

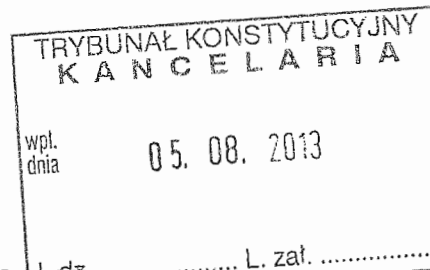


MINISTER
SPRAW WEWNĘTRZNYCH

Warszawa, dnia 2 sierpnia 2013 r.

DP-II-025-7/2012

Sygn. akt U 7/12



Pan prof. Andrzej Rzepliński
Prezes Trybunału Konstytucyjnego

Janusz Paweł Perenc

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 38 pkt 2 i art. 27 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 z późn. zm.) przedstawiam wyjaśnienia w sprawie o sygn. akt U 7/12 z wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 3 grudnia 2012 r. (znak: RPO-717583-V-12/ST) o stwierdzenie niezgodności:

- § 11 ust. 1 i 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 z późn. zm.), 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 z późn. zm.), art. 41 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Odnosząc się do w/w wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich **wyrażam stanowisko, że:**

- przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia (zwanego dalej „Regulaminem”), 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) – **sa niezgodne z:**
 - art. 123 ust. 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2011 r., Nr 264, poz. 1573 z późn. zm.) oraz 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 z późn. zm.), a w konsekwencji także z art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,
 - art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz
 - art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Ponadto **wnoszę o:**

- odroczenie, na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji RP, utraty mocy obowiązującej wymienionych wyżej przepisów § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu w przypadku stwierdzenia ich niezgodności ze wskazanymi jako wzorce kontroli przepisami.

UZASADNIENIE

I. Stan prawny.

Na wstępie wskazać należy, że kwestie związane z umieszczaniem cudzoziemców w strzeżonym ośrodku oraz stosowaniem wobec nich aresztu w celu wydalenia regulują przepisy rozdziału 9 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. *o cudzoziemcach* (Dz. U. z 2011 r., Nr 264, poz. 1573 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „ustawą o cudzoziemcach”, zatytułowanego „*Postępowanie w sprawie zatrzymania cudzoziemca, umieszczenia go w strzeżonym ośrodku lub zastosowania wobec niego aresztu w celu wydalenia*” (art. 101-109). Zagadnienia związane pobytem cudzoziemców w strzeżonym ośrodku lub w areszcie uregulowane zostały zaś w rozdziale 10 ustawy o cudzoziemcach, zatytułowanym „*Pobył cudzoziemców w strzeżonym ośrodku lub w areszcie w celu wydalenia*” (art. 110-123).

Zgodnie z art. 102 ust. 1 ustawy cudzoziemiec umieszczany jest w strzeżonym ośrodku, jeżeli:

- 1) istnieje ryzyko ucieczki cudzoziemca, wobec którego prowadzone jest postępowanie w sprawie o wydalenie (sytuacje, w których istnieje takie ryzyko, wymienia przykładowo art. 102 ust. 1a);
- 2) wydano mu decyzję zawierającą orzeczenie o wydaleniu bez orzekania o terminie opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 3) nie opuścił terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w terminie określonym w decyzji zawierającej orzeczenie o wydaleniu;
- 4) przekroczył lub usiłował przekroczyć granicę nielegalnie.

W myśl zaś art. 102 ust. 2 ustawy areszt w celu wydalenia stosuje się wobec cudzoziemca, jeżeli zachodzi którakolwiek z okoliczności wymienionych w art. 102 ust. 1 ustawy oraz istnieje obawa, że cudzoziemiec nie podporządkuje się zasadom pobytu obowiązującym w strzeżonym ośrodku.

Stosownie do art. 109 ust. 2 ustawy strzeżone ośrodki tworzone są i likwidowane w drodze rozporządzenia, wydawanego przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych, w którym określa się organ Straży Granicznej, któremu ośrodek ma podlegać. Z powyższego wynika, że strzeżone ośrodki prowadzone są przez określone w rozporządzeniu organy Straży Granicznej [przykładowo w § 1 ust. 2 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 12 września 2007 r. *w sprawie utworzenia strzeżonego ośrodka dla cudzoziemców w Przemyślu* (Dz. U. Nr 181, poz. 1296) wskazano, że ośrodek ten jest komórką organizacyjną Komendy Bieszczadzkiego Oddziału Straży Granicznej im. gen. bryg. Tomasza Gorzechowskiego z siedzibą w Przemyślu].

Podkreślić przy tym należy, że umieszczenie cudzoziemca w strzeżonym ośrodku lub zastosowanie wobec niego aresztu w celu wydalenia następuje – stosownie do art. 104 ust. 1 ustawy – na mocy postanowienia sądu. Postanowienie takie wydaje, stosownie do art. 104 ust. 2 ustawy, na wniosek wojewody, organu Straży Granicznej lub Policji, sąd rejonowy właściwy ze względu na siedzibę organu składającego wniosek (przy czym w myśl art. 103 ustawy postanowienia powyższego nie wydaje się, jeżeli mogłoby to spowodować niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia cudzoziemca).

W myśl zaś art. 111 ust. 1 ustawy przyjęcie cudzoziemca do strzeżonego ośrodka lub aresztu następuje na podstawie w/w postanowienia sądu o umieszczeniu cudzoziemca w strzeżonym ośrodku lub o zastosowaniu wobec cudzoziemca aresztu w celu wydalenia. Zgodnie z art. 111 ust. 2-4 ustawy przy przyjęciu do strzeżonego ośrodka lub aresztu w celu wydalenia cudzoziemiec jest obowiązany:

- 1) podać dane osobowe oraz informacje o miejscu zameldowania lub przebywania w kraju pochodzenia, a także o stanie zdrowia,
- 2) przekazać do depozytu strzeżonego ośrodka lub aresztu w celu wydalenia:
 - a) dokumenty tożsamości, pieniądze i przedmioty wartościowe;
 - b) urządzenia techniczne służące do rejestrowania i odtwarzania informacji;
 - c) 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;
 - d) przedmioty, które mogą stanowić zagrożenie dla porządku lub bezpieczeństwa w ośrodku lub areszcie, a ponadto
 - e) w przypadku przyjęcia do aresztu w celu wydalenia – przedmioty, których wymiary lub ilość naruszają porządek pobytu w areszcie.

Prawa cudzoziemca umieszczonego w strzeżonym ośrodku lub przebywającego w areszcie w celu wydalenia określone zostały w art. 117 ustawy, a zakazy, jakim podlega taki cudzoziemiec - w art. 120 ustawy. Obowiązki takiego cudzoziemca określa zaś art. 119 ustawy, w myśl którego cudzoziemiec umieszczony w strzeżonym ośrodku lub przebywający w areszcie w celu wydalenia jest obowiązany:

- 1) przestrzegać regulaminu pobytu w ośrodku lub areszcie;
- 2) wykonywać polecenia administracji ośrodka lub funkcjonariusza pełniącego służbę w areszcie;
- 3) przestrzegać ciszy nocnej w godzinach 22⁰⁰-6⁰⁰, a w dni świąteczne do godziny 7⁰⁰;
- 4) przestrzegać zasad współżycia społecznego;
- 5) dbać o higienę osobistą i czystość pomieszczeń;
- 6) korzystać z wyposażenia ośrodka lub aresztu w należyty sposób;
- 7) w przypadku wystąpienia objawów choroby niezwłocznie powiadomić o tym administrację ośrodka lub funkcjonariusza pełniącego służbę w areszcie; funkcjonariusza pełniącego służbę w areszcie należy niezwłocznie powiadomić także o samookaleczeniu lub innym groźnym w skutkach zdarzeniu.

Art. 123 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach zawiera natomiast ustawowe upoważnienie dla ministra właściwego do spraw wewnętrznych do wydania rozporządzenia określającego 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. Przepis ten zawiera także wytyczne, nakazując uwzględnić w rozporządzeniu m.in. warunki rozmieszczania w pokojach dla cudzoziemców i celach mieszkalnych, a także porządek wewnętrzny ośrodka i aresztu.

Na podstawie powyższego przepisu wydane zostało rozporządzenie 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), zwane dalej „rozporządzeniem” lub „rozporządzeniem z dnia 26 sierpnia 2004 r.”. W rozporządzeniu zgodnie z upoważnieniem ustawowym zawarto Regulamin organizacyjno-porządkowy pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia (zwany „Regulaminem”), który – zgodnie z § 20 rozporządzenia – określa warunki rozmieszczania cudzoziemców w pokojach w strzeżonym

ośrodka oraz w celach mieszkalnych aresztu, porządek wewnętrzny strzeżonego ośrodka i aresztu oraz organizację funkcjonowania strzeżonego ośrodka i aresztu w zakresie zapewnienia cudzoziemcom warunków bytowych gwarantujących bezpieczeństwo i realizację ich obowiązków i przysługujących im praw. Zgodnie przy tym z § 20 rozporządzenia Regulamin stanowi załącznik do rozporządzenia.

Rozdział 4 (§ 11-12) Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., zatytułowano „*Porządek wewnętrzny w ośrodku i w areszcie*”. O ile jednak przepisy § 12 Regulaminu istotnie odnoszą się do kwestii ustalania porządku wewnętrznego, o tyle regulacje § 11 Regulaminu przewidują poddawanie cudzoziemców przebywających w strzeżonym ośrodku lub w areszcie kontroli osobistej. Zakwestionowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepis § 11 ust. 1 Regulaminu stanowi bowiem, że *„Podczas pobytu w strzeżonym ośrodku lub areszcie, w przypadkach uzasadnionych względami bezpieczeństwa i porządku, cudzoziemiec podlega kontroli osobistej”*. Zakwestionowany również przez Rzecznika § 11 ust. 2 Regulaminu określa zaś istotę kontroli osobistej, przewidując, że *„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.”*

II. Zarzuty Rzecznika Praw Obywatelskich.

Rzecznik Praw Obywatelskich zakwestionował zgodność § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia z kilkoma wzorcami kontroli konstytucyjnej, tj. z:

- 1) art. 123 ust. 1 ustawy *o cudzoziemcach*, a w konsekwencji także z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, określającym wymogi, jakim odpowiadać ma upoważnienie ustawowe do wydania rozporządzenia,
- 2) 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 z późn. zm.), określającym przypadki, w których funkcjonariusze Straży Granicznej mogą dokonywać kontroli osobistej, a w konsekwencji także z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP,
- 3) art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, zawierającym gwarancje nietykalności osobistej i wolności osobistej oraz określającym warunki ograniczania wolności osobistej oraz z
- 4) art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, gwarantującym m.in. prawo do ochrony prawnej życia prywatnego.

Wnosząc o stwierdzenie niezgodności § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., z art. 123 ust. 1 ustawy *o cudzoziemcach* oraz z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, Rzecznik wskazał, że *„rozporządzenie jest aktem normatywnym wydawanym w celu wykonania ustawy i na podstawie udzielonych w niej upoważnień. W związku z tym rozporządzenie musi być wydane na podstawie wyraźnego (...), szczegółowego upoważnienia ustawy, w zakresie określonym w upoważnieniu”*. Z powyższego wynika, że *„brak stanowiska ustawodawcy w danej sprawie, przejawiający się w braku lub choćby tylko nieprecyzyjności upoważnienia, musi być interpretowany jako nieudzielenie kompetencji normodawczej w danym zakresie. Oznacza to, że rozporządzenie (...) nie może dowolnie modyfikować ani uzupełniać upoważnienia”*.

Tymczasem, zdaniem Rzecznika, „nie ulega wątpliwości, że nie istnieje żaden związek pomiędzy (zawartym w art. 123 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach) upoważnieniem do uregulowania w rozporządzeniu warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia, a kontrolą osobistą”, której dotyczą zakwestionowane regulacje § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu. Również „regulamin organizacyjno-porządkowy pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie powinien regulować jedynie drugorzędne z punktu widzenia ochrony praw jednostki kwestie związane z realizacją podczas tego pobytu wymienionych szczegółowo w ustawie praw cudzoziemców (...), ich obowiązków (...), a także zakazów ustawowych”. Regulamin nie może natomiast regulować materii nieunormowanych w ogóle ustawie. Żaden zaś z przepisów ustawy o cudzoziemcach, regulujących pobyt cudzoziemców w strzeżonym ośrodku lub areszcie w celu wydalenia nie przewiduje stosowania kontroli osobistej. Powyższe oznacza, że „przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu zostały wydane z przekroczeniem upoważnienia ustawowego zawartego w art. 123 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach”. Przepisy te są zatem niezgodne z art. 123 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach, a tym samym także z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, gdyż „samoistnie, bez upoważnienia ustawowego, regulują kontrolę osobistą cudzoziemców przebywających w strzeżonym ośrodku lub areszcie”.

Podnosząc niezgodność § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu z art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy o Straży Granicznej oraz z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał, że z uwagi na fakt, iż strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia są prowadzone przez organy Straży Granicznej, kontrola osobista cudzoziemców przebywających w tych ośrodkach i aresztach przeprowadzana jest przez funkcjonariuszy Straży Granicznej. W świetle zaś art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy o Straży Granicznej funkcjonariusze Straży Granicznej mają prawo dokonywania kontroli osobistej wyłącznie przy wykonywaniu zadań wymienionych w art. 1 ust. 2 ustawy o Straży Granicznej (z których żadne, zdaniem Rzecznika, nie dotyczy prowadzenia strzeżonych ośrodków i aresztów) oraz jedynie w celu wykluczenia możliwości popełnienia przestępstw lub wykroczeń. Tym samym „cele kontroli osobistej określone w art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy o Straży Granicznej i w § 11 ust. 1 Regulaminu nie są tożsame”, gdyż „ustawowym celem kontroli osobistej jest (...) wykluczenie możliwości popełnienia przestępstw lub wykroczeń”, zaś „z § 11 ust. 1 Regulaminu wynika, że kontrola osobista może być dokonana w przypadkach uzasadnionych względami bezpieczeństwa i porządku.”. Stąd, zdaniem Rzecznika, uprawniony jest wniosek, że przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu są niezgodne z art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy o Straży Granicznej, a tym samym także z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

Wnosząc zaś o stwierdzenie niezgodności § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, Rzecznik wskazuje, że kontrola osobista, która zgodnie z § 11 ust. 2 Regulaminu polega na oględzinach ciała oraz na sprawdzeniu odzieży, bielizny i obuwia, a także przedmiotów posiadanych przez cudzoziemca lub należących do niego, „stanowi ingerencję w sferę prywatności oraz nietykalności i wolności osobistej”. Z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP, który gwarantuje każdemu (a zatem także cudzoziemcom) nietykalność osobistą i wolność osobistą, wynika zaś, że pozbawienie lub ograniczenie wolności osobistej może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie. Oznacza to, że „materia kontroli osobistej powinna w sposób precyzyjny i kompletny zostać uregulowana na poziomie ustawy (...). Tymczasem w niniejszej sprawie, wbrew konstytucyjnej regule wyłączności ustawy, zagadnienie kontroli osobistej zostało uregulowane jedynie

na poziomie rozporządzenia”. Tym samym – zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich – przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu są niezgodne z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Ponadto, w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, określona w § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu kontrola osobista „*stanowi również niewątpliwą ingerencję w sferę intymności jednostki, a więc w sferę jej życia prywatnego*”, gdyż „*jej ciało staje się przedmiotem oględzin innych osób, zaś jej rzeczy osobiste podlegają sprawdzeniu przez funkcjonariuszy publicznych*”. Tymczasem ograniczenie przewidzianego w art. 47 Konstytucji RP prawa do ochrony życia prywatnego może zostać – w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – ustanowione tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy jest to konieczne w państwie demokratycznym dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., przewidują ograniczenie prawa do prywatności, naruszając tym samym obowiązek ustawowego wprowadzenia takiego ograniczenia, co oznacza, że są one niezgodne również z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

III. Analiza wzorców konstytucyjnych.

1. Analiza art. 92 ust. 1 Konstytucji RP odnośnie granic upoważnienia ustawowego.

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., są niezgodne z art. 123 ust. 1 ustawy *o cudzoziemcach*, a w konsekwencji także z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, gdyż „*samoistnie, bez upoważnienia ustawowego, regulują kontrolę osobistą cudzoziemców przebywających w strzeżonym ośrodku lub areszcie*”. W myśl zaś art. 92 ust. 1 Konstytucji RP rozporządzenia wydawane są przez organy wskazane w Konstytucji, na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania, przy czym upoważnienie ustawowe powinno określać organ właściwy do wydania rozporządzenia i zakres spraw przekazanych do uregulowania oraz wytyczne dotyczące treści aktu.

Z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP wynika, że rozporządzenie jest aktem wykonawczym w stosunku do ustawy. Oznacza to, jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny, że „*wzajemne relacje pomiędzy ustawą a rozporządzeniem oparte są zawsze na założeniu, że akt wykonawczy konkretyzuje przepisy ustawy. Wydany może być tylko w zakresie określonym w upoważnieniu, w jego granicach i w celu wykonania ustawy w zgodzie z normami konstytucyjnymi, a także z wszystkimi obowiązującymi ustawami*” (por. wyroki TK z dnia 22 marca 2007 r., sygn. akt U 1/07 oraz z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt K 28/08).

Treść rozporządzenia – jako aktu wykonawczego do ustawy – nie może być zatem sprzeczna nie tylko z normami Konstytucji RP, lecz również „*z aktem ustawodawczym, na podstawie którego zostało wydane, a także z wszystkimi obowiązującymi aktami ustawodawczymi, które w sposób bezpośredni lub pośredni regulują materie będące przedmiotem rozporządzenia*” (por. wyrok TK z dnia 26 lipca 2004 r., sygn. akt U 16/02). Ponadto rozporządzenie powinno „*być wydane na podstawie wyraźnego oraz szczegółowego upoważnienia ustawy i mieścić się w zakresie określonym w upoważnieniu*” (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 lipca 2004 r., sygn. akt U 16/02).

Wymogowi szczegółowości oraz precyzyjności upoważnienia ustawowego odpowiada obowiązek dokonywania ścisłej i literalnej wykładni przepisu zawierającego upoważnienie. Jak wskazuje bowiem Trybunał Konstytucyjny, „*ustawowe upoważnienie podlega zawsze ścisłej i literalnej wykładni*” (por.

wyrok TK z dnia 4 listopada 1997 r., sygn. akt U 3/97; zob. też orzeczenie TK z dnia 5 listopada 1986 r., sygn. akt U 5/86). Tym samym „*brak stanowiska ustawodawcy w danej sprawie, przejawiający się nieprecyzyjnością lub ogólnością upoważnienia, winien być interpretowany jako nieudzielenie w tym zakresie kompetencji normodawczej do wydania rozporządzenia. Upoważnienie ustawowe nie może bowiem opierać się na domniemaniu objęcia jego zakresem materii w upoważnieniu nie wymienionych. Nie podlega ono wykładni rozszerzającej, ani też celowościowej.*” (por. wyroki TK z dnia 26 lipca 2004 r., sygn. akt U 16/02; z dnia 7 listopada 2000 r., sygn. akt K 16/00 oraz z dnia 16 stycznia 2007 r., sygn. akt U 5/06; zob. także wyroki TK z dnia 25 maja 1998 r., sygn. akt U 19/97; z dnia 11 grudnia 2000 r., sygn. akt U 2/00 oraz z dnia 30 kwietnia 2009 r., sygn. akt U 2/08).

Równocześnie, jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny, z uwagi na treść art. 92 ust. 1 Konstytucji RP „*legalność aktu normatywnego jest (...) uwarunkowana nie tylko faktem wydania go na podstawie delegacji ustawowej, ale także wydania go w celu wykonania ustawy*” (por. wyrok TK z dnia 16 lutego 1999 r., sygn. akt SK 11/98). Regulacje rozporządzenia jako aktu wykonawczego służyć muszą zatem realizacji celu określonego w ustawie. Cel ustawy, jak wskazuje się w orzecznictwie Trybunału, „*musi być określony w oparciu o analizę przyjętych w ustawie rozwiązań, nie może więc być on rekonstruowany samoistnie, arbitralnie i w oderwaniu od konstrukcji aktu zawierającego delegację (...). W konsekwencji przepisy wykonawcze muszą pozostawać w związku merytorycznym i funkcjonalnym w stosunku do rozwiązań ustawowych, ponieważ tylko w ten sposób mogą być wyznaczone granice, w jakich powinna mieścić się regulacja zawarta w przepisach wykonawczych.*” (tak: wyrok TK z dnia 16 lutego 1999 r., sygn. akt SK 11/98; zob. również wyroki TK z dnia 16 stycznia 2007 r., sygn. akt U 5/06; z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt K 28/08 oraz z dnia 31 maja 2010 r., sygn. akt U 4/09). Rozporządzenie jako akt wykonawczy ma bowiem swoją regulacją „*wykonywać ustawę (...), a nie uzupełniać ją w sposób samoistny, regulując kwestie pominięte przez ustawodawcę*” (por. wyrok TK z dnia 27 kwietnia 1999 r., sygn. akt P 7/98).

Tym samym, jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny, „*nie można wykonywać w drodze rozporządzenia tego, co nie zostało uregulowane w ustawie*” (por. wyrok TK z dnia 15 listopada 2011 r., sygn. akt P 29/10; zob. też orzeczenie TK z dnia 22 kwietnia 1987 r., sygn. akt K 1/87), jak również „*nie jest (...) dopuszczalne, aby rozporządzenie normowało samodzielnie zagadnienia, które w ogóle nie zostały uregulowane w danej ustawie*” (por. wyrok TK z dnia 10 listopada 2009 r., sygn. akt U 1/09). Ponadto „*akt wykonawczy do ustawy nie może w sposób samoistny zmieniać ani modyfikować treści norm zawartych w aktach hierarchicznie wyższych*” (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 grudnia 2009 r., sygn. akt III SA/Wa 1981/09).

W konsekwencji „*wyjście przez autora rozporządzenia poza granice przedmiotowe upoważnienia stanowi działanie poza zakresem przyznanych kompetencji normodawczych, porównywalne z punktu widzenia skutków ze stanowieniem norm powszechnie obowiązujących bez stosownego upoważnienia ustawowego*”, przy czym „*każdy przypadek niewłaściwej realizacji upoważnienia ustawowego stanowi (...) naruszenie zawartych w Konstytucji przepisów proceduralnych (...). Rozporządzenie, które nie zostało wydane w celu wykonania ustawy i (lub) na podstawie upoważnienia zawartego w ustawie, pozostaje niezgodne z wymaganiami określonymi w art. 92 ust. 1 Konstytucji*” (tak: wyrok TK z dnia 4 września 2006 r., sygn. akt U 7/05; zob. także wyrok TK z dnia 5 listopada 2001 r., sygn. akt U 1/01).

2. Analiza art. 41 ust. 1 Konstytucji RP (w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

Rzecznik Praw Obywatelskich zakwestionował także zgodność § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, podkreślając, że kontrola osobista stanowi ingerencję w konstytucyjne prawo do nietykalności osobistej i wolności osobistej. Zgodnie bowiem z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP każdemu zapewnia się nietykalność osobistą oraz wolność osobistą, zaś pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie. Trybunał Konstytucyjny, odnosząc się do istoty wolności osobistej, wskazuje, że w świetle obowiązujących standardów konstytucyjnych wolność jednostki *„postrzegana jest jako fundamentalna wartość społeczeństwa demokratycznego, przysługująca jednostce z natury, niepodważalna i niezbywalna, będąca źródłem rozwoju jej osobowości, pomyślności osobistej i postępu społecznego”*, przy czym charakteryzuje się ją jako *„możliwość podejmowania przez jednostkę decyzji zgodnie z własną wolą, dokonywania swobodnego wyboru postępowania w życiu publicznym i prywatnym, nieograniczonego przez inne osoby”* (por. wyroki TK z dnia 11 października 2011 r., sygn. akt K 16/10 oraz z dnia 17 maja 2012 r., sygn. akt K 10/11). Nietykalność osobistą określa się zaś jako *„zagwarantowaną możliwość utrzymywania przez jednostkę swej tożsamości i integralności tak fizycznej, jak i psychicznej oraz zakaz jakiegokolwiek, bezpośredniej i pośredniej ingerencji z zewnątrz, naruszającej tę integralność”*, przy czym polega ona *„na nienaruszalności integralności zarówno cielesnej, jak i duchowej człowieka”* (por. wyrok TK z dnia 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07; zob. także wyrok TK z dnia 6 października 2009 r., sygn. akt SK 46/07).

Z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP, który zestawia wolność osobistą i nietykalność osobistą, wynika związek pomiędzy obydwojma powyższymi prawami jednostki. Związek ten przejawia się w dwóch aspektach wolności jednostki: pozytywnym i negatywnym. Jak wskazuje Trybunał, *„aspekt pozytywny «wolności jednostki» polega na tym, że jednostka może swobodnie kształtować swoje zachowania w danej sferze, wybierając takie formy aktywności, które jej samej najbardziej odpowiadają, lub powstrzymać się od podejmowania jakiegokolwiek działalności”*, zaś aspekt negatywny *„na prawnym obowiązku powstrzymania się – kogokolwiek – od ingerencji w sferę zastrzeżoną dla jednostki”*, który *„ciąży na państwie i na innych podmiotach”* (tak: wyrok TK z dnia 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07). W tym kontekście nietykalność osobista stanowi aspekt negatywny wolności jednostki, zaś wolność osobista – jej aspekt pozytywny, co wskazuje na ścisły związek w/w praw konstytucyjnych.

Ów szczególnie związek pomiędzy nietykalnością osobistą a wolnością osobistą wyraża się także w tym, że w świetle art. 41 ust. 1 Konstytucji RP *„nietykalność osobista stanowi konieczny, szczególnie ważny warunek oraz gwarancję realizacji wolności osobistej człowieka w państwie demokratycznym”*. Istnienie powyższego związku powoduje, jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny, że *„ograniczenie wolności osobistej podlega szczególnej ochronie konstytucyjnej”*, gdyż *„wymaga ono nie tylko spełnienia wymogów wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji, dotyczących ograniczenia każdego prawa lub wolności konstytucyjnej, ale wymaga ponadto respektowania nietykalności osobistej”* (tak: wyrok TK z dnia 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07). Podkreślić przy tym należy, że przewidziany w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wymóg ustawowego ustanawiania ograniczeń w zakresie

korzystania z wolności i praw konstytucyjnych znajduje odzwierciedlenie w art. 41 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP, w myśl którego pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie, przy czym, jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny, przepis ten nie jest tylko „zwykłym powtórzeniem postanowień art. 31 ust. 3 Konstytucji. Generalny wymóg wyłącznej i pełnej regulacji ustawowej ograniczania wolności i praw konstytucyjnych, dotyczących również wolności osobistej, wynika z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a z art. 41 ust. 1 zdania drugiego Konstytucji wynika wymóg szczególny, tj. że w regulacji ustawowej ograniczającej wolność osobistą winny być zawarte zasady i tryb ograniczania tej wolności” (por. wyrok z dnia 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07).

Ograniczenia konstytucyjnie gwarantowanej wolności osobistej są zatem dopuszczalne, jednakże:

- 1) muszą one spełniać wymogi przewidziane w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, tj.:
 - a) mogą być ustanowione tylko w ustawie (co oznacza także wymóg kompletności ustawowej regulacji, wprowadzającej takie ograniczenie),
 - b) mogą być ustanawiane tylko dla ochrony bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, bądź ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób,
 - c) muszą być konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla ochrony w/w wartości,
 - d) co do zasady nie mogą naruszać istoty wolności osobistej (tj. prowadzić do jej zniesienia), jednak art. 41 ust. 1 Konstytucji RP przewiduje możliwość pozbawienia wolności osobistej,
- 2) powinny one być ustanawiane z pełnym poszanowaniem nietykalności osobistej oraz
- 3) regulacja ustawowa przewidująca możliwość pozbawienia lub ograniczenia wolności osobistej powinna określać zasady oraz tryb pozbawiania lub ograniczania tejże wolności.

Trybunał Konstytucyjny wskazuje przy tym, że „do zasad ograniczenia wolności osobistej (...) należą wszystkie przesłanki bezpośrednio określające ograniczenie wolności osobistej, a w szczególności: 1) określenie podmiotu, który podejmuje decyzję o ograniczeniu wolności osobistej, 2) określenie osób, w stosunku do których decyzja o ograniczeniu wolności osobistej może być podejmowana, oraz 3) określenie przesłanek związanych z tymi osobami, np. ich status prawny, ich zachowanie, sytuacja, w której się znajdują.”. Wymóg określenia w ustawie zasad ograniczenia wolności osobistej nie jest zatem „odwołaniem się do kategorii zasad prawnych, czyli szczególnie ważnych przepisów prawnych (norm) danej regulacji”, lecz oznacza, że w ustawie „winny być zamieszczone wszystkie bezpośrednie materialnoprawne przesłanki ograniczenia wolności osobistej”.

Natomiast tryb ograniczania wolności osobistej oznacza „regulowany ustawowo sposób postępowania (procedurę) podmiotu uprawnionego ustawowo do decydowania o ograniczaniu wolności osobistej”. Wymóg określenia w ustawie trybu ograniczenia wolności osobistej oznacza zatem, że „ustawowe ograniczenie tej wolności winno zawierać również wszystkie przesłanki określające bezpośrednio tryb (...) ograniczenia wolności osobistej” (por. wyrok TK z dnia 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07). Tym samym to ustawa powinna regulować wszystkie przesłanki materialnoprawne oraz proceduralne określające bezpośrednio ograniczenie wolności osobistej.

Jeżeli zatem ograniczenie wolności osobistej bądź przesłanki materialnoprawne lub proceduralne takiego ograniczenia uregulowane zostały nie w ustawie, lecz w rozporządzeniu, stanowiącym akt wykonawczy do ustawy, to taka regulacja narusza zawarty w art. 41 ust. 1 Konstytucji RP wymóg

ustanowienia ograniczenia wolności osobistej w drodze ustawy oraz określenia w przepisach ustawy przewidujących takie ograniczenia zasad i trybu ograniczenia wolności osobistej.

3. Analiza art. 47 Konstytucji RP (w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

We wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich podniesiono także zarzut niezgodności § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, podkreślając, że z uwagi na fakt, iż zgodnie z § 11 ust. 2 Regulaminu kontrola osobista cudzoziemca polega na oględzinach ciała oraz na sprawdzeniu odzieży, bielizny i obuwia, a także przedmiotów posiadanych przez cudzoziemca lub należących do niego, stanowi ona niewątpliwą ingerencję w sferę intymności jednostki, a więc w sferę jej życia prywatnego, podczas gdy art. 47 Konstytucji RP gwarantuje jednostce prawo do ochrony prawnej życia prywatnego.

Należy w związku z powyższym podkreślić, że 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. Przepis ten gwarantuje każdemu (a więc nie tylko obywatelom polskim, ale również cudzoziemcom i osobom nieposiadającym obywatelstwa żadnego państwa) m.in. prawo do prywatności oraz prawną ochronę życia prywatnego. Z treści powyższego przepisu wynikają zatem, jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny, dwie odrębne gwarancje w zakresie prawa do prywatności, tj. że „państwo z jednej strony zobowiązuje się do nieingerowania w konstytucyjnie określony zakres życia jednostki, a z drugiej strony zapewnia jej w tym zakresie stosowną ochronę” (por. wyroki TK z dnia 2 kwietnia 2001 r., sygn. akt SK 10/00 oraz z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05). Z powyższego wynika, że gwarantując jednostce prawo do prywatności, państwo zobowiązuje się do tego, że nie będzie ingerować w sferę jej intymności i prywatności. Zagwarantowane w art. 47 Konstytucji RP prawo do prywatności obejmuje bowiem uprawnienie do podejmowania przez jednostkę decyzji dotyczących własnej osoby, w tym zwłaszcza dotyczących sfery intymnej.

Trybunał Konstytucyjny podkreśla przy tym, że do praw unormowanych w art. 47 i 51 Konstytucji RP, a zatem również do prawa do prywatności, „w pełni odnosi się konstytucyjne unormowanie zasad ogólnych wolności, praw i obowiązków człowieka i obywatela, zawarte w rozdziale I i II Konstytucji. Zgodnie z tymi zasadami podstawowym celem i zadaniem Państwa Polskiego jest zapewnienie wolności i praw człowieka i obywatela (art. 5) oraz uznanie w art. 30 przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka za źródło wolności i praw człowieka i obywatela, przy czym godność ta jest nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych (tak: wyroki TK z dnia 19 maja 1998 r., sygn. akt U 5/97 oraz z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 45/02). Prawo do prywatności, zwłaszcza w zakresie sfery życia intymnego jednostki, ma bowiem ścisły związek z przyrodzoną i niezbywalną godnością człowieka.

Podkreślić jednak należy, że prawo do prywatności oraz ochrony prawnej życia prywatnego nie jest prawem absolutnym i nienaruszalnym (por. np. wyrok TK z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt K 1/07). Konstytucja dopuszcza bowiem wprowadzanie ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw. Ograniczenia takie muszą jednak uwzględniać wymogi przewidziane w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Przepis ten przewiduje zaś, jak wskazano, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są

konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny, „formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Są to: ustawowa forma ograniczenia, istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia, funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób) oraz zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności. Granice ingerencji w konstytucyjne prawa i wolności wyznacza zasada proporcjonalności oraz koncepcja istoty poszczególnych praw i wolności” (tak: wyrok TK z dnia 23 lutego 2010 r., sygn. akt K 1/08).

Powyższe przesłanki ustanawiania ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw omówione zostały wyżej przy dokonywaniu analizy wzorców kontroli konstytucyjnej, jakimi są art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Zasadniczą z powyższych przesłanek jest wszakże wymóg ustawowej formy ograniczenia. Ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw, w tym także prawa do prywatności i ochrony prawnej życia prywatnego, wprowadzane mogą być tylko i wyłącznie przepisami rangi ustawowej. Ustanowienie ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności (np. prawa do prywatności) w drodze rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustawy stanowi oczywiste naruszenie wymogów przewidzianych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Tym samym wszelkie ograniczenia prawa do prywatności oraz do prawnej ochrony życia prywatnego, które wprowadzone zostały nie w drodze ustawy, lecz rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustawy, pozostają w sprzeczności z art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

IV. Analiza zgodności § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., z art. 123 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach oraz z art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy o Straży Granicznej, a tym samym także z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

Analizując zgodność przepisów § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., z art. 123 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach oraz z art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy o Straży Granicznej, a – w konsekwencji – także z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, należy zauważyć, że art. 123 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach upoważnia ministra właściwego do spraw wewnętrznych do wydania rozporządzenia określającego następujące kwestie:

- 1) warunki, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia oraz
- 2) regulamin organizacyjno-porządkowy pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia.

W zawartych w omawianym przepisie wytycznych ustawodawca nakazał przy tym uwzględnić przy regulowaniu wymienionych kwestii m.in. warunki rozmieszczania w pokojach dla cudzoziemców i celach mieszkalnych, a także porządek wewnętrzny ośrodka i aresztu.

Zgodnie z powyższym upoważnieniem prawodawca, jak już wskazano, w rozporządzeniu z dnia 26 sierpnia 2004 r. określił – obok warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia – także regulamin organizacyjno-porządkowy pobytu cudzoziemców w tychże ośrodkach i aresztach. Regulamin ów, stanowiący – w myśl § 20 rozporządzenia z dnia 26 sierpnia

2004 r. – załącznik do tegoż rozporządzenia, dotyczy zasadniczo kwestii związanych z organizacją strzeżonych ośrodków i aresztów oraz porządkiem w takich ośrodkach i aresztach, albowiem określa: 1) warunki rozmieszczania cudzoziemców w pokojach w strzeżonym ośrodku oraz w celach mieszkalnych aresztu, 2) porządek wewnętrzny strzeżonego ośrodka i aresztu oraz 3) organizację funkcjonowania strzeżonego ośrodka i aresztu w zakresie zapewnienia cudzoziemcom warunków bytowych gwarantujących bezpieczeństwo i realizację ich obowiązków i przysługujących im praw.

Przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu przewidują jednak stosowanie wobec cudzoziemców, którzy przebywają w strzeżonym ośrodku lub areszcie, kontroli osobistej, polegającej na oględzinach ciała oraz na sprawdzeniu odzieży, bielizny i obuwia cudzoziemca (z tym zastrzeżeniem, że czynności te powinny być przeprowadzane w pomieszczeniu, bez obecności osób nieupoważnionych oraz osób odmiennej płci), jak również na sprawdzeniu przedmiotów posiadanych przez cudzoziemca lub należących do niego. W myśl § 11 ust. 1 Regulaminu kontrola osobista dokonywana jest w przypadkach uzasadnionych względami bezpieczeństwa i porządku.

Należy w związku z powyższym podkreślić, że art. 123 ust. 1 ustawy *o cudzoziemcach* nie zawiera upoważnienia do uregulowania w wydanym na jego podstawie rozporządzeniu kontroli osobistej, w tym przypadków oraz trybu stosowania kontroli osobistej. Przepisy ustawy o cudzoziemcach dotyczące umieszczania cudzoziemców w strzeżonych ośrodkach lub stosowania wobec nich aresztu w celu wydalenia, a także pobytu cudzoziemców w takim ośrodku lub areszcie w celu wydalenia nie nakładają na cudzoziemców obowiązku poddania się kontroli osobistej przy przyjęciu do strzeżonego ośrodka lub aresztu ani podczas pobytu w takim ośrodku lub areszcie. Wprawdzie w przepisach art. 111 ust. 2-4 ustawy *o cudzoziemcach* określono czynności, jakim poddaje się cudzoziemca przy przyjęciu do strzeżonego ośrodka lub aresztu w celu wydalenia, wskazując, że jest on obowiązany:

- 1) podać dane osobowe oraz informacje o miejscu zameldowania lub przebywania w kraju pochodzenia, a także o stanie zdrowia,
- 2) przekazać do depozytu strzeżonego ośrodka lub aresztu w celu wydalenia:
 - a) dokumenty tożsamości, pieniądze i przedmioty wartościowe;
 - b) urządzenia techniczne służące do rejestrowania i odtwarzania informacji;
 - c) 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;
 - d) przedmioty, które mogą stanowić zagrożenie dla porządku lub bezpieczeństwa w ośrodku lub areszcie;
 - e) w przypadku przyjęcia do aresztu w celu wydalenia – przedmioty, których wymiary lub ilość naruszają porządek pobytu w areszcie,

to jednak żaden przepis ustawy o cudzoziemcach nie przewiduje obowiązku poddania się przez cudzoziemca czynności, jaką jest kontrola osobista, przy przyjęciu do strzeżonego ośrodka lub aresztu.

Ustawa o cudzoziemcach nie przewiduje takiego obowiązku również podczas pobytu cudzoziemca w strzeżonym ośrodku lub areszcie. Obowiązki cudzoziemca związane z pobytym w takim ośrodku lub areszcie określa, jak wskazano, art. 119 ustawy *o cudzoziemcach*, w myśl którego cudzoziemiec umieszczony w strzeżonym ośrodku lub przebywający w areszcie w celu wydalenia obowiązany jest:

- 1) przestrzegać regulaminu pobytu w ośrodku lub areszcie;
- 2) wykonywać polecenia administracji ośrodka lub funkcjonariusza pełniącego służbę w areszcie;
- 3) przestrzegać ciszy nocnej w godzinach 22⁰⁰-6⁰⁰, a w dni świąteczne do godziny 7⁰⁰;
- 4) przestrzegać zasad współżycia społecznego;
- 5) dbać o higienę osobistą i czystość pomieszczeń;
- 6) korzystać z wyposażenia ośrodka lub aresztu w należyty sposób;
- 7) w przypadku wystąpienia objawów choroby niezwłocznie powiadomić o tym administrację ośrodka lub funkcjonariusza pełniącego służbę w areszcie; funkcjonariusza pełniącego służbę w areszcie należy niezwłocznie powiadomić także o samookaleczeniu lub innym groźnym w skutkach zdarzeniu.

Art. 113 ust. 1 ustawy *o cudzoziemcach* przewiduje ponadto obowiązek niezwłocznego poddania cudzoziemca przyjętego do strzeżonego ośrodka lub aresztu w celu wydalenia badaniu lekarskiemu, a także, jeżeli zachodzi taka potrzeba, zabiegom sanitarnym. Z powyższego przepisu wynika zatem obowiązek poddania się przez cudzoziemca badaniu lekarskiemu. Ustawa nie przewiduje natomiast obowiązku poddania się przez cudzoziemca kontroli osobistej podczas pobytu w strzeżonym ośrodku lub areszcie w celu wydalenia.

Powyższe uzasadnia przyjęcie, że przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu wykraczają poza zakres upoważnienia ustawowego zawartego w art. 123 ust. 1 ustawy *o cudzoziemcach*. Przepis ten nie zawiera bowiem, jak wskazano, upoważnienia do uregulowania w rozporządzeniu wydanym na jego podstawie kontroli osobistej, lecz do określenia: 1) warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia oraz 2) regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu cudzoziemców w takim ośrodku lub areszcie. Należy przy tym podzielić stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich, że brak jest związku pomiędzy zawartym w art. 123 ust. 1 ustawy *o cudzoziemcach* upoważnieniem do uregulowania w rozporządzeniu warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty, a kontrolą osobistą. Także z upoważnienia do określenia regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu cudzoziemców w takim ośrodku lub areszcie trudno wyprowadzić kompetencję do uregulowania w rozporządzeniu kontroli osobistej, stanowiącej zawsze istotną ingerencję w sferę wolności osobistej, a przy uwzględnieniu definicji zawartej w § 11 ust. 2 Regulaminu – także w sferę prywatności oraz intymności. Należy bowiem zgodzić się, że regulamin organizacyjno-porządkowy pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie powinien regulować jedynie drugorzędne z punktu widzenia ochrony praw jednostki kwestie związane z realizacją podczas tego pobytu wymienionych w ustawie praw cudzoziemców, ich obowiązków, a także zakazów ustawowych.

Tym samym w art. 123 ust. 1 ustawy *o cudzoziemcach* nie zawarto upoważnienia do nałożenia na cudzoziemców umieszczonych w strzeżonych ośrodkach lub aresztach w celu wydalenia obowiązku poddania się kontroli osobistej. Biorąc przy tym pod uwagę, że przepisy ustawy *o cudzoziemcach* nie przewidują obowiązku poddania się przez cudzoziemca kontroli osobistej przy przyjęciu do strzeżonego ośrodka lub aresztu w celu wydalenia, a także podczas pobytu w takim ośrodku lub areszcie, należy dojść do wniosku, że przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu wydane zostały z przekroczeniem upoważnienia ustawowego zawartego w art. 123 ust. 1 ustawy *o cudzoziemcach*.

Rozporządzenie nie może zaś, jak wskazano, normować samodzielnie zagadnień nieuregulowanych w ustawie, na podstawie której zostało wydane (por. wyrok TK z dnia 10 listopada 2009 r., sygn. akt U 1/09), a wszelkie „*wyjście przez autora rozporządzenia poza granice przedmiotowe upoważnienia stanowi działanie poza zakresem przyznanych kompetencji normodawczych*”. Tym samym regulacje rozporządzenia, które nie zostały wydane w celu wykonania ustawy lub na podstawie upoważnienia zawartego w ustawie, pozostają niezgodne z wymaganiami określonymi w art. 92 ust. 1 Konstytucji RP (por. wyrok TK z dnia 4 września 2006 r., sygn. akt U 7/05).

W świetle powyższych uwag przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu są niezgodne z art. 123 ust. 1 ustawy *o cudzoziemcach*, a w konsekwencji także z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

Odnosząc się zarazem do problemu zgodności przepisów § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., z art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy *o Straży Granicznej*, wskazać należy, że w § 11 ust. 1 Regulaminu określono przypadki, w których wobec cudzoziemców umieszczonych w strzeżonym ośrodku lub przebywających w areszcie w celu wydalenia stosuje się kontrolę osobistą, polegającą na oględzinach ciała oraz na sprawdzeniu odzieży, bielizny i obuwia oraz przedmiotów posiadanych przez cudzoziemca lub należących do niego. Kontrolę osobistą stosuje się wobec cudzoziemca (a zatem jest on obowiązany poddać się takiej kontroli) podczas pobytu w strzeżonym ośrodku lub areszcie w celu wydalenia – w przypadkach uzasadnionych względami bezpieczeństwa i porządku.

Równocześnie, jak wskazano, strzeżone ośrodki (a także areszty w celu wydalenia) prowadzone są przez organy Straży Granicznej. Tym samym to funkcjonariusze Straży Granicznej dokonują kontroli osobistej wobec cudzoziemców przebywających w strzeżonych ośrodkach i aresztach w celu wydalenia. § 11 ust. 1 Regulaminu uprawnia zatem funkcjonariuszy Straży Granicznej do dokonywania wobec cudzoziemców kontroli osobistej podczas ich pobytu w strzeżonym ośrodku lub areszcie w celu wydalenia w przypadkach uzasadnionych względami bezpieczeństwa i porządku.

W związku z powyższym należy podkreślić, że art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy *o Straży Granicznej* określa przypadki, w których funkcjonariusze Straży Granicznej uprawnieni są do dokonywania kontroli osobistej. W myśl tego przepisu funkcjonariusze Straży Granicznej mają prawo dokonywania kontroli osobistej tylko przy wykonywaniu zadań Straży Granicznej oraz jedynie w celu wykluczenia możliwości popełnienia przestępstw lub wykroczeń, zwłaszcza skierowanych przeciwko nienaruszalności granicy państwowej lub bezpieczeństwu w międzynarodowej komunikacji. Niezależnie od precyzji zawartej w art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy *o Straży Granicznej* przesłanki dokonywania przez funkcjonariuszy Straży Granicznej kontroli osobistej, niewątpliwym jest, że przesłanki te nie są tożsame. Zgodnie bowiem z § 11 ust. 1 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r. (a zatem regulacji zawartej w akcie niższego rzędu niż ustawa), kontrola osobista może być dokonywana wobec cudzoziemców przebywających w strzeżonych ośrodkach i aresztach w celu wydalenia w przypadkach uzasadnionych względami bezpieczeństwa i porządku. W świetle zaś regulacji ustawowej kontrola osobista może być dokonywana w celu wykluczenia możliwości popełnienia przestępstw lub wykroczeń, zwłaszcza tych skierowanych przeciwko nienaruszalności granicy państwowej lub bezpieczeństwu w komunikacji międzynarodowej, a zatem w przypadkach, w których występuje ryzyko popełnienia określonego

przestępstwa lub wykroczenia. Są to bez wątpienia różne przypadki, co oznacza, że rozporządzenie z dnia 26 sierpnia 2004 r., którego integralną część stanowi załącznik określający Regulamin organizacyjno-porządkowy pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, wprowadza dodatkową, nie przewidzianą w ustawie o Straży Granicznej przesłankę dokonywania przez funkcjonariuszy Straży Granicznej kontroli osobistej. Wprowadzające powyższą przesłankę dokonywania kontroli osobistej przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu pozostają w sprzeczności z treścią art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy *o Straży Granicznej*.

Tymczasem, jak wskazano wyżej, treść rozporządzenia – jako aktu wykonawczego do ustawy – nie może być sprzeczna nie tylko z normami Konstytucji RP oraz aktem ustawodawczym, na podstawie którego rozporządzenie zostało wydane, ale także „z *wszystkimi obowiązującymi aktami ustawodawczymi, które w sposób bezpośredni lub pośredni regulują materie będące przedmiotem rozporządzenia*” (por. wyrok TK z dnia 26 lipca 2004 r., sygn. akt U 16/02). Rozporządzenie nie może przy tym „w sposób samoistny zmieniać ani modyfikować treści norm zawartych w aktach hierarchicznie wyższych” (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 grudnia 2009 r., sygn. akt III SA/Wa 1981/09).

Przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu pozostają zatem w sprzeczności z art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy *o Straży Granicznej*, a w konsekwencji również z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

Tym samym – w świetle przedstawionych uwag – przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., są niezgodne z art. 123 ust. 1 ustawy *o cudzoziemcach* i art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy *o Straży Granicznej*, a w konsekwencji także z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

V. Analiza zgodności § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Dokonując analizy zgodności przepisów § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, należy w pierwszej kolejności podkreślić, że kontrola osobista stanowi istotne ograniczenie wolności osobistej. Wolność jednostki określana jest bowiem, jak wskazano wyżej, jako „*możliwość podejmowania przez jednostkę decyzji zgodnie z własną wolą, dokonywania swobodnego wyboru postępowania w życiu publicznym i prywatnym, nieograniczonego przez inne osoby*” (por. wyroki TK z dnia 11 października 2011 r., sygn. akt K 16/10 oraz z dnia 17 maja 2012 r., sygn. akt K 10/11). Kontrola osobista, zwłaszcza zdefiniowana w sposób określony w § 11 ust. 2 Regulaminu, a zatem polegająca na oględzinach ciała oraz na sprawdzeniu odzieży, bielizny i obuwia oraz przedmiotów posiadanych przez cudzoziemca lub należących do niego, stanowi ingerencję w sferę prywatności, a nawet intymności. Cudzoziemiec obowiązany jest wbrew swojej woli, na polecenie funkcjonariusza Straży Granicznej, poddać się czynnościom odnoszącym się do jego sfery intymności, zaś jego ciało staje się przedmiotem oględzin. Konieczność podporządkowania się poleceniom funkcjonariuszy państwowych (m.in. dotyczących integralności fizycznej) stanowi niewątpliwą ingerencję w sferę wolności osobistej jednostki.

Z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP, który zawiera gwarancję wolności osobistej oraz nietykalności osobistej, wynika przy tym, jak wskazano, ścisły związek pomiędzy obydwoma powyższymi prawami jednostki. Istnienie powyższego związku pomiędzy wolnością oraz nietykalnością osobistą powoduje zaś, jak wskazano, że „ograniczenie wolności osobistej podlega szczególnej ochronie konstytucyjnej”. Oznacza to, że ograniczenie takie winno, po pierwsze, spełniać wymogi wynikające z art. 31 ust. 3 Konstytucji, w tym przede wszystkim wymóg ustanowienia ograniczenia przepisami rangi ustawowej (a w konsekwencji także kompletności regulacji ustawowej wprowadzającej ograniczenie), po drugie zaś powinno być ustanawiane z pełnym poszanowaniem nietykalności osobistej, a ponadto regulacja ustawowa wprowadzająca możliwość ograniczenia wolności osobistej winna – zgodnie z art. 41 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP – określać zasady i tryb stosowania takiego ograniczenia.

Z regulacji art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wynika zatem nie tylko obowiązek ustanawiania ograniczeń wolności osobistej przepisami rangi ustawowej (a tym samym również zakaz wprowadzania takich ograniczeń w drodze aktów wykonawczych do ustawy), ale także uregulowania w przepisach ustawowych przewidujących takie ograniczenie wszystkich przesłanek materialnoprawnych oraz proceduralnych stosowania danego ograniczenia wolności osobistej.

Tymczasem stanowiąca istotne ograniczenie wolności osobistej kontrola osobista przewidziana została w przepisach rozporządzenia (a konkretnie Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r. i będącego tym samym integralną częścią rozporządzenia), a zatem aktu wykonawczego do ustawy.

Powyższe oznacza, że przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., tj. przepisy o charakterze wykonawczym, wprowadzając ograniczenie wolności osobistej wbrew zawartemu w art. 41 ust. 1 Konstytucji RP wymogowi regulowania takiego ograniczenia w przepisach rangi ustawowej, są niezgodne z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

VI. Analiza zgodności § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Analizując zgodność § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, należy podkreślić, że zdefiniowana w sposób określony w § 11 ust. 2 Regulaminu kontrola osobista, polegająca na oględzinach ciała oraz na sprawdzeniu odzieży, bielizny i obuwia oraz przedmiotów posiadanych przez cudzoziemca lub należących do niego, stanowi nie tylko istotne ograniczenie wolności osobistej, ale również ingerencję w sferę prywatności jednostki. Cudzoziemiec umieszczony w strzeżonym ośrodku lub przebywający w areszcie w celu wydalenia obowiązany jest bowiem poddać się oględzinom ciała, co stanowi wkroczenie w sferę integralności fizycznej oraz intymności jednostki, a ponadto jego rzeczy podlegają sprawdzeniu przez funkcjonariuszy, co także stanowi ingerencję w sferę prywatności jednostki.

Zagwarantowane w art. 47 Konstytucji RP prawo do prywatności oraz prawo do ochrony prawnej życia prywatnego nie jest oczywiście prawem absolutnym i bezwyjątkowym. Prawa te, podobnie jak inne wolności i prawa konstytucyjne, mogą podlegać ograniczeniom. Ograniczenia te muszą jednak,

jak wskazano, spełniać wymogi określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, zgodnie z którym ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Wszelkie ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw, w tym również prawa do prywatności oraz prawa do ochrony prawnej życia prywatnego, mogą być zatem wprowadzane wyłącznie w drodze regulacji o randze ustawowej. Ustanowienie ograniczeń w korzystaniu z prawa do prywatności w drodze przepisów rozporządzenia (jako aktu wykonawczego do ustawy) stanowi naruszenie regulacji art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Biorąc pod uwagę powyższe należy podkreślić, że będące przedmiotem analizy przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., tj. aktu o charakterze wykonawczym, przewidują dokonywanie wobec cudzoziemców umieszczonych w strzeżonym ośrodku lub przebywających w areszcie w celu wydalenia kontroli osobistej, będącej – jak wskazano – istotnym ograniczeniem prawa do prywatności.

Przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., są tym samym niezgodne z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

VII. Podsumowanie i dodatkowe wnioski.

Biorąc pod uwagę powyższe, zasadnym pozostaje przyjęcie stanowiska, że:

- **przepisy § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., są niezgodne z:**
 - art. 123 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach oraz art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy o Straży Granicznej, a w konsekwencji także z art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;
 - art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz
 - art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Przedstawiając powyższe stanowisko, wnoszę równocześnie o odroczenie, na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji RP, utraty mocy obowiązującej przepisów § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r. w przypadku stwierdzenia ich niegodności ze wskazanymi wzorcami kontroli konstytucyjnej.

Powyższy wniosek uzasadniony jest potrzebą uregulowania zagadnienia dokonywania kontroli osobistej wobec cudzoziemców umieszczonych w strzeżonym ośrodku lub przebywających w areszcie w celu wydalenia w przepisach rangi ustawowej.

W związku z powyższym należy wskazać, że w dniu 18 czerwca 2013 r. przyjęty został przez Radę Ministrów, a następnie w dniu 3 lipca 2013 r. przesłany do Sejmu RP przygotowany w resorcie spraw wewnętrznych projekt nowej ustawy o cudzoziemcach (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1526). W dniu 23 lipca 2013 r. na posiedzeniu Sejmu RP odbyło się pierwsze czytanie projektu i został on skierowany do Komisji Spraw Wewnętrznych. W powyższym projekcie nowej ustawy o cudzoziemcach, którego jednym z istotnych powodów opracowania jest konieczność transponowania do polskiego porządku prawnego postanowień szeregu aktów prawa Unii Europejskiej [m.in. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/98/UE w sprawie procedury jednego

wniosku o jedno zezwolenie dla obywateli państw trzecich na pobyt i pracę na terytorium państwa członkowskiego oraz w sprawie wspólnego zbioru praw dla pracowników z państw trzecich przebywających legalnie w państwie członkowskim (Dz. Urz. UE L Nr 343 z dnia 23 grudnia 2011 r., str. 1 i nast.)), przewidziano uregulowanie przepisami rangi ustawowej kwestii stosowania kontroli osobistej wobec cudzoziemców umieszczonych w strzeżonym ośrodku lub przebywających w areszcie w celu wydalenia (przy czym w regulującym powyższą kwestię projektowanym art. 413 nowej ustawy o cudzoziemcach kontrola osobista określana jest mianem „szczegółowego sprawdzenia”).

Wniosek o odroczenie utraty mocy obowiązującej przepisów § 11 ust. 1 i 2 Regulaminu, stanowiącego załącznik do rozporządzenia z dnia 26 sierpnia 2004 r., uzasadniony jest zatem potrzebą zakończenia prac legislacyjnych nad projektem nowej ustawy o cudzoziemcach, która przewiduje ustawowe uregulowanie zagadnienia stosowania kontroli osobistej wobec cudzoziemców umieszczonych w strzeżonym ośrodku lub przebywających w areszcie w celu wydalenia.

2 porządnie

MINISTER
SPRAW WNETRZNYCH

z up. Piotr STACHAŃCZYK
SEKRETARZ URZĘDU

Załączniki:

- 2 odpisy stanowiska (dla wnioskowcy i Prokuratora Generalnego)