

MICHAŁ BERNACZYK
Uniwersytet Wrocławski
ORCID: 0000-0001-7683-8852

Powściągliwość sędziowska w relacjach ze służbami specjalnymi. Konieczny czy obcy element demokracji?

Słowa kluczowe: służby specjalne, władza sądownicza, pozasądowe pozbawienie wolności, konstytucjonalizm, rządy prawa, informacje niejawne, aktywizm sędziowski, powściągliwość sędziowska

JUDICIAL RESTRAINT IN RELATIONS WITH INTELLIGENCE SERVICES: A NECESSARY OR FOREIGN ELEMENT OF DEMOCRACY?

Abstract

The article poses the following research question: what forms and methods of exercising judicial power in relation to intelligence services serve as a litmus test for democratization or autocratization? A democratic system presupposes that the state's activities are subject to judicial oversight. This stems from the concept of democracy as a regime governed by the rule of law, while arbitrariness characterizes the essence of authoritarianism. However, the oversight of intelligence services can be a deceptive indicator of the level of democracy, considering that the relationship between the controlling judiciary and intelligence services mirrors the recurring discourse on the role of the executive during a state of emergency. Threats to democracy in the 21st century are no longer limited to conventional armed conflicts or natural disasters governed by state of emergency procedures but increasingly resemble a perpetual confrontation between state structures and terrorism, hybrid conflicts, cyber conflicts, and proxy wars. Even with extreme forms of extrajudicial detention implemented during I & II World War, Western constitutionalism has not relinquished the rule of law, yet it has long tolerated solutions that leave the activities of intelligence services beyond effective control by other branches of power.

Keywords: intelligence services, judicial power, extrajudicial detention, constitutionalism, rule of law, classified information, judicial activism, judicial restraint

Wstęp

Niniejszy artykuł stawia następujące pytanie badawcze: jakie formy, sposoby wykonywania władzy sądowniczej w stosunku do służb specjalnych stanowią probierz demokratyzacji bądź autokratyzacji (ang. *democratic backsliding*)? Ustrój demokratyczny (zbieżny w dużej mierze z pojęciem „konstytucjonalizmu”) zakłada, że działalność państwa (i jego służb specjalnych) podlega kontroli sądowej. Wynika to z pojmowania demokracji jako ustroju władzy związanej prawem, podczas gdy w istotę autorytaryzmu wpisuje się arbitralność działania władzy publicznej. Okazuje się jednak, że kontrola działalności służb specjalnych w państwie demokratycznym (a jak się zaraz okaże, występująca również w państwach autorytarnych) potrafi doprowadzić do analogicznych skutków (to jest swoistej emancypacji służb w systemie organów państwa), mimo że rola tego typu organów jest zasadniczo odmienna w państwach autorytarnych. Jak zwięźle i celnie określają Krzysztof Krassowski, Tomasz Wierchowski oraz Anna Wierchowska, służby specjalne w demokratycznym państwie „posiadają wyraźnie określone uprawnienia i kompetencje, choć oczywiście część z ich zadań musi pozostać niejawną. Jest to cecha charakterystyczna wszystkich państw demokratycznych”¹. Autorzy podkreślają, że rolą służb specjalnych w demokracji jest funkcja strzeżenia prawa i zachowania ładu konstytucyjnego², natomiast w państwie autorytarnym służby pełnią (nominalnie) tę samą rolę, tyle że strzeżone przez nie prawo (także konstytucja) pełni rolę instrumentu podporządkowania sobie społeczeństwa lub koncesjonowanej opozycji³. Państwa autorytarne, o czym za chwilę, również potrafią tworzyć procedury i zasady kontroli służb specjalnych wedle kryteriów ściśle formalnych. Związanie służb prawem może być jednak zwodniczym probierzem poziomu demokracji, jeśli dostrzeżemy, że relacja między sądem kontrolującym działalność służb specjalnych jest odzwierciedleniem

¹ K. Krassowski, T. Wierchowski, A. Wierchowska, *Rola i zadania służb specjalnych w państwach niedemokratycznych i demokratycznych na przykładzie Rosji i Polski*, „International Journal of Legal Studies” 2, 2020, nr 8, s. 300–301. Należy zastrzec, że tak ogólnie postawiona teza o „wyraźnie” określonych kompetencjach tworzy sporą przestrzeń do polemiki. Im dalej od formacji policyjnych, tym trudniej kodyfikować metody działania organów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne, skoro metody ich działania często polegają na łamaniu prawa krajowego i międzynarodowego, zaś „ta brutalna teza, dla której nie ma miejsca w poprawnościowym dyskursie politycznym, w literaturze fachowej przyjmowana jest za oczywistą”, tak też M. Mróz, *Kontrola parlamentarna nad tajnymi służbami. Przegląd rozwiązań instytucjonalnych w wybranych krajach*, „Analizy Biura Analiz Sejmowych” 2012, nr 19 (86), s. 1.

² „O ile w państwie autorytarnym jest to główna funkcja sprawowana przez służby specjalne w zakresie politycznym, służąca kontroli społeczeństwa dla zachowania władzy politycznej, to w państwie demokratycznym jest to wyłącznie środek kontroli społeczeństwa dla zachowania porządku konstytucyjnego i bezpieczeństwa społeczeństwa”. *Ibidem*, s. 301.

³ Na temat funkcji pełnionej przez konstytucję pisaną w państwach autorytarnych zob. M. Bernaczyk, *Idea konstytucjonalizmu w państwach demokratycznych i autorytarnych*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 42, 2020, nr 3, s. 7–27.

poglądów na temat pozycji egzekutywy w czasie stanu wyjątkowego. Rzecz w tym, że zagrożenia dla demokracji w XXI wieku nie sprowadzają się do konwencjonalnych konfliktów zbrojnych lub katastrof naturalnych ujmowanych w procedury stanów nadzwyczajnych, lecz zaczynają przypominać permanentną konfrontację struktur państwowych z efemerycznymi przeciwnikami (działalność terrorystyczna, elementy konfliktów hybrydowych, takie jak wojny informacyjne, konflikty w cyberprzestrzeni, wojny zastępcze). Konstytucjonalizm Zachodu w czasie drugiej wojny światowej nie abdykował z koncepcji związania prawem, ale z drugiej strony — i to ilustruje dobrze przykład brytyjskich pozasądowych „bezterminowych zatrzymań” — rozwiązania te w praktyce pozostawiały działalność służb specjalnych poza kontrolą innych pionów władzy⁴. Uzasadniono to wprost stanem wojny, ale z jej zakończeniem nie odrzucano ich jako antytezy związania prawem, arbitralności władzy nad człowiekiem. Przeciwnie, powojenna historia pokazuje, że kompetencje „rozwadniano”, stawiając sądy (najwyższe, konstytucyjne) przed trzema rozwiązaniami, ilekroć przychodziło orzekać o zgodności z fundamentami prawa konstytucyjnego. Po pierwsze, próbowano nadać kontroli charakter efektywnego środka (zob. dalsze przykłady z postkolonialnego Singapuru). Po drugie, stwierdzano, że powściągliwy model kontroli stworzony przez władzę ustawodawczą jest legalny (konstytucyjny), nie podejmując próby nadania mu tego charakteru, a przez to — jak ujął to David Dyzenhaus — „nadając reżimowi [kontroli nad służbami — M.B.] imprimatur rządów prawa i zrównując go z rządami prawa”⁵ (na przykład w Wielkiej Brytanii podczas pierwszej wojny światowej⁶; zob. także przytoczone dalej sprawy *Liversidge p-ko Andersonowi* oraz *Greene przeciwko Sekretarzowi Stanu ds. Wewnętrznych*). Po trzecie, można uznać, że reżim kontroli jest nielegalny, ponieważ jest niezgodny z konstytucyjnymi zasadami legalności.

⁴ Na przykład sekretarz stanu do spraw wewnętrznych mógł nakazać bezterminowe zatrzymanie osoby stanowiącej zagrożenie, zaś od jego zarządzenia można było wnieść odwołanie do komitetu wykonawczego. Komitet informował zatrzymanych o podstawach zatrzymania (lecz nie miał dostępu do informacji wywiadu o przesłankach faktycznych) i pouczał o możliwości wniesienia odwołania, ale stanowisko komitetu (nawet jeśli uznawało zatrzymanie za bezzasadne) miało charakter czysto opiniodawczy (nie wiązało sekretarza stanu). Sekretarz stanu miał jedynie obowiązek składania parlamentowi miesięcznych sprawozdań o wydanych nakazach zatrzymania, a także nieuwzględnionych opiniach komitetu (zob. dalsze uwagi na temat brytyjskiego rozporządzenia 18B). Szerzej: D. Dyzenhaus, *States of emergency*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, s. 452–453.

⁵ *Ibidem*, s. 452.

⁶ *Ibidem*, ze wskazaniem na orzeczenie Izby Lordów z 1 maja 1917 roku w sprawie *R. przeciwko Halliday*.

Służby specjalne na tle zasady podziału władzy

Problematyka relacji pomiędzy władzą sądowniczą a służbami specjalnymi stanowi interesujący element badań w (porównawczym) prawie konstytucyjnym, prawie międzynarodowym (zwłaszcza w obszarze praw człowieka), przy czym dotyczy zwykle wolności od niejawnej ingerencji państwa w swobodę układania ludzkiej egzystencji. Przedmiotem zainteresowania badaczy prawa i ustroju państwa stają się głównie prawa człowieka związane z retencją danych osobowych (pozyskanych za zgodą podmiotu uprawnionego lub wskutek inwigilacji), przeszukania, zatrzymania i pozbawiania wolności (w trybie sądowym bądź pozasądowym) motywowane ochroną porządku publicznego, bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego państwa. Nie są to jednak analizy holistyczne, ponieważ zwykle zakładają, że istota demokracji pozostaje nienaruszona, system (sądowej, parlamentarnej) kontroli zbalansuje napięcia między bezpieczeństwem a ochroną praw człowieka, zaś ewentualne naruszenia prawa traktuje się jako incydent, a nie probierz stopniowego odchodzenia od demokracji (lub odwrotnie: stopniowego odchodzenia od autorytarnych praktyk). Jednakże w obszarze prawa konstytucyjnego lub politologii żywo dyskutuje się o zjawisku populizmu, odchodzenia od demokracji⁷, przywołując modny anglicyzm *democratic backsliding*, tłumaczony również jako „autokratyzacja”. Autokratyzacja stała się odbiciem lustrzanym „fali demokratyzacji”, pojęcia zaproponowanego w 1991 roku przez Samuela Huntingtona (1927–2007) na kanwie przemian w Europie, Ameryce Łacińskiej i Azji, który zdefiniował je jako „grupę przemian od reżimów niedemokratycznych do demokratycznych, które mają miejsce w określonym okresie czasu i znacząco przewyższają ilość przejść w przeciwnym kierunku w tym samym okresie czasu”⁸. Jednocześnie Huntington zastrzegł w tym samym miejscu, że fala przemian demokratycznych może obejmować liberalizację lub częściową demokratyzację w ustroju, który nie stanie się w pełni demokratyczny⁹. Autokratyzacja została opisana jako odwrotność tego zjawiska¹⁰. Jeśli spojrzeć na międzynarodowe badania zjawiska oparte na całościowej analizie kryterialnych cech demokracji (tudzież liberalnego konstytucjonalizmu), prowadzonej na przykład przez Uniwersytet w Göteborgu w ramach programu *Varieties of Democracy (V-Dem)*, to nie występuje w nich miernik dedykowany bezpośrednio problematyce służb specjalnych (o ile nie weźmiemy pod uwagę ogólnej kategorii nadzoru nad władzą

⁷ A. Śledzińska-Simon, *Learning Lessons from the populist defeats: From negative to positive constitutionalism*, „Social & Legal Studies” 32, 2023, nr 6.

⁸ S.P. Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman 1991, s. 15.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ A. Lührmann, S.I. Lindberg, *A third wave of autocratization is here: What is new about it?*, „Democratization” 26, 2009, nr 7, s. 1099.

wykonawczą)¹¹. Jednocześnie służby specjalne posiadają największy potencjał do zaburzania pluralizmu politycznego, a co najmniej podważania zaufania obywateli do państwa, jeśli zważyć (uprawdopodobnione, ale niezwyfikowane dotąd sądownie) zarzuty pozyskiwania informacji o działalności opozycji parlamentarnej w Polsce (np. za pomocą oprogramowania antyterrorystycznego *Pegasus* w Polsce podczas kampanii do Parlamentu Europejskiego w 2019 roku¹², a także za pomocą innych środków kontroli operacyjnej w kampanii wyborczej do sejmiku i senatu w 2023 roku).

Niejawny charakter ingerencji w sferę praw człowieka wynika z istoty działania służb specjalnych, które prowadzą działalność w sposób ukryty (w sensie faktycznym i prawnym) zarówno dla opinii publicznej, ale przede wszystkim w stosunku do osób i spraw objętych działalnością wywiadowczą lub kontrwywiadowczą. Wypada jednak zastrzec, że w krajowej literaturze niejawni sposób działania nie stanowi cechy kryterialnej definicji służb specjalnych, a przynajmniej nie jest to cecha wyrażona wprost. Na przykład polski ustawodawca posługuje się definicją podającą znaczenie, ale jednocześnie unika określenia desygnatu tego pojęcia dla całości ustroju¹³. Pojęcie służby specjalnej nie jest pojęciem konstytucyjnym. Konstytucja RP wyjątkowo wspomina — obok policji i wojska — o „służbach ochrony państwa”¹⁴ na potrzeby określenia statusu parlamentarzysty (art. 103 ust. 2 Konstytucji RP). Ustawodawca wyraża więc kategorię oczekiwania, aby nie mieszać funkcji ustawodawczej z wykonawstwem (w aspekcie bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego), ale nie rozstrzyga to wcale szczegółowego umiejscowienia służb w strukturze organów państwa. Definicja służb specjalnych ma więc charakter ściśle naukowy i na ogół koncentruje się na przedmiocie ich działań. Na przykład proponuje się, aby definiować je od strony negatywno-przedmiotowej jako zbiorcze określenie wszystkich służb wywiadowczych, cywilnych i wojskowych, oraz innych służb bezpieczeństwa, których

¹¹ Zob. *V-Dem Institute Democracy Report 2022: Autocratization Changing Nature?*, Gothenburg 2022, s. 17, https://v-dem.net/media/publications/dr_2022.pdf (dostęp: 26.10.2023).

¹² Zob. punkt 15 Zalecenia Parlamentu Europejskiego z dnia 15 czerwca 2023 roku dla Rady i Komisji w następstwie dochodzenia w sprawie zarzutów naruszenia prawa Unii i niewłaściwego administrowania w jego stosowaniu w odniesieniu do oprogramowania *Pegasus* i równoważnego oprogramowania szpiegowskiego (2023/2500(RSP)). Szerzej na ten temat zob. raport komisji śledczej Parlamentu Europejskiego do spraw zbadania stosowania oprogramowania *Pegasus* i równoważnego oprogramowania szpiegowskiego służącego inwigilacji (2022/2077(INI)).

¹³ Por. na przykład art. 11 ustawy z dnia 24 maja 2002 roku o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1136) lub art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 roku o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 57).

¹⁴ Nie należy utożsamiać tego pojęcia (autonomicznego) wyłącznie z pojęciem ustawowym, to jest nazwą własną „Służby Ochrony Państwa”, o której mowa w ustawie z dnia 8 grudnia 2017 roku o Służbie Ochrony Państwa (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 66).

działalność odbiega od metod działania właściwych policji¹⁵. W literaturze stawia się zarzut (aczkolwiek autor nie precyzuje adresata tego zarzutu) braku „zwięzłej koncepcji dotyczącej umiejscowienia i roli, jaką powinny odgrywać służby specjalne po 1989 roku”, a także problem „czytelnego odróżnienia” służb specjalnych (w szczególności Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Centralnego Biura Antykorupcyjnego) od policji, Straży Granicznej lub Żandarmerii Wojskowej¹⁶. Problem braku czytelnych granic pomiędzy tym, co jest działalnością policyjną, a działalnością służb specjalnych istotnie przewija się w dyskusjach prawniczych (jest to widoczne w nauce prawa konstytucyjnego, międzynarodowego publicznego po zamachach z 11 września 2001 roku) jako problem wyboru przez państwo narzędzia odpowiedzi na terroryzm. Państwo może odpowiedzieć zastosowaniem dotychczasowych środków typowych dla organów policji, charakterystycznych dla działalności sił zbrojnych albo też przybrać nową postać pośrednią (na przykład militaryzacja sił policyjnych). To niewątpliwie ważne zagadnienie, ale mimo wszystko techniczne i wtórne wobec sprawy podstawowej, jaką jest przypisanie służbom specjalnym ich roli. Tymczasem ta rola jest na przykład z polskiej perspektywy konstytucyjnej nad wyraz czytelna, a wręcz niesporna: podstawową funkcją jest zapewnienie bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego państwa. Kompetencje służb specjalnych w tym zakresie są więc pochodną konstytucyjnej funkcji władzy wykonawczej, a wręcz należą do jej istoty (zob. art. 146 ust. 4 pkt 7–8 Konstytucji RP). A skoro władza wykonawcza, wedle paradygmatu współczesnego konstytucjonalizmu, jest powściągana i kontrolowana, to powstaje pytanie, czy w stosunku do służb specjalnych można dokonać pełnego przeniesienia poglądów na temat praworządności, związania prawem, czy też w obszarze tym dochodzi do tworzenia odmiennego standardu konstytucyjnego.

Postawa władzy sądowniczej wobec służb specjalnych może być rozpatrywana jako kolejna odsłona sporu doktryny pasywizmu i aktywizmu, dwóch skrajności, w których sąd (sędzia) pasywistyczny jest służalczy wobec ośrodków władzy, zaś sędzia aktywistyczny zostaje wyniesiony do rangi intelektualnej i moralnej arystokracji posiadającej lepszy od innych wgląd w rozstrzyganą materię¹⁷. Można przyjąć, że w ustrojach autorytarnych władza sądownicza z założenia lokuje się bliżej powściągliwej skrajności, ilekroć rozstrzygnięcie sprawy zagrażałoby lub niweczyło rolę sądu państwa autorytarnego, a do tej zalicza się: 1) kontrolę społeczeństwa i wykluczania przeciwników politycznych; 2) podtrzymywanie roszczenia reżimu do prawnej legitymacji swych rządów; 3) wzmacnianie

¹⁵ S. Hoc, *Sytuacja organizacyjno-prawna polskich służb specjalnych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 3, 2002, s. 42. Podobnie F. Prusak, *Sytuacja ustrojowo-prawna wyodrębnionych wojskowych służb specjalnych*, „Zeszyty Prawnicze” 12, 2012, nr 1, s. 56.

¹⁶ Zob. M. Kolaszyński, *Constitutional status of Polish intelligence services since 1989 — intelligence vs. the police*, „Politeja” 14, 2017, nr 5 (50), s. 214.

¹⁷ P. Kaczmarek, *Wolność wypowiedzi sędziego w perspektywie pełnionych obowiązków*, „Krytyka Prawa” 14, 2022, nr 4, s. 96.

współdziałania administracji publicznej (jej aparatu biurokratycznego), rozwiązywania problemów z koordynacją poszczególnych stronnictw, baz klienckich w obrębie reżimu; 4) ułatwianie koncentracji dóbr ekonomicznych, zabezpieczanie dochodów klientów politycznych czy sprzyjanie obrotowi gospodarczemu i inwestycjom (także zagranicznym) poprzez ochronę własności i wolności gospodarczej, o ile korzystanie z tych praw nie wkracza w sfery politycznie wrażliwe dla reżimu¹⁸.

Jednakże praktyka sądów najwyższych (konstytucyjnych) w państwach klasyfikowanych jako demokratyczne dowodzi, że aktywizm (czy chociażby powściągliwość, tudzież „pokora sędziowska”) wcale nie jest oczywistą postawą. Sądy najwyższe potrafią abdykować z rygorystycznej rozliczalności służb specjalnych, a wydaje się mieć to związek z obietnicą składaną obywatelowi: zapewnienie egzystencjalnego bezpieczeństwa. Jeśli zważyć na procesy globalizacyjne, to jest to obietnica złożona w konstytucji pisanej¹⁹ przez ustrój, rywalizujący z dyktaturami (pod władzą tych ostatnich w 2021 roku żyło 5,4 miliarda ludzi, a więc 70% światowej populacji). Ustroje demokratyczne nie zawsze są w stanie udzielić efektywnej, acz symetrycznej odpowiedzi na terroryzm i inne ekstremizmy. Potrafią reagować identycznie lub podobnie do autorytarnych lub autokratycznych przeciwników, tolerując jednocześnie duży obszar władzy dyskrecjonalnej służb specjalnych. Opiera się to na swoistym domniemaniu, że te wyspecjalizowane organy egzekutywy posiadają lepsze zasoby wiedzy o związkach przyczynowo-skutkowych między ich działalnością, wykorzystywanymi środkami legislacyjnymi a zagrożeniem, do którego zwalczania je powołano. Przyjrzyjmy się zatem, w jaki sposób praktyka konstytucyjna aplikuje zasadę legalizmu w tym obszarze.

Brytyjski *legal transplant*. Singapur i pozasądowe pozbawienie wolności

Republika Singapuru na pierwszy rzut oka wydaje się osobliwym przykładem do dyskusji, skoro klasyfikuje się ją jako państwo autorytarne będące członkiem Brytyjskiej Wspólnoty Narodów (*British Commonwealth*). Posiadający 5,4 miliona obywateli, terytorium o powierzchni zaledwie 716 kilometrów kwadratowych, pozbawiony zasobów naturalnych należy do czołówki najbogatszych państw świata, stanowiąc jedno z największych centrów finansowych świata oraz strategiczny punkt na morskich szlakach handlowych. W latach 1963–1965 Singapur

¹⁸ Zob. T. Ginsburg, T. Moustafa, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge-New York 2008, s. 4–10.

¹⁹ Por. art. 2 zdanie drugie francuskiej Deklaracji praw człowieka i obywatela z dnia 26 sierpnia 1789 roku oraz preambułę do Konstytucji Republiki Francuskiej z 1958 roku; wstęp do Konstytucji USA z 1787 roku, wstęp do Konstytucji Hiszpanii z 1982 roku, art. 5 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku.

był członkiem Federacji Malajów (istniejącej w latach 1948–1963). Uzyskawszy niepodległość, 9 sierpnia 1965 roku (po opuszczeniu federacji), Singapur przez wiele lat opierał swój ustrój na swoistym „bloku konstytucyjnym” (Konstytucji Państwa Singapurskiego z 1963 roku, Ustawie o Niepodległości Singapuru z 22 grudnia 1965 roku oraz włączonymi do systemu konstytucyjnego fragmentami Konstytucji Malezji poświęconymi prawom podstawowym jednostki; te ostatnie znajdują się obecnie w art. 9–16 konstytucji). Skonsolidowany tekst Konstytucji Singapuru pojawił się dopiero w 1980 roku na podstawie upoważnienia udzielonego Prokuratorowi Generalnemu i ta kodyfikacja funkcjonuje do dziś²⁰. Podczas epizodycznego członkostwa w federacji Singapur zapożyczył od Malezji również podstawowe przepisy dotyczące ochrony bezpieczeństwa państwa, włączając do swego porządku prawnego dwa restrykcyjne akty prawne: Rozporządzenie o Zachowaniu Porządku Publicznego (*Preservation of Public Security Ordinance*) oraz malezyjską ustawę o bezpieczeństwie wewnętrznym z 1960 roku (*Internal Security Act*)²¹. Oba akty prawne umożliwiały prewencyjne zatrzymanie osób podejrzewanych o działalność wywrotową i propagowanie komunizmu bez dostępu do sądu na okres nieprzekraczający dwóch lat. Ocenia się, że u zarania niepodległego Singapuru jego pierwszy premier Lee Kuan Yew, „ojciec założyciel” niepodległego Singapuru (1923–2015), dokonał konsolidacji władzy w Partii Akcji Ludowej właśnie dzięki stosowaniu tych przepisów wobec skrajnie lewicowych lub prokomunistycznych frakcji²². Lee Kuan Yew zapisał się w historii jako charyzmatyczny polityk, którego poglądy o pierwszeństwie dobrobytu przed demokracją istotnie przełożyły się na pragmatyczne podejście do swobód jednostki²³, a w praktyce niepodległego Singapuru oznaczało to metodyczne koncesjonowanie opozycji parlamentarnej za pomocą sankcji (karnych) za przekroczenie granic wolności słowa lub zatrzymań.

Pozasądowe zatrzymania mają swoje korzenie w uprawnieniach brytyjskiej administracji kolonialnej przyznawanych na czas wojny (ang. *war powers*), a na

²⁰ Por. Constitution of the Republic of Singapore, 2020 revised edition, Singapore Statutes Online, <https://sso.agc.gov.sg/Act/CONS1963> (dostęp: 27.10.2023).

²¹ K. Tan, *The Constitution of Singapore*, Oxford 2015, s. 197.

²² Jednoizbowy parlament Singapuru jest zdominowany przez Partię Akcji Ludowej, która pozostaje partią rządzącą od zwycięskich wyborów w 1959 roku. Jej orientacja ewoluowała od lewicowej do centroprawicowej, zaś jej ideologiczną ewolucję wiąże się między innymi z sukcesywnym marginalizowaniem lewicowych członków za pomocą wspomnianych przepisów o działalności wywrotowej. W 1956 roku kolonialny rząd, którego przywódcą był Lim Yew Hock, zastosował pozasądowy areszt wobec czołowych działaczy Partii Akcji Ludowej na podstawie rozporządzenia o zachowaniu porządku publicznego. Gdy w 1959 roku Partia Akcji Ludowej wygrała wybory, Lee Kuan Yew postawił zwolnienie zatrzymanych jako warunek objęcia urzędu premiera. Zwolnionych potraktowano niczym bohaterów, zgotowano im gorące powitanie i powołano w skład rządu, ale w obszarach, które nie wiązały się z faktyczną władzą i wpływami politycznymi. Zob. K. Tan, *op. cit.*, s. 199.

²³ G. Silverstein, *Singapore's constitutionalism: A model, but of what sort?*, „Cornell Law Review” 100, 2015, nr 1, s. 23.

terytorium Malezji pojawiły się jeszcze w latach trzydziestych XX wieku. Po drugiej wojnie światowej pozasądowe (administracyjne) pozbawienie wolności funkcjonowało w kolonialnej Malezji i Singapurze jako odpowiedź na rosnące zagrożenie działalnością wyrotową Malajskiej Partii Komunistycznej oraz Partii Komunistycznej Singapuru. Jednakże oprócz zwalczania groźby komunistycznej partyzantki na Półwyspie Malajskim były też skutecznie wykorzystywane do neutralizowania wewnętrznej opozycji — na przykład w lutym 1963 roku, krótko przed akcesją Singapuru do Federacji Malajów Rada Bezpieczeństwa Wewnętrznego²⁴ zatwierdziła połączoną singapursko-malezyjską operację policyjną pod kryptonimem „Chłodnia”, w której zatrzymano ponad setkę lewicowych polityków, związkowców i sympatyków Frontu Socjalistycznego (*Barisan Sosialis*, partii utworzonej przez byłych członków Partii Akcji Ludowej wydalonych w 1961 roku). Pozasądowe zatrzymania pomogły Partii Akcji Ludowej odciąć się od radykalnej lewicy i sympatyków komunizmu oraz wygrać wybory we wrześniu 1963 roku przytłaczającą większością. To z kolei zabezpieczyło większość niezbędną do uchwalenia przystąpienia do federacji. Z chwilą akcesji do Federacji Malajskiej (w dniu 16 grudnia 1963 roku) Singapur inkorporował²⁵ malezyjską ustawę o bezpieczeństwie wewnętrznym z 1960 roku, a po wyjściu z federacji utrzymał ją w mocy na podstawie wspomnianej Ustawy o Niepodległości Singapuru z 1965 roku.

Ustawa o bezpieczeństwie wewnętrznym udzieliła prezydentowi Singapuru kompetencji do nakazywania ministrowi spraw wewnętrznych zatrzymań (w formie zarządzenia ministra) osób określonych w obecnym art. 8 ust. 1 ustawy²⁶.

²⁴ Był to organ utworzony przez Brytyjczyków do rozpatrywania wszelkich spraw związanych z bezpieczeństwem wewnętrznym Singapuru. Składał się z Brytyjskiego Wysokiego Komisarza, dwóch członków powołanych przez Wielką Brytanię, trzech przedstawicieli Singapuru (w tym jego premiera) oraz jednego przedstawiciela rządu Malezji.

²⁵ Na mocy ustawy nr 23 z 1963 roku o Federacji Malajskiej.

²⁶ Przepis art. 8 ust. 1 ustawy o bezpieczeństwie wewnętrznym z 1960 roku stanowi: „Jeśli prezydent jest przekonany co do określonej osoby, że w celu zapobieżenia jej działaniom, które mogłyby zaszkodzić bezpieczeństwu Singapuru lub jego części lub zakłócić utrzymanie porządku publicznego lub niezbędnych usług na jego obszarze, jest to konieczne, minister [spraw wewnętrznych — M.B.] wyda zarządzenie — (a) nakazujące zatrzymanie takiej osoby na okres nieprzekraczający dwóch lat; lub (b) w celu realizacji dowolnych z następujących celów: (i) nakazujące nałożenie na tę osobę ograniczeń, które mogą być określone w zarządzeniu w odniesieniu do jej działań oraz miejsc jej zamieszkania i zatrudnienia; (ii) zakazujące jej przebywania na zewnątrz w godzinach określonych w zarządzeniu, z wyjątkiem sytuacji, gdy ma na to pisemną zgodę wydaną przez wskazaną w zarządzeniu władzę lub osobę; (iii) nakazujące jej zgłaszanie swoich przemieszczeń w określony sposób w określonych czasach i do wskazanej w zarządzeniu władzy lub osoby; (iv) zakazujące jej przemawiania na publicznych spotkaniach, sprawowania urzędu lub uczestniczenia w działaniach organizacji lub stowarzyszeń, lub działania jako doradcy dla jakiegokolwiek organizacji lub stowarzyszenia, lub uczestniczenia w jakichkolwiek działaniach politycznych; (v) zakazujące jej podróżowania poza granice Singapuru lub jego części wskazane w zarządzeniu, z wyjątkiem sytuacji, gdy ma na to zgodę wskazaną w takim zarządzeniu władzy lub osoby”, zob. obowiązującą wersję ustawy, <https://sso.agc.gov.sg/Act/ISA1960> (dostęp: 27.10.2023).

Artykuł 8 ust. 2 ustawy przewiduje, iż prezydent może przedłużyć obowiązywanie dowolnego ministerialnego zarządzenia o kolejny okres lub okresy, nieprzekraczające każdorazowo dwóch lat. Przytoczone przepisy funkcjonują do dziś, natomiast pod koniec lat osiemdziesiątych stały się przyczynkiem do ożywionej dyskusji w komparatystyce prawniczej na temat „odcieni szarości” w pojmowaniu fundamentów państwa prawnego, roli sądów w powściągnięciu egzekutywy, a nawet instrumentalnego traktowania trybu zmiany konstytucji przez partie hegemoniczne. Paradoks polega na tym, że Singapur włączył do konstytucji obszerny przepis art. 9 dotyczący praw podstawowych jednostki (prawo do sądowej kontroli pozbawienia wolności, obowiązek przedstawienia zarzutów bądź zwolnienia w ciągu 48 godzin), ale jednocześnie art. 9 ust. 6²⁷ zawierał nietypową klauzulę utrzymującą w mocy prawo dotyczące pozasądowego zatrzymania uchwalone w okresie poprzedzającym wejście w życie konstytucji. Jej brzmienie wyłącza kontrolę konstytucyjności prawa, co nie przeszkodziło jednak Sądowi Najwyższemu Singapuru poszukiwać przestrzeni dla ochrony praw człowieka.

W okresie od maja do kwietnia 1987 roku służba bezpieczeństwa Singapuru przeprowadziła operację pod kryptonimem „Spektrum”. W rezultacie zatrzymała 22 osoby, zarzucając im „udział w marksistowskim spisku w celu obalenia istniejącego porządku społecznego i politycznego Singapuru, za pomocą taktyk komunistycznego frontu ludowego, zmierzającym do ustanowienia państwa marksistowskiego”²⁸. Rząd zastosował zatrzymania wynoszące od roku do dwóch lat, natomiast w grudniu 1987 roku zwolnił wszystkich zatrzymanych (z wyjątkiem Vincenta Chenga, wolontariusza Kościoła katolickiego, któremu zarzucono kontakty z domniemanym mózgiem spisku, którym był Tan Wah Piow, singapurski uchodźca polityczny w Wielkiej Brytanii). Wszystkie zwolnione osoby podpisały uprzednio oświadczenia o udziale w spisku, które rząd podał do publicznej wiadomości z chwilą nakazu zawieszenia zatrzymań (26 września

²⁷ „Przepisy tego artykułu nie uchylają żadnego prawa: (a) obowiązującego przed wejściem w życie tej Konstytucji, które upoważnia do aresztowania i zatrzymania osoby w interesie bezpieczeństwa publicznego, pokoju i porządku publicznego; lub (b) związanego z nadużywaniem narkotyków lub substancji odurzających, które upoważnia do aresztowania i zatrzymania osoby w celu leczenia i rehabilitacji, z powodu niezgodności takiego prawa z klauzulami (3) [prawo do bycia poinformowanym o ciężących zarzutach — M.B.] i (4) [prawo do rozpatrzenia zasadności aresztowania w ciągu 48 godzin pod rygorem zwolnienia z aresztu — M.B.], a w szczególności nie ma to wpływu na ważność ani funkcjonowanie takiego prawa przed 10 marca 1978 roku”.

²⁸ Konstrukcja tego zarzutu była wspólna dla wszystkich zatrzymanych, natomiast w ślad za uzasadnieniem faktycznym wyroku w sprawie *Chng Suan Tze i inni przeciwko Ministrowi Spraw Wewnętrznych* precyzowano na przykład w odniesieniu do powódki *Chng Suan Tze*, że „w okresie od 1975 do 1981 roku była zaangażowana w działalność prokomunistyczną S-ChRS. Jako założycielka *Gendang Enterprises*, grupy kulturalnej powołanej przez Studencko-Chrześcijański Ruch Singapuru, brała udział w działalności *Gendang*, która obejmowała śpiewanie progresywnych piosenek i wystawianie sztuk teatralnych, które swą wymową wyolbrzymiały los ubogich oraz niedostatki istniejącego systemu”.

1987)²⁹. Sprawa ostałaby się jako kolejna odsłona restrykcyjnej polityki wewnętrznej Singapuru, a tym bardziej nie odbiłaby się szerokim echem w historii konstytucyjnej, gdyby nie fakt, że 18 kwietnia 1988 roku dziewięciu zwolnionych udzieliło mediom wywiadu, zarzucając singapurskim służbom znęcanie się i tortury celem wydobycia oświadczeń o rzekomym udziale w spisku. Rząd zareagował następnego dnia odwołaniem nakazu zatrzymania, zaś 20 kwietnia 1988 roku podał do mediów komunikat, tłumacząc swe motywacje, iż musi ustalić, dlaczego zatrzymani wycofali się ze swoich wcześniejszych oświadczeń i zmienili stanowisko: „Zatrzymani twierdzą teraz, że wszystko, co robili, było legalne i zgodne z prawem. Skoro twierdzą — a co gorsza, jeśli naprawdę w to wierzą — iż nie uczynili nic złego, to istnieje duże prawdopodobieństwo, że wznowią swą wcześniejszą działalność”. Zatrzymani wystąpili do sądu z wnioskiem o zbadanie zasadności zatrzymania (*writ of habeas corpus*) i ten stan faktyczny doprowadził do wyroku Sądu Najwyższego (Sądu Apelacyjnego)³⁰ z dnia 8 grudnia 1988 roku w sprawie *Chng Suan Tze i inni przeciwko Ministrowi Spraw Wewnętrznych*³¹.

Sprawa ta jest uznawana za jedno z najważniejszych orzeczeń budujących tożsamość konstytucyjną Singapuru, chociaż nic nie zapowiadało, że wyłame się z kanonu spraw dotyczących standardu powściągliwej kontroli służb specjalnych. W pierwszych dwóch dekadach niepodległości Singapuru Sąd Najwyższy dokonał wiernej recepcji poglądów brytyjskiej Izby Lordów, przyjmując doktrynę tak zwanego testu subiektywnego³². Jego istota wyrasta jeszcze z czasów drugiej wojny światowej, a przede wszystkim z rozumowania zaprezentowanego przez Izbę Lordów w wyroku z dnia 3 listopada 1941 roku w sprawie *Liversidge przeciwko Andersonowi*³³. Izba Lordów uznała wówczas, że sformułowanie „uzasadnione powody” (sekretarza stanu do spraw wewnętrznych)³⁴ do wydania

²⁹ Rząd oświadczył, że „jest zadowolony, ponieważ jest mało prawdopodobne, aby [zatrzymani — M.B.] wznowili działalność wywrotową i nie stanowią już zagrożenia dla bezpieczeństwa. Nakaz zawieszenia zostanie odwołany, jeśli którykolwiek z nich ponownie zaangażuje się w działalność wywrotową lub naruszy którekolwiek z warunków określonych w nakazie zawieszenia”.

³⁰ Sąd Najwyższy Singapuru składa się z Wysokiego Sądu (*High Court*) oraz Sądu Apelacyjnego (*Court of Appeal*), przy czym ten ostatni stanowi najwyższy organ władzy sądowniczej w państwie.

³¹ W orygu. *Chng Suan Tze v Minister of Home Affairs and others and other appeals* [1988] SGCA 16.

³² Zob. wyrok Sądu Najwyższego Singapuru z 13 czerwca 1971 roku w sprawie *Lee Mau Seng przeciwko Ministrowi Spraw Wewnętrznych* [1971–1973], SLR (R) 135.

³³ Orzeczenie [1942] AC 206. Stanowisko w tej sprawie zostało powtórzone przez Izbę Lordów w odrębnej sprawie *Greene przeciwko Sekretarzowi Stanu ds. Wewnętrznych* [1942] AC 284.

³⁴ Sporny przepis art. 18B (1) brzmiał: „Jeśli sekretarz stanu ma uzasadnione powody, aby wierzyć, że jakakolwiek osoba posiada wrogie nastawienie lub powiązania wobec królestwa lub była niedawno zaangażowana w działania szkodliwe dla bezpieczeństwa publicznego lub obrony królestwa lub w przygotowywanie lub podżeganie takich działań i z tego powodu konieczne jest podjęcie kontroli nad tą osobą, może wydać wobec tej osoby zarządzenie nakazujące jej zatrzymanie”. Zob. także przykłady odmiennych konstrukcji w prawie brytyjskim (wydanych z oczywistą

nakazu zatrzymania w rozporządzeniu obronnym nr 18³⁵ nie podlegają sądowej weryfikacji, gdyż lokują się w sferze dyskrejonalnej oceny egzekutywy, zaś to ona odpowiada za bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny w czasie wojny. Test subiektywny ukuty w sprawie *Liversidge*... nadal pozostaje istotną ilustracją w dyskursie prawniczym dotyczącym koncepcji stanu wyjątkowego, natomiast w okresie powojennym był aplikowany w praktyce sądowej państw byłego dominium brytyjskiego (na przykład w Malezji, Indiach). Singapur nie był więc wyjątkiem, lecz to właśnie Sąd Najwyższy Singapuru zdecydował się wyjść poza ten schemat i postawił znak równości między dyskrejonalnym działaniem ministra spraw wewnętrznych a władzą niezwiązaną prawem (a przez to niekonstytucyjną). W sprawie *Chng Suan Tze i inni* Sąd Najwyższy (*Court of Appeal*) orzekł z ograniczeniami konstytucyjnymi (swoistym zakazem *judicial review* ustawy o bezpieczeństwie wewnętrznym pod kątem zgodności z art. 9, 13 i 14 konstytucji), ale podążył za sugestią skarżących, że kontrola sądowa stosowania ustawy powinna wyjść poza prostą rekonstrukcję stadiów proceduralnych (dostarczenie prezydentowi informacji, skierowanie pisemnych wniosków) w kierunku oceny materialnoprawnej. Sąd odnotował, że konstytucja nie wyłączyła w tym obszarze zasady równości wobec prawa (art. 12). To zaś oznaczałoby sprowadzenie kontroli sądowej do poszukiwania odpowiedzi na pytanie: co w okolicznościach sprawy oznacza, że „prezydent jest usatysfakcjonowany” informacjami dostarczonymi przez egzekutywę (a w praktyce służby specjalne), by nakazać zatrzymanie? Przywiązanie judykatury do testu subiektywnego apriorycznie wykluczało stawianie takich pytań, a tym bardziej indagowanie egzekutywy na tę okoliczność. Sąd Najwyższy zaczął więc poszukiwać argumentów zakorzenionych w konstytucyjnej klauzuli rządów prawa (art. 4, 12 konstytucji), by odrzucić test subiektywny z następującym uzasadnieniem:

Pojęcie subiektywnego lub nieskrępowanego uznania przeczy rządowi prawa. Wszelka władza ma prawne granice, a rządy prawa wymagają, by sądy miały możliwość oceny korzystania z kompetencji uznaniowych. Jeśli władza wykonawcza, korzystając z uznania przyznanego na mocy ustawy, przekroczyła granice stosowania uznania określone przez Parlament, takie sprawowanie władzy uznaniowej byłoby *ultra vires*, zaś sąd musi mieć zdolność, by takim je uznać³⁶.

intencją przyznania adresatowi kompetencji dyskrejonalnych) w zdaniu odrębnym Lorda Atkina do orzeczenia Izby Lordów w sprawie *Liversidge*.

³⁵ Rozporządzenie nr 18B (ang. *Regulation 18B of the Defence (General) Regulations 1939*) zostało wydane przez rząd Wielkiej Brytanii jako tak zwane *Order-in-Council* na podstawie *Emergency Powers (Defence) Act 1939* uchwalonego przez parlament w reakcji na zawarcie paktu Ribbentrop–Mołotow i spodziewany wybuch wojny. Jego konstrukcja prawna była zbliżona do wspomnianych przepisów dotyczących pozasądowego pozbawienia wolności, aczkolwiek — i to krytykował Lord Richard Atkin w zdaniu odrębnym do *Liversidge przeciwko Andersonowi* — różniło się od stylizacji klauzul dotyczących dyskrejonalnego pozbawienia wolności w prawie brytyjskim (zob. zdanie odrębne Atkina w uzasadnieniu orzeczenia). Atkin pozostawał w przekonaniu, że język rozporządzenia nie dawał egzekutywie władzy dyskrejonalnej. Zatrzymanie zarządzał sekretarz stanu Wielkiej Brytanii, zaś rozstrzygnięcie w sprawie *Liversidge* nakazywało „preferować taką wykładnię, która realizuje jasne zamiary tych odpowiedzialnych [brytyjskiego rządu — M.B.]”.

³⁶ Tak też uzasadnienie w sprawie *Chng Suan Tze v Minister of Home Affairs and others and other appeals* [1988] SGCA 16.

Zatrzymani zostali zwolnieni, jednak 26 stycznia 1989 roku parlament uchwalił ustawę nr 1 z 1989 roku o zmianie konstytucji (wchodzącą w życie 27 stycznia 1989 roku)³⁷. Nowelizacja dotyczyła art. 149 (w rozdziale XII konstytucji *Uprawnienia specjalne przeciwko działalności wywrotowej i uprawnienia w stanie nadzwyczajnym*) oraz stanowiła bezpośrednią odpowiedź na stanowisko Sądu Najwyższego w sprawie *Chng Suan Tze...* Nowela zwiększyła szerokość zakazu *judicial review* w sprawie bezpieczeństwa państwa, a w szczególności „zabezpieczyła” działalność egzekutywy lub parlamentu przed rozstrzygnięciem o konstytucyjności za pomocą retroaktywnej klauzuli art. 149 ust. 3 konstytucji³⁸. Na poziomie ustawodawczym znowelizowano Ustawę o Bezpieczeństwie Wewnętrznym, blokując możliwość przeniesienia sprawy do Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej. Wprost wyłączono odwołanie do Komitetu Sądowego Tajnej Rady Jej Brytyjskiej Królewskiej Mości (*Privy Council*) w postępowaniu sądowym dotyczącym zgodności z prawem jakiegokolwiek decyzji lub aktu prawnego wydanych na mocy ustawy o bezpieczeństwie wewnętrznym lub w związku z jakąkolwiek kwestią dotyczącą wykładni przepisów rozdziału XII konstytucji lub ustawy wydanej na ich mocy. Domniemanych sprawców działalności wywrotowej zatrzymano ponownie. Ich kolejne próby odwołania się nie przyniosły już rezultatu, zaś zatrzymania utrzymano w mocy³⁹. W komparatyzmie prawniczym zasugerowano, że Singapur zmanifestował „konstytucjonalizm czysto praworządny”⁴⁰, redukując jego znaczenie do wąskiego (i znanego w dziewiętnastowiecznej Wielkiej Brytanii) pojmowania rządów prawa (tożsamego z europejskim, formalnym komponentem państwa prawnego, ale pomijającym ich substrat materialny).

³⁷ Por. Constitution of the Republic of Singapore (amendment) Act 1989 (No. 1 of 1989), Singapore Statutes Online, <https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/1-1989/Published/19890127?DocDate=19890127> (dostęp: 1.11.2023).

³⁸ „Jeśli w związku z jakimkolwiek postępowaniem, czy to wszczętym przed czy po rozpoczęciu obowiązywania niniejszego przepisu, staje w jakimkolwiek sądzie kwestia dotycząca zgodności z prawem decyzji lub aktu prawnego wydanego w wykonaniu jakiegokolwiek upoważnienia przyznanego prezydentowi lub ministrowi na mocy jakiegokolwiek ustawy wymienionej w niniejszym artykule, taka kwestia będzie rozstrzygana zgodnie z przepisami jakiegokolwiek ustawy, którą parlament może uchwalić w tym celu; żadne postanowienie art. 93 [Konstytucji; odnośnie do władzy sądowniczej — M.B.] nie narusza jakiegokolwiek ustawy uchwalonej na mocy niniejszego przepisu”.

³⁹ Zob. odpowiednio wyroki Sądu Najwyższego Singapuru z dnia 3 kwietnia 1990 roku w sprawie *Teo Soh Lung v. Minister for Home Affairs* [1990] 1 S.L.R.(R.) 347, C.A. oraz w sprawie *Cheng Vincent v. Minister for Home Affairs* [1990] 1 S.L.R.(R.) 38, H.C.

⁴⁰ M. Tushnet, *Authoritarian constitutionalism: Some conceptual issues*, [w:] *Constitutions in Authoritarian Regimes*, red. T. Ginsburg, A. Simpser, Cambridge 2014, s. 40. W polemice do tej tezy wskazano, że Singapur jest państwem konstytucyjnym, ale nie ucieleśnia konstytucjonalizmu mimo przestrzegania jego niektórych części składowych. Zwrócono uwagę na pozostałe elementy ustroju (system wyborczy), który zapewnia hegemonię partii i jednocześnie — co pokazał omówiony przykład — zdolność do instrumentalnej zmiany konstytucji (G. Silverstein, *op. cit.*, s. 18–23).

Czy potrzebujemy reinterpretacji prawa do sądu w relacjach ze służbami specjalnymi?

Brytyjska powściągliwość sędziowska może zaskakiwać skalą zagranicznej kariery, skoro jeszcze w 2008 roku Prokurator Generalny USA próbował bronić pozasądowego pozbawienia wolności w Guantamano w sprawie *Boumediene przeciwko Bushowi*⁴¹, powołując się na sprawy *Liversidge* oraz *Greene*. Pominając włączenie konwencji praw człowieka do ustroju konstytucyjnego Wielkiej Brytanii, w skali Europy ten poziom dyskrecjonalnego działania władz nie jest już (co do zasady) możliwy. W Europie prewencyjne administracyjne zatrzymania są niezgodne z art. 5 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 roku, chyba że doszłoby do uchylenia przez państwo zobowiązań w stanie niebezpieczeństwa publicznego, na zasadach i trybie art. 15 konwencji (w sposób tymczasowy, ograniczony i nadzorowany), a w szczególności przy zachowaniu trybunalskich kryteriów (na temat prewencyjnych zatrzymań w związku z działalnością terrorystyczną zob. między innymi sprawy *Lawless przeciwko Irlandii*⁴² oraz *Irlandia przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*⁴³).

Jednak tym, co może ująć uwadze w sprawie *Liversidge*, jest sygnalizowany problem toczenia sporu w warunkach ograniczonej dostępności informacji dla strony procesu kontestującej działalność rządu⁴⁴. Anglosaska „tradycja” implementowania administracyjnego, pozasądowego pozbawienia wolności i próby jej sądowej weryfikacji mogą wydawać się przykładami skrajnymi, ale w gruncie rzeczy każdy spór ze służbami specjalnymi przeniesiony na salę sądową jest sporem o informację, to znaczy — uosabia dylemat, ile informacji powinno dostarczyć się przeciwnikowi procesowemu, aby nie ujawnić metod działania i tożsamości funkcjonariuszy aparatu bezpieczeństwa. To zagadnienie wydaje się kwestią trzeciorzędą, wręcz techniczną, ale jeśli brak norm proceduralnych wpływających na istotę prawa, to należy rozważyć, w jaki sposób kompensować ten deficyt rozwiązaniami, być może nietypowymi, dla dotychczasowego rozumienia dostępności sądu w prawie konstytucyjnym lub międzynarodowym reżimie praw człowieka.

Problem tkwi w tym, że zarządzanie informacjami niejawnymi (jako kolejna domena służb specjalnych) również rodzi problemy dla sądownictwa. Na przykład

⁴¹ 553 U.S. 723 (2008).

⁴² No. 3 [1961], 1 EHRR 15.

⁴³ [1978] 2 EHRR 25.

⁴⁴ „Wydaje się oczywiście, że w wielu przypadkach [sekretarz stanu — M.B.] będzie działał na podstawie informacji o najbardziej poufnych charakterze, które nie mogłyby być przekazane osobie zatrzymanej ani ujawnione w sądzie bez największego ryzyka naruszenia przyszłych działań sekretarza stanu na rzecz obrony państwa w tej i podobnych sprawach. Nawet pobieżny namysł pokaże, że uprawnienie sądu [...] do wydawania zarządzeń w sprawie przeprowadzania rozpraw w trybie poufnym [*in camera* — M.B.] nie zapobiegałoby ujawnieniu poufnych spraw, ponieważ takie informacje stałyby się znane osobie zatrzymanej i wielu innym osobom”, zob. uzasadnienie w sprawie *Liversidge*.

w Stanach Zjednoczonych Ameryki można odnotować powściągliwe podejście do egzekutywy w obszarze związanym z tak zwanym bezpieczeństwem narodowym, stanowiącym swoiste przedłużenie koncepcji podziału władz i związanej z nią predyspozycji egzekutywy do wykrywania oraz neutralizowania zagrożeń ustroju. Jednakże należy zastrzec, że w przypadku zatrzymanych w Guantanamo amerykański Sąd Najwyższy odrzucił próby interpretowania zasady podziału władz w kierunku prawa do dyskrecjonalnej oceny doboru środków zwalczania terroryzmu, jeśli miałyby to wiązać się z całkowitym wyłączeniem możliwości zaskarżenia pozbawienia wolności przez obywateli amerykańskich (zob. *Hamdi przeciwko Rumsfeldowi*)⁴⁵, ale i cudzoziemców (*Rasul przeciwko Bushowi*)⁴⁶. Jednocześnie w sprawie *Hamdi przeciwko Rumsfeldowi* większość składu orzekającego wyraziła pogląd, że dostęp osadzonych w obozie Guantanamo do niezależnego trybunału wojskowego byłby wystarczającym środkiem kontroli, natomiast sama instytucja pozbawienia wolności została — w ocenie sądu — usankcjonowana rezolucją Kongresu z dnia 18 września 2001 roku o „upoważnieniu do użycia Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych przeciwko odpowiedzialnym za niedawne ataki wymierzone w Stany Zjednoczone”⁴⁷.

Jeszcze w latach siedemdziesiątych XX wieku, na długo przed wybuchem „wojny z terroryzmem” orzecznictwo sądów federalnych dało asumpt do przychylnego traktowania stanowiska agencji odpowiedzialnych za klasyfikowanie informacji niejawnych jako podmiotu lepiej wykwalifikowanego niż sąd. Na przykład w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Marchetti*⁴⁸ rząd Stanów Zjednoczonych pozwał byłego pracownika CIA celem zapobieżenia publikacji jego książki. Powołał się przy tym na klauzulę poufności związaną z umową podstawą zatrudnienia, a rozciągającą swe skutki na okres po ustaniu służby. Sąd uwzględnił powództwo, argumentując następująco przeciwko potencjalnym skutkom opublikowania książki:

⁴⁵ 542 U.S. 507 (2004).

⁴⁶ 542 U.S. 466 (2004).

⁴⁷ Public Law 107–40, 107th Congress. Należy też pamiętać, że Konstytucja USA nie daje czytelnym granic pomiędzy kompetencjami Kongresu a prezydenckimi w przypadku użycia sił zbrojnych. O ile Kongres decyduje o stanie wojny i określa strukturę sił zbrojnych (zob. art. 1, sekcja 8 Konstytucji USA), to przyjmuje się, że prezydent posiada uprawnienia do użycia sił zbrojnych o charakterze defensywnym, które nie wymagają zgody Kongresu (zob. M. Zeisberg, *War Powers: The Politics of Constitutional Authority*, Princeton-Oxford 2015, s. 6). Odpowiedź na pytanie, co stanowi legalną i nieusankcjonowaną przez Kongres reakcją obronną, jest trudna, niemniej jednak aprobata Kongresu po zamachach z 11 września 2001 roku czyniła to zagadnienie drugorzędym. To, na co zwróciły uwagę zdania odrębne w sprawie *Hamdi przeciwko Rumsfeldowi* (autorstwa sędziów A. Scalia i J.P. Stevensa), to brak wyraźnego zawieszenia przez Kongres *habeas corpus* na mocy art. 1 sekcji 9 Konstytucji USA („Przywilej *habeas corpus* może być zawieszony tylko w przypadkach, gdy ze względu na bunt lub najazd wymagać tego będzie bezpieczeństwo publiczne”).

⁴⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych (4 Okręg) z dnia 11 września 1972 roku, 466 F.2d 1309 (4th Cir. 1972).

Jest praktyczny powód, dla którego należy unikać sądowej kontroli klasyfikowania informacji niejawnych. Znaczenie jednego spośród wielu elementów może często zależeć od wiedzy o wielu pozostałych elementach informacji. To, co wydaje się błahe dla osoby niedoinformowanej, może mieć wielkie znaczenie dla kogoś, kto ma szerszy ogłęd spraw i możliwość umieszczenia informacji w szerszym kontekście. Sądy, rzecz jasna, nie są w pełni wyposażone, by wystarczająco zgłębić problematykę wywiadu zagranicznego oraz służyć efektywną oceną klauzulowania informacji w tych sprawach⁴⁹.

Zasygnalizowana możliwość łączenia rozproszonych informacji w większy obraz spowodowała, że docelową mozaikę zaczęto traktować jako źródło niebezpieczeństwa, a sam budulec — z pozoru nieszkodliwe elementy — jako tak zwane informacje wrażliwe (stąd zresztą wzięła się późniejsza doktrynalna nazwa tej koncepcji — „teoria mozaikowa”). Podmiotem predysponowanym do formułowania oceny o adekwatności związku skutkowego między zagrożeniem a mozaiką zostały służby specjalne⁵⁰. Orzecznictwo federalne wykształciło swoistą dyrektywę poszanowania wykwalifikowanej oceny agencji w sferze ochrony bezpieczeństwa narodowego i polityki zagranicznej. W jednej ze spraw sąd uzasadnił na przykład

że istota sprawy nie polega na tym, czy sąd zgadza się z oceną zagrożenia dokonaną przez agencję, lecz czy w odniesieniu do całości dokumentacji rozstrzygnięcie agencji [o odmowie dostępu do informacji — M.B.] przechodzi obiektywnie test racjonalności, dobrej wiary, określoności, a także wiarygodności w sferze wywiadu zagranicznego stanowiącego specjalność agencji i wynikającego ze szczególnej funkcji powierzonej przez Kongres⁵¹.

Niekiedy sąd federalny wprost uzasadniał prymat oceny agencji wywiadowczych brakiem fachowego przygotowania sędziego do oceny wszystkich konsekwencji ujawnienia spornych informacji: „Ocena tego, co jest bądź nie jest chronione, w interesie bezpieczeństwa narodowego wymaga analizy, którą wobec braku twardych dowodów kieruje intuicja. Ta zaś rozwija się wraz z doświadczeniem odmiennym od tego, które posiada większość sędziów”⁵².

Wnioski

Wydaje się, że współczesne demokracje nie chcą tolerować prawnej próżni, w której podmioty związane z wywiadem, obronnością czy nawet niższymi poziomami ochrony porządku publicznego funkcjonują bez kontroli wymiaru

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Niemal dekadę później orzecznictwo federalne dokonało konwersji poglądów ze sprawy *Stany Zjednoczone przeciwko Marchetti* na grunt kluczowych uprawnień prasy i obywateli wynikających z ustawy o wolności informacji (*Freedom of Information Act* z 1966 roku) w sprawach *Halkin przeciwko Helms* 598 F.2d 1 (D.C. Cir. 1978) oraz *Halperin przeciwko CIA* 629 F.2d 144 (D.C. Cir. 1980).

⁵¹ *American Civil Liberties Union v. Department of Justice*, 321 F. Supp. 2d 24, 35 (D.D.C. 2004) z powołaniem na wyrok w sprawie *Gardels v. CIA*, 689 F.2d 1100, 1105 (D.C. Cir. 1982).

⁵² Ch. Dunn, *Judging secrets*, „Villanova Law Review” 31, 1986, nr 2, s. 497 z powołaniem na wyrok w sprawie *Klaus v. Blake*, 428 F. Supp. 37 (D.D.C. 1976).

sprawiedliwości. Jeżeli jednak proceduralne tło sporu o legalność działania służb specjalnych miałyby przebiegać w warunkach niweczających cel i środki ich działania, to oczywiste jest, że sądy przyjmują powściągliwość, próbując jednocześnie argumentować, że istnieje jakiś surogat sądowego równoważenia władzy wykonawczej w tym obszarze (na przykład prymat kontroli parlamentarnej w komisjach stałych lub *ad hoc*). Problem z takim założeniem wynika ze specyfiki systemu parlamentarno-gabinetowego. Parlamentarna większość nie ma motywacji, by delegitymizować własny rząd skrupulatną kontrolą służb. Współczesne mechanizmy sprawowania polityki pokazują też, że pluralizm polityczny ustąpił agresywnej polityce łupów i ograniczaniu praw opozycji parlamentarnej. Rozwiązaniem, które powinno stać się wątkiem dalszego dyskursu, jest zaprojektowanie kontroli sądowej służb specjalnych w formie niezależnych i niezawisłych sądów szczególnych. Musiałyby one działać z racjonalnym ograniczeniem jawności i kontrydaktoryjności, w którym sąd nie jest zobowiązany do procedowania z jednoczesnym udziałem obu stron, lecz nie staje się także mimowolnym wsparciem dla egzekutywy posiadającej informacyjną przewagę. W przeciwnym razie praktyka judykatury sprowadzi się do demonstrowania paradoksów: z jednej strony, paradygmat konstytucjonalizmu będzie włączać sąd w kontrolę działalności służb, ale brak refleksji nad aspektem proceduralnym (kontrolą informacji sensytywnej) doprowadzi do okrojenia kwestii praworządności do elementów ściśle technicznych. Powściągliwość sądownictwa ma wówczas racjonalne podłoże: unika ono przejęcia odpowiedzialności za ochronę bezpieczeństwa państwa (podniesionego na ogół do rangi konstytucyjnej) w sytuacji nakazu egzekwowania zasady legalizmu (również wyrażonej wprost w konstytucyjnych klauzulach państwa prawnego) za pomocą niedostosowanych narzędzi.

Bibliografia

- Bernaczyk M., *Idea konstytucjonalizmu w państwach demokratycznych i autorytarnych*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 42, 2020, nr 3.
- Dunn Ch., *Judging secrets*, „Villanova Law Review” 31, 1986, nr 2.
- Dyzenhaus D., *States of emergency*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012.
- Ginsburg T., Moustafa T., *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge-New York 2008.
- Hoc S., *Sytuacja organizacyjno-prawna polskich służb specjalnych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 3, 2002.
- Huntington S.P., *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman 1991.
- Kaczmarek P., *Wolność wypowiedzi sędziego w perspektywie pełnionych obowiązków*, „Krytyka Prawa” 14, 2022, nr 4.
- Kolaszyński M., *Constitutional status of Polish intelligence services since 1989 — intelligence vs. the police*, „Politeja” 14, 2017, nr 5 (50).

- Krassowski K., Wierzchowski T., Wierzchowska A., *Rola i zadania służb specjalnych w państwach niedemokratycznych i demokratycznych na przykładzie Rosji i Polski*, „International Journal of Legal Studies” 2, 2020, nr 8.
- Lührmann A., Lindberg S.I., *A third wave of autocratization is here: What is new about it?*, „Democratization” 26, 2009, nr 7.
- Mróz M., *Kontrola parlamentarna nad tajnymi służbami. Przegląd rozwiązań instytucjonalnych w wybranych krajach*, „Analizy Biura Analiz Sejmowych” 2012, nr 19 (86).
- Prusak F., *Sytuacja ustrojowa-prawna wyodrębnionych wojskowych służb specjalnych*, „Zeszyty Prawnicze” 12, 2012, nr 1.
- Silverstein G., *Singapore’s Constitutionalism: A Model, But of What Sort?*, „Cornell Law Review Online” 100, 2015, nr 1.
- Śledzińska-Simon A., *Learning lessons from the populist defeats: From negative to positive constitutionalism*, „Social & Legal Studies” 32, 2023, nr 6.
- Tan K., *The Constitution of Singapore*, Oxford 2015.
- Tushnet M., *Authoritarian constitutionalism: Some conceptual issues*, [w:] *Constitutions in Authoritarian Regimes*, red. T. Ginsburg, A. Simpser, Cambridge 2014.