

UCHWAŁA SKŁADU SIEDMIU SĘDZIÓW
Z DNIA 23 MARCA 2011 R.
I KZP 32/10

Dowodami uzyskanymi w wyniku kontroli operacyjnej, zarządzanej postanowieniem sądu, wydanym na podstawie art. 17 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. Nr 104, poz. 708 ze zm.), które pozwalają na wszczęcie postępowania karnego lub mają znaczenie dla toczącego się postępowania karnego (art. 17 ust. 15 tej ustawy), są jedynie dowody dotyczące przestępstw, określonych w jej art. 17 ust. 1, które zostały wskazane w postanowieniu o zastosowaniu kontroli operacyjnej lub w postanowieniu o udzieleniu tzw. zgody następcej, w tym wydanej także w toku kontroli operacyjnej (art. 17 ust. 3 ustawy), a popełnionych przez osobę, której dotyczyła zgoda pierwotna i osobę, co do której wydano zgodę następczą.

Przewodniczący: sędzia SN S. Zabłocki.

Sędziowie SN: J. Grubba, T. Grzegorzczak (sprawozdawca), P. Hofmański, W. Płóciennik, Z. Puskarski, E. Strużyna.

Prokurator Prokuratury Generalnej: A. Herzog.

Sąd Najwyższy w sprawie Ryszarda G., Lecha W. i Tadeusza R., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w dniu 23 marca 2011 r., przekazanego przez Sąd Najwyższy orzekający w składzie 3 sędziów, na podstawie art. 59 ustawy o Sądzie Najwyższym z dnia 23 listopada 2002 r. (Dz. U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.), postanowieniem z dnia 9 grudnia 2010 r., zagadnienia prawnego budzącego poważne wątpliwości co do wykładni prawa:

„Czy do dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, w rozumieniu art. 17 ust. 15 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. Nr 104, poz. 708 ze zm.), należą dowody uzyskane podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzanej postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie w trybie art. 17 ust. 2 tej ustawy, prowadzonej w sposób zgodny z treścią tego postanowienia, wskazujące na popełnienie przez każdą osobę każdego z przestępstw wymienionych w art. 17 ust. 1 tej ustawy?”

u chwalił udzielić odpowiedzi jak wyżej.

UZASADNIENIE

Przedstawione Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne pojawiło się w następującej sytuacji procesowej. Ryszard G., odpowiadający wspólnie z dwiema innymi osobami, został oskarżony o to, że w W., jako osoba pełniąca funkcję publiczną – inspektor Wydziału Administracji Architektoniczno – Budowlanej Starostwa Powiatowego, wywołując przekonanie u Lecha W. i Tadeusza R. o posiadaniu wpływów w Powiatowym Inspektoracie Nadzoru Budowlanego, podjął się pośrednictwa w załatwieniu dla Tadeusza R. decyzji o pozwoleniu na użytkowanie części obiektu mieszkalnego w W., w zamian za co otrzymał korzyść majątkową w wysokości 1 000 zł, tj. o przestępstwo z art. 230 § 1 k.k., a nadto o pomocnictwo do przestępstwa poświadczenia nieprawdy przez dwóch pozostałych współoskarżonych w dokumencie protokołu z odbioru technicznego instalacji w/w budynku mieszkalnego, tj. o przestępstwo z art. 18 § 3 w zw. z art. 271 § 1

k.k. oraz o podrobienie w celu użycia za autentyczny dokumentu w postaci dziennika budowy tegoż budynku, tj. o przestępstwo z art. 270 § 1 k.k. Odpowiadający w tym postępowaniu Lech W. był z kolei oskarżony o to, że działając w zamiarze, aby Tadeusz R. dokonał czynu zabronionego wręczenia korzyści majątkowej osobie pełniącej funkcję publiczną, swoim zachowaniem ułatwił mu popełnienie tego czynu w ten sposób, że pośredniczył w udzielaniu korzyści majątkowej w postaci pieniędzy w kwocie 1 000 zł Ryszardowi G., tj. o przestępstwo określone w art. 18 § 3 w zw. z art. 229 § 3 k.k. oraz o to, że działając wspólnie i w porozumieniu z Tadeuszem R. poświadczył nieprawdę w dokumencie w postaci protokołu z odbioru technicznego instalacji w budynku mieszkalnym w W., tj. o przestępstwo z art. 271 § 1 k.k. Trzeci z oskarżonych – Tadeusz R. stał pod zarzutem tego, że za pośrednictwem Lecha W. udzielił korzyści majątkowej w postaci pieniędzy w kwocie 1 000 zł Ryszardowi G. w celu uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie części obiektu mieszkalnego, tj. popełnienia przestępstwa z art. 229 § 3 k.k. oraz, że działając wspólnie i w porozumieniu z Lechem W. poświadczył nieprawdę w dokumencie protokołu z odbioru technicznego instalacji w budynku mieszkalnym w W., tj. popełnienia przestępstwa z art. 271 § 1 k.k.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w W. z dnia 2 listopada 2009 r., Ryszard G. został uznany za winnego wszystkich 3 zarzucanych mu przestępstw i skazany za nie odpowiednio na kary roku i dwukrotnie po 6 miesięcy pozbawienia wolności, z orzeczeniem kary łącznej roku pozbawienia wolności i warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 2 lat, zaś Lech W. za winnego jedynie czynu z art. 271 § 1 k.k., za co skazano go na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na taki sam okres próby. Wyrokiem tym uniewinniono natomiast Lecha W. od zarzucanego mu przestępstwa z art. 18 § 3 w zw. z art. 229 § 3 k.k., a Tadeusza R. od przestępstwa z art. 229 § 3 k.k. (tego ostat-

niego również od drugiego z zarzucanych mu czynów, tj. występku z art. 271 § 1 k.k.). Sąd Rejonowy uniewinniając obu oskarżonych od popełnienia przestępstw z art. 229 § 3 k.k. wskazał, że oskarżenie w tym zakresie opierało się na materiałach uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej Centralnego Biura Antykorupcyjnego, prowadzonej na podstawie postanowienia Sądu Okręgowego w W. z dnia 31 października 2007 r., na wniosek o nr (...), która to kontrola dotyczyła jedynie Ryszarda G., a nie uzyskano wymaganej w takim wypadku zgody następczej Sądu na prowadzenie kontroli operacyjnej, także w stosunku do tych dwóch oskarżonych. Powołał się w tej materii na pogląd wyrażony w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007, z. 5, poz. 37. Po rozpoznaniu apelacji prokuratora i obrońców Ryszarda G. i Lecha W. od tego wyroku, Sąd Okręgowy w Ś., aprobuując stanowisko Sądu Rejonowego w kwestii interpretacji przepisów ustawy o CBA odnośnie kontroli operacyjnej, wyrokiem z dnia 31 marca 2010 r., zmienił zaskarżone orzeczenie, w ten sposób, że uniewinnił także Ryszarda G. od popełnienia czynu z art. 230 § 1 k.k., nie dopatrując się znamion tego przestępstwa w przypisanym mu zachowaniu, a Lecha W. od popełnienia czynu z art. 271 § 1 k.k. i obniżył Ryszardowi G. karę łączną za dwa pozostałe czyny, utrzymując poza tym w mocy wyrok Sądu Rejonowego.

W kasacji wywiedzionej od wyroku Sądu odwoławczego na niekorzyść wszystkich trzech oskarżonych, Prokurator Okręgowy w Ś., poza zarzutami obrazy prawa materialnego i procesowego w zakresie uniewinnienia przez Sąd Okręgowy oskarżonego Ryszarda G. od zarzutu dotyczącego przestępstwa z art. 230 § 1 k.k., podniósł także – odnośnie utrzymania w mocy rozstrzygnięcia Sądu Rejonowego o uniewinnieniu pozostałych dwóch oskarżonych od czynu z art. 229 § 3 k.k. – zarzut obrazy art. 17 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym – dalej określanej jako CBA – polegający na zaaprobowaniu przez Sąd odwoławczy błędnej wy-

wykładni tego przepisu, dokonanej przez Sąd pierwszej instancji, która doprowadziła do delegalizacji wobec nich materiałów z kontroli operacyjnej Ryszarda G., co kwestionowano w apelacji. Autor kasacji wywodząc, że wbrew temu stanowisku analiza art. 17 ustawy o CBA nie stwarza podstaw prawnych do wnioskowania o potrzebie uzyskiwania zgody następczej sądu oraz że nieuprawnione jest założenie, iż przyjęte rozwiązania ustawowe dopuszczają kontrolę wypowiedzi tylko jednego uczestnika rozmowy przy prowadzeniu kontroli operacyjnej jego rozmów, wnosił w konkluzji o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania.

Rozpatrując tę kasację Sąd Najwyższy w składzie 3 sędziów uznał, że sposób ustosunkowania się Sądu odwoławczego w tej sprawie, do podnoszonego w apelacji zarzutu, dotyczącego obrazy art. 17 ustawy o CBA, nie spełnia wymogów art. 457 § 3 k.p.k. Stwierdził jednak także, że uchylenie wyroku z tego powodu i przekazanie sprawy jedynie temu Sądowi do ponownego rozpoznania nie byłoby celowe, gdyż – jak wskazano w kasacji – do orzeczenia Sądu Okręgowego przeniknęło tu uchybienie w tej materii, jakiego dopuścił się Sąd Rejonowy w zakresie wykładni prawa. Skarżący zaś kwestionuje tę wykładnię, przyjętą za wskazanym postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r. wydanym na gruncie ustawy o Policji. Zdaniem Sądu Najwyższego orzekającego w składzie 3 sędziów zachodzą zaś poważne wątpliwości co do prawidłowości tej wykładni. Sąd kasacyjny stwierdził bowiem, że przywoływany przez Sądy, a wyrażony przez Sąd Najwyższy w tym postanowieniu, na gruncie art. 19 ust. 3 i 15 ustawy o Policji – których odpowiednikiem są przepisy art. 17 ust. 3 i 15 ustawy o CBA - pogląd, iż dowody popełnienia przestępstw, o których mowa w ust. 1 tych przepisów, przez osobę inną niż objęta postanowieniem sądu albo przez osobę nim objętą, ale dotyczące innych przestępstw katalogowych, niż wskazane w postanowieniu o kontroli operacyjnej, mogą być

wykorzystane w postępowaniu przed sądem (art. 393 § 1 k.p.k. stosowany odpowiednio) tylko pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej, z odpowiednim zastosowaniem ust. 3 art. 19 ustawy o Policji (ust. 3 art. 17 ustawy o CBA), nie wydaje się być trafny z kilku względów.

Po pierwsze dlatego, że Sąd Najwyższy w tym postanowieniu nie wskazał normatywnej podstawy dla orzeczenia o następczej zgodzie sądu, a żaden z przepisów zawartych w art. 19 ustawy o Policji nie przewiduje ubiegania się o zgodę następczą już po wydaniu przez sąd postanowienia o zarządzeniu kontroli operacyjnej. Zgodnie zaś z zasadami legislacji, odpowiednie stosowanie określonego przepisu musi być unormowane w odrębnym przepisie odsyłającym, jak tego wymaga § 156 ust. 4 Zasad Techniki Prawodawczej (Załącznik do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. Dz. U. Nr 100, poz. 908). W art. 19 ustawy o Policji, podobnie jak w art. 17 ustawy o CBA, nie ma jednak żadnego przepisu odsyłającego do ustępu 3 tych przepisów, który normuje zgodę następczą w tzw. wypadkach niecierpiących zwłoki. Jeżeli przy tym Sąd Najwyższy wskazał na potrzebę odpowiedniego stosowania tego ostatniego przepisu, to oznacza to, iż dopatrył się luki prawnej w całości regulacji art. 19 ustawy o Policji, a intencją zajętego stanowiska było jej wypełnienie na potrzeby praktyki. Jednakże, jak wiadomo, nie można drogą wykładni wypełniać tego typu luk, gdyż decyzja w tej materii należy do wyłącznej kompetencji ustawodawcy.

Po wtóre, odpowiednie stosowanie przepisu o zgodzie następczej, przyjęte w przywołanym postanowieniu Sądu Najwyższego, nie przystaje w ogóle do stanu prawnego regulowanego w ust. 3 art. 19 ustawy o Policji, gdyż ten dotyczy sytuacji, gdy z uwagi na niecierpiący zwłoki wypadek kontrolę operacyjną zarządza organ niesądowy, a sąd wydaje postanowienie o zgodzie w terminie 5 dni, co legalizuje przystąpienie do tej kontroli, bądź jej

nie udziela – co obliguje do zniszczenia zgromadzonych materiałów. Tymczasem wskazany wcześniej pogląd Sądu Najwyższego nakazuje odpowiednie stosowanie tego przepisu w sytuacji, gdy wcześniej kontrolę operacyjną zarządził już przez sąd. Z uzasadnienia orzeczenia, w którym wyrażono ten pogląd, nie wynika przy tym, aby przy orzekaniu w przedmiocie owej zgody następczej miał nie obowiązywać wskazany wyżej 5-dniowy termin, ale nie wskazuje się również od jakiej daty miałby się on liczyć. Gdyby miałby on być liczony od uzyskania dowodu poza dotychczasowym zakresem podmiotowym lub przedmiotowym kontroli, to w gruncie rzeczy należałoby wymagać legalizacji w ramach tej samej kontroli każdego kolejnego takiego dowodu. Natomiast, gdyby gwarancyjny termin 5 dni na udzielenie zgody, z uwagi na odpowiednie tylko stosowanie art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, nie obowiązywał, to oznaczałoby to, że można kontrolę operacyjną prowadzić w zakresie podmiotowo i przedmiotowo szerszym niż w postanowieniu sądu i to aż do jej zakończenia, mimo braku wyrażenia w ciągu 5 dni następczej zgody sądu. Tak rozumiane stanowisko Sądu Najwyższego nie realizowałoby jednak gwarancyjnej funkcji wskazanego terminu, a z kolei dochowanie go w wielu sytuacjach – zwłaszcza, gdy uzyskany materiał stanowiłby tylko poszlakę, co wymagałoby prowadzenia jeszcze dalszych czynności – byłoby wręcz niewykonalne.

Po trzecie, jak podniesiono w uzasadnieniu wystąpienia z niniejszym zagadnieniem prawnym, przepisy ust. 2 i 3 art. 19 ustawy o Policji, uprawniające sąd do zarządzania kontroli operacyjnej lub wyrażania zgody następczej, nakazują orzekanie w tej kwestii z uwzględnieniem stanu rzeczy *ex ante*, a więc przez sprawdzenie, czy istnieją - lub w wypadku ust. 3, istniały – przesłanki zarządzenia lub przystąpienia do kontroli operacyjnej. Przepisy te nie uprawniają natomiast sądu do orzekania na podstawie wartościowania rezultatów kontroli. Tymczasem stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z 2007 r. zakłada zgodę następczą w odnie-

sieniu do dowodów popełnienia określonych przestępstw przez określone osoby, uzyskanych w czasie kontroli operacyjnej, co oznaczałoby konieczność wyrażania ocen wartościujących znaczenie pozyskanych materiałów, a to należy do kompetencji organów ścigania. Taka zatem rola sądu różniłaby się zasadniczo od wyznaczonej mu przez ustawodawcę przy wydawaniu zgody uprzedniej lub następczej.

Kolejne wątpliwości, zdaniem Sądu występującego z zagadnieniem prawnym, wynikają z tego, że – jak podnosi on – w postanowieniu z 2007 r. przyjęto za kryterium legalności rezultatów kontroli operacyjnej, aby nie przekraczały one granic podmiotowych i przedmiotowych określonych w postanowieniu sądu o zarządzeniu tej kontroli. Tymczasem, taki pogląd, zdaniem sądu kasacyjnego, nie wynika z wykładni językowej ani z innych metod interpretacji, zauważyć zaś należy, że wnioski o zarządzenie kontroli operacyjnej wpływają tu w stadium przedprocesowym, gdy nie ma jeszcze materiałów stanowiących wystarczający substrat do określenia ram przedmiotowych i podmiotowych ewentualnego przyszłego postępowania karnego. Zresztą, jak podniesiono w uzasadnieniu wystąpienia z tym zagadnieniem prawnym, art. 19 ust. 7 ustawy o Policji i analogicznie art. 17 ust. 7 ustawy o CBA, nie wymagają, aby wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej precyzował to, co wedle omawianego tu poglądu Sądu Najwyższego określa granice, po których przekroczeniu należy legalizować uzyskany rezultat, jako że zakładają one jedynie konieczność wskazania we wniosku o taką kontrolę danych osoby, lub innych danych pozwalających na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, którego ma ona dotyczyć oraz tylko „w miarę możliwości” kwalifikacji prawnej czynu, co jest nieodzowne z uwagi na ukierunkowanie czynu na znamiona jednego z przestępstw katalogowych. Powyższe jednocześnie wskazuje, że w chwili złożenia wniosku nie zawsze jest możliwe równoczesne doprecyzowanie podmiotu i przedmiotu kontroli, dlatego zdaniem Sądu przedstawiającego

niniejsze zagadnienie prawne, wystarczające jest określenie tylko jednego z tych elementów. Z konstrukcji procedury ubiegania się o zarządzenie kontroli operacyjnej wynika bowiem, że nie należy do niej warunków ograniczenia zasięgu podmiotowego do osoby o ustalonej tożsamości, a przedmiotowego do ściśle określonego typu przestępstwa, skoro wystarcza tu opis czynu z podaniem, jedynie w miarę możliwości, jego kwalifikacji prawnej wskazującej, iż należy on do przestępstw wymienionych w ust. 1 art. 19 ustawy o Policji lub ust. 1 art. 17 ustawy o CBA.

W konsekwencji, zdaniem tegoż Sądu, nie ma podstaw do twierdzenia, że prognoza wykrycia konkretnego przestępstwa i jego sprawcy, istniejąca przed zarządzeniem kontroli, ogranicza legalny jej zasięg. Istotne jest jedynie by kontrola operacyjna przebiegała w sposób zgodny z treścią postanowienia sądu, tzn. w sposób określony w tym postanowieniu, a już niekoniecznie, gdy chodzi o przestępstwo lub osobę, której to postanowienie dotyczyło. Dlatego też, w ocenie Sądu występującego z tym zagadnieniem prawnym, nie ma przesłanek, które racjonalizowałyby potrzebę następczego legalizowania wyników kontroli, jeżeli przebiegała ona zgodnie z zarządzeniem i doprowadziła do uzyskania dowodów popełnienia przestępstw katalogowych. Ustawowa rola sądu spełnia się bowiem jedynie w wydaniu orzeczenia dopuszczającego kontrolę po sprawdzeniu, czy wniosek o nią spełnia przesłanki ustawowe i dalej idącej kompetencji sądu ustawodawca nie przewidział. Nie ma zatem podstaw, by cechą legalności rezultatów kontroli, o których mowa w art. 19 ust. 15 ustawy o Policji i odpowiednio art. 17 ust. 15 ustawy o CBA, a w konsekwencji możliwość wprowadzenia ich do postępowania sądowego w trybie art. 393 k.p.k. postrzegać w takim tylko zakresie, w jakim był on antycypowany w postanowieniu o zarządzeniu tej kontroli. O wykorzystaniu dowodów z kontroli operacyjnej w postępowaniu przygotowawczym decyduje bowiem jedynie prokurator, który w postępowaniu przed sądem może wnosić o ich przeprowadzenie w trybie art. 393 §

1 k.p.k., a dowody te nie będą mogły być dopuszczone tylko wtedy, gdyby były uzyskane w sposób niezgodny z postanowieniem sądu o tej kontroli. Warunkiem ich legalności bowiem „jest to tylko, czy uzyskane zostały w sposób zgodny z treścią postanowienia sądu”.

Sąd kasacyjny występując z omawianym zagadnieniem prawnym podniósł wreszcie, że wykorzystanie procesowe dowodów, uzyskanych z przeprowadzonej zgodnie z postanowieniem sądu o kontroli operacyjnej, nie narusza norm Konstytucji RP, o ile tylko dowody te dotyczą przestępstw katalogowych, co odnosi się także do tych z nich, których nie wskazano we wniosku o taką kontrolę lub które zostały popełnione przez inną osobę niż w nim wymieniona, jeżeli tylko uzyskane one zostały w sposób zgodny z treścią postanowienia sądu. Wskazał też, że informacji zdobytych tą drogą nie można uznać za zebrane w sposób sprzeczny z ustawą w rozumieniu art. 51 ust. 4 Konstytucji, co potwierdzono w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2005 r. (K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132). Podniósł również, że w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2010 r., I KZP 2/10, OSNKW 2010, z. 5, poz. 42, rozważając następstwa procesowe utrwalania treści rozmów telefonicznych zarządzonego na podstawie art. 237 § 1 k.p.k. przyjęto, że uzyskane tą drogą dowody obciążające osoby niewymienione w postanowieniu sądu o kontroli i utrwalaniu rozmów mogą być wykorzystane w postępowaniu karnym bez orzekania o zgodzie następczej, jeżeli tylko kontrola rozmów przebiegała w sposób zgodny z tym postanowieniem.

W konkluzji swego wystąpienia Sąd Najwyższy wskazał, że w przedstawionej kwestii utrzymują się wątpliwości co do wykładni przepisów w aspekcie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r. i dlatego niezbędne wydaje się pogłębienie zaprezentowanej wówczas wykładni. Podniósł też, że w razie przyjęcia, z uwagi na zaprezentowane argumenty, iż do dowodów, o których mowa w art. 17 ust. 15 ustawy o CBA,

należą wszelkie dowody wskazujące na popełnienie przez każdą z osób, każdego przestępstwa wymienionego w art. 17 ust. 1 tej ustawy, jeżeli tylko kontrolę tę prowadzono zgodnie z postanowieniem sądu, zgoda następcza, z odpowiednim zastosowaniem ust. 3 art. 17 tej ustawy, byłaby zbędna.

W związku z przedstawionym zagadnieniem prawnym Prokuratura Generalna wystąpiła z wnioskiem o podjęcie przez Sąd Najwyższy następującej uchwały: „W przypadku, kiedy podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzanej postanowieniem Sądu Okręgowego w W. na podstawie art. 17 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. Nr 104, poz. 708 ze zm.) uzyskane zostały materiały pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, ale dotyczące osób innych niż wymienione w postanowieniu Sądu Okręgowego lub przestępstw innych, niż określone w tym postanowieniu – możliwe jest ich dowodowe wykorzystanie w postępowaniu karnym w oparciu o art. 17 ust. 15 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym jedynie w zakresie, w jakim dotyczą one przestępstw wymienionych w art. 17 ust. 1 tej ustawy, niezależnie od tego, czy dotyczą one osób wymienionych w postanowieniu Sądu Okręgowego”.

W uzasadnieniu tego wniosku podniesiono, iż w sprawie tej zostały spełnione warunki z art. 59 ustawy o Sądzie Najwyższym, gdyż wyłoniły się poważne wątpliwości co do wykładni prawa. Dotyczą one interpretacji art. 17 ust. 15 ustawy o CBA, który to przepis nie był dotychczas w praktyce sądowej przedmiotem rozbieżności w wykładni, ale jego treść normatywna jest identyczna z art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, a ten ostatni przepis wzbudza w piśmiennictwie i orzecznictwie kontrowersje, jakie wykazano w uzasadnieniu pytania prawnego. We wniosku Prokuratury Generalnej wskazano, że zarówno doktryna, jak i orzecznictwo, przyjmują regułę wykładni językowej jako priorytetową, ta zaś nie daje podstaw do różnicowania dowodów uzyskanych w trakcie kontroli operacyjnej. Skoro bowiem w

ust. 15 art. 17 ustawy o CBA i ust. 15 art. 19 ustawy o Policji nie użyto żadnego określenia uściślającego, np. „wszczęcie postępowania karnego dotyczącego przestępstwa, o którym mowa w ust. 1”, to *lege non distinguente*, nie ma podstaw do różnicowania, o jakie przestępstwa chodzi. Przyznano jednak, że w tym wypadku narzędzia wykładni językowej nie mogą być uznane za wystarczające i wskazane przepisy powinny być jednak interpretowane w ramach całości regulacji zawartej w art. 17 ustawy o CBA i art. 19 ustawy o Policji, aprobując w tym zakresie pogląd wyrażony w postanowieniu Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r., że przez uzyskane dowody należy rozumieć tu jedynie dowody popełnienia przestępstw określonych w ust. 1 art. 19 ustawy o Policji, a na gruncie ustawy o CBA w ust. 1 art. 17 tej ustawy.

Wskazano jednak, że nie można się zgodzić ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, zawartym w tym postanowieniu, o konieczności uzyskiwania zgody następczej sądu w odniesieniu do innych czynów katalogowych lub takich czynów innych osób, niż wskazane w postanowieniu sądu o zarządzeniu kontroli operacyjnej. Stanowisko to bowiem opiera się na wymogu odpowiedniego stosowania przepisu ust. 3 wskazanych norm ustaw o Policji i CBA, a powszechnie przyjmuje się, że odpowiednie stosowanie określonego przepisu jest możliwe jedynie wówczas, gdy sama norma prawna w odpowiedni sposób to nakazuje. W istocie zatem stanowisko zawarte w przywołanym postanowieniu Sądu Najwyższego z 2007 r. oznacza, zdaniem Prokuratury Generalnej, uznanie istnienia luki prawnej o charakterze aksjologicznym i wypełnienie jej w drodze wykładni, mimo że w teorii prawa zgodnie przyjmuje się, że luk o takim charakterze nie można wypełniać w ten sposób, gdyż należy to wyłącznie do ustawodawcy. We wniosku Prokuratury Generalnej podniesiono też, iż o tym, że luka w przepisach w omawianym zakresie ma charakter aksjologiczny świadczy też uchwalona ostatnio ustawa nowelizująca Kodeks postępowania karnego i niektóre in-

ne ustawy, którą wprowadzono zmiany m.in. w ustawach o Policji i o CBA, dotyczące możliwości wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów popełnienia przestępstw, w stosunku do których można zarządzić kontrolę operacyjną, ale innych niż objętych zarządzeniem tej kontroli, albo popełnionych przez inną osobę niż ta, której kontrola dotyczyła. W uzasadnieniu projektu tej ustawy podniesiono wprawdzie, że przecina ona „dotychczasowe wątpliwości interpretacyjne”, ale w ocenie Prokuratury Generalnej nowela ta kompleksowo reguluje problematykę, która nie była dotąd określona, a więc wypełnia istniejącą dotąd lukę.

We wniosku tym podniesiono również, że z przepisu art. 17 ust. 7 ustawy o CBA wynika jedynie obowiązek wskazania przez Szefa CBA przy występowaniu do sądu o zarządzenie kontroli operacyjnej opisu przestępstwa z podaniem jego kwalifikacji oraz danych osoby lub innych danych pozwalających na określenie podmiotu lub przedmiotu, którego kontrola ta ma dotyczyć. Czym innym jest przy tym, zdaniem Prokuratury Generalnej, zakres stosowania kontroli oraz zakres możliwości wykorzystania uzyskanych tą drogą materiałów. Stąd zasadnie, w ocenie tego wniosku, w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2010 r., I KZP 2/10, wydanym odnośnie do analogicznego problemu na gruncie przepisów Kodeksu postępowania karnego przyjęto, że nie ma przeszkód procesowych do wykorzystania materiałów z podsłuchu, jeżeli tylko był on prowadzony zgodnie z postanowieniem sądu, a ujawnione w nim informacje dowodzą popełnienia przestępstwa, odnośnie którego podsłuch może być zarządzone, bez względu na to, czy dotyczy to przestępnego zachowania osoby objętej podsłuchem lub przestępstwa, odnośnie którego go zarządzone. We wniosku Prokuratury Generalnej podkreślono także, że na przeszkodzie w wykorzystaniu takich materiałów nie stoją żadne zakazy dowodowe, gdyż jak przyjmuje się w doktrynie, zakaz taki można wyprowadzić tylko z obowiązujących norm prawnych, a w odniesieniu do omawianej tu kwestii wynikają

one jedynie z zakresu przedmiotowego przestępstw, wobec których może być zastosowana kontrola operacyjna oraz z tego, czy była ona prowadzona w oparciu o prawidłowo wydane postanowienie sądu. Wskazano wreszcie, że rozstrzygnięcie niniejszego zagadnienia prawnego w sposób postulowany we wniosku Prokuratury Generalnej nie narusza art. 49 Konstytucji RP, ustanawiającego prawo do swobodnego komunikowania się, gdyż prawo to nie ma charakteru absolutnego i może doznawać ograniczeń przewidzianych w ustawie i w sposób w niej określony. Ograniczenie takie wynika właśnie z art. 17 ustawy o CBA i podyktowane jest nadrzędnym interesem publicznym. Odmienne stanowisko w tej kwestii prowadziłyby – zdaniem Prokuratury Generalnej – do przyjęcia, że prawo do swobodnego komunikowania się *in abstracto* ma skutkować *in concreto* bezkarnością i to w przypadku popełnienia poważnych przestępstw określonych ściśle w ustawie, co nie może spotkać się z aprobatą.

Na posiedzeniu Sądu Najwyższego w przedmiocie rozstrzygnięcia w kwestii tego zagadnienia prawnego, prokurator Prokuratury Generalnej podtrzymał stanowisko zawarte we wniosku pisemnym.

Rozpoznając przedstawione zagadnienie prawne Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności należy rozważyć, czy w niniejszej sprawie zachodzą warunki do podjęcia uchwały w przedmiocie przedstawionego zagadnienia.

Stosownie do art. 59 ustawy o Sądzie Najwyższym z dnia 23 listopada 2002 r., Sąd ten, rozpoznając kasację lub inny środek odwoławczy, może przedstawić zagadnienie prawne składowi 7 sędziów tego Sądu tylko wówczas, jeżeli poweźmie „poważne wątpliwości co do wykładni prawa”. Ponieważ, w odróżnieniu od abstrakcyjnego zagadnienia prawnego, o jakim mowa w art. 60 tej ustawy, zagadnienie prawne ma na gruncie jej art. 59 charakter konkretny, musi ono nadto dotyczyć kwestii, której rozstrzy-

gnięcie ma znaczenie dla orzeczenia w przedmiocie kasacji, przy rozpoznawaniu której się ono wyłoniło. Tylko przy spełnieniu obu tych wymogów możliwe staje się podjęcie przez powiększony skład Sądu Najwyższego uchwały w kwestii przedstawionego problemu prawnego.

W sprawie niniejszej oskarżony Ryszard G. został wprawdzie uniewinniony w instancji odwoławczej od zarzutu popełnienia czynu z art. 230 § 1 k.k. z przyczyn niezwiązanych z kwestią dotyczącą zasad prowadzenia w tym zakresie kontroli operacyjnej, co kasacja też skarży, ale skarga ta dotyczy także dwóch oskarżonych uniewinnionych od zarzutu popełnienia czynu z art. 229 § 3 k.k. z uwagi na wadliwą – zdaniem jej autora – wykładnię przepisów ustawy o CBA, dokonaną przez oba sądy w ślad za poglądem przyjętym przez Sąd Najwyższy w przywoływanym postanowieniu z 2007 r. Zatem rzeczywiście rozstrzygnięcie przedstawionego zagadnienia prawnego ma wpływ na sposób orzekania w przedmiocie zarzutów stawianych w tym zakresie wyrokowi sądu odwoławczego.

Pozostaje więc do zbadania, czy rzeczywiście zachodzą w podniesionej kwestii, a więc na gruncie art. 17 ust. 15 ustawy o CBA, wymagane przez art. 59 ustawy o Sądzie Najwyższym, „poważne wątpliwości co do wykładni prawa”. Jak słusznie zauważono we wniosku Prokuratury Generalnej, przepis ten nie był wprawdzie dotąd przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, ale jest on odpowiednikiem art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, odnośnie którego wypowiedziano się właśnie w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07. Przyjęto wówczas, po pierwsze, że przez uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstw, pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania, należy rozumieć jedynie dowody dotyczące przestępstw, co do których kontrola ta jest dopuszczalna, a nie innych przestępstw, oraz po wtóre, że uzyskane w toku takiej kontroli dowody popełnienia owych przestępstw, ale przez osobę inną niż

objęta postanowieniem sądu o kontroli operacyjnej albo przestępstw innych niż wskazane w tym postanowieniu, mogą być wykorzystane w postępowaniu przed sądem, z odpowiednim zastosowaniem art. 393 § 1 zdanie pierwsze k.p.k., ale tylko pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie wyrażona zgoda następcza sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej, z odpowiednim stosowaniem przepisu o zgodzie następczej sądu w wypadku niesądowego zastosowania podsłuchu z uwagi na sytuację niecierpiącą zwłoki.

Orzeczenie wyrażające to stanowisko spotkało się wprawdzie z kilkoma krytycznymi glosami (zob. glosy A. Lacha i B. Sitkiewicza, PiPr 2007, nr 10; A. Herzoga, Diariusz Prawniczy 2007, nr 3 (4); K. Grzegorzycy, WPP 2008, nr 4 i M. Węglowskiego, PiPr 2009, nr 2 oraz R. Stefańskiego [w:] Przegląd uchwał Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2007 r., WPP 2008, nr 2), z których to wypowiedzi niektóre przywołano w uzasadnieniu niniejszego zagadnienia prawnego. Przeważa jednak w tej materii zdecydowanie aprobatą dla poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy (zob. np. glosy: S. Hoca, *Ius Novum* 2007, nr 2-3, R. Sigerskiego [w:] System Informacji Prawnej LEX, LEX/el 2007, nr 62319, D. Szumiło-Kulczyckiej, Pal. 2008, nr 9-10, J. Skorupki, PiP 2008, nr 2, czy L. Stryjewskiego, Prokurator 2009, nr 3-4, oraz inne opracowania, jak np. K. Szczechowicz: *Podsłuch telefoniczny w polskim procesie karnym*, Olsztyn 2009, s. 68-70 i 102-105; A. Gaberze: *Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka*, Warszawa 2010, s. 389-392; D. Drajewicz: *Zgoda następcza sądu na stosowanie kontroli operacyjnej*, PiPr 2009, nr 1; Ł. Twarowski: *Legalizacja i procesowe wykorzystanie podsłuchów zgromadzonych w ramach czynności operacyjno – rozpoznawczych Policji*, Pal. 2010, nr 9-10; K. Boratyńska: *Wokół problematyki związanej z wykorzystaniem dowodowym materiałów operacyjnych* [w:] L. Paprzycki, Z. Rau [red.]: *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terrory-*

zmu, Warszawa 2009, 152-153; J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. Paprzycki, S. Steinborn: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2010, t. I, s. 785; W. Kozielowicz: Postępowanie w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej [w:] L. Paprzycki, Z. Rau [red.]: Praktyczne elementy..., s. 515-516), z tym że doprecyzowuje się w tych wypowiedziach szczegółowe kwestie wynikające ze stanowiska Sądu Najwyższego. Wskazuje się przy tym w piśmiennictwie, że praktyka sądowa w zakresie potrzeby legalizacji poszerzania kontroli operacyjnej w jej toku „zaczęła kształtować się na kanwie postanowienia Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r.” (zob. Ł. Twarowski, Legalizacja ..., s. 76) i podkreśla, że spotkało się ono z „niemal jednoznaczną” aprobatą w doktrynie (zob. K. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny: Kodeks postępowania karnego, Komentarz, Warszawa 2009, s. 545).

Także orzecznictwo sądów powszechnych zaaprobowало stanowisko Sądu Najwyższego, przedstawione w przywołanym postanowieniu z 2007 r., o czym świadczą choćby m.in. postanowienia: SA w Warszawie z dnia 18 maja 2007 r., II AKz 288/07, OSN PiPr 2008, nr 3, poz. 15, LEX nr 282389 (z aprob. glosami B. Kurzępy, OSP 2009, z. 9 oraz S. Hoca PiPr 2009, nr 4), SA w Krakowie z dnia 6 listopada 2007 r., II AKz 528/07, KZS 2008, z. 1, poz.75, SA w Warszawie z dnia 12 maja 2008 r., II APKzPF 2/08 i 19/08, KZS 2009, z. 9, poz.106 i 105, czy z dnia 6 sierpnia 2009 r., II PKZ 4/09, Apel. W-wa 2010, z. 1, poz.1, LEX nr 580240, jak i wyroki np.: SA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2008 r., II AKa 405/07, KZS 2009, z. 9, poz. 76, SA w Lublinie z dnia 18 maja 2009 r., II AKa 122/08, LEX nr 513128 (z glosą aprob. D. Drajewicza, Pal. 2010, nr 5-6), czy SA w Białymstoku z dnia 18 marca 2010 r., II AKa 18/10, OSA Białystok 2010, z. 10, poz. 132, LEX nr 577418. W uzasadnieniu tego ostatniego orzeczenia wskazano wręcz, że „pomimo istniejących w początkowym okresie sporów, ostatecznie nie budzi już większej polemiki ani w doktrynie, ani w orzec-

nictwie”, wykładnia przedstawiona przez Sąd Najwyższy odnośnie art.19 ustawy o Policji, a nadto, że „w orzecznictwie sądowym całkowicie zaaprobowano stanowisko Sądu Najwyższego”. Również w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2008 r., V KK 195/08, OSNKW 2009, z. 2, poz. 17, zaprezentowano stanowisko zbieżne z poglądem wyrażonym w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r., z tym że na gruncie tzw. procesowej kontroli i utrwalania rozmów (rozdział 26 k.p.k.). Przyjęto w nim bowiem, że także na gruncie tej kontroli, w razie potrzeby, w toku jej prowadzenia, poszerzenia jej na inne czyny lub osoby niż wskazane w postanowieniu sądu, prokurator może – stosownie do § 2 art. 237 k.p.k. – w wypadku niecierpiącym zwłoki, zarządzić ją występując do sądu o zatwierdzenie jego postanowienia, a kontrola rozmów jest wówczas legalna, tyle że warunkowo, a więc tylko wtedy, jeżeli będzie następnie zatwierdzona przez sąd, z tym jednak, że przedmiotowe poszerzenie w tym trybie kontroli nie jest konieczne, jeżeli w jej toku pojawiają się dowody innego przestępstwa, odnośnie którego jest ona możliwa, ale ściśle łączącego się z tym, z racji którego ją uprzednio zarządził. I to orzeczenie oraz przyjęte w nim stanowisko spotkało się z aprobatą w doktrynie (zob. np. F. Prusak, Sądowa kontrola postanowień prokuratorskich w orzecznictwie Sądu Najwyższego, PiPr 2010, nr 6, s.17-24; J. Grajewski, L. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks..., s. 783-784; W. Grzeszczyk: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2011, s. 261; K. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny: Kodeks ..., s. 542-543).

Prawdą jest natomiast, że w postanowieniu z dnia 25 maja 2010 r., I KZP 2/10, OSNKW 2010, z. 5, poz. 42, Sąd Najwyższy, na tle procesowej kontroli rozmów, odmawiając podjęcia uchwały odnośnie do kwestii, czy przy stosowaniu art. 237 § 2 k.p.k. do tzw. zgody następczej w odniesieniu do materiałów z podsłuchu wykraczającego poza podmiotowe lub przedmiotowe granice tej kontroli, wymaga się bezwzględnego przestrzegania

wskazanych w nim terminów oraz jak one biegną i jakie są skutki ich naruszenia stwierdził, że jeżeli kontrola rozmów została zarządzona przez sąd, a uzyskane w jej toku materiały dotyczą przestępstw z zamkniętego katalogu wskazanego w art. 237 § 3 k.p.k., „to kwestia wykorzystania w postępowaniu karnym treści utrwalonych w trakcie podsłuchu zapisów zależy wyłącznie od oceny sądu, czy mają one znaczenie dla tego postępowania”. W uzasadnieniu tego orzeczenia stwierdzono wprawdzie, że skoro kontrola dotyczy utrwalania „treści rozmów telefonicznych”, to „nieuprawnione byłoby założenie, że przyjęte rozwiązanie ustawowe dopuszcza kontrolę wypowiedzi jednego tylko uczestnika rozmowy, tzn. wypowiedzi tylko tej osoby, która wymieniona została przez sąd w postanowieniu”. Wskazano jednak, że *in concreto* chodziło o sytuację, gdy wobec dwóch osób sąd wydał odrębnie, w postępowaniu przygotowawczym, kilka postanowień o kontroli i utrwalaniu rozmów każdej z nich z różnych aparatów telefonicznych, po czym, po kilku latach od jej zakończenia, po wniesieniu aktu oskarżenia opartego także na materiałach z tej kontroli, zażądał od prokuratora złożenia wniosku o udzielenie zgody następczej sądu w zakresie rozmów każdej z osób objętych uprzednimi postanowieniami, co do rozmów zarejestrowanych podczas kontroli na aparacie drugiej z nich i zgody takiej udzielił. Sąd Najwyższy podniósł w związku z tym słusznie nielogiczność postępowania sądu w kwestii zgody następczej, skoro chodziło o procesowe wykorzystanie „rozmów prowadzonych między sobą przez obie wymienione w poszczególnych postanowieniach osoby, objęte (...) podsłuchem procesowym”, a przy tym jak podkreślono, analiza sprawy nie wskazywała, aby chodziło o materiał dowodowy dotyczący „innych osób niż rozmówcy objęci (...) legalnie podsłuchem (...), czy o dowody dotyczące innych przestępstw niż te, których wykryciu miał służyć zastosowany w sprawie podsłuch”. Wskazaną zatem wyżej tezę, zawartą w tym orzeczeniu, mimo jej uogólnienia, należy odnosić do konkretnej sytuacji w jakiej je wydano i przypad-

ków jej podobnych. Chodzi więc o sytuację, gdy wobec określonych osób zarządzono prawidłowo, postanowieniami sądu, kontrolę ich rozmów z określonych aparatów telefonicznych i co do określonych czynów, przy których jest to dopuszczalne, a uzyskane w jej toku dowody dotyczą tychże osób i czynów, tyle że zawarte są odnośnie każdej z nich, zarówno w materiałach dotyczących kontroli jej rozmów, jak i odnośnie rozmów jej rozmówcy. W takim wypadku nie można twierdzić, że kontrola rozmów zarządzona w danej sprawie wykroczyła w jej toku poza określone przez sąd jej ramy podmiotowe. Tym samym nie istnieje też kwestia zgody następczej, a o wypadku niecierpiącym zwłoki, przewidzianym w art. 237 § 2 k.p.k., skoro nie chodziło o prokuratorskie zarządzenie o poszerzeniu podsłuchu, mowy być nie może. Orzeczenie to spotkało się z aprobowaną glosą M. Zbrojewskiej (System Informacji Prawnej, LEX/el 2010, nr 120870).

Powyższa analiza może wskazywać, że trudno dopatrzeć się „poważnych wątpliwości co do wykładni prawa”, wymaganych przez art. 59 ustawy o Sądzie Najwyższym dla wystąpienia z zagadnieniem prawnym, skoro doktryna - jak się wskazuje - „niemal jednoznacznie” zaaprobowała pogląd zawarty w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., a praktyka sądowa – o czym świadczy także sprawa, w której wystąpiono z tym zagadnieniem – również uznaje go za trafny. Kwestionuje jednak to zapatrywanie – jak dowodzi zarówno niniejsza sprawa, jak i niektóre wcześniej wskazane orzeczenia Sądów Apelacyjnych – praktyka prokuratorska, wyrażająca się w zaskarżaniu orzeczeń sądów powszechnych uwzględniających wykładnię zaprezentowaną w powyższym postanowieniu Sądu Najwyższego (w efekcie których dochodzi do dyskwalifikacji dowodów z nieposzerzonego legalnie podsłuchu i uniewinniania oskarżonych) i podnoszeniu wówczas argumentów, które mają przemawiać przeciwko prawidłowości tego stanowiska. Świadczy to jednak także o tym, że i praktyka organów nieprokuratorskich, stosujących kontrolę operacyjną, nie bie-

rze pod uwagę poglądu wyrażonego w 2007 r. przez Sąd Najwyższy. Uzasadniając przedstawione zagadnienie Sąd kasacyjny usystematyzował argumenty mające podważyć jego zasadność, uwzględniając niektóre ze wskazanych wcześniej, a przywołanych przez ten Sąd, krytycznych glos do postanowienia z dnia 26 kwietnia 2007 r. i zaprezentował swoje uwagi krytyczne. Przedstawione w tym uzasadnieniu niektóre kwestie rzeczywiście nie do końca zostały w pełni wyjaśnione w postanowieniu z 2007 r., co daje asumpt do wysuwania różnych zastrzeżeń i rodzi potrzebę ich rozważenia. To zaś wskazuje, że należy jednak przyjąć, iż warunek charakteru wątpliwości co do wykładni prawa, o jakim mowa w art. 59 ustawy o Sądzie Najwyższym, został tu także dopełniony.

Przechodząc do rozważań merytorycznych należy przypomnieć, że art. 17 ust.15 ustawy o CBA z 2006 r. stwierdza, iż: „W wypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Szef CBA przekazuje Prokuratorowi Generalnemu materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej, w przypadku potrzeby z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego. W postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do tych materiałów, stosuje się odpowiednio przepis art. 393 § 1 zdanie pierwsze ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego.” Rozwiązanie to jest zbieżne z konstrukcją przyjętą wcześniej w ustawie o Policji z 1990 r., w jej art. 19 ust. 15, który to przepis był przedmiotem analizy w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r.

Jak już wspomniano, przyjęto wówczas w tym postanowieniu, po pierwsze, że: „Uzyskane dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania to dowody popełnienia przestępstw określonych w art.19 ust. 1 tej ustawy” – którego to odpowiednikiem w ustawie o CBA jest jej art. 17 ust. 1 - a więc jedynie

dowody dotyczące tzw. przestępstw katalogowych, czyli tych, odnośnie których dopuszczalne jest zarządzenie kontroli operacyjnej, a więc kontrolowania treści korespondencji oraz zawartości przesyłek, a także i uzyskiwanie w sposób niejawny oraz utrwalanie treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnej. W przedstawionym zagadnieniu prawnym – mimo iż w uzasadnieniu przywołuje się także wypowiedzi piśmiennictwa, w których punktem wyjścia jest krytyka odnosząca się do tego właśnie poglądu (M. Węglowski, glosa..., s. 159 – 161) – nie kwestionuje się powyższego stanowiska, a treść sformułowanego pytania wyraźnie wskazuje, że chodzi tylko o materiały dowodowe dotyczące przestępstw, o jakich mowa w ust. 1 art. 17 ustawy o CBA, tyle że odnośnie czynów lub osób nie wskazanych wyraźnie w postanowieniu sądu o zarządzeniu kontroli operacyjnej. Trzeba zresztą przyznać, że przedstawiony wyżej pogląd Sądu Najwyższego sporadycznie tylko był oceniany krytycznie (poza w/w glosą jeszcze przez A. Herzoga, glosa..., s. 111 – 115).

Kwestia ta pozostaje zatem poza sferą dalszych rozważań. Sąd Najwyższy orzekający w tej sprawie podziela jednak argumenty, podniesione w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r. oraz w wypowiedziach piśmiennictwa aprobującego to stanowisko, z których wynika, że także na gruncie ustawy o CBA, jej przepisu ust. 15 art. 17, zakładającego przekazywanie prokuratorowi (tu Generalnemu) dowodów „pozwalających na wszczęcie postępowania lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego”, nie można interpretować w oderwaniu od brzmienia ust. 1 art. 17 tej ustawy, w którym określono krąg przestępstw, odnośnie których, przy czynnościach operacyjno – rozpoznawczych, „w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania, a także uzyskiwania i utrwalania dowodów”, możliwa jest tzw. kontrola operacyjna. Zatem dowody, o jakich mowa w art. 17 ust. 15 ustawy o CBA, to też jedynie dowody dotyczące prze-

stępstw, co do których sama kontrola jest prawnie dopuszczalna, a nie dowody dotyczące innych przestępstw, nie mówiąc już o dowodach dotyczących innych niż przestępne zachowań. W doktrynie i piśmiennictwie trafnie bowiem podnosi się, że prymat wykładni językowej oznacza jedynie, iż tę metodę i jej dyrektywy stosuje się w pierwszej kolejności, a postawa wykrywca nakazuje przeprowadzić ją także przez pozostałe typy wykładni i to niezależnie od tego, czy uzyskano już jednoznaczność zwrotów, czy nie, gdyż bez należytych rozważań nad sensem umiejscowienia przepisu oraz wnikliwej refleksji nad celem jego wprowadzenia nie można stwierdzić, czy nie zachodzą ważne racje np. prawne za innym jego rozumieniem (zob. np. M. Zieliński: Podstawowe zasady współczesnej wykładni prawa [w:] P. Winczorek [red.]: Teoria i praktyka wykładni prawa, Warszawa 2005, s. 118 – 125; P. Hofmański, S. Zabłocki: Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych, Warszawa 2006, s. 234; T. Grzegorzczak: Kilka uwag o potrzebie sięgania do wykładni systemowej i funkcjonalnej w procesie wykładni przepisów prawa w sprawach karnych [w:] W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego, Szczecin 2010, s. 399 – 411).

Nie można tu zapominać – co istotne także dla dalszych rozważań – że art. 17 ustawy o CBA dotyczy dopuszczalnego przez ustawę wkraczania w sferę konstytucyjnie gwarantowanej wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się, która może być wprowadzicie ograniczona, ale jedynie przez ustawę i tylko w sposób w niej określony (art. 49 Konstytucji RP). Wykładnia każdego z przepisów składających się na ustawowe rozwiązanie normujące takie ograniczenie musi więc tym bardziej uwzględniać wartości konstytucyjne, w które rozwiązanie to wkracza, w tym wymóg proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw, płynący z art. 31 ust. 1 ustawy zasadniczej. Wykładnia ta nie może zatem, poprzez ograniczenie się do metody językowej, prowadzić do szerszego ich rozumienia, niżby to

wynikało z kontekstu funkcjonalnego i celu całokształtu rozwiązania prawnego przyjętego w art.17 tej ustawy, które – jako ograniczenie wolności konstytucyjnej – powinno być rozumiane możliwie ściśle, a wszelkie jego niejasności wręcz restrykcyjnie.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem zajęтым w uzasadnieniu wystąpienia z niniejszym zagadnieniem prawnym oraz we wniosku Prokuratury Generalnej, że także drugi z poglądów wyrażonych w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., choć dotyczył rozumienia przepisów ustawy o Policji, to jednak, z uwagi na tożsame rozwiązanie w ustawie o CBA, ma zastosowanie także do tej ostatniej ustawy. Chodzi mianowicie o stanowisko, według którego uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody dotyczące przestępstw, co do których kontrola taka może być zarządzone, ale popełnionych przez inną osobę niż objęta postanowieniem sądu o jej zarządzeniu lub wprowadzone przez osobę, której dotyczy ta kontrola, ale innych niż wskazane w owym postanowieniu, mogą być wykorzystane w postępowaniu sądowym, w trybie określonym w art. 393 § 1 zdanie pierwsze k.p.k., lecz tylko pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie uzyskana zgoda następcza sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej, z odpowiednim stosowaniem tu przepisu ustawy o zgodzie następczej przy zarządzeniu kontroli przez odpowiedni organ niesądowy z uwagi na wypadek niecierpiący zwłoki. W tym wypadku chodziłoby o sięganie w takich sytuacjach do art.17 ust.3 ustawy o CBA.

Odnosnie do tego wymogu, w uzasadnieniu swego wystąpienia, Sąd Najwyższy w składzie 3 sędziów podniósł kilka, przedstawionych wcześniej, wątpliwości. Ich analizę zacząć należy od tych, które podważają w ogóle potrzebę jakiegokolwiek dodatkowej zgody sądu w sytuacji, gdy uprzednio zgoda na przeprowadzenie kontroli operacyjnej została już przez sąd wydana, ponieważ w takim wypadku chodzi o kontrolę prowadzoną legalnie. Argumentuje się w związku z tym, że przyjęcie, przez Sąd Najwyż-

szy w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r., za kryterium legalności rezultatów kontroli operacyjnej wymogu, aby kontrola ta mieściła się w granicach podmiotowych i przedmiotowych zakreślonych w postanowieniu o jej zarządzeniu i uznanie, że każde wyjście poza nie wymaga zgody sądu, nie ma w ogóle oparcia w przepisach ustawy i nie da się też wywieść w drodze żadnej ich wykładni. Przepisy te nie zawierają bowiem aż tak surowych warunków dla wniosku o kontrolę operacyjną, a wynika to z faktu, że chodzi tu o stadium przedprocesowe, kiedy to nie ma jeszcze materiałów stanowiących wystarczający substrat dla określenia ram przyszłego postępowania karnego, stąd niektóre elementy wniosku wskazuje się tylko „w miarę możliwości”. Dlatego, zdaniem Sądu Najwyższego występującego z niniejszym zagadnieniem prawnym, istotne jest jedynie, aby kontrola operacyjna była prowadzona, a dowody w jej toku uzyskane, „w sposób zgodny z treścią” postanowienia sądu, bez względu jednak na to, czy dowody te dotyczą czynów i osób w nim wskazanych, czy wykraczają poza te granice, o ile tylko odnoszą się do tzw. przestępstw katalogowych, gdyż sama kontrola operacyjna, jako zarządzona przez sąd, jest w takiej sytuacji zgodna z prawem. Podniesiono tutaj także, że przecież Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r., K 32/04, potwierdził, iż materiały zebrane w toku zarządzonej przez sąd kontroli operacyjnej, należą zawsze do zasobu legalnego, a kontrola taka nie narusza art. 51 Konstytucji RP, gdyż uzyskano je w sposób zgodny z ustawą, mogą zatem być także wykorzystywane procesowo. Podważając racje wymogu zgody następczej w omawianej sytuacji wskazano również, że sąd w postępowaniu karnym może przecież zawsze nie dopuścić dowodu, gdy uzyskano go „w sposób niezgodny” z postanowieniem o kontroli operacyjnej.

Z argumentacją powyższą nie można się zgodzić. Wprawdzie kontrola operacyjna, jako służąca rozpoznawaniu, zapobieganiu i wykrywaniu przestępstw oraz uzyskiwaniu i utrwalaniu dowodów tych czynów, jest pro-

wadzona z założenia w stadium przedprocesowym, kiedy to – jak określa to Sąd Najwyższy w składzie 3 sędziów – „nie ma jeszcze materiałów stanowiących wystarczający substrat” do określenia przedmiotowego i podmiotowego zakresu przyszłego procesu karnego, jednak to nie o przyszłe postępowanie karne tu chodzi, lecz o granice legalnego wkroczenia w konstytucyjnie chronione wolności obywatela. Nie jest przy tym prawdą, że przepisy normujące dopuszczalną kontrolę operacyjną nie określają wyraźnie elementów przedmiotowych i podmiotowych wniosku o tę kontrolę. Z ustawy o CBA wynika *expressis verbis*, że we wniosku do sądu o zarządzenie tej kontroli należy podać m.in. „opis przestępstwa z podaniem jego kwalifikacji prawnej” oraz „dane osoby lub inne dane pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania” (art. 17 ust. 7 pkt 2 i 4 tej ustawy); to ostatnie wiąże się z faktem, że kontrola operacyjna może dotyczyć nie tylko osoby fizycznej oraz że może ona objąć nie tylko rozmowy, ale także korespondencję, przesyłki i informacje przekazywane poprzez sieć telekomunikacyjną. Jest rzeczą oczywistą, że tym samym elementy te powinny znaleźć się w postanowieniu sądu o zarządzeniu tej kontroli, a więc przy zgodzie na nią, zarówno wyrażaną uprzednio, jak i następnie. Są one bowiem szczególnie ważne dla określenia zakresu, w jakim ma nastąpić dopuszczone przez prawo, legalne wkroczenie w sferę wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się.

Przez przewidzianą w art. 49 zd. 2 Konstytucji RP, możliwość ograniczenia tej wolności, ale jedynie „w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony”, należy bowiem rozumieć, że ustawa ma określić zarówno sytuacje, w których może dojść do ograniczenia omawianej wolności, jak i sposób, a więc procedurę wymaganą dla wkroczenia w sferę danej wolności. Na gruncie kontroli operacyjnej w ustawie o CBA pierwszy z tych wymogów, to nie tylko przepisy wskazujące na enumeratywnie okre-

ślone przestępstwa, przy których jest ona możliwa, ale także określające przesłanki, które muszą być spełnione, żeby można było uznać przy nich za zasadne wkroczenie w konstytucyjnie gwarantowaną wolność i tajemnicę komunikowania się (art. 17 ust. 1, ust. 3 *in princ.*, ust. 7 pkt 3 i ust. 13 ustawy o CBA). Natomiast warunek drugi jest zrealizowany przez przepisy wskazujące na potrzebę uzyskania zgody sądu, a więc organu niezależnego i niezawisłego, na takie wkroczenie, w tym co najmniej następczej, i określające procedury jej pozyskiwania. Zgoda sądu, to przy tym nie kwestia czysto formalna, lecz prawna gwarancja, że kontrola operacyjna będzie dopuszczona wyłącznie w odniesieniu do przestępstw, przy których jest to dopuszczalne i jedynie, gdy zostanie wykazana jej niezbędność.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że nie budzi wątpliwości, iż każde postanowienie sądu o zarządzeniu kontroli operacyjnej powinno określać podmiot, którego kontrola ta dotyczy oraz przestępstwo lub przestępstwa, w związku z których rozpoznawaniem, zapobieganiem lub wykrywaniem, jest ona wprowadzana, a także sposób jej stosowania. Tym samym wyraźnie zakreśla się nie tylko sposób kontroli, ale przede wszystkim jej podmiotowe i przedmiotowe granice. Jak przyjęto w przywoływanym już wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2008 r., V K 195/08, jeżeli na danym etapie, w tym ze względów technicznych, nie można określić imiennie osoby, której postanowienie ma dotyczyć, należy wskazać ją jako dysponenta określonego urządzenia służącego do komunikowania się. Ponieważ kontrola operacyjna jest przy tym dopuszczalna jedynie, gdy w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych w związku z określonymi, tzw. katalogowymi przestępstwami, „inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne” (art. 17 ust. 1 *in fine* oraz ust. 7 pkt 3 ustawy o CBA), to jest oczywiste, że nie może ona być następnie przez organ, który

uzyskał zgodę sądu, dowolnie rozszerzana poza zakres wynikający z postanowienia tego sądu.

Zgoda sądu oznacza bowiem zezwolenie na kontrolę operacyjną określonej osoby w związku z określonym przestępstwem, odnośnie którego dopuszczalne było jej zarządzenie i to tylko dlatego, że inne środki operacyjne okazały się w tym zakresie nieskuteczne lub nieprzydatne. Nie jest to zatem w żadnej mierze zgoda na totalną – choć ograniczoną tylko do tzw. przestępstw katalogowych – kontrolę operacyjną tej osoby, jak i innych osób, jak to sugeruje zarówno uzasadnienie wystąpienia z tym zagadnieniem prawnym, jak część motywacyjna wniosku Prokuratury Generalnej. Podnosi się tam bowiem, że czym innym jest zakres stosowania kontroli operacyjnej oraz zakres możliwości wykorzystania uzyskanych tą drogą materiałów wskazując, że przecież do takiego uzyskania doszło w ramach legalnej, bo zarządzonej przez sąd kontroli. Skoro jednak od strony przedmiotowej kontrola jest możliwa jedynie, gdy zostanie wykazane, że inne środki operacyjno-rozpoznawcze okazały się już bezskuteczne albo z wysokim prawdopodobieństwem będą nieskuteczne lub nieprzydatne, to wymóg ten jest warunkiem dopuszczalności kontroli i podlega ocenie sądu. Zatem, jeżeli kontrola operacyjna wykracza poza czyn lub czyny wskazane w postanowieniu sądu, to istnienie tej przesłanki prawnej jej dopuszczalności nie było dotąd badane przez sąd, co rodzi pytanie, czy rzeczywiście w tym zakresie jest to kontrola legalna.

Nie może też być argumentem na rzecz owej totalnej kontroli odwoływanie się do – szerzej przedstawionego wcześniej – poglądu zawartego w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2010 r., I KZP 2/10, w którym wskazano na zbędność zgody następczej sądu, gdyż w sprawie, której ono dotyczyło, nie miało w ogóle miejsca poszerzenie w toku kontroli jej podmiotowego czy przedmiotowego zakresu. Była ona bowiem zarządzana przez sąd w określonym, takim samym, przedmiotowo zakresie, jed-

nocześnie wobec dwóch różnych osób, a chodziło o dowody zabezpieczone odrębnie odnośnie każdego z aparatów telefonicznych, osób objętych przez sąd kontrolą rozmów. Pojawia się jednak w tym miejscu pewien argument, wynikający z przytoczonego już wcześniej fragmentu uzasadnienia tego postanowienia, a dotyczący kwestii granic podmiotowych podsłuchu, czy kontroli operacyjnej rozmów i innych przekazów informacji. Chodzi o to, że skoro kontrola dotyczy rozmów określonej osoby, to zakłada się tym samym istnienie rozmówcy, zatem potrzeba ewentualnego poszerzenia tej kontroli na ową osobę staje się zbędna, gdyż uzyskane w jej toku dowody pozyskano legalnie. Rzecz jednak w tym, że kontrolę operacyjną, jako dopuszczalne ograniczenie konstytucyjnej wolności komunikowania się, stosuje się wobec określonej osoby i to w związku z informacjami odnośnie określonego przestępstwa, z jakim to ona właśnie może, lub ma być, powiązana. Chodzi przy tym o uzyskanie i utrwalenie, i to przeciwko niej, dowodów takiego przestępstwa. Zatem, skoro z konstytucyjnego prawa do swobody komunikowania się korzystają wszyscy, a dopuszczalne ustawowe jego ograniczenie przez kontrolę operacyjną jest skierowane wobec określonej osoby i to z uwagi na potrzebę uzyskania dowodów określonego jej przestępstwa, aby ograniczenie takie mogło legalnie być wprowadzone także wobec innej osoby, ujawnionej w trakcie dotychczasowej kontroli, i już odnośnie jej - choćby tożsamego – przestępstwa, kontrola operacyjna powinna być odrębnie zastosowana także wobec takiej osoby. W razie jej poszerzenia obejmie ona również rozmowy tej osoby inne, niż tylko z dotychczasowym - objętym już uprzednio tą kontrolą – rozmówcą, co może poszerzyć zakres ujawnionych i utwralonych wobec niej dowodów.

W uzasadnieniu wystąpienia z niniejszym zagadnieniem prawnym wskazuje się wprawdzie na możliwość późniejszego niedopuszczenia przez sąd dowodu utwralonego w toku kontroli operacyjnej, gdy uzyskano go „w sposób niezgodny z postanowieniem sądu”. Ogranicza się jednak

tym samym kontrolę sądu i możliwości jego reakcji prawnej tylko do sytuacji, gdy w toku kontroli operacyjnej dokonano zmiany „sposobu” jej prowadzenia, w stosunku do tego jaki wskazał sąd, a nie do sfery określonych także przez sąd jej granic podmiotowych i przedmiotowych. We wniosku Prokuratury Generalnej podnosi się przy tym, że przecież art. 49 Konstytucji zezwala na ograniczenie prawa do swobodnego komunikowania się, a ograniczenia te, podyktowane nadrzędnym interesem publicznym, przewidziano w art. 17 ustawy o CBA, przeto nie można uznać, iżby prawo to *in abstracto* miało skutkować bezkarnością w przypadku popełnienia poważnych przestępstw określonych ściśle w ustawie. Jak już wskazano wcześniej, rzeczywiście gwarantowana konstytucyjnie wolność komunikowania się może być ustawowo ograniczona, z tym wszak, że z uwagi na to, iż jest to ograniczenie wolności obywatela, regulacja ustawowa musi być precyzyjna, powinna uwzględniać zasadę proporcjonalności takich ograniczeń, płynącą z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a nadto być interpretowana z uwzględnieniem aspektu konstytucyjnego i stosowana zgodnie z tak rozumianymi jej przepisami.

Skoro zatem ustawa o CBA odnośnie do kontroli operacyjnej wymaga, już we wniosku do sądu o jej zastosowanie, wskazania zarówno osoby, której ma ona dotyczyć, jak i czynu lub czynów, odnośnie których kontrola ta ma być zastosowana (z wykazaniem przy tym, że jest ona niezbędna, gdyż inne środki operacyjne okazują się tu nieskuteczne lub nieprzydatne), to jedynie w takim właśnie podmiotowym i przedmiotowym zakresie, określonym w postanowieniu sądu o zarządzeniu tej kontroli, a więc uwzględniającym ten wniosek z uwagi na zaistnienie przesłanek do jej zastosowania, kontrola operacyjna staje się dopuszczalnym, legalnym wkroczeniem w sferę omawianej wolności. W innym przypadku – choćby dotyczyło to także przestępstw, co do których możliwe jest również zarządzenie kontroli operacyjnej albo takich przestępstw innych osób niż wskazane w postanowie-

niu o tej kontroli – jeżeli kontrola operacyjna nie została kolejną decyzją sądu, w tym w postaci tzw. zgody następczej, poszerzona, ustawowe ograniczenie wolności komunikowania się nie funkcjonuje, a prymat ma konstytucyjna gwarancja takiej wolności, stanowiącej element szerzej rozumianego prawa do prywatności. Dowody pozyskane zatem poza zakresem zastosowanego ograniczenia omawianej wolności, uzyskano wprawdzie w ramach zarządzonej przez sąd kontroli, ale poza jej granicami, a więc niezgodnie z wymogami ustawy. Nie można tym samym uznać, że są to dowody uzyskane legalnie.

Powyższa analiza wskazuje, że zaprezentowane przez Sąd Najwyższy występujący z tym zagadnieniem prawnym argumenty, podważające w ogóle potrzebę uzyskiwania dodatkowej zgody sądu w razie ujawnienia się w trakcie kontroli operacyjnej dowodów odnośnie do czynów, które mogą nią być objęte, ale innych niż wskazano to w postanowieniu sądu o zarządzeniu tej kontroli, albo takich czynów innej osoby, niż ta, której kontrola owa dotyczy, aby można było następnie uznać te dowody za uzyskane w sposób legalny przeciwko określonej osobie, nie okazały się przekonujące.

Należy w tym miejscu przejść do innych wątpliwości przedstawionych w uzasadnieniu wystąpienia z tym zagadnieniem. Podniesiono tu mianowicie, i to już na wstępie całej argumentacji, że przyjmując w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r. wymóg uzyskiwania, w razie ujawnienia się w toku kontroli operacyjnej innych czynów osoby nią objętej lub czynów innej w ogóle osoby, zgody następczej sądu, nie wskazano normatywnej podstawy orzeczenia, w którym sąd miałby udzielić zgody następczej. Wskazano, że żaden przepis ustawy nie przewiduje ubiegania się o taką zgodę po wydaniu przez sąd postanowienia o zarządzeniu kontroli operacyjnej, a brak jest przepisu, który odsyłałby do stosowania wówczas ust. 3 art. 17 ustawy o CBA – jak tego wymagają Zasady Techniki Prawodawczej – który to przepis dotyczy przy tym zupełnie innej sytuacji, a mia-

nowicie takiej, gdy z uwagi na wypadek niecierpiący zwłoki to Szef CBA, za zgodą Prokuratora Generalnego, zarządza taką kontrolę, występując jednocześnie do Sądu Okręgowego w Warszawie o wydanie postanowienia w tej sprawie. Podniesiono też w związku z powyższym, że wskazanie mimo to w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r. na odpowiednie stosowanie przepisu dotyczącego zgody następczej sądu w wypadku niecierpiącym zwłoki, oznaczało w istocie dostrzeżenie luki prawnej w tej materii i próbę jej wypełnienia stosowną wykładnią, co jednak jest niedopuszczalne. W uzasadnieniu wniosku Prokuratury Generalnej w kwestii tego zagadnienia prawnego – jak już wskazano – podniesiono zaś, że o tym, iż luka w przepisach w omawianym zakresie ma faktycznie charakter aksjologiczny świadczy uchwalona ostatnio ustawa o zmianie Kodeksu postępowania karnego i niektórych innych ustaw, wprowadzająca właśnie zgodę następczą w odniesieniu do kwestii możliwości wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów z kontroli operacyjnej odnośnie dowodów popełnienia innych, niż objęte postanowieniem sądu o tej kontroli, przestępstw katalogowych, przez osobę objętą ową kontrolą oraz popełnionych przez inną zupełnie osobę.

Rzeczywiście Zasady Techniki Prawodawczej (Załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r., Dz. U. Nr 100, poz. 908) określają, kiedy i w jaki sposób, dla osiągnięcia skrótości tekstu lub zapewnienia spójności regulowanych instytucji prawnych, można posłużyć się w akcie prawnym odesłaniami (§ 156 Zasad), a w art. 17 ustawy o CBA brak w analizowanej kwestii takiego odesłania. Niewątpliwe jest też, że w razie zaistnienia luki prawnej o charakterze aksjologicznym, nie można jej wypełniać w drodze wykładni, gdyż jej usunięcie stanowi wyłącznie domenę ustawodawcy (zob. np. J. Nowacki: Studia z teorii prawa, Kraków 2003, s. 288 – 291, czy Z. Ziemiński: Teoria prawa, Warszawa – Poznań 1972, s. 90 – 91). Prawdą jest również, że w dniu 4 lutego 2011 r.

uchwalono ustawę o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 53, poz. 237), wchodzącą w życie z dniem 11 czerwca 2011 r. a nowelizującą ten kodeks odnośnie tzw. procesowej kontroli i utrwalania rozmów oraz ustawy dotyczące służb mogących stosować kontrolę operacyjną w zakresie tej kontroli. Ustawa ta wprowadza nowe rozwiązanie, zakładając możliwość wystąpienia przez prokuratora (lub Prokuratora Generalnego) – w toku kontroli albo po niej, ale nie później niż przed upływem 2 miesięcy od jej zakończenia – do sądu, który zarządził kontrolę, o wyrażenie zgody „na wykorzystanie w postępowaniu karnym” uzyskanych w jej wyniku dowodów dotyczących innych przestępstw, których może ona dotyczyć, ale nie objętych postanowieniem sądu o tej kontroli lub popełnionych przez inną osobę, niż objęta ową kontrolą (nowe m.in.: art. 237a k.p.k.; ust. 15a-15e art. 19 ustawy o Policji; ust. 15a-15e art. 17 ustawy o CBA). Prawdą jest wreszcie, że w analizowanym postanowieniu Sądu Najwyższego użyto określenia „odpowiednio stosowany” z odesłaniem do ust. 3 art. 19 ustawy o Policji, którego odpowiednikiem jest ust. 3 art.17 ustawy o CBA.

Rozpoczynając od tej ostatniej kwestii należy zauważyć, że bliższa analiza postanowienia z dnia 26 kwietnia 2007 r. wskazuje, iż chodziło tu o skrót myślowy, gdyż w uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano wyraźnie, „że skoro ustawodawca przewidział szczególną procedurę umożliwiającą uzyskanie następczej zgody sądu, w przypadkach niecierpiących zwłoki, to może ona mieć odpowiednie zastosowanie także wówczas, gdy informacje gromadzone w ramach zalegalizowanej już przez sąd kontroli operacyjnej mogą stanowić dowód innego przestępstwa wymienionego w ust.1, którego nie obejmuje pierwotna zgoda sądu” lub takiego przestępstwa osoby nie objętej tą zgodą (OSNKW 2007, z. 5, s. 27). Chodziło zatem nie o odesłanie w rozumieniu prawnym do stosowania określonego przepisu, lecz o wskazanie na potrzebę uwzględnienia zaistnienia także w toku prowadzo-

nej już kontroli wypadku niecierpiącego zwłoki, z uwagi na ujawnienie się w toku legalnej kontroli innego jeszcze przestępstwa osoby, której kontrola ta dotyczy lub innej zupełnie osoby i konieczność szybkiego działania dla poszerzenia kontroli operacyjnej i zalegalizowania dowodów uzyskiwanych poza zakresem dotychczasowego postanowienia sądu o tej kontroli.

Wskazywano na to wyraźnie w opracowaniach aprobujących omawiany pogląd Sądu Najwyższego, podkreślając potrzebę dochowania wówczas warunków wskazanych w ust. 3 art. 19 ustawy o Policji, co dotyczy odpowiednio też wymogów określonych w ust. 3 art. 17 ustawy o CBA (zob. np. A. Gaberle, *Dowody...*, s. 390 – 391; Ł. Twarowski, *Legalizacja...*, s. 76; D. Drajewicz, *Zgoda następcza...*, s. 93 – 94, L. Stryjewski, *glosa...*, s. 121 – 123). Jeszcze wyraźniej wskazano na takie rozumienie poglądu wyrażonego w omawianym postanowieniu Sądu Najwyższego z 2007 r. we wspomnianym już wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2008 r., V KK 195/08, w którym na gruncie procesowej kontroli rozmów przyjęto, że w zależności od sytuacji, gdy w toku prowadzonej już, zarządzanej przez sąd, kontroli rozmów, pojawi się potrzeba objęcia nią innej jeszcze osoby lub innych przestępstw osoby kontrolowanej, można wystąpić do sądu o jej poszerzenie podmiotowe lub przedmiotowe na ogólnych zasadach, albo w wypadku niecierpiącym zwłoki, zarządzić taką kontrolę przez organ niesądowy w trybie art. 237 § 2 k.p.k., z wystąpieniem do sądu o zgodę następczą. I tylko materiał dowodowy tak zalegalizowany może stanowić dowód w postępowaniu karnym. Wypadek niecierpiący zwłoki, o jakim mowa w ust. 3 art. 19 ustawy o Policji, ust. 3 art. 17 ustawy o CBA, czy § 2 art. 237 k.p.k., to nie tylko sytuacja, która może się wydarzyć jedynie przed zarządzeniem przez sąd kontroli operacyjnej, czy procesowej kontroli rozmów, jak to zdaje się rozumieć skład występujący z tym zagadnieniem prawnym, ale również przypadki tego rodzaju zaistniałe już w toku zarządzanej kontroli, gdy spełnione są warunki określone w przepisach normujących wypadek nier-

ciepiący zwłoki, na co wskazuje się też w piśmiennictwie m.in. przy analizie wskazanego wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2008 r. (zob. K. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, Kodeks..., s. 543, W. Grzeszczyk, Kodeks..., s. 261).

Powyższe dowodzi, że stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r., prawidłowo odczytane, nie oznaczało bynajmniej dostrzeżenia jakoby aksjologicznej luki w prawnym ujęciu kontroli operacyjnej ustawy o Policji, i było niedopuszczalną próbą wypełnienia jej w drodze wykładni. Nie wynika z niego, że zawsze w razie ujawnienia w toku prowadzonej kontroli operacyjnej dowodów popełnienia przez osobę nią objętą innych tzw. czynów katalogowych lub popełnienia ich przez inną osobę, której kontrola nie dotyczy, jedynym i wyłącznym sposobem legalizowania wyników takiej kontroli jest sięgnięcie po rozwiązanie dotyczące wypadku niecierpiącego zwłoki. Wskazywało ono tylko na możliwy sposób postąpienia w takiej sytuacji, aby efekty kontroli mogły być uznane za uzyskane legalnie. Obok niego istniała nadal i istnieje druga możliwość, czyli wystąpienie do sądu o poszerzenie podmiotowe lub przedmiotowe kontroli operacyjnej lub procesowej na zasadach ogólnych.

Nie można przy tym zgodzić się z argumentem przytoczonym we wniosku Prokuratury Generalnej, jakoby o istnieniu jednak aksjologicznej luki prawnej w omawianym zakresie i próbie niewłaściwego prawnie jej wypełnienia w drodze wykładni, świadczyła wskazana nowela z dnia 4 lutego 2011 r. Pomijając nawet to, że w uzasadnieniu jej projektu wyraźnie wskazano, iż reguluje się „procedurę uzyskiwania zgody następczej w sposób kompleksowy, przecinając tym samym dotychczasowe wątpliwości interpretacyjne” (s. 5 uzasadnienia), należy zauważyć, że nowelizacja ta wprowadza wymóg takiej zgody, ale – jak wcześniej wskazano - „na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów uzyskanych w wyniku kontroli”, a dotyczących popełnienia przez osobę nią objętą innych tzw. czynów kata-

logowych niż wskazane w postanowieniu o tej kontroli lub popełnienia ich przez osobę inną, niż objęta ową kontrolą, utrzymując przy tym zgodę następczą sądu w wypadkach niesądowego jej zarządzenia z uwagi na sytuację niecierpiącą zwłoki, której to regulacji nie zmieniono. Z poglądu wyrażonego w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r. wynika natomiast potrzeba uzyskania zgody następczej, ale „na przeprowadzenie kontroli operacyjnej”, w razie ujawnienia się w toku legalnie prowadzonej takiej kontroli sytuacji wymagających poszerzenia jej zakresu podmiotowego lub przedmiotowego, co pozwala zalegalizować wyniki tej kontroli także od strony pozyskanych dowodów, przy spełnieniu jednak wymogów wypadku niecierpiącego zwłoki.

W konsekwencji, nowela z dnia 4 lutego 2011 r. nie stanowi wyeliminowania luki, którą chciano jakoby wypełnić w drodze wykładni, a jedynie wprowadza dodatkowe rozwiązanie i to tylko odnośnie dopuszczenia dowodów przez sąd w zakresie, w jakim pozyskano je poza granicami podmiotowymi i przedmiotowymi kontroli operacyjnej lub procesowej kontroli rozmów. Mając na względzie przytoczone wcześniej argumenty natury konstytucyjnej i brak szczegółowego określenia w nowych przepisach przesłanek warunkujących wydanie postanowienia o dopuszczeniu dowodu uzyskanego poza zakresem kontroli, należy zauważyć, że rozwiązanie przyjęte w ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. zakłada jednak potrzebę nadzoru sądu nad kontrolą operacyjną i procesową kontrolą rozmów, tyle że wprowadza jeszcze jedną – poza wypadkiem niecierpiącym zwłoki, w tym zaistniałym w toku prowadzonej już legalnie kontroli operacyjnej – zgodę następczą sądu i to sądu, który kontrolę tę zarządzał. O zgodę taką należy przy tym wystąpić albo jeszcze w toku tej kontroli, albo wkrótce po niej, gdyż przyjmuje się, że można to uczynić jedynie w ciągu miesiąca od uzyskania stosownych materiałów podczas niej zgromadzonych, lecz nie później niż w terminie 2 miesięcy od jej zakończenia (art. 17 ust. 15c ustawy o

CBA po nowelizacji). Późniejsze wystąpienie nie może doprowadzić do uzyskania owej zgody. Nadal jednak po wejściu w życie tej ustawy, pozostanie aktualne zarówno występowanie o poszerzenie zakresu kontroli operacyjnej na zasadach ogólnych, jak i o zgodę następczą sądu w wypadkach niecierpiących zwłoki. W takich sytuacjach występowanie o zgodę na wykorzystanie dowodów, uzyskanych podczas kontroli poza jej przedmiotowym lub podmiotowym zakresem, będzie zbędne. Powyższe wskazuje, że także jednak na gruncie udzielania tej nowej zgody następczej, sąd powinien badać zaistnienie przesłanek prowadzenia kontroli operacyjnej (tu wskazanych w art. 17 ust. 1 *in fine* ustawy o CBA) – w tym wypadku dla poszerzonej, bez uzyskania wcześniej uprzedniej lub następczej decyzji sądu w tej materii – gdyż to one mają istotne znaczenie dla zalegalizowania dowodu pozyskanego w wyniku takiej kontroli operacyjnej, czy procesowej kontroli rozmów. Trzeba natomiast stwierdzić, że nowe rozwiązanie wprowadzone przez tę ustawę wyraźnie ułatwia działania organom uprawnionym do prowadzenia kontroli operacyjnej oraz prokuraturze. Stwarza ono bowiem możliwość – i to w wydłużonym w stosunku do obecnego stanu prawnego czasie – wystąpienia, bez poszerzania kontroli procesowej lub operacyjnej, o następczą zgodę sądu na wprowadzenie do procesu dowodów uzyskanych poza podmiotowym lub przedmiotowym zakresem tej kontroli. Sam fakt potrzeby następczej zgody sądu w omawianej sytuacji, i to już podczas kontroli lub w krótkim terminie po jej zakończeniu, na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów uzyskanych w toku faktycznie poszerzonej kontroli – a nie decyzji sądu dopiero w toku przyszłego postępowania sądowego o ewentualnej dyskwalifikacji dowodu, jak to sugeruje się w uzasadnieniu wystąpienia z tym zagadnieniem prawnym – wskazuje na zasadność poglądu wyrażonego w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r. Chodzi bowiem cały czas o sądowy nadzór nad stosowaniem kontroli operacyjnej, jako instytucji wkraczającej

w sferę konstytucyjnie gwarantowanej wolności komunikowania się, a nie o ograniczenie roli sądu do decydowania tylko o jej zastosowaniu i ewentualnie – dopiero w sądowym stadium procesu – o niedopuszczeniu dowodu, gdyby uzyskano go w sposób niezgodny z postanowieniem o zarządzeniu tej kontroli.

W tym miejscu należy jeszcze odnieść się do dwóch argumentów wskazanych przez Sąd Najwyższy w składzie 3 sędziów. Podniósł on także, że wskazywanie w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r. – w odniesieniu do sytuacji, gdy w toku prowadzonej kontroli operacyjnej ujawniły się dowody popełnienia innych niż wymienione w postanowieniu o tej kontroli, przestępstw katalogowych osoby nią objętej lub takich przestępstw ale osoby, której kontrola dotąd nie dotyczyła – na potrzebę uzyskania zgody następczej sądu, przewidzianej dla wypadków niecierpiących zwłoki, nie przystaje do tego rozwiązania. Zakłada ono bowiem określone, krótkie terminy na takie wystąpienie i udzielenie zgody, a Sąd Najwyższy nie wskazał, czy one obowiązują także w sytuacji, odnośnie której wyraził omawiany pogląd i jak mają biec. Nadto zaś podniesiono, że przy decydowaniu tu o zgodzie następczej, jako dotyczącej sytuacji, gdy uzyskano już określone dowody popełnienia przestępstw, pojawiłaby się konieczność wyrażania przez sąd ocen wartościujących znaczenie tych dowodów dla postępowania i to przygotowawczego, a taka rola sądu różniłaby się zasadniczo od wyznaczonej mu przez ustawodawcę przy wydawaniu zgody uprzedniej na kontrolę operacyjną.

Odnosząc się do pierwszego z tych argumentów należy stwierdzić, że fakt, iż Sąd Najwyższy szczegółowo nie wypowiedział się w kwestii obowiązywania i biegu terminów wynikających z przepisu o wypadku niecierpiącym zwłoki, nie może być argumentem podważającym trafność zajętogo stanowiska, skoro przecież wyraźnie wskazano na możliwość sięgania po ten przepis, a więc z wszelkimi tego konsekwencjami. Tak też potraktowa-

no ten pogląd w piśmiennictwie (zob. np. J. Skorupka, *op. cit.*, s. 144; D. Drajewicz, *Zgoda następcza...*, s. 93 – 95, Ł. Twarowski, *Legalizacja...*, s. 76; K. Boratyńska, *Wokół problematyki...*, s. 152 – 153; W. Kozielowicz, *Postępowanie...*, s. 516 – 517). Zatem, dostrzegając ujawnienie się w ramach kontroli operacyjnej dowodów na popełnienie przez osobę objętą tą kontrolą, innych przestępstw katalogowych niż wskazane w postanowieniu o jej zarządzeniu albo przez osobę, której kontrola ta nie dotyczy, należy - jeżeli zachodzą warunki określone w art. 17 ust. 3 ustawy o CBA, a przy tym także w ust. 1 *in fine* tego przepisu (klauzula *ultima ratio*) – zarządzić kontrolę w powyższym zakresie decyzją Szefa CBA, po uprzednim uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego i jednocześnie wystąpić do Sądu Okręgowego o wydanie postanowienia w tej sprawie, a ten winien je wydać w terminie 5 dni, ze skutkiem określonym w art. 17 ust. 3 zdanie drugie tej ustawy. Działanie z naruszeniem tych terminów, zarówno przez organ niesądowy, jak i przez sąd, uznać należy za sprzeczne z prawem, zatem i dowody uzyskane z takim naruszeniem nie powinny być dopuszczone w postępowaniu karnym. W piśmiennictwie wskazywano w związku z tym, że organ, na którego wniosek sąd zarządził kontrolę operacyjną, powinien na bieżąco analizować materiały trwającej kontroli i reagować w razie pojawienia się w jej wyniku dowodów popełnienia przez objętego kontrolą innych przestępstw katalogowych lub popełnienia ich przez inną osobę, której kontrola ta nie dotyczy przez podjęcie stosownych kroków przewidzianych dla wypadku niecierpiącego zwłoki (zob. W. Kozielowicz, *Postępowanie...*, s. 517). Jeżeli uwzględni się, że chodzi tu przecież o wkraczanie w sferę konstytucyjnie gwarantowanych wolności, to takie właśnie działanie organu w demokratycznym państwie prawnym uznać należy za jedynie prawidłowe. Powyższe wskazuje, że wspomniane nowe rozwiązanie przyjęte w ustawie z dnia 4 lutego 2011 r., rzeczywiście może spowodować

zdecydowane zmniejszenie się liczby przypadków sięgania w toku kontroli operacyjnej po art. 17 ust. 3 ustawy o CBA.

Natomiast, gdy chodzi o drugi z przytoczonych wyżej argumentów Sądu kasacyjnego, to wskazano właśnie, że przy udzielaniu zgody następczej, nie chodzi bynajmniej o dokonywanie przez sąd oceny dowodów ujawnionych w dotychczas prowadzonej kontroli operacyjnej i ich znaczenia dla postępowania, lecz nadal jedynie o ocenę z punktu widzenia dopuszczalności zastosowania kontroli operacyjnej, a więc zaistnienia warunków wynikających z art. 17 ust. 1 *in fine* oraz ust. 3 *in princ.* ustawy o CBA. Rola sądu w tym wypadku nie ulega zatem zmianie w porównaniu z tą, jaką spełnia on przy tzw. uprzedniej zgodzie na tę kontrolę. To samo, powinno dotyczyć, po wejściu w życie ustawy z dnia 4 lutego 2011 r., zgody następczej na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów uzyskanych poza granicami kontroli operacyjnej.

Powyższe rozważania wskazują, że *de lege lata*, dowodami, uzyskanymi w wyniku kontroli operacyjnej, zarządzanej postanowieniem Sądu na podstawie art. 17 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2009 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. Nr 104, poz. 708, ze zm.), które pozwalają na wszczęcie postępowania karnego lub mają znaczenie dla toczącego się postępowania (art. 17 ust. 15 tej ustawy), są jedynie dowody dotyczące przestępstw określonych w jej art. 17 ust. 1, które zostały wskazane w postanowieniu o zastosowaniu tej kontroli lub w postanowieniu o udzieleniu tzw. zgody następczej na przeprowadzenie kontroli operacyjnej w wypadku wskazanym w art. 17 ust. 3 ustawy o CBA, popełnionych przez osobę, której dotyczyła zgoda pierwotna i przez osobę, co do której wydano zgodę następczą.

Po wejściu w życie, wskazanej uprzednio ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, a więc od dnia 11 czerwca 2011 r., będą to natomiast wszel-

kie dowody dotyczące przestępstw określonych w art. 17 ust. 1 ustawy o CBA, w tym także tych, które nie zostały wskazane w postanowieniu Sądu Okręgowego w W. o zastosowaniu kontroli operacyjnej lub o zgodzie następczej na jej zastosowanie w wypadku określonym w art. 17 ust. 3 tej ustawy oraz dowody, które dotyczą takich przestępstw w odniesieniu do osób niewymienionych w żadnym z powyższych postanowień. Z tym jednak, że w zakresie, w jakim odnoszą się one do przestępstw niewskazanych w powyższych postanowieniach Sądu Okręgowego w Warszawie lub do osób w nich niewymienionych, niezbędne będzie uzyskanie zgody tego Sądu na ich wykorzystanie w postępowaniu karnym w trybie określonym w art. 17 pkt 15c-15d ustawy o CBA.