

Sąd specjalnego przeznaczenia. Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC)

Amerykański wymiar sprawiedliwości funkcjonuje na podstawie reguł wypracowanych przez twórców konstytucji w mechanizmach trójpodziału władz, w systemie wzajemnej kontroli i równowagi i uformowanych w praktyce działania¹. Jednym z podstawowych jego elementów jest zasada praworządności (*rule of law*), która wyraża się między innymi w jawności jego działania zadań i uszanowaniu praw stron. Ze stosowania tych reguł w dużej mierze wyłączony jest Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC, zwany też FISA Court) powstały i działający na podstawie *The Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)* w 1978 roku². Kwestie jego funkcjonowania w państwie demokratycznym to przedmiot refleksji niniejszego tekstu. Warto się zastanowić, czy specjalne reguły działania na rzecz zwalczania terroryzmu i obcego wywiadu są uzasadnione i mieszczą się w granicach państwa demokratycznego. Czy wywiad i kontrwywiad mają być objęte mechanizmami

¹ Zob. P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki. Od prawa do polityki*, Kraków 2011.

² Pub. L. 95-511; 92 Stat. 1783. O systemie sędziowskim w USA zob. F.A. Schubert, *Introduction to Law and Legal System*, New York 2008. Federalny system sądownictwa składa się z następujących sądów: U.S. Supreme Court, poniżej w strukturze są: U.S. Court of Appeals for the Armed Forces (do którego strony odwołują się od wyroków Military Tribunals), US Court of Appeals (do którego strony odwołują się od decyzji US District Courts, i w odrębnym trybie od wyroków US Tax Court, US Court of International Trade, US Court of Federal Claims) oraz Foreign Intelligence Court of Appeals (do którego strony odwołują się od wyroków Foreign Intelligence Surveillance Court – przedmiotu refleksji w niniejszym artykule). *Ibidem*, s. 168. Zob. także: W. Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, Thomson/West 2006; A.M. Ludwikowska, *System prawa Stanów Zjednoczonych. Prawo i prawnicy. Struktura władzy. Spory prawne*, Toruń 1999.

checks and balances charakterystycznymi dla ustroju USA?³ Nie jest dziwne, że odpowiedź na to pytanie nie jest łatwa i problem budzi kontrowersje.

Projekt ustawy *The Foreign Intelligence Surveillance Act* został przedstawiony w Senacie przez senatora Teda Kennedy'ego 18 maja 1977 roku. Został uchwalony przez 95. Kongres i wszedł w życie po podpisaniu ustawy przez prezydenta Jimmy'ego Cartera⁴. *FISA* jest rezultatem dyskusji, jakie odbywały się między innymi w Senacie na temat legalności wewnątrz krajowych działań kontrwywiadu. Zajmowały się tym oddzielnie komisje pracujące pod kierunkiem senatorów Sama Erwina i Franka Churcha w 1978 roku. Podjęcie rozważań na ten temat miało swoje źródła także w krytycznej ocenie działań prezydenta Richarda Nixona używającego federalnych instytucji dla szpiegowania politycznych konkurentów, co, jak szybko stwierdzono, było złamaniem IV poprawki. Ocena możliwości prowadzenia obserwacji obywateli USA za zgodą lub bez zgody sądu była przedmiotem publicznych debat od lat. Stopniowo w dyskusji pojawiła się kwestia specjalnych praw dla operacji śledczych prowadzonych ze względu na bezpieczeństwo i spraw przeciw podejrzanym o szpiegostwo czy terroryzm, które miały być wyłączone z ogólnych reguł i przekazane do specjalnego sądu. Dylemat konfliktu wartości bezpieczeństwa i wolności zaczął być rozstrzygany stopniowo na rzecz bezpieczeństwa między innymi przez powołanie specjalnego sądu. Na poziomie prawnym debata koncentrowała się w rezultacie na interpretacji IV poprawki, która głosiła:

Prawa ludu do nietykalności osobistej, mieszkania, dokumentów i mienia nie wolno naruszać przez bezzasadne rewizje i zatrzymanie; nakaz w tym przedmiocie można wystawić tylko wówczas, gdy zachodzi wiarygodna przyczyna potwierdzona przysięgą lub zastępującym ją oświadczeniem. Miejsce podlegające rewizji oraz osoby i rzeczy podlegające zatrzymaniu powinny być w nakazie szczegółowo określone⁵.

³ M.M. Lowenthal, *Intelligence. From Secrecy to Policy*, Washington 2006, s. 1. O sprawach wywiadu amerykańskiego zob. A. Mania, *Wywiad i politycy. Rywalizacja i współdziałanie w procesie formowania polityki bezpieczeństwa w USA* [w:] *Dylematy strategiczne XXI wieku. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Michałowi Chorośnickiemu z okazji czterdziestolecia pracy naukowej*, red. R. Kłosowicz, B. Szlachta, J.J. Węc, Kraków 2013, s. 119–133.

⁴ Public Law 95-511, Stat. 92 Stat. 1783, 5- U.S.C. ch. 36.

⁵ Szerzej o mechanizmach wyłączenia IV poprawki w sprawach dotyczących bezpieczeństwa zob.: L.Rush Atkinson, *The Fourth Amendment's National Security Exception. Its History and Limits*, „Vanderbilt Law Review”, October 2013, vol. 66, iss. 5, s. 1343–1405. s. 63; Ch. Slobogin, *Privacy at Risk. The New Government Surveillance and the Fourth Amendment*, Chicago 2007. O poprawkach zob.: *The Bill of Rights. Opposing Viewpoints*, Greenhaven, Cal. 1994, s. 28 i n.; G. Anastaplo, *The Amendments to the Constitution. A Commentary*, Baltimore 1995, s. 47 i n.; L. Fisher, *American Constitutional Law*, New Carolina 2001.

Powstanie tej poprawki ma swoje źródła w negatywnych doświadczeniach kolonistów, jakich doświadczali od władz brytyjskich⁶. Konstrukcja *Bill of Right* zakładała, że IV poprawka nie miała dotyczyć stanów, ale trzeba też stwierdzić, że w początkowym okresie USA federalne śledztwa kryminalne bardzo rzadko się zdarzały. Sprawa nabrała znaczenia w XX wieku. Zaczęto ją odnosić do stanów od sprawy *Mapp v. Ohio* z 1961 roku⁷. Sąd Najwyższy postanowił, że IV poprawka odnosi się do stanów na podstawie zasady *due process of law* zawartej w XIV poprawce⁸. To orzeczenie głosi, że dowody uzyskane z naruszeniem postanowień IV poprawki, która chroni przed nieuzasadnionym przeszukaniem i zajęciem (*unreasonable searches and seizures*), nie mogą być użyte w procedurze kryminalnej w sądach stanowych tak jak w sądach federalnych. Warto przypomnieć, że już wcześniej decyzje sądów definiowały zakres ograniczeń działania władz do bezpośredniego wkroczenia do prywatnej własności. Na przykład w sprawie *Olmstead v. United States* z 1928 roku stwierdzono, że IV poprawka odnosi się do wypadków fizycznego wkroczenia policji. W wyroku Sądu Najwyższego *Silverman v. United States* z 1961 roku zagwarantowano z kolei obywatelowi prawo do ukrycia się w domu i bycia wolnym od wkroczenia władz. Wreszcie w sprawie *Katz v. United States* z 1967 roku Sąd Najwyższy zdecydował, opierając się na „prawie do prywatności”, że sądowa ochrona praw, jak i sądowa zgoda na przeszukanie rozciąga się na prywatność osób oraz miejsce. Zdefiniowano tam wyjątki zezwalające na działania policji. W tych sprawach nie pojawiała się jeszcze kwestia bezpieczeństwa narodowego jako uzasadniającego większy zakres swobody działania dla organów ścigania. Do 1967 roku rząd miał swobodę w nagrywaniu obywateli. Dopiero w 1968 roku ustawa *Wiretap Act of 1968* wprowadziła ograniczenia⁹. Już w 1972 roku sąd w sprawie *United States v. United States District Court*¹⁰ ustalił, że sądowa zgoda jest konieczna w sprawach dotyczących obserwacji, co wynika z IV poprawki. Sędzia Lewis F. Powell Jr. napisał jednak, że ta decyzja nie odnosi się do spraw aktywności obcych państw i ich agentów. Można powiedzieć, że wyrok pozostawił otwartą kwestię wyłączenia z klauzuli sądowego nakazu spraw dotyczących obserwacji obcego wywiadu. Wyroki trzech federalnych sądów apelacyjnych także uznały wyłączenie obserwacji działań obcego wywiadu z klauzuli sądowego nakazu, ale przedstawiły również pewne warunki korzystania z tego

⁶ Zob. A. Mania, *Department of State 1789–1939. Pierwsze 150 lat udziału w polityce zagranicznej USA*, Kraków 2011.

⁷ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

⁸ Zob. m.in. D.A. Jones, *The United States Constitution, its Bill of Rights, and Selective Disincorporation through the Fourteenth Amendment* [w:] *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Reminiscencje w 220. rocznicę uchwalenia*, red. J.A. Daszyńska, Łódź 2009.

⁹ Zob. raporty Surveillance Self-Defense (project Electronic Frontier Foundation), <https://ssd EFF.org> (15.12.2013).

¹⁰ 407 U.S. 297.

wyłaczenia. Ten proces będzie nadal trwał, aż wreszcie wyłączenie z reguły IV poprawki zostało w pewnych wypadkach uznane za możliwe. Jeszcze przed uchwaleniem ustawy *FISA* wiele sądów podejmowało temat bezprawnego nagrywania (*warrantless wiretaps*), jak na przykład w sprawach *United States v. Brown*¹¹ i *United States v. Butenko*¹². W pierwszej z tych spraw rozmowy obywateli USA zostały objęte regulacjami dotyczącymi nagrywania za zezwoleniem Prokuratora Generalnego dla spraw dotyczących spraw wywiadu obcego. W sprawie *US v. Butenko* sąd uznał za uprawnione nagrywanie, jeżeli pierwotnym celem było zbieranie informacji dotyczących obcego wywiadu. Kolejna sprawa *Zweibon v. Mitchell*¹³ zawierała ustalenie o nieco innym charakterze, a mianowicie stwierdzono tam, że zgoda sądu jest wymagana dla obserwacji krajowych organizacji. W tej sprawie sąd uznał, że krajowe organizacje nie są obcym państwem ani ich agentem i poza nagłymi sytuacjami wszystkie dokonywane bez zgody sądu elektroniczne obserwacje są nieuzasadnione, a więc niekonstytucyjne. Jeden z sądów niższej instancji stwierdził jednak, że wyjątek od zasady sądowego przyzwolenia na działania wolne od ograniczeń wynikających z reguły IV poprawki może nastąpić, gdy obserwacja prowadzona jest dla uzyskania danych dotyczących obcego wywiadu ze względu na potrzebę ochrony bezpieczeństwa narodowego. Stopniowo z potrzeby działań na rzecz bezpieczeństwa państwu przeciw działaniom obcego wywiadu zrodziła się potrzeba sprecyzowania zasad wyłączenia spraw kontrwywiadowczych z powszechnych reguł.

W rezultacie sprawy dotyczące działań przeciw wywiadowi i terrorystom zostały ujęte w *The Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978*¹⁴. Ta federalna ustawa wytyczyła procedury osobistej i elektronicznej obserwacji i zbierania materiałów o wymianie informacji wywiadowczych pomiędzy obcymi państwami i agentami obcych mocarstw. Ustawa zdefiniowała pojęcia obcego państwa i agenta obcego państwa, którymi mogą być też obywatele USA i stali rezydenci podejrzani o działalność szpiegowską lub terrorystyczną. Ustawa nie dotyczyła działań poza terytorium USA. Jak twierdzi Rhodri Jaffreys-Jones, nałożyła ona zarazem ograniczenia na ewentualne nieuprawnione nagrywanie czy podsłuchiwanie, które to ograniczenia poddano krytyce po 11 września 2001 roku, „when critics maintained that it sacrificed security on the altar of due process”¹⁵. Materia regulowana tą ustawą została szerzej podjęta po 11 września w kilku innych ustawach:

¹¹ 309 A.2d 256 (1973).

¹² 494 F.2d 593 (3rd Cir. 1974).

¹³ 516 F.2d 594 (D.C. Cir. 1975).

¹⁴ *FISA Court* nie jest włączony do U.S. Code for the Judiciary, ale jest włączony do U.S. Code for War and National Defense, pomimo że jego personel jest utworzony z sędziów z sądów cywilnych.

¹⁵ Rh. Jaffreys-Jones, *The FBI. A History*, New Haven 2007, s. 203.

- USA PATRIOT Act of 2001¹⁶;
- Protect America Act of 2007 (PAA) podpisana 5 sierpnia 2007 roku (przestała obowiązywać 17 lutego 2008 roku);
- FISA Amendment Act of 2008 (FAA) uchwalona 9 lipca 2008 roku.

Zanim zajmiemy się tymi i innymi regulacjami będącymi w zasadzie korektą ustaleń z 1978 roku, warto wskazać, że choć politycznie akceptowano działania na rzecz zwalczania terroryzmu, to o każdy akt prawny toczony jest bój (prawny i polityczny) głównie w sprawie zakresu ingerencji władz w sferę prywatności obywatela.

Jak wskazują znawcy tematyki, głównymi argumentami na rzecz uchwalenia tej ustawy była potrzeba oparcia działań w zakresie obserwacji obcego wywiadu na podstawach prawnych z udziałem sądu, a nie tylko na podstawie upoważnienia prezydenta. Państwo musi bowiem bronić obywatela przed *unreasonable search and seizure*. Wskazywano także, iż z punktu widzenia potrzeb kontrwywiadowczych dowody zdobyte w ich operacyjnych działaniach mogły być odrzucane przez zwykłe sądy¹⁷. Władze nie były ponadto skłonne „przepuszczać” nakazów sądowych w sprawie obserwacji przez zwykłe sądy, mogło to bowiem ujawnić opinii publicznej tajne informacje i wywołać niepożądaną debatę o wartości informacji kupowanych w toku działalności operacyjnych, a wreszcie w takim sądzie mogłoby nastąpić ujawnienie źródeł i metod działania¹⁸.

Powróćmy jednak do głównych ustaleń FISA. Jej podrozdziały regulują kwestie elektronicznej obserwacji, fizycznych przeszukań, instalowania urządzeń do śledzenia działań obcego wywiadu (m.in. za pomocą tzw. *pen register*¹⁹), zasad uzyskania dostępu do danych biznesowych w celu śledze-

¹⁶ Prezydent George W. Bush podpisał ustawę 26 października 2001 r. (Pub. L. 107-56; Stat. 115 Stat. 272). Pełna nazwa ustawy, a raczej jej podtytuł, brzmi: *The Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* („Jednoczenie i umacnianie Stanów Zjednoczonych przez zapewnianie właściwych środków prowadzących do zapobiegania terroryzmowi”) – znana jest jako *PATRIOT Act*. Pewne jej fragmenty (16 sekcji) miały obowiązywać do 31 grudnia 2005 r. Przepisy te nazywane są *sunset provisions* i znajdują się w tyt. II ustawy. Jest to o tyle ważne, że dotyczą one rozszerzenia nadzoru wewnętrznego prowadzonego przez odpowiednie agencje wykonawcze. W przypadku kontrowersji związanych z funkcjonowaniem tych sekcji władza ustawodawcza będzie mogła usunąć je z katalogu przepisów obowiązujących; 26 maja 2011 r. prezydent Barack Obama podpisał *PATRIOT Sunset Extension Act of 2011* przedłużający na cztery lata funkcjonowanie prowizji dotyczących *roving wiretaps, library provision, lone wolf provisions*.

¹⁷ A.R. Cinquegrana, *FISA. A Reformist Success Story*, w: *Foreign Intelligence Literary Scene* 8/6 1989, s. 2.

¹⁸ S.A. Taylor, D. Snow, *Cold War Spies. Why They Spied and How They Got Caught* [w:] *Intelligence and National Security. The Secret World of Spies. An Anthology*, red. L.K. Johnson, J.J. Wirtz, New York–Oxford 2008, s. 302–311.

¹⁹ *Pen register* to urządzenie zapisujące wszystkie numery, na które dzwoniłono z danego numeru telefonicznego. Historycznie odnosiło się to do zapisywania znaków w komunikacji telegraficznej. Współcześnie natomiast pojęcie to rozumiane jest sze-

nia działalności wywiadowczej oraz zasad raportowania o działaniach w tym zakresie. FISA utworzyła także Foreign Intelligence Surveillance Court (FISA Court), o czym dalej. Co do działań kontrwywiadowczych, ustanowiono regulacje dotyczące ich prowadzenia szczególnie w odniesieniu do obserwacji elektronicznej. Przewidziano dwa sposoby działania:

Bez zgody sądu. W tym wypadku prezydent mógł upoważnić za pośrednictwem prokuratora generalnego do prowadzenia elektronicznej obserwacji przez okres jednego roku, jeżeli dotyczy to obcego wywiadu. Zdefiniowano kluczowe pojęcia: obcych państw i ich agentów, oraz *United States person* (tj. obywateli USA, rezydentów USA, korporacji zarejestrowanych w USA), których obserwacja mogła być dokonywana tylko w szczególnych okolicznościach. Dalej procedura nakazywała, aby prokurator generalny poinformował FISC o spełnianiu warunków prawnych dla prowadzonych obserwacji. Był także zobowiązany informować House Permanent Select Committee on Intelligence i Senate Select Committee on Intelligence o tych działaniach. Poza tym prezydent mógł także upoważnić do prowadzenia obserwacji bez zgody sądu w momencie rozpoczęcia wojny, ale tylko przez okres nie dłuższy niż 15 dni kalendarzowych od deklaracji Kongresu o ogłoszeniu stanu wojny.

Za zgodą sądu. W tej regule władze mogą się zwrócić do sądu (FISA Court) o zgodę na prowadzenie elektronicznej obserwacji. Sąd w swym postępowaniu musiał potwierdzić, że obiekt obserwacji odpowiada definicji *foreign power* lub *agent of a foreign power*. Miał także nabrać przekonania, że proponowana obserwacja spełnia minimalne warunki gwarantowania praw obywatelom USA.

Bodajże najważniejszym ustaleniem tej ustawy było właśnie utworzenie United States Foreign Intelligence Surveillance Court (FISA Court). Debata wokół prawnej strony funkcjonowania sądu dotyczy w głównej mierze oceny sposobu rozpatrywania wniosków o wydanie sądowych zezwoleń dla FBI²⁰,

rzej, i odnosi się do monitorowania komunikacji internetowej. Kwestie te regulowane są w 18 U.S.Code, Chapt. 206, gdzie *pen register* został zdefiniowany jako: „A device or process which records or decodes routing, addressing, or signaling information transmitted by an instrument or facility from which a wire or electronic communication is transmitted, provided, however, that such information shall not include the contents of any communication, but such term does not include any device or process used by a provider or customer of a wire or electronic communication service for billing, or recording as an incident to billing, for communications services provided by such provider or any device or process used by a provider or customer of a wire communication service for cost accounting or other like purposes in the ordinary course of its business”. Tak definiuje to *PATRIOT Act*, ale pierwotna definicja została zapisana w 1986 r. w *Electronic Communications Privacy Act (ECPA)* (Pub. L. No. 99–508, 100 Stat. 1848), który definiował *pen register* jako „A device which records or decodes electronic or other impulses which identify the numbers called or otherwise transmitted on the telephone line to which such device is dedicated”. To urządzenie podobne jest do *trap and trace device*, które służy ukazaniu numerów przychodzących. W powszechnym użyciu termin *pen register* obejmuje te dwa urządzenia.

²⁰ Dodajmy, że dwa lata po powołaniu FISA Court doszło do uchwalenia *Classified Information Procedures Act (CIPA)* zwiększającego możliwości działania sił kontrwywiadu

ale także Narodowej Agencji Bezpieczeństwa (National Security Agency – NSA) na prowadzenie działań przeciwko agentom obcego wywiadu na terenie USA. W konsekwencji otwiera poważną konstytucyjną i polityczną debatę na temat zakresu ingerencji państwa w sferę prywatności²¹. Wspomniana NSA powstała w 1952 roku w celu prowadzenia wywiadu elektronicznego²². Agencja ta przekazywała zdobyte informacje na ręce sekretarza obrony i szefa wywiadu. Warto dodać, że w XX wieku w sferze zdobywania informacji wytworzyły się nowe, czasem wysoce skomplikowane, ale i skuteczne, metody. Korzystanie z tych metod nosi we współczesnej terminologii miano SIGINT – Signals Intelligence (dane uzyskiwane są z elektronicznego komunikowania się ludzi za pomocą takich urządzeń, jak na przykład telefony i komputery).

Od powstania do 2009 roku sąd miał siedzibę na szóstym piętrze Robert F. Kennedy Department of Justice Building. Potem został przeniesiony do E. Barrett Prettyman United States Courthouse w Washington DC. FISA Court składa się obecnie z jedenastu sędziów mianowanych przez Prezesa Sądu Najwyższego USA na okres siedmiu lat. W momencie powstania składał się jednak z siedmiu federalnych sędziów dystryktowych mianowanych przez Prezesa Sądu Najwyższego, a każdy miał służyć siedem lat, przy czym rocznie powoływano jednego sędziego²³. Obecny Prezes Sądu Najwyższego John G. Roberts Jr. mianował wszystkich obecnych sędziów (dane z 2013 roku). W 2001 roku ustawa *PATRIOT Act* powiększyła skład sądu z siedmiu do jedenastu sędziów i wymagała, aby co najmniej trzech sędziów mieszkało w odległości przynajmniej dwudziestu mil od Dystryktu Kolumbia²⁴. Sędzio-

w zabezpieczeniu dokumentów potrzebnych w prowadzeniu śledztw. Zob. Oxford Handbooks Online, www.oxfordhandbooks.com (15.12.2013), a tam artykuł R.J. Batvinis, *The Future of FBI Counterintelligence through the Lens of the Past Hundred Years*.

²¹ O sędzie i debatach wokół niego zob.: R.B. Standler, *Foreign Intelligence Surveillance Act. Unconstitutional or Bad Idea*, s. 1–55, www.rbs0.com/FISA.pdf (15.12.2013). O kwestiach prawnych uwarunkowań działania wywiadu (i kontrwywiadu) zob.: F.F. Manget, *Another System of Oversight. Intelligence and Rise of Judicial Intervention* [w:] *Intelligence and National Security. The Secret World of Spies. An Anthology*, red. L.K. Johnson, J.J. Wirtz, New York–Oxford, 2008, s. 384–389.

²² Zob. www.nsa.gov (15.12.2013). NSA jest operatorem programu wywiadowczego dotyczącego komunikacji (COMINT) i instytucją nadzorującą obce systemy komunikacyjne (FISINT), a od 1958 r. jest koordynatorem narodowego systemu wywiadu elektronicznego (ELINT). Nadzoruje także systemy komunikacyjne instytucji rządowych od lat 80. XX w. (OPSEC). Zob. Oxford Handbooks Online, www.oxfordhandbooks.com (15.12.2013), a tam artykuł *The Troubled Inheritance. The National Security Agency and the Obama Administration*; J. Bamford, *The Puzzle Palace. A Report on NSA. America's Most Secret Agency*, Boston 1982.

²³ US Senate, *The Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978. The First Five Years*. Report 98-660, 98th Cong., 2nd sess. Washington, D.C. 1984, s. 1.

²⁴ Obecny skład na koniec 2013 r. to następujący sędziowie: Przewodniczący Reggie Walton z District of Columbia (od 19 maja 2007 do 18 maja 2014), Rosemary M. Collyer z District of Columbia (od 8 marca 2013 do 7 marca 2020), Raymond J. Dearie z Eastern District of New York (od 2 lipca 2012 do 1 lipca 2019), Claire Eagan z Northern District of Oklahoma (od 13 lutego 2013 do 18 maja 2019), Martin L.C. Feldman z Eastern District

wie mieli być powołani z co najmniej siedmiu okręgów sądowych. Obowiązuje zasada, że żaden z sędziów nie może być mianowany do sądu więcej niż dwa razy, i że żaden z sędziów nie może być mianowany w jednym czasie do sądu odwoławczego, to znaczy do US Foreign Intelligence Surveillance Court of Review oraz do FISA Court.

Sposób działania FISA Court odbiega od reguł amerykańskiego systemu prawnego. Sąd nie stwarza warunków wysłuchania obu stron, a procedura nie ma charakteru kontradyktoryjnego. Sąd wysłuchuje wyłącznie dowodów prezentowanych przez Departament Sprawiedliwości. Nie ma możliwości ujawnienia informacji dotyczących tych przesłuchań i zapisów informacji zdobytych w sprawie. Protokoły przesłuchań nie są dostępne, choć kopie niektórych raportów (tylko pod specjalnymi warunkami) mogą być udostępnione. Ze względu na charakter spraw sąd może obradować w dowolnym miejscu, w dzień i w nocy. Przynajmniej jeden sędzia ma być stale gotowy do działania na telefon – do wysłuchania dowodów i podjęcia decyzji o wydaniu (lub o odmowie wydania) nakazu sądowego upoważniającego do prowadzenia obserwacji (*FISA warrants* lub *surveillance warrants*).

Na szerszą skalę sposób działania sądu został udostępniony opinii publicznej, gdy Edward Snowden ujawnił mediom tajną decyzję sądu z 2013 roku. Ta domagała się od kompanii Verizon dostarczania do NSA codziennie zapisu rozmów telefonicznych, włączając w to także rozmowy krajowe. To ponownie wywołało wielką dyskusję publiczną na temat interpretacji IV poprawki. Sprawa ujawniła sposób funkcjonowania sądu w zasadniczej kwestii wydawania zezwoleń agencjom państwowym na prowadzenie obserwacji. Przypomniano, że w nagłych wypadkach prokurator generalny może upoważnić do prowadzenia elektronicznej obserwacji przed uzyskaniem autoryzacji od FISA Court, ale w przeciągu 72 godzin musi powiadomić o tym sędziego tego sądu.

Należy stwierdzić, że wnioski o nakaz sądowy są bardzo rzadko odrzuca-
ne przez sąd. W latach 1980–1994 FISA Court wydawał rocznie przeciętnie 530 nakazów sądowych w sprawie obserwacji²⁵. W czasie dwudziestu pięciu lat istnienia, to jest od 1979 do 2004 roku wydano 18 742 zgody, a odrzucono cztery wnioski. Te cztery wnioski rozpatrzono w 2003 roku i – dodajmy – potem po korektach zostały zaakceptowane. Mniej niż 200 wniosków nakazano poprawić przed wydaniem zgody, a było to w okresie 2003–2004, gdy skala aktywności obserwacyjnej o charakterze antyterrorystycznym była znaczna.

of Louisiana (od 19 maja 2010 do 18 maja 2017), Thomas Hogan z District of Columbia (od 18 maja 2009 do 18 maja 2016), Mary A. McLaughlin z Eastern District of Pennsylvania (od 18 maja 2008 do 18 maja 2015), Michael W. Mosman z District of Oregon (od 4 maja 2013 do 3 maja 2020), F. Dennis Saylor IV District of Massachusetts (od 19 maja 2011 do 18 maja 2018), Susan Webber Wright z Eastern District of Arkansas (od 18 maja 2009 do 18 maja 2016), James B. Zagel z Northern District of Illinois (od 18 maja 2008 do 18 maja 2015).

²⁵ S.A. Taylor, D. Snow, *op.cit.*, s. 308, table 23.1.

W ciągu następujących ośmiu lat (2004–2012) wydano zgody w 15 100 sprawach, a odrzucono siedem wniosków. W całym okresie trzydziestu trzech lat FISA Court wydał 33 942 zgody, a tylko w jedenastu przypadkach odrzucił wnioski, co stanowi 0,03% wszystkich spraw. Dane te nie zawierają jednak informacji, ile wniosków zostało poprawionych przez sąd, co zapewne także wpłynęłoby na ten bilans. Ta niewielka liczba odmów jest podstawą oskarżeń sądu o stwarzanie pozorów sprawowania funkcji instytucji wydającej zgodę – o czym w dalszej części opracowania.

Dodajmy, że decyzja FISA Court może być zaskarżona do United States Foreign Intelligence Surveillance Court of Review (FISCR). Sąd ten składa się z trzech sędziów powołanych przez Prezesa Sądu Najwyższego²⁶. Takie apelacje są bardzo rzadkie. Pierwsza zdarzyła się w 2002 roku²⁷, to jest dwadzieścia cztery lata po powołaniu sądu. Kolejny raz sąd zebrał się w 2008 roku²⁸.

Funkcjonowanie sądu na różnych etapach jego istnienia (jeszcze przed ujawnieniem przez Snowdena danych o aktywności NSA) wywoływało fale krytyki dotyczącej wielu elementów jego działalności, w tym podstawowej kwestii – nierówności praw stron w procesie. Warto dodać, że sąd FISA przetwał dwadzieścia różnych procesów w okresie pierwszych pięciu lat, z których najbardziej znany dotyczył zaskarżenia naruszenia IV i V poprawki – była to sprawa *United States v. Duggan*²⁹. W publicznych wypowiedziach domagano się zmiany, wskazując, że jest to najbardziej stronniczy sąd w USA. Po 11 września 2001 roku krytyka działań sądu była ograniczona, narastała bardzo wolno także ze względu na akceptację dla zwiększenia aktywności władz w zakresie zwalczania obcego wywiadu i terroryzmu. Narastało przekonanie o potrzebie prowadzenia tej walki, choć bez naruszania praw obywateli USA. Krytykę skoncentrowano początkowo na procedurze, w tym na kwestii wyłącznej obecności sędziego i przedstawicieli władz, oraz na fakcie minimalnej liczby wniosków o nakazy sądowe odrzucanej przez sąd. Z tego powodu sąd w opinii krytyków zasługiwał na nazwę *rubber stamp*, czyli instytucji pozorującej wykonywanie swych zadań³⁰. W debacie nad zasadami funkcjonowania sądu już w 2003 roku wypowiedział się *Senate Judiciary Committee* w raporcie

²⁶ Skład sądu: William C. Bryson z Federal Circuit (od 19 maja 2013 do 18 maja 2018), Jose A. Cabranes z Second Circuit (od 9 sierpnia 2013 do 18 maja 2020), Morris S. Arnold z Eight Circuit (od 19 maja 2008 do 31 sierpnia 2013), www.fas.org (15.12.2013).

²⁷ FISCR został zwołany na sesję w 2002 r. w sprawie *Sealed Case No. 02-001*. FISA Court przyznał FBI prawo do prowadzenia obserwacji, ale nałożył pewne ograniczenia. FBI w swojej apelacji uznało za niekonstytucyjne i niezgodne z regułami FISA i *US PATRIOT Act*.

²⁸ W sierpniu 2008 r. FISCR potwierdził konstytucyjność *Protect America Act of 2007*, co zawarto w opinii *In re Directives Pursuant to Section 105B of the Foreign Intelligence Surveillance Act*, ujawnionej 15 stycznia 2009 r.

²⁹ 743 F.2d 59 (2d Cir. 1984). S.A. Taylor, D. Snow, *op.cit.*, s. 311, przyp. 35.

³⁰ Krytyczna ocena ustawy zob.: R.B. Standler, *Foreign Intelligence...*, szczególnie s. 47–55, www.rbs0.com/FISA.pdf (15.12.2013).

na temat działania FBI, gdzie stwierdził, że utajnienie działania sądu jest najważniejszym źródłem krytycznej oceny jego działalności.

Inni krytycy zwracali także uwagę na słabości systemu powoływania sędziów. Są oni bowiem mianowani przez Prezesa Sądu Najwyższego bez zatwierdzenia przez Kongres. Tym samym obecnie są to sędziowie o sposobie myślenia bliskim przewodniczącemu Johnowi G. Robertsonowi Jr.³¹ Jeszcze inni kładą nacisk na to, że od czasu powstania sądu w 1978 roku było trzech przewodniczących, i wszyscy byli republikanami. W tej kwestii pojawiały się propozycje reform. Senator Richard Blumenthal z Connecticut zaproponował dość skomplikowany sposób wyłaniania sędziów, sugerując, aby każdy z przewodniczących dwunastu sądów apelacyjnych mógł mianować sędziego do sądu obserwacyjnego. Inną propozycję zgłosił kongresmen Adam Schaff z Kalifornii, podsuwając myśl, by prezydent miał – jak zawsze – prawo mianowania sędziów sądu, a te decyzje podlegałyby zatwierdzeniu przez Senat. Kongresmen Steve Cohen zaproponował z kolei, aby liderzy Kongresu wybierali ośmiu sędziów tego sądu³². Do tej pory nie skorzystano z żadnej z tych propozycji.

Przedmiotem krytycznej debaty był także sposób korzystania z prawa do prowadzenia obserwacji bez zgody sądu. Jak wspominałem wyżej, w związku z tym, że były one zbyt często stosowane, istniała możliwość, aby prokurator generalny i Director of National Intelligence (DNI) mogli podjąć program obserwacji bez zgody sądu na okres roku. Szczególne znaczenie w tych dyskusjach miała kwestia zbierania danych o obywatelach USA i sposobach ich zdobywania, co związane było z działalnością National Security Agency. Należy podkreślić, że za zgodą sądu można było przechowywać dane, które potencjalnie mogły zawierać informacje o obywatelach USA przez pięć lat; pozyskiwać i wykorzystywać dane z systemów komunikacji wewnętrznej zdobyte przypadkowo, jeżeli zawierały one informacje wywiadowcze, informacje o kryminalnej aktywności stanowiące zagrożenie dla ludzi, własności ludzi i własności, nawet utajnione, które, jak można sądzić, mogły mieścić w sobie treści dotyczące bezpieczeństwa cybernetycznego; można było przechowywać informacje dotyczące spraw wywiadu, nawet zawarte w komunikacji prawnika i jego klienta; mieć dostęp do zawartości materiałów wynikłych z komunikowania się, gromadzonych na różnych urządzeniach elektronicznych bądź w telefonach. Ten zestaw działań, na które było przy-

³¹ Th.W. Ruger, *Chief Justice Rehnquist's Appointments to the FISA Court. An Empirical Perspective*, „Northwestern University Law Review” 101.1, Winter 2007, s. 239–258.

³² Krytyczna ocena ustawy zob.: R.B. Standler, *Foreign Intelligence...*, o sugestjach zmian zob. s. 51–52, www.rbs0.com/FISA.pdf (15.12.2013); zob. także: W. Brasch, *America's Unpatriotic Acts. The Federal Government's Violation of Constitutional and Civil Rights*, New York 2005.

zwolnienie, stwarzał dla władz możliwość niebezpiecznego wkraczania w sferę prywatności i wolności Amerykanów³³.

W dniu 16 grudnia 2005 roku „The New York Times” opublikował artykuł o prowadzeniu obserwacji obywateli USA bez zgody sądu, co wzbudziło niemałe zainteresowanie opinii publicznej³⁴. Prezydent potwierdził, że administracja czasem decydowała się na działania bez zgody sądu ze względu na operację *Terrorist Surveillance Program*, ale miało to ograniczony charakter i dotyczyło konieczności podjęcia pilnych kroków w stosunku do osób podejrzewanych o działalność terrorystyczną. Narastający konflikt wokół funkcjonowania FISA Court potwierdziła rezygnacja w dniu 20 grudnia 2005 roku sędziego Jamesa Robertsona ze stanowiska, co zostało odczytane jako protest przeciw tajnym obserwacjom. Sprawy te nabrały szczególnego znaczenia w ostatnim czasie, gdy artykuł z „The Guardian” z 20 lipca 2013 roku zwrócił uwagę na sprzeczności między oświadczeniem prezydenta Baracka Obamy o działaniach pracowników NSA w sprawie monitorowania rozmów telefonicznych i maili Amerykanów a rzeczywistością. Glen Greenwald opisujący szczegóły programu *PRISM surveillance program* (administrowanego od 2007 roku przez NSA) twierdził, że program nie podlega żadnej kontroli, w tym sądowej. Gdy bowiem FISA Court wydawał nakaz sądowy w sprawie obserwacji, nie było ustanowionych reguł co do sposobu i zakresu prowadzenia obserwacji ani kontrolowania jej realizacji. W tej sytuacji, gdy NSA uzyskiwała zgodę sądu, mogła objąć swoją obserwacją każdego wskazanego przez analityków agencji, i mogła także decydować o rodzaju materiałów zbieranych. FISA Court nie odgrywa w praktyce żadnej roli w nadzorowaniu tych operacji i sprawdzaniu, w jakim stopniu przestrzegane są jego reguły szczególnie wobec aktywności NSA. W przesłuchaniach w House Judiciary Committee w lipcu 2013 roku kwestia konstytucyjności działań NSA była podnoszona. Podkreślano, że tajność działań sądu, poza wiedzą opinii publicznej, może być źródłem błędów działania instytucji, a także bezprawnego wykorzystywania jej ze szkodą dla reguł demokracji.

Niejawność operacji sądu odniosła jeszcze inny skutek. Jak zauważyli krytycy, w praktyce FISA Court poszerzył zakres ustanowionej przez Sąd Najwyższy zasady *special-needs exception* dopuszczającej w pewnych okolicznościach wyłączenie działania spod reguł IV poprawki³⁵. Wprawdzie w lipcu 2013 roku „The New York Times” opublikował artykuł wskazujący, że działania sądu FISA nie naruszają IV poprawki, ale wskazano tam, że osoba

³³ Zob. FF. Manget, *Intelligence and Law Enforcement*, www.oxfordhandbooks.com (15.12.2013) – tam ciekawe refleksje na temat przenikania działań wywiadu amerykańskiego i kontrwywiadu amerykańskiego na terenie USA, co staje się wyznacznikiem nowych procesów naruszających dawne podziały między obszarami działania obu służb.

³⁴ Surveillance Self-Defense, <https://ssd.eff.org> (15.12.2013).

³⁵ Zob. J.L. Ames, *Chandler v. Miller. Redefining „special” needs for Suspicionless Drug Testing Under the Fourth Amendment*, www.uakron.edu/dotAsset/726730.pdf (15.12.2013).

podejrzana o działania naruszające zasadę nieprolifracji broni nuklearnej, podejrzana o zaangażowanie w szpiegostwo lub cyberataki, może być uznana za obiekt obserwacji nawet bez zgody sądu. Działając jakby równolegle do Sądu Najwyższego, sąd FISA poszerzył zasadę *special-needs exception*. W artykule wykazywano, że wiele tajnych zasad postępowania dotyczących obserwacji zostało stworzonych przez FISA Court jako poufne wytyczne dające National Security Agency prawo do zbierania masowych danych o Amerykanach. Stwierdzono tam, że w sprawach dotyczących terroryzmu sędziowie nadużyli prawnej zasady znanej jako doktryna *special needs* i wskutek tego wyłączyli wymagania IV poprawki domagającej się zgody sądu na przeszukiwanie i konfiskatę mienia. Doktryna *special needs* została ustanowiona przez Sąd Najwyższy przy innej okazji – wówczas gdy zezwolono na przeprowadzanie testów narkotykowych dla pracowników kolejowych, uznając, że minimalne wkroczenie w sferę prywatności jest usprawiedliwione dążeniem władz do zwalczania zagrożenia bezpieczeństwa publicznego. Interpretując tę zasadę szerzej, sędziowie FISA przyjęli, że kolekcjonowanie i analiza danych z komunikacji Amerykanów z zamiarem śledzenia potencjalnych terrorystów nie stoi w sprzeczności z IV poprawką do konstytucji. Sąd Najwyższy uznał, że wyłączenie z klauzuli nakazu sądowego (*warrant clause*) – oprócz kontekstu dotyczącego obcego wywiadu – możliwe jest także w sytuacji, gdy obiekt działania władz wykracza poza rutynowe zachowania, to znaczy wówczas, kiedy nakaz sądowy mógłby zaszkodzić w realizacji celów prowadzonej akcji³⁶. The U.S. Foreign Intelligence Surveillance Court of Review skonkludował 22 sierpnia 2008 roku w sprawie *In re Directives [redacted text] Pursuant to Section 105B of the Foreign Intelligence Surveillance Act*, że doktryna *special-needs* odnosi się, przez analogię, do wyjątku dotyczącego obcego wywiadu i usprawiedliwia niestosowanie nakazu sądowego w przypadku obserwacji podejmowanych dla celów bezpieczeństwa narodowego i prowadzonych przeciw działaniom obcego państwa (lub agenta obcego państwa, gdy istnieje przekonanie, że jest on ulokowany poza USA). James Robertson, były sędzia US District Court for District of Columbia, a także sędzia w FISA Court w latach 2002–2005, krytycznie ocenił 9 lipca 2013 roku praktyki sądu pod tym względem, szczególnie w zakresie przyzwalania na gromadzenie danych o rozmowach telefonicznych. Nie podzielał jednak radykalnej opinii mediów, że reguły sądowe stworzyły nowy rodzaj prawa rozszerzający zdolność NSA

³⁶ Zob. *Vernonia Sch. Dist. 47J v. Acton*, 515 U.S. 646, 653 (1995) (upholding drug testing of high school athletes and explaining that the exception to the warrant requirement applied „when special needs, beyond the normal need for law enforcement, make the warrant and probable-cause requirement [s] impracticable” [quoting *Griffin v. Wisconsin*, 483 U.S. 868, 873 (1987)]; *Skinner v. Ry. Labor Execs. Ass’n*, 489 U.S. 602, 620 (1989) (upholding regulations instituting drug and alcohol testing of railroad workers for safety reasons); cf. *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 23–24 (1968) (upholding pat-frisk for weapons to protect officer safety during investigatory stop).

do użycia programu obserwacji nie tylko dla terrorystów, ale także w sprawach dotyczących szpiegostwa, cyberataków i broni masowego rażenia. Był rzecznikiem wprowadzenia reguł postępowania sądu gwarantujących debatę obu stron³⁷. To stanowisko podzielało wielu innych prawników.

Inna krytyczna ocena działań sądu związana była z gromadzeniem za zgodą sądu zbioru informacji o rozmowach telefonicznych (metadanych), co według sądu nie stanowiło naruszenia IV poprawki tak długo, jak długo władze przedstawiały ważne racje w sferze bezpieczeństwa narodowego przed podjęciem kolejnego kroku, jakim było analizowanie zawartości danych zawierających zapisy komunikacji Amerykanów. Zgodnie z procedurami wprowadzonymi przez *FISA Amendments Act of 2008* kolekcja metadanych musiała być co do zakresu odpowiednia do skali śledztwa w sprawie terroryzmu czy innych działań wywiadowczych. Sąd wskazał, że choć niektóre informacje mogą nie odnosić się wprost do terroryzmu, to całość zdobytych danych może w rezultacie być odpowiednia dla śledztwa i te wyjątkowe reguły mogą być stosowane. Z powyższą uwagą wiążą się kwestie podnoszone przez krytyków, dotyczące zakresu zbierania danych z rozmów telefonicznych milionów przez NSA. Chodziło bowiem o to, aby skala tego działania była odpowiednia (*relevant*) do celu danej operacji NSA. Analiza działań podjętych przez FISA Court w pierwszym dziesięcioleciu XXI wieku wskazuje, że sąd przyjął rozszerzone znaczenie słowa *relevant* jako dające prawo do zapisu danych dotyczących milionów ludzi. Różniło się to od bardziej restrykcyjnej interpretacji, powszechnie stosowanej w sprawach kryminalnych, polegającej na tym, że przyzwolono, by tylko niektóre informacje mogły być zdobywane, i dopuszczono do przechowywania. W zgodzie z *PATRIOT Act* organa państwowe mogły się domagać od biznesu przekazania wielu danych, w tym nagrań, dopóki tylko były w stanie wykazać, że materiały te są adekwatne do prowadzonego śledztwa dotyczącego międzynarodowego terroryzmu lub działalności wywiadowczej. W ocenie sądu specjalny charakter kwestii bezpieczeństwa narodowego i zapobiegania terroryzmowi sprawia, że pojęcie *relevant* musi być szerzej interpretowane, a nie jest to odstępstwem od zasad – jak podnosi krytycy FISA Court.

Choć obie sprawy są ściśle z sobą powiązane, działalność FISA Court została w debacie usunięta w cień w związku ze skierowaniem uwagi opinii publicznej w 2013 roku na Agencję Bezpieczeństwa Narodowego, której

³⁷ W wypowiedzi dla członków Privacy and Civil Liberties Oversight Board (PCLOB) powołanej przez prezydenta Obamę sędzia Richardson stwierdził: „A judge has to hear both sides of a case before deciding. ... What FISA does is not adjudication, but approval. This works just fine when it deals with individual applications for warrants, but the 2008 amendment has turned the FISA court into administrative agency making rules for others to follow”. Dodał także: „This process needs an adversary. If it's not the ACLU or Amnesty, perhaps the PCLOB can be that adversary”. To pierwszy wypadek, gdy były sędzia tego sądu poddał jego działanie krytyce.

funkcjonowanie zostało obnażone wypowiedziami jej kontraktora, Edwarda Snowdena. W czerwcu 2013 roku kopia tajnego nakazu sądowego wydanego przez sąd 25 kwietnia 2013 roku dotarła do londyńskiego „The Guardian”, przekazana tam przez Snowdena. Nakaz sądowy był skierowany do kompanii Verizon Business Network Services, którą sąd zobowiązywał do codziennego przekazywania do NSA telefonicznych metadanych, to jest wszystkich szczegółów dotyczących rozmów (w tym miejsca ich lokowania), które były zarejestrowane w systemie, włączając w to te, które odbywały się na terenie Stanów Zjednoczonych (również rozmowy lokalne)³⁸. Administracja Obamy opublikowała 31 lipca 2013 roku reguły działania FISA Court i wsparła jego działania w stosunku do Verizon Business. Obama ujawnił zasady, które miały być stosowane w zbieraniu tych danych. Dokument, który dotarł do „Guardiana”, stał się dla opinii publicznej dowodem przekroczenia przez sąd jego uprawnień, i w rezultacie naruszenia reguł IV poprawki. „The Washington Post” informował, że posiada informacje, iż sąd wydawał podobne nakazy w stosunku do innych kompanii telefonicznych od 24 maja 2006 roku.

Gdy ujawniono istnienie tego programu zbierania metadanych, niektórzy kongresmeni i ludzie z administracji Obamy bronili legalności tych metod. Większość z nich opierała się na decyzji Sądu Najwyższego w sprawie *Smith v. Maryland*³⁹, gdzie sąd stwierdził, że *pen register* nie jest przeszukaniem (*search*), ponieważ „petitioner voluntarily conveyed numerical information to the telephone company”. Skoro dana osoba przekazała wybierany numer kompanii telefonicznej, aby uzyskać połączenie, nie mogła racjonalnie oczekiwać, że zostanie zachowana prywatność w sprawie numerów, pod które dzwoniła. Sąd, jak widać, nie dostrzegł różnicy między faktami ujawnienia numeru operatorowi (człowiekowi) a udostępnienia go urzędzeniu technicznemu wykorzystywanemu przez kompanię telefoniczną. Według sądu konstytucyjnej ochronie podlega tylko zawartość rozmowy na podstawie prawa do prywatności. Dodajmy, że 19 lipca 2013 roku sąd odnowił zgodę dla NSA na zbieranie danych od klientów Verizona *en masse*. Władze amerykańskie opierały swoje stanowisko na *third party doctrine*. Ta reguła mówi, że jeżeli osoba przekazuje dobrowolnie jawne informacje trzeciej stronie – w tym wypadku dane dotyczące rozmów telefonicznych – to nie może ona oczekiwać nieudostępniania danych o numerach, z których dokonano połączenia, ani o czasie jego trwania, ze względu na zasadę ochrony prywatności. Według tej doktryny takie metadane mogą być zbierane przez władze bez problemu. Sama zawartość komunikacji jest jednak pod ochroną IV poprawki⁴⁰.

³⁸ Problem legalności programu NSA zob.: E. Tsen Lee, *The Legality of the NSA Wiretapping Program*, „Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights”, Fall 2006, vol. 12, iss. 1/2, s. 41.

³⁹ 442 U.S. 735, 744 (1979).

⁴⁰ Refleksje o IV poprawce *v. FISA* zob.: G.A. Hoffman, *Litigating Terrorism. The New FISA Regime, the Wall, and the Fourth Amendment*, „The American Criminal Law Review” 40.4, Fall 2003, s. 1655–1682 [Anonymous], *Constitutional Law – Fourth Amendment – Separation*

Szczególną aktywność w walce o ochronę praw obywatelskich, w tym prawa do prywatności, prowadziła organizacja American Civil Liberties Union z siedzibą w Nowym Jorku, działająca od 1920 roku⁴¹. Nawet po 11 września podejmowała ona akcje, aby w walce o bezpieczeństwo narodowe nie poświęcono podstawowych wolności. Krytykowała wiele klauzul *PATRIOT Act*, nieuprawnione działania NSA w zakresie obserwowania obywateli, bezterminowe zatrzymania osób podejrzewanych o terroryzm bez decyzji sądu, naruszanie prywatności itd. To właśnie The American Civil Liberties Union, klient Verizona, zwrócił się 22 listopada 2013 roku do federalnego sądu dystryktowego Dolnego Manhattanu, aby spowodował zakończenie przechowywania danych przez NSA. ACLU argumentowała, że program łamał konstytucyjną zasadę prywatności i informacji i przekroczył zakres swego upoważnienia z sekcji 215 *PATRIOT Act*. Władze odrzuciły tę interpretację i wykazały, że ACLU nie może udowodnić, iż działania NSA naruszyły czyjeś prawa.

Jak wielokrotnie wskazywałem, szczególne znaczenie dla funkcjonowania FISA Court i działania organów ścigania w zakresie przestępstw o charakterze terrorystycznym (także ścigania osób posądzonych o szpiegostwo lub terroryzm) ma ustawa *PATRIOT Act* z października 2001 roku⁴². Zniosła ona wiele ograniczeń zamieszczonych wcześniej w ustawie *FISA*. Zapisy *PATRIOT Act* uczyniły monitorowanie Internetu czy maili działaniem łatwiejszym, z ograniczonym nadzorem sądu. Pomimo IV poprawki FBI mogło podejmować dyskretne przeszukania „so long as the individuals affected were informed in due course”⁴³. Były tam też klauzule umożliwiające zatrzymanie cudzoziemca na dłuższy okres, gdy zachodziło podejrzenie o szkodzenie bezpieczeństwu narodowemu. Te ustalenia miały trwać do października 2005 roku. Rzecznikiem zwiększenia uprawnień dla działań kontrwywiadowczych był prokurator generalny John Ashcroft. Jego stanowisko zaznaczało się dobitnie w zaleceniach dla FBI szczególnie w kwestii sekcji 215 *PATRIOT Act*, gdzie upoważniono FISA Court do wydawania nakazów sądowych w sprawie

of Powers – Foreign Intelligence Surveillance Court of Review Holds That Prosecutors May Spy on American Agents of Foreign Power without a Warrant, „Harvard Law Review” 116.7 (May 2003), s. 2246–2253; J.Ch. Champion, *The Revamped FISA. Striking a Better Balance Between the Government’s Need to Protect Itself and the 4th Amendment*, „Vanderbilt Law Review” 58.5 (October 2005), s. 1671–1703; M. Sidel, *More Secure, Less Free? Antiterrorism Policy and Civil Liberties After September 11*, Ann Arbor, MI 2007.

⁴¹ O ACLU zob. www.aclu.org (15.12.2013). Siedziba: 125 Broad Street, 18th Floor, New York, NY 10004-2400.

⁴² A. Mania, P. Laidler, *Controversy over PATRIOT Act*, „The Polish Quarterly of International Affairs” 2004, vol. 13, no. 3 s. 52–65. Krytyczna ocena ustawy zob.: R.B. Standler, *Foreign Intelligence...*, szczególnie s. 47–55, www.rbs0.com/FISA.pdf (15.12.2013); L. Mack Raneta, M.J. Kelly, J. Reno, *Equal Justice in the Balance. America’s Legal Responses to the Emerging Terrorist Threat*, Ann Arbor, MI 2004.

⁴³ Rh. Jeffreys-Jones, *The FBI. A history*, New Haven 2007, s. 233.

przeszukań i nagrywania w sprawach przeciw terrorystom. Stało się to łatwiejsze. Zakładano w Departamencie Sprawiedliwości, że system obserwacji obywateli będzie tak długo tolerowany, jak długo nie naruszy praw obywateli. W praktyce jednak nawet to rozszerzenie kompetencji FISA Court było niewystarczające dla FBI, które omijało reguły FISA, podejmując działania obserwacyjne oparte na własnej interpretacji 215, z wykorzystaniem specjalnej procedury nazywanej *national security letter* (NSL). Istnieje specjalna procedura pozwalająca FBI domagania się dostępu do danych bankowych, telefonicznych, do informacji dostawcy usługi internetowej itp., a firmy muszą utrzymać fakt otrzymania NSL w tajemnicy⁴⁴. Według reportu „Washington Post” wydano tego po 30 000 rocznie od 2001 do 2005 roku⁴⁵. Skala działań w różny sposób wrywających się poza ograniczenia FISA była szczególnie w czasie administracji G.W.Busha znaczna. Prawnicy prezydenta (Alberto R. Gonzales i John C. Yoo) przyjęli stanowisko, że w czasie wojny prezydent może działać z pominięciem procedur FISA, gdyż według nich reguły FISA Court nie przystają do realiów XXI wieku. Zaproponował to prokurator generalny John Ashcroft, a podpisał prezydent Bush 4 października 2001 roku (*Top Secret presidential directive*). Jak później, w 2007 roku, stwierdził Director of National Intelligence admirał John M. „Mike” McConnell, prezydent upoważnił NSA do takich działań w jedynym zarządzeniu wykonawczym i wydawał dla tych akcji, co 45 dni, łączne reautoryzacje⁴⁶. Inni prawnicy prezydenta, na przykład Jack L. Goldsmith, krytycznie odnosili się do tych interpretacji i praktyk. Akcja NSA za czasów Busha prowadzona była z biura wiceprezydenta w Old Executive Building i nie dopuszczano do szczegółów tych działań wielu osób z administracji, choć bieżąca działalność, jak i jej skala, zależały od ludzi Fort Meade⁴⁷.

Symbolem ówczesnego myślenia administracji jest utworzenie Departamentu Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Department of Homeland Security), który powstał 8 października 2001 roku i miał za zadanie koordynowanie działań agencji bezpieczeństwa i wywiadowczych⁴⁸. Doszło także do uchwa-

⁴⁴ Szerzej zob.: Electronic Privacy Information Center, www.epic.org (15.12.2013); najnowsze opracowanie: Charles Doyle Senior Specialist in American Law, *National Security Letters in Foreign Intelligence Investigations. A Glimpse at the Legal Background*, Congressional Research Service 7-5700 www.crs.gov (15.12.2013).

⁴⁵ Surveillance Self-Defense, <https://ssd.eff.org> (15.12.2013).

⁴⁶ *The Troubled Inheritance. The National Security Agency and the Obama Administration*, s. 6, www.oxfordhandbooks.com (15.12.2013).

⁴⁷ *Ibidem*, s. 7.

⁴⁸ Zob. www.dhs.gov (15.12.2013). Sprawy bezpieczeństwa zostały także podjęte w *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* (IRTPA) z 17 grudnia 2004 r. – Pub. L. 108–458; 118 Stat. 3638, gdzie wprowadzono korekty w 50 U.S.C. War and National Defense; P. Laidler, *Zmiany prawno-administracyjne w Stanach Zjednoczonych po wydarzeniach 11 września 2001 roku* [w:] *Wizje dobrego państwa. Państwo w procesach przemian. Teoria i praktyka*, red. A. Lisowska, A.W. Jabłoński, Toruń 2009.

lenia w grudniu 2004 roku ważnej ustawy *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act od 2004 (IRTPA)*, w której wprowadzono korekty w tytule 50 U.S. Code *War and National Defense* i która tworzy instytucję Dyrektora Wywiadu Narodowego (Director of National Intelligence – DNI) oraz Narodowego Centrum Antyterroryzmu (National Counterterrorism Center) dla dalszej koordynacji działań instytucji wywiadu⁴⁹. W sferze planowania strategicznego i bezpieczeństwa narodowego Rada Bezpieczeństwa Narodowego nadal pozostała najważniejszą instytucją działającą w tych sprawach przy Prezydencie⁵⁰.

Wspomniana tu wielokrotnie *PATRIOT Act* została przyjęta bardzo szybko przez Kongres bez szerszej debaty⁵¹. Dyskusje na jej temat rozpoczęły się nieco później. Ustawa jest bardzo złożonym aktem prawnym, składa się z ponad stu pięćdziesięciu sekcji⁵² podzielonych na dziesięć tytułów. Porusza wiele istotnych dla bezpieczeństwa państwa kwestii, rozszerzając lub zmieniając przepisy szeregu innych ustaw federalnych⁵³. Wiele organizacji zajmujących się ochroną praw człowieka, w tym Amerykańska Unia Praw Obywatelskich (ACLU), uważa, że przepisy *PATRIOT Act* naruszają w szczególności treść I, IV i V poprawki do Konstytucji⁵⁴. Zdaniem ich członków istnieją podstawy uznania *PATRIOT Act* za ustawę niekonstytucyjną, ponieważ narusza ona prawa obywateli wynikające z tych poprawek. Wolność słowa, prawo do prywatności czy prawa procesowe – to tylko część przynależnych obywatelom gwarancji, które zdaniem ACLU są łamane przez niektóre regulacje wprowadzone ustawą *PATRIOT Act*. Szczególnie krytycznie jest oceniana sekcja

⁴⁹ Pub. L. 108-458; 118 Stat. 3638; M.H. Halperin, P.A. Clapp, A. Kanter, *Bureaucratic Politics and Foreign Policy*, Washington 2006, s. 328; D. Rothkopf, *Running the World. The Inside Story of the National Security Council and the Architects of American Power*, New York 2005, s. 436.

⁵⁰ O NSC zob. m.in. A. Mania, *The National Security Council i amerykańska polityka wobec Europy Wschodniej 1945–1960*, Kraków 1994; o działaniu NSC zob. *Fateful Decisions. Inside the National Security Council*, red. K.F. Inderfurth, L.K. Johnson, New York–London 2004; *Intelligence and National Security. The Secret World of Spies. An Anthology*, red. L.K. Johnson, J.J. Wirtz, New York–London 2008; D.T. Stuart, *Creating the National Security State. A History of the Law that Transformed America*, Princeton–Oxford 2008.

⁵¹ Projekt ustawy znalazł się w Izbie Reprezentantów kilkanaście dni po wydarzeniach 11 września. Prezydent Bush podpisał *USA PATRIOT Act* 26 października 2001 r. i w tym dniu ustawa weszła w życie. Szerzej o *PATRIOT Act* zob. A. Mania, P. Laidler, *op.cit.*

⁵² Nie jest to sto pięćdziesiąt kolejno ponumerowanych sekcji, ponieważ każdy tytuł rozpoczyna się od innej cyfry (np. tyt. III od sekcji 301, tyt. VIII od sekcji 801). Każdy tytuł składa się z różnej liczby sekcji. Tyt. V ma 8 sekcji, a tyt. VIII – jedną.

⁵³ Wśród znowelizowanych przepisów znalazły się m.in. *Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)* – ustawa z 1978 r. dotycząca metod dochodzeniowo-śledczych wywiadu; *Computer Fraud and Abuse Act (CFAA)* – ustawa z 1986 r. na temat przestępstw komputerowych; *Federal Rules of Criminal Procedure* – federalny kodeks postępowania karnego, oraz szereg przepisów *United States Code* – zbioru ustaw federalnych normujących funkcjonowanie państwa.

⁵⁴ K. Martin, *Domestic Intelligence and Civil Liberties*, „The SAIS Review of International Affairs” 24.1, Winter 2004, s. 7–21.

206 ustawy, mówiąca o specjalnej technice gromadzenia materiałów dowodowych (*roving wiretaps*). Są to nakazy sądowe, na mocy których możliwe jest zakładanie podsłuchów telefonicznych i podejmowanie innych działań dochodzeniowych, bez konkretnego określenia miejsca, instrumentów czy urzędzeń, które mają być przedmiotem tych działań.

Warto jednak zastanowić się nad przyczynami wprowadzenia sekcji 206 przez ustawodawcę. Niewątpliwie pozwala ona na śledzenie osoby podejrzanej o działalność terrorystyczną przez dłuższy czas, a nie tylko w chwili przebywania przez nią w konkretnym pomieszczeniu czy korzystania z danego aparatu telefonicznego. Umożliwia to kontrolę wszelkich działań podejrzanej bez względu na czas, miejsce i rodzaj podejmowanych przedsięwzięć. Konsekwencją powyższego unormowania stał się zresztą zapis sekcji 219, na mocy którego władze mogą uzyskiwać sądowy nakaz przeszukania w jakimkolwiek dystrykcie sądowym, jeśli dotyczy on działań osób podejrzanych o terroryzm. Według organizacji chroniących prawa obywatelskie klauzula IV poprawki jest również naruszana przepisami kolejnych sekcji *PATRIOT Act*, w tym sekcji 213, 215 i 216. Różnica między przeglądaniem zapisów elektronicznych a kontrolowaniem wykazu rozmów telefonicznych (*billings*) jest znaczna. Lista połączeń telefonicznych nie oznacza ujawniania treści rozmów, lecz tylko danych teleadresowych. W przypadku natomiast poczty elektronicznej otwarcie listu w celu sprawdzenia jego adresata powoduje równoczesne odczytanie jego treści, przez co prywatność korespondencji nie jest chroniona⁵⁵.

Przeciwnicy ustawy twierdzą, że narusza ona również klauzulę V poprawki, dotyczącą równego traktowania wszystkich wobec prawa (*due process of law*)⁵⁶. Przepisy te, w szczególności zapisy sekcji 412 ustawy, mogą być do pewnego stopnia przykładem poświęcania jednego dobra, jakim jest szereg praw gwarantowanych w systemie politycznym, kosztem drugiego – zapewnienia skuteczniejszej walki z terroryzmem, czyli bezpieczeństwa. Pomimo fali racjonalnej, pełnej logicznych argumentów krytyki możliwych negatywnych konsekwencji *PATRIOT Act* dla wolności amerykańskich, wielu podnosi, że takie środki konieczne są do obrony wolności w dłuższej perspektywie. Krytycy wskazują na obawy o wzrost ingerencji państwa w życie obywateli,

⁵⁵ S. Herman, *The USA Patriot Act and the U.S. Department of Justice. Losing Our Balances?*, <http://jurist.law.pitt.edu> (15.12.2013).

⁵⁶ V poprawka brzmi: „Żadna osoba nie będzie pozbawiona życia, wolności i własności bez właściwego procesu sądowego”. Na mocy tej klauzuli większość spraw przed sądami amerykańskimi wprowadzanych przez obywateli przekonanych o naruszeniu ich praw przez państwo rozstrzygana jest właśnie na podstawie *due process*. Prawo konstytucyjne wyróżnia dwa rodzaje praw gwarantowanych przez V poprawkę – *procedural due process* (obywatele mają zagwarantowane, że tworzone prawo będzie sprawiedliwe) oraz *substantive due process* (obywatele mają zagwarantowane, że tworzone prawo będzie rozsądne). Szerzej zob. J.E. Nowak, R.D. Rotunda, *Constitutional Law*, Minnesota 2000, s. 398–501 i 544–631.

co przy dzisiejszych technologiach może być dalekosiężne. Państwo nawykłe do ingerencji w momentach zagrożenia może niejako uznać te działania za naturalnie mu przynależne, a to może mieć trwały wpływ na charakter tego państwa.

Konstytucję Stanów Zjednoczonych najlepiej charakteryzuje słowo wolność, które przemawia przez niemal każdy fragment ustawy zasadniczej i jej poprawek. Wolność jest wartością najbardziej chronioną nie tylko przez konstytucję, ale również przez Sąd Najwyższy. Niemniej jednak, po wydarzeniach 11 września, Stany Zjednoczone znalazły się w sytuacji, w której niejedni zaczęli się zastanawiać, czy nie warto, choćby czasowo, zmienić stosunek do pewnych wartości w celu wzmocnienia innych. Która wartość – bezpieczeństwo czy wolność – ma większe znaczenie? To pytanie zadawało sobie wielu w USA. Administracja Busha ochraniała podstawowe wolności Amerykanów przez ich częściowe ograniczenie za pomocą szeregu aktów prawnych i działań militarnych – tak rozumiała swoją powinność⁵⁷. Na taki obrót spraw bardzo krytycznie zareagowało wiele środowisk mieniących się obrońcami wolności i praw obywatelskich. Obrońcy praw obywatelskich mają niewątpliwie rację, twierdząc, że w ten sposób poświęca się dobro najwyższe, jakim jest wolność, swoboda, prawo do prywatności⁵⁸.

Bez wątplenia jesteśmy świadkami konfliktu pomiędzy potrzebą ochrony praw i wolności obywatelskich a koniecznością ochrony bezpieczeństwa narodowego⁵⁹. Zbieranie materiałów dowodowych, usprawnienie technik dochodzeniowo-śledczych i lepsza współpraca między jednostkami specjalnymi oznaczają z jednej strony większą kontrolę osób powiązanych z działalnością terrorystyczną, a z drugiej – ograniczenie praw obywatelskich wszystkich Amerykanów. Z ducha i treści ustawy wynika jednoznacznie, że wszyscy muszą poświęcić pewne dobra w celu ich rzeczywistej ochrony. Czy administracji amerykańskiej wolno decydować w takich sprawach za obywateli? Na początku 2006 uchwalono *USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act of 2005* (Pub. L. 109-177)⁶⁰. Ustawa ta uczyniła trwałe obowiązującymi czternaście z szesnastu sekcji *PATRIOT Act*, których

⁵⁷ E. Dahl, *Domestic Intelligence Today. More Security but Less Liberty?*, „Homeland Security Affairs” 7.2 (2011).

⁵⁸ Por. 9/11. *Winning the War*, „The Daily Record – Maryland’s Business and Legal News”, 19 listopada 2001, www.mddailyrecord.com (15.12.2013); R. Ponnuru, *1984 in 2003? Fears About the Patriot Act are Misguided*, „National Review”, 2 stycznia 2003, www.nationalreview.com (15.12.2013); H. Mac Donald, *Straight Talk on Homeland Security*, „City Journal”, Summer 2003, www.city-journal.org (15.12.2013).

⁵⁹ D. Yepsen, *Ashcroft’s Defense is Simple, Patriot Act Works*, „The Des Moines Register”, 21 sierpnia 2003, www.dmregister.com (15.12.2013).

⁶⁰ Zob. *USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act of 2005 (H.R. 3199). A Legal Analysis of the Conference Bill*, January 17, 2006; B.T. Yeh, *Legislative Attorney American Law Division, Charles Doyle Senior Specialist American Law Division*, The Library of Congress, CRS Report for Congress.

obowiązywanie miało się zakończyć 3 lutego czy 31 grudnia 2006 roku. Obowiązywanie innych sekcji przesunięto do 31 grudnia 2009 roku (głównie sprawy dotyczące *FISA*, tj. *roving wiretaps*, *access to business records* oraz *lone wolf terrorist provisions*, a także zdefiniowanie charakteru *National Security Letter*). Ustawa została podpisana przez prezydenta 9 marca 2006 roku po trudnym procesie uzgadniania stanowisk przez obie izby. Kolejnych zmian regulacji *PATRIOT Act* dokonano w 2006 roku (*USA PATRIOT Act Additional Reauthorization Amendmends Act of 2006* (Pub. L. 109-178), a następnie w dokumencie z 26 maja 2011 roku (*The Patriot Sunsets Extension Act of 2011* (Pub. L. 112-14), gdzie przedłużono obowiązywanie ustawy z poprawkami na cztery lata, do 1 czerwca 2015 roku.

Inna ustawa podejmująca kwestie mające znaczenie dla działania *FISA Court to Terrorist Surveillance Act of 2006*. Propozycję takiej ustawy zgłosili w trzech projektach różni senatorowie. Wszystkie one stały się przedmiotem przesłuchań Judiciary Committee latem tegoż roku. W dniu 13 września 2006 roku wspomniana komisja Senatu przegłosowała owe trzy projekty, pozostawiając Senatowi rozstrzygnięcie. Propozycja takiej regulacji powstała także w Izbie Reprezentantów (*Electronic Surveillance Modernization Act*, H.R. 5825). Projekt ten dawał prezydentowi prawo do autoryzowania elektronicznej obserwacji międzynarodowych rozmów telefonicznych i połączeń mailowych dotyczących zidentyfikowanych grup terrorystycznych natychmiast po zbrojnym ataku przeciw USA (lub w jego przewidywaniu). Obserwacja oprócz okresu wstępnej autoryzacji miała wymagać upoważnienia, zgodnie z *FISA*. 28 września 2006 roku Izba Reprezentantów uchwaliła ustawę i przesała ją do Senatu.

Do listy ustaw mających wpływ na funkcjonowanie *FISA Court* i zmianę jej pierwotnego kształtu należy także *Protect America Act of 2007* (PAA)⁶¹. Publiczna debata nad zakresem działania władz dotyczących obserwowania (szpiegowania) obywateli przez władze nie ułatwiała władzom działań na rzecz zmian zwiększających uprawnienia władz. W dniu 28 lipca 2007 roku Kongres na życzenie prezydenta Busha podjął działania w celu zreformowania *FISA* polegające na wprowadzeniu ograniczeń w restrykcjach dotyczących obserwacji podejrzanych o terroryzm⁶². W szalonym tempie, tuż przed wakacjami, 3 sierpnia 2007 roku, demokratyczny Senat uchwalił republikańską wersję projektu zmiany *FISA* (S.1927) w głosowaniu 60 do 28. Demokratyczna Izba Reprezentantów przyjęła ustawę stosunkiem głosów 227–183. *Protect America Act of 2007* (Pub. L. 110-55, S.1927) został podpisa-

⁶¹ *Protect America Act of 2007*, Pub. L. 110-55. An Act To amend the *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978* to provide additional procedures for authorizing certain acquisitions of foreign intelligence information and for other purposes.

⁶² Surveillance Self-Defense, <https://ssd.ef.org> (15.12.2013).

ny przez prezydenta George'a W. Busha 5 sierpnia 2007 roku⁶³. Na podstawie tej ustawy komunikacja, która zaczyna się lub kończy w obcym kraju, może być nagrywana przez władze bez kontroli FISA Court. To bardzo znaczne zwiększenie możliwości działań władz. W rezultacie obserwacje takiego komunikowania się nie wymagają od władz starania się o przyzwolenie FISA Court. W ustawie zapisano, że prokurator generalny lub Director of National Intelligence (DNI) są upoważnieni do zlecenia prowadzenia przez rok obserwacji osoby, co do której istnieje podejrzenie, że znajduje się poza teren USA. Jeżeli warunki wymagałyby podjęcia akcji natychmiast, jest to możliwe, ale dokument stwierdzający, że spełniono kryteria, musi być przygotowany przez prokuratora generalnego lub DNI w okresie 72 godzin. FISA Court włączany jest do sprawy jako kontrolujący spełnianie tych kryteriów.

Ważność ustawy upłynęła 16 lutego 2008 roku, to jedyny skutek demokratycznej rezerwy wobec tej ustawy powstałej z inspiracji republikańskiego prezydenta. Poza tym środowiska inżynierów przemysłu komputerowego i akademicy w swych publikacjach na początku 2008 roku wskazywali, że wprowadzone w PAA techniczne rozwiązania tworzą zagrożenie w sprawie bezpieczeństwa i że systemy obserwacji mogą być wykorzystywane przez nieuprawnionych użytkowników, kryminalistów czy ludzi z wnętrza systemu w niewłaściwych celach, lub mogą być nadużywane przez władze. Krytyczna ocena sposobu wprowadzenia tej ustawy, a także ich regulacji została bardzo kompetentnie zaprezentowana przez Ronalda B. Standlera⁶⁴.

W pewnym stopniu jej przedłużeniem była zaproponowana przez prezydenta Busha *FISA Amendment Act of 2008*, uchwalona 9 lipca 2008 roku⁶⁵. Ta w stosunku do poprzedniej miała już charakter trwałej. Wprowadzono tam ułatwienia dla prowadzenia działań przeciw osobom znajdującym się za granicą. Droga do uchwalenia tej ustawy była krótka, chociaż niełatwa przy wielu etapach uzgadniania stanowiska izb. Istotą tej regulacji było między

⁶³ J.F. Addicott, M.T. McCaul, *The Protect America Act of 2007. A Framework for Improving Intelligence Collection in the War on Terror*, „Texas Review of Law & Politics”, Fall 2008, vol. 13, iss. 1, s. 43–71.

⁶⁴ R.B. Standler, *Protect America Act and FISA Amendments Act of 2008. More Hastily Passed Statutes. A history of attempts to modify the Foreign Intelligence Surveillance Act after July 2007 and how Americans lost some their privacy*, s. 1–81, www.rbs0.com/PAA.pdf (15.12.2013).

⁶⁵ Oświadczenie prezydenta z 9 lipca 2008 r., z godz. 16.01, zawierało pochwałę ustawy, która miała pozwolić osobom zajmującym się bezpieczeństwem narodowym monitorować plany terrorystów spoza USA: „While respecting the liberties of the American people... This bill will help our intelligence professionals learn who the terrorists are talking to, what they're saying, and what they're planning. It will ensure that those companies whose assistance is necessary to protect the country will, themselves, be protected from lawsuits for past or future cooperation with the government. It will uphold our most solemn obligation as officials of the federal government to protect the American people”. The White House Office of the Press Secretary, Remarks by the President on passage of FISA reform legislation, by Rose Garden, www.justice.gov (15.12.2013); R.B. Standler, *Protect America...*, www.rbs0.com/PAA.pdf (15.12.2013); zob. także: *idem*, *Foreign Intelligence...*, www.rbs0.com/FISA.pdf (15.12.2013).

innymi wprowadzenie klauzuli przyznającej immunitet kompaniom (*retroactive immunity*) współpracującym z władzami w sprawach udostępniania danych, były one bowiem zagrożone procesami i koniecznością wypłacania odszkodowań tylko dlatego, że wierzyły, iż współdziałały z władzami w celu obrony narodu amerykańskiego po atakach z 11 września⁶⁶. *FISA Amendment Act of 2008* została uchwalona 9 lipca, a przez prezydenta podpisana 10 lipca 2008 roku. Ustawa została uchwalona w celu zapewnienia władzy sądowej i Kongresowi zdolności do nadzorowania tajnych operacji związanych z obserwacją aktywności obcych instytucji i osób w Stanach Zjednoczonych, z równoczesnym zapewnieniem tajności koniecznej dla ochrony bezpieczeństwa narodowego. Ustawa ta zezwalała na obserwację bez nakazu sądowego na terenie USA do jednego roku „unless the surveillance will acquire the contents of any communication to which a United States person is a party”. Jeżeli obywatel USA jest obiektem obserwacji, to sądowa zgoda jest konieczna w okresie 72 godzin od początku rozpoczęcia obserwacji. Prawnicy, oceniający te dwie ustawy, zwracali uwagę na to, że skutkowały one osłabieniem IV poprawki do konstytucji. Zwiększały jednocześnie zdolność do działania sił bezpieczeństwa i walki z obcym wywiadem, ale prowadziły też do niszczenia praw jednostki⁶⁷.

Podczas sympozjum zorganizowanego przez Yale University School of Law – zainicjowanego po ujawnieniu w artykule w „New York Times” z 2005 roku systemu obserwowania obywateli i nagrywania bez zgody sądu – praktyki NSA poddano ocenie i odniesiono się do działalności *FISA Court*⁶⁸. Omówiono korzyści i zagrożenia wynikające z funkcjonowania systemu *FISA* (Dershowitz), ale także wskazywano na nieprzystawalność reguł *FISA* do rzeczywistości XXI wieku, wspierając to informacjami o tym, że każdy z prezydentów podejmował działania poza tym systemem (Burns). Rivkin z kolei wykazywał, że działania NSA nie są niekonstytucyjne – jest bowiem oczywiste, że wczytanie się w IV poprawkę pozwala stwierdzić, iż dla dzia-

⁶⁶ N. Olsen, *Congress and the Court. Retroactive Immunity in the FISA Amendments Act and the Problem of United States v. Klein*, „Utah Law Review” 2009, no. 4, s. 1353–1367.

⁶⁷ S. Cooper Blum, *What Really is at Stake with the FISA Amendments Act of 2008 and Ideas for Future Surveillance Reform*, „Boston University Public Interest Law Journal”, Spring 2009; J. LoConte, *FISA Amendments Act 2008. Protecting Americans by Monitoring International Communications--Is It Reasonable?*, „Pace International Law Review Online Companion” 2010, preceding p1-29; A.M. Shults, „Surveil or Kill” Dilemma. *Separation of Powers and the FISA Amendments Act's Warrant Requirement for Surveillance of U.S. Citizens Abroad*, „New York University Law Review” 86.5 (2011), s. 1590; S.N. Herman, *Taking Liberties. The War on Terror and the Erosion of American Democracy*, Oxford 2011; J.B. Rule, *Privacy in Peril. How We are Sacrificing a Fundamental Right in Exchange for Security and Convenience*, Oxford 2007.

⁶⁸ *Warrantless Wiretaps*, Yale University School of Law Symposium (Alan Dershowitz, Senator Conrad Burns, John J. Donohue, David B. Rivkin Jr., Dakota Rudesill, Stephen A. Vaden i K. Johnson) *Intelligence and National Security. The Secret World of Spies. An Anthology*, red. L.K. Johnson, J.J. Wirtz, New York–Oxford 2008, s. 404–412.

łań będących przedmiotem dyskusji nie jest konieczna zgoda sądu, a tylko stwierdzenie, że istnieją racjonalne (*reasonable*) przyczyny ich stosowania. Wybitny znawca i badacz spraw wywiadu i kontrwywiadu Loch K. Johnson⁶⁹ określił wprost działania NSA naruszeniem zasad państwa prawa, dodając jednocześnie, że przestrzeganie zasad *FISA* do tej pory sprawdzało się dobrze. Władze, naruszając te zasady, wskazywały, że mają do tego prawo jako korzystający z uprawnienia naczelnego dowódcy, co nie znajduje jednak racji w prawie. Po 11 września dano prezydentowi uprawnienia do prowadzenia walki z terroryzmem, zatajono jednak informację – jak wykazywał Johnson – o elektronicznej obserwacji amerykańskich obywateli. W trakcie dyskusji przedstawiciele administracji argumentowali, że procedury *FISA* nie nadążają za nowymi technologiami. To nie jest prawda, bowiem *FISA* działa szybko, a ponadto w czasie kryzysu mogą podjąć działania bez decyzji sądu przez 72 godziny.

Zgromadzony materiał oraz interesujące uwagi z sympozjum na temat praktyk NSA pozwalają na stwierdzenie, że słabości mechanizmów *FISA* zostały dobrze rozpoznane także w odniesieniu do funkcjonowania Agencji Bezpieczeństwa Narodowego w zakresie masowej inwigilacji. Widać, że wśród przedstawicieli władzy istnieje skłonność do działań na rzecz zwiększania swoich kompetencji w walce z obcym wywiadem i terroryzmem. Trudno jednak bezrefleksyjnie pogodzić się z sytuacją, w której władze same przydają sobie prawo do decydowania o tym, które prawa i wolności obywatelskie mają być ograniczane w imię obrony innych. Dylemat znalezienia równowagi między wolnością i bezpieczeństwem koncentruje się także wokół funkcjonowania *FISA Court*.

⁶⁹ Loch K. Johnson z University of Georgia – czołowy przedstawiciel studiów nad wywiadem w USA, który przez wiele lat współpracował z kongresowymi komisjami ds. wywiadu. Listę jego publikacji można znaleźć na stronie: <http://intl.uga.edu/johnsonvita.pdf> (15.12.2013). Jest redaktorem większości zbiorowych prac przeglądowych (*handbooks*) w ramach tej subdyscypliny.