

## O SKRZYDLATYCH RUMAKACH...

dr Michał GABRIEL – WĘGŁOWSKI

W ostatnich latach jednym z najgorętszych „kartofli w ognisku” dla prawników, komentatorów i publiczności - oraz twórców memów - stał się zakup i użytkowanie oprogramowania szpiegującego urządzenia teleinformatyczne, czyli słynnego Pegasusa. Dyskusję wzbogacił Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wyrokiem z dn. 11 maja 2023 r. w sprawie II AKa 480/21, odrzucając – o czym doniosły niedawno media - dowód z kontroli operacyjnej zrealizowanej przy użyciu tego systemu. Nie znam dokumentów związanych z funkcjonowaniem Pegasusa, a jako prokurator cenię sobie ostrożność w ocenach, dopóki samodzielnie nie poznam konkretnej materii. *Secundo*, mam nadzieję, że tematykę tę w niezbędnym zakresie wyświetli sejmowa komisja śledcza oraz Prokuratura.

Wydaje się jednak, że poza kwestią sposobu sfinansowania zakupu systemu, największe kontrowersje wzbudza nie tyle sama łatwość zainfekowania śledzonego urządzenia oraz zakres (w zasadzie nieograniczony) screeningu danych, co przede wszystkim możliwość zdalnego manipulowania nimi, ich usuwania, zmiany i dodawania. Wzbudza to sporą konsternację, a nawet oburzenie. Zdarzają się głosy, że dysponowanie tego typu technologiami w państwie demokratycznym, kierującym się zasadami cywilizowanego prawa, winno być niedopuszczalne. Czy aby jednak na pewno ?

W 2002 r. we Frankfurcie nad Menem doszło do uprowadzenia dla okupu i zabójstwa 11-letniego Jakoba von Metzlera przez studenta Magnusa Gafgena. Sprawa ta stała się niezwykle głośna, będąc przedmiotem orzeczenia Trybunału strasburskiego. Niemieccy policjanci zdołali bowiem zatrzymać Gafgena i - nie mając pewności, że dziecko nie żyje – próbowali wydobyć od porywacza informację o miejscu przetrzymywania chłopca, co zresztą się udało, acz życia zamordowanemu chłopcu nie przywróciło. Użyli w tym celu groźby użycia przemocy fizycznej (ale nie samej przemocy). ETPCz uznał to za torturę, Gafgen otrzymał niewielkie odszkodowanie, a policjanci zostali skazani na grzywnę za nadużycie uprawnień.

Bez wątplenia, sprawa kontrowersyjna. Z jednej strony nie po to zostajemy prokuratorami, czy policjantami, aby stosować metody co do zasady prawem zakazane. Z drugiej, życie rzadko bywa czarno – białe. Nie mam specjalnych wątpliwości, co osoby piętnujące policjantów z Frankfurtu, odpowiedziałyby im prywatnie na pytanie, czy zastosować wszelkie metody, by dziecko uratować, gdyby szło o ich dziecko. Idąc jeszcze dalej, czy nie należy użyć absolutnie wszystkiego, co możliwe, aby np. zapobiec detonacji

ładunku nuklearnego, czy tzw. brudnej bomby w centrum Warszawy, np. przy wejściu do tunelu metra u zbiegu Marszałkowskiej i Jerozolimskich ? Czy rzeczywiście państwo prawa nie może zastosować najostrzejszych metod w swojej własnej obronie i jego obywateli, którym konstytucyjnie gwarantuje bezpieczeństwo ? Nie trzeba sięgać wszak za Odrę, szukając pewnych analogii. Obecnie podnoszą się głosy, po wielokroć ze strony osób, które trudno posądzać o brak szacunku dla praworządności, np. adwokatów, czy profesorów prawa, że w imię przywrócenia ładu konstytucyjnego po rządach poprzedniego obozu politycznego należy zastosować środki nadzwyczajne, nawet swoistą przemoc prawną. Nie rozstrzygam, czy słusznie, czy nie – zwracam uwagę na realny problem i kwestię konsekwencji myślowej. Najłatwiej rozstrzygać o imponderabiliach, gdy konflikty wartości nie dotyczą bezpośrednio nas samych. I vice versa...

Ciekawe rozważania w tej kwestii, na tle etyki prawniczej i dopuszczenia przez administrację prezydent George'a W. Busha – w oparciu o opinie rządowych prawników - „łagodnych” tortur, snuje prof. Jerzy Zajadło z Gdańska w jednym z rozdziałów znakomitej książki pod jego i prof. K. Zeidlera redakcją „Fascynujące ścieżki filozofii prawa. Cz. II” (Warszawa, 2021).

Powróćmy do Pegasus. Z pewnością skorzystanie z tego inwazyjnego narzędzia na gruncie polskiego procesu karnego jest wysoce problematyczne, a być może jak orzekł Sąd wrocławski niemożliwe. Trudno zaakceptować materiał dowodowy, co do którego zachodzi obawa, że jego elementy mogą nie być wytworem fizycznym, czy intelektualnym sprawy (podejrzanego / oskarżonego), lecz zostały sfabrykowane przez odpowiednią służbę, lub innego dysponenta systemu. Kwestia ta wymaga dokładnej oceny sposobu działania Pegasus, w tym, czy odpowiedni biegły może jednoznacznie ustalić, czy system wykorzystano do manipulacji informacjami, czy jedynie zabezpieczył on realnie istniejące dane z urzędu.

Inną sprawą jest natomiast użycia tego lub podobnie działającego, skutecznego oprogramowania do celów operacyjnych, do zapobieżenia lub ograniczenia skutków nieszczęściu. Na przykład po to, aby w ramach skutecznej infiltracji grupy terrorystycznej, poprzez wykorzystanie takiego narzędzia pokrzyżować w odpowiednim momencie jej szyki i plany. Nie mam żadnych wątpliwości, że służby policyjne i specjalne między innymi takimi systemami dysponować muszą. Inaczej będą bezzębne, co skończy się w wiadomy sposób. Tym czym, na przykład, skutkowało załamanie się służby policyjnej, brak narzędzi prawnych i technologii w pierwszej połowie lat 90. XX wieku. Natychmiast umożliwiło to rozwinięcie skrzydeł przez „Pruszków”, „Wołomin” i podobne rzesze brutalnych bandytów.

Uprzedzając ewentualny głos polemiczny, takie podejście nie jest frommowską ucieczką od wolności, w ciepełko bezpieczeństwa. Wolność jest wartością może największą, większą od samego życia. Lepiej często życie utracić, niż w cierpieć w zniewoleniu, zwłaszcza bez końca. Jednak między swobodą, immanentnie związaną z ryzykiem, a bliższym bezpieczeństwem spokojem, istnieje sporo miejsca na rozumny kompromis. W naszym, polskim przypadku, konsensus ten winien znaleźć swoje miejsce w stworzeniu i uchwaleniu jednolitej dla wszystkich służb, choć z dostrzeżeniem różnych obszarów ich działań, regulującej także wykorzystanie narzędzi operacyjnych dla procesu karnego, ustawy o czynnościach operacyjno – rozpoznawczych.