

Anna Mrozek

Zagrożenie terroryzmem a prawa podstawowe w orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego

Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego 1, 111-128

2010

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Anna Mrozek

Uniwersytet Lipski, Katedra Prawa Publicznego

Zagrożenie terroryzmem a prawa podstawowe w orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego

Słowa kluczowe: Niemiecki Trybunał Konstytucyjny, konstytucyjne prawo do informacyjnego samookreślenia, tajemnica korespondencji i telekomunikacji, poufność i integralność systemów teleinformatycznych

I. Uwagi wstępne

Prawa człowieka i obywatela, zwane w Ustawie Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec prawami podstawowymi (Grundrechte), kształtowane są przez naukę prawa, a także przede wszystkim przez orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (Bundesverfassungsgericht, dalej Trybunał lub BVerfG).

Celem artykułu jest zarysowanie niektórych ważnych tendencji i wskazanie kierunków dyskusji związanych z omawianym orzecznictwem. Omawiam w szczególności orzeczenia, które podjęte zostały w wyniku skarg konstytucyjnych wniesionych przeciwko regulacjom normatywnym rządu ustawowego, dopuszczającym stosowanie środków wykorzystujących techniki informatyczne i teleinformatyczne oraz dotychczas niedozwolonemu wykorzystywaniu sił zbrojnych dla celów bezpieczeństwa wewnętrznego. Nowe akty prawne – konieczne zdaniem normodawców ze względu na zwiększenie ilościowych i jakościowych zagrożeń terrorystycznych – powodują zdaniem ich oponentów groźne dla praw podstawowych efekty uboczne i tym samym naruszają konstytucyjne prawa jednostki, których ochronie miałyby służyć.

Materia omawianych w artykule regulacji normatywnych jest kompleksowa i dynamiczna¹. Dotyczy zagadnień politycznych i wartości etyczno-

¹ W artykule uwzględniam stan prawny z marca 2009, podlegający dynamicznej modyfikacji.

moralnych i wymaga rozwiązywania przez Trybunał trudnych i spornych konstytucyjno-prawnych problemów dogmatycznych, które w tym artykule mogą być tylko zarysowane.

Na uwagę zasługują tutaj w szczególności orzeczenia: w sprawie komputerowej metody policyjnego wykrywania potencjalnych sprawców przestępstw (Rasterfahndung)², w sprawie bezpieczeństwa przestrzeni powietrznej (Luftsicherheitsgesetz)³, w sprawie przeszukiwania zapisów pamięci komputerowych (Online-Durchsuchung)⁴ i w sprawie jeszcze nie rozstrzygniętej retencji danych (Vorratsdatenspeicherung).⁵

Przytoczone rozstrzygnięcia uważam za charakterystyczne dla roli, jaką Trybunał aktualnie odgrywa w niemieckim porządku prawnym. Pozwalają one również na ocenę jego funkcji społeczno-politycznych jako strażnika praw podstawowych.

II. Trybunał strażnikiem Ustawy Zasadniczej

W porównaniu do podobnych instytucji, działających w innych krajach demokratycznych (np. Supreme Court w USA czy Verfassungsgerichtshof w Austrii), powołany w roku 1951 niemiecki Trybunał⁶ jest instytucją stosunkowo młodą, aczkolwiek sądowa kontrola konstytucyjności znana była w Niemczech już wcześniej.⁷ Ważną nowością było wprowadzenie indywidualnej skargi konstytucyjnej przeciwko aktom władzy państwowej.⁸ Trzeba jednak stwierdzić, że w momencie powołania nowy sąd nie był traktowany jako instytucja dominująca w prawie konstytucyjnym. Odpowiadało to tendencji politycznej reprezentowanej w szczególności przez ówczesną Chrześcijańską Demokrację (CDU), która na pierwszy plan wysuwała Drugi Senat, do którego kompetencji należała „jedynie” kontrola konstytucyjności relacji między organami państwowymi (Staatsorganisation).⁹ Natomiast Pierwszy Senat, w którego gestii znajdowała się ochrona konstytucyjnych praw podstawowych, traktowany był – można powiedzieć – ra-

² Decyzje Trybunału, t. 115, s. 320 (Entscheidungen des BVerfG's, Band 115, S. 320; dalej BVerfGE).

³ BVerfGE 115, 118.

⁴ BVerfGE 120, 274.

⁵ BVerfG, sygn.akt 1BvR 256/08, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2008, 543. Por. teraz wyrok BVerfG z dn. 3.03.2010 r., Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2010, 833.

⁶ BVerfG znajduje umocowanie w konstytucji, art. 92-94 Ustawy Zasadniczej. BVerfG jest organem konstytucyjnym, jak również częścią judykatury.

⁷ Np. Staatsgerichtshof w Republice Weimarskiej i trybunały konstytucyjne działające w niektórych państwach niemieckich w XIX w., np. bawarski Staatsgerichtshof.

⁸ Należy jednakże wspomnieć, iż instytucja skargi konstytucyjnej początkowo wprowadzona była w Ustawie o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym (Bundesverfassungsgerichtsgesetz), a więc na poziomie zwykłej ustawy. Jej zakotwiczenie w konstytucji, a tym samym prawnokonstytucyjne umocowanie tego środka prawnego, nastąpiło dopiero w roku 1969.

⁹ Por. m.in.: U.Wesel, *Die Hüter der Verfassung*, Frankfurt a.M., 1996, s. 16 i n.

czej drugoplanowo. Przyczyn pierwotnego dystansu politycznych decydentów w stosunku do nowej instytucji, wyposażonej przez Ustawę Zasadniczą formalnie w znaczne kompetencje,¹⁰ szukać należy z pewnością w słabym zakorzenieniu instytucji konstytucyjnej ochrony praw jednostki w tradycji prawnopaństwowej Niemiec.¹¹ Dodać też trzeba, iż ówczesne orzecznictwo sądów powszechnych pozostawało pod silnym wpływem sięgającego daleko w przeszłość autorytetu Sądu Rzeszy (Reichsgericht), którego kontynuację stanowić miał inny nowo utworzony sąd federalny (Bundesgerichtshof). Trybunał Konstytucyjny musiał dopiero stopniowo wypracowywać autorytet strażnika konstytucji, wyznaczony mu przez Ustawę Zasadniczą.¹²

Zadanie to zostało zrealizowane pomyślnie. Dużą popularność i znaczenie uzyskała w szczególności instytucja indywidualnej skargi konstytucyjnej. W stosunkowo krótkim czasie udało się, przede wszystkim Pierwszemu Senatowi, stworzyć doniosłe dla prawa konstytucyjnego orzecznictwo kształtujące system i porządek prawny Republiki Federalnej. Dotyczy to w szczególności orzeczeń zapadłych w sprawach cytowanych w literaturze prawniczej jako „SRP – Verbot”¹³, „Elfes”¹⁴, „Lüth”¹⁵, „Apothekenurteil”¹⁶, „Mephisto”¹⁷. Wymienione rozstrzygnięcia traktowane są w orzecznictwie i doktrynie jako ważne dyrektywy interpretacyjne dla praw podstawowych i całego systemu prawa. Tym samym Trybunał nie tylko uzyskał autorytet czołowego sądu, lecz zaczął odgrywać rolę ważnej instytucji prawnopolitycznej.

Wiele dróg prowadzi do Karlsruhe, gdzie umieszczona została siedziba Trybunału. Trafiają tam najczęściej sporne kwestie, wynikające nie tylko z odmiennych interpretacji obowiązującego prawa, lecz także mające swoje korzenie w braku konsensu politycznego. Z tego też powodu Trybunał stał się nie tylko strażnikiem konstytucji, lecz działa jako swoisty mediator pomiędzy obozami politycznymi w sporach relewantnych z prawnokonstytucyjnego punktu widzenia. Pozycja Trybunału budzi nawet w nauce obawy o zachwianie konstytucyjnej równowagi pomiędzy legislatywą a judykacją.

¹⁰ Zob. art. 93 Ustawy Zasadniczej.

¹¹ W czasach Republiki Weimarskiej prawa człowieka i obywatela były uznawane za hasła programowe. Powszechnej deklaracji praw człowieka jak np. amerykańska Bill of Rights lub francuska Déclaration des droits de l'homme et du citoyen niemiecka Rzesza okresu przedweimarskiego nigdy się nie doczekała; konstytucje w poszczególnych państwach niemieckich były zazwyczaj okrojowane; „niemiecki” ruch na rzecz kodyfikacji praw człowieka i obywatela uległ załamaniu w przeważającej części po roku 1848 w wyniku klęski rewolucji marcowej. Zob. w szczególności B.Ch. Enders w: Friau/Höflig, *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, 2008, s. 17 i n.

¹² W kwestii kształtowania się pozycji BVerfG zob. w szczególności H.Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, Tübingen 1968, s. 254 i n.

¹³ BVerfGE 2, 1.

¹⁴ BVerfGE 6, 32.

¹⁵ BVerfGE 7, 198.

¹⁶ BVerfGE 7, 377.

¹⁷ BVerfGE 30, 173.

tura.¹⁸ Obaw tych nie należy ignorować, aczkolwiek trudno nie dostrzec, iż jest to spowodowane także tym, że wyraźne, logiczne granice pomiędzy prawem i polityką w praktyce często ulegają zatarciu. Za dodatkowy czynnik należy uznać również, iż funkcje sądów konstytucyjnych jako instytucji judykatury nie są prawnodogmatycznie jednoznaczne.¹⁹ Niemiecki Trybunał, podobnie jak Supreme Court w USA, ma nie tylko kompetencje rozstrzygania konfliktów prawnych między jednostką a państwem na podstawie konstytucji, ale także – i tutaj upatrywać należy szczególnej pozycji sądu – ma on kompetencje weryfikowania konstytucyjności tego prawa.²⁰ Ów *power of judicial review*²¹ stanowi główną przyczynę braku wyraźnych granic pomiędzy judykaturą a legislaturą.²²

III. Trybunał a kwestia bezpieczeństwa wewnętrznego

Współcześnie szczególnej aktualności nabrała kwestia bezpieczeństwa wewnętrznego oraz spór o konstytucyjność wydawanych w tej dziedzinie regulacji ustawowych.

W zasadzie Trybunał ma tutaj do czynienia z fundamentalnym konfliktem pomiędzy konstytucyjnie gwarantowaną wolnością jednostki (*Freiheit*) a konstytucyjnym obowiązkiem państwa zapewnienia tejże jednostce i społeczeństwu bezpiecznej egzystencji (*Sicherheit*). Wolność i bezpieczeństwo uznawane są powszechnie za warunkujące się aspekty „dobrej” egzystencji społeczeństwa.²³ Prawo podstawowe do bezpieczeństwa (*Grundrecht auf Sicherheit*) jako takie nie jest *explicite* wyrażone w tekście Ustawy Zasadniczej.²⁴ Jednakże Trybunał, rozstrzygając kwestie dopuszczalności abor-

¹⁸ Por. J. Limbach, *Das Bundesverfassungsgericht als politischer Machtfaktor*, Humboldt Forum Recht (www.humboldt-forum-recht.de) z 1996, Beitrag 12, z dalszymi odniesieniami.

¹⁹ Por. E-W Böckenförde, *Verfassungsgerichtsbarkeit: Struktur, Organisation, Legitimation*, „Neue Juristische Wochenschrift” (dalej NJW) 1999, 9, 6.

²⁰ W szczególności w ramach abstrakcyjnej kontroli ustaw (abstrakte Normenkontrolle Art. 93. Abs. 1 Nr. 2 GG), konkretnej kontroli ustawy (konkrete Normenkontrolle Art. 100) i indywidualnej skargi konstytucyjnej (individuelle Verfassungsbeschwerde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG).

²¹ Główną podstawą tej koncepcji jest orzeczenie Supreme Court z roku 1803, *Marbury vs. Madison*, w której sędzia Marshal sformułował prawo Sądu Konstytucyjnego do weryfikowania prawa w świetle konstytucji jako „the very essence of judicial duty” (*Marbury vs. Madison* 5 US (1803) 137, 177). Thomas Jefferson skomentował przyznanie takiej kompetencji sądom pisząc m.in.: „[...] But the opinion which gives to the judges the right to decide what laws are constitutional, and what not, not only for themselves in their own sphere of action, but for the legislative and executive also in their spheres, would *make the judiciary a despotic branch.*”, Thomas Jefferson, *The Writings of Thomas Jefferson*, 310 (1897).

²² Zgodnie z § 31 ust. 2 zd. 1 Ustawy o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) rozstrzygnięcia Trybunału mają moc ustawy.

²³ J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin, New York 1983, s. 21; U. Di Fabio, *Sicherheit in Freiheit*, NJW 2008, 421, 422.

²⁴ Przeciwny pogląd wypowiada Isensee, j.w.

cji, stwierdził w 1975 r., iż konstytucja nakłada na państwo wynikający z art. 2 ust. 1 w związku z art. 1 obowiązek ochrony życia jednostki (Schutzpflicht).²⁵ Obowiązek takiej ochrony dotyczy wszystkich praw podstawowych. Nie jest natomiast określony zasięg, w jakim ta ochrona ma być gwarantowana, gdyż zostało to pozostawione uznaniu ustawodawcy zwykłego (gesetzgeberisches Ermessen).

Realizacja postulatu bezpieczeństwa uzasadnia posłużenie się represją i prewencją. Ochrona represyjna dóbr podstawowych występuje szczególnie w ramach prawa karnego i postępowania karnego. Środki prewencji karnej mogą być stosowane wyłącznie w sytuacjach, gdy popełnione zostało przestępstwo, w stosunku do konkretnego podejrzanego lub sprawcy. Ochrona prewencyjna wyprzedza stosowanie ochrony represyjnej. Jej celem jest zapobieganie możliwym zagrożeniom dóbr podstawowych, zanim dojdzie do ich naruszenia. Ochrona prewencyjna została przez ustawodawcę niemieckiego uregulowana w poszczególnych krajowych ustawach policyjnych.²⁶ Także w tym przypadku ustawodawcy krajowi, określając zasięg działań prewencyjnych, stosować winni zasadę uznania. Właśnie owo uznanie w zakresie podejmowania ustawowych decyzji, regulujących środki bezpieczeństwa, może prowadzić do konfliktów z postulatami wolności jednostki, naruszając konstytucyjno-prawną równowagę między biegunowymi wartościami prawnymi, jakimi są wolność jednostki (Freiheit) i bezpieczna egzystencja jednostki i społeczeństwa (Sicherheit).

Drugi istotny aspekt w omawianym kontekście wiąże się z zasadą państwa prawa (Rechtstaatsprinzip), będącej jednym z głównych fundamentów Ustawy Zasadniczej.²⁷ Zasada ta nakłada na organy państwa bezwzględne ograniczenia wyrażające się w dopuszeniu tylko takich ingerencji w prawa podstawowe, które mają uzasadnienie w ustawie.

Tylko zaistnienie ustawowo określonego stanu faktycznego (Tatbestand) zobowiązuje lub uprawnia organ państwowy do określenia ustawowych następstw (Rechtsfolge). Jednocześnie ustawa określająca stany faktyczne i ich skutki prawne podlega ograniczeniom wynikającym z zasady konstytucyjnej zakazującej naruszania proporcjonalności pomiędzy regulowanymi stanami faktycznymi i następstwami prawnymi (Verhältnismäßigkeitsprinzip).²⁸

²⁵ BverfGE 39, 1. Trybunał dogmatycznie połączył ze sobą gwarancje nienaruszalności godności człowieka (art. 1 ust 1) i obowiązek państwa do ochrony tej godności (art. 1 ust. 1 zdanie 2) z prawem do życia i nietykalności cielesnej (art. 2 ust 2 zdanie 1), wprowadzając z tego obowiązek państwa do ochrony życia jako atrybutu godności człowieka.

²⁶ Ustawa Zasadnicza przyznaje kompetencje do wydania ustaw w zakresie prawa karnego (funkcja represyjna) Federacji, natomiast kompetencje wydania ustaw policyjnych (funkcja zapobiegania przestępczości – Gefahrenabwehrrecht) przysługuje krajom związkowym. Wykonywanie funkcji represyjnej i prewencyjnej leży przede wszystkim w gestii organów krajowych.

²⁷ Zasada państwa prawa (Rechtstaatsprinzip) wynika z art. 20 ust 2 zdanie 2 i ust. 3, art. 1 ust. 3, art. 19 ust. 4. Zob. m.i A. P. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen 1986.

²⁸ Por. B. Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 445-465.

W powyższych zasadach szukać należy granic prewencyjnej działalności ustawowej państwa w obszarze bezpieczeństwa. Państwo bowiem może zasadniczo działać legalnie tylko wówczas, jeśli istnieje konkretne i aktualne zagrożenie dobra prawnego, chronionego w zakresie bezpieczeństwa i porządku publicznego (konkrete und gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung) i kierować te działania przeciw konkretnym osobom (Störer) zagrażającym owym dobrom. Przytoczone zasady stanowią dotychczas fundament niemieckiego prawa policyjnego.²⁹

Na gruncie wymienionych wyżej zasad konstytucyjnych toczy się w ostatnim czasie debata wokół nowych ustaw, regulujących zwalczanie przestępczości terrorystycznej, stanowiąc kontekst podejmowanych przez Trybunał rozstrzygnięć. Charakterystyczna bowiem dla nowych regulacji jest tendencja do przesuwania środków operacyjnych policyjnej prewencji w sferę działań zapobiegawczych stosowanych, gdy nie wystąpiło jeszcze konkretne zagrożenie porządku publicznego, np. w wyniku możliwych w przyszłości działań terrorystycznych, co w dyskusji określane bywa wręcz jako postępująca erozja szczebla zagrożenia.³⁰

Najważniejsze z tych orzeczeń³¹ z reguły ograniczają formalnie zastosowanie przewidywanych w spornych ustawach środków bezpieczeństwa, wyznaczając konstytucyjne warunki posługiwania się nimi przez policję i inne organy ścigania.

1. Rasterfahndung

Terminem Rasterfahndung określa się specyficzne działania operacyjne policji w zakresie prewencji kryminalnej, w trakcie których organy ścigania uzyskują od innych instytucji publicznych oraz prywatnych dane osobowe w celu ich automatycznego przetworzenia i porównania z innymi kryminalnie relewantnymi informacjami. Celem takiej eksploracji jest w szczególności uzyskanie tzw. profili osobowościowych, pozwalających wytypować grupy osób odpowiadających kryteriom relewantnym z punktu widzenia konkretnego stanu faktycznego, będącego w zainteresowaniu organów ścigania. Początki omawianej metody eksploracji danych sięgają lat siedemdziesiątych, kiedy znalazła ona po raz pierwszy zastosowanie w akcji przeciwko RAF (Rote Armee Fraktion). Prawne podstawy stosowania Rasterfahndung uregulowane są w ustawach policyjnych wszystkich

²⁹ Już w XIX w podwaliny tego stworzył Najwyższy Sąd Administracyjny Prus (Preussisches Oberverwaltungsgericht) w tak zwanym wyroku kreuzberskim (Kreuzbereger Urteil), określającym tak zwane konkretne zagrożenie jako przesłankę stosowania środków policyjnych, PrOVGE 9, 353ff.

³⁰ „Erosion der Gefahrenschwelle“, zob. R. Poscher, *Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit*, Die Verwaltung (Verw), 2008, 348 oraz cytowany przez tego autora H.-H.Trute, w: GS Jeand'Heure, 1999, 403 i n.

³¹ Zob. s. 1.

krajów związkowych.³² Po atakach terrorystycznych z 11 września 2001 r. metoda ta przeżyła prawdziwy renesans. Władze policyjne na terenie całej Republiki zwiększyły intensywność jej wykorzystywania do identyfikowania potencjalnych terrorystów (tzw. Schläfer). Także na terenie kraju związkowego Nadrenii-Westfalii zobowiązano liczne instytucje (uniwersytety i inne szkoły wyższe, urzędy meldunkowe, Centralny Rejestr Obcokrajowców) do przekazania na cele Rasterfahndung danych dotyczących mężczyzn urodzonych w latach 1960–1983.³³ Procedura kontroli konstytucyjnej zainicjowana została przez przebywającego na terenie RFN Marokańczyka, który uznał, że podjęte działania naruszają przysługujące mu konstytucyjne prawo do informacyjnego samookreślenia (Recht auf informationelle Selbstbestimmung), wynikające z art. 2 ust. 1 w związku z art. 1 Ustawy Zasadniczej.³⁴ Trybunał uznał skargę za uzasadnioną. Sędziowie nie zakwestionowali wprawdzie generalnie konstytucyjności metody jako takiej i uznali, iż bezpieczeństwo państwa jako gwaranta pokoju i porządku (als verfasste Friedens- und Ordnungsmacht), a także obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa przez państwo na rzecz społeczeństwa (die zu gewährleisten die Sicherheit) stanowią samoistne wartości konstytucyjne. W wyroku stwierdzono jednak również, iż podejmowane za pomocą Rasterfahndung czynności informacyjno-śledcze znacznie ograniczają prawa podstawowe i tym samym jej zastosowanie może być zgodne z Ustawą Zasadniczą tylko w sytuacji wystąpienia *konkretnego i aktualnego zagrożenia* ważnych dóbr prawnych. Trybunał uznał, iż sądy niższej instancji (wykonujące dotychczas kontrolę stosowania eksploracji danych) tak szeroko interpretowały pojęcie istnienia bezpośredniego zagrożenia, iż sięganie na tej podstawie do metody Rasterfahndung w celu zwalczania terroryzmu przestało spełniać wymogi konstytucyjne. Istotne było w szczególności, iż Trybunał stanął na stanowisku, że samo powołanie się na sytuację zagrożenia, jaka powstała po atakach terrorystycznych z 11 września 2001 r., nie może być wystarczającym argumentem. Tym samym Trybunał przypomniał, iż wymóg zaistnienia *konkretnego i aktualnego zagrożenia* stanowi *conditio sine qua non* legalności podejmowanych przez policję działań prewencyjnych.

Rozstrzygnięcie to stało się ważnym prawniczym przyczynkiem, co najmniej częściowo, hamującym tendencje ograniczania swobód i wolności

³² Uregulowania te, odmienne ze względu na treść, nawiązują jednak wszystkie do istnienia bezpośredniego zagrożenia dla życia, zdrowia lub wolności jednostki, integralności lub bezpieczeństwa Federacji oraz wymagają sądowej kontroli przedsięwzięć podejmowanych w ramach „Rasterfahndung.”

³³ Podstawa prawna: § 31 ust. 1 ustawy policyjnej Nadrenii-Westfalii.

³⁴ Prawo do informacyjnego samookreślenia obejmuje ochronę zbierania, przechowywania, wykorzystywania i przekazywania danych osobowych. Zostało ono sformułowane przez Trybunał w orzeczeniu „Volkszählungsurteil”, BverfGE 65, 1 i ma fundamentalny charakter dla ochrony danych osobowych.

obywatelskich w atmosferze powszechnej paniki, którą wykorzystywano, aby zaostrzyć przepisy prawa w dziedzinie bezpieczeństwa publicznego.³⁵

2. Bezpieczeństwo przestrzeni powietrznej

Dyskusja dotycząca relacji pomiędzy postulatem bezpieczeństwa wewnętrznego i wymogami ochrony praw człowieka osiągnęła punkt kulminacyjny z chwilą nowelizacji federalnej ustawy o bezpieczeństwie przestrzeni powietrznej. Nowela zawierała m. in. upoważnienie do zestrzelenia samolotu, który mógł być użyty w celu dokonania zamachu terrorystycznego, zagrażającego życiu ludzi.³⁶ Przepis ten był tak skonstruowany, iż legalizował także zestrzelenie samolotu, na pokładzie którego znajdowałyby się osoby, niebędące przestępcami. W prasie i w wypowiedziach politycznych zwolenników radykalnych rozstrzygnięć (także ministrów rządu federalnego) dopuszczalność zestrzelenia samolotu opanowanego przez terrorystów traktowana była jako *ultima ratio* w walce społeczeństwa z zagrożeniem terrorystycznym.³⁷ Nadmienmy także, iż wśród niemieckich konstytucjonalistów i innych przedstawicieli prawa publicznego nierzadko reprezentowane było przekonanie, że przepis ten nie koliduje z konstytucją.³⁸ Eksponowano w szczególności obowiązek państwa do ochrony życia osób na powierzchni ziemi, mogących być ofiarami ataku terrorystycznego (Schutzpflicht), konieczność zabezpieczenia funkcjonowania państwa (Handlungsfähigkeit des Staates), wreszcie wskazywano na zasadność etyczną ewentualnej ofiary życia jednostki dla dobra wspólnoty (Aufopferungsgedanke).³⁹

Szczególnie ostatni z tych argumentów, mający uzasadnienie w prawnofilozoficznej koncepcji umowy społecznej, budzić może wątpliwości wynikające stąd, iż teoria umowy społecznej, stanowiąca w istocie fikcję historyczną, nie uprawnia do wyciągania wniosków prawno-dogmatycznych, ograniczających konstytucyjne prawo jednostki nawet w sytuacji ulti-

³⁵ Por. ustawy antyterrorystyczne np. Ustawa o zwalczaniu międzynarodowego terroryzmu (Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus) z dn. 9.01.2002 r., BGBI. I, S. 361 w Niemczech lub Patriot-Act z roku 2001 w USA.

³⁶ § 14 Abs. 3 Ustawy o bezpieczeństwie przestrzeni powietrznej (Luftsicherheitsgesetzes) z dn. 11.01.2005 r., BGBI I, S. 78.

³⁷ Zob. przemówienie ministra spraw wewnętrznych w Bundestagu, 30.01.2004, http://www.otto-schily.de/reden/reden_ak.html.

³⁸ Za możliwością zestrzelenia samolotów (wybór): J. Isensee, *Not kennt kein Gebot*, „Frankfurter Allgemeine Zeitung” (FAZ) 17/08, s. 10; Ch. Enders, *Der Staat in Not*, „Die öffentliche Verwaltung” (DöV) 2007, 1039 i n.; przeciwko możliwości zestrzelenia samolotów z niewinnymi (wybór): B. Schlink, *Das Opfer des Lebens*, in: Ch. Enders, J. Masing, *Freiheit des Subjekts und Organisation von Herrschaft*, Berlin 2006, s. 43-54; O. Lepsius, *Das Luftsicherheitsgesetz und das Grundgesetz*, in: Roggan, *Mit Recht für Menschenwürde und Verfassungsstaat*, Berlin 2006, s. 47, 73.

³⁹ Por. J. Isensee, *ibidem*, s. 10, Ch. Enders, *ibidem*, s. 1039 i n.

ma ratio. Także praktyczny problem, wynikający z faktu przebywania na pokładzie samolotu obywateli różnych państw, stwarza kolejne wątpliwości co do zasadności sięgania do konstrukcji umowy społecznej, uzasadniającej jakoby poświęcenie życia jednostki ludzkiej dla dobra wspólnoty.

Inny aspekt w związku z zestrzeleniem opanowanego przez terrorystów statku powietrznego dotyczył dopuszczalności wykorzystania w tym celu sił zbrojnych.⁴⁰ Wątpliwość wynikała stąd, iż Ustawa Zasadnicza ściśle określa dopuszczalność interwencji wojskowej, pozwalając na użycie wojska tylko w celu samoobrony przed atakiem innego państwa (Verteidigungsfall) lub w przypadku katastrof naturalnych i innych ciężkich wypadków.⁴¹ Ataki terrorystyczne nie dadzą się subsumować pod wymienione dyspozycje konstytucyjne.⁴²

Trybunał, którego rozstrzygnięcia oczekiwano z dużym napięciem, zakwestionował w pierwszej kolejności kompetencje ustawodawcy federalnego do regulowania materii należących do kompetencji krajów związkowych (Gefahrenabwehrrecht). Uznał także, iż zaskarżone postanowienia ustawy są sprzeczne z art. 2 ust. 2 zdanie pierwsze Ustawy Zasadniczej, gwarantującym prawo do życia, a ponadto z art. 1 ust. 1 gwarantującym poszanowanie godności człowieka w zakresie, w jakim gwarancje zawarte w obu tych artykułach odnoszą się do osób postronnych na pokładzie samolotu opanowanego przez terrorystów.⁴³

3. Przeszukiwanie zapisów pamięci komputerowych (Online-Durchsuchung)

Kolejnym orzeczeniem Trybunału w zakresie bezpieczeństwa wewnętrznego, wywołującym zainteresowanie prawników i szerokiej opinii publicznej, jest rozstrzygnięcie w sprawie tzw. przeszukiwania zapisów pamięci komputerowych (Online-Durchsuchung). Terminem tym określa się niejawną dostęp (organu państwowego) z zewnątrz do systemów informatycznych w celu uzyskania umieszczonych tam danych, które mogłyby dostarczyć informacji relewantnych dla bezpieczeństwa publicznego w celach prewencyjnych czy też ze względu na przedmiot prowadzonego postępowania dla realizacji funkcji represyjnej. W żargonie komputerowym takie postępowanie osób prywatnych określane bywa czasem jako tzw. „hakerstwo”

⁴⁰ Por. M. Baldus, *Streitkräfteinsatz zur Gefahrenabwehr im Luftraum – Sind die neuen luftsicherheitsrechtlichen Befugnisse der Bundeswehr kompetenz- und grundrechtswidrig?*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” (NVwZ) 2004, 1278.

⁴¹ Art. 87a ust. 1 i art. 35 Ustawy Zasadniczej.

⁴² Podobny spór wystąpił w związku z użyciem wojska i policji dla ochrony konferencji G8 w Heiligendamm (G8-Gipfel) w czerwcu 2007, por. J. Plotzki, *Soldaten gegen Demonstranten*, in: Grundrechte-Report 2008, Frankfurt a.M. 2008.

⁴³ BVerfGE 115, 118 i nast. Por. też wyrok polskiego Trybunału Konstytucyjnego z dn. 30.09.2008 r. (sygn. akt K 44/07).

i pociąga za sobą zazwyczaj odpowiedzialność karną.⁴⁴ Opisana technika jest stosunkowo nowa i – w przeciwieństwie do omawianej wyżej metody eksploracji danych (Rasterfahndung) – nie miała przednio podstawy prawnej w ustawach policyjnych, postępowaniu karnym, ani też w innych regulacjach ustawowych.⁴⁵ Postępowanie tego rodzaju przypomina procedury związane z podsłuchem telefonicznym lub też ingerencje w tajemnice korespondencji. Badanie konstytucyjności przeszukiwania online podjął Trybunał na podstawie skargi konstytucyjnej, wniesionej przez kilku wnioskodawców (adwokaci i deputowany do parlamentu krajowego), skierowanej przeciwko przepisom krajowej Ustawy o Urzędzie Ochrony Konstytucji w Nadrenii-Westfalii (Verfassungsschutzgesetz NRW) dopuszczającym jej zastosowanie.⁴⁶

Podobnie jak w przypadku metody Rasterfahndung, metoda przeszukiwania online nie została „konstytucyjnie” całkowicie zdyskwalifikowana. Wynika to z generalnej zasady wyrażonej w uzasadnieniu orzeczenia, dopuszczającej ingerencję w prawa podstawowe w celach prewencyjnych i represyjno-karnych, jeśli jest to legitymowane podstawą ustawową, zgodną z Ustawą Zasadniczą. Tego warunku zaskarżona podstawa prawna (§5 ust. 2 nr 11 zdanie 1 Ustawy o Urzędzie Ochrony Konstytucji) nie spełniła i dlatego Trybunał orzekł jej nieważność.⁴⁷ Niekonstytucyjności podstawy prawnej dopatrył się Trybunał przede wszystkim w naruszeniu przez ustawę zasady proporcjonalności (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). Agresywna ingerencja procedur przeszukiwania online, w formie dopuszczonej przez ustawę, w sferę konstytucyjnych praw podstawowych, budzi wątpliwość co do relacji pomiędzy celami i skutkami jej zastosowania. Rola, jaką odgrywają współcześnie systemy informatyczne w życiu wielu obywateli sprawić musi, iż zastosowanie tajnego przeszukiwania komputerowych zbiorów danych, umożliwiające tworzenie profili osobowościowych oraz inne rodzaje kontroli, odbije się negatywnie na rozwoju osobowości użytkowników tych systemów. Z tego też względu można oczekiwać, iż uzyskane efekty będą nieproporcjonalne w stosunku do możliwych negatywnych skutków.

We wstępie uzasadnienia Trybunał stwierdził, iż istniejące już konstytucyjne gwarancje, wynikające dla użytkowników systemów infomatycz-

⁴⁴ Niemiecki kodeks karny wyodrębnia m.in. szpiegostwo komputerowe, § 202a StGB, fałszowanie danych, § 303a StGB, sabotaż komputerowy, § 303b StGB.

⁴⁵ Metoda ta była jednak stosowana bez podstawy prawnej przez służby specjalne od roku 2005 w oparciu o zalecenie służbowe ówczesnego ministra spraw wewnętrznych, Otto Schily'ego (SPD), por. np. <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,479396,00.html>.

⁴⁶ § 5 ust. 2 Nr. 11 Ustawy o Urzędzie Ochrony Konstytucji w Nadrenii-Westfalii (§ 5 Abs. 2 Nr. 11 des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen in der Fassung des Gesetzes vom 20. Dezember 2006), GVBl NRW, S. 620.

⁴⁷ § 31 ust. 2 i § 95 ust. 3 Ustawy o Trybunale Konstytucyjnym (BverfGG): Trybunał może w razie stwierdzenia niekonstytucyjności aktu prawnego uznać go za nieskuteczny bądź nieważny. W pierwszym przypadku przepis pozostaje w mocy, w drugim zaś nie może być już stosowany.

nych z art. 10 (gwarancja tajemnicy telekomunikacyjnej) i z art. 13 (nienaruszalność mieszkania) Ustawy Zasadniczej, a także ewentualna ochrona z tytułu ukształtowanego w orzecznictwie konstytucyjnym prawa ochrony osobowości (allgemeines Persönlichkeitsrecht), określonego w art. 1 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, i wynikającego z niego prawa do samookreślenia informacyjnego (informationeller Selbstbestimmungsrecht)⁴⁸, nie są w przypadku skutków wywołanych przez przeszukiwania online wystarczające.⁴⁹ Wskazano w ten sposób pośrednio na jakościowo odmienny charakter tego typu ingerencji w sferę praw podstawowych. W konsekwencji Trybunał dostrzegł w badanej regulacji ustawowej ingerencję w nienazwane dotąd prawo podstawowe, gwarantujące *poufność i integralność systemów teleinformatycznych* (Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme), które podobnie jak prawo do informacyjnego samookreślenia – wyinterpretowane zostaje z ogólnego prawa ochrony osobowości (allgemeines Persönlichkeitsrecht). Nie jest do końca jasne, dlaczego Trybunał posłużył się tą zupełnie nową konstrukcją prawną, zamiast odwołać się do ugruntowanego już prawa do informacyjnego samookreślenia. Jednym z argumentów Trybunału jest wspomniany wyżej pogląd, iż metoda przeszukiwania online w tak wysokim stopniu zagraża dobrom chronionym przez prawo do informacyjnego samookreślenia, iż wykracza poza granice ochrony gwarantowanej przez to prawo i czyni je środkiem nieskutecznym. Dopiero przyszła praktyka wykaże zapewne, czy taka decyzja Trybunału umocniła konstrukcję prawa do informacyjnego samookreślenia, stwarzając temu prawu swoistego sojusznika w postaci podobnego prawa podstawowego, czy też je osłabiła, uzależniając ochronę danych osobowych od stopnia intensywności ingerencji, ocenianej indywidualnie w każdym przypadku.⁵⁰ Ewentualne stosowanie przeszukiwania online uzależnione zostało od wprowadzenia do ustawy surowych kryteriów. Umocowanie takie musi być powiązane z wystąpieniem *konkretnego zagrożenia dobra o znacząco większej wartości*. Ocena tego podlegać winna kontroli sędziego (Richtervorbehalt). Ustawowa regulacja, określająca warunki posługiwania się przeszukiwaniem online, winna zapewnić także nienaruszalność ściśle chronionej strefy prywatności.⁵¹ Także tego wymogu nie spełniała zaskarżona regulacja prawna.

⁴⁸ Por. przypis 34.

⁴⁹ Wyrok BverfG z dn. 27.02.2008 r., 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/0, Rn. 168-182.

⁵⁰ Krytycznie m.in. G.Britz, *Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – einige Fragen zum „neuen Grundrecht“*, DöV 2008, 411, 413.

⁵¹ Trybunał przyjmuje, iż wynikające z prawa ochrony osobowości prawo do prywatności implikuje różne sfery, które Ustawa Zasadnicza w różnym stopniu chroni przed ingerencją państwa lub innych podmiotów. Absolutnie chroniona jest sfera intymna. Ingerencja nie jest tutaj usprawiedliwiona nawet celem wyższym, zob. orzeczenia w sprawie „Elfes”, BverfGE 6, 32, 41; „Tagebuchaufzeichnungen”, BverfGE 80, 367, 381; „Großer Lauschangriff”, BVerfGE 109, 279; por. także M.Baldus, *Der Kernbereich privater Lebensgestaltung – absolut geschützt, aber abwägungsoffen*, „Juristen Zeitung” (JZ) 2008, 218.

W tym miejscu Trybunał nawiązał do orzeczenia z roku 2004, cytowanego w literaturze jako „Großer Lauschangriff”, dotyczącego ustawy legalizującej prowadzenie podsłuchu w mieszkaniu (akustische Wohnraumüberwachung).⁵² Stwierdzono przy tej okazji, iż „Nienaruszalność godności człowieka wynikająca z art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej wymaga ustanowienia absolutnie chronionej strefy prywatności (absolut geschützter Kernbereichs privater Lebensgestaltung). W tej strefie nie jest dopuszczalny podsłuch nawet dla celów ścigania karnego (art 13 ust. 3 Ustawy Zasadniczej). Nie stosuje się zasady proporcjonalności (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz), polegającej na porównywaniu dobra wynikającego z nienaruszalności mieszkania (art. 13 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej) z interesami ścigania karnego”.⁵³ Trybunał uniemożliwił tym samym ustawodawcy jakąkolwiek ingerencję w sferę ścisłej prywatności, co oznaczało w konsekwencji absolutny zakaz podsłuchu w tej sferze. Jednocześnie jednak wynikało z tego, iż zakaz ten nie obowiązuje poza tą sferą – podsłuch jest wówczas dopuszczalny, gdyż nie narusza godności człowieka.⁵⁴

Sformułowane przez Trybunał wymogi konstytucyjne, dotyczące podsłuchu, ustawodawca spełnił w roku 2004.⁵⁵ Nowa ustawa nakazuje przerwanie podsłuchu w momencie ingerencji w sferę absolutnej prywatności podsłuchiwanego lub natychmiastową likwidację materiałów uzyskanych w takiej sytuacji. Decyzja taka musi być podjęta także wówczas, jeśli naruszałoby to interes postępowania karnego.⁵⁶

Z technicznego, a także z formalno-dogmatycznego punktu widzenia dostrzec można znaczne podobieństwa pomiędzy obydwiema technikami, stosowanymi dla potrzeb bezpieczeństwa. (Online-Durchsuchung i Großer Lauschangriff). Dlatego też Trybunał wykorzystał w swoim wyroku, dotyczącym przeszukiwania online, formalno-dogmatyczną konstrukcję prawa do ścisłej prywatności jako warunek dla przyszłej ustawy legalizującej tę metodę.

⁵² W celu umożliwienia takiego podsłuchu Bundestag dokonał w roku 1998 zmiany w Ustawie Zasadniczej, Ustawa o zmianie Ustawy Zasadniczej (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, Artikel 13), z dn. 31.03.1998 r., BGBl. I. 610, oraz dokonał konsekwentnie zmian w kodeksie postępowania karnego, §§ 100c, 100d, 100f, 101 StPO, Ustawa o zwiększeniu efektywności zwalczania zorganizowanej przestępczości (Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität) z dn. 4.05.1998 r., BGBl. I S. 845.

⁵³ BVerfGE 109, 279 (Leitsatz Nr.2): „ In diesen Bereich darf die akustische Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung (Art. 13 Abs. 3 GG) nicht eingreifen. Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Strafverfolgungsinteresse findet insoweit nicht statt.“

⁵⁴ BVerfGE 109, 279 (Leitsatz Nr. 3).

⁵⁵ Por. § 100c ust. 4 -5 KPK (StPO), Ustawa o realizacji wyroku Trybunału z dn. 3.03.2004 r. (Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004) z dn. 24.06.2005 r., BGBl. I S. 1841.

⁵⁶ Na temat tego orzeczenia por. m.i. F.Roggan (Ed.), *Lauschen im Rechtsstaat. Zu den Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff*, Ch. Gusy, *Lauschangriff und Grundgesetz*, „Juristische Schulung (JuS)” 2004, 457 i n.

4. Retencja danych

Kwestią, która również czeka na stanowisko Trybunału, jest tzw. retencja danych (Vorratsdatenspeicherung). Wbrew głosom opozycji Bundestag przyjął ustawę⁵⁷, nakładającą na operatorów telekomunikacyjnych obowiązki przechowywania przez okres sześciu miesięcy danych identyfikujących i lokalizujących użytkowników telefonów stacjonarnych i komórkowych, internetu i poczty elektronicznej, ze względu na możliwą (prewencyjną i represyjną) przydatność tych danych dla organów ścigania.⁵⁸ Magazynowane i przechowywane informacje dotyczą wszystkich osób korzystających z technik telekomunikacyjnych bez względu na to, czy są one podejrzane lub czy z innych względów pozostają w zainteresowaniu organów ścigania lub też w ogóle nie należą do tego kręgu osób. Analiza danych umożliwia prewencyjne tworzenie profili komunikacyjnych poszczególnych osób i może być wykorzystywana w celu represyjnym. Kwestia dopuszczalności przechowywania „na zapas” danych telekomunikacyjnych, wytworzonych przez poszczególnych użytkowników sieci telekomunikacyjnych, stanowi problem także w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej ze względu na obowiązywanie Dyrektywy nr 2006/24/EC.⁵⁹

W Niemczech stanowiska w omawianej kwestii, tak zresztą jak i w innych wyżej omawianych przypadkach, są bardzo podzielone. Głównym argumentem politycznym, przemawiającym za dopuszczeniem retencji danych, jest także w tym przypadku chęć zapewnienia organom porządkowym możliwości informacyjnych, pozwalających na skuteczniejsze zwalczanie globalnego terroryzmu. Kontrowersje dotyczą przede wszystkim efektywności i kosztów korzystania z retencji, ale także konstytucyjnej legalności tego przedsięwzięcia.

Zbiorowa skarga konstytucyjna, podpisana przez 34 939 wnioskodawców, stanowi aktualnie przedmiot analizy składu orzekającego.⁶⁰ Trybunał, dopuszczając skargę, wprowadził w marcu 2008 r. ograniczenie obowiązywania ustawy (einstweilige Anordnung).⁶¹ Podstawą tej decyzji było

⁵⁷ §§ 113a, 113b Ustawy o nowej regulacji monitorowania telekomunikacyjnego i innych ukrytych metod dochodzeniowych oraz implementacji dyrektywy 2006/24/EC (§§ 113a, 113b des Telekommunikationsgesetzes in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG, BGBl I 2007, s. 3198 i n.).

⁵⁸ W celach ścigania czynów karalnych, w celu odparcia znacznego niebezpieczeństwa grożącego bezpieczeństwu publicznemu, w celu wykonania zadań wywiadów, por. § 113b Telekommunikationsgesetz.

⁵⁹ Skarga Irlandii wniesiona do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) o stwierdzenie nieważności tej dyrektywy z powodów formalno-prawnych została odrzucona, wyrok z dn. 10.02.2009 r., sygn.akt C-301/06. ETS nie wypowiedział się przy tej okazji merytorycznie w kwestii ewentualnej dopuszczalności retencji danych.

⁶⁰ Por. <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/51/70/lang,de/>.

⁶¹ BVerfG, decyzja z dn. 11.03.2008 r., sygn. akt 1 BvR 256/08 i z dn. 28.10.2008 r., sygn. akt 1 BvR 256/08; por. także odrzucającą decyzję z dn. 15.10.2008 r., sygn. akt 2 BvR 236/08, 2 BvR 237/08.

uznanie, iż poprzez sam fakt wykorzystania przez organy ścigania danych, zgromadzonych w wyniku retencji, następuje już istotne naruszenie prawa podstawowego tajemnicy korespondencji i telekomunikacji („Fernmeldegeheimnis”). Z tego względu Trybunał dopuścił warunkowo wykorzystywanie zgromadzonych za pomocą retencji danych tylko wówczas, gdy przedmiotem czynności śledczych są ciężkie przestępstwa karne (tylko w celu realizacji funkcji represyjnej).

Należy wskazać, iż w przypadku omawianej skargi konstytucyjnej dodatkową komplikację stanowi relacja pomiędzy prawem wewnętrznym państwowym i prawem Wspólnoty Europejskiej. Jak wyżej wspomniano, ETS uznał dyrektywę europejską, dopuszczającą stosowanie retencji za obowiązującą wbrew skardze Republiki Irlandii. W zasadzie Trybunał utracił kompetencję do stwierdzania konstytucyjności lub niekonstytucyjności ustawy federalnej, wydanej na podstawie dyrektywy europejskiej.⁶² Skarga konstytucyjna pozostaje możliwa tylko wówczas, gdy dyrektywa pozostawia różne warianty jej przetworzenia (Umsetzungsspielraum) przez niemieckiego ustawodawcę, bądź też, gdy ten wykracza poza postanowienia dyrektywy europejskiej.⁶³ Taka sytuacja zaistniała w przypadku omawianej ustawy federalnej o retencji danych.⁶⁴

Trybunał zobowiązał jednocześnie rząd federalny – jeszcze przed rozstrzygnięciem skargi Irlandii – do przedstawienia raportu o skuteczności nowej techniki, którego wyniki stanowiąc miały przesłankę przyszłego rozstrzygnięcia. Pierwsze informacje przedłożone Bundestagowi, uwzględniające kilkumiesięczne stosowanie retencji, stały się przedmiotem sporu parlamentarnego, wynikającego z różnych ocen przedstawionych danych.⁶⁵ Należy wnosić, iż – uwzględniając wyniki raportu – Trybunał bada także w tym przypadku wpływ retencji danych na prawo zachowania tajemnicy korespondencji i telekomunikacji (Fernmeldegeheimnis) oraz na prawo do informacyjnego samookreślenia użytkowników systemów telekomunikacyjnych. Dodatkowo rozstrzygnąć trzeba w tym przypadku wpływ retencji danych na prawo podstawowe, jakim jest swoboda działalności gospodarczej dostawców usług telekomunikacyjnych (Berufsfreiheit), art. 12 Ustawy

⁶² Zob. orzecznictwo Trybunału w tej kwestii, wyrok „Solange-II”, BVerfGE 73, 339, wyrok „Bananenmarktordnung”, BVerfGE 102, 147, BVerfGE 118, 79.

⁶³ W przypadku braku kompetencji sąd ostatniej instancji jest zobowiązany do złożenia wniosku do ETS o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, zob. BVerfG, „Neue Juristische Wochenschrift” (NJW) 2001, 1267 i n. Sąd niższej instancji może także skorzystać z możliwości odwołania się do ETS, art. 234 ust 2 TWE. W sprawie retencji danych droga ta wykorzystana została przez Sąd Administracyjny w Wiesbaden, decyzja z dn. 27.02.2009 r., sygn. akt 6 K 1045/08.WI. Tym samym sprawa dopuszczalności retencji danych rozpatrywana jest przez BVerfG i – ponownie – przez ETS.

⁶⁴ Dyrektywa 2006/24/EC jest „otwarta” jeśli chodzi o jej przetworzenie na ustawę krajową i §§ 113a i 113b kwestionowanej Ustawy o nowej regulacji monitorowania telekomunikacyjnego i innych ukrytych metod dochodzeniowych oraz implementacji dyrektywy 2006/24/EC wykracza poza jej literalne postanowienia.

⁶⁵ „Berliner Zeitung” Nr. 284, z dn. 5.12.2008 r., s. 5.

Zasadniczej. Uwzględniając przedstawione orzecznictwo i wyrażony przez Trybunał w związku z rozstrzygnięciem warunkowym wstępny pogląd, można – niestety – spodziewać się, iż retencja danych zostanie przez Trybunał w rozstrzygnięciu głównym dopuszczona. Oczekiwać można jednak, że także w tym przypadku Trybunał sformułuje co najmniej rygorystyczne warunki ograniczające stosowanie tej metody i znajdzie odpowiednią formułę, zapewniającą ewentualne wykorzystanie magazynowanych danych wyłącznie dla realizacji celów związanych z bezpieczeństwem państwa i uniemożliwiającą nielegalne „wycieki”. Występująca w związku z retencją danych szczególna intensywność problematyki zabezpieczenia danych (Datensicherung) stanowi w tym przypadku swoisty jakościowy wyróżnik w stosunku do innych omawianych orzeczeń. Niebezpieczeństwo wynikające z wykorzystywania wielkich zbiorów danych w sposób niezgodny z celem, w jakim zostały zgromadzone i wynikające z tego naruszenia praw podstawowych są bowiem w przypadku tej techniki szczególnie duże. Obrazują to liczne w ostatnim czasie spektakularne skandale związane z zarządzaniem wielkimi zbiorami danych osobowych w sektorze publicznym i prywatnym w Niemczech i innych krajach europejskich.⁶⁶

IV. Uwagi końcowe

W omawianych orzeczeniach Trybunał rozstrzygał, czy ustawy bądź też ich nowelizacje, modernizując środki prewencyjno-represyjne, stosowane w celu zwalczania lub zapobiegania przestępczości, nie ograniczają w sposób niekonstytucyjny praw i wolności jednostki.

Już we wcześniejszych wyrokach rozważano problemy oddziaływania technik informatycznych na prawa jednostki (Volkszählungsurteil). Masowy charakter ingerencji i nietypowość możliwych zagrożeń powodowały konieczność głębszej interpretacji poszczególnych praw podstawowych, umożliwiając identyfikowanie niedostrzeganych dotąd aspektów chronionych dóbr prawnych. Przykładem takiej „odkrywczej” interpretacji może być fundamentalne dla ochrony danych osobowych (Datenschutz) prawo do informacyjnego samookreślenia (informationelle Selbstbestimmungsrecht) czy też omawiane w artykule prawo do integralności i poufności systemów

⁶⁶ N.p. utrata danych dotyczących podatników w Anglii:

<http://www.timesonline.co.uk/tol/news/uk/article2907495.ece>; Kradzież danych w niemieckim Telekomie;

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,573094,00.html>; nielegalny obrót danymi mel-dunkowymi;

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,575097,00.html>; nielegalny obrót danymi o kon-tach bankowych;

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,571404,00.html>;

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,594874,00.html>.

informatycznych (w sprawie przeszukiwania online), które w obu wypadkach wynikały z ogólniejszego konstytucyjnego prawa ochrony osobowości.

Badając konstytucyjność nowych regulacji, poddawano analizie także oddziaływanie przedmiotowych technik na tradycyjne prawa podstawowe wyrażone *expressis verbis* w przepisach konstytucyjnych.

Zapadłe orzeczenia świadczą, iż ustawy, stanowiące przedmiot kontroli, zazwyczaj nie były zgodne z postanowieniami Ustawy Zasadniczej, w uznawanej powszechnie za wiążącą interpretacji strażników konstytucji. Ujawnia to istotne różnice w pojmowaniu stopnia zagrożenia dla praw podstawowych pomiędzy Trybunałem i ustawodawcą, a także – w niektórych wypadkach – przedstawicielami nauki prawa konstytucyjnego. Uchylające niekonstytucyjne przepisy orzeczenia Trybunału określają jednocześnie wymogi, jakie winny spełniać podstawy prawne. Trybunał natomiast nie ocenia poszczególnych technik z punktu widzenia pragmatycznej przydatności dla prewencji czy represji ani też nie dokonuje ocen etycznych ich skutków. Zajmuje się jednak frapującym aksjologicznie pytaniem o relację pomiędzy strefą wolności obywatelskich i strefą uprawnień kontrolno-represyjnych państwa („wie viel Sicherheit verträgt die Freiheit?”), stawianym tak często w publicystycznych polemikach. Rozważać go jednak może wyłącznie pod kątem dogmatyczno-prawnej konstrukcji zasady proporcjonalności (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). W szczególności pierwsze z pytań pozostaje prerogatywą ustawodawcy, uwzględniającego opinie zainteresowanych organów porządku publicznego.

Negatywnie bądź pozytywnie określane warunki konstytucyjnej legalności umożliwiały wprowadzanie modyfikacji w ramach ustawy zwykłej, zwalniając od podejmowania uciążliwych procedur zmiany Ustawy Zasadniczej (w omawianych przypadkach taka konieczność wystąpiłaby zresztą tylko w kwestii ustawy o bezpieczeństwie przestrzeni powietrznej), gdyż z reguły dla spełnienia wymogów konstytucyjności wystarczało ograniczenie pierwotnego zasięgu stosowania nowej techniki. Nie zmienia tego fakt, iż niektóre z koniecznych ograniczeń zakłócać mogą przebieg czynności operacyjno-dochodzeniowo-śledczych (np. w przypadku podsłuchu obowiązek wyłączenia urzędzeń rejestrujących w ustawowo określonych sytuacjach lub obowiązek uzyskania zgody sędziego).

Zmodyfikowane podstawy prawne, eliminując wskazane przez Trybunał uchybienia, nadają nowym technikom zgodny z konstytucją charakter i otwierają drogę do ich legalnego stosowania.

Czy jednak w wyniku takiej kontrolnej działalności Trybunału w zakresie relacji pomiędzy obszarem wolności człowieka i obywatela a sferą uprawnień organów porządkowych zaistnieje pożądany stan „bezpiecznej wolności”, odpowiadający aksjologii Ustawy Zasadniczej?

Główne narzędzie prawno-dogmatycznej analizy w omawianych przypadkach stanowiła dla Trybunału zasada proporcjonalności (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), ograniczająca tylko formalnie działalność ustawodawczą, co jest raczej narzędziem mało skutecznym, gdyż ocena środków

bezpieczeństwa, jakie należy zastosować w celu ochrony społeczeństwa, pozostawiona zostaje w gestii ustawodawcy.⁶⁷

Doświadczenia niedalekiej przeszłości dostarczają – niestety – licznych przykładów, kiedy to formalne ograniczenia prawne nie stanowiły przeszkody dla brutalnych naruszeń praw człowieka i obywatela (legalizacja masowego werbunku tajnych współpracowników czy kontroli korespondencji i rozmów telefonicznych przez służby specjalne w państwach tzw. realnego socjalizmu czy też *extraordinary renditions, water boarding*, Guantanamo lub tajne więzienia, dopuszczane *praeter legem* w państwach prawa).

Również wielość i wyrefinowanie środków i technik kryminalistycznych (kamery video, banki danych biometrycznych, kontrola online, retencja danych, kontrola scanerowa i inne), stosowanych nawet legalnie w celu zapobiegania lub zwalczania przestępczości, czyni wyobraźną taką sytuację, w której państwo „współuczestniczyć” będzie w znacznej części zachowań i relacji międzyludzkich.⁶⁸ Orwellowska wizja groźby „przejrzystego człowieka” (*Gläserner Bürger*), przed którą od lat wielu ostrzegają nie tylko przedstawiciele ochrony danych, staje się niebezpiecznie realna.

Przedstawione tutaj orzecznictwo Trybunału z pewnością przeciwdziała wielu negatywnym skutkom, towarzyszącym nowym technikom. Można jednak wątpić, czy narzędzia formalno-prawne, którymi posługują się strażnicy konstytucji, są wystarczająco skuteczne w warunkach silnego nacisku wpływowego lobbingu na rzecz zwiększania skuteczności państwa w zwalczaniu terroryzmu i przestępczości, uznającego rozbudowywanie sfery bezpieczeństwa za niezbędny priorytet. „Likwidacja wolności przebiega szybko, jej przywrócenie trwa wieki.”⁶⁹

⁶⁷ Za charakterystyczny wyjątek można jednak uznać orzeczenie w kwestii *Rasterfahndung*. W tym przypadku Trybunał zakwestionował mianowicie szeroką interpretację domniemanego niebezpieczeństwa (*Gefahrenabwehr*) jako uzasadnienia dla stosowanych metod prewencyjnych.

⁶⁸ Charakterystyczna jest nowelizacja Ustawy o uprawnieniach Federalnego Urzędu Kryminalnego (Art. 7 des Gesetzes über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten) z dn. 21.12.2007 r., BGBl I, s. 3198, obowiązująca od 1 stycznia 2009 r.

⁶⁹ A.C. Grayling, wywiad w „*Berliner Zeitung*” Nr. 296, z dn. 17.12.2008 r.

DIE BEDROHUNG DURCH DEN TERRORISMUS UND DIE GRUNDRECHTE IN DER (AKTUELLEN) RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Schlüsselwörter: Bundesverfassungsgericht, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, Fernmeldegeheimnis.

Zusammenfassung

In der Funktion als „Hüter der Verfassung“ prägt das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit seiner Rechtsprechung nicht nur die juristische, sondern auch die rechtspolitische Landschaft in Deutschland. Eine besonders gewichtige Rolle kommt dem Gericht in letzter Zeit im Hinblick auf eine Fülle zum Schutz der inneren Sicherheit ergangenen sogenannter Anti-Terror-Gesetzgebung, die den mit Sicherheitsaufgaben betrauten Behörden (Landespolizei, Bundesnachrichtendienst, Bundeskriminalamt, Verfassungsschutz) teilweise weitreichende und neue Befugnisse zur präventiven Gefahrenabwehr verleihen und über deren Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz das Gericht zu befinden hatte. Kennzeichnend für die neuen Regelungen ist auf der einen Seite eine zunehmende Loslösung von tradierten dogmatischen Grundsätzen des deutschen Polizeirechts durch zunehmende Vorverlagerung von Gefahrenabwehrmaßnahmen in das Feld der Gefahrenvorsorge und auf der anderen Seite eine erhebliche Technisierung dieser Maßnahmen. Der folgende Artikel skizziert ausgesuchte und wichtige Entscheidungen zu dieser Thematik, wie der Rasterfahndung, dem Luftsicherheitsgesetz, der Online-Durchsuchung und der noch anhängigen Verfassungsbeschwerde zur Vorratsdatenspeicherung.

Ohne die Maßnahmen als solche für unvereinbar mit dem Grundgesetz zu deklarieren, zeigt das BVerfG dem Gesetzgeber deutliche verfassungsrechtliche Schranken und stellt gewichtige formelle Anforderungen an eine verfassungskonforme Ausgestaltung solcher Regelungen und scheut nicht der Neuartigkeit vieler technischer Maßnahmen mit neuen Interpretationen von grundrechtlich geschützten Rechtspositionen zu begegnen. Das Gericht ist bemüht, eine verfassungsrechtlich gedeckte Balance zwischen Sicherheit und Freiheit zu finden, wobei dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine wichtige Rolle zukommt. Fraglich bleibt, ob diese formell-inhaltlichen Anforderungen an den Gesetzgeber angesichts der Quantität und Qualität der Maßnahmen das Aushüllen freiheitlicher Prinzipien des Grundgesetzes tatsächlich wirksam zu verhindern vermögen.