

JAN KULESZA

ZESTRZELENIE SAMOLOTU TYPU *RENEGADE* A POSZANOWANIE PODSTAWOWYCH PRAW CZŁOWIEKA

I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Nowelizacją z dnia 2 lipca 2004 r.¹ wprowadzono do ustawy Prawo lotnicze² (dalej p.lot.) art. 122a, stanowiący podstawę do zestrzelenia porwanego przez terrorystów samolotu cywilnego, również z pasażerami na pokładzie, jeżeli „wymagają tego względy bezpieczeństwa państwa” i jest on „użyty do działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza”³. Chodzi oczywiście o potencjalne posłużenie się nim jak bronią, w celu rozbicia o wieżowiec czy w centrum miasta, tak jak miało to miejsce 11 września 2001 r. w Stanach Zjednoczonych. W zakresie procedury i przesłanek wspomniany przepis odsyła do odpowiedniej części ustawy o ochronie granicy państwowej⁴ (art. 18b). Nie rozwodząc się w tym miejscu nad rozwiązaniem polskim, należy wspomnieć, iż podobne regulacje zostały również przyjęte w Niemczech, Rosji⁵ i na Węgrzech⁶. Jednak odpowiednie przepisy niemieckiego Luftsicherheitsgesetz⁷ (dalej LuftSiG) zostały uchylone wyrokiem Bundesverfassungsgerichtu (niemieckiego federalnego Trybunału

¹ Dz.U. Nr 172, poz. 1805.

² Ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. (Dz.U. Nr 130, poz. 1112 z późn. zm.).

³ Mianem samolotu *renegade* określa się cywilny samolot, który został przejęty siłą i który ma zostać użyty jako broń, do celowego rozbicia go o wybrany obiekt (wyrok Bundesverfassungsgerichtu z 15 lutego 2006 r., 1 BvR 357/05, ust. 7, dostępne http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_lbvr035705.html).

⁴ Ustawa o ochronie granicy państwowej z dnia 12 października 1990 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 461 z późn. zm.). Nowelizacja z dnia 2 lipca 2004 r. (Dz.U. Nr 172, poz. 1805). Por. również rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 grudnia 2004 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 279, poz. 2757) zawierające uściślenie procedury decyzyjnej i przesłanek decyzji.

⁵ W marcu 2006 r., podaję za M. Beltran de Felipe, J.M. Rodriguez de Santiago, *Shooting Down Hijacked Airplanes? Sorry, We're Humanists. A Comment on the German Constitutional Court Decision of 2.15.2006, Regarding the Luftsicherheitsgesetz (2005 Air Security Act)*, The Berkeley Electronic Press Legal Series, Year 2007, Paper 1983, s. 3, dostępne <http://law.bepress.com/cgi/view-content.cgi?article=9355&context=expresso>.

⁶ G. Sulyok, *An Assessment of the Destruction of Rouge Civil Aircraft under International Law and Constitutional Law*, s. 23 i n., Fundamentum. Human Rights Review, Budapest 2005, Special Issue, dostępne http://www.challenge.mtaki.hu/eng/pdf/5_working_papers/5.pdf.

⁷ Ustawa z dnia 11 stycznia 2005 r., Bundesgesetzblatt I S. 78, dostępne http://www.transportrecht.de/transportrecht_content/1174037202.pdf.

Konstytucyjnego, dalej BVerfG) z dnia 15 lutego 2006 r.⁸, m.in. ze względu na sprzeczność takiego rozwiązania z podstawowymi prawami człowieka. Przyjęcie polskich przepisów przeszło niemal całkowicie niezauważone zarówno przez opinię publiczną, jak i prawników. Wydają się one przy tym niezwykle podobne do uchylonych przez Bundesverfassungsgericht, argumenty zaś przytoczone przez Trybunał zdają się mieć walor uniwersalny. Celowe wydaje się zatem prześledzenie losów niemieckiej ustawy oraz następnie odpowiedź na pytanie, czy również odpowiednie regulacje polskich ustaw pozostają w sprzeczności z konstytucyjnie chronionymi wartościami.

II. LUFTSICHERHEITSGESETZ – NIEMIECKA ODPOWIEDŹ NA ZAMACHY Z 11 WRZEŚNIA 2001 R.

Na wstępie warto wspomnieć, iż decyzja o przyjęciu Luftsicherheitsgesetz była podyktowana również wypadkiem, który zdarzył się we Frankfurcie nad Menem 5 stycznia 2003 r. Wówczas to psychicznie nie zrównoważony student psychologii krążył ponad dwie godziny nad centrum miasta, grożąc rozbiciem pilotowanej przez siebie jednosilnikowej awionetki o siedzibę Europejskiego Banku Centralnego, jeżeli nie zostanie mu umożliwiona rozmowa telefoniczna ze Stanami Zjednoczonymi. Mimo że taki atak mógłby spowodować jedynie uszkodzenie elewacji budynku (poza zniszczeniem awionetki), zdecydowano się wysłać w powietrze dwa samoloty typu F4-Phantom, choć – jak twierdzono – zestrzelenie nigdzie nie wchodziło w grę⁹. Ewakuowano też oczywiście wszystkie wieżowce¹⁰. Wypadek ten pociągnął jednak za sobą głosy postulujące zmianę Konstytucji RFN (Grundgesetz¹¹, dalej GG) w taki sposób, by możliwe było przeciwdziałanie podobnym przypadkom przez siły zbrojne¹². Pomysł ten upadł jednak ze względów czysto politycznych – projektodawcę¹³, frakcję CDU/CSU, podejrzewano o chęć wprowadzenia do ustawy zasadniczej szerokiej możliwości

⁸ 1 BvR 357/05...

⁹ Odmienne niż 11 września 1972 r., kiedy to krótko po zamachu terrorystycznym z 5 września, podczas olimpiady w Monachium, federalny minister obrony omal nie nakazał zestrzelić fińskiego samolotu podejrzanego o to, że został porwany. Przypuszczenia okazały się całkowicie bezpodstawne. Podaję za T. Linke, *Zur Rolle des Art. 35 GG in dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben*, „Neue Zeitschrift für Wehrrecht” (dalej NZWehr) 2004, nr 3, s. 11, dostępne http://www.deutsches-wehrrecht.de/Aufsaezte/NZWehr_2004_115.pdf.

¹⁰ K. Rogusch, *Eine „Revolution im verteidigungspolitischen Denken”*, „Novo-Magazin” 2003, nr 3A (63), dostępne <http://www.novo-magazin.de/63/novo6314.htm>; Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben, Deutscher Bundestag Drucksache 15/2361 z 14 stycznia 2004 r., s. 14, dostępne <http://dip.bundestag.de/btd/15/023/1502361.pdf>; Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 3.

¹¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland z 23 maja 1949 r., Bonn 1998.

¹² Tak minister obrony RFN P. Struck oraz przewodniczący CSU E. Stoiber (podaję za K. Rogusch, *Eine...*, op. cit.). Tak również przewodniczący Bundesverfassungsgerichtu, H.-J. Papier (*Bundesrat? Nein, danke!*, Welt Online z 10 kwietnia 2004 r., dostępne http://www.welt.de/print-welt/article305982/Bundesrat_Nein_danke.html).

¹³ Projekt z uzasadnieniem: Deutscher Bundestag Drucksache 15/2649 z dnia 9 marca 2004 r., dostępne http://www.thomas-strobl.de/bundestag/bundestag_2004/1502649.pdf.

użycia sił zbrojnych na terenie kraju w czasie pokoju, nie tylko w zakresie koniecznym do realizacji zadań *Luftsicherheitsgesetz*¹⁴.

Zdecydowano się jednak jedynie na przygotowanie *Luftsicherheitsgesetz*, którego § 14 ust. 3 przewidywał w ostateczności, iż bezpośrednie zastosowanie broni jest możliwe tylko wówczas, gdy z okoliczności wynika, że samolot zostanie użyty przeciwko życiu ludzi, a skorzystanie z niej jest jedynym środkiem do odparcia tego bezpośredniego zagrożenia¹⁵. Zdaniem G. Robbersa była to formuła tożsama znaczeniowo z klauzulą brzmiącą: „z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością”¹⁶. Chodzić musiało o tzw. szczególnie ciężki nieszczęśliwy wypadek („*Unglücksfall*”), o którym wspomina art. 35 ust. 2 zd. 2 i ust. 3 zd. 1 GG, stanowiący podstawę do użycia sił zbrojnych w czasie pokoju na terytorium RFN. Realnie rzecz ujmując, mogło to być zagrożenie rozbiciem samolotu o wieżowiec, elektrownię atomową lub niebezpieczny zakład produkcyjny¹⁷. Celem § 14 ust. 3 *LuftSiG*, jak i całej ustawy, miała być ochrona przed atakami na bezpieczeństwo ruchu powietrznego, w szczególności przed uprowadzeniami samolotów, aktami sabotażu i zamachami terrorystycznymi (§ 1 *LuftSiG*). Sama ustawa z kolei stwarzała podstawy w ogóle do użycia sił zbrojnych na terytorium RFN¹⁸ w czasie pokoju, w celu ochrony bezpieczeństwa ruchu powietrznego, oraz zawierała nowe wymogi dotyczące bezpieczeństwa pasażerów. Podnoszono, iż stanowi realizację Rozporządzenia WE nr 2320/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady, z dnia 16 grudnia 2002 r., ustanawiającego wspólne zasady w dziedzinie bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego¹⁹. Należy w tym miejscu wyraźnie zaznaczyć, że rozporządzenie to nie zawiera jednak jakiegokolwiek podstawy do podejmowania przez państwa członkowskie takich działań, jakie zaplanowano w § 14 ust. 3 *LuftSiG* czy art. 18b polskiej ustawy o ochronie granicy państwowej, ale jedynie zawiera dodatkowe wymogi dotyczące bezpieczeństwa pasażerów. Konieczność wprowadzenia § 14 ust. 3 uzasadniano też założeniem, zgodnie z którym należy zdjąć odpowiedzialność z żołnierzy, którzy mieliby

¹⁴ Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/89 z 30 stycznia 2004 r., s. 7885, 7889, dostępne <http://dip.bundestag.de/btp/15/15089.pdf>. Zagadnienie to nie będzie szerzej omawiane, projekt bowiem nie przewidywał zmiany przepisów Konstytucji służących ochronie życia i godności obywateli.

¹⁵ „Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwertigen Gefahr ist”.

¹⁶ G. Robbers, w: *Öffentliche Anhörung von sachverständigen zum Thema „Luftsicherheitsgesetz”*, Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/35 z 26 kwietnia 2004 r., s. 53, dostępne 3 lipca 2007 r. http://www.bundestag.de/ausschuesse/archiv15/a04/Oeffentliche_Anhoerungen/Anhoerungen_2/Protokoll.pdf.

¹⁷ Begründung..., s. 20.

¹⁸ Należy pamiętać, że RFN stanowi państwo federacyjne, dokonano zatem ingerencji w kompetencje poszczególnych landów, zezwalając na użycie sił na ich terytorium. W przekonaniu projektodawców ingerencja ta mieściła się w ramach wyznaczonych przez art. 35 ust. 2 i 3 oraz 72–74 GG, była zatem dozwolona (por. Begründung..., s. 14, 20–21).

¹⁹ Dz.Urz. WE L 355 z 30 grudnia 2002 r., P. 0001 – 0022, dostępne <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002R2320:PL:HTML>. Akt ten także inspirowany był wydarzeniami z 11 września 2001 r., o czym przekonuje jego preambuła.

podjąć decyzję zestrzelenia, i przenieść ją na ministra obrony²⁰. Nowa regulacja miała wynikać z faktu, iż istniejące ogólne zasady niemieckiego systemu prawa miały być niewystarczające dla podjęcia decyzji o zestrzeleniu samolotu typu *renegade*, należało zatem stworzyć jasną podstawę ustawową, by stało się zadość wymaganiom państwa prawa (*Rechtsstaat*)²¹. Już jednak na etapie pierwszego czytania projektu w Bundestagu pojawiły się głosy, iż § 14 ust. 3 LuftSiG stanowi swoistą „licencję na zabijanie”²². Jednocześnie Zrzeszenie Pilotów Bundeswehry (*Verband der Kampfpiloten der Bundeswehr*) zadeklarowało, że jego członkowie odmówią wykonania rozkazu zestrzelenia cywilnego samolotu z pasażerami na pokładzie, nawet typu *renegade*. Nie można bowiem z mocy prawa wydawać rozkazu zabójstwa osób, które same są ofiarami przestępstwa, i nie można takiej „licencji na zabijanie” niewinnych obywateli uchylać²³. Podczas debaty zadano pytanie, czy Konstytucja RFN zezwala w art. 2 ust. 224 na takie poświęcenie życia jednego człowieka dla ratowania innego życia. Wskazano, iż powoływane na zasadzie analogii przepisy ustaw szczególnych, zezwalające policji na tzw. *finaler Rettungsschuss* nie odpowiadają sytuacji ujętej w § 14 ust. 3 LuftSiG. W tamtych wypadkach chodzi bowiem o uzasadnienie zastrzelenia porywacza, by ratować zakładników, natomiast Luftsicherheitsgesetz zakłada zabicie zarówno sprawców, jak i pasażerów samolotu (zakładników właśnie)²⁵. Nawet w szeregach partii popierających projekt pojawiały się również wątpliwości odnośnie do potencjalnego naruszenia obowiązku poszanowania godności ludzkiej, gwarantowanego przez art. 1 GG²⁶, poprzez dokonywanie porównania wartości życia ludzi znajdujących się w samolocie i na ziemi²⁷. Nie negowano jednak, iż faktycznie mamy do czynienia z kolizją dwóch obowiązków po stronie państwa – ochrony osób znajdujących się na pokładzie oraz na ziemi²⁸. Podniesiono również wątpliwości natury konstytucyjnej, odnośnie do użycia sił zbrojnych na podstawie art. 35 ust. 2 zd. 2 i ust. 3 zd. 1 GG, w sytuacji odpierania zamachu

²⁰ O. Schilly, minister spraw wewnętrznych, uzasadniający projekt ustawy (Plenarprotokoll 15/89..., s. 7883).

²¹ Plenarprotokoll 15/89..., s. 7889.

²² W. Bosbach, w: Plenarprotokoll 15/89..., s. 7883.

²³ B. Hirsch, *Presseerklärung zum neuen Luftsicherheitsgesetz*, z 22 czerwca 2004 r., dostępne http://www.vbsk.net/images/luftsicherheit/hirsch_presse.GIF. Jak jednak wskazuje M. Haid, zestrzelenie samolotu w oparciu o § 14 ust. 3 LuftSiG nie stanowiłoby czynu bezprawnego, zatem brak byłoby podstawy dla odmowy wykonania rozkazu. W związku z tym odmowa taka oznaczałaby dla żołnierza odpowiedzialność kamą za niewykonanie rozkazu; (M. Haid, *Der „Eisbrecher“ Luftsicherheitsgesetz: Bundeswehreinsätze im Inland*, s. 6, dostępne <http://www.imi-online.de/download/IMI-Analyse-2006-03-MH-LuftSiG.pdf>).

²⁴ Art. 2 ust. 2 GG: „Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden”.

²⁵ E. Burgbacher, w: Plenarprotokoll 15/89..., s. 7888; por. podobnie M. Stadler, w: Plenarprotokoll 15/89..., s. 7893; J. Ipsen, w: *Öffentliche Anhörung...*, s. 22.

²⁶ Art. 1 ust. 1 GG: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlicher Gewalt”.

²⁷ Tak S. Stokar z frakcji BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, podaje za J. Bittner, *Frei zum Abschuss*, „Die Zeit” z 2 października 2003 r., nr 41, dostępne <http://www.zeit.de/2005/45/Luftsicherheit>.

²⁸ V. Epping, w: *Öffentliche Anhörung...*, s. 57–58.

terrorystycznego, w kontekście rozgraniczenia kompetencji władz federalnych i landowych²⁹.

W odpowiedzi na interesujące nas zarzuty naruszenia praw człowieka twierdzono, że § 14 ust. 3 LuftSiG nie reguluje wcale zestrzelenia samolotu typu *renegade* z pasażerami na pokładzie, ale stanowi jedynie klauzulę generalną stanowiącą podstawę do działania oraz normę kompetencyjną, nie jest zatem sprzeczny z Konstytucją RFN³⁰. Nie uznawano go też za tożsamy z rozwiązaniami przyjętymi dla tzw. *finaler Rettungsschuss* właśnie z tego względu, że nie formułuje on warunków, pod którymi takie zestrzelenie byłoby możliwe³¹. Z kolei M. Baldus, powołany przez Bundestag jako ekspert, wskazywał, że o ile zabójstwo sprawców zamachu da się uzasadnić tymi samymi przyczynami, co tzw. *finaler Rettungsschuss*, o tyle odnośnie do zabójstwa pasażerów samolotu pozostaje wybór pomiędzy podejściem utylitarystycznym (porównanie liczby ofiar) i fatalistycznym (poświęcenie wszystkich). Sam opowiadał się za ujęciem utylitarystycznym, podnosząc jednocześnie, że nie pozostaje ono w sprzeczności z Konstytucją RFN³². Z kolei zdaniem G. Robbersa brak § 14 ust. 3 LuftSiG stanowiłby zachętę dla terrorystów, by porywali samoloty i wykorzystywali je jako broń, skoro mieliby świadomość, że będą mogli w spokoju do końca zrealizować swój zbrodniczy zamiar. Autor ten przyznawał co prawda, że dochodzi do naruszenia godności ludzkiej, ale nie w sensie, który ma na myśli art. 1 GG. Art. 2 ust. 2 zd. 3 GG zezwala bowiem na pozbawienie życia, zatem także i godność nie doznaje w takim wypadku uszczerbku na gruncie art. 1 GG³³. Podnoszono wreszcie, że realnie rzecz ujmując zestrzelenie mogłoby nastąpić dopiero w takim stanie faktycznym, w którym pasażerowie byłiby już skazani na śmierć, nie byłoby bowiem wątpliwości, iż terroryści rozbiją samolot, jeżeli nie zostaną zestrzeleni. Strącenie samolotu zaś uratowałoby życie przynajmniej osób na ziemi, stanowiących cel zaplanowanego ataku³⁴.

III. CZY PAŃSTWO MOŻE ZABIJAĆ NIEWINNYCH OBYWATELI?

Mimo wszystkich zgłaszanych wątpliwości ustawa została przyjęta przez Bundestag i 11 stycznia 2005 r. podpisana przez Prezydenta RFN H. Kohlera.

²⁹ Zastrzeżenia takie zgłaszało m.in. 11 spośród 16 landów, frakcje CDU/CSU i FDP (por. Plenarprotokoll 15/89..., s. 7884, 7886–7888, 7890; por. podobnie również podczas drugiego i trzeciego czytania: Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/115 z 18 czerwca 2004 r., s. 10538, dostępne <http://dip.bundestag.de/btp/15/15115.pdf>). Natomiast wnioskodawcy oraz frakcje BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN i SPD obstawały przy zgodności z ustawą zasadniczą (por. Plenarprotokoll 15/89..., s. 7886, 7888–7889).

³⁰ H.-Ch. Stróbele, w: Plenarprotokoll 15/89..., s. 7894–7895.

³¹ Ibidem, s. 7894.

³² M. Baldus, w: *Öffentliche Anhörung...*, s. 11–12; por. podobnie G. Robbers, w: *Öffentliche Anhörung...*, s. 23, 66–67.

³³ G. Robbers, w: *Öffentliche Anhörung...*, s. 43.

³⁴ Tak O. Schilly, minister spraw wewnętrznych, podają za M.G. Sicher, *Ist das Luftsicherheitsgesetz verfassungswidrig?*, dostępne <http://www.bundestag.de/dasparlament/2005/04/ThemaderWoche/001.html>.

Jednocześnie skierował on do Przewodniczących Bundestagu i Bundesratu oraz Kanclerza RFN listy, w których wyraził swoje wątpliwości odnośnie do konstytucyjności niektórych przepisów ustawy. Dotyczyły one poszanowania godności ludzkiej oraz naruszenia prawa do życia, gwarantowanych przez Konstytucję RFN. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Bundesverfassungsgerichtu oraz poglądami nauki nie było dopuszczalne dokonywanie porównania wartości życia w zestawieniu z innym życiem. Dalsze zastrzeżenia skupiały się wokół potencjalnego naruszenia art. 35 GG oraz wyczerpania kompetencji ustawodawczych władzy federalnej. Podpisanie mimo to ustawy zostało uzasadnione koniecznością podniesienia bezpieczeństwa ruchu lotniczego oraz niemożnością odrzucenia przez prezydenta tylko wątpliwych przepisów, przy jednoczesnym zachowaniu pozostałych. Prezydent H. Kohler zasugerował jednocześnie konieczność wypowiedzenia się przez Bundesverfassungsgericht³⁵.

Nie ucichła jednak dyskusja nad wątpliwymi rozwiązaniami Luftsicherheitsgesetz. Z jednej strony zwolennik nowej ustawy, M.G. Sicher, wskazywał, iż państwo, obciążone również obowiązkiem ochrony potencjalnie zagrożonych obywateli na ziemi, nie mogłoby zaniechać aktywności mającej na celu ich ochronę, skoro wiadomo byłoby o nadchodzącym zagrożeniu. Nie mogłoby zatem pozwolić, by samolot rozbił się, przez co zginęłaby jeszcze większa liczba obywateli³⁶. Również W. Mitsch, mimo wszystkich wyrażonych wątpliwości, skłaniał się ku pogładowi, iż tego rodzaju kolizja, jaka legła u podstaw § 14 ust. 3 LuftSiG, nie może znaleźć rozwiązania według „normalnych” zasad, w związku z czym powinna zostać wprost rozstrzygnięta przez samego suwerena (obywateli), reprezentowanego przez odpowiednie organy prawodawcze. Decyzja o zestrzeleniu samolotu nie może zostać pozostawiona jednej osobie. To właśnie ustawa powinna wskazywać warunki takiego rozstrzygnięcia. Luftsicherheitsgesetz uznał on zatem za krok we właściwym kierunku, choć nie wykluczył dalszej dyskusji, zmian, a nawet zmiany Konstytucji RFN, jeśli zajdzie taka konieczność³⁷.

Z drugiej strony, niejako w odpowiedzi na argument M.G. Sichera, M. Tresselt przeprowadził analizę historyczną powinności państwa względem obywatela i wynikającą z niej ich klasyfikację. Jego zdaniem podstawowym i pierwotnym

³⁵ Bundespräsident Horst Kohler unterzeichnet Luftsicherheitsgesetz – zugleich Zweifel an Verfassungsmaßigkeit von Einzelvorschriften, z 12 stycznia 2005 r., dostępne <http://www.bundespraesident.de/Journalistenservice/Pressemitteilungen-11107.621599/Bundespraesident-Horst-Koehler.htm?global.back=/Journalistenservice/-%2C11107%2C0/Pressemitteilungen.htm>.

³⁶ M.G. Sicher, *Ist das Luftsicherheitsgesetz...* W tym samym duchu F. Hase, *Das Luftsicherheitsgesetz: Abschuss von Flugzeugen als „Hilfe bei einem Unglücksfall“?*, „Die Öffentliche Verwaltung” (dalej DöV) 2006, nr 5, s. 213 i n., omówienie dostępne http://www.deutsches-wehrrecht.de/WR-Zeitschriftenauswertung2006.html#03_06.

³⁷ W. Mitsch, „Luftsicherheitsgesetz” – Die Antwort des Rechts auf den „11. September 2001”, „Juristische Rundschau” 2005, nr 7, s. 278–279. Dziwić musi jednocześnie, że w tym samym czasie, ale w innym czasopiśmie, ten sam autor prezentuje pogląd zgoła odmienny, twierdząc, że § 14 ust. 3 LuftSiG nie dotyczy wcale zestrzelenia samolotu, na którego pokładzie znajdują się niewinni pasażerowie, a jedynie takiego, na pokładzie którego znajdują się wyłącznie terroryści (W. Mitsch, *Abschusserlaubnis nach § 14 III LuftSiG*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” (dalej ZRP) 2005, nr 7, s. 243).

zadaniem państwa jest zabezpieczenie wolności obywatela, przez co rozumieć należy ochronę przed ingerencją ze strony osób trzecich. Po drugie, państwo ma zapewnić ochronę przed sobą samym, gwarantując prawa liberalne. Natomiast na trzecim poziomie państwo jest zobowiązane zapewnić ochronę „społeczną”, zatem przed zagrożeniami pochodzącymi z różnych źródeł. Zamach terrorystyczny niewątpliwie należy do tego rodzaju zagrożeń, jednak ochrona przed nim jest obowiązkiem państwa dopiero w trzecim rzędzie, jeśli chodzi o istotność obowiązków. Ochrona życia zaś stanowi niewątpliwie cel zaliczający się do pierwszej grupy obowiązków państwa. Zatem obowiązki względem obywateli na ziemi i na pokładzie samolotu nie są wcale równoważne, pierwszeństwo zyskuje obowiązek ochrony życia pasażerów samolotu³⁸.

Przeciwnikiem nowego rozwiązania był również R. Merkel, który określił § 14 ust. 3 LuftSiG jako „bezprzykładne złamanie tabu w prawnych fundamentach społeczeństwa”. Jego zdaniem przyjęte rozwiązanie oznaczało odebranie pasażerom samolotu statusu posiadaczy własnych, elementarnych praw oraz nałożenie na nich obowiązku poświęcenia własnego życia dla ratowania życia innych osób, do czego nie było podstaw i co stanowiło zabieg bez precedensu. W odpowiedzi na argumenty pojawiające się na etapie prac nad ustawą wskazywał, iż elementarne prawa człowieka są antyutilitarystyczne, chronią jednostkę, a nie nawet większy „powszechny pożytek”³⁹. Podążając niejako za tym argumentem, M. Tresselt utrzymywał z kolei, że w razie przyjęcia podejścia utilitarystycznego należałoby wprowadzić karalność próby samobójczej czy niszczenia własnego mienia, skoro z punktu widzenia społeczeństwa są to niewątpliwie zachowania przynoszące mu szkodę. Jednak celem systemu prawa nie jest dbanie o „pożytek społeczny”, lecz ochrona praw jednostki⁴⁰. Poza tym, zdaniem R. Merkela, § 14 ust. 3 LuftSiG nie stanowił żadnego ograniczenia praw przysługujących jednostce, co byłoby zgodne z ustawą zasadniczą, lecz po prostu całkowite pozbawienie tych praw, przez co naruszał także zasadę równego traktowania zawartą w art. 3 GG. Jednocześnie autor ten nie podważał legalności zestrzelenia samolotu, na którego pokładzie znajdują się jedynie terroryści, tak jak legalny jest tzw. *finaler Rettungsschuss*⁴¹. Podobnie W. Hofling i S. Augsburg wskazywali na naruszenie prawa do życia i godności pasażerów zestrzelonego samolotu. Ich zdaniem, przy ocenie wykroczenia przeciw art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 2 GG nie ma znaczenia motyw takiego naruszenia, ale jedynie zachowanie samej osoby dotkniętej ograniczeniem jej praw. Dlatego właśnie można konstytucyjnie uzasadnić tzw. *finaler Rettungsschuss*, a w interesującym nas zakresie zestrzelenie samolotu, na pokładzie którego znaj-

³⁸ M. Tresselt, *Renegade flights and the tragic choice: must the State sacrifice innocent people?*, s. 10, dostępne http://www.irmgard-coninx-stiftung.de/fileadmin/user_upload/pdf/archive/Matthias_Tresselt_III.pdf.

³⁹ R. Merkel, *Wenn der Staat Unschuldige opfert*, „Die Zeit” z 8 lipca 2004 r., nr 29, dostępne <http://www.zeit.de/2004/29/Abschussgesetz>.

⁴⁰ M. Tresselt, *Renegade flights...*, op. cit., s. 8. Odnośnie do zabicia terrorystów por. podobnie M. Pawlik, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?, „Juristenzeitung” (dalej JZ) 2004, nr 21, s. 1045.

⁴¹ R. Merkel, *Wenn der Staat...*, op. cit.

dują się jedynie terroryści⁴². Natomiast poświęcenie życia niewinnych pasażerów sprowadziłoby ich do roli obiektu państwowego działania, pozbawionego przysługujących mu praw. Nawet zaś teoretyczne przyjęcie braku naruszenia ich godności i tak nie doprowadziłoby do uchylenia wykroczenia przeciwko ich prawu do życia. Nie da się bowiem zaprzeczyć, że podstawę decyzji zestrzelenia stanowiłoby dokonanie porównania zysków i strat wynikających z zestrzelenia samolotu i rozbicia go zgodnie z planem terrorystów. Doszłoby zatem w istocie do wartościowania życia ludzkiego, co zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa Bundesverfassungsgerichtu jest absolutnie niedopuszczalne. W szczególności sprzeciw budziłoby wartościowanie pod względem prognozowanej długości życia, oznaczałoby to bowiem, że pasażerowie samolotu nie dość, że pozbawieni zostaliby przysługującej im prawnej ochrony, dodatkowo staliby się celem działań państwa wymierzonych w te właśnie dobra, które państwo zobowiązane jest chronić. Ich sytuacja prawna w danej chwili oraz prawo do ochrony byłoby kształtowane według prognozowanego, niepewnego przebiegu przyczynowości, zdarzenia, które dopiero miałyby nastąpić, wcale nie z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością⁴³. Z kolei przyjęcie dopuszczalności wartościowania życia mogłoby prowadzić do przekroczenia cienkiej linii, za którą jego obiektem staną się osoby stare i chore w zestawieniu z młodymi i zdrowymi⁴⁴.

Nie dałoby się również uzasadnić zestrzelenia „większą społeczną korzyścią”, w porównaniu z zaniechaniem przez państwo aktywności, prawa jednostek bowiem nie mogą być relatywizowane względem „dobra ogółu”. Tak samo nie zachodziłaby żadna kolizja równoważnych obowiązków po stronie państwa, art. 2 ust. 2 GG bowiem zakazuje jakiegokolwiek ingerencji w prawo do życia. Zatem obowiązek nienaruszania prawa do życia przez państwo jest silniejszy niż obowiązek jego ochrony⁴⁵. Nie można wreszcie założyć, że pasażerowie chcieliby poświęcić swoje życie dla ratowania życia innych i z drugiej strony nie można obciążyć ich takim obowiązkiem w imię solidarności społecznej⁴⁶. T. Hartleb wskazywał ponadto, że nie jest również dopuszczalne założenie, zgodnie z którym podejmowanie podróży lotniczej oznacza dobrowolne wystawienie się na niebezpieczeństwo śmierci, także z rąk przedstawicieli państwa, i dobrowolną rezygnację z prawa do życia w przypadku opisanym w § 14 ust. 3 LuftSiG. Istnieje zasadnicza różnica pomiędzy policjantami, żołnierzami zawodowymi, straża-

⁴² Szerzej na temat konstytucyjności takiego przypadku T. Hartleb, *Der neue § 14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben*, „Neue Juristische Wochenschrift” (dalej NJW) 2005, nr 20, s. 1398–1399.

⁴³ W. Höfling, S. Augsberg, *Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand*, JZ 2005, nr 22, s. 1082–1083. Por. podobnie T. Hartleb, *Der neue...*, op. cit., s. 1398.

⁴⁴ M. Tresselt, *Renegade flights...*, op. cit., s. 9.

⁴⁵ W. Höfling, S. Augsberg, *Luftsicherheit...*, op. cit., s. 1084.

⁴⁶ Ibidem, s. 1085; por. podobnie M. Pawlik, *§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes...*, op. cit., s. 1049–1050; T. Hartleb, *Der neue...*, op. cit., s. 1399. Ten ostatni autor wskazuje między innymi, że trudno byłoby w przeciwnym razie uzasadnić np. karalność zabójstwa na żądanie (§ 216 StGB, odpowiednio art. 150 k.k. polskiego). Poza tym powstawałyby trudności praktyczne, w razie znanego decydemto sprzeciwu choćby jednego pasażera; wątpliwe jest też, czy można by mówić o „dobrowolnym” zrezygnowaniu z prawa do życia.

kami, którzy świadomie i dobrowolnie wybierają zawód związany z ryzykiem, a pasażerami cywilnego samolotu, czy nawet jego załogą⁴⁷.

W. Höfling i S. Augsberg odrzucili wreszcie również koncepcję tzw. sytuacji wyjątkowej (*Ausnahmezustand*). Zgodnie z nią Luftsicherheitsgesetz stanowić miał ustawę wyjątkową, przewidującą nadzwyczajne środki walki z terroryzmem, który nie może być już zwalczany za pomocą „zwykłych” instrumentów, wciąga bowiem w grę konstytucyjnoprawną tożsamość samego państwa, kwestię jego egzystencji. W takim wypadku państwo nie mogłoby być związane zwyczajnymi zasadami, również jeśli chodzi o poszanowanie praw jednostki – od obywatela można by wymagać nawet poświęcenia własnego życia⁴⁸. Wspomniani autorzy podważyli samą wyjściową tezę o szkodliwości zamachu terrorystycznego dla funkcjonowania państwa⁴⁹. W podobnym kierunku zmierzała refleksja M. Pawlika. Autor ten dokonał analizy obowiązujących przepisów, w szczególności zezwalających na użycie broni palnej przez uprawnione do tego podmioty reprezentujące władzę państwową, oraz wspomnianej powyżej koncepcji „sytuacji granicznej” (*Grenzsituation*). Doszedł do wniosku, że § 14 ust. 3 LuftSiG *już* nie mieści się w filozofii rozwiązań przyjętych w ramach wyznaczanych przez dotychczasowe regulacje, a *jeszcze* nie zostaje objęty przez dogmatykę sytuacji wyjątkowych⁵⁰. Aby móc zmieścić się w tej ostatniej kategorii, zezwolenie na zabicie własnych obywateli musiałoby w szczególności dotyczyć sytuacji egzystencjalnego zagrożenia społeczeństwa, porównywalnej z atakiem zbrojnym, ujętym w art. 115a ust. 1 GG (*Yerteidigungsfall*) lub atakiem określonym w art. 51 Karty Narodów Zjednoczonych⁵¹ (*Selbstverteidigungsrecht*) i jednocześnie stanowiącej atak terrorystyczny, zatem nie pochodzącej np. od osoby chorej psychicznie. Poza tym konieczny byłby jednoznacznie dodatni rachunek zysków i strat. Zdaniem M. Pawlika, § 14 ust. 3 LuftSiG nie spełniał warunków „sytuacji granicznej” między innymi z tego względu, że nie zawężył zastosowania tylko do ataku terrorystycznego i nie zawierał wskazówek odnośnie do określenia rachunku zysków i strat⁵². Podsumowując, autor ten prognozował, że przyjęte w omawianej ustawie rozwiązanie zapoczątkuje erozję dotychczas uznanych podstaw wartościowania, która może mieć skutki o wiele dalej idące niż tylko odnośnie do przypadku ujętego w § 14 ust. 3 LuftSiG⁵³. Z kolei T. Hartleb doszedł do wniosku, iż nie

⁴⁷ T. Hartleb, *Der neue...*, op. cit., s. 1399–1400.

⁴⁸ W. Höfling, S. Augsberg, *Luftsicherheit...*, op. cit., s. 1086.

⁴⁹ Wskazując, że nawet zamachy z 11 września 2001 r. nie spowodowały destabilizacji funkcjonowania Stanów Zjednoczonych (W. Höfling, S. Augsberg, *Luftsicherheit...*, op. cit., s. 1086).

⁵⁰ M. Pawlik, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes..., op. cit., s. 1046.

⁵¹ Ocena dopuszczalności wprowadzenia przez państwo regulacji zezwalającej na zestrzelenie samolotu typu *renegade* z punktu widzenia prawa międzynarodowego, w szczególności aktów ONZ oraz konwencji międzynarodowych dotyczących ruchu lotniczego, stanowi odrębne, obszerne i skomplikowane zagadnienie, przekraczające ramy tego artykułu, nie zostanie zatem dokonana. Szerzej jednak na ten temat B. Hirsch, *Zum Verbot des Rettungstotschlags*, NJW 2007, nr 17, s. 1189; M. Tresselt, *Renegade flights...*, op. cit., s. 7, 10–11; M. Pawlik, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes..., op. cit., s. 1054; G. Sul yok, *An Assessment...*, op. cit.

⁵² M. Pawlik, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes..., op. cit., s. 1054–1055.

⁵³ Ibidem, s. 1046.

mamy również do czynienia z figurą „zagrożającego egzystencji ataku na całą społeczność”, uzasadniającego poświęcenie życia przez obywatela⁵⁴. Wreszcie M. Haid wyrażał wątpliwości odnośnie do prawidłowości przyjętych w ustawie rozwiązań, które stanowiły pierwszy w historii Niemiec przypadek umocowania władz publicznych do zabicia niewinnych ludzi. Był zdania, że spadające na gęsto zaludnione tereny szczątki samolotu i tak mogą doprowadzić do śmierci ludzi znajdujących się na ziemi⁵⁵. Za sprzeczne z Konstytucją RFN uznawała § 13–15 również D. Winkler⁵⁶.

Rozważano wreszcie także kwestię naruszenia przez RFN Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁵⁷ (dalej EKPCz). O ile zabójstwo porywaczy samolotu znajdować miało uzasadnienie w art. 2 ust. 2 lit. a EKPCz, o tyle nie dało się już na gruncie Konwencji uzasadnić rozwiązania zezwalającego na pozbawienie życia pasażerów oraz personelu porwanego samolotu⁵⁸. Pogląd ten podzielał M. Tresselt, uznając, iż art. 2 EKPCz nie daje podstawy do porównania wartości życia osób na pokładzie i na ziemi, a następnie podjęcia decyzji o zestrzeleniu, z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który zakres obowiązku ochrony życia przez państwo kształtuje różnie, w zależności od okoliczności danej sprawy, zaś wynika, że taka aktywność państwa nie obroniłaby się przed Trybunałem, gdyby przyszło mu orzekać w tej sprawie⁵⁹.

Również składający skargę do niemieckiego federalnego Trybunału Konstytucyjnego, wśród których znalazł się były wiceprzewodniczący Bundestagu B. Hirsch, wskazywali, że państwo nie może już obecnie (nie żyjemy bowiem w średniowieczu) decydować o poświęceniu życia jednych obywateli dla ratowania innych, a federalny minister obrony nie może grać roli Pana Boga rozstrzygającego, kto będzie żył, a kto będzie musiał się poświęcić dla dobra ogółu. *Luftsicherheitsgesetz* naruszać miał nie tylko Konstytucję RFN, lecz także moralne podstawy społeczeństwa⁶⁰. Wprowadzał bowiem, analogicznie do tzw. *finaler Rettungsschuss – finaler Rettungstotschlag*, dając państwu prawo zabicia ofiary przestępstwa, jeżeli minister obrony uzna, że tak będzie lepiej dla dobra

⁵⁴ Które to sytuacje przewidziane są w art. 12a GG (obowiązek obrony) i art. 20 ust. IV GG (obowiązek oporu). T. Hartleb, *Der neue...*, op. cit., s. 1400–1401.

⁵⁵ M. Haid, *Der „Eisbrecher“...*, op. cit. W wyniku ataku terrorystycznego nad Lockerbie w Szkocji śmierć ponieśli nie tylko pasażerowie samolotu rozerwanego bombą, ale też 11 mieszkańców miejscowości, na którą spadły szczątki. Poza tym zostało zniszczonych 21 budynków. Podaję za A. Meyer, *Wirksamer Schutz des Luftverkehrs durch ein Luftsicherheitsgesetz?*, ZRP 2004, nr 6, s. 207.

⁵⁶ D. Winkler, *Die Systematik der grundgesetzlichen Normierung des Bundeswehreinsatzes unter Anknüpfung an die Regelung des LuftSiG*, DoV 2006, nr 4, s. 149 i n., omówienie dostępne http://www.deutsches-wehrrecht.de/WR-Zeitschriftenauswertung2006.html#02_06.

⁵⁷ Z dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284. Szerzej na ten temat G. Sulyok, *An Assessment...*, op. cit., s. 21–22.

⁵⁸ W. Mitsch, *„Luftsicherheitsgesetz“...*, op. cit., s. 276; idem, *Abschusserlaubnis...*, op. cit., s. 243.

⁵⁹ M. Tresselt, *Renegade flights...*, op. cit., s. 5–7.

⁶⁰ Podaję za J. Bittner, *Bürger frei zum Abschuss*, „Die Zeit” z 3 listopada 2005 r., nr 45, dostępne <http://www.zeit.de/2005/45/Luftsicherheit>.

ogółu⁶¹. Wskazywano również, że decyzja o zestrzeleniu będzie zawsze oparta jedynie na przypuszczeniu odnośnie do przyszłego rozwoju wypadków, przy czym nie ma pewności, że musi on zawsze rozwinąć się w taki sposób jak 11 września 2001 r. Poza tym, jak wynikało z praktyki, na terenie RFN przynajmniej kilka razy w tygodniu (około 10) zachodzi konieczność podrywania w powietrze dyżurujących samolotów bojowych celem sprawdzenia zachowania samolotów, w stosunku do których istnieje podejrzenie porwania⁶². Zazwyczaj okazuje się, że pilot miał trudności techniczne z radiem, wybrał błędną częstotliwość, zbyt późno odpowiadał na wezwania kontroli lotów bądź błędnie ustawił transponder na sygnał oznaczający uprowadzenie. Na jaw wyszło również, że piloci cywilni nie potrafią rozpoznać znaków dawanych przez samoloty wojskowe, mających na celu zmuszenie do zmiany kursu, podążania za nimi i lądowania⁶³.

IV. WYROK BUNDESVERFASSUNGSGERICHTU Z DNIA 15 LUTEGO 2006 R.

Wspomniane powyżej wątpliwości podzielił w dużej mierze Bundesverfassungsgericht, który w wyroku z dnia 15 lutego 2006 r. stwierdził sprzeczność niektórych przepisów Luftsicherheitsgesetz z Konstytucją RFN⁶⁴. Co prawda potwierdził prawo ustawodawcy federalnego do bliższego określania sposobu użycia wojska na terenie kraju dla zwalczania np. katastrof naturalnych czy nieszczęśliwych wypadków (art. 35 ust. 2 zd. 2 i ust. 3 zd. 1 GG), jednak stwierdził, że nie jest dopuszczalne posługiwanie się specyficznie wojskową bronią. Orzekł jednocześnie, że w pojęciu szczególnie ciężkiego nieszczęśliwego wypadku mieści się również prawdopodobieństwo graniczące z pewnością nastąpienia katastrofy. Natomiast w interesującym nas zakresie Trybunał rozstrzygnął o sprzeczności i nieważności § 14 ust. 3 LuftSiG z art. 2 ust. 2 zd. 1 GG⁶⁵ (prawo do życia), w połączeniu z art. 87a ust. 2, art. 35 ust. 2 i 3 oraz art. 1 ust. 1 GG (poszanowanie godności) w przypadku, jeżeli zastosowanie przewidzianego w nim środka pociągnęłoby za sobą śmierć niewinnych pasażerów samolotu. Podkreślił jednak, iż sprzeczność ta nie zachodzi wówczas, gdy na pokładzie znajdują się jedynie terroryści⁶⁶. Uzasadniając swoją decyzję, Trybunał wskazał, iż pasażerowie samolotu są w wypadku opisanym w § 14 ust. 3 LuftSiG traktowani jako „przedmiot”, a nie podmiot działań władzy publicznej. Wartość i długość ich życia zostaje poddana ocenie podmiotu uprawnionego do wydania decyzji (federalnego ministra obrony), sama zaś decyzja oparta jest na założeniu, że ich

⁶¹ B. Hirsch, podają że <http://de.wikipedia.org/wiki/Luftsicherheitsgesetz>.

⁶² Dyżurują one w bazach Wittmund w Ostfriesland i Neuburg nad Dunajem (podają za J. Bittner, *Burger...*, op. cit.).

⁶³ J. Bittner, *Burger...*, op. cit.; *Blinder Alarm zwingt Luftwaffe wiederholt zu Anti-Terror-Flügen*, „Der Spiegel” z 23 października 2004 r., nr 44, dostępne <http://www.spiegel.de/spiegel/vorab/0,1518,324602,00.html>.

⁶⁴ 1 BvR 357/05, patrz przyp. 3.

⁶⁵ Patrz przyp. 24.

⁶⁶ Wyrok BYerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 140 i n.

śmierć jest nieuchronna, w związku z czym – w porównaniu z potencjalnymi szkodami na ziemi – ich życie nie ma już wartości lub jest jedynie małowartościowe. Można zatem ich poświęcić i w sposób umyślny zabić. Trybunał podkreślił, że taki tok rozumowania jest absolutnie niedopuszczalny. Państwo nie może chronić większości swoich obywateli poświęcając życie pewnej ich grupy. Rozważanie proporcji „życie *contra* życie”, według porównania liczby osób, które zginą w zestrzelonym samolocie, do liczby osób, które zginęłyby w razie zrealizowania terrorystycznego planu, jest niedopuszczalne. Nie jest również uprawniony zabieg polegający na traktowaniu pasażerów samolotu jako części broni, którą chcą posłużyć się terroryści, co ma uzasadniać relatywizowanie ich prawa do życia. Takie podejście oznacza bowiem traktowanie ich jako przedmiotu, części składowej maszyny, a nie podmiotu działań państwa, oraz pozbawia ich ludzkiej godności⁶⁷. Zezwolenie w § 14 ust. 3 LuftSiG na umyślne pozbawienie życia stanowi zatem **naruszenie istoty** jednego z podstawowych praw chronionych konstytucyjnie (prawa do życia), co jest sprzeczne z art. 19 ust. 2 GG⁶⁸. Bundesverfassungsgericht przypominał, iż co do zasady nie jest wykluczona ingerencja ustawodawcy również w prawo do życia, ale ingerencja taka musi pod każdym względem odpowiadać wymogom konstytucyjnym. Musi zatem mieścić się w kompetencjach federalnej władzy ustawodawczej⁶⁹, nie naruszać istoty prawa i wreszcie nie sprzeciwiać się podstawowym zasadom konstytucyjnym. Paragraf 14 ust. 3 LuftSiG zaś tych wymogów nie spełnia⁷⁰. Odnośnie do podstawowych zasad konstytucyjnych chodzi przede wszystkim o powiązanie z zasadą poszanowania godności ludzkiej, która jest nieodbieralna, nienaruszalna i niezależna w szczególności od potencjalnej długości życia⁷¹. Także z konieczności jej poszanowania wynika zakaz po stronie państwa traktowania obywatela jako przedmiotu podejmowanych działań, a niejako ich podmiotu. W szczególności nie wolno podejmować takich zachowań, które stawiałyby pod znakiem zapytania status obywatela jako podmiotu prawa⁷². Śmierć pasażerów samolotu na skutek jego zestrzelenia stanowi środek do celu, jakim jest uratowanie innych osób, są oni zatem urzeczowieni i przez to pozbawieni praw⁷³. Trybunał stwierdził również, że nie leży w jego kompetencji rozstrzyganie przy okazji tej sprawy, czy jednostka może być, a jeżeli tak, to pod jakimi warunkami, zobowiązana do poświęcenia własnego życia w interesie całego społeczeństwa, w razie ataku na całą społeczność (*Gemeinwesen*), mającego na celu jej upadek i znisz-

⁶⁷ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 37–39, 134.

⁶⁸ Art. 19 ust. 2: „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden”. Art. 19 ust. 1 określa warunki dopuszczalnego **ograniczenia** podstawowych praw jednostki, niegodzącego jednak w istotę danego prawa. Natomiast ustęp następny zakazuje naruszania istoty prawa.

⁶⁹ Kwestie te nie będą szerzej omawiane, ponieważ nie wiążą się ściśle z tematem artykułu. Argumentacja Bundesverfassungsgerichtu odnośnie do nich została zawarta w ust. 89–117 wyroku.

⁷⁰ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 85.

⁷¹ Ibidem, ust. 119.

⁷² Ibidem, ust. 121.

⁷³ Ibidem, ust. 124.

czenie⁷⁴. Paragraf 14 ust. 3 LuftSiG nie dotyczy bowiem takich właśnie sytuacji, w których celem zamachowca jest zniszczenie państwowego porządku prawnego i ładu społecznego⁷⁵. Bundesverfassungsgericht uznał wreszcie, iż nie stanowi podstawy dla omawianego przepisu roszczenie osób znajdujących się na ziemi, zagrożonych potencjalnie rozbiciem samolotu zgodnie z planem terrorystów, o ochronę ich praw, środek użyty bowiem przez państwo w celu wywiązania się z tego obowiązku nie może być sprzeczny z ustawą zasadniczą, a taki jest w świetle powyższych wywodów⁷⁶. Ze względu na gęstość zaludnienia i stosunkowo niewielki obszar RFN należy również uwzględnić potencjalne zagrożenie dla ludzi powstające ze strony spadających szczątków samolotu, który zostałby zestrzelony zgodnie z § 14 ust. 3 LuftSiG. Przemawia to także przeciwko rozwiązaniom Luftsicherheitsgesetz, ale nie w kontekście ich konstytucyjności, lecz zastosowania w konkretnym przypadku.

Poza argumentami przytoczonymi przez Bundesverfassungsgericht warto jeszcze w kilku słowach przywołać niektóre głosy podmiotów, które ustosunkowały się w ramach postępowania do złożonej przed Trybunałem skargi. Der Deutsche BundeswehrVerband stanął na stanowisku, że § 14 ust. 3 LuftSiG mógłby powodować u żołnierzy ciężki konflikt moralny, związany z koniecznością dokonania wyboru pomiędzy obowiązkiem posłuszeństwa rozkazowi i ściśle osobistym rozstrzygnięciem własnego sumienia. Ustawa nie dawała również gwarancji zabezpieczenia przed postępowaniem karnym lub cywilnym, szczególnie przed sądami państw obcych⁷⁷. Z kolei Die Vereinigung Cockpit wskazywała na praktyczną niemożność zrealizowania przesłanek koniecznych do podjęcia decyzji zestrzelenia, np. ze względu na warunki pogodowe czy różnorodną motywację sprawców porywających samoloty⁷⁸. Rozwijając tę argumentację, Die Unabhängige Flugbegleiter Organisation UFO utrzymywała z kolei, iż informacje stanowiące podstawę oceny sytuacji i podjęcia decyzji o zestrzeleniu raczej nie będą pochodziły z pokładu samolotu, lecz z drugiej ręki, a poza tym sytuacja na pokładzie może zmieniać się z minuty na minutę⁷⁹. Faktem jest, że – przywołując ponownie wydarzenia z 11 września 2001 r. – samolot, który rozbił się w Pensylwanii, nie osiągnął celu właśnie ze względu na przypuszczalnie podjętą przez pasażerów próbę odbicia go z rąk porywaczy⁸⁰. Argumentację tę podzielił Bundesverfassungsgericht, wskazując na trudności w ustaleniu intencji porywaczy, czy też w ogóle rzeczywistej sytuacji na pokładzie oraz fakt, iż krótki okres, w jakim przyszłoby podjąć decyzję zestrzelenia, mógłby prowadzić

⁷⁴ Na ten temat szerzej, również w kontekście orzecznictwa Bundesverfassungsgerichtu: Ch. Calliess, *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtverhältnis*, JZ 2006, nr 7, s. 321 i n.

⁷⁵ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 135. Szerzej na ten temat, w kontekście wyroku, B. Hirsch, *Zum Verbot...*, op. cit., s. 1189.

⁷⁶ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 138–139.

⁷⁷ Ibidem, ust. 67; o obawach tego rodzaju wspomina również J. Bittner, *Burger...*, op. cit.

⁷⁸ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 68.

⁷⁹ Ibidem, ust. 70.

⁸⁰ Inne pogłoski utrzymują, że został zestrzelony przez siły zbrojne Stanów Zjednoczonych.

do jej podjęcia nawet wówczas, gdyby nie była konieczna, niejako „na zapas”. Musiałaby przy tym zostać w istocie oparta zawsze na przypuszczeniach, nie zaś pewności odnośnie do potencjalnego dalszego przebiegu wypadków w razie zaniechania akcji zbrojnej. Odnosząc się do realnej realizacji dyspozycji § 13–15 LuftSiG, Trybunał zauważył również, iż biorąc pod uwagę rozmiar terytorium RFN i skomplikowaną, wielostopniową i zależną od wielu osób procedurę zawartą w tych przepisach, osoby podejmujące decyzję musiałyby działać pod niezwykle silnym naciskiem czasu, co zwiększałoby zagrożenie przedwczesnej, zatem błędnej decyzji zestrzelenia⁸¹.

Z kolei w opinii Bundestagu, dotyczącej wniesionej skargi konstytucyjnej, twierdzono, iż § 14 ust. 3 LuftSiG jest zgodny z ustawą zasadniczą. To terroryści, a nie państwo, pozbawiają pasażerów godności i traktują jako przedmiot podejmowanych działań. Artykuł 2 ust. 2 zd. 3 GG⁸² wyraźnie zaś zezwala na umyślne pozbawienie życia, umożliwiając ingerencję w prawo do życia. Jednocześnie realizacja dyspozycji § 14 ust. 3 LuftSiG wydaje się i tak faktycznie prawie nie do pomyślenia, biorąc pod uwagę gęstość zaludnienia i rozmiary RFN⁸³. Z kolei rząd federalny stwierdził, że korzystający z komunikacji lotniczej sami wystawiają się na ryzyko z nią związane i muszą być go świadomi⁸⁴. Argument ten Bundesverfassungsgericht określił jako „nieżyciową fikcję”, założenie pozbawione jakichkolwiek realnych podstaw⁸⁵.

Wyrok Bundesverfassungsgerichtu spotkał się z żywym odzewem zarówno w nauce⁸⁶, jak i wśród polityków. Wśród tych ostatnich, oprócz głosów apro-

⁸¹ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 125–129.

⁸² „In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden”.

⁸³ Wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r..., ust. 47–48; por. również argumentację rządu federalnego, ust. 54–57.

⁸⁴ Ibidem, ust. 56.

⁸⁵ Ibidem, ust. 131.

⁸⁶ Por. m.in.: Ch. Gramm, *Der wehrlose Verfassungsstaat?*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 2006, nr 11, s. 653 i n., omówienie dostępne <http://www.dvbl.de/servlet/PB/menu/1205508/index.html?fundstelle=653#>; K. Baumann, *Das Urteil des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz der Streitkräfte*, „JURA” 2006, nr 6, s. 447 i n., omówienie dostępne <http://www.deutsches-wehrrecht.de/WR-Zeitschriftenauswertung2006.html>; M. Sachs, *Uwagi do wyroku BVerfG z 15.02.2006 r. (1 BvR 357/05)*, „Juristische Schulung” 2006, nr 5, s. 448, omówienie dostępne <http://www.deutsches-wehrrecht.de/WR-Zeitschriftenauswertung2006.html>; M. Starostik, *Uwagi do wyroku BVerfG z dnia 15 lutego 2006 r. (1 BvR 357/05)*, dostępne <http://www.starostik.de/tips/2006/02/anwalt-berlin-flugzeugabschuss-verfassungswidrig.shtml>; A. Peilert, *BVerfG: Verfassungswidrigkeit des Abschusses von Renegade-Flugzeugen nach dem Luftsicherheitsgesetz*, „Die Kriminalpolizei” 2006, nr 2, s. 63 i n., dostępne [http://www.gdp-berlin.de/gdp/gdpbercms.nsf/id/kripo_lka/\\$file/kripo206.pdf](http://www.gdp-berlin.de/gdp/gdpbercms.nsf/id/kripo_lka/$file/kripo206.pdf); Ch. Pestalozza, *Inlandstötungen durch die Streitkräfte – Reformvorschläge aus ministeriellem Hause*, NJW 2007, nr 8, s. 492 i n.; Ch. Starek, *Uwagi do wyroku BVerfG z dnia 15 lutego 2006 r. (1 BvR 357/05)*, JZ 2006, nr 8, s. 417 i n.; W.-R. Schenke, *Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG*, NJW 2006, nr 11, s. 736 i n.; Ch. Gramm, *Wie weit darf die Staat bei „besonders schweren Ungl cksfallen” gehen?*, „Unterrichtsb tter für die Bundeswehrverwaltung” (dalej UBWV) 2007, nr 4, s. 121 i n., dostępne http://www.deutsches-wehrrecht.de/Aufsätze/UBWV_2007_121.pdf; O. Lepsius, *Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act*, „German Law Journal” 2006, vol. 7, nr 9, s. 761 i n., dostępne <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=756>; M. Beltrán de Felipe, J.M. Rodr guez de Santiago, *Shooting Down...*, op. cit.; B. Hirsch, *Zum Verbot...*, op. cit., s. 1188 i n.; M. Tresselt, *Renegade flights...*, op. cit., s. 3–4.

kujących, pojawiły się również i kontestujące wyrok, pochodzące z frakcji, które popierały ustawę na etapie prac parlamentarnych. Przedstawiciele frakcji CDU/CSU zaczęli postulować zmianę Konstytucji RFN w taki sposób, by możliwe stało się użycie sił zbrojnych na terenie kraju w zakresie przewidzianym zakwestionowanymi przepisami⁸⁷. Podnoszono również, iż mimo wyroku Bundesverfassungsgerichtu możliwe jest zestrzelenie samolotu porwanego za granicą i mającego być wykorzystanym do zniszczenia celu na terenie RFN. Stanowi to bowiem atak na cały kraj, który jest porównywalny z napaścią zbrojną z wykorzystaniem sił konwencjonalnych, obowiązują zatem wówczas takie same zasady jak w czasie wojny i państwo jest uprawnione do odparcia takiej zbrojnej, wojennej agresji⁸⁸. Łącząc te dwie tendencje, federalny minister spraw wewnętrznych W. Schauble zaproponował taką zmianę Konstytucji, która ustanowiłaby przypadek *quasi*-obrony (*Quasi-Verteidigungsfall*), zezwalający na użycie takich środków, jak w celu odparcia ataku militarnego na RFN, tyle że odnośnie do porwanego samolotu⁸⁹. Natomiast aprobujący wyrok wskazywali, że gdyby wyrok Trybunału był inny, doszłoby w istocie do zaaprobowania wprowadzenia „prawa wojny” (*Kriegsrecht*) w celu zwalczania jedynie przestępczości⁹⁰.

V. ROZWIĄZANIE POLSKIE W ŚWIELE DOŚWIADCZEŃ NIEMIECKICH

Przechodząc do omawiania rozwiązania przyjętego w art. 122a⁹¹ p.lot. i art. 18b⁹² ustawy o ochronie granicy państwowej, należy zauważyć, iż choć w uzasadnieniu projektu zmian⁹³ wprost nawiązano do wydarzeń z 11 września

⁸⁷ *Urteil zum Luftsicherheitsgesetz. Union drängt auf Grundgesetzänderung*, „Spiegel Online” z 15 lutego 2006 r., dostępne <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,401054,00.html>.

⁸⁸ *Bundeswehr mufi Terrorangriffe aus der Luft abwehren*, „Welt Online” z 20 lutego 2006 r., dostępne http://www.welt.de/print-welt/article199274/Bundeswehr_muss_Terrorangriffe_aus_der_Luft_abwehren.html.

⁸⁹ *Kriegsrecht soli Abschuss erlauben*, „Zeit Online” z 1 stycznia 2007 r., dostępne <http://www.zeit.de/online/2007/01/terror-abschuss-schaeuble>. Na temat żywej reakcji innych polityków zobacz: *Kein „Quasi-Kriegsrecht”*, „Zeit Online” z 2 stycznia 2007 r., dostępne <http://www.zeit.de/online/2007/01/Flugsicherheit>. Z kolei odnośnie do definicji „obrony” według dokumentów Narodów Zjednoczonych B. Hirsch, *Zum Verbot...*, op. cit., s. 1189.

⁹⁰ *Urteil zum Luftsicherheitsgesetz. Union drängt...*

⁹¹ Który brzmi: „Jeżeli wymagają tego względy bezpieczeństwa państwa i organ dowodzenia obroną powietrzną, uwzględniając w szczególności informacje przekazane przez instytucje zapewniające służby ruchu lotniczego, stwierdzi, że cywilny statek powietrzny jest użyty do działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza, statek ten może być zniszczony na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (Dz.U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1944).

⁹² Który w ust. 2 pkt 3 zezwala na zniszczenie samolotu w szczególności w razie: a) dokonywania zbrojnej napaści lub agresji przeciwko celom położonym na terytorium RP, c) gdy wymagają tego względy bezpieczeństwa a organ dowodzenia obroną powietrzną, uwzględniając w szczególności informacje przekazane przez państwowy organ zarządzania ruchem lotniczym, stwierdzi, że obcy statek powietrzny jest użyty do działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza.

⁹³ Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie granicy państwowej oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2523 z 5 lutego 2004 r., dostępne <http://www.senat.gov.pl/K5/dok/sejm/064/2523.pdf>.

2001 r., to jednak ani razu nie wspomniano o oczywistej konsekwencji zastosowania uchwalanych przepisów, a mianowicie śmierci pasażerów oraz załogi cywilnego samolotu⁹⁴. To samo dotyczy zresztą całego procesu legislacyjnego. Nikt też nie wyraził choćby cienia wątpliwości odnośnie do zgodności przyjmowanych rozwiązań z Konstytucją RP, mimo tak oczywistego wkroczenia w najcenniejsze prawnie chronione dobra obywateli. Więcej uwagi poświęcono dramatyzmowi sytuacji decydenta, a najdalej idącym przejawem troski o obywateli było stwierdzenie posła B. Komorowskiego, iż mamy do czynienia z decyzją „niesłychanie drastyczną, bolesną i ważną”⁹⁵. Jako powód wprowadzanych zmian podawano konieczność uregulowania kwestii kompetencyjnych w razie zaistnienia zdarzenia opisanego w art. 122a p.lot. oraz stworzenia podstawy prawnej dla ewentualnego zestrzelenia samolotu pasażerskiego. Za takim zestrzeleniem miało przemawiać potencjalne przyjęcie jako celu ataku z powietrza m.in. reaktora atomowego w Świerku, Pałacu Kultury i Nauki czy budynku Sejmu⁹⁶. Natomiast brak konsultacji społecznych projektu uzasadniono zakresem nowelizacji, który obejmować miał, zdaniem projektodawców, jedynie kompetencje ministra obrony narodowej w zakresie ochrony powietrznych granic państwowych⁹⁷. Słusznie już wówczas wskazywano, że biorąc pod uwagę długość reakcji sił zbrojnych, nawet zaopatrzonych w odpowiednie podstawy prawne (ok. 16–22 minut), projektowane przepisy mogą być nieprzydatne w praktyce, skoro np. samolot, który

⁹⁴ Najdalej posunął się ekspert Biura Legislacji Kancelarii Sejmu, M. Wiśniewski, mówiąc, iż zestrzelenie „Oznacza (...) w praktyce zniszczenie wszystkiego, co znajduje się na takim statku. W związku z tym trzeba liczyć się również ze śmiercią osób lecących takim statkiem” (Protokół z posiedzenia Komisji Obrony Narodowej (nr 121) z 26 maja 2004 r., Biuletyn nr 3218/IV, dostępne <http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgskmr/OBN-121>).

⁹⁵ Por. Protokół z posiedzenia Komisji Obrony Narodowej (nr 115) z 15 kwietnia 2004 r., Biuletyn nr 3081/IV, dostępne <http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgskmr/OBN-115>.

⁹⁶ Protokół z posiedzenia Komisji Obrony Narodowej (nr 110) z 10 marca 2004 r., Biuletyn nr 2922/IV, dostępne <http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgskmr/OBN-110>. Odnośnie do wypowiedzi przedstawiającego projekt pełnomocnika ministra obrony narodowej H. Pietrzaka, nie można nie zauważyć, że powodem wprowadzenia Luftsicherheitsgesetz nie było zdarzenie w Stuttgarcie, jak twierdził, lecz we Frankfurcie nad Menem, chyba że miał na myśli jakiś incydent nieznaný nawet autorom niemieckim. Mylnie też poinformował posłów: „Mogę państwa poinformować, że w innych krajach obowiązują podobne rozwiązania, jak to, które proponujemy. W końcu ubiegłego roku podobną decyzję podejmowali Niemcy”, podczas gdy Luftsicherheitsgesetz podpisany został przez Prezydenta RFN dopiero dnia 11 stycznia 2005 r., a zatem i wszedł w życie dużo później. Dnia 10 marca 2004 r. projekt Luftsicherheitsgesetz był dopiero po pierwszym czytaniu i jeszcze przed publicznym wysłuchaniem ekspertów przez deputowanych, jego los nie był zatem nawet przesądzony. Pod koniec 2003 r. projekt ustawy dopiero wpłynął do Bundesratu (Bundesrat Drucksache 827/03 z dnia 7 listopada 2003 r., dostępne <http://dip.bundestag.de/brd/2003/0827-03.pdf>). Wydaje się również, że powołany przykład zdarzenia z 1987 r., kiedy to żadne z czterech państw (w tym i Polska) nie zdecydowało się na zestrzelenie samolotu wojskowego lecącego bez pilota, który ostatecznie rozbił się w Belgii, powodując śmierć kilku osób, wskazuje na popadanie z jednej skrajności, w drugą. O ile wówczas nikt by nie ucierpiał w razie zestrzelenia, a jednak decyzji takiej nie podjęto, o tyle obecnie chce się umożliwić zestrzelenie cywilnego samolotu pełnego pasażerów. Również Sekretarz Stanu w MON, J. Zemke, nie do końca ściśle wypowiadał się o zdarzeniu we Frankfurcie, twierdząc, że samolot krążył nad lotniskiem i nie wiadomo było, czego chce pilot (Protokół... z dnia 15 kwietnia 2004 r.). W rzeczywistości samolot krążył nad centrum miasta, a pilot żądał rozmowy telefonicznej ze Stanami Zjednoczonymi.

⁹⁷ Por. s. 19 uzasadnienia projektu.

wystartował z Okęcia, będzie nad centrum Warszawy w ciągu 2 minut⁹⁸. Niestety, uchwalenie wspomnianych przepisów nie wzbudziło najmniejszych choćby wątpliwości i przeszło również bez echa zarówno w nauce, jak i w prasie, jeśli nie liczyć publikacji o charakterze wyłącznie sprawozdawczym odnośnie do nowych rozwiązań⁹⁹. Jedynie M. Żylicz zasygnalizował *in abstracto* (nie w odniesieniu do omawianych przepisów) istnienie potencjalnych wątpliwości natury moralnej¹⁰⁰. Nie wzbudziło to wątpliwości również ze strony żadnego z organów, czy żadnej organizacji, powołanych w celu stania na straży poszanowania praw obywateli. Nie jest co prawda do końca jasne stanowisko ówczesnego Rzecznika Praw Obywatelskich, A. Zolla¹⁰¹, jednak faktem jest, że nie skierował on – podobnie jak i jego następca, J. Kochanowski – wniosku do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności omawianych przepisów z Konstytucją RP. Należy zauważyć, iż zaraz po uchwaleniu *Luftsicherheitsgesetz* przez Bundestag R. Merkel wyraził zdziwienie faktem, że rozwiązania w niej przyjęte nie odbiły się w ogóle echem ani w opinii publicznej, ani wśród prawników¹⁰². Jednak dyskusja toczyła się od samego początku wśród deputowanych do Bundestagu już w trakcie uchwalania ustawy, a na forum publicznym, choć nieco opóźniona, wybuchła potem ze zdwojoną siłą. W przypadku polskich przepisów milczenie zostało przerwane dopiero niedawno przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, L. Gardockiego, który zaskarżył do Trybunału Konstytucyjnego art. 122a p.lot.¹⁰³

We wniosku o zbadanie konstytucyjności omawianych przepisów wskazano, iż ingerencja w prawo do życia musi spełniać wymogi proporcjonalności, adekwatności i subsydiamości regulacji, musi więc służyć ochronie innego dobra konstytucyjnie chronionego, niestojącego niżej w hierarchii praw, wolności i in-

⁹⁸ Poseł S. Janas, w: *Protokół...* (z 10 marca 2004 r.).

⁹⁹ Por. P. Pabisiak-Karwowski, *Nowe przepisy dotyczące ochrony przed atakami terrorystycznymi z powietrza*, WPP 2004, nr 4, s. 12–15; E. Kamińska, *Terroryzm lotniczy – wpływ prawa międzynarodowego na krajowy porządek prawny*, WPP 2006, nr 4, s. 53–56; A. Łukaszewicz, *W tej walce nie wystarczą paragrafy*, „Rzeczpospolita” z 5 kwietnia 2006 r., s. C3; Ż. Semprich, *Agresora wolno zestrzelić*, „Rzeczpospolita” z 24 lutego 2004 r.; por. również notatki w „Rzeczpospolitej” z 19 sierpnia 2004 r. (*Samolot z terrorystą można zestrzelić*) i 14 stycznia 2005 r. (*Można zestrzelić samolot*).

¹⁰⁰ M. Żylicz, *Terroryzm lotniczy*, „Palestra” 2004, nr 3–4, s. 129; idem, *Terroryzm lotniczy w świetle prawa międzynarodowego*, PiP 2005, nr 9, s. 27.

¹⁰¹ Z jednej strony A. Zoll wskazywał, że uchwalone przepisy są niedoskonałe, nie obejmują bowiem – w jego przekonaniu – zakresem swojego działania polskich statków powietrznych. Stał też na stanowisku, iż wobec większego niż dawniej zagrożenia terroryzmem, prawa człowieka nie mogą już stanowić jedynego punktu odniesienia podczas tworzenia prawa (*Nie można zestrzelić terrorysty*, „Rzeczpospolita” z 21 lutego 2005 r. Odpowiedź MON na zarzut RPO: *Samolot terrorysty wolno zestrzelić*, „Rzeczpospolita” z 12 kwietnia 2005 r.). Z drugiej strony A. Zoll formułował szereg pytań odnośnie do dopuszczalności ustawowego uregulowania omawianej sytuacji (*Prawa obywatelskie a problem bezpieczeństwa*, Wykład wygłoszony przez prof. Andrzeja Zolla na wieczorze akademickim 25 października 2004 r., „Gazeta Uniwersytecka” 2005, nr 4, dostępne <http://gu.us.edu.pl/index.php?op=artykul&rok=2005&miesiac=01&id=3193&type=nor>; Wykład inauguracyjny, wygłoszony 26 września 2005 r., na rozpoczęcie roku akademickiego 2005/06 w Kolegium Filozoficzno-Teologicznym OO. Dominikanów w Krakowie, „Teofil” 2005, nr 2, dostępne <http://www.teofil.dominikanie.pl/?f=artykul&id=254&nr=22>).

¹⁰² R. Merkel, *Wenn der Staat...*, op. cit.; por. podobnie W. Mitsch, *luftsicherheitsgesetz*”..., op. cit., s. 274.

¹⁰³ Wniosek dostępny <http://www.sn.pl/aktual/2.html>.

nych dóbr. Ustawodawca w art. 122a p.lot. odwołuje się jedynie do bardzo ogólnych przesłanek: „bezpieczeństwa państwa” oraz użycia samolotu do „działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza”. Powoduje to, że decyzja o zestrzeleniu może zostać podjęta nawet wówczas, gdy samolot przewozi niedozwolone produkty lub towary, zmienia kierunek lotu, przewozi nielegalnych imigrantów, kategoria „sprzeczności z prawem” bowiem odsyła do całego porządku prawnego. Nawet sam atak terrorystyczny może być skierowany jedynie przeciwko mieniu, infrastrukturze, np. komunikacyjnej czy obronnej. Zatem katalog dóbr, w ochronie których można poświęcić życie pasażerów samolotu, jest bardzo szeroki, zawiera również dobra o wartości niższej niż życie ludzkie. Prowadzi to do wniosku, że ograniczenie dóbr prawnych gwarantowanych konstytucyjnie odbyło się z naruszeniem zasad określających dopuszczalne wkroczenie w sferę wolności i praw jednostki. Naruszono zasadę konieczności (subsydiamości), wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Naruszenie to istnieje także wówczas (w połączeniu z pogwałceniem art. 2), gdy art. 122a p.lot. miałby stanowić podstawę do zestrzelenia samolotu w celu ochrony innych ludzi, znajdujących się na ziemi. Przesłanki podjęcia decyzji o zestrzeleniu nie spełniają bowiem wymogu dostatecznej ustawowej określoności zarówno pod względem merytorycznym, jak i formalnym, ze względu na umieszczenie ich w aktach prawnych różnej rangi. Ustawodawca naruszył również wyznaczone w art. 26 Konstytucji dopuszczalne ramy użycia sił zbrojnych na terytorium RP, upoważniając je do użycia siły wobec polskiego statku powietrznego znajdującego się w polskiej przestrzeni powietrznej. Dwa ostatnie zarzuty sformułowane we wniosku wskazują na naruszenie przez ustawodawcę prawa do życia (art. 38) oraz godności (art. 30) człowieka. Nie da się bowiem obronić w świetle zasady proporcjonalności poświęcenia życia jednych obywateli dla ratowania życia innych (co nie dotyczy potencjalnego poświęcenia życia agresora, np. na gruncie instytucji obrony koniecznej). Prawodawca nie jest uprawniony do wartościowania życia ludzkiego pod względem ilościowym czy szans na przeżycie. Nie jest zatem dopuszczalne ustawowe upoważnienie organów władzy publicznej do zabicia jednej osoby, w celu ratowania nawet większej liczby innych osób. Poza tym zezwolenie takie w istocie oznacza pozbawienie jednostki przysługujących jej praw i instrumentalne potraktowanie przez organy władzy, co narusza jej niezbywalną i nienaruszalną godność.

Inicjatywę Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego oraz przedstawioną przez niego argumentację należy oczywiście przyjąć z pełną aprobatą. Wydaje się jednocześnie, że wszystkie argumenty podniesione przeciwko *Luftsicherheitsgesetz*, dotyczące naruszenia prawa do życia i obowiązku poszanowania godności ludzkiej, można wprost odnieść również do art. 122a p.lot. i art. 18b ustawy o ochronie granicy państwowej¹⁰⁴. Nie powtarzając ich ponownie w tym miejscu, należy

¹⁰⁴ Wydaje się, że pogląd ten podzieliłaby również M. Słupska, omawiająca wyrok BVerfG z 15 lutego 2006 r., gdyby dostrzegła istnienie owych przepisów w polskim porządku prawnym. Autorka, odnosząc ów wyrok do prawa polskiego, konstatuje bowiem, że „Arbitralna decyzja ustawodawcy pozbawiająca (...) ochrony osoby podróżujące samolotem byłaby niedopuszczalna i niezgodna

jedynie zauważyć, że państwo nie jest uprawnione do decydowania o tym, czy przeżyją jego obywatele znajdujący się na ziemi, czy będący pasażerami i załogą porwanego samolotu. Zezwolenie na zestrzelenie obiektu typu *renegade* oznacza pozbawienie znajdujących się na pokładzie ludzi ochrony ich praw, do której przecież państwo jest właśnie powołane. Jest szczególnie niedopuszczalne powoływanie się w tym kontekście na potencjalnie krótki czas, jaki im pozostał do przeżycia, co ma uzasadniać ich poświęcenie. W takim wypadku można by chyba stosować taką miarę i do innych niż omawiane przypadków, w których mamy do czynienia z osobami o prognozowanym krótkim okresie życia. Nie jest też dozwolone traktowanie pasażerów i załogi jako części samolotu, zatem części broni użytej przez terrorystów, oznacza to bowiem uprzedmiotowienie jednostki, jednoznaczne z zaprzeczeniem jej niezbywalnej i przyrodzonej godności. Choć Konstytucja RP dopuszcza oczywiście ograniczenie w drodze ustawy praw przysługujących jednostce (art. 31 ust. 3), to jednak nie może ono w żadnym wypadku naruszać istoty danego prawa. W omawianym przypadku mamy w sposób niebudzący wątpliwości do czynienia już nawet nie z naruszeniem istoty prawa, lecz w ogóle z unicestwieniem prawa do życia oraz godności obywatela.

Naruszenie elementarnych praw człowieka przez regulacje art. 122a p.lot. i art. 18b ustawy o ochronie granicy państwowej jest tym bardziej rażące, że oba przepisy zostały stworzone jako reakcja na – miejmy nadzieję – odosobniony, jednorazowy przypadek wykorzystania samolotu cywilnego jako broni. Tworzenie przepisów dopasowanych do jednego, określonego, zaistniałego bądź potencjalnego przypadku zawsze budzi wątpliwości. W tym wypadku jednak zostały przekroczone wszelkie granice, skoro ustawodawca otworzył furtkę do naruszenia podstawowych praw człowieka. Należy zauważyć, iż w ciągu ostatnich 60 lat po II wojnie światowej dochodziło do mylnego zestrzeliwania cywilnych samolotów niebędących we władaniu terrorystów. Wystarczy przypomnieć najbardziej spektakularny przypadek zestrzelenia cywilnego samolotu pasażerskiego, który miał miejsce 1 września 1983 r., kiedy to radzieckie siły zbrojne zestrzeliły południowokoreańskiego Boeinga 747 z 269 osobami na pokładzie¹⁰⁵. Jednak ostatni taki incydent zdarzył się 3 lipca 1988 r. Wówczas amerykański krążownik U.S.S. Vincennes zestrzelił rakietami typu ziemia-powietrze cywilny samolot irańskich linii lotniczych z 290 osobami na pokładzie, biorąc go mylnie za wrogi samolot wojskowy. Należy przy tym zauważyć, że statek amerykański znajdował się na irańskich wodach terytorialnych, prowadząc pościg za kanonierką¹⁰⁶. Choć zatem

z Konstytucją RP” (M. Słupska, *Zwalczanie terroryzmu powietrznego w świetle prawa niemieckiego*, WPP 2007, nr 1, s. 26). Autorka nie zdaje sobie jednak sprawy z faktu, że decyzja taka została przez ustawodawcę polskiego podjęta już w 2004 r. i poszukuje jej wśród przepisów odnoszących się do Policji, gdzie oczywiście jej nie odnajduje. Natomiast w ostatnim czasie sprzeczność omawianych przepisów z Konstytucją RP dostrzegł M. Iwański (*Uprawnienie do zestrzelenia cywilnego statku powietrznego (kilka uwag w kwestii zgodności art. 122a prawa lotniczego z Konstytucją RP)*, WPP 2008, nr 1, s. 78, 80–83).

¹⁰⁵ Podaję za T. Linke, *Zur Rolle*, s. 11.

¹⁰⁶ Podaję za G. Sulyok, *An Assessment...*, s. 4. Autor ten dokonuje zresztą przeglądu wszystkich tego typu incydentów w ciągu ostatnich 60 lat.

należy podzielić nadzieję pośła P. Zaborowskiego, że z rozwiązania przyjętego w art. 122a p.lot. nigdy nie będzie trzeba korzystać, to jednak nie można zgodzić się z założeniem, zgodnie z którym „przyjęcie takiego rozwiązania prawnego jest potrzebne na wszelki wypadek”¹⁰⁷. Nie jest dopuszczalne, nawet przy założeniu braku konieczności realnego skorzystania z normy, tworzenie takich przepisów, które w sposób oczywisty i całkowicie jawny stanowią bezprzykładowe wkroczenie w dobra prawne obywateli o najwyższej wartości. W sytuacjach konfliktowych, takich jak w omawianym tu przypadku, należy raczej skłonić się ku pogładowi, że zdarzają się tego rodzaju kolizje dóbr, które umykają ścisłemu ujęciu prawnemu¹⁰⁸, co więcej, ustawodawca nie powinien próbować ich opisać i rozstrzygnąć w paragrafach ustawy. Ponieważ nawet ujęcie ich w ramy prawne nie zmienia bezprawnego charakteru każdego rozstrzygnięcia, decyzję w takich przypadkach powinno się pozostawić jedynie osobie odpowiedzialnej, kierującej się własnym sumieniem, moralnością oraz zasadami. Może ona co najwyżej liczyć na to, że biorąc pod uwagę rodzaj konfliktu, który musiała rozstrzygnąć, zostanie łagodnie potraktowana przez sąd. Nic nie zmienia jednak faktu, że bezprawie pozostanie bezprawiem¹⁰⁹ i jedynie niezawisły sąd będzie władny ocenić jej postępowanie. I to na jego wyrok powinien zdać się minister obrony czyjego zastępca, który podjął decyzję zestrzelenia, ryzykując nawet przewlekły i wyczerpujący proces, zagrażający jego pozycji zawodowej bądź urzędowej¹¹⁰.

Argumentację Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego – jak można przypuszczać¹¹¹ – podzielił ostatnio Trybunał Konstytucyjny, który w wyroku z dnia 30 października 2008 r. stwierdził sprzeczność art. 122a p.lot. z art. 2, art. 30 i art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W szczególności Trybunał zakwestionował dopuszczalność takiej regulacji, która stanowi podstawę dla umyślnego pozbawienia życia niewinnych obywateli, przypadkowo znajdujących się na pokładzie uprowadzonego samolotu, nawet jeśli ma to służyć ochronie innych osób na powierzchni ziemi. Podniesiono, iż życie ludzkie nie może podlegać wartościowaniu, także pod względem ilościowym lub potencjalnej długości jego trwania. Nie można też „uprzedmiotowić” pasażerów samolotu, traktując ich jako części maszyny, skazanych na śmierć. Jednocześnie zakwestionowany przepis nie spełnia wymagań art. 31 ust. 3 Konstytucji, dopuszczającego pewną gradację prawnej ochrony życia. Wskazano również, iż podjęcie decyzji o zestrzeleniu miałoby zostać oparte na ocenie mniej lub bardziej uwiarygodnionego prawdopodobieństwa

¹⁰⁷ Protokół... (z 10 marca 2004 r.).

¹⁰⁸ E. Burgbacher, podaje za <http://de.wikipedia.org/wiki/Luftsicherheitsgesetz>; por. podobnie H.-Ch. Ströbele, w: *Plenarprotokoll 15/89...*, s. 7893; J. Ipsen, w: *Plenarprotokoll 15/35...*, s. 22; M. Baldus, *Gefahrenabwehr in Ausnahmefällen – Das Luftsicherheitsgesetz auf dem Prüfstand*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” 2006, nr 5, s. 532 i n., omówienie dostępne <http://www.deutsches-wehrrecht.de/WR-Zeitschriftenauswertung2006.html>; M. Klingst, *Nur das Leben zahlt*, „Die Zeit” z 16 lutego 2006 r., nr 8, dostępne http://www.zeit.de/2006/08/01_leit_2_08_06?page=1.

¹⁰⁹ M. Klingst, *Nur das Leben...*, op. cit.

¹¹⁰ Ch. Starek, *Uwagi do wyroku BVerfG z dnia 15 lutego 2006 r...*, s. 418.

¹¹¹ W momencie kierowania zeszytu do druku brak było jeszcze uzasadnienia wyroku. Informacje na temat podstaw rozstrzygnięcia oparto na komunikacie prasowym Trybunału, wydanym zaraz po rozprawie, dostępne <http://www.trybunal.gov.pl/Rozprawy/2008/rozprawy.htm>.

uderzenia w cel naziemny, przy czym – biorąc pod uwagę deficyt czasu, dynamikę sytuacji i brak bezpośredniego kontaktu z osobami na pokładzie – stopnia owego prawdopodobieństwa nie da się ocenić w sposób precyzyjny. To z kolei powoduje wzrost ryzyka podjęcia błędnej decyzji.

Podsumowując powyższe rozważania, trafne wydaje się odwołanie – ku przestrodze – do słów przypisywanych Benjaminowi Franklinowi, użytych jako motto na stronie tytułowej Historycznego Przeglądu Konstytucji i Rządu Stanu Pensylwania, z 1759 r.: „Those who would give up Essential Liberty to purchase a little Temporary Safety, deserye neither Liberty nor Safety”¹¹².

SHOOTING DOWN A *RENEGADE* TYPE PLANE AND RESPECTING BASIC HUMAN RIGHTS

After the attacks of 9.11 many countries, including Poland and Germany, introduced regulations allowing to shoot down a civilian airplane used by terrorists to conduct an air attack. In Germany adopting the appropriate regulation was preceded by a lively discussion in the national Parliament as well as in the nationwide press. Even though the bill was executed, it was the subject to a constitutional complaint and to the decision of the Bundesverfassungsgericht, which on 15th February 2006 ruled that the law was an infringement on the basic human rights. According to the Tribunal, allowing to shot down a hijacked, civilian plane with passengers on board constitutes the breach of their right to life and to human dignity. A State may not deprive those individuals of its protection, especially it is not allowed to compare the value of the life of individuals endangered by the potential terrorist attack and those on board of the plane. Such a comparison may not be made neither based on the time, that the passengers have left to live, nor on the number of individuals, that would have to be killed and the number of ones rescued on the ground. The right of citizens to have their life protected by the State authorities serves them until the very end and the State may not deprive them of such a protection. The passengers may neither be treated as a part of a “weapon” used against the terrorists.

In Poland the execution of a similar bill went by unnoticed by the public opinion and the press. Moreover in the phase of parliamentary work no constitutional uncertainty was expressed. It was only not so long ago that the First Chairman of the Supreme Court decided to address the Constitutional Tribunal to examine the bill in order to check its compliance with the Polish Constitution. He blamed the regulation for infringing in particular the right to life and human dignity and exceeding the competences foreseen in the Constitution for the armed forces to exercise their powers within the State territory. The Tribunal in its sentence from

¹¹² „Ci, którzy porzucają Podstawową Wolność, aby uzyskać trochę Tymczasowego Bezpieczeństwa, nie zasługują ani na Wolność, ani na Bezpieczeństwo”.

Sept. 30th, 2008 agreed with him and claimed a contradiction between the particular Solutions and the dispositions of the Polish Constitution.

Evaluating the legislation in force, it should be noticed that the State is not allowed to decide on whether its citizens on the ground or those on board of the plane shall survive. Allowing to shoot down a renegade type object means depriving those on board of the plane of their right to have their life protected, to securing which the State is obliged. It is particularly impermissible to allege in this context the potentially short period of time they have to live, to justify their sacrifice. It is also not allowed to treat the passengers and crew as part of the plane, therefore a part of the weapon used by the terrorists, as it constitutes the objectification of a person, equal to depriving them of their innate and nonnegotiable dignity. It is also improper to create legislation fitting one particular, designated, existing or potential situation, including the occurrences of 11th September 2001. In conflict situations like the one we are dealing with here, it should be assumed, that the collisions of certain kinds of goods, that may not be framed within rigid legal norms, occur; furthermore, the legislator should not attempt to describe and decide on them in the content of a legal act. As even putting them within a legal framework will not change the illegality of every decision, finding the solution in such a situation should be left solely to a person in charge, judging in accordance with their own conscience and morality.