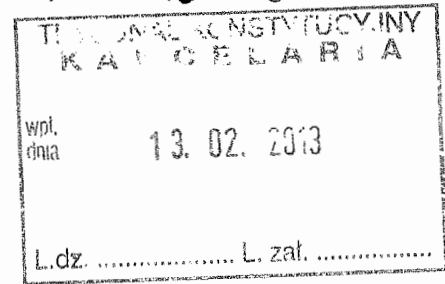




RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 12 lutego 2013 r.

PG VIII TK 131/12
(U 7/12)



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich o stwierdzenie niezgodności § 11 ust. 1 i ust. 2 Regulaminu organizacyjno – porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, stanowiącego załącznik do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 26 sierpnia 2004 r. w sprawie warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia oraz regulaminu organizacyjno – porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia (Dz. U. Nr 190, poz. 1953) z art. 123 ust. 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2011 r. Nr 264, poz. 1573 ze zmianami), art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2011 r. Nr 116, poz. 675 ze zmianami), a także art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3, art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 92 ust. 1 zdanie 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

– na podstawie art. 33 w związku z art. 27 pkt 5 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zmianami) –

przedstawiam następujące stanowisko:

przepisy § 11 ust. 1 i ust. 2 Regulaminu organizacyjno – porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, stanowiącego załącznik do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 26 sierpnia 2004 r. w sprawie warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia oraz regulaminu organizacyjno – porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia (Dz. U. Nr 190, poz. 1953) są niezgodne: z art. 123 ust. 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2011 r. Nr 264, poz. 1573 ze zmianami), z art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2011 r. Nr 116, poz. 675 ze zmianami), jak również z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3, z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 92 ust. 1 zdanie 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

UZASADNIENIE

Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o stwierdzenie niezgodności § 11 ust. 1 i ust. 2 załącznika do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia oraz regulaminu organizacyjno – porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia z szeregiem wzorców zawartych w ustawach: o cudzoziemcach oraz o Straży Granicznej, jak również w Konstytucji RP.

Cudzoziemca umieszcza się w strzeżonym ośrodku, jeżeli istnieje ryzyko ucieczki cudzoziemca, wobec którego prowadzone jest postępowanie w sprawie o wydalenie, wydano mu decyzję zawierającą orzeczenie o wydaleniu bez orzekania o terminie opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nie opuścił terytorium RP w terminie określonym w decyzji zawierającej orzeczenie o wydaleniu, jak również jeżeli przekroczył lub usiłował przekroczyć granicę nielegalnie (art. 102 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach). Z kolei, areszt w celu wydalenia stosuje się wobec cudzoziemca, jeżeli zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których była mowa wyżej, oraz istnieje obawa, że cudzoziemiec nie podporządkuje się zasadom pobytu obowiązującym w strzeżonym ośrodku (art. 102 ust. 2).

Zdaniem Wnioskodawcy, zakwestionowane przepisy Regulaminu organizacyjno – porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, zwanego dalej Regulaminem, wykraczają poza zakres upoważnienia ustawowego, zawartego w art. 123 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach, normując poddanie cudzoziemca kontroli osobistej, mimo że ustawa nie zawiera żadnych regulacji w tym zakresie, a samo upoważnienie nie uprawnia ministra do przyjmowania jakichkolwiek unormowań dotyczących kontroli osobistej. Tym samym § 11 ust. 1 i ust. 2 załącznika do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji godzą w art. 92 ust. 1 zdanie 1 Konstytucji RP.

Rzecznik Praw Obywatelskich podniósł również, że zakwestionowane przez niego regulacje są niezgodne z art. 11 ust 1 pkt 2 ustawy o Straży Granicznej, wspomniana służba została bowiem wyposażona przez ustawę w prawo dokonywania kontroli osobistej w celu wykluczenia możliwości popełnienia przestępstw lub wykroczeń, a nie w przypadkach uzasadnionych względami bezpieczeństwa i porządku, jak stanowi rozporządzeniodawca.

We wniosku sformułowany został nadto pogląd, że § 11 ust. 1 i ust. 2 Regulaminu naruszają art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz art. 47 w

związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, gdyż ograniczenie wolności osobistej oraz prywatności może następować wyłącznie w akcie rangi ustawy, a nie w rozporządzeniu.

Ocena poglądów prawnych oraz zarzutów przedstawionych we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich przedstawia się następująco.

Przepisy § 11 ust. 1 i ust. 2 Regulaminu mają poniższe brzmienie:

„§ 11. 1. Podczas pobytu w strzeżonym ośrodku lub areszcie, w przypadkach uzasadnionych względami bezpieczeństwa i porządku, cudzoziemiec podlega kontroli osobistej.

2. Kontrola osobista cudzoziemca polega na oględzinach ciała oraz sprawdzeniu odzieży, bielizny i obuwia, a także przedmiotów posiadanych przez cudzoziemca lub należących do niego. Oględziny ciała oraz sprawdzenie odzieży, bielizny i obuwia przeprowadza się w pomieszczeniu, bez obecności osób nieupoważnionych oraz osób odmiennej płci.”.

Przechodząc do oceny przytoczonych wyżej regulacji w kontekście art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, wypadałoby odnotować, że, zgodnie ze wskazanym przepisem ustawy zasadniczej, rozporządzenia są wydawane przez organy wskazane w Konstytucji, na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania, a upoważnienie powinno określać organ właściwy do wydania rozporządzenia i zakres spraw przekazanych do uregulowania oraz wytyczne dotyczące treści aktu.

W literaturze przedmiotu podnosi się, że powiązanie unormowań art. 87 ust. 1 i art. 92 Konstytucji z ogólnymi konsekwencjami zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) prowadzi do wniosku, iż nie może obecnie, w systemie prawa powszechnie obowiązującego, pojawiać się żadna regulacja podustawowa, która nie służy wykonaniu ustawy. W tym sensie wyłączność ustawy nabrała pełnego charakteru, bo nie ma takich materii, w których mogłyby być stanowione regulacje podustawowe (o

charakterze powszechnie obowiązującym), bez uprzedniego ustawowego unormowania tych materii (por. Jerzy Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Zakamycze 2004, s. 796).

W doktrynie przyjmuje się również, że elementarnym warunkiem konstytucyjności rozporządzenia, jako wydanego w celu wykonania ustawy, jest zgodność rozporządzenia z Konstytucją (co oczywiste) i ustawą; zarówno z ustawą upoważniającą, jak i ze wszystkimi ustawami obowiązującymi, które w sposób bezpośredni lub pośredni regulują materie będące przedmiotem rozporządzenia. Rozporządzenie nie może także wkraczać w materie ustawowe dotąd nieuregulowane ustawą (nie może być *praeter legem*). Nie może treści zawartych w ustawach powtarzać, przekształcać, modyfikować czy syntetyzować (por. Kazimierz Działocha [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, II tom, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001, tezy do art. 92, s. 30).

Podobnie, Trybunał Konstytucyjny, orzekając w pełnym składzie Trybunału, przyjął pogląd prawny, że rozporządzenie nie może wkraczać w sferę materii prawnych regulowanych innymi ustawami lub na ich podstawie, nie może też treści w nich zawartych przekształcać, modyfikować czy syntetyzować, a nawet nie powinno ich powtarzać (por. wyrok z dnia 5 listopada 1986 r., sygn. U 5/86, OTK w 1986 r., s. 24).

Z kolei, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, stanowienie przepisów, które swą treścią wykraczają poza charakter wykonawczy, jest zawsze równoznaczne z wyjściem poza granice upoważnienia i przesądza o niezgodności rozporządzenia z ustawą. Jeżeli więc okaże się, że przepisy rozporządzenia normują materię ustawową, to z natury rzeczy musi to oznaczać, że wykroczyły one poza granice upoważnienia, bo ustawa nie może upoważniać do normowania takich treści w rozporządzeniu. W tych wszystkich wypadkach, gdy ustawa zawiera wyraźne upoważnienie do normowania w

rozporządzeniu spraw należących do materii ustawowej, należy upoważnienie takie uznać obecnie za sprzeczne z Konstytucją. W tych zaś wypadkach, gdy ustawa nie formułuje takiego upoważnienia w sposób wyraźny, należy zastosować technikę wykładni ustawy w zgodzie z Konstytucją i skonstruować na tyle wąskie rozumienie upoważnienia, by poza nim pozostawało normowanie materii zastrzeżonych do wyłącznej materii ustawy (por. wyrok z dnia 6 marca 2000 r., sygn. P. 10/99, OTK ZU Nr 2/2000, poz. 56, s. 195).

Trybunał Konstytucyjny stanął również na stanowisku, że umieszczenie materii, zastrzeżonej do regulacji ustawowej, w rozporządzeniu zrywa więź między ustawą i rozporządzeniem, w której rozporządzenie powinno mieć – ze względów gwarancyjnych – tylko ściśle wykonawczy charakter. Prymat ustawy jako podstawowego źródła prawa wymaga zachowania zasady wyłączności regulacji ustawowej w sferze praw i wolności. W przypadku prawnym proklamującym zasadę podziału władz, parlament nie może w dowolnym zakresie przekazywać funkcji prawodawczych na organy władzy wykonawczej. Dlatego zasadnicza regulacja pewnej kwestii nie może być domeną przepisów wykonawczych, wydawanych przez organy nienależące do władzy ustawodawczej. Nie jest bowiem dopuszczalne, aby to decyzjom organu władzy wykonawczej pozostawić kształtowanie zasadniczych elementów regulacji prawnej tworzącej prawny reżim ich własnego, władczego działania, wkraczającego w sferę praw i wolności konstytucyjnych (por. postanowienie sygnalizacyjne z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. S 5/10, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 126, s. 1740).

W końcu, w swoich orzeczeniach, Trybunał Konstytucyjny zwracał szczególną uwagę na to, że nakaz zamieszczania wszystkich zasadniczych elementów regulacji prawnej bezpośrednio w ustawie, połączony z zakazem regulowania ich w rozporządzeniu, jako akcie podustawowym, dotyczy zwłaszcza materii odnoszącej się do praw i wolności jednostki lub do władczych form działania władzy publicznej wobec obywateli. Wymaganie umieszczenia

bezpośrednio w tekście ustawy wszystkich zasadniczych elementów regulacji prawnej musi być stosowane ze szczególnym rygoryzmem, gdy regulacja ta dotyczy władczych form działania organów administracji publicznej wobec obywateli, praw i obowiązków organu administracji i obywatela w ramach stosunku publicznoprawnego lub korzystania przez obywateli z ich praw i wolności (por. wyrok, wydany w pełnym składzie Trybunału, z dnia 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07, OTK ZU Nr 3/A/2010, poz. 20, s. 347 oraz powołane tam orzecznictwo).

Analizowany Regulamin stanowi załącznik do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia oraz regulaminu organizacyjno – porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia. Rozporządzenie to zostało wydane na podstawie upoważnienia ustawowego, zawartego w art. 123 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach. Wspomniana regulacja ustawowa stanowi, że Minister właściwy do spraw wewnętrznych określi, w drodze rozporządzenia, warunki, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia oraz regulamin organizacyjno – porządkowy pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, uwzględniając w szczególności warunki rozmieszczania w pokojach dla cudzoziemców i celach mieszkalnych, a także porządek wewnętrzny ośrodka i aresztu.

Przyjmując omawiane upoważnienie ustawowe, ustawodawca nie zawarł w nim żadnej regulacji uprawniającej Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji do unormowania problematyki kontroli osobistej cudzoziemców przebywających w strzeżonym ośrodku i w areszcie w celu wydalenia. Problematykę dotyczącą takiej kontroli pominięto również w innych regulacjach ustawy o cudzoziemcach.

Prawa i obowiązki cudzoziemców przebywających w strzeżonym ośrodku lub w areszcie unormowano w Rozdziale 10 ustawy o cudzoziemcach „Pobyt

cudzoziemców w strzeżonym ośrodku lub w areszcie w celu wydalenia”. Zgodnie z art. 11 ust. 2 omawianej ustawy, cudzoziemiec jest obowiązany przy przyjęciu do strzeżonego ośrodka lub aresztu podać dane osobowe oraz informacje o miejscu zameldowania lub przebywania w kraju pochodzenia, a także o stanie zdrowia. Cudzoziemiec jest również obowiązany przekazać do depozytu dokumenty tożsamości, pieniądze i przedmioty wartościowe, urządzenia techniczne służące do rejestrowania i odtwarzania informacji, sprzęt audiowizualny, komputerowy oraz inne przedmioty, jeżeli kierownik ośrodka albo organ Straży Granicznej lub Policji, któremu ośrodek lub areszt podlega, nie zezwoli na ich posiadanie w pokoju dla cudzoziemców lub w celi mieszkalnej, jak również przedmioty, które mogą stanowić zagrożenie dla porządku lub bezpieczeństwa w ośrodku lub areszcie (art. 11 ust. 3). Cudzoziemiec przy przyjęciu do aresztu jest obowiązany przekazać do depozytu także przedmioty, których wymiary lub ilość naruszają porządek pobytu w areszcie (art. 111 ust. 4). Z kolei, art. 113 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach stanowi, że cudzoziemca przyjętego do strzeżonego ośrodka lub aresztu poddaje się niezwłocznie badaniu lekarskiemu oraz w miarę potrzeby zabiegom sanitarnym. Cudzoziemiec umieszczony w strzeżonym ośrodku lub przebywający w celu wydalenia jest obowiązany: przestrzegać regulaminu pobytu w ośrodku lub areszcie, wykonywać polecenia administracji ośrodka lub funkcjonariusza pełniącego służbę w areszcie, przestrzegać ciszy nocnej w godzinach 22⁰⁰ – 6⁰⁰, a w dni świąteczne do godziny 7⁰⁰, przestrzegać zasad współżycia społecznego, dbać o higienę osobistą i czystość pomieszczeń, korzystać z wyposażenia ośrodka lub aresztu w należyty sposób, w przypadku wystąpienia objawów choroby niezwłocznie powiadomić o tym administrację ośrodka lub funkcjonariusza pełniącego służbę w areszcie, tegoż funkcjonariusza należy niezwłocznie powiadomić także o samookaleczeniu lub innym groźnym w skutkach zdarzeniu (art. 119). W końcu, cudzoziemcowi umieszczonemu w strzeżonym ośrodku zabrania się: samowolnego oddalania się

poza teren ośrodka lub przebywania w miejscach, do których administracja ośrodka wydała zakaz wstępu, zakłócania spokoju i porządku pobytu w ośrodku, posiadania, poza depozytem, urządzeń technicznych służących do rejestrowania i odtwarzania informacji, a także przedmiotów, których wymiary lub ilość naruszają porządek pobytu w ośrodku, spożywania alkoholu oraz przyjmowania środków odurzających lub substancji psychotropowych, palenia wyrobów tytoniowych poza miejscami do tego wyznaczonymi, odmawiania przyjmowania posiłków dostarczanych przez administrację ośrodka, powodowania u siebie uszkodzeń ciała lub rozstroju zdrowia, jak również nakłaniania lub pomagania w dokonywaniu takich czynów – w celu wymuszenia określonej decyzji lub postępowania, porozumiewania się z osobami postronnymi oraz cudzoziemcami umieszczonymi w innych pokojach dla cudzoziemców, jeżeli naruszałoby to porządek w ośrodku, dokonywania samowolnej zmiany pokoju dla cudzoziemców i miejsca wyznaczonego do spania, a także urządzania gier hazardowych i uczestniczenia w nich (art. 120 ustawy o cudzoziemcach).

Innymi słowy, restrykcyjne skądinąd przepisy dotyczące pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku lub areszcie w celu wydalenia nie przewidują stosowania wobec nich kontroli osobistej. Tym samym, kwestionowane przepisy § 11 ust. 1 i ust. 2 Regulaminu nie tylko wykraczają poza zakres upoważnienia, zawartego w art. 123 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach, ale, w sposób niedopuszczalny, modyfikują ustawę, normując stosowanie kontroli osobistej, to jest kwestie w ustawie nienormowane.

Zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy o cudzoziemcach, minister właściwy do spraw wewnętrznych, w drodze rozporządzenia, tworzy i likwiduje strzeżone ośrodki, określa organ Straży Granicznej, któremu ośrodek ma podlegać, oraz może wskazać okres niezbędny na zorganizowanie jego funkcjonowania, mając na względzie istniejące potrzeby w tym zakresie. W oparciu o wspomniane upoważnienie ustawowe Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji wydał cztery rozporządzenia o utworzeniu strzeżonych ośrodków dla cudzoziemców:

w Przemyślu (podporządkowanego Komendantowi Bieszczadzkiego Oddziału Straży Granicznej z siedzibą w Przemyślu), w Kętrzynie (podporządkowanego Komendantowi Warmińsko – Mazurskiego Oddziału Straży Granicznej z siedzibą w Kętrzynie), w Białymstoku (podporządkowanego Komendantowi Podlaskiego Oddziału Straży Granicznej z siedzibą w Białymstoku) oraz w Krośnie Odrzańskim (podporządkowanego Komendantowi Nadodrzańskiego Oddziału Straży Granicznej z siedzibą w Krośnie Odrzańskim). Oznacza to, że kontrolę osobistą, o której mowa w § 11 ust. 1 i ust. 2 Regulaminu, przeprowadzają funkcjonariusze Straży Granicznej.

Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej przyznaje funkcjonariuszom tej służby uprawnienie do dokonywania kontroli osobistej (art. 11 ust. 1 pkt 2). Jednakże wspomniani funkcjonariusze mogą dokonywać takiej kontroli jedynie w celu wykluczenia możliwości popełnienia przestępstw lub wykroczeń, zwłaszcza skierowanych przeciwko nienaruszalności granicy państwowej lub bezpieczeństwu w międzynarodowej komunikacji. Ustawodawca nie przyznał natomiast funkcjonariuszom Straży Granicznej uprawnienia do przeprowadzania kontroli osobistej w przypadkach uzasadnionych względami bezpieczeństwa i porządku w strzeżonym ośrodku lub areszcie w celu wydalenia.

§ 11 ust. 1 i ust. 2 Regulaminu modyfikuje więc, w sposób niedopuszczalny, unormowania ustawowe, regulując uprawnienia funkcjonariuszy Straży Granicznej odmiennie niż ustawodawca uczynił to w art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy o Straży Granicznej.

Tym samym, zakwestionowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepisy, zawarte w akcie normatywnym rangi rozporządzenia, wykraczają poza ramy upoważnienia ustawowego, normują problematykę nienormowaną w ustawie o cudzoziemcach i modyfikują uprawnienia funkcjonariuszy Straży Granicznej w zakresie dokonywania kontroli osobistej. Innymi słowy, regulacje art. 11 ust. 1 i ust. 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia

Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia oraz regulaminu organizacyjno – porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, są niezgodne z art. 123 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach i art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy o Straży Granicznej, a przez to także z art. 92 ust. 1 zdanie 1 Konstytucji RP.

Przechodząc do oceny zakwestionowanych regulacji w kontekście wolności osobistej oraz prawa do prywatności wypada odnotować, że, zgodnie z art. 41 ustawy zasadniczej, każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą, a pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonym w ustawie. Z kolei, art. 47 Konstytucji RP stanowi, że każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. W końcu, zgodnie z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

W doktrynie przyjmuje się, że wolnością osobistą jest możliwość swobodnego określania przez jednostkę swego zachowania i postępowania, tak w życiu publicznym, jak i prywatnym, nieograniczona przez jakiegokolwiek czynniki ludzkie. Jest ona pierwszą konsekwencją, czy też pierwszym przejawem, wolnościowego statusu jednostki, wyrażonego w art. 31 ust. 1 ustawy zasadniczej; jest koniecznym założeniem korzystania przez jednostkę nie tylko z praw człowieka i obywatela, wyrażonych w przepisach konstytucyjnych i ustawowych, lecz także wykorzystywania tamże wyrażonych wolności. W zasadzie także każda z dalszych „wolności” konstytucyjnych jest w swej istocie

takim czy innym przejawem wykorzystywania wolności osobistej. W ścisłym związku z wolnością osobistą pozostaje nietykalność osobista, którą można określić jako zagwarantowaną możliwość utrzymywania przez jednostkę swojej tożsamości i integralności tak fizycznej, jak i psychicznej oraz zakaz jakiegokolwiek, bezpośredniej i pośredniej ingerencji z zewnątrz, naruszającej tę integralność. Nietykalność osobista posiada też szczególnie silny związek z przyrodzoną godnością ludzką i jako pewien aspekt egzystencji człowieka posiada wymiar absolutny i ustawy nie mogą jej ograniczać (por. Paweł Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, III tom, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, tezy do art. 41, s. 1 - 2)

Jednakże przywołane wyżej unormowanie art. 41 ust. 1 ustawy zasadniczej dopuszcza pozbawienie lub ograniczenie wolności, zastrzegając, że może ono nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie. Rzecz oczywista, że ograniczenie takie musi spełniać konstytucyjne przesłanki dopuszczalności ograniczeń w zakresie korzystania z wolności i praw chronionych w ustawie zasadniczej.

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, wzorzec kontroli, zawarty w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, określa przesłanki dopuszczalności ustanawiania ograniczeń wolności i praw jednostki. W aspekcie formalnym wymaga on, by ograniczenia te były ustanawiane tylko w ustawie, w aspekcie materialnym dopuszcza natomiast ustanawianie ograniczeń tylko wtedy, gdy są one konieczne w demokratycznym państwie dla zachowania wymienionych w tym przepisie wartości (por. wyrok z dnia 5 maja 2004 r., sygn. P 2/03, OTK ZU Nr 5/A/2004, poz. 39, s. 544).

Trybunał Konstytucyjny podkreślał również niejednokrotnie, że przesłanka konieczności ograniczenia w demokratycznym państwie, sformułowana w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, mieści w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności sensu stricto wprowadzanych ograniczeń. Nie ulega wątpliwości, iż spełnienie powyższych postulatów

wymaga bliższej analizy w każdym przypadku ograniczenia prawa lub wolności, w szczególności przez skonfrontowanie wartości i dóbr chronionych daną regulacją z tymi, które w jej efekcie podlegają ograniczeniu, jak również przez ocenę metody realizacji ograniczenia. Niezależnie jednak od tego, Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie stawał na stanowisku, iż ocena spełnienia poszczególnych kryteriów, składających się na zasadę zakazu nadmiernej (nieproporcjonalnej) ingerencji, wymaga pewnego zrelatywizowania, stosownie do charakteru poszczególnych praw i wolności jednostki. Surowsze standardy oceny przykładać należy do regulacji praw i wolności osobistych i politycznych niż do praw ekonomicznych i socjalnych (por. wyroki: z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. P. 2/98, OTK ZU Nr 1/1999, poz. 2, s. 18 oraz powołane tam orzecznictwo, jak również z dnia 3 października 2000 r., sygn. K. 33/99, OTK ZU Nr 6/2000, poz. 188, s. 1003 – 1004).

Z kolei, w literaturze przedmiotu wskazuje się na konieczność rygorystycznego przestrzegania standardów dopuszczalności ograniczania wolności osobistej na gruncie art. 41 Konstytucji RP. Owe szczególne gwarancje w sytuacjach dopuszczalnego ograniczania lub pozbawiania wolności osobistej w pierwszej kolejności powtarzają zasadę, ustanowioną w art. 31 ust. 3, konieczności ustawy jako wymaganej dla takich sytuacji formy prawnej. Oba sformułowania różnią się przy tym nieco między sobą. W myśl art. 41, w ustawie ustanowione być muszą mianowicie „zasady” oraz „tryb” ograniczania lub pozbawiania wolności osobistej. Termin „zasady” należy rozumieć szerzej, niż to niekiedy przywykło się rozumieć w ustawodawstwie zwykłym. Nie może tu bowiem chodzić o ustanawianie w ustawach, o których tu mowa, jedynie norm o ogólniejszym charakterze, które ustanawiałyby tylko podstawy legislacji w określonym obszarze, normy bezpośrednio stosowalne mogłyby być natomiast ustanawiane poza ramami takich ustaw. Przykładów tak rozumianych zasad dostarczają nader często tzw. części ogólne rozmaitych kodyfikacji. W omawianym artykule „zasady” są synonimem terminu „regulacje”. A więc

ustawy, do których on odsyła, winny być zupełne (kompletne) i zawierać wszystkie sytuacje, w ich całokształcie dopuszczalnych ograniczeń lub pozbawień omawianej wolności – a nie tylko ogólne podstawy do takich działań. Wymóg kompletności oznacza również wykluczenie praktyki rozstrzygania o ograniczeniu czy pozbawieniu wolności osobistej w drodze stosowania jakiegokolwiek analogii (por. Paweł Sarnecki, op. cit., s. 2 – 3).

Przytoczony wyżej pogląd doktryny jest zbieżny z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego dotyczącym znaczenia, jakie należy przypisać, przewidzianej w art. 31 ust. 3 Konstytucji, możliwości ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw „tylko w ustawie”. Zdaniem Trybunału, uzależnienie dopuszczalności ograniczeń praw i wolności od ich ustanowienia „tylko w ustawie” jest czymś więcej niż tylko przypomnieniem ogólnej zasady wyłączności ustawy dla normowania sytuacji prawnej jednostek, stanowiącej klasyczny element państwa prawnego. Jest to także sformułowanie wymogu odpowiedniej szczegółowości unormowania ustawowego. Skoro ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane „tylko” w ustawie, to kryje się w tym nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć zarys (kontur) tego ograniczenia. Niedopuszczalne jest natomiast przyjmowanie w ustawie uregulowań blankietowych, pozostawiających organom władzy wykonawczej czy organom samorządu lokalnego swobodę normowania ostatecznego kształtu owych ograniczeń, a w szczególności wyznaczania zakresu tych ograniczeń (por. wyrok z dnia 5 lutego 2008 r., sygn. K 34/06, OTK ZU Nr 1/A/2008, poz. 2, s. 19 oraz powołane tam orzecznictwo).

Trybunał Konstytucyjny zwracał również uwagę, że ścisły związek między wolnością osobistą i nietykalnością osobistą, wynikający z treści normatywnych art. 41 ust. 1 zdania pierwszego Konstytucji, stanowi, na tle

demokratycznych standardów ochrony wolności człowieka, szczególną regulację podstawowych praw i wolności; szczególną ze względu na kształt tej regulacji oraz ze względu na znaczenie ochrony wolności osobistej dla ochrony wszystkich praw i wolności podstawowych. W świetle wykładni art. 41 ust. 1 Konstytucji, nietykalność osobista stanowi konieczny, szczególnie ważny warunek realizacji wolności osobistej człowieka w państwie demokratycznym; poszanowanie nietykalności osobistej jest zarazem gwarancją realizacji wolności osobistej. Trybunał podkreślał, że ścisły związek między poszanowaniem wolności osobistej i respektowaniem nietykalności osobistej na gruncie Konstytucji oznacza, że wolność osobista podlega szczególnej ochronie konstytucyjnej. Ograniczenie wolności osobistej wymaga bowiem nie tylko spełnienia wymogów wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji, dotyczących ograniczenia każdego prawa lub wolności konstytucyjnej, ale wymaga ponadto respektowania nietykalności osobistej. Wolność osobista może podlegać ograniczeniom wyłącznie w ustawie, a przesłanki ustawowego ograniczenia tej wolności, określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji, odnoszą się również do ograniczenia wolności osobistej. Przepis art. 41 ust. 1 Konstytucji „dodaje” jednak do ustawowych przesłanek, dopuszczających ograniczenie wolności osobistej, określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, jeszcze jeden wymóg: pełne poszanowanie nietykalności osobistej (por. wyrok, wydany w pełnym składzie Trybunału, z dnia 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07, OTK ZU Nr 3/A/2010, poz. 20, s. 350).

Nadto, we wspomnianym wyżej wyroku w sprawie o sygnaturze U 5/07, Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, że do zasad ograniczenia wolności osobistej, regulowanych ustawowo, których dotyczy art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji, należą wszystkie przesłanki bezpośrednio określające ograniczenie wolności osobistej, a w szczególności określenie podmiotu, który podejmuje decyzję o ograniczeniu wolności osobistej, określenie osób, w stosunku do których decyzja o ograniczeniu wolności osobistej może być

podejmowana, oraz określenie przesłanek związanych z tymi osobami, np. ich status prawny, ich zachowanie, sytuacja, w której się znajdują. Natomiast przez tryb ograniczania wolności osobistej, o którym mowa w art. 41 ust. 1 zdaniu drugim Konstytucji, należy rozumieć, w świetle Konstytucji, regulowany ustawowo sposób postępowania (procedurę) podmiotu uprawnionego ustawowo do decydowania o ograniczeniu wolności osobistej. Z art. 41 ust. 1 zdania drugiego w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji wynika nakaz skierowany do ustawodawcy, aby, ograniczając w danej regulacji prawnej wolność osobistą (tylko droga ustawowa jest tu dopuszczalna), zamieszczał w niej zawsze zasady oraz tryb ograniczenia wolności osobistej. Trybunał zwraca uwagę, że art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji nie tylko wprowadza zakaz ograniczenia wolności osobistej w podstawowych aktach prawnych, jak to wynika z art. 31 ust. 3 Konstytucji w odniesieniu do wszystkich praw i wolności konstytucyjnych. Z art. 41 ust. 1 zdania drugiego Konstytucji wynika również nakaz uwzględnienia w ustawowej regulacji, ograniczającej wolność osobistą, wszystkich przesłanek określających zasady i tryb ograniczenia wolności osobistej (por. *ibidem* s. 350 – 351).

W końcu, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, doniosłość prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji) w systemie konstytucyjnej ochrony praw i wolności uwidacznia m. in. okoliczność, że prawo to jest – zgodnie z art. 233 ust. 1 Konstytucji – nienaruszalne nawet w ustawach ograniczających inne prawa, wydawanych w stanie wojennym i wyjątkowym. Oznacza to, że nawet warunki tak wyjątkowe i ekstremalne nie zezwalają ustawodawcy na złagodzenie przesłanek, przy spełnieniu których można wkroczyć w sferę życia prywatnego nie narażając się na zarzut niekonstytucyjnej arbitralności (por. wyrok z dnia 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04, OTK ZU Nr 6/A/2005, poz. 64, s. 813 oraz powołane tam orzecznictwo).

W myśl § 11 ust. 2 Regulaminu organizacyjno – porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, kontrola

osobista cudzoziemca polega na oględzinach ciała oraz sprawdzeniu odzieży, bielizny i obuwia, a także przedmiotów posiadanych przez cudzoziemca lub należących do niego. Tym samym, kontrola osobista stanowi głęboką ingerencję w konstytucyjnie chronione sfery, takie jak wolność i nietykalność osobista, a także prywatność osoby kontrolowanej.

W szczególności, towarzyszący kontroli osobistej obowiązek całkowitego rozebrania się, oględziny ciała osoby kontrolowanej, ale do pewnego stopnia również sprawdzenie odzieży i bielizny cudzoziemca, może wywołać u niego uczucie upokorzenia. Z tych samych względów, kontrola osobista wkracza w sferę intymności jednostki.

Poddana ocenie ingerencja w wolność i nietykalność osobistą, jak również w prywatność jednostki, polegająca na poddaniu cudzoziemców kontroli osobistej, została uregulowana nie w ustawie, ale w akcie normatywnym rangi rozporządzenia, to jest w Regulaminie organizacyjno – porządkowym pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia oraz regulaminu organizacyjno – porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia. Regulacja ta obejmuje wszystkie istotne elementy kontroli osobistej, to jest przesłanki zastosowania takiej kontroli, jak również jej zakres i zasady jej przeprowadzenia.

W tym miejscu wypada odnotować, że w pełni zachowują aktualność wywody zawarte we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego stanowiska, kwestionujące uregulowanie w akcie podustawowym problematyki kontroli osobistej stosowanej wobec cudzoziemców. Ustawa o cudzoziemcach w ogóle nie zawiera żadnych unormowań dotyczących kontroli osobistej, a ustawa o Straży Granicznej upoważnia funkcjonariuszy tej służby – co należy przypomnieć – jedynie do dokonywania kontroli osobistej w celu wykluczenia

możliwości popełnienia określonych przestępstw lub wykroczeń (art. 11 ust. 1 pkt 2), a nie w przypadkach uzasadnionych względami bezpieczeństwa i porządku w strzeżonym ośrodku lub areszcie w celu wydalenia.

Kwestionowane w petitum stanowiska regulacje, w sposób niedopuszczalny, uzupełniają ustawę o cudzoziemcach oraz modyfikują ustawę o Straży Granicznej w omawianym zakresie. Tym samym § 11 ust. 1 i ust. 2 Regulaminu łamią konstytucyjny zakaz ograniczania konstytucyjnych wolności i praw w drodze innego aktu powszechnie obowiązującego niż ustawa (art. 31 ust. 3 Konstytucji), jak również konstytucyjny zakaz pozbawiania lub ograniczania wolności w inny sposób, niż na zasadach i w trybie określonych w ustawie (art. 41 ust. 1 zdanie drugie ustawy zasadniczej).

Biorąc powyższe pod uwagę, zakwestionowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich regulacje § 11 ust. 1 i ust. 2 Regulaminu organizacyjno – porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia stanowiącego załącznik do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia oraz regulaminu organizacyjno – porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia należy uznać za niezgodne z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert Adamand
Zastępca Prokuratora Generalnego