

Dylemat wolność — bezpieczeństwo albo o pożytkach z instytucji czynności operacyjno-rozpoznawczych

Paweł Mazur

A freedom — security dilemma or on benefits of an institution of initial investigation

Abstract: The purpose of this article is to show a strong tension between two important values, namely freedom and security. A lawmaker has to choose a limitation of freedom to achieve security, which is very difficult. Legislator has to face with the dilemma in time of an institutional transformation. That time usually brings a radical growth of criminality. In such circumstances citizens demand from the legislator an effective fight with this serious threat. A lawmaker has to enable citizens both security and freedom by various legal institutions for example initial investigation. The initial investigation is based on a secret interfering in privacy for instance: a wire tapping by such services as police or secret service. This controversial solution has led so far to the reduction of crimes, especially organized. It can be justified by Max Weber's ethics of responsibility. A lawmaker, however, has to protect the whole political community by some controversial institutions from the moral point of view.

Keywords: crime, lawmaker, political community, ethics of responsibility, legal institution, safety, freedom, dilemma.

* Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
pawelmn@amu.edu.pl

Wprowadzenie

Jednym z elementów legitymizujących istnienie państwa, zwłaszcza takiego, które ma charakter republikański lub demokratyczny, a więc zapewniający trwałość i poszanowanie powszechnych, obywatelskich swobód i praw, jest zapewnienie obywatelom bezpieczeństwa. Do dbałości o bezpieczeństwo obywateli w demokratycznym państwie prawa zobowiązują organy władzy publicznej, normy wysłowione w przepisach Ustawy Zasadniczej. Przepis art. 5 Konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 roku deklaruje jednoznacznie, że „Rzeczpospolita strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolność i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli”¹.

Zagwarantowanie zarówno praw i wolności, jak i zadowalającego poziomu bezpieczeństwa może rodzić u prawodawcy dylematy, zwłaszcza w sytuacji poważnego zagrożenia bezpieczeństwa obywateli. Wobec takiego zagrożenia, obowiązkiem normodawcy jest ustalenie środków niezbędnych do podjęcia skutecznej walki z przestępczością. Efektywnym orężem do prowadzenia takiej działalności są czynności operacyjno-rozpoznawcze. Ceną, jaką płaci się za efektywność zwalczania groźnych form przestępczości, jest ograniczanie swobód. Rodzi to zrozumiały niepokój o bezpieczeństwo obywateli przed państwem. Ta obawa nie powinna jednak ewoluować w kierunku negacji. Wspomniana instytucja znajduje dostateczne uzasadnienie na gruncie aksjologii demokratycznego państwa prawa, chroniąc jedną z najbardziej zasadniczych wartości dla człowieka i wspólnoty politycznej. Uzasadniony niepokój i nieufność w warunkach demokratycznego państwa prawa może stanowić podstawę aktywizmu prawodawcy faktycznego oraz obywateli, ukierunkowanego na kontrolę praktyk kompetentnych służb.

¹ Powyższy przepis wysłowi normę programową, wskazującą na cele postawione przed normodawcą, pozostawiając ich realizację prawodawcy faktycznemu poprzez stanowienie norm prawnych. zob. Tomasz Gizbert-Studnicki, Andrzej Grabowski, „Normy programowe w Konstytucji“, w: Piotr Tuleja (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, C.H.Beck, Warszawa, 1995, s. 100.

I.

Zagwarantowanie ludziom możliwości realizacji elementarnych praw i wolności obywatelskich było jednym z kluczowych postulatów społecznych wpisanych w demokratyzację instytucji w Polsce po 1989 roku² – na równi z poszerzeniem sfery owych praw i wolności. Rychło jednak okazało się, że obok takich dobrodziejstw transformacja nieoczekiwanie przyniosła ze sobą wiele powszechnie dotkliwych i szkodliwych zjawisk, w tym gwałtowny wzrost przestępczości. Poczucie zagrożenia wśród obywateli rosło, zmieniała się też struktura³ i charakter przestępczości: pojawiła się przestępczość zorganizowana, znana wcześniej jedynie z filmów gangsterskich. Poczucie bezpieczeństwa wśród obywateli, ich przekonanie o prawidłowym funkcjonowaniu prawa i wymiaru sprawiedliwości, zaufanie do instytucji państwa znacznie wówczas ucierpiały⁴. Rozwój państwa prawnego nie nadał za burzliwym rozwojem demokracji liberalnej, która otworzyła „puszkę Pandory”: brutalną walkę o rozmaite dobra, toczącą się w tzw. szarej strefie pomiędzy rozmaitymi grupami o proveniencji przestępczej⁵. Jednostki uwikłane w tę walkę uosabiały rodzaj „moralności krańcowej”, o której pisała w swoim czasie Aniela Dylus, stawiając tezę, że wyrasta ona z

najniższych motywów, wśród których dominujący jest niczym nieograniczony interes własny, postępowanie świadome, ale niepostrzeżenie zmierzające do dolnej granicy zwyczajowo, moralnie i prawnie dopuszczalnego, a sporadycznie nawet – przy wykorzystaniu luk prawnych – do jej przekraczania, czego rezultatem jest osiągnięcie kosztem innych mniej lub bardziej trwałych korzyści i wywieranie na nich nacisku, aby pod groźbą określonych

² Tadeusz Buksiński, „Z historii problematyki wolności“, w: Tadeusz Buksiński (red.), *Wolność, a racjonalność*, Wydawnictwo Naukowe IF UAM, Poznań, 1993, s. 14.

³ Zob. dane przedstawione przez Tadeusza Buksińskiego w *Moderność*, Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii UAM, Poznań, 2001, ss. 71-72.

⁴ Ibidem, s. 103.

⁵ Ibidem, s. 105.

sankcji dostosowali się do każdorazowo niższego poziomu moralności, czego skutkiem społecznym jest stopniowe wypieranie wyższego etosu przez niższy, dezorganizacja społeczna oraz szkody gospodarcze.⁶

Fenomen moralności krańcowej wywoływał, bezpośrednio lub pośrednio, destrukcyjne skutki w całym społeczeństwie, które były odczuwalne nie tylko doraźnie, lecz także długofalowo, być może po dzień dzisiejszy. Obywatele oczekiwali od instytucji państwowych skuteczniejszej polityki zwalczania przestępczości i ochrony niedawno uzyskanych, wysoko cenionych swobód i praw, tymczasem bezsilność owych instytucji wobec zagrożeń, ich zaniechania bądź zaniedbania jeszcze bardziej potęgowały u nich poczucie zagrożenia i generowały wyraźną zmianę w ocenie własnych wolności i uprawnień przez obywateli. Nie tylko więc – jak wskazał Tadeusz Buksiński – „nadużywanie wolności przez jednostki i całe grupy rządzące dla celów egoistycznych oraz nieracjonalność decyzji politycznych i gospodarczych sprawia, że wolność traci na wartości”⁷, ale również wzajemne nadużywanie wolności przez jednostki i grupy wywiera podobny skutek. Suma obu tych nadużyć sprawia, że „na miejsce wolności społeczeństwo stawia bezpieczeństwo społeczne”⁸.

Warto zwrócić uwagę także na inne okoliczności, które mogą wzmacniać społeczną potrzebę i oczekiwanie zapewnienia bezpieczeństwa przez instytucje państwa: należą do nich zanik zaufania prowadzący do rozluźnienia i rozpadu więzi międzyludzkich (choćby sąsiedzkich), wzajemny lęk, zanik postawy gotowości do pomocy ludziom obcym a nawet bliskim, postrzeganie otoczenia społecznego jako permanentnego zagrożenia itp.⁹ Tego rodzaju obawy – a także

⁶ Aniela Dylus, *Moralność krańcowa jako problem dla katolickiej nauki społecznej*, Pallotinum, Wydawnictwo Stowarzyszenia Apostolstwa Katolickiego, Warszawa, 1992, ss. 42-43.

⁷ Tadeusz Buksiński, „Z historii problematyki...”, op. cit., s. 14.

⁸ Ibidem. Zob. także tego samego autora *Transformations and continuations. The case of Central-Eastern Europe*, Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii UAM, Poznań, 2011, ss. 34-36.

⁹ Andrej Gaberle, „Od bezpieczeństwa prawnego do osobistego. Uwagi o kryzysie prawa karnego”, *Państwo i Prawo*, Nr 5/2001 (ss. 17-29), s. 22.

oczekiwania – nie były znane w okresie PRL (źródłem lęku były wówczas raczej pewne silne i represyjne instytucje). Względnie niski poziom lęku i poczucia zagrożenia ze strony przestępczości indywidualnej lub grupowej w latach minionych wynikał z kontroli i reglamentacji sprawowanej przez państwo w wielu sferach życia¹⁰. Środowiska potencjalnie przestępcze lub kryminogenne były monitorowane przez państwo. Obywatele bardziej wówczas tęsknili do wolności, zwłaszcza politycznych, mieli bowiem większe poczucie bezpieczeństwa. Po 1989 roku sytuacja się odwróciła; zyskali wiele praw i wolności, tracili jednak stopniowo poczucie bezpieczeństwa. Nieoczekiwanie stało się ono z biegiem czasu wartością cenioną znacznie wyżej niż kiedykolwiek wcześniej za ich życia. Obok rzeczzonej prawidłowości zachodzi znana prawidłowość psychologiczna: jeśli zagrożone są elementarne dobra, takie jak życie, zdrowie, własność itp., potrzeba bezpieczeństwa rośnie i jawi się zainteresowanym jako wartość bardziej pożądana i priorytetowa aniżeli wolność czy też niektóre swobody obywatelskie.

Człowiek czasu przemian ustrojowych znalazł się w sytuacji w jakimś sensie krańcowej albo raczej „granicznej”, gdy idzie o jego społeczną egzystencję, jak wyraziłby to Karl Jaspers. Wspomniany autor podkreślił, że: „Jest w tym jakaś bezradność, gdy szuka się oparcia w godnych zaufania rozkazach i prawach autorytetu. Przeciwstawia jej się energia odpowiedzialności, uskrzydla ją jednostkę...”¹¹ i przywracająca jej poczucie godności, co wymaga właśnie „przestrzeni wolnej od przemocy”¹². Taka energia odpowiedzialności obudziła się wśród obywateli Bogoty, którzy zareagowali na apel burmistrza Antanasa Mockusa i wypowiedzieli walkę zorganizowanej przestępczości i uzbrojonej przemocy na przełomie

¹⁰ Ibidem, s. 22.

¹¹ Karl Jaspers, *Wprowadzenie do filozofii*, tłum. Anna Wołkowicz, Siedmioróg, Wrocław, 2000, ss. 49-50.

¹² Ibidem, s. 73. Choć na s. 74 Jaspers przyznaje jednak, że „nie można wyeliminować niesprawiedliwości, jaka niezależnie od ludzkich charakterów panuje we wszystkich instytucjach. Wciąż powstają sytuacje, którym nie można zaradzić kierując się sprawiedliwością (...). Tak więc granica, zza której znów może się przedrzeć jakaś forma przemocy, wydaje się nie do przewyciężenia” i warto, byśmy jako istoty rozumne uświadamiali sobie wątpliwość tej granicy i niedoskonałość zabezpieczeń.

lat 80-tych i 90-tych, w ciągu kilku lat doprowadzając do jej znacznej redukcji¹³.

Można zaryzykować tezę, że wspomniane procesy doprowadziły do zmiany pozycji wolności w hierarchii priorytetów społeczno-moralnych, która to wolność wskutek doznanych obrażeń (jak można to określić w języku Hegla) znalazła się na drugim planie, gdy tymczasem na plan pierwszy wysunęła się potrzeba bezpieczeństwa osobistego i publicznego w młodym społeczeństwie obywatelskim¹⁴. Bez poczucia elementarnego bezpieczeństwa iluzoryczny okazał się komfort płynący z posiadania licznych i rozległych praw czy wolności. W takiej sytuacji, człowiek z czasem zaczyna koncentrować się wokół zapewnienia potrzeby bezpieczeństwa i skupiać na tym swoje wszelkie wysiłki¹⁵. Ponadto próżno oczekiwać od obywateli zaangażowania w rozmaite formy aktywności w życiu publicznym państwa, jeśli postrzegają je jako nieudolne i bezbronne wobec zagrożeń, którym muszą stawić czoła sami.

II.

Takie sytuacje społeczne są zawsze wyzwaniem dla ustawodawcy, który zmuszony jest rozważyć nowe możliwości i skuteczne sposoby reagowania na zagrożenia płynące z przestępczości, zwłaszcza takiej, którą przynosi ze sobą – jako dotkliwy skutek uboczny – pożądana skądinąd i dająca obywatelom szereg swobód i praw przemiana ustrojowa. W młodej demokracji ustawodawca – nie bardziej doświadczony demokratycznie aniżeli obywatele – musi się zmierzyć z dylematem: więcej bezpieczeństwa, kosztem wolności – czy też więcej wolności, za cenę bezpieczeństwa. Jest to trudniejszy

¹³ Antanas Mockus, „Morality is not everything: Bogotá also listened to the voices of law and culture“, w: Ewa Nowak, Dawn Schradler, Boris Zizek (eds.), *Educating competencies for democracy*, Peter Lang Edition, Bern, 2013, ss. 305-330.

¹⁴ Abraham Maslow w znanej hierarchii potrzeb uznał bezpieczeństwo za potrzebę o znaczeniu podstawowym, stojącą ponad takimi jak potrzeba miłości, przynależności, wiedzy, czy poznania. Abraham Maslow, *Motywacja i osobowość*, tłum. Józef Radzicki, PWN, Warszawa, 1990, ss. 72 i n.

¹⁵ Janina Czapska, „Potrzeba bezpieczeństwa, a prawo“, w: Grażyna Skąpska (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Adam Marszałek, Kraków, 1992, s. 110.

wybór niż ten, którego dokonać muszą poszczególni obywatele. Niezwykle trudno utrzymać ustawodawcy równowagę między dwiema tak doniosłymi i powszechnie pożądanymi wartościami, czyli podjąć w tych warunkach optymalne działania instytucjonalne. Siłą konieczności czas na dokonanie tego rodzaju wyboru przez prawodawcę odpowiedzialnego za rozwój młodej demokracji jest relatywnie krótki. Długotrwały stan zagrożenia bezpieczeństwa może prowadzić do sytuacji, w której wszelkie działania zostają poświęcone w imię zaspokojenia tej elementarnej potrzeby. W takich okolicznościach, istnieje zagrożenie utraty racjonalnego osądu sytuacji przez obywateli i sięgania po rozwiązania nieprzeżyte, czy akceptację dla metod dyktatorskich¹⁶. Nieuchronnie pojawia się pytanie natury technicznej, z pomocą jakich instytucji i środków ustawodawca zamierza zapewnić rzeczne bezpieczeństwo, a także pytanie natury etycznej, jak dalece może on w tym celu ograniczyć inne prawa i wolności obywatelskie. Jest to dylemat, wobec którego może stanąć w każdej chwili każdy normodawca, jeśli okoliczności i potrzeby społeczne skłonią go do wyważania proporcji między różnymi wartościami i interesami społecznymi, potrzebą ochrony dobra wspólnoty, a z drugiej strony – ograniczenia wolności jednostki. Prawo stanowiące m.in. system kontroli społecznej służy zabezpieczeniu bądź osiągnięciu stanów rzeczy korzystnych dla poszczególnych jednostek, a także węższych lub szerszych grup. Z drugiej strony ma służyć umożliwiać osiągnięcie dóbr cennych dla społeczeństwa jako takiego¹⁷.

Jednym z założeń idealizacyjnych, służących jak najlepszej wykładni tekstu prawnego, jest założenie o racjonalności aksjologicznej normodawcy. Oznacza ono, że normodawca kieruje się najlepszym systemem wartości (w demokracji – legitymizowanym przez obywateli), obowiązującym dla odnośnego ustroju i jako taki jest aksjologicznie doskonały¹⁸. Niezależnie od tego, czy rzeczywiste preferencje normodawcy przystają do

¹⁶ Ibidem, s. 111.

¹⁷ Zygmunt Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Wyd. Prawnicze Warszawa, 1990, s. 97.

¹⁸ Sławomira Wronkowska, „Prawodawca racjonalny, jako wzór dla prawodawcy faktycznego“, w: Sławomira Wronkowska, Maciej Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań, 1990, s.124.

tego ideału¹⁹, normy prawne mają na celu tworzyć przestrzeń umożliwiającą realizację rozmaitych wartości, a także – realizować wartości uznane przez normodawcę za pożądane społecznie nawet, gdyby miał on do czynienia ze społeczeństwem silnie zdemoralizowanym. W tym sensie prawo jest nośnikiem aksjologii moralnej, w takim zasięgu jego oddziaływania, w jakim wyznacza lub zabezpiecza i chroni działania aprobowane moralnie, a zakazuje działań objętych moralną dezaprobatą, utrudniając je i sankcjonując²⁰. Dotyczy to przede wszystkim działań związanych z ludzkim życiem, zdrowiem, własnością, wolnością, poczuciem bezpieczeństwa (przy czym istnieją obszary przedmiotowe swoiste wyłącznie dla prawa i moralności). Nie bez znaczenia dla efektywności regulacji prawnych pozostaje ocena prawa w oczach obywateli. Dla wzmocnienia mocy działania prawa, jego stosowania i egzekucji (a także dla wzmocnienia autorytetu normodawcy, przekładającego się u niektórych społeczeństwach zmierzających dopiero ku demokracji na poczucie autorytetu prawa) pożądane jest, by system wartości preferowany przez normodawcę harmonizował z systemem wartości, powszechnie podzielanych przez adresatów norm prawnych²¹. Wbrew pozorom, jednym z ważnych motywów obowiązywania prawa i preferowania przez obywateli zachowań legalnych zamiast nielegalnych jest właśnie aksjologiczne uzasadnienie norm prawnych. W świadomości obywatela, którego prawo chce zobowiązywać – a nie tylko przymuszać – do określonych zachowań, stanowi ono wskaźnik tego, że nakazy prawne dotyczą czynów słusznych *resp.* dobrych moralnie, zakazy zaś – czynów niesłusznych *resp.* nagannych moralnie oraz ich następstw. Kategoria słuszności może korzystnie wpływać na samopoczucie obywatela, w tym – na jego poczucie bezpieczeństwa.

Jednakowoż normy mające zapewniać bezpieczeństwo bądź jego realizację jako wartości, mogą spotykać się z ambiwalentną oceną wśród obywateli. Z jednej strony zapewniają bowiem realizację wartości przez nich pożądanej,

¹⁹ Zob. Tomasz Gizbert-Studnicki, Andrzej Grabowski, „Normy...“, op. cit., s.101.

²⁰ Zygmunt Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, op. cit., s. 106.

²¹ Zygmunt Ziemiński, Maciej Zieliński, *Uzasadnienie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, PWN, Warszawa, 1988, s. 163.

a z drugiej – niosą ograniczenia dla ich swobód i praw, wprost proporcjonalne do stopnia zagrożenia i niebezpieczeństwa. Skalę tych ograniczeń obrazują środki bezpieczeństwa podejmowane przez służby państw zaangażowanych w walkę z terroryzmem po 2001 r., spór wokół ACTA czy szereg rygorów obowiązujących w szkolnictwie publicznym z uwagi na zagrożenie, jakim jest pedofilia²². Wolność i bezpieczeństwo to wartości, które nawzajem się warunkują i należą do wartości tak wysokich, że także na poziomie praw człowieka nie hierarchizuje się ich, lecz traktuje równorzędnie, pozostawiając w razie konieczności wybór ustawodawcy. Ową koniecznością jest zawsze dylemat: czy zwiększyć bezpieczeństwo kosztem wolności, czy pozostawić obywatelom więcej wolności, ryzykując ich bezpieczeństwo. Normodawca nie deklaruje jednak wyższości wolności nad bezpieczeństwem ani też odwrotnie; swoje preferencje sygnalizują zazwyczaj obywatele, cierpliwie znoszący ograniczenia i niedogodności związane z zapewnieniem bezpieczeństwa lub protestujący przeciwko nim zwłaszcza, jeśli okazują się niekuteczne mimo znacznych wysiłków służb. Bezpieczeństwo i wolność stanowią dobra pierwszorzędne, tj. takie, które uznajemy za ważne same przez się, a nie jako środek do osiągnięcia innych celów²³, i to nie tylko na poziomie deklaracji, lecz także na poziomie praktyki. Ustawodawca decydujący o ograniczeniu praw i wolności działa w obliczu tzw. dylematu prakseologicznego. Sytuację tę opisał Zygmunt Ziemiński: "Stając wobec praktycznej konieczności podjęcia czy niepodjęcia jakiegoś działania, nie umiemy na gruncie naszych rozbieżnych ocen poszczególnych aspektów sytuacji dojść do sformułowania zdecydowanej oceny globalnej. Dzieje się tak zwłaszcza wtedy, gdy ocena globalna miałaby ukształtować się w przypadku konfliktu ocen niezgodnych, a całkowicie odmiennych rodzajowo, to jest dotyczących wartości całkiem różnego rodzaju"²⁴, a jednak równocennych.

²² M.in. zakaz wstępu osobom obcym na teren szatni szkolnych, obowiązek towarzyszenia przez nauczyciela każdemu dziecku korzystającemu z toalety itd.

²³ Zygmunt Ziemiński, *Etyczne problemy prawoznawstwa*, Wiedza Powszechna, Warszawa, 1972, s. 82.

²⁴ Zygmunt Ziemiński, *Prakseologiczne dylematy władzy. Fragmenty filozoficzne. Księga pamiątkowa ku czci prof. Tadeusza Kotarbińskiego*, PWN, Warszawa, 1967, s. 446.

III.

Instytucją prawną, która przejmując na siebie napięcia wynikające z ograniczenia wolności na rzecz bezpieczeństwa, stanowiąc odpowiedź normodawcy na przedstawione wyżej zagrożenia są czynności operacyjno-rozpoznawcze. Nie jest to miejsce na przedstawienie w sposób dogłębny skomplikowanej instytucji, wzbudzającej liczne problemy wykładnicze. Wypada jednak przedstawić jej elementarną charakterystykę. Rzeczony czynności polegają na pozaprocesowych działaniach organów ścigania, w oparciu o przepisy ustaw ustrojowo-organizacyjnych, np. ustawy o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r.²⁵. Są one podejmowane w sposób tajny i nie stosuje się do nich przepisów o prawach i wolnościach obywatelskich²⁶. Co istotne, szczegółowy opis i zasady prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych zawarty jest w instrukcjach wewnątrzresortowych, objętych klauzulą tajności. Do typowych czynności operacyjnych należy np. kontrolowanie treści i zawartości przesyłek, pozyskiwanie w sposób niejawnny informacji i dowodów (a także ich utrwalanie) przy użyciu środków technicznych np. z rozmów telefonicznych, SMS-ów, emaili oraz – na podstawie identyfikacji komputera – z rejestru połączeń i tzw. downloadingu wykonywanego przez internautów.

Współcześnie czynności operacyjno-rozpoznawcze pełnią szereg funkcji, jak np. rozpoznawczą, wykrywczą, dowodową, czy zapobiegawczą. Mają zatem na celu aktywne rozpoznawanie środków kryminalnych, czynników sprzyjających przestępczości oraz innym zagrożeniom bezpieczeństwa publicznego²⁷. Co istotne, wyniki czynności operacyjno-rozpoznawczych mogą stanowić podstawę dowodową decyzji ważkich z punktu widzenia praw i wolności człowieka np. postanowienia o przedstawieniu zarzutów popełnienia

²⁵ Dz.U.2011.287.1687 j.t.

²⁶ Adam Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i praw dowodowe*, Wydawnictwo Uniwersytetu im. Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin, 2006, wraz ze wskazaną tam literaturą.

²⁷ Robert Netczuk, *Proces karny. Przebieg postępowania*, praca zbiorowa pod red. Kazimierza Marszała LexisNexis, Katowice, 2010, s. 409.

przestępstwa²⁸. Gromadzenie dowodów obciążających nie jest zatem wyłączną domeną postępowania karnego, które jest sformalizowane i w którym gwarantuje się uczestnikom szereg uprawnień. Jest to istotne *novum*. Czynności operacyjne były podejmowane także w okresie międzywojennym i powojennym. Wówczas jednak pozostawały one całkowicie tajne, były pod kontrolą państwa i nie miały tak zaawansowanej technologicznie postaci jak obecnie²⁹. Ponadto, ich wyniki nie mogły stanowić podstawy ustaleń faktycznych w postępowaniach karnych.

Aktualnie kompetencję do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych ma w Polsce aż 10 różnych służb (resortów), a mianowicie: policja, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrzznego, Agencja Wywiadu, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Straż Graniczna, Służba Kontrwywiadu Wojskowego, Żandarmeria wojskowa, Kontrola Skarbowa i Służba Celna³⁰. Współcześnie normy kompetencyjne upoważniające organy państwa do wkraczania w ważne dobra prawne, takie jak wolność komunikowania, tajemnica korespondencji, ochrona danych wrażliwych itd. zostały rozbudowane, podobnie jak zakres czynności i uprawnień funkcjonariuszy.

Należy podkreślić, że czynności te jedynie w ograniczonym zakresie objęte są kontrolą organów wymiaru sprawiedliwości (np. zarządzanie kontroli rozmów telefonicznych). Decyzję o ich podjęciu podejmują także organy ścigania tj. prokurator. Dysponuje on tzw. szerokim marginesem uznaniowości, czy coś jest „dopuszczalne”, czy nie jest; to zaś rodzi pole do możliwych nadużyć³¹. Co ważne, podmiot, wobec którego podejmuje się owe czynności, nie korzysta z gwarancji

²⁸ Tomasz Grzegorzcyk, „Wykorzystywanie i przekształcanie materiałów operacyjnych w materiał dowodowy w postępowaniu karnym“, w: Emil W. Pływaczewski (red.), *Przestępczość zorganizowana. Świadek koronny. Terroryzm w ujęciu praktycznym*, Zakamycze, Kraków, 2005, s. 224.

²⁹ Zob. Adam Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, op. cit., ss.157-158.

³⁰ Dobrosława Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, LexisNexis, Warszawa, 2012, s. 158.

³¹ Cezary Kulesza, „Czynności operacyjno-rozpoznawcze a zasada rzetelnego procesu w orzecznictwie Trybunału Strasburgu i sądów polskich“, *Przegląd Policyjny*, Nr 2 (90), 2008, s. 49.

procesowych przysługujących mu w postępowaniu karnym jako np. podejrzanemu, świadkowi, czy oskarżonemu. Ograniczenie dóbr prawnych często dotyka osoby, wobec których nie ma podstaw do przedstawienia zarzutów popełnienia przestępstwa. Postępowanie karne, z którym wiąże się szereg uciążliwości dla obywateli, wszczynane jest zaś na podstawie pewnej wiedzy uzasadniającej podejrzenie popełnienia przestępstwa. Wobec podjęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych, w orbitę działań policji i innych służb może zostać wciągnięty obywatel, który nie ma nic wspólnego z działalnością przestępczą. Ilustruje to przykład rozmówcy osoby podsłuchiwanej, którego prywatność w sposób nieuchronny staje się przedmiotem zainteresowania dla organów ścigania.

Czynności operacyjno-rozpoznawcze mają niewątpliwie walory prakseologiczne. Działalność organów władzy państwowej to forma „zwalczania” (jak powiedziała by Tadeusz Kotarbiński) zagrożeń godzących w fundamenty społeczeństwa i państwa. Jednym z forteli wskazanych przez autora jest „dbanie o swobodę ruchów własnej aparatury i krępowanie swobody ruchów przeciwnika”³². Rzeczony czynności wykorzystują przewagę informacyjną i technologiczną państwa, a także osłonę w postaci całkowitej tajności. Państwo ucieka się niekiedy do forteli, np. wręczenia korzyści majątkowej osobie znajdującej się w kręgu podejrzeń celem udokumentowania faktu popełnienia przestępstwa, do podsłuchiwania obywateli lub nabywania rzeczy pochodzących z przestępstwa³³. Służą one zwłaszcza gromadzeniu informacji o przywódcach grup przestępczych, których z uwagi na solidarność grupową niełatwo zdemaskować. Jednocześnie to, co z prakseologicznego punktu widzenia godne uznania może być godne potępienia z punktu widzenia uczciwości.

Z jednej strony wspomniana instytucja jest skutecznym narzędziem zwalczania patologii społecznych, z drugiej jednak oznacza daleko idącą ingerencję organów ścigania w tak fundamentalne wolności jak wolność komunikowania się, tajemnica korespondencji, prawo do prywatności.

³² Tadeusz Kotarbiński, *Traktat o dobrej robocie*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław, 1982, s. 231.

³³ W taki sposób, zamawiając hurtowe ilości kokainy, tajne służby rozpracowały kartel z Medellin.

Należy podkreślić, że każdy człowiek ma niezbywalne prawo do własnego stylu życia, sposobu spędzania czasu, ochrony wizerunku, a także ochrony przed gromadzeniem i udostępnianiem danych osobowych³⁴. Czynności te naruszają cenne dobra prawne i elementarne wolności osobiste (w tym art. 41/49 Konstytucji o wolności i tajemnica komunikowania i art. 51 o prawie do autonomii informacyjnej)³⁵. Równolegle, Trybunał Konstytucyjny uzasadnił konieczność ich stosowania nadrzędnością interesu publicznego, dopuszczając ją z punktu widzenia proporcjonalności, a także bezpieczeństwa państwa³⁶.

IV.

Tego rodzaju insytnucje w warunkach demokracji liberalnej budzą uzasadniony niepokój czy wręcz sprzeciw. Z jednej strony słusznie oczekujemy od państwa wysokich standardów moralnych, rzetelności i skuteczności działania itp. Z drugiej strony państwo musi być gotowe ograniczyć dostęp do pewne swobód i wartości w imię ocalenia wspólnoty i bezpieczeństwa jej członków. Czy jest to dostateczne uzasadnienie aksjologiczne, a zwłaszcza normatywne, czy też mamy do czynienia z decyzjonizmem lub samowolą organów władzy państwowej, którą chroni parawan waliki z przestępczością? Czynności operacyjno-rozpoznawcze mają względnie mocne uzasadnienie etyczne, choć nie jest ono najmocniejsze, ponieważ osłabia je ograniczenie uprawnień (również przez prawa człowieka i prawa podstawowe) swobód osobistych i cywilnych. Wydaje się, że decyzje prawodawcze polegające na ograniczeniu wolności i praw obywatelskich w celu ochrony bezpieczeństwa w sposób budzący zastrzeżenia, znajdują umocowanie w etyce odpowiedzialności Maxa Webera pomimo, że w stosunku do systemu prawnego i legitymizacji społecznej dostarcza ono racji zewnętrznych – aczkolwiek jego autor był zarówno prawnikiem jak i etykiem. Przeciwwstawił on etykę przekonań etyce

³⁴ Dobrosława Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, op.cit, ss. 118-123.

³⁵ Ibidem, ss. 119-122.

³⁶ Uzasadnienie wyroku TK w sprawie 4/04, OTK ZU 2005, nr 6.

odpowiedzialności. Działalność prawodawcza w zakresie stanowienia norm kompetencyjnych upoważniających organy państwowe do podejmowania tak dolegliwych a zarazem skutecznych dla dobra wspólnoty czynności jak operacyjno-rozpoznawcze można uzasadniać właśnie z perspektywy etyki odpowiedzialności. Osiąganie celów wartościowych społecznie (a bezpieczeństwo jest niewątpliwie jednym z nich) wiąże się w wielu przypadkach ze stosowaniem „środków moralnie wątpliwych lub co najmniej niebezpiecznych, jak również z tym, że możliwe lub też prawdopodobne są złe skutki uboczne”³⁷, co jednak nie czyni tych środków lepszymi (podobne rozumowanie zastosował Immanuel Kant w *Projekcie wiecznego pokoju*, nazywając wojnę „najprzykrzejszym” ze środków, po jakie może sięgnąć państwo). Ustawodawca nie może uniknąć działań, które są moralnie kontrowersyjne, choć powinien ich używać tylko w koniecznym, możliwie niewielkim zakresie. Bierze odpowiedzialność za ochronę całości, jaką jest wspólnota w obliczu zagrożenia. Etyka ta ma charakter konsekwencjalistyczny, podmiot decyzyjny rozliczany jest z następstw, nie zaś z intencji, cnót i spełnienia zasady obowiązku. Można powiedzieć, że porusza się w sferze ponadkonwencjonalnej, jeśli poświęca niektóre zasady dla zapewnienia zbiorowego bezpieczeństwa, aczkolwiek system prawny powinien umożliwiać dążenie do zapewnienia bezpieczeństwa na równi z innymi dobrami prawnymi. Bezpieczeństwo okazuje się bowiem kluczem do realizacji szeregu wolności i praw: w stanie zagrożenia przestrzeń dla ich realizacji jest przecież wyraźnie ograniczona. W etyce konsekwencjalistycznej, a także etyce odpowiedzialności priorytetem są cele (nie uświęcające bynajmniej środków), troska o zbiorowca, kompetencja i zdolność sprawnego, adekwatnego do sytuacji decydowania³⁸, zatem jest tu miejsce również na etykę sytuacyjną. Ograniczanie praw i wolności obywatelskich w imię bezpieczeństwa zachodzi w sytuacji specyficznej, wymagającej adekwatnej diagnozy; jest środkiem służącym interesowi całej wspólnoty. Pewne decyzje podjęte w okolicznościach prywatnych mogą wzbudzać dezaprobatę,

³⁷ Max Weber, *Polityka jako zawód i powołanie*, przeł. Andrezej Kopacki, Paweł Dybel. ZNAK, Kraków, 1998, s. 102.

³⁸ Tadeusz Buksiński, *Moderność...*, op. cit., s. 88.

ale w okolicznościach społecznych i publicznych – mogą być akceptowane, co nie znaczy: pochwalane. Czynności operacyjno-rozpoznawcze poważnie ingerują w prywatność osób, wobec których nie ma dowodów wystarczających choćby do przedstawienia zarzutów popełnienia przestępstwa. Siłą rzeczy ograniczają też wolności osób, które nie są objęte tymi czynnościami. Z racji użyteczności dowodowej rezultatów czynności operacyjnych w poznaniu sądowym, prowadzą w konsekwencji do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osób winnych.

Ustawodawca godząc niekiedy sprzeczne interesy i wartości nie dąży do ich realizacji, lecz do wyrównania szans na ich realizację przez społeczeństwo – również przez to, że modyfikuje w odpowiedni sposób prawo, aby uczynić je zdolnym do zabezpieczania ram pozwalających bezpiecznie korzystać w całego zestawu wolności i uprawnień. Gustav Radbruch zwrócił uwagę na tę funkcję prawa, które wszak samo przez się nie dąży do realizacji ideałów i wartości moralnych. Nie chroni ono np. takich dóbr zrelatywizowanych do pewnych standardów etycznych, jak prawdomówność, lojalność, wierność czy uczciwość³⁹. Zupełnie nierealistyczne byłoby zatem formułowanie oczekiwań wobec normodawcy, by zakładał on, że stanowione przezeń normy będą realizować ideały (jeśli tak, to powinny realizować wszelkie możliwe ideały – a to jest zupełnie niemożliwe; dla odmiany, niesprawiedliwością odbiłyby się realizacja tylko selektywnie wybranych ideałów przez prawo). Tego rodzaju dążenia prowadziłyby do paraliżu organów władzy państwowej w obliczu trudnych sytuacji, takich jak sytuacja zagrożenia bezpieczeństwa.

W rodzimym systemie prawa wszelkie normy mające służyć bezpieczeństwu są stanowione w warunkach prawa autonomicznego. Oznacza to, że ustawodawca tworzący będące podstawą ograniczenia praw i wolności obywatelskich sam jest ograniczony granicami ingerencji w wolności i prawa jednostki przez normy konstytucyjne i normy prawa

³⁹ Wiesław Lang, „Aksjologia prawa“, w: Bronisław Czech (red.), *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa. Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej w dniach 11 i 12 czerwca 1991 roku w Katowicach*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości – Ośrodek Terenowy przy Sądzie Wojewódzkim w Katowicach, Katowice, 1992, s. 127.

międzynarodowego⁴⁰. Mechanizmem zabezpieczającym na poziomie stanowienia prawa jest konieczność respektowania przez normy ograniczające prawa i wolności obywatelskie tzw. zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 1 Konstytucji). Strażnikiem tej zasady jest Trybunał Konstytucyjny, który wskazał takie oto kryteria oceny norm: 1. Czy służą i czy są konieczne dla ukształtowania ładu prawnego w stosunkach społecznych? 2. Czy zamierzony przez ustawodawcę cel jest możliwy do osiągnięcia bez naruszenia podstawowych standardów prawnych wyrażających istotę tych prawa, których dotyczy? 3. Czy regulacja ustawowa jest niezbędna dla ochrony interesu lub wartości konstytucyjnej, z którą jest związana? i wreszcie 4. Czy efekt wprowadzonej regulacji jest proporcjonalny do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela⁴¹?

Wydaje się, że instytucja czynności operacyjno-rozpoznawczych co do swej zasady może być akceptowana w państwie o ustroju republikańsko-demokratycznym zarówno o tendencjach liberalnych, jak i komunitarystycznych. Czynności te służą trwaniu wspólnoty politycznej i zapewnienia jej warunków do rozwoju. Obywatele będący beneficjentami bezpieczeństwa zapewnionego przez państwo również sami mogą wpływać na balans w ograniczaniu wolności na rzecz bezpieczeństwa choćby przez sprawowanie kontroli. Polega ona na badaniu wydatków służb specjalnych czy policyjnych i efektywności podjętych działań⁴², czy angażowaniu się w w dyskurs publiczny na temat granic ingerencji w wolności obywatelskie w celu podniesienia poziomu bezpieczeństwa. Łatwiej o takie postawy, gdy obywatele, kierując się interesem wspólnoty, czują się podmiotami prawa i obywatelami ważnymi dla państwa; wówczas chętniej zabierają głos w sprawach publicznych tej wagi co omawiany tutaj dylemat

⁴⁰ Ewa Kustra, „Granice ingerencji ustawodawcy w sferę praw i wolności jednostki“, w: Krzysztof Skowroński, Piotr Chrzczonowicz (red.), *Społeczeństwo inwigilowane w państwie prawa (?)*. Granice ingerencji w sferę praw jednostki, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Mikołaja Koopernika, Toruń, 2003, s. 10.

⁴¹ Zob. Bogusław Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H.Beck, Warszawa, 2009, ss. 181-182.

⁴² Zob. Adam Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, op. cit., s. 295.

wolność czy bezpieczeństwo. Oni sami mogą stworzyć przeciwwagę dla traktowania ich wolności i praw instrumentalnie, w imię arbitralnych lub bezzasadnych ograniczeń. Poza tym, to w ich głosie artykułuje się rzeczywisty stopień poczucia zagrożenia i potrzeby bezpieczeństwa. Obywatele mają zapewnioną przestrzeń do aktywności w polityce deliberatywnej⁴³. Inną sprawą jest niska jakość tejże polityki, która może zniechęcać. Mamy wszak do czynienia z tzw. marketyzacją życia politycznego, polegającą na sporach, nieraz w niewyszukanej formie o partykularne, czy grupowe interesy⁴⁴.

Zakończenie:

Instytucja czynności operacyjno-rozpoznawczych stanowi skuteczną broń do walki z różnymi zjawiskami przestępnymi, godzącymi w państwo, a także poczucie bezpieczeństwa obywateli. Ceną płaconą za ich efektywność jest ograniczenie praw i wolności człowieka i obywatela. Nie ma jednak odwrotu od tego rodzaju kontrowersyjnych rozwiązań. Alternatywą jest bowiem postępujące deprecjonowanie wolności przez społeczeństwo na rzecz absolutyzowania wartości bezpieczeństwa. Wyposażenie organów władzy państwowej w bardzo szerokie kompetencje powinno iść w parze z aktywizmem obywatelskim. Rolą obywateli zainteresowanych zarówno bezpieczeństwem jak i czynieniem użytku z wolności, jest baczne przyglądanie się praktykom upoważnionych służb oraz udział w dyskursie publicznym, ogniskującym się wokół wytyczenia linii demarkacyjnej dla czynności operacyjno-rozpoznawczych.

⁴³ Zob. szerzej na temat polityki deliberatywnej uwagi Lecha Morawskiego, „Dwa pojęcia polityki prawa”, w: Agnieszka Choduń, Stanisław Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa prof. Macieja Zielińskiego*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin, 2010, ss. 591-593.

⁴⁴ Lech Morawski, „Czy sądy mogą się angażować politycznie”, *Państwo i Prawo*, Nr 3/ 2006, (ss. 6-23), s. 15 in.