



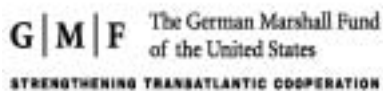
INSTYTUT SPRAW PUBLICZNYCH

**WPŁYW WYDARZEŃ Z 11
WRZEŚNIA NA NIEMIECKIE
USTAWODAWSTWO
DOTYCZĄCE
CUDZOZIEMCÓW
I POLITYKĘ IMIGRACYJNĄ**

Stefanie Schmahl

Warszawa 2004

Publikacja została opublikowana dzięki pomocy finansowej



© Copyright by Institute of Public Affairs, Warszawa 2004

Przedruk materiałów Instytutu Spraw Publicznych w całości lub części możliwy jest wyłącznie za zgodą Instytutu. Cytowanie oraz wykorzystywanie danych empirycznych dozwolone jest z podaniem źródła.

Wydawca:
Instytut Spraw Publicznych
00-031 Warszawa, ul. Szpitalna 5 lok. 22
tel.: (48 22) 55 64 260
fax.: (48 22) 55 64 262
e-mail: isp@isp.org.pl

opracowanie graficzne: Agnieszka Kamińska (awkaminska@poczta.onet.pl)



I. WSTĘP

Prawne podejście do walki z terroryzmem w Niemczech w czasach lewicowego terroryzmu lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych miało przede wszystkim charakter wewnętrzny i opierało się na dostępnych środkach walki z przestępczością. Jednakże okrutne ataki z 11/9 były źródłem nowej fali działalności prawnej w dziedzinie zwalczania terroryzmu. Niemcy, podobnie jak inne kraje, uświadomiły sobie jak bardzo są narażone na możliwość konfrontacji z terroryzmem, działającym na skalę międzynarodową. Co więcej, wkrótce po 11/9, Niemcy znalazły się w centrum międzynarodowej uwagi, gdy okazało się, że ataki te przynajmniej częściowo zostały zaplanowane i przygotowane w Hamburgu. Pojawiły się obawy, że kraj stał się schronieniem dla terrorystów, a może także „uśpionych” zamachowców, kryjących się za nierzucającym się w oczy kamuflażem. W tej atmosferze niemiecki rząd w pośpiechu przyjął nową legislację antyterrorystyczną. Środki prawne przyjęte w dwóch tak zwanych „pakietach antyterrorystycznych” z 19 września 2001 r. i 9 stycznia 2002r. koncentrują się na działaniach prewencyjnych i współpracy mię-

dzynarodowej a nie na wprowadzaniu obustrzeń i działań jednostronnych. Jednakże w następstwie ataków terrorystycznych¹ z 11 marca 2004 r. na cztery pociągi w Madrycie zaistniała konieczność ponownego zaostrzenia istniejących przepisów. Główny ciężar spoczywa na Ustawie Imigracyjnej,² która jest wynikiem długotrwałych negocjacji pomiędzy rządzącą koalicją a opozycją, w sprawie wypracowania kompromisu, dotyczącego polityki imigracyjnej. Rozmowy te, mające na celu pokonanie różnic politycznych, ostatecznie zakończyły się sukcesem w maju 2004 r.³

Dwa główne elementy niemieckich dążeń skierowanych na zwalczanie terroryzmu obejmują wprowadzenie jednostronnych zmian dotyczących uprawnień policji, prawa karnego oraz ustawy o cudzoziemcach a także rozwój współpracy międzynarodowej w dziedzinie ochrony granic, wiz i kwestii udzielania azylu.⁴ Szczególnie istotne zmiany zostały wprowadzone po 11/9 w obszarze prawa dotyczącego cudzoziemców i azylu. Również na tych obszarach koncentrować się będą zmiany wynikające z potrzeb

1 *Gesetz zur Finanzierung der Terrorbekämpfung* z 10 grudnia 2001 r. BGBl. 2001 I str. 3436, i *Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)* z 9 stycznia 2002r. BGBl. 2002 I str. 361.

2 Celem Ustawy Imigracyjnej jest kontrola i ograniczenie imigracji oraz regulacja kwestii związanych z zamieszkaniem w Niemczech i integracją obywateli państw Unii Europejskiej i innych krajów.

3 Mimo tego, że duża część niemieckiej ustawy o cudzoziemcach została już znacząco zmieniona przez tzw. „Ustawę Imigracyjną” z 20 czerwca 2002 r. (BGBl. 2002 I str. 1946), która pierwotnie weszła w życie 1 stycznia 2002 r.; wejście w życie nowych rozwiązań prawnych zostało zablokowane decyzją niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 18 grudnia 2002r. (BVerfGE 106, 310), zgodnie z którą Trybunał uznał, iż głosowanie przez drugą izbę niemieckiego parlamentu (Bundesrat) naruszało konstytucję. W 2003 r. rząd ponownie wprowadził „Ustawę Imigracyjną” o niezmienionej treści (patrz BT-Drs. 15/420). Ustawa Imigracyjna ponownie została przyjęta przez niemiecki parlament (Bundestag) 8 maja 2003 r. Jednakże została odrzucona przez konserwatywną większość w drugiej izbie, w głosowaniu 20 czerwca 2003. Od tej pory podejmowano próby wypracowania kompromisu w ramach procedury mediacji. Z uwagi na fiasko porozumienia w wyznaczonym terminie, parlamentarny komitet ds. mediacji (Vermittlungsausschuss) 10 października 2003 r. powołał grupę roboczą, która spotkała się kilka razy w celu wypracowania kompromisu.

4 Walka z finansowaniem terroryzmu jest ważnym zagadnieniem, lecz nie zostanie omówiona w niniejszym artykule, gdyż stanowi odrębną dziedzinę.



bezpieczeństwa w następstwie ostatnich ataków terrorystycznych w Madrycie. W związku z tym chciałabym przeanalizować wpływ międzynarodowego terroryzmu na niemieckie ustawodawstwo dotyczące cudzoziemców w jego obecnym kształcie oraz po wprowadzeniu w niedalekiej przyszłości prawdopodobnych zmian przez Ustawę Imigracyjną. Pragnę skupić się na pewnych wybranych zagadnieniach, w szczególności tych, które silnie kolidują z niedawno zmienionym prawem karnym i ustawodawstwem ds. Policji, rodząc implikacje w odniesieniu do praw człowieka.



■ II. NOWE PRZESTĘPSTWA KRYMINALNE I ŚRODKI POLICYJNE

2.1. POSTĘPOWANIE KARNE W STOSUNKU DO OSÓB PODEJRZA- NYCH O TERRORYZM

Jedną z głównych zmian w niemieckim systemie prawnym po 11/9 dotyczy objęcia procedurami karnymi organizacji terrorystycznych działających wyłącznie w innych krajach. Zgodnie z artykułami: 129 i 129a kodeksu karnego, tworzenie organizacji o charakterze przestępczym lub terrorystycznym stanowiło przestępstwo tylko w przypadku, gdy organizacje te w jakikolwiek formalny sposób istniały na terenie Niemiec. We wrześniu 2002 r. do kodeksu karnego dodano nowy artykuł 129b., zgodnie z którym działalność przestępcza obejmuje także tworzenie organizacji terrorystycznych poza granicami kraju. Zmiana ta tylko częściowo związana jest z wydarzeniami z 11/9. Unia Europejska już w grudniu 1998 r. przyjęła Wspólne Działanie,⁵ które miało na celu uznanie uczestnictwa w organizacji przestępczej z siedzibą w kraju Unii Europejskiej za przestępstwo, co umożliwiło ściganie osób, będących członkami orga-

nizacji przestępczych utworzonych w krajach UE lub działających na ich terenie, także w pozostałych krajach członkowskich UE. W związku z tym przyjęcie artykułu 129b. kodeksu karnego przede wszystkim wynikało z potrzeby walki z międzynarodowym oraz regionalnym terroryzmem w Europie.⁶ Jednakże decyzja niemieckich ustawodawców posiada dalsze implikacje. Uważano, że ataki terrorystyczne w USA pokazały, iż zasady te należy rozciągnąć poza granice Unii Europejskiej. Takie postępowanie uznano za jedyny sposób prowadzenia skutecznej walki z międzynarodowym terroryzmem.⁷ To prawidłowe podejście jest ograniczone jednak przez brak definicji „organizacji terrorystycznej” zarówno w artykule 129a jak i w artykule 129b kodeksu karnego.⁸ Prawna definicja terroryzmu pozostaje niejasna zarówno w ustawodawstwie krajowym jak i w prawie międzynarodowym,⁹ pomimo wypracowania, po raz pierwszy, międzynarodowego porozumienia podczas Międzynarodowej Konwencji o Przeciwdziałaniu Finansowaniu Terroryzmu (International Convention on the Suppression of Financing of Terrorism – 1999).¹⁰

5 W szczególności patrz art. 4 paragraf 1 Wspólne Działanie 98/733/JHA z 21 grudnia 1998r., OJ (EC) 1998, L 351/1. Zdaniem Komisji Europejskiej środek ten powinien zostać wzmocniony w niedalekiej przyszłości, patrz COM (2004) 221 final z 29 marca 2004 r.

6 Patrz uzasadnienie w BT-Drs. 14/7025, str. 6.

7 M. Nolte, *Die Anti-Terror-Pakete im Lichte des Verfassungsrechts*, DVBl. 2002, p. 573 (574); H.C. Schaefer, *Strafverfolgung und innere Sicherheit nach den Terroranschlägen*, NJW 2001, p. 3755 (3756).

8 Odpowiednie tytuły nie mają znaczenia dla interpretacji normy, patrz H. Tröndle/T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51st ed., 2002, str. 857 et seq.

9 Patrz Ch. Walter, *Defining Terrorism in National and International Law*, dostępne pod adresem: <http://edoc.mpil.de/conference-on-terrorism/walter.pdf>.

10 Patrz art. 2 paragraf 1 (b) Konwencji o Przeciwdziałaniu Finansowaniu Terroryzmowi z 9 grudnia 1999 r. (GA/RES/54/109, obowiązuje od 10 kwietnia 2002 r.) W odniesieniu do wspólnej definicji „przestępstwa o charakterze terrorystycznym” na poziomie Wspólnoty, patrz art. 1 Ramowej Decyzji Rady 2002/475/JHA o zwalczaniu terroryzmu z 13 czerwca 2002 r. OJ (EC) 2002, L 164/3. Ramowa Decyzja Rady ma na celu ustanowienie jednolitych ram prawnych dla ustaw ds. ścigania terrorystów poprzez ustanowienie zasad kompetencji i współpracy prawnej pomiędzy krajami członkowskimi, w sprawie ścigania osób, które dopuściły się aktów terroru. W tym celu Europejska Sieć Prawna (European Judicial Network – patrz Wspólne Działanie 98/428/JI z 20 czerwca 1998 r., O.J. L 191 z 7 lipca 1998 r., str. 4) i ostatnio utworzona „Eurojust” (patrz Decyzja Rady 2002/187/JHA z 28 lutego 2002 r., O.J. L 63 z 6 marca 2002 r., str. 1) będą odgrywały ważną rolę koordynując działania krajowych organów sprawiedliwości w celu rozwiązania konfliktu jurysdykcji.



Oprócz ścigania „przestępstw o charakterze terrorystycznym”, które nie muszą oznaczać aktów terroru przeprowadzonych przez grupę, organy ścigania mogą także opierać się na „przestępstwach pospolitych” takich, jak morderstwo, sabotaż komputerowy, spowodowanie eksplozji przy użyciu materiałów wybuchowych czy atak na ruch lotniczy i morski.¹¹ Od chwili wejścia w życie z dniem 1 lipca 2002 r. Niemieckiego Kodeksu Ścigania Przestępstw Przeciwko Prawu Międzynarodowemu (Code of Crimes Against International Law)¹² w przypadku zakrojonych na dużą skalę ataków terrorystycznych można także ścigać przestępstwa z artykułu 7. tego Kodeksu jako zbrodnie przeciwko ludzkości.¹³

2.2. ZAKAZ DZIAŁALNOŚCI EKSTREMISTYCZNYCH ORGANIZACJI RELIGIJNYCH ORAZ ROZSZERZONE MOŻLIWOŚCI ZAKAZU ZRZESZANIA SIĘ CUDZOZIEMCÓW

W odniesieniu do nowych środków policyjnych, warto wspomnieć, że 4 grudnia 2001 r.¹⁴ zostały zniesione przepisy uniemożliwiające zakazanie działalności grupom religijnym nawołującym do terroryzmu.¹⁵ Oznacza to, że można zabronić działalności stowarzyszeniu religijnemu – zgodnie z art. 9 paragraf 2 Ustawy Podstawowej (the Basic Law)¹⁶ – jeśli działalność ta narusza kodeks karny, porządek konstytucyjny lub wymierzona jest przeciwko idei międzynarodowego zrozumienia. [*international understanding*]. Mimo, że środek ten został wprowadzony przy okazji wydarzeń z 11/9, to jednak nie były one podstawowym czynnikiem. Już wcześniej bowiem rozważano porzucenie „przywileju religijnego” w kontekście konkretnych przypadków w Niemczech, w których organizacje wykorzystywały zwyczaje religijne i praktykowanie wiary do ukrycia celów ekstremistycznych.¹⁷ W szczególności dotyczyło to tzw. „Państwa Kalifa”, prywatnego stowarzyszenia, na którego czele stał słynny „Kalif

11 Patrz artykuły: 211, 303b, 308 i 316c Kodeksu Karnego.

12 Gesetz zur Einführung eines Völkerstrafgesetzbuches, BGBl. 2002 I str. 2254.

13 Nawet jeśli terroryzm nie został włączony do listy przestępstw w jurysdykcji, wstępny projekt Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego przedstawiony przez Komisję ds. Prawa Międzynarodowego w 1994 r. zakładał, że jego jurysdykcja będzie obejmowała także przestępstwa o charakterze terrorystycznym, patrz GA (UN), GARO, 49th Sess., Suppl. No. 10, paragraf 91), a Międzynarodowy Trybunał Karny posiada uniwersalną jurysdykcję w odniesieniu do zbrodni przeciwko ludzkości niezależnie od tego, czy zostały popełnione w czasie pokoju czy w czasie wojny, patrz art. 5 paragraf 1 lit. b w połączeniu z art. 7 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, BGBl. 2000 II str. 1394.

14 Pierwsza poprawka do Ustawy o stowarzyszeniach prywatnych z 4 grudnia 2001 r., BGBl. 2001 I str. 3319.

15 Dawny art. 2 paragraf 2 (3) Ustawy o Stowarzyszeniach Prywatnych (Vereinsgesetz) z 5 sierpnia 1964 r., BGBl. 1964 I str. 593.

16 Ograniczenia z art. 9. paragraf 2 Ustawy Podstawowej są najtrudniejsze do zastosowania w sposób dopowiedziany (*“verfassungsunmittelbare Schranken”*) w stosunku do stowarzyszeń religijnych podlegających art. 140. Ustawy Podstawowej w połączeniu z art. 137. paragraf 2 Konstytucji Weimaru, patrz L. Michael, *Verbote von Religionsgemeinschaften*, JZ 2002, str. 482 (484 et seq.).

17 O. Lepsius, *Liberty, Security, and Terrorism: The Legal Position in Germany*, German Law Journal Vol. 5 (2004), dostępne pod adresem: <http://www.germanlawjournal.com>.



z Kolonii”, *Metin Kaplan*, tureckiego pochodzenia. Wkrótce po zniesieniu „przywileju religijnego” rząd podjął działania przeciwko temu stowarzyszeniu,¹⁸ które wyraźnie realizowało cele terrorystyczne, dążąc do obalenia świeckiego państwa w Turcji i zastąpienia go szariatem. Działalność stowarzyszenia została zakazana 8 grudnia 2001 r.¹⁹

Oprócz zniesienia „przywileju religijnego”, artykuł 9 drugiego pakietu antyterrorystycznego rozszerzył możliwość zakazu zakładania stowarzyszeń przez cudzoziemców. Na mocy nowego artykułu 14 paragraf 2 ustawy o stowarzyszeniach prywatnych powstała możliwość wprowadzania zakazu działalności stowarzyszeń cudzoziemców, m. in. jeśli ich cel lub działalność wspierają użycie siły, nawołują do niego lub mają spowodować posłużenia się siłą jako środkiem realizacji celów politycznych, religijnych lub innych.²⁰ Celem tego bardziej restrykcyjnego podejścia, zastosowanego wyłącznie wobec stowarzyszeń cudzoziemców, jest zapobieganie działalności ekstremistycznej zgodnie z założeniem o większym prawdopodobieństwie zaangażowania stowarzyszeń cudzoziemców w działalność terrorystyczną lub zorganizowaną przestępczość. Rozróżnienie w odniesieniu do podstawy zakazu w oparciu o narodowość jest uzasadnione na mocy art. 2. paragraf 1 i art. 3. paragraf 3 Ustawy Podstawowej (the Basic

Law)²¹ oraz art. 16. ECHR (Europejskiego Trybunału Praw Człowieka), który daje Stronom Państwowym prawo do ograniczania działalności politycznej cudzoziemców, także w zakresie wolności stowarzyszenia na mocy art. 11. ECHR.²² Jest ono jednak problematyczne w świetle standardów uniwersalnych praw człowieka określonych w art. 22. CCPR (Komitetu Praw Człowieka). Wolność stowarzyszeń zgodnie z tą normą na równi stosuje się do osób danej narodowości i innych narodowości – z zastrzeżeniami określonymi w art. 22. paragraf 2 CCPR. W związku z tym nie jest nie na miejscu twierdzenie, że można powołać się na zasadę zakazu dyskryminacji art. 26. CCPR.²³ Co więcej, główną wskazówką dla wykazu podstaw, uzasadniających zakaz działalności stowarzyszeń cudzoziemców, jest katalog przyczyn, które umożliwiają ograniczenie lub zakazanie politycznej działalności cudzoziemców z artykułu 37. paragrafy 1 i 2 ustawy o cudzoziemcach.²⁴ Jednakże istnieje kilka różnic. Na przykład, w odróżnieniu od artykułu 37 paragraf 2 (2) ustawy o cudzoziemcach, nowy artykuł 14. paragraf 2 (4) ustawy o stowarzyszeniach prywatnych nie wymaga, aby działalność była prowadzona w sposób publiczny. W związku z tym, także pod tym względem zmiana jest problematyczna zarówno w świetle zasady proporcjonalności jak i pewności prawnej.²⁵

¹⁹ Działania podjęte przeciwko temu zakazowi były nieskuteczne, patrz *Federalny Sąd Administracyjny*, decyzje z 27 listopada 2002 r., NVwZ 2003, str. 986 et seq., i str. 990 et seq., oraz *Federalny Trybunał Konstytucyjny*, decyzja z 2 października 2003 r., NJW 2004, str. 47 et seq.

²⁰ Określenie stowarzyszenia cudzoziemców oznacza, że większość członków lub kierowników nie jest narodowości kraju, w którym działa dane stowarzyszenie. Wyłączone są organizacje, których wszyscy lub prawie wszyscy członkowie i przywódcy są obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej.

²¹ Art. 9 paragraf 1 Ustawy Podstawowej stosuje się tylko do Niemców. W związku z tym w odniesieniu do stosunku „nie dyskryminującego” pomiędzy art. 9 paragraf 2 i art. 2 paragraf 1 Ustawy Podstawowej patrz *Michael* (uwaga 17), str. 488.

²² Zakaz dyskryminacji na mocy art. 14. ECHR nie stosuje się w tych przypadkach, patrz *Frowein*, w *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 2nd ed. 1996, str. 488.

²³ Art. 26 CCPR jest nie dodatkiem lecz niezależnym prawem. Nieuzasadnione rozróżnienie poprzez odniesienie do narodowości uważane było za naruszenie zakazu dyskryminacji w przypadku żołnierzy z Senegalu, patrz *Komitet ds. Praw Człowieka*, Komunikat nr 196/1985, *Gueye et al v. France*, paragraf 9.3. – 9.5.

²⁴ W nawiązaniu do artykułu 37. Ustawy o cudzoziemcach patrz *M. Kaltenborn*, *Rechtliche Grenzen der politischen Betätigung von Ausländern*, DÖV 2001, str. 55 (59 et seq.).

²⁵ Patrz *E. Denninger*, *Freiheit durch Sicherheit?*, *Zur rechtsstaatlichen Problematik des Terrorismusbekämpfungsgesetzes*, in: *G. von Arnim et al. (eds.) Jahrbuch Menschenrechte 2003, 2002*, str. 44 (52 et seq.); *Nolte* (uwaga 8), str. 576.



■ III. DZIAŁANIA W SFERZE PRAWA DOTYCZĄCEGO AZYLU I CUDZOZIEMCÓW

Jak już wspomniano, głównym problemem dla podejmowanych w Niemczech działań antyterrorystycznych jest kwestia prawa dotyczącego azylu i cudzoziemców. Nie widziano potrzeby wprowadzania zmian prawnych w tym obszarze podczas wewnętrznej walki z „Fracją Czerwonej Armii”. W odpowiedzi na tragedię z 11/9 niemiecka Ustawa o Cudzoziemcach, określająca pewne normy, m. in., dotyczące przyznawania i przedłużania pozwolenia na pobyt oraz podstaw do wydalenia i deportacji oraz warunków ograniczenia stosowania wydalenia i deportacji, została znacząco zmieniona w ramach drugiego pakietu antyterrorystycznego. Co ważniejsze, wprowadzono nowe podstawy odmowy udzielenia zezwolenia na pobyt i wydalenia (domniemanych) terrorystów, jak również ograniczono ochronę przed deportacją. Jest to jednak tylko jeden z celów. Innym jest zniechęcanie osób podejrzanych o terroryzm do wjeżdżania na terytorium Republiki Federalnej Niemiec. W tym celu w obszarze prawa dla cudzoziemców wprowadzono dalsze środki antyterrorystyczne takie, jak odpowiedni format dokumentów pobytowych, uprawnienia właściwych władz do ustalania i dokumentowania tożsamości cudzoziemców oraz przechowywania i przekazywania danych osobowych. Na marginesie warto dodać, że zwiększono także uprawnienia Federalnej Straży Granicznej.

3.1. NOWE PODSTAWY ODMOWY UDZIELENIA ZGODY NA POBYT

Po pierwsze na mocy artykułu 11 (3) drugiego pakietu antyterrorystycznego rozszerzono możliwości odmowy udzielenia zgody na pobyt. Zgodnie z nowym artykułem 8 paragraf 1 (5) Ustawy o Cudzoziemcach, odmowa udzielenia zgody na pobyt ma miejsce, gdy dany cudzoziemiec zagraża wolności i podstawowemu porządkowi demokratycznemu lub bezpieczeństwu Republiki Federalnej Niemiec, uczestniczy w aktach przemocy, mających za zadanie osiągnięcie celów politycznych, publicznie nakłania do przemocy lub grozi użyciem przemocy, bądź, jeśli udowodniono mu, że jest członkiem organizacji wspierającej międzynarodowy terroryzm.²⁶ Przepis ten w sposób oczywisty odnosi się do nowego artykułu 129 b. kodeksu karnego.²⁷ Co więcej, jego zadaniem jest zwiększanie zdolności państwa do walki z zagrożeniem wewnętrznego i zewnętrznego bezpieczeństwa państwa lub jego naruszeniem.²⁸ Wątpliwe jednak, aby zmiana ta wprowadzała jakiegokolwiek znaczące, nowe elementy. Prawdą jest, że dawny artykuł 46. (1) ustawy o cudzoziemcach nie odnosił się wyraźnie do zjawiska międzynarodowego terroryzmu, jednakże prawdopodobnie w wystarczający sposób odnosił

²⁶ Wyjątki od tej reguły są możliwe na mocy artykułu 9. paragraf 1 (4) ustawy o cudzoziemcach.

²⁷ Patrz R. Marx, *Zu den ausländer- und asylrechtlichen Bestimmungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes*, ZAR 2002, str. 127 (128 et seq.).

²⁸ Patrz raport wyjaśniający do projektu drugiego pakietu antyterrorystycznego, BT-Drs. 14/7386 z 8 listopada 2001 r., str. 35 (54). – W tym samym celu część nowych środków wprowadzonych przez Unię Europejską w dziedzinie imigracji i azylu odnosi się do kwestii odmowy zezwolenia na pobyt z powodów polityki społecznej i przyczyn bezpieczeństwa. Dyrektywa o Łączeniu Rodzin (Dyrektywa Rady 2003/86 o prawie rodziny do połączenia, O.J. 2003 L 251/12), na przykład jasno określa pojęcie polityki społecznej, uzasadniającej odmowę połączenia rodziny z powodu, m.in., bycia karany za poważne przestępstwa terrorystyczne. Dyrektywa ds. osób z prawem stałego pobytu (Dyrektywa Rady 2003/109 dotycząca statusu obywateli krajów trzecich z prawem stałego pobytu, O.J. 2004 L 16/44) stwierdza, że kraj członkowski może odmówić udzielenia prawa do stałego pobytu obywatelowi innego kraju, na podstawie polityki społecznej i w obawie o bezpieczeństwo.



się do interesów bezpieczeństwa Niemiec.²⁹ Ponadto, większość z tych sytuacji³⁰ została ujęta w innych przepisach ustawy o cudzoziemcach.³¹

3.2. NOWE PODSTAWY WYDALENIA

Oprócz tego, na mocy artykułu 11 (8) drugiego pakietu antyterrorystycznego, podstawy wydalenia zawarte w dawnym artykule 46 (1) Ustawy o Cudzoziemcach, zostały włączone do nowego artykułu 47 paragraf 2 (4) który obecnie, wyraźnie odnosi się do podstaw odmowy prawa pobytu na mocy artykułu 8 paragraf 1 (5) Ustawy o Cudzoziemcach. W konsekwencji, podobnie do odmowy prawa pobytu, wydalenie jest obecnie wyraźnie przewidziane w przypadku udowodnienia, że dany cudzoziemiec jest członkiem organizacji wspierającej międzynarodowy terroryzm lub sam wspiera taką organizację.

Można twierdzić, że nowe podstawy ujęte w artykule 47 paragraf 2 ustawy o cudzoziemcach mieszczą się w zakresie art. 32 Konwencji Genewskiej z 1951 r.,³² dotyczącej Statusu Uchodźców, która dopuszcza wydalenie osoby z kraju, z uwagi na bezpieczeństwo narodowe i porządek publiczny. W związku z tym przepis ten nie był krytykowany jako taki, lecz z uwagi na podstawowy problem wynikający z niejasno sformułowanego nowego tekstu. Jak już wspomniano, pojęcie „terroryzmu” nie ma dokładnej definicji w Niemczech ani w prawie międzynarodowym, tak jak pojęcie „wspierania”. Oznacza to, że odpowiednie organy władzy państwowej muszą podjąć decyzję, które organizacje należy uznać za terrorystyczne. To zagadnienie powoduje, że wracamy do słynnego stwierdzenia, iż „ktoś, kto dla jednych jest terrorystą, dla innych

²⁹ Patrz G. Renner, *Ausländerrecht, Kommentar*, 7th ed. 1999, § 46 paragraf 4 et seq.

³⁰ Patrz B. Huber, *Die Änderungen des Ausländer- und Asylrechts durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz, NVwZ 2002*, str. 787 (789).

³¹ Takie jak artykuł 16 paragraf 3 (2), artykuł 19 paragraf 3, artykuł 23 paragraf 3 i artykuł 24 paragraf 1 (6), odpowiednio interpretowane w połączeniu z dawnym artykułem 46 (1) lub nowym artykułem 47 paragraf 2 (4).

³² Konwencja z 28 lipca 1928 r. weszła w życie 22 kwietnia 1954 r., patrz 189 UNTS 137 (1954).



jest bojownikiem o wolność”. Często jest to kwestia percepcji, gdzie kończy się dopuszczalna opozycja, a zaczyna terror. W szczególności dotyczy to konfliktów wewnętrznych.³³ W celu wyjaśnienia tej dowolności, na przykład preambuła Decyzji Ramowej Rady o zwalczaniu terroryzmu z 13 czerwca 2002 r. wyraźnie wyłącza bojowników o wolność i strony konfliktów wewnętrznych oraz wojen domowych z grupy osób podejrzanych o przestępstwa terrorystyczne.³⁴ Pod tym względem decyzja ramowa powtarza artykuł 19 paragraf 2 Międzynarodowej Konwencji o Zapobieganiu Bombowym Atakom Terrorystycznym,³⁵ która wyłącza ze swojego zakresu działania sił zbrojnych w czasie konfliktu zbrojnego podlegającego międzynarodowemu prawu humanitarnemu. Co więcej, należy podkreślić, że niedopuszczalne jest wydalenie w oparciu o samo podejrzenie. Federalny Sąd Administracyjny twierdzi, że w przypadku deportacji powód wydalenia w całości musi odzwierciedlać powagę przestępczego zachowania.³⁶ Mimo tego, że warunki te ustanowiono w kontekście wcześniej karanych osób ubiegających się o azyl, mają one ogólne znaczenie dla stosowania prawa o cudzoziemcach.³⁷ Europejski Trybunał Sprawiedliwości postawił tę kwestię jeszcze ostrzej w swoich orzeczeniach *Calfa* i *Nazli* stwierdzając, że prawo wspólnotowe wyklucza wydalenie obywatela państwa członkowskiego w oparciu o ogólne podstawy prewencyjne. Oznacza to, że wydalenie nie jest dopuszczalne, jeśli decyzja o nim zo-

stała podjęta w celu odstraszenia innych cudzoziemców,³⁸ a w szczególności, gdy środek ten jest automatycznym następstwem wyroku karnego bez względu na osobiste zachowanie danej osoby lub na zagrożenie stwarzane przez to zachowanie dla wymagań polityki społecznej.³⁹ Jednakże ostatni kompromis w sprawie ustawy imigracyjnej prawdopodobnie doprowadzi do wprowadzenia jeszcze bardziej restrykcyjnych środków legislacyjnych. Zgodnie z osiągniętym porozumieniem, wydalenie i deportacja będą miały miejsce już w przypadku przypuszczalnych oznak zagrożenia, w oparciu o dowody. Cel ten jest problematyczny, gdyż stoi w sprzeczności z rządami prawa z art. 20 paragraf 3 ustawy podstawowej: tak jak inne decyzje państwowe, także decyzja o wydaleniu musi być możliwa do skalkulowania i mierzalna oraz musi opierać się na faktach, podlegających kontroli sądowej.⁴⁰

Co ważniejsze, w odróżnieniu od środków na mocy dawnego artykułu 46 ustawy o cudzoziemcach, wydalenie na mocy nowego artykułu 47 paragraf 2 Ustawy o Cudzoziemcach nie podlega decyzji władz. Pomimo tego, że podjęcie działania nie jest absolutnie obowiązkowe, stanowi ono ogólną zasadę (tak zwane „zwykłe wydalenie”). W tym kontekście poważny niepokój może wzbudzać nowy artykuł 47 paragraf 2 (5) ustawy o cudzoziemcach, na mocy którego możliwe jest zwykłe wydalenie cudzoziemca, jeśli, m. in. znajduje się on w trakcie

33 V. Zöllner, *Liberty Dies by Inches: German Counter-Terrorism Measures and Human Rights*, *German Law Journal* Vol 5 (2004), dostępne pod adresem: <http://germanlawjournal.com>.

34 Patrz paragraf 11 preambuły do decyzji ramowej (uwaga 11).

35 Przyjęte przez Zgromadzenie Generalne Organizacji Narodów Zjednoczonych 15 grudnia 1997 r., A/RES/52/164, ILM 37 (1998), 249.

36 Federalny Sąd Administracyjny, BVerwGE 106, str. 351 (357).

37 D. Kugelmann, *Betroffensein der ausländischen Wohnbevölkerung von Maßnahmen der Terrorismusbekämpfung*, ZAR 2003, str. 96 (102).

38 Patrz w szczególności ECJ, Case 67/74 *Bonsignore* (1975) ECR 297, paragraf 7.

39 ECJ, Case C-348/96 *Calfa* (1999) ECR I-11, paragraf 27, oraz case C-340/97 *Nazli* (2000) ECR I-957, paragraf 59.

40 F. Schnapp, in: v. Münch/Kunig (ed.), *Grundgesetz, Kommentar*, Vol. 2, 5th ed., 2001, art. 20 paragraf 27.



wywiadu prowadzonego przez organy władz państwowych ds. cudzoziemców w celu wyjaśnienia wątpliwości odnośnie jego lub jej wjazdu, bądź dalszego przebywania w oparciu o nieprawdziwe lub niepełne informacje na temat kluczowych zagadnień, wiążących daną osobę z osobami lub organizacjami, które podejrzane są o wspieranie międzynarodowego terroryzmu. Zważywszy, że przepis ten nie wymaga udowodnienia kontaktów z międzynarodowym terroryzmem,⁴¹ można kwestionować, czy zwykłe wydalenie jest środkiem proporcjonalnym, a co za tym idzie, czy jest zgodne z rządami prawa.⁴² Wątpliwości te pozostają nawet, jeśli wydalenie będzie dopuszczalne tylko w przypadku poinformowania cudzoziemca przed wywiadem o celu wywiadu związanym z kwestiami bezpieczeństwa oraz o prawnych konsekwencjach przedstawienia fałszywych lub mylących informacji.

Warto także nadmienić, że przedstawienie fałszywych lub niepełnych informacji w celu uzyskania prawa pobytu jest przestępstwem, w myśl artykułu 92, paragraf 2 (2) Ustawy o Cudzoziemcach,⁴³ a więc wydalenie jest już dopuszczalne, według decyzji władz, na mocy artykułu 46 (2) Ustawy o Cudzoziemcach. Oprócz tego, dyskrecjonalne wydalenie w przypadku podejrzeń o powiązania z organizacjami terrorystycznymi lub innymi ugrupowaniami gotowymi do użycia siły jest możliwe zgodnie z nowym artykułem 46 (1) Ustawy o Cudzoziemcach. Jak słusznie zauważono, w niemieckiej literaturze akademickiej nasa się pytanie, dlaczego to samo zachowanie ma równocześnie uzasadniać dyskrecjonalne wydalenie (artykuł 46 [1] i [2] ustawy o cudzoziemcach) oraz zwykłe wydalenie (artykuł 47 paragraf 2 [5] Ustawy o Cudzoziemcach).⁴⁴ Nawet, gdyby artykuł 47 paragraf 2 (5) mógł zostać uznany za *lex specialis* w odniesieniu do artykułu 46 Ustawy o Cudzoziemcach, prawne zwiększenie wartości tego przepisu nadal jest kwestionowane.

41 Patrz BT-Drs. 14/7386 z 8 listopada 2001 r. (uwaga 29), str. 35 (56).

42 G. Renner, *Terrorismusbekämpfung und Schutzsuchende*, ZAR 2003, str. 52 (59).

43 W odniesieniu do przestępstw patrz B. Heinrich, *Grundzüge und aktuelle Probleme des deutschen Ausländerstrafrechts*, ZAR 2003, str. 166 (170 et seq.).

44 Marx (uwaga 28), str. 132; M. Rau, *Raport o Niemczech*, <http://edoc.mpil.de/conference-on-terrorism/germany.pdf>, str. 51.



3.3. OGRANICZENIE OCHRONY PRZED DEPORTACJĄ

Trzecim, ważnym zagadnieniem w tym kontekście jest kwestia nowych podstaw dla nieudzielenia ochrony przed deportacją. Zgodnie z artykułem 51 paragrafy 1 i 2 ustawy o cudzoziemcach, osoby, którym przysługuje prawo ubiegania się o azyl oraz cudzoziemcy posiadający status uchodźców zagranicznych na terytorium federalnym lub uznawani za uchodźców zagranicznych, zgodnie z Konwencją Genewską z 1951 r. o uchodźcach, poza terytorium federalnym nie mogą zostać deportowani do kraju, w którym ich życie lub wolność są zagrożone z powodu rasy, wyznania, narodowości, przynależności do pewnych grup społecznych lub przekonań politycznych.⁴⁵ Do chwili obecnej, wyjątki od zakazu stosowania zasady „refoulement” dopuszczalne były wyłącznie z poważnych przyczyn w stosunku do cudzoziemców uważanych za źródło ryzyka lub zagrożenie dla bezpieczeństwa Republiki Federalnej Niemiec lub też stanowiących zagrożenie dla społeczeństwa, ponieważ cudzoziemcy ci skazani zostali prawomocnymi wyrokami na co najmniej trzy lata więzienia za popełnienie przestępstw lub poważnych wykroczeń.⁴⁶ Jednakże artykuł 11 (9) drugiego pakietu antyterror-

stycznego dodał inne podstawy dla nieudzielenia ochrony przed deportacją. Zgodnie z nowym artykułem 51 paragraf 3 (2) ochrona przed deportacją nie przysługuje, jeśli istnieją uzasadnione podstawy dla przypuszczenia, że cudzoziemiec popełnił przestępstwo przeciwko pokojowi, zbrodnię wojenną lub zbrodnię przeciwko ludzkości,⁴⁷ bądź popełnił poważne przestępstwo o charakterze innym niż polityczny poza terytorium Niemiec, bądź cudzoziemiec ten dopuścił się czynów sprzecznych z celami i zasadami Narodów Zjednoczonych.

Sprzeczność tej zmiany z Niemieckim Kodeksem ds. Przepędzeń Przeciwko Prawu międzyNarodowemu oraz artykułami 5 i 7 rzymskiego statutu Międzynarodowego Trybunału Kryminalnego jest oczywista. Co więcej, nowy artykuł 51 paragraf 3 (2) Ustawy o Cudzoziemcach nie tylko wdraża Rezolucję Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych 1373 (2001)⁴⁸ lecz także jest zgodny z art. 1 F. Konwencji Genewskiej z 1951 r.⁴⁹ Nowy artykuł 51 paragraf 3 (2) został dziwnie umiejscowiony, gdyż ani art. 1 F konwencji genewskiej z 1951 r. ani paragraf 3 (f) Rezolucji Rady Bezpieczeństwa 1373 nie odnosi się do ograniczeń ochrony uchodźców, których status już został uregulowany, lecz dotyczy możliwości stosowania przepisów konwencji genewskiej (art. 1 A)

⁴⁵ Artykuł 51 paragraf 1 ustawy o cudzoziemcach jest zgodny z art. 33 paragraf 1 Konwencji Genewskiej z 1951 r., która wyraża zakaz stosowania zasady „refoulement”.

⁴⁶ Patrz artykuł 51 paragraf 3 (1) ustawy o cudzoziemcach, który odzwierciedla treść art. 33 paragraf 2 konwencji genewskiej z 1951 r.

⁴⁷ W rozumieniu instrumentów międzynarodowych, które zostały określone na potrzeby ustanowienia przepisów odnośnie do tego rodzaju przestępstw.

⁴⁸ W paragrafie 3 (f) tej Rezolucji, Rada Bezpieczeństwa wzywa wszystkie kraje do wprowadzenia odpowiednich środków zgodnie z właściwymi przepisami prawa krajowego i międzynarodowego, w tym międzynarodowymi normami praw człowieka, przed udzieleniem statusu uchodźcy, w celu zapewnienia, by osoby ubiegające się o azyl nie planowały, pomagały lub uczestniczyły w dokonywaniu aktów terroru.

⁴⁹ Artykuł 1 F stwierdza, że postanowienia konwencji nie stosują się do żadnej osoby, w odniesieniu do której istnieją poważne powody do uznania, iż (a) osoba ta popełniła zbrodnię przeciwko pokojowi, zbrodnię wojenną lub zbrodnię przeciwko ludzkości, zgodnie z definicją w instrumentach międzynarodowych opracowanych na potrzeby ustanowienia przepisu w odniesieniu do tych zbrodni; (b) osoba ta popełniła poważne przestępstwo o charakterze innym niż polityczny poza krajem uzyskania schronienia przed przyjęciem w tym kraju ze statusem uchodźcy; (c) osoba ta została uznana winną działań sprzecznych z celami i zasadami Narodów Zjednoczonych.

lub przyznania statusu uchodźcy. W związku z tym, niemieckie prawo zaciera różnicę pomiędzy tymi dwoma grupami, które to rozróżnienie jest ważne dla uczciwej procedury udzielania azylu. W konsekwencji może nie być przestrzegana zasada „włączenia przed wykluczeniem” zakładająca, że zanim osoba zostanie wykluczona i nie uzyska statusu uchodźcy, na mocy art. 1 A. Konwencji Genewskiej z 1951 r. należy rozważyć uzasadnione obawy tej osoby przed prześladowaniem.⁵⁰ Włączenie art. 1 F. do podstawy wydalenia rozszerza tę kategorię, gdyż stosuje podstawy do wydalenia bez odniesienia do kontekstu art. 1 A. W konsekwencji istnieje poważne ryzyko, że wyjątek ustanowiony w nowym artykule 51. paragraf 3 (2) w praktyce może naruszać zasadę „non-refoulement” określoną w art. 33. paragraf 2 Konwencji Genewskiej z 1951 r.⁵¹ Niezależnie od przypadku, nowe podstawy ograniczenia ochrony przed deportacją muszą być interpretowane w sposób restrykcyjny. W przeciwnym wypadku podważone zostanie prawo do azylu ustanowione przez art. 16a paragraf 1 Ustawy Podstawowej.⁵²

3.4. BEZWZGLĘDNE PRZESKODY DLA DEPORTACJI

Ponadto należy podkreślić, że nowy artykuł 51 paragraf 3 (2) Ustawy o Cudzoziemcach nie wyklucza badania istnienia przeszkód dla deportacji zgodnie z artykułem 53 Ustawy o Cudzoziemcach. Oznacza to, że cudzoziemiec nadal może nie zostać deportowany do kraju, w którym byłby bezpośrednio narażony na tortury (artykuł 53 paragraf 1) lub narażony na karę śmierci (artykuł 53 paragraf 2). Te przepisy w połączeniu z artykułem 53 paragraf 4 Ustawy o Cudzoziemcach⁵³ odzwierciedlają orzecznictwo ECHR w sprawach Soering i Chahal, zgodnie z którym ekstradycja lub wydalenie osoby wiążąca się z ryzykiem tortur lub niehumanizującego i poniżającego traktowania, poprzez osadzenie w celi śmierci na długi okres w kraju trzecim, narusza art. 3 ECHR.⁵⁴ Podobne zakazy stosowania zasady „refoulement” zostały opracowane w kontekście instrumentów uniwersalnych praw człowieka takich, jak art. 7 CCPR i art. 3 CAT (Komitetu przeciwko torturom).⁵⁵ Oprócz podstawy traktatowej, zakaz stosowania zasady wydalenia osoby do kraju,

⁵⁰ Patrz „Wykluczenie ze statusu uchodźcy”, Okrągły Stół Ekspertów w Lizbonie, 3-4 maja 2001 r. zorganizowany przez UNHCR, Wnioski, EC/GC/01/2Track/1 z 30 maja 2001 r.

⁵¹ W celu uzyskania dalszych informacji, patrz UNHCR-Stellungnahme zur Anhörung „Terrorismusbekämpfungsgesetz“ des Innenausschusses des Deutschen Bundestages z 30 listopada 2001 r., i U. Davy, Terrorismusbekämpfung und staatliche Schutzgewährung, ZAR 2003, str. 43 (51).

⁵² Renner (uwaga 43), str. 58.

⁵³ Zgodnie z artykułem 53 paragraf 4 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemiec nie może zostać deportowany, jeśli deportacja jest niedopuszczalna zgodnie z europejską Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r.

⁵⁴ ECHR, orzeczenie z 7 lipca 1989 r., Soering v. UK, Seria A 161, paragraf 99 et seq; orzeczenie z 15 listopada 1996 r., Chahal v. UK, Raporty 1996-V, str. 1831, paragraf 79 et seq. Ostatnio, cf. ECHR, orzeczenie z 12 marca 2003 r., Öcalan, EuGRZ 2003, str. 472, paragraf 218 et seq. Ta jurysdykcja stosuje się także w kontekście niedawno wprowadzonego europejskiego nakazu aresztowania (Ramowa Decyzja Rady o europejskim nakazie aresztowania i procedurach wydawania osób zatrzymanych pomiędzy państwami członkowskimi 2002/584/JHA z 13 czerwca 2002 r., O.J. L 190 z 18 lipca 2002 r., str. 1), patrz S. Schmahl, Specific Measures of Prosecuting Terrorists in National Law, dostępne pod adresem: <http://edoc.mpil.de/conference-on-terrorism/present/schmahl.pdf>, str. 23 et seq.

⁵⁵ Zdaniem Komitetu ds. Praw Człowieka Narodów Zjednoczonych, tak zwane „zjawisko kary śmierci” jest sprzeczne z godnością ludzką, patrz Komunikat nr 829/1998 z 20 października 2003 r., Judge ./ Canada, CCPR/C/78/D/829/1998. W odniesieniu do CAT patrz UN-Doc. CAT/C/XXVII/Misc.7, paragraf 3 (11/22/2001).



w którym jest ona traktowana w sposób stwarzający rzeczywiste zagrożenie dla życia lub zdrowia uważany jest za część zwyczajowego prawa międzynarodowego, jeśli nie *ius cogens*.⁵⁶ W odróżnieniu od art. 33. Konwencji Genewskiej z 1951 r., zakaz stosowania zasady „refoulement” na mocy ustawodawstwa dotyczącego praw człowieka uważany jest za bezwzględny i nie dopuszcza żadnych wyjątków.⁵⁷

W związku z tym nie budzi zdziwienia fakt, że nadal trwa dyskusja, czy obywatel Turcji *Metin Kaplan* skazany w listopadzie 2000 r. w związku z zamordowaniem konkurencyjnego przywódcy religijnego w Berlinie,⁵⁸ który ponadto planował atak lotniczy na mauzoleum Atatürka w Ankarze, podlega ekstradycji do Turcji. Jednym z warunków jego ekstradycji było zniesienie kary śmierci w Turcji, co zostało osiągnięte.⁵⁹ Jednakże w sierpniu 2003 r. Sąd Administracyjny w Kolonii wydał orzeczenie, zgodnie z którym ekstradycja Kaplana naruszałaby artykuł 53 paragraf 4 ustawy o cudzoziemcach w powiązaniu z artykułem 6 paragraf 1 ECHR. Zdaniem Sądu, tureckie postępowanie karne jest sprzeczne z rządami prawa.⁶⁰ Jednakże 26 maja 2004 r. Wyższy Sąd Administracyjny w Münster anulował to orzeczenie. Zdaniem sądu, pomimo tego, że tortury nadal są stosowane w Turcji, w szczególności w okresach zatrzymania prewencyjnego, *Kaplanowi* osobiście nie grożą ani tortury ani niesprawiedliwy proces, ponieważ zarówno jego osoba jak i sprawa

zyskały rozgłos i są znane na arenie międzynarodowej. Ponadto Turcja udzieliła gwarancji, że *Kaplan* niezwłocznie stanie przed urzędnikiem sądowym. Jednakże orzeczenie to nie uniemożliwia *Kaplanowi* pozostania przez pewien czas w Niemczech, gdyż uznany został jego wniosek o zastosowanie środków tymczasowych (*provisional measures*) z 27 maja 2004 r.

Ciekawe, że obecna sytuacja Marokańczyków: *Mounira El Motassadeq* i *Abdelghaniego Mzoudiego* jest bardzo podobna. W lutym 2003 r. Wyższy Sąd Regionalny w Hamburgu w pierwszej instancji skazał na 15 lat więzienia *El Motassadeq*, oskarżonego o przynależność do organizacji terrorystycznej, oraz o ponad 3 000 przypadków próby współudziału w morderstwie (*attempt of complicity in murder*) i doprowadzenia do ciężkich obrażeń ciała. Był to pierwszy na świecie wyrok skazujący w związku z atakami z 9/11. Oskarżony jednakże złożył apelację do Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, który w maju 2004 r. unieważnił wyrok skazujący i polecił ponowny proces przed sądem w Hamburgu.⁶¹ W reakcji na decyzję Sądu Federalnego, *Motassadeq* został zwolniony z aresztu, a datę rozprawy wyznaczono na 8 kwietnia 2004 r. Oskarżony oczekuje obecnie na ponowną rozprawę po zwolnieniu za kaucją. Może on, na razie, nie zostać deportowany do swojego kraju pochodzenia z uwagi na trwające postępowanie. To samo dotyczy *Mzoudiego*, którego proces rozpoczął się przed Wyż-

56 J. Allan, *The ius cogens Nature of Non-Refoulement*, *International Journal of Refugee Law* 2001, str. 533 et seq.

57 ECHR, *Raporty 1996-V*, str. 1831, *Chahal*, paragrafy 79 et seq.

58 Wyższy Sąd Regionalny Düsseldorf, orzeczenie z 15 listopada 2000r. nie opublikowane. W sprawie tego orzeczenia patrz Federalny Trybunał Konstytucyjny, nakaz z 19 września 2002 r., NVwZ 2003, str. 73 et seq.

59 Tureckie Zgromadzenie Narodowe wniosło karę śmierci w czasie pokoju, uchwalając ustawę nr 4771, która weszła w życie 9 sierpnia 2002 r.

60 Patrz Sąd Administracyjny w Colonii, decyzja z 7 sierpnia 2003 r., 3 K-8110/02.A, jeszcze nie opublikowana.

61 Patrz Federalny Trybunał Sprawiedliwości, decyzja z 4 marca 2004 r., NJW 2004, str. 1259 (1263). W sprawie decyzji patrz Ch. Safferling, *Terror and Law – Is the German Legal System able to deal with Terrorism? – The Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) decision in the case against El Motassadeq*, *German Law Journal* No 5 (2004), dostępne pod adresem: <http://www.germanlawjournal.com>.

szym Sądem Regionalnym w Hamburg w październiku 2002 r. Podejrzany jest on o udzielenie logistycznego wsparcia dla tak zwanej „komórki terrorystycznej z Hamburga” Al Kaidy, na której czele stał „pilot śmierci” *Mohammed Atta*.⁶² Mzoudi został uniewinniony 5 lutego 2004.⁶³ Jednakże prawdopodobnie pozostanie przez jakiś czas w Niemczech z powodu apelacji od uniewinnienia wniesionej przez Federalnego Prokuratora Generalnego.⁶⁴

Inaczej niż w opisanych powyżej sprawach, na mocy nakazów z 8 listopada 2003 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał za bezzasadne skargi konstytucyjne dwóch obywateli Jemenu podejrzanych o terroryzm i aresztowanych w styczniu 2003 r. na lotnisku we Frankfurcie. Trybunał uznał m. in, że Wyższy Sąd Regionalny we Frankfurcie nie naruszył praw podstawowych zgadzając się na ekstradycję do USA. Trybunał zauważył, że w przypadku współpracy w dziedzinie ekstradycji, państwu wnioskującemu należy okazać zaufanie w odniesieniu do przestrzegania zasad należytego postępowania sądowego oraz ochrony praw człowieka. To, zdaniem Trybunału, ma zastosowanie, gdyż USA zapewniły, iż te dwie osoby nie staną przed sądem wojskowym lecz przed innym trybunałem nadzwyczajnym.⁶⁵

Jakie praktyczne wnioski wynikają z powyższych przykładów? Istniejące bezwzględne przeszkody dla deportacji, wynikające z różnych międzynarodowych konwencji dotyczących ochrony praw człowieka, a w szczególności art. 3 ECHR, w praktyce doprowadziły, przynajmniej w niektórych przypadkach, do sytuacji, w której osoby oskarżone o terroryzm pozostaną w Niemczech pod ochroną prawa. Co prawda może się to wydawać kłopotliwe, jednakże taką sytuację należy prawnie utrzymać. Nawet jeśli terroryści słusznie uważani są za wrogów ludzkości,⁶⁶ podstawowe standardy praw człowieka muszą być w stosunku do nich stosowane.⁶⁷ Nawet państwa znajdujące się w stanie zagrożenia nie zaniedbują stosowania jednoznacznych norm prawa międzynarodowego takich, jak zakaz tortur czy niehumanitarnego traktowania.⁶⁸ Jednakże w celu uniemożliwienia (domniemanym) terrorystom możliwości wykorzystania terytorium Niemiec jako „schronienia” – co jest wyraźnie zabronione Rezolucją Rady Bezpieczeństwa 1373 (2001)⁶⁹ – państwo może zostać zmuszone do wprowadzenia innych „środków zapobiegawczych” takich, jak zakaz podróżowania lub obowiązek rejestracji na krótkie okresy.

62 Mzoudi znajdował się w więzieniu od aresztowania w październiku 2002 r. aż do zwolnienia w grudniu 2003 r.

63 Władze U.S.A., z powodów bezpieczeństwa, nie chciały ujawnić informacji i zeznań świadków, które oskarżenie uznało za kluczowe dla udowodnienia sprawy.

64 Przypadki związane z bezpieczeństwem narodowym muszą być ścigane przez Federalnego Prokuratora Generalnego z siedzibą w Karlsruhe, na mocy artykułu 124a i artykułu 120 ustawy o organizacji sądów (*Gerichtsverfassungsgesetz*).

65 Patrz Federalny Trybunał Konstytucyjny, DVBl. 2004, str. 112 (116). Za zgodą M. Hartwig, *The German Federal Constitutional Court and the Extradition of Alleged Terrorists to the United States*, *German Law Journal* 5 (2004), No. 3, dostępne pod adresem: <http://www.germanlawjournal.com>.

66 R. A. Friedlander, *Terrorism*, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV, 2000, str. 845 (849): „terroryzm to, ogólnie rzecz biorąc, barbarzyństwo”.

67 Patrz E. Klein, *Die Herausforderung durch den internationalen Terrorismus – Hört hier das Völkerrecht auf?*, w: J. Isensee (ed.), *Der Terror, der Staat und das Recht*, 2004, str. 9 (35).

68 ECHR, Raporty 1996-V, p. 1855, *Chahal*, paragraf 79; Komitet ds. Praw Człowieka, *Uwaga Ogólna nr 29 (2001) o Stanach Wyjątkowych*, paragrafy 13 (a) do 13 (e). Patrz także S. Schmahl, *Derogation von Menschenrechtsverpflichtungen in Notstandslagen*, in: Dieter Fleck (ed.), *Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte*, 2004, wkrótce się ukaże.

69 Patrz paragraf 2 (c) Rezolucji Rady Bezpieczeństwa 1373 (2001) z 28 września 2001 r.



3.5. NOWE ŚRODKI ZAPOBIEGAJĄCE PRZEDOSTAWANIU SIĘ OSÓB PODEJRZANYCH O DZIAŁALNOŚĆ TERRORYSTYCZNĄ DO NIEMIEC

3.5.1. Ujednolicony format zezwoleń na pobyt

W ramach środków podjętych w celu uniemożliwienia osobom podejrzanym o działalność terrorystyczną wjazdu do Niemiec, nowy artykuł 5 paragraf 2 Ustawy o Cudzoziemcach, wprowadzony przez artykuł 11 (2) (b) drugiego pakietu ds. Bezpieczeństwa, ujednolica format zezwoleń na pobyt, zawierających numer serii i miejsce do automatycznego odczytu. Zmiana ta stanowi wdrożenie Wspólnego Działania 97/11/JHA w odniesieniu do ujednoliconego formatu zezwoleń na pobyt przyjętego przez Radę w grudniu 1996 r.,⁷⁰ a co za tym idzie, środek ten tylko częściowo może być tłumaczony reakcją na 11/9.

3.5.2. Włączenie danych biometrycznych (innych niż zdjęcie i podpis) do zezwoleń na pobyt

Z jednej strony nowy artykuł 5 paragraf 4 Ustawy o Cudzoziemcach stanowi bezpośrednią reakcję na ten przypadek.⁷¹ Podobnie jak zmiany do ustawy o paszportach i ustawy o osobistych kartach identyfikacyjnych,⁷² przepis ten umożliwi zastosowanie w zezwoleniach na pobyt innych danych biometrycznych niż fotografia i podpis. Jednakże w odróżnieniu od Ustawy o paszportach i Ustawy o osobistych kartach identyfikacyjnych, artykuł 5 paragraf 6 ustawy o cudzoziemcach stwierdza, że szczegóły zostaną określone w rozporządzeniu ministra spraw wewnętrznych. Pojawia się pytanie, dlaczego w obszarze prawa o cudzoziemcach rozporządzenie na mocy artykułu 80. ustawy podstawowej wydaje się wystarczające, natomiast podobne regulacje w odniesieniu do paszportów i kart identyfikacyjnych muszą być wprowadzane formalną ustawą federalną.⁷³

70 OJ (EC) 1997 L 7/1. Patrz także Rozporządzenie Rady (EC) nr 1030/2002 z 13 czerwca 2002 r. określające ujednolicony format zezwoleń na pobyt dla obywateli państw trzecich, OJ (EC) 2002 L 157/1.

71 W paragrafie 2 (g) Uchwały 1373 (2001) Rada Bezpieczeństwa stwierdziła, że wszystkie państwa zobowiązane są niedopuszczać do przemieszczania się terrorystów i ugrupowań terrorystycznych, wprowadzając skuteczną kontrolę graniczną i kontrolując wydawanie dokumentów tożsamości oraz dokumentów podróży, jak również stosując środki zapobiegające fałszerstwu, podrabianiu lub niezgodnemu z prawem korzystaniu z dokumentów tożsamości i dokumentów podróży.

72 Opracowano ramy prawne dla usprawnienia skomputeryzowanej identyfikacji osób poprzez umożliwienie wykorzystania danych biometrycznych innych niż zdjęcia i podpisy w paszportach i dokumentach tożsamości, patrz nowy artykuł 4 paragraf 3 (1) ustawy o paszportach i nowy artykuł 1 paragraf 4 (1) ustawy o osobistych kartach identyfikacyjnych. 18 lutego 2004 r. Komisja Europejska przyjęła propozycję uwzględnienia danych biometrycznych w paszportach obywateli UE, patrz COM (2004) 391 final.

73 Krytyka ta jest jednogłośnie, patrz Nolte (uwaga 8), str. 577; Rau (uwaga 45), str. 54; Kugelmann (uwaga 38), str. 99.

3.5.3. Gromadzenie i przekazywanie danych osobowych

Zgodnie z nowym artykułem 5 paragraf 7 Ustawy o Cudzoziemcach, dane zawarte w zezwoleniu na pobyt mogą być wykorzystywane nie tylko w celu potwierdzenia autentyczności dokumentu i ustalenia tożsamości osoby, lecz także mogą być gromadzone, przekazywane i wykorzystywane przez organy władzy państwowej w ramach ich zadań. W tym celu na mocy nowego artykułu 41 paragraf 3 (4) i (5) Ustawy o Cudzoziemcach rozszerzono uprawnienia władz zajmujących się cudzoziemcami w obszarze ustalania i dokumentacji tożsamości.⁷⁴ Ponadto nowy artykuł 18 paragraf 1a Federalnej Ustawy o Ochronie Konstytucji, zobowiązuje władze ds. cudzoziemców do przekazywania danych osobowych władzom zajmującym się ochroną konstytucji, jeśli fakty uzasadniają przypuszczenie, że takie postępowanie może być konieczne dla ochrony konstytucji, a w szczególności, gdy dana osoba podejrzewana jest o przynależność do organizacji terrorystycznej.⁷⁵ Zmia-

ny te wprowadza paragraf 3 (a) uchwały Rady Bezpieczeństwa 1373 (2001), w którym Rada wzywa wszystkie kraje do poszukiwania sposobów intensyfikacji i przyspieszenia wymiany informacji operacyjnych. Jednakże pojawia się pytanie, czy władze ds. cudzoziemców będą mogły ocenić istnienie zagrożenia dla porządku konstytucyjnego w rozumieniu nowego artykułu 18 paragraf 1a Federalnej Ustawy o Ochronie Konstytucji.⁷⁶

Dalsze nowe uprawnienia władz ds. cudzoziemców związane z ustalaniem i dokumentowaniem tożsamości zostały określone w nowym artykule 41 paragrafy 2, 4 i 5 Ustawy o Cudzoziemcach.⁷⁷ Środki te mają za zadanie wdrożenie rozporządzenia WE „Eurodac” z 11 grudnia 2000 r.⁷⁸

⁷⁴ Patrz artykuł 11 (6) drugiego pakietu antyterrorystycznego. – Zgodnie z nowym artykułem 41. paragraf 3 (4) i (5) ustawy o cudzoziemcach, konieczne środki mogą zostać podjęte, jeśli stwierdzono istnienie podstaw dla odmowy udzielenia zezwolenia na pobyt oraz w przypadku wniosków o wizy na pobyt dłuższy niż trzy miesiące, złożone przez obywateli kraju, do którego zawracanie wnioskodawców jest utrudnione oraz w przypadkach określonych w nowym artykule 64a. paragraf 4 ustawy o cudzoziemcach.

⁷⁵ Marx (uwaga 28), str. 135. Możliwe wyjątki od tej zasady - patrz artykuł 19 paragraf 3 Federalnej Ustawy o Ochronie Konstytucji.

⁷⁶ Patrz Huber (uwaga 32), str. 793; Marx (uwaga 28), str. 135.

⁷⁷ Na mocy artykułu 13. pakietu antyterrorystycznego wprowadzono także szereg zmian do ustawy o centralnym rejestrze cudzoziemców z 2 września 1994 r. (BGBl. 1994 I str. 2265). Obejmują one, inter alia, rozszerzenie katalogu przechowywanych danych osobowych, określone możliwości przekazywania danych osobowych oraz poszerzenie scentralizowanego katalogu wizowego, patrz C. Streit, *Die Auswirkungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes auf die Regelungen zum Ausländerzentralregister*, ZAR 2002, str. 237 et seq. – Ponadto warto zaznaczyć, że po 9/11 Niemcy zaostrzyły także procedury naturalizacji, wymagając od wnioskodawców wyszczególnienia przestępstw dokonanych w przeszłości, pod rygorem odebrania niemieckiego obywatelstwa w przypadku odkrycia w późniejszym terminie nieujawnionych przestępstw, patrz M. Wiedemann, *Naturalization and International Terrorism under German Law*, dostępne pod adresem: http://migration.ucdavis.edu/rs/more.php?id=128_0_3_0.

⁷⁸ Rozporządzenie Rady (WE) nr 2725/2000 z 11 grudnia 2000 r. o ustanowieniu „Eurodac” dla porównywania odcisków palców w celu efektywnego wdrożenia konwencji dublińskiej, OJ (EC) 2000 L 316/1. – Nawet, jeśli wdrożenie rozporządzenia rady nie było konieczne (patrz artykuł 249 paragraf 2 traktatu WE), niemieccy ustawodawcy uznali to wdrożenie za przydatne z przyczyn praktycznych. Patrz BT-Drs. 14/7386 (uwaga 29), str. 35 (55).



3.5.4. Poszerzone uprawnienia federalnej straży granicznej

Na mocy artykułu 6 (1) drugiego pakietu antyterrorystycznego (the second anti-terrorism package) poszerzono także obszar kompetencji Federalnej Straży Granicznej w zakresie zadań zmierzających do zapobiegania zagrożeniom bezpieczeństwa granic. Zgodnie z nowym artykułem 2 paragraf 2 (3) Federalnej Ustawy o Straży Granicznej, zakres odpowiedzialności straży w strefie granicznej obejmuje także strefę o głębokości do 50 kilometrów od granicy wód terytorialnych.⁷⁹ Celem tej zmiany jest zapewnienie skutecznej kontroli granic w obszarze wód terytorialnych, gdzie, w szczególności w obszarze zatok, ogólny 30 kilometrowy obszar graniczny określony w dawnym artykule 2 paragraf 2 (3) Federalnej Ustawy o Straży Granicznej często nie sięgał lądu.⁸⁰ Nawet, jeśli rozszerzenie obszaru terytorialnego może być przydatne, to związek tego nowego przepisu z walką z terrorem jest bardzo luźny.⁸¹ Pod tym względem znacznie ważniejszy jest nowy artykuł 4a Federalnej Ustawy o Straży Granicznej, wprowadzony przez artykuł 6 (2) drugiego pakietu antyterrorystycznego. Wyznacza on federalnej straży granicznej nowe zadanie, które polega na utrzymywaniu i ustanawianiu bezpieczeństwa na pokładach niemieckich samolotów. Do tej pory zakres kompetencji straży ograniczał się do terenu lotnisk. Pomimo tego, że zakres uprawnień kapitana samolotu w czasie lotu⁸² pozostał bez zmian, tak zwani „policjanci powietrzni” (‘Sky-Marshals’) uprawnieni są, m. in. do kontroli dokumentów tożsamości. W tym kontekście należy

postrzegać wspomniany zamiar dodania danych biometrycznych do paszportów i zakodowania ich w sposób uniemożliwiający ich odczytanie posiadaczowi paszportu.⁸³

⁷⁹ Federalny minister spraw wewnętrznych uprawniony jest do rozszerzenia, na mocy rozporządzenia, tego obszaru do 80 km od 12 milowej granicy.

⁸⁰ Patrz BT-Drs. 14/7386 (uwaga 29), str. 45.

⁸¹ Rau (uwaga 45), str. 25.

⁸² Patrz artykuł 29 paragraf 3 (1) ustawy o lotnictwie cywilnym z 1 sierpnia 1922 r., RGBl. 1922 I str. 681.

⁸³ Patrz Lepsius (uwaga 18).

■ IV. POSZUKIWANIE MATRYCOWE: PRZYDATNA METODA WYKRYWANIA OSÓB PODEJRZANYCH O TERRORYZM?

Na zakończenie chciałbym poruszyć problem wykrywania osób podejrzanych o terroryzm, które otrzymały już prawo pobytu lub były wśród osób ubiegających się o azyl w Niemczech. W następstwie 9/11, Stała Konferencja Ministrów Spraw Wewnętrznych wielokrotnie podkreślała potrzebę stosowania metody poszukiwania matrycowego w celu rozpoznania „uśpionych” działaczy islamskich, fundamentalistycznych organizacji terrorystycznych w Niemczech.⁸⁴ Metoda poszukiwania matrycowego oznacza komputerowe porównanie danych osobowych osób spełniających pewne założone cechy przestępców z innymi danymi, w celu wykluczenia osób znajdujących się poza podejrzeniem lub określenia osób, spełniających kryteria uznane za ważne dla dochodzenia.

Kompetencje umożliwiające korzystanie z tej metody do celów prewencyjnych zostały wprowadzone do ustaw o policji

w większości niemieckich landów (Länder) na długo przed 11/9.⁸⁵ Zgodnie ze zdecydowaną większością prawodawstwa w landach, stosowanie metody poszukiwania matrycowego do celów prewencyjnych do tej pory zależało od istnienia bezpośredniego zagrożenia.⁸⁶ Po 11/9 niektóre niemieckie landy wszczęły procedury zmiany ustawodawstwa odnośnie stosowania metody poszukiwania sieciowego do celów prewencyjnych z uwagi na różne rozumienie przez niemieckie sądy pojęcia „bezpośredniego zagrożenia”. Obecnie metoda poszukiwania sieciowego może być stosowana w celach „koniecznych dla prewencyjnej walki z przestępczością o znaczącej wadze”.⁸⁷ Na przykład w następstwie ataków terrorystycznych w Nowym Jorku, w oparciu o tę nową podstawę prawną w Północnej Nadrenii – Westfalii zebrano dane na temat pięciu milionów mężczyzn urodzonych w latach 1960-1983.⁸⁸

⁸⁴ Patrz *Geschäftsstelle der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder, Umlaufbeschluss der Innenministerkonferenz z 18 września 2001 r., paragraf 2.2*, <http://www.bremen.de/innensenator/Kap4/PDF/0109.pdf>.

⁸⁵ Metody systematycznej analizy danych osobowych używano już (z niezadowolającym skutkiem) do poszukiwania członków „Frakcji Czerwonej Armii”.

⁸⁶ Patrz ogólnie E. Denninger, *Polizeiaufgaben*, in: H. Lisken/E. Denninger (eds.), *Handbuch des Polizeirechts*, 3d ed. 2001, str. 201 (220).

⁸⁷ Patrz, np., artykuł 44 paragraf 1 ustawy o zadaniach policji landu Turyngii; artykuł 40 paragraf 1 ustawy o policji Baden-Wuerttembergii, artykuł 44 paragraf 1 ustawy o zadaniach policji landu Bawarii i artykuł 47 paragraf 1 ustawy o policji Saxonii. – W Bremen oraz Schleswig-Holstein, gdzie przed 9/11 nie zezwalano na stosowanie poszukiwania sieciowego (grid search) dla celów prewencyjnych, wprowadzono przepisy umożliwiające stosowanie metody poszukiwania sieciowego w celu zapobiegania znaczącemu zagrożeniu lub znaczącym przestępstwom, patrz artykuł 36a paragraf 1 ustawy o policji w Bremen, artykuł 195i paragraf 1 ustawy o administracji stanowej w Schleswig Holstein.

⁸⁸ Patrz *Westfälische Nachrichten* z 6 lutego 2002 r., str. 1.



Zważywszy, że poszukiwanie matrycowe rutynowo narusza prawo osoby trzeciej do samodzielnego określenia informacji⁸⁹ i fundamentalne założenie niewinności, ustanowione np.: w art. 6 paragraf 2 ECHR i art. 14 (2) CCPR, wątpliwe jest, czy takie zmiany ustawodawstwa w landach można uznać za zgodne z konstytucją. Zasadniczo środki prewencyjne, ograniczające prawa osób trzecich, mogą być podejmowane tylko w stanach konieczności.⁹⁰ Zgodnie z zasadą proporcjonalności, istnienie samego zagrożenia, czy choćby „abstrakcyjnego zagrożenia”, zazwyczaj nie jest uważane za wystarczające do przyznania policji uprawnień w stosunku do osób trzecich. Wyjątki od tej zasady mogą być uzasadnione z uwagi na potrzebę zapobiegania pewnym poważnym przestępstwom.⁹¹ Wątpliwe jest, aby wyjątki uzasadniały prewencyjne stosowanie metody poszukiwania matrycowego w obliczu braku bezpośredniego zagrożenia.⁹² Co więcej, praktycznie nie da się uniknąć dyskryminacji pewnych części populacji z uwagi na rasę, pochodzenie narodowe czy wyznanie.⁹³

Ponadto skuteczność poszukiwania matrycowego jest wątpliwa. Sytuacje bezpośredniego zagrożenia wymagają zdecydowanych działań służb bezpieczeństwa, a nie czasochłonnego porównywania danych osobowych.⁹⁴ Nie jest też jasne, jak wykorzystać wyniki poszukiwania matrycowego, ponieważ cechą charakterystyczną tak zwanych „uśpionych” fundamentalistycznych terrorystów islamskich jest to, że żyją spokojnie, pozbywają się zezwoleń na pobyt i nie wzbudzają żadnych podejrzeń.⁹⁵ W wyniku tego mało prawdopodobne jest, aby metoda ta pozwoliła wypracować jakiegokolwiek przydatne wyniki w obszarze ścigania przestępczości czy w odniesieniu do cudzoziemców i prawa azylowego. Dodatkowo powoduje ona szereg uprzedzeń w stosunku do pewnych grup wśród całej populacji.

Jednakże w większości przypadków rozstrzygniętych po 11/9 niemieckie sądy podtrzymały stosowanie metody poszukiwania matrycowego,⁹⁶ a do chwili obecnej zgodność tej metody z prawem nie była

89 Federalny Trybunał Konstytucyjny wywodzi prawo do samodzielnego określenia danych osobowych z ogólnych praw osobistych (art. 2 paragraf 1 w powiązaniu z art. 1 paragraf 1 ustawy podstawowej). Prawo to oznacza, że każdy może decydować o rozpowszechnianiu, użyciu i przekazaniu swoich danych osobowych, patrz BVerfGE 65, 1 (43). W odniesieniu do poziomu ingerencji, Trybunał nie rozróżnia pomiędzy sferą danych szczególnie intymnych, dotyczących życia osobistego (np., dane medyczne) a danymi mniej intymnymi, dotyczącymi sfery społecznej (np. wykształcenie uniwersyteckie). W erze automatycznego przetwarzania danych, nie ma danych nieistotnych, BVerfGE 65, 1 (45).

90 Denninger (uwaga 87), str. 254 et seq.

91 Patrz Trybunał Konstytucyjny landu Mecklenburg-Western Pomerania, orzeczenie z 21 października 1999 r., DÖV 2000, str. 71 et seq.

92 H. Liskén, Zur polizeilichen Rasterfahndung, NVwZ 2002, str. 513 (515); W. Achelpöhler/H. Niehaus, Data Screening as a Means of Preventing Islamist Terrorist Attacks on Germany, German Law Journal Vol 5 (2004), dostępne pod adresem: <http://www.germanlawjournal.com>. Inaczej W. Bausback, Rasterfahndung als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung – Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der landesrechtlichen Regelungen angesichts des internationalen Terrorismus?, BayVBl. 2002, str. 713 (722).⁹³ W. Hoffmann-Riem, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, ZRP 2002, str. 497 (500).

93 W. Hoffmann-Riem, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, ZRP 2002, str. 497 (500).

94 Rau (uwaga 45), str. 36.

95 Ch. Gusy, Geheimdienstliche Aufklärung und Verfassungsschutz, in: H.-J. Koch (ed.), Terrorismus - Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit, 2002, str. 93 (96).

96 Patrz orzeczenie Sądu Rejonowego z 2 października 2001 r. (151 Gs 4092/01), Sądu Regionalnego z 29 października 2001 r. (151 II 1/01) i Wyższego Sądu Regionalnego w Düsseldorfie z 8 lutego 2002 r. (3 Wx 351/01), jeszcze niepublikowane. Patrz orzeczenie Sądu Rejonowego z 2 października 2001 r. (151 Gs 4092/01), Sądu Regionalnego z 29 października 2001 r. (151 II 1/01) i Wyższego Sądu Regionalnego w Düsseldorfie z 8 lutego 2002 r. (3 Wx 351/01), jeszcze niepublikowane.



rozpatrywana przez Federalny Trybunał Konstytucyjny. Ogólnie rzecz biorąc, sądy przyjęły pogląd, iż wymagana pewność spowodowania szkód maleje w miarę, jak rośnie zakres możliwych szkód.⁹⁷ W szczególności, sądy potwierdziły proporcjonalny charakter środka przynajmniej w zakresie, w jakim ogranicza się on do obywateli krajów uważanych za podejrzane przez służby bezpieczeństwa, osób urodzonych w tych krajach lub wyznawców islamu. W jednym przypadku sąd uznał za wystarczające niebezpieczeństwo, które nie dotyczyło bezpośrednio terytorium Niemiec ani obywateli Niemiec, ale było jedynie związane z możliwym przygotowywaniem przestępstw terrorystycznych za granicą.⁹⁸ Czyniąc tak, sąd oparł się na zasadzie uniwersalnej jurysdykcji, obejmującej poważne przestępstwa określone w artykule 6 (2) i (3) kodeksu karnego, który, *mutatis mutandis*, także dopuszcza stosowanie środków prewencyjnych w stosunku do tych przestępstw popełnionych poza granicami danego kraju.⁹⁹

97 Patrz orzeczenie Sądu Rejonowego z 2 października 2001 r. (151 Gs 4092/01), Sądu Regionalnego z 29 października 2001 r. (151 II 1/01) i Wyższego Sądu Regionalnego w Düsseldorfie z 8 lutego 2002 r. (3 Wx 351/01), jeszcze niepublikowane.

98 Patrz Sąd Poparcie Rau (uwaga 45), str. 37, odrzucenie: Achelpöhler/Niehaus (uwaga 93). Administracyjny w Mainz, DuD 2002, str. 303 et seq.

99 Poparcie Rau (uwaga 45), str. 37, odrzucenie: Achelpöhler/Niehaus (uwaga 93).



■ V. WNIOSKI

Podsumowując, nie można mieć wątpliwości, że suwerenne państwo jest ostatecznym gwarantem bezpieczeństwa swoich obywateli, a jego obowiązkiem jest ochrona i zapewnienie przestrzegania praw człowieka.¹⁰⁰ Z racji na to, że zagrożenie terrorystyczne nie zatrzymuje się na granicach Niemiec, logiczne jest, że walka z terroryzmem nie tylko doprowadziła do powstania nowych przestępstw związanych z terroryzmem i środków policyjnych odzwierciedlających międzynarodowy charakter terroryzmu, lecz także spowodowała zmianę ustawodawstwa dotyczącego azylu i cudzoziemców, gdzie przede wszystkim poszerzono podstawy odmowy udzielenia zezwolenia na pobyt, wydalenia i odmowy ochrony przed deportacją – przepisy te zostaną jeszcze zastosowane po wejściu w życie Ustawy Imigracyjnej (Immigration Act).

Pewne, nowoprowadzane oraz planowane przepisy nie spełniają jednakże konstytucyjnych wymogów proporcjonalności i pewności prawnej. Nawet, jeśli prawdą jest, że zasada proporcjonalności może być pod pewnym względem elastyczna i stanowi pojęcie względne, w szczególności dotyczy to stosowania jej w obszarze walki z terroryzmem, gdzie w dużej mierze zależy od percepcji zagrożenia i indywidualnego wyważenia kwestii wolności i bezpieczeństwa,¹⁰¹ to pojawia się niebezpieczeństwo, że prawa człowieka i rządu prawa padną ofiarą walki z terroryzmem.¹⁰² Proces balansowania po-

między wolnością a bezpieczeństwem stał się jednostronny. Wydaje się, że kwestie bezpieczeństwa biorą górę nad swobodami obywatelskimi. Już to jest godne potępienia. Oprócz tego należy wziąć pod uwagę, że logika działalności terrorystycznej wymaga zmuszenia państwa do szerokiego korzystania z jego uprawnień w celu stłumienia terrorystycznej opozycji, co się wiąże z wytworzeniem nie-liberalnego wizerunku państwa i prowadzi do utraty legitymacji. Nie można pozwolić, aby ta logika nabrała tempa. W przeciwnym wypadku, państwo zacznie zagrażać temu, o co, jak samo twierdzi, walczy: demokratycznemu porządkowi opartemu na wolności obywateli. W związku z tym najlepszą odpowiedzią na terror pozostają metody, które nie ograniczają praw i swobód obywatelskich i politycznych oraz, co nie mniej ważne, tylko stosowanie tych środków stwarza szansę na odniesienie sukcesu w dłuższym okresie.¹⁰³ Na zakończenie: założenie, że państwo może gwarantować pełne bezpieczeństwo jest czystą fantazją i nie tylko w otwartych społeczeństwach demokratycznych, lecz także w państwach autokratycznych, czego dowodzą ostatnie terrorystyczne zamachy bombowe w Arabii Saudyjskiej i Maroku. Co prawda, wysoki poziom bezpieczeństwa jest pożądanym, jednakże wszystkie społeczeństwa muszą zaakceptować, że do pewnego stopnia żyją w obliczu zagrożenia i niebezpieczeństwa. Ponadto koncepcja pełnego bezpieczeństwa w ramach walki z terroryzmem jest raczej

100 Cf. J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, str. 34 et seq.; M. Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, 2002, str. 25 et seq.

101 T. Groß, *Terrorbekämpfung und Grundrechte. Zur Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, KJ 35 (2002), str. 1 (9 et seq.).

102 Patrz Sekretarz Generalny ONZ Kofi Annan, *Przemówienie do ministerialnego posiedzenia Rady Bezpieczeństwa w sprawie terroryzmu z 10 stycznia 2004 r.*

103 A. Barak, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, *Harv. Law Rev.* 19 (2002), str. 116 (151), słusznie twierdzi, że terroryści powinni być ścigani w granicach prawa, a nie poza nimi.



jednowymiarowa i wyłącznie skupia się na zagrożeniu dla życia i zdrowia. Zaniedbuje jednak wymiar bezpieczeństwa jednostek w samym systemie prawnym, tzn. zabezpieczenia przed arbitralnymi działaniami państwa.¹⁰⁴ Jeśli ten aspekt pewności prawnej zostanie zaniedbany, obywatele utracą zarówno wolność jak i bezpieczeństwo. ■

¹⁰⁴ Prawidłowo: Zöller (uwaga 34).