



Komentarz KBN

Nr 16 (88) / 2021

28 grudnia 2021 r.



Niniejsza publikacja ukazuje się na warunkach międzynarodowej licencji publicznej
Creative Commons 4.0 – uznanie autorstwa – na tych samych warunkach – użycie niekomercyjne.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution – NonCommercial – ShareAlike 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

UKRat – nowa instytucja niezależnej kontroli BND w Niemczech

[Mateusz Kolaszyński](#)

Niezależna Rada Kontroli (*Unabhängige Kontrollrat*, UKRat) została powołana 22 kwietnia 2021 r. wraz z wejściem w życie nowelizacji ustawy o Federalnej Służbie Wywiadowczej. Zmiany w prawie służyły realizacji wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 19 maja 2020 r. UKRat dopiero 1 stycznia 2022 r. przejmie obowiązki związane z kontrolą działalności BND w zakresie zagranicznego rozpoznania telekomunikacyjnego. Do końca mijającego roku ta sfera aktywności niemieckiego wywiadu podlega nadal weryfikacji Niezależnego Gremium (*Unabhängige Gremium*).

Przełomowy wyrok FTK

W wyroku z 19 maja 2020 r. FTK stwierdził coś na pozór oczywistego – niemiecki wywiad, tak jak inne organy państwa, podlega Ustawie Zasadniczej z 1949 r. Jednak konsekwencje, jakie wywiódł z tego Federalny Trybunał Konstytucyjny są daleko idące i oznaczają ograniczenia w zakresie strategicznego rozpoznania elektromagnetycznego (*technische Aufklärung*; *Signals Intelligence* – SIGINT) prowadzonego poza granicami RFN. Zgodnie z orzeczeniem, wywiad zagraniczny musi działać zgodnie z niemiecką konstytucją, nawet jeśli jego aktywność dotyczy cudzoziemców lub komunikacji transgranicznej. BND jest zobowiązane przestrzegać konstytucyjnych praw podstawowych związanych z ochroną przed nadmierną inwigilacją telekomunikacyjną (art.

10 ust. 1 i art. 5 ust. 1 zd. 2 UZ) również w działalności zagranicznej i wykonywanej wobec cudzoziemców.

Wyrok FTK nałożył na BND szereg ograniczeń, które wynikają z konieczności doprecyzowania przepisów ustawy w zakresie SIGINT, co ma służyć szerszej ochronie praw człowieka. Trybunał stwierdził, że uprawnienia w zakresie masowej inwigilacji, przekazywania wiedzy zdobytej w ten sposób oraz współpraca międzynarodowa w tym zakresie wymagają zachowania zasady proporcjonalności w zakresie ograniczania praw podstawowych. Wiąże się z tym konieczność zapewnienia niezależnej zewnętrznej kontroli, która powinna być permanentna oraz kompleksowa. Zdaniem trybunału, nowej instytucji, która zostałaby powołana do pełnienia tej funkcji należy zagwarantować autonomię instytucjonalną, obejmującą niezależność finansową i proceduralną. Ponadto instytucja kontrolna musi być zdolna do skutecznego wykonywania powierzonych zadań także pod względem personalnym i organizacyjnym. W tym celu powinna zostać wyposażona we wszelkie uprawnienia niezbędne do skutecznej kontroli BND.

Klarowne określenie przez FTK wymogów dotyczących nowej instytucji oznaczało, że centralnym elementem reformy BND stanie się wprowadzenie mechanizmów kontrolnych zagranicznego rozpoznania telekomunikacyjnego. Temu celowi ma służyć powołanie UNRat – instytucji niezależnej kontroli wyposażonej w kompetencje do kompleksowego sprawdzania legalności wszystkich technicznych działań rozpoznawczych prowadzonych przez BND.

Poprzednik UNRat – Niezależne Gremium

UNRat nie powstało w zupełnej próżni, lecz zastępuje działające od 2017 r. Niezależne Gremium powołane w wyniku dyskusji na temat globalnej działalności szpiegowskiej amerykańskiego NSA. Niezależne Gremium do końca 2021 r. będzie weryfikowało legalność i konieczność prowadzenia SIGINT przez BND. Organ ten działa przy Federalnym Sądzie Najwyższym i składa się z trzech członków oraz trzech zastępców. Zgodnie z ustawą przewodniczący i jeden z dwóch członków są sędziami Federalnego Sądu Najwyższego. Natomiast drugi członek gremium musi być prokuratorem federalnym przy Federalnym Sądzie Najwyższym. Takie wymogi odnośnie do kwalifikacji zawodowych dotyczą także zastępców. Członków Gremium mianuje rząd federalny na sześcioletnią kadencję na wniosek Prezesa Federalnego Sądu Najwyższego albo Federalnego Prokuratora Generalnego. Ponadto są oni zobowiązani do dożywotniego zachowania tajemnicy odnośnie do prac gremium i są poddawani rozszerzonemu postępowaniu sprawdzającemu, którego pozytywny wynik uprawnia do dostępu do informacji niejawnych.

Gremium jest instytucją niezależną, wyposażoną w niezbędny personel administracyjny i środki techniczne. Spotyka się co najmniej raz na trzy miesiące i podejmuje decyzje większością głosów swych członków. Jeśli członek gremium nie może uczestniczyć w posiedzeniu, to jest reprezentowany przez odpowiedniego zastępcę. Obrady tej instytucji kontrolnej są tajne. Jednak ma ona obowiązki sprawozdawcze względem Parlamentarnego Gremium Kontrolnego (*Parlamentarisches Kontrollgremium*, PGK), które informuje o swojej działalności w odstępach nie dłuższych niż sześć miesięcy.

Powołanie UNRat w miejsce Niezależnego Gremium cechuje ewolucyjne podejście do zmian w obszarze kontroli SIGINT. Za warunek kontynuowania uznano rozwiązania obejmujące powierzenie kontroli osobom o wyróżniających się kwalifikacjach sędziowskich, zabezpieczenia prawne przed ujawnieniem tajnych informacji (dożywotni obowiązek zachowania tajemnicy, rozszerzone postępowania sprawdzające) czy obowiązek sprawozdawczy wobec PGK. Rozbudowano natomiast mechanizmy, który umożliwiają stałą niezależną kontrolę SIGINT w oparciu o odpowiednie zaplecze organizacyjne i personalne. Ewolucyjność jest widoczna również w przypadku obsady stanowiska przewodniczącego UNRat. Pierwszym przewodniczącym Niezależnej Rady Kontroli został Josef Hoch, który od sierpnia 2019 r. jest przewodniczącym poprzednika UNRat – Niezależnego Gremium.

Wzmocnienie kontroli – UNRat

Zgodnie z ustawą celem UNRat będzie badanie legalności prowadzonego przez BND rozpoznania elektromagnetycznego i współpraca z innymi instytucjami w tym zakresie. Od dnia 1 stycznia 2022 r. Niezależna Rada Kontroli będzie kontrolować *ex ante* legalność zarządzenia strategicznych środków rozpoznania radioelektronicznego i ukierunkowane gromadzenie danych przed ich wykonaniem. Weryfikacji ma dokonywać quasi-sądowy organ kontrolny oraz administracyjny organ kontrolny. Zasadniczo ten pierwszy organ będzie oceniał i podejmował rozstrzygnięcia w konkretnych i indywidualnych przypadkach działalności BND. Natomiast kontrola administracyjna ma obejmować cały proces pozyskiwania informacji z SIGINT i służyć ocenie generalnej i abstrakcyjnej.

UNRat zyskał status najwyższego organu federalnego (*oberste Bundesbehörde*). Jako niezależny organ kontroli SIGINT podlega wyłącznie ustawie i tym samym nie wiążą go żadne instrukcje. Na jego czele stoi przewodniczący, który reprezentuje urząd na zewnątrz, kieruje administracją rady i sprawuje nadzór urzędowy. W skład quasi-sądowego organu kontrolnego UNRat wchodzi sześciu członków wyłonionych spośród sędziów Federalnego Sądu Najwyższego albo Federalnego Sądu Administracyjnego, którzy legitymują się wieloletnim doświadczeniem sędziowskim. Są oni powoływani na 12-letnią kadencję bez możliwości reelekcji. W założeniach przepisów ustawy, wykonywanie obowiązków kontrolnych ma być ich podstawowym zadaniem.

W stosunku do Niezależnego Gremium modyfikacji uległ sposób mianowania członków organu quasi-sądowego UNRat, ponieważ do tej procedury włączone zostało Parlamentarne Gremium Kontrolne. Obecnie kandydaturę na członka UNRat zgłasza do Parlamentarnej Rady Kontroli Prezes Federalnego Sądu Najwyższego albo Prezes Federalnego Sądu Administracyjnego. Kandydatury są zgłaszane za pośrednictwem rządu federalnego. Jednak to PGK wybiera członków UNRat zwykłą większością głosów. Również zwykłą większością powołuje spośród jego członków przewodniczącego i wiceprzewodniczącego. 21 maja 2021 r. PGK wybrało Josefa Hocha na przewodniczącego i Tilla Olivera Rothfußa na wiceprzewodniczącego UNRat oraz Elisabeth Steiner, Christiana Tombrinka i Dietlind Weinland na dalszych członków tej instytucji. Prezydent RFN powołał w dniu 8 czerwca 2021 r. Josefa Hocha na przewodniczącego UNRat.

Poza kontrolą quasi-sądową UNRat będzie zajmował się kontrolą administracyjną w obszarze SIGINT. Zgodnie ze znowelizowaną ustawą o BND, na czele administracyjnego organu kontroli

stoi kierownik posiadający kwalifikacje do sprawowania urzędu sędziowskiego. Wykonuje on instrukcje przewodniczącego UNRat. Administracyjny organ kontroli ma wspierać organ quasi-sądowy w jego działalności. Ponadto odpowiada za kontrolę prawną SIGINT, w obszarach które nie podlegają jurysdykcji organu quasi-sądowego. W tym celu przeprowadza on planowe i doraźne kontrole BND. Personel administracyjny rady składa się wyłącznie z obywateli niemieckich, którzy muszą poddać się, podobnie jak sędziowie UNRat, rozszerzonemu postępowaniu sprawdzającemu.

UNRat dysponuje szerokimi uprawnieniami kontrolnymi. Instytucja ta może zażądać od BND udostępnienia akt lub innych dokumentów, łącznie z oryginałami. Niezależna Rada Kontroli otrzymuje w każdej chwili dostęp do wszystkich pomieszczeń BND oraz do wszystkich jej systemów informatycznych. Ponadto UNRat może przesłuchiwać pracowników BND lub uzyskiwać od nich pisemne wyjaśnienia. W ustawie podkreślono, że żądania UNRat muszą być niezwłocznie spełnione. Dostęp do wrażliwych informacji BND jest możliwy dzięki zasadzie tajności pracy UNRat. Zarówno członkowie quasi-sądowego organu kontroli, jak i pracownicy administracyjnego organu kontroli są zobowiązani do zachowania dożywotnio w tajemnicy spraw, o których dowiedzieli się w związku z pracą w UNRat. Z tajemnicy w tym zakresie może zwolnić tylko przewodniczący UNRat albo wiceprzewodniczący – w przypadku przewodniczącego.

UNRat, podobnie jak Niezależne Gremium, składa Parlamentarnemu Gremium Kontrolnemu sprawozdanie ze swojej działalności w odstępach nie dłuższych niż sześć miesięcy. Jak precyzuje ustawa, jest ono składane z uwzględnieniem ochrony informacji niejawnych i w rozbudowanej procedurze konsultacji ostatecznej jego treści z rządem federalnym. W ustawie określono także zasady współpracy z innymi organami systemu kontroli nad służbami wywiadowczymi. UNRat może regularnie wymieniać informacje z PKG, Komisją G-10 i federalnym pełnomocnikiem ds. ochrony danych i swobody przepływu informacji.

Po doniesieniach Edwarda Snowdena na temat masowej inwigilacji możemy zaobserwować w Republice Federalnej Niemiec znaczące zmiany rozwiązań prawno-instytucjonalnych w zakresie kontroli działalności wywiadowczej. Ta dynamika uległa dalszemu wzmocnieniu na skutek przełomowego wyroku FTK z 19 maja 2020 r. Głęboka ingerencja w prawa człowieka, a z drugiej strony tajność inwigilacji skłoniły niemieckiego ustawodawcę do aktywnego poszukiwania kompromisu. Ma nim być precyzyjna regulacja ustawowa działalności BND w zakresie SIGINT oraz rozbudowa mechanizmów kontrolnych, tworzonych w oparciu o zasadę niezależności, fachowości i tajności. Warto zwrócić uwagę na docenienie przez zachodniego sąsiada złożoności tej materii. Jest ono widoczne w konsekwentnej rozbudowie warunków dla powstania profesjonalnej kadry urzędniczej spoza służb wywiadowczych, która ma być odpowiedzialna za kontrolę przed nadmierną inwigilacją obywateli i cudzoziemców w kraju oraz zagranicą. Sprawia to, że w przyszłości możemy spodziewać się, że tajną inwigilacją nie będą zajmować się w już tylko instytucje wywiadowcze, ale także profesjonalne, rozbudowane instytucje kontrolne.