednio ujmowanych, zachowań, które zakwalifikowano teraz z art. 279 § 1 k.k. i z art. 286 § 2 k.k. oraz z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 2 k.k. i z art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i w zw. z art. 12 k.k. Tak też ujęto je w akcie oskarżenia w czerwcu 2005 r., obejmującym również inne osoby, za odrębnie zarzucane im czyny także związane z kradzieżami samochodów.

Możliwość stosowania w postępowaniu karnym kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych oraz innych rozmów i przekazów informacji jest środkiem wkraczającym w konstytucyjnie chronione prawo do wolności komunikowania się i wiążącą się z nią tajemnicę (art. 49 Konstytucji). Tym samym jednak wykładnia przepisów dopuszczających taką kontrolę powinna uwzględniać aspekt konstytucyjny i być możliwie ścisła, a przy niejasności przepisu ustawy wręcz restryktywna, aby można uznać ją za zgodną z ustawą zasadniczą. Z art. 237 § 3 k.p.k. wynika, że kontrola rozmów jest dopuszczalna „tylko wtedy, gdy toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa dotyczy” wskazanych tam enumeratywnie przestępstw. Jednocześnie art. 238 § 3 *in princ.* k.p.k. nakazuje po zakończeniu kontroli zarządzenie przez sąd zniszczenia utrwalonych zapisów, „jeżeli nie mają znaczenia dla postępowania karnego”. Uwzględniając aspekt konstytucyjny należy tu przyjąć, że zniszczenie utrwalonych przy kontroli zapisów rozmów, o jakim mowa w art. 238 § 3 k.p.k., powinno objąć wszystkie te z nich, które nie mają znaczenia dla tego postępowania, w którym kontrolę ową zastosowano albo dla postępowania dotyczącego przestępstwa (jego usiłowania), którego uzasadniona obawa popełnienia była powodem zastosowania tej kontroli. Ponieważ zaś katalog wskazany w art. 237 § 3 k.p.k. obejmuje kilkanaście typów przestępstw, co do których

możliwa jest kontrola rozmów, a art. 94 § 1 pkt 4 k.p.k. wymaga zawarcia w treści postanowienia „sprawy oraz kwestii”, której ono dotyczy, to należy przyjąć, że przewidziane w art. 237 § 1 i 2 k.p.k. postanowienie o zarządzeniu tej kontroli, choć przepisy te nie wypowiedają się w tej materii, powinno jednak wyraźnie wskazywać odnośnie jakiego to, wymienionego w katalogu art. 237 § 3 k.p.k., przestępstwa się ją stosuje, a tym samym przywołania w nim odpowiedniego punktu lub punktów tego ostatniego przepisu. W ten sposób postanowienie o kontroli rozmów zakreśla od strony przedmiotowej dopuszczalny jej zakres, a więc postępowanie w jakim się ją stosuje. Jak zauważa się zasadnie w piśmiennictwie na tle kontroli operacyjnej, kontrola rozmów nie może mieć bowiem charakteru abstrakcyjnego i powinna precyzyjnie określać podmiot i przedmiot, do których ma być stosowana (zob. S. Hoc: Glosa do postanowienia składu siedmiu sędziów z dnia 26 kwietnia 2007 r. – I KZP 6/07, *Ius Novum* 2007, nr 2-3, s. 148), a odnieść to należy także do procesowej kontroli tych rozmów. Nie można zatem uznać za dopuszczalne zastosowanie owej kontroli ogólnie w oparciu o art. 237 § 3 k.p.k., bez sprecyzowania do jakiej kategorii przestępstw jest ona stosowana, co ma istotne znaczenie także wtedy, gdy postępowanie obejmuje różne ich typy wskazane w tym przepisie. Tylko takie ścisłe rozumienie omawianych przepisów może być uznane za pozostające w zgodności z ustawą zasadniczą i jej art. 49.

Ponieważ wskazany przepis Konstytucji zawarty jest w rozdziale: Wolności i prawa osobiste, to nie powinno budzić wątpliwości, że zapewnia on wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się osób za pomocą różnych środków komunikacji osobistej. W tej materii wypowieda się art. 237 § 4 k.p.k., dopuszczając możliwość stosowania kontroli i utrwalania rozmów w stosunku do osoby podejrzanej, oskarżonego (w szerokim znaczeniu – art. 71 § 3 k.p.k.), pokrzywdzonego, a także wobec innej osoby, z którą może kontaktować się oskarżony albo która może mieć związek ze spraw-

cą lub z grożącym przestępstwem. Powyższe oznacza jednak tylko, że kontrolą mogą zostać objęte wskazane osoby, a nie że każda zarządzona kontrola automatycznie i *ex lege* rozciąga się na nie. W konsekwencji, aby pozostać znów w zgodności z ustawą zasadniczą należy przyjąć, że postanowienie o zarządzeniu tej kontroli powinno wskazywać także osobę, której ma ona dotyczyć – jeżeli nie można jej określić imiennie to należy ją wskazać co najmniej jako dysponenta określonego urządzenia służącego do komunikacji osobistej – oraz sam nośnik informacji służący do rozmów, jakie mają jej podlegać. Rozumowanie to wspiera treść art. 240 k.p.k. zakładającego zażalenie na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów, a wniesć je może „osoba, której dotyczy postanowienie”, czyli ta, której rozmowy mają być kontrolowane. Ponieważ chodzi o kontrolę rozmów prowadzonych poprzez różne nośniki informacji, przeto może nią być zarówno osoba będąca właścicielem danego nośnika, jak i osoba, która jest tylko jego dysponentem, albo obie te osoby. Przez wskazanie osoby zakreślane są podmiotowe granice kontroli.

Podsumowując, postanowienie o zarządzeniu kontroli rozmów telefonicznych powinno określać w jakim postępowaniu jest ona zarządzana, a więc co do podejrzenia jakiego przestępstwa lub jakich przestępstw z katalogu wskazanego w art. 237 § 3 k.p.k., będącego przedmiotem tego postępowania, stosuje się ją, a także osobę, której kontrola ta dotyczy oraz nośnik informacji, który obejmuje; jeżeli na danym etapie postępowania nie można, w tym i ze względów technicznych, określić tej osoby imiennie, to należy wskazać ją jako dysponenta określonego urządzenia służącego do komunikacji osobistej. Gdy następnie w toku postępowania pojawi się potrzeba objęcia kontrolą rozmów także innych osób niż wskazane w postanowieniu albo innych nośników informacji, którymi dysponują osoby objęte uprzednim postanowieniem, należy wystąpić do sądu o poszerzenie zakresu kontroli. To samo dotyczy sytuacji, gdy z uwagi na zakres prowadzone-

go postępowania należałoby ją zarządzić także w związku z innymi przestępstwami należącymi do katalogu określonego w art. 237 § 3 k.p.k., objętymi tym postępowaniem, których nie dotyczy poprzednie postanowienie o kontroli i utrwalaniu rozmów. Jeżeli konieczności takie pojawią się w toku prowadzonej już kontroli, a zachodzi wypadek niecierpiący zwłoki, postanowienie o kontroli rozmów może wydać prokurator, występując w terminie 3 dni do sądu o jego zatwierdzenie. Jest to wówczas kontrola legalna, tyle że warunkowo, a więc tylko wtedy, jeżeli będzie następnie zatwierdzona przez sąd. Takie też stanowisko odnośnie tej ostatniej kwestii zaprezentował Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r. (K 32/04; OTK ZU 2005, nr 11/A, poz. 132), w którym zakwestionowano konstytucyjność ówczesnego ust. 4 art. 19 ustawy o Policji, ale dlatego, że zezwalał on sądowi – przy odmowie zatwierdzenia kontroli operacyjnej zarządzanej z uwagi na wypadek niecierpiący zwłoki przez organ niesądowy – na zezwolenie odstąpienia przez Policję od zniszczenia niektórych materiałów uzyskanych w wyniku niezatwierdzonej przez niego kontroli. Odnośnie zaś art. 19 ust. 3 tej ustawy, której odpowiednikiem jest art. 237 § 2 k.p.k., Trybunał wyraźnie stwierdził, że zebrany w ten sposób materiał po zatwierdzeniu kontroli przez sąd nie może uchodzić za nielegalny (PiPr 2006, nr 4, s. 78). Uwzględniając aspekt konstytucyjny i rozwiązania kodeksowe można jednak uznać, że występowanie w trakcie prowadzonej, a zarządzanej uprzednio lub zatwierdzonej przez sąd, kontroli i utrwalania rozmów, o poszerzenie tej kontroli lub sięganie w tym celu po konstrukcję zawartą w art. 237 § 2 k.p.k., nie jest konieczne, jeżeli ujawniają się w jej toku inne przestępstwa, przynależne także do katalogu przestępstw wskazanych w § 3 art. 237 k.p.k., ale ściśle jednak łączące się z tym lub tymi przestępstwami, odnośnie których zastosowano kontrolę rozmów, np. gdy w ramach kontroli co do przestępstwa zorganizowanej grupy przestępczej (art. 237 § 3 pkt 14 k.p.k.) trudniącej się kradzieżami samochodów i handlem nimi lub ich czę-

ściami ujawnia się jedynie, że te kradzieże i obrót tworzą w swym rozmiarze przestępstwa przeciwko mieniu znacznej wartości (art. 237 § 3 pkt 15 k.p.k.) lub odwrotnie, a nie zachodzi potrzeba podmiotowego poszerzenia kontroli. Należy uznać, że nowe dodatkowe postanowienie o tej kontroli będzie już jednak niezbędne, gdy w ramach dotychczasowej kontroli ujawniają się okoliczności dotyczące zupełnie innych, niezwiązanych z dotychczasowym jej przedmiotem, przestępstw, ale należących do katalogu określonego w art. 237 § 3 k.p.k., np. przy kontroli rozmów zarządzanej odnośnie przestępstwa (przestępstw) przeciwko mieniu znacznej wartości ujawniają się okoliczności związane np. z wytwarzaniem, przetwarzaniem lub obrotem środkami odurzającymi, czy *vice versa*.

W przedstawionym wyżej, jakże istotnym z uwagi na konstytucyjnie chronione prawa jednostki, aspekcie Sądy obu instancji orzekające w tej sprawie, nie przeprowadziły odpowiedniej analizy materiałów z podsłuchu stosowanego wobec Marka S. Nie przyłożyły one należytej wagi do tak istotnej tu okoliczności jak to, że w pierwszym postanowieniu o zarządzeniu kontroli rozmów (z dnia 15 lipca 1999 r.) sąd w podstawie prawnej podał wyraźnie art. 237 § 3 pkt 13 k.p.k., a w uzasadnieniu enigmatycznie tylko stwierdził, że postępowanie w jakim je stosuje dotyczy „między innymi” przestępstwa z art. 43 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, mimo że we wniosku o tę kontrolę prokurator wskazywał, iż zakres postępowania obejmuje także „wymuszanie okupu za skradzione samochody”. Zabrakło w związku z tym ważkiej dla sprawy, pogłębionej analizy kwestii, czy postanowienie to ograniczało przedmiotowo kontrolę w porównaniu z wnioskiem prokuratora, czy też mogło jednak dotyczyć – a wtedy, z jakich to przyczyn – również owego wymuszania okupu ani czy takie ujęcie przez prokuratora przestępstwa z art. 286 § 2 k.k. oznaczało, iż chodzi o czyny wskazane w art. 237 § 3 pkt 5 k.p.k., jak też, czy owo „wymuszanie okupu” wymienione w tym ostatnim przepisie może objąć także przestępstwo z art. 286 § 2 k.k.,

czy może np. z uwagi na systematykę wewnętrzną § 3 art. 237 k.p.k. chodzi tu jednak o inne wymuszenia. Zabrakło także należytego pochylenia się sądów nad wymogiem, że materiały z kontroli po jej zakończeniu mogą być wykorzystywane dowodowe jedynie w postępowaniu, którego dotyczyła kontrola (*a contrario* z art. 238 § 3 *in princ.* k.p.k.), czyli odnośnie przestępstwa (przestępstw) będącego (będących) powodem tej kontroli, z zastrzeżeniami o których wcześniej była już mowa. Tymczasem, w sprawie tej sądy uznały niejako „na skróty”, że skoro wszystkie kontrole rozmów dotyczyły tzw. przestępstw katalogowych, to istotne jest jedynie, iż w wyniku jednej z nich uzyskano informacje co do innego jeszcze przestępstwa należącego także do tego katalogu. Nie miało zaś dla sądów znaczenia, czy tę kontrolę rozmów, w trakcie której je uzyskano, zarządzono prawidłowo, a ważne było tylko, że pozostałe kontrole były zarządzane poprawnie. Pominięto przy tym i to, że dla postawienia oskarżonemu zarzutów konieczne było podejmowanie umorzonych uprzednio postępowań odnośnie poszczególnych kradzieży pojazdów, a więc nie zastanowiono się także nad kwestią, czy uzyskane przez tę kontrolę informacje rzeczywiście odnosiły się do postępowania, w jakim ją zarządzono. Nie przeanalizowano również z należyłą starannością i tego, że jedyną osobą wskazaną wyraźnie w omawianym postanowieniu z lipca 1999 r., jako tą, której rozmowy z określonych aparatów komórkowych miały być objęte kontrolą, była L. W., choć – jak wspomniano – prokurator podawał w swym wniosku, że dysponentem telefonów, o jakie tu chodzi, jest Marek S. Nie przyłożono wreszcie należytej wagi do faktów, że kolejne postanowienia o kontroli, dotyczące już wyraźnie osoby tego oskarżonego (z dnia 26 listopada i dnia 21 grudnia 1999 r. oraz z dnia 6 stycznia 2000 r.), wskazywały w swej podstawie prawnej art. 237 § 3 pkt 14 k.p.k., czyli kontrolę odnośnie postępowanie o przestępstwo zorganizowanej grupy przestępczej. Tymczasem temu oskarżonemu nie zarzucono, ani nie przypisano przestępstw z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii czy

działaniu w zorganizowanej grupie przestępczej, lecz czyn ciągły obejmujący kradzieże i paserstwo skradzionymi samochodami oraz żądanie korzyści majątkowej za zwrot skradzionych samochodów i pomocnictwo do takiego żądania, a przy tym jako jedno ciągle przestępstwo przeciwko mieniu znacznej wartości, i to jedynie z okresu objętego pierwszą kontrolą rozmów z przełomu lipca i sierpnia 1999 r., bez należytego przy tym – jak już wskazano – rozważenia przedmiotowego i podmiotowego zakresu tej kontroli.

Z punktu widzenia zarzutów pod jakimi stanął ten oskarżony i przypisanego mu przez sądy przestępstwa, kolejne kontrole rozmów z przełomu 1999 i 2000 r. nie miały zatem znaczenia (jak wcześniej wskazano czyn z grudnia 1999 r. nie wiązał się z materiałami uzyskanymi z kontroli rozmów z okresu listopad 1999 r. – styczeń 2000 r.), gdy tymczasem Sąd odwoławczy uznał, że decyzja co do niej jest „swoistym postanowieniem następczym”, mimo że wskazuje inny okres kontroli i utrwalania rozmów. Precyzuje bowiem przy tym samym numerze telefonicznym, że jest to numer telefonu będącego w posiadaniu Marka S., który nadal jest zarejestrowany na L. W. Tym samym, w odróżnieniu od Sądu *meriti*, który ten aspekt zupełnie pominął, Sąd drugiej instancji miał już wątpliwości odnośnie podmiotowego zakresu pierwszej kontroli, ale uznał, że jest ona zalegalizowana, wydaną w kilka miesięcy później i w innym przedmiotowo zakresie, decyzją sądu o kontroli rozmów z tego samego nośnika, tyle że z wyraźnym określeniem jako osoby, której rozmowy są teraz objęte kontrolą, innej już osoby, objętej uprzednio też taką kontrolą, ale bez wskazania jej imiennie w poprzednim postanowieniu sądu. W świetle takiego rozumowania istota legalnej kontroli rozmów sprowadza się właściwie tylko do nośnika informacji, a nie do osoby, której rozmowy mają być kontrolowane i co więcej nieprawidłowości w tej materii mogą być sanowane następczą decyzją sądu wobec własnej uprzedniej decyzji i to wydaną nawet po kilku miesiącach w odniesieniu do

innej przedmiotowo kontroli, byle tylko do tego samego nośnika informacji z odmiennym określeniem jego dysponenta. Tego rodzaju rozumowania nie można zaakceptować, gdyż rozmija się ono nie tylko z przepisami kodeksu odnośnie tzw. następczej zgody sądu na omawianą kontrolę, ale także z istotą samej kontroli i utrwalania rozmów, jako wkraczającej w sferę konstytucyjnych wolności osobistych obywateli, a nie nośników informacji. W żadnej mierze nie można też zgodzić się z próbą tłumaczenia zaprezentowaną przez Sąd odwoławczy, który dostrzegając, że postanowienia o kontroli rozmów Marka S. zawierają, jak to określił „niedociągnięcia redakcyjne”, uznał jakoby uwzględnić należy, że: „Rozdział 26 (Kodeksu postępowania karnego – SN) to instytucja nowego kodeksu (...) a przedmiotowe postanowienia zostały wydane w pierwszym roku jego obowiązywania”. Wydano je rzeczywiście w 11-tym miesiącu obowiązywania kodeksu (*nota bene* po ponad rocznym jego *vacatio legis*), ale nie może to usprawiedliwiać ewentualnych wadliwości decyzji procesowej, zwłaszcza w sytuacji, gdy chodzi o stosowanie środka wkraczającego w sferę wolności konstytucyjnie chronionych. Kontrola sądu nad niesądowym postępowaniem przygotowawczym, a o nią tu chodzi, musi być przy tym realna, a nie pozorna i formalna. O zakresie stosowanej kontroli rozmów decydować powinien przy tym nie wniosek prokuratora, ale treść postanowienie sądu. Nie można też, ze względu wagę i szczególną potrzebę zwalczania przestępstw, odnośnie których kontrola rozmów jest dopuszczalna, przykładać mniejszego znaczenia do wymogów decyzji sądu o takiej kontroli, jak uczynił to Sąd odwoławczy, skoro poprzez nią wkracza się w sferę konstytucyjnych praw i wolności jednostki.

Powyższe wskazuje, że kwestie związane z art. 237 § 3 k.p.k. zostały w tej sprawie przez Sąd *meriti* nie w pełni dostrzeżone i w istocie zbyt ogólnikami, bez wnikania w ważne dla niej elementy, decydujące o samej legalności stosowanej kontroli rozmów, a przez to i uzyskanych z niej mate-

riałów dowodowych, zaś Sąd drugiej instancji, próbując naprawić te mankamenty, pogłębił jedynie wadliwości w tej materii. Dlatego Sąd Najwyższy orzekł o uchyleniu obu zapadłych w tej sprawie wyroków i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji. Przy ponownym jej rozpatrywaniu Sąd Rejonowy, mając na uwadze przedstawione wyżej zapatrywania prawne Sądu Najwyższego, jak i wskazane wcześniej kwestie, odnośnie których sądy dotąd nie wypowiedziały się w niezbędnym sposób, powinien pochylić się z należytą rozwagą nad zagadnieniem legalności kontroli i utrwalania rozmów prowadzonej w oparciu o postanowienie z dnia 15 lipca 1999 r. oraz mocy dowodowej uzyskanych z niej materiałów. Powinien więc przeanalizować tu treść postanowienia sądu o kontroli i utrwalaniu rozmów wydanego dnia 15 lipca 1999 r. i rozważyć z należycie pogłębioną argumentacją, czy można, czy nie można, uznać, że jej zakres podmiotowy obejmował Marka S., a zakres przedmiotowy nie tylko przestępstwo z ówczesnej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, lecz także inne przestępstwa wskazane we wniosku prokuratora o tę kontrolę. Analiza podmiotowego zakresu kontroli rozmów zarządzanej powyższym postanowieniem powinna też mieć na uwadze późniejsze postanowienia wydane wyraźnie co do kontroli rozmów tego oskarżonego. Postanowienia te nie mają natomiast znaczenia dla analizy aspektu przedmiotowego kontroli z okresu lipiec – sierpień 1999 r., jako że zarzucane Markowi S. czyny dotyczą obecnie jedynie zachowań przestępnych z okresu pierwszej z kontroli.

W razie pozytywnej odpowiedzi w powyższej materii Sąd Rejonowy powinien przeprowadzić dowód z utrważeń kontrolowanych rozmów, czyniąc to stosownie do wymagań przepisów Kodeksu postępowania karnego. I choć w doktrynie występują rozbieżności odnośnie tego, czy kasety z nagraniem rozmów utrwalonych podczas ich kontroli są dowodem rzeczowym czy dowodem z dokumentu (zob. A. Taracha: Czynności operacyjno-rozpoznawcze, aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe, Lublin 2006,

s. 255 – 274 i podane tam stanowiska), to w judykaturze zasadnie wskazuje się (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 2008 r., III KK 30/08, OSNKW 2008, z. 8, poz. 65) – wprowadzie na tle kontroli operacyjnej, ale odnieść to należy także do procesowej kontroli rozmów – że uzyskane w jej wyniku materiały w postaci utwaleń rozmów telefonicznych podlegają odtworzeniu (odsłuchaniu) na rozprawie w trybie odpowiedniego stosowanego art. 393 § 1 zd.1 k.p.k., chyba że wobec braku sprzeciwu stron zostaną ujawnione bez odtwarzania (art. 394 § 2 k.p.k.), co powinno znaleźć odzwierciedlenie w protokole rozprawy (art. 143 § 1 pkt 7 k.p.k.), a przekłady tych zapisów, tzw. stenogramy, są jedynie załącznikiem do protokołu; powinny one być jednak także ujawnione, co najmniej w trybie art. 394 § 2 k.p.k. Zarówno przy ustalaniu stanu faktycznego, jak i analizie tych rozmów należy wówczas opierać się na odtworzonym zapisie lub ujawnionych także przekładach tego zapisu, a nie jedynie na opinii fonoskopijnej. Odnośnie innych dowodów, powiązanych z materiałem z kontroli rozmów (zeznania niektórych świadków), sąd może wówczas przeprowadzić je bezpośrednio lub z wykorzystaniem art. 442 § 2 k.p.k.

Mając to wszystko na uwadze orzeczono jak w wyroku.