



**KANCELARIA
SENATU**

BIURO LEGISLACYJNE

Warszawa, dnia 22 listopada 2021 r.

**Opinia do ustawy o zmianie ustawy o ochronie granicy państwowej
oraz niektórych innych ustaw
(druk nr 569)**

I. Cel i przedmiot ustawy

1. Uchwalona przez Sejm w dniu 17 listopada 2021 r. ustawa o zmianie ustawy o ochronie granicy państwowej oraz niektórych innych ustaw, określana dalej jako „opiniowana ustawa”, ma – w ocenie projektodawcy zawartej w uzasadnieniu jej projektu (str. 1) – „przede wszystkim zwiększyć skuteczność działań podejmowanych przez Straż Graniczną w celu ochrony granicy państwowej Rzeczypospolitej Polskiej w przypadku zagrożenia bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego oraz poprawić bezpieczeństwo funkcjonariuszy Straży Granicznej realizujących zadania związane z ochroną granicy państwowej”.

2. Przedmiotem opiniowanej ustawy jest nowelizacja:

- 1) ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1776 oraz z 2021 r. poz. 1918), której przedmiotem jest:
 - a) wyposazenie ministra właściwego do spraw wewnętrznych w uprawnienie do wprowadzania – w drodze rozporządzenia, wydawanego po zasięgnięciu opinii Komendanta Głównego Straży Granicznej – czasowego zakazu przebywania na określonym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej w strefie nadgranicznej przyległej

do granicy państwowej stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu przepisów kodeksu granicznego Schengen, określanego dalej jako „zakaz”,

- b) ustanowienie katalogu osób wyłączonych z zakresu zakazu,
 - c) przyznanie właściwemu miejscowo komendantowi placówki Straży Granicznej kompetencji do wydawania „w uzasadnionych przypadkach” zezwolenia na przebywanie, „na czas określony i na określonych zasadach”, na obszarze objętym zakazem,
 - d) określenie zakresu osób, do których zakaz nie znajduje zastosowania z uwagi na wykonywane zadania zawodowe lub służbowe,
 - e) wprowadzenie sankcji karnej w postaci kary aresztu albo grzywny za przebywanie na obszarze objętym zakazem w czasie jego obowiązywania przez osobę do tego nieuprawnioną;
- 2) ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2021 r. poz. 1486, z późn. zm.), która zmierza do:
- a) rozszerzenia uprawnień funkcjonariusza Straży Granicznej do użycia środków przymusu bezpośredniego o możliwość używania plecakowych miotaczy substancji obeszczadniających,
 - b) modyfikacji unormowań odnoszących się do przebiegu służby w Straży Granicznej, w tym zniesienia zasady, wedle której kandydat do służby w Straży Granicznej może być przyjęty do służby, jeżeli w dniu przyjęcia nie przekroczył wieku 35 lat;
- 3) ustawy z dnia 29 września 2021 r. o rekompensacie w związku z wprowadzeniem stanu wyjątkowego na obszarze części województwa podlaskiego oraz części województwa lubelskiego w 2021 r. (Dz. U. poz. 1803), która polega na przyznaniu prawa do tej rekompensaty podmiotom prowadzącym działalność gospodarczą lub inną działalność zarobkową na obszarze objętym zakazem.

3. Opiniowana ustawa ma wejść w życie z dniem następującym po dniu ogłoszenia, z wyjątkiem przepisów odnoszących się do przebiegu służby w Straży Granicznej, które mają wejść w życie z dniem 1 stycznia 2022 r.

II. Przebieg prac legislacyjnych

Opiniowana ustawa została uchwalona w oparciu o projekt wniesiony do Sejmu przez Radę Ministrów w dniu 15 listopada 2021 r. (druk sejmowy nr 1754). Tego samego dnia Marszałek Sejmu skierowała projekt opiniowanej ustawy do Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych w celu odbycia pierwszego czytania i rozpatrzenia. W dniu 16 listopada 2021 r. komisja ta przedstawiła sprawozdanie o projekcie opiniowanej ustawy (druk sejmowy nr 1756), po uprzednim odrzuceniu wniosku o jego odrzucenie. Podczas drugiego czytania projektu opiniowanej ustawy, które odbyło się tego samego dnia, zgłoszono do niego 14 poprawek (druk sejmowy nr 1756–A), które – podobnie jak wnioski mniejszości zamieszczone w pierwotnym sprawozdaniu – zostały odrzucone przez Sejm podczas trzeciego czytania. W toku sejmowego postępowania legislacyjnego nie dokonano w projekcie opiniowanej ustawy zmian, które zmieniałyby jego meritum w sposób znaczący.

III. Zastrzeżenia co do zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej

1. Istnieją podstawy do uznania, że opiniowana ustawa jest niezgodna z art. 123 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, określanej dalej jako „Konstytucja” – przez to, że jej projekt, obejmujący swym zakresem problematykę właściwości władz publicznych, został rozpatrzony przez Sejm przy zastosowaniu trybu pilnego.

1.1. Wnosząc do Sejmu projekt opiniowanej ustawy, Rada Ministrów uznała go za pilny w rozumieniu art. 123 ust. 1 Konstytucji. W piśmie przewodnim skierowanym do Marszałka Sejmu Prezes Rady Ministrów wyjaśnił, iż decyzja w tym względzie została podjęta „z uwagi na utrzymujący się kryzys migracyjny na polsko-białoruskim odcinku granicy państwowej Rzeczypospolitej Polskiej”.

1.2. Zgodnie z art. 123 ust. 1 Konstytucji „Rada Ministrów może uznać uchwalony przez siebie projekt ustawy za pilny, z wyjątkiem projektów ustaw podatkowych, ustaw dotyczących wyboru Prezydenta Rzeczypospolitej, Sejmu, Senatu oraz organów samorządu terytorialnego, ustaw regulujących ustrój i właściwość władz publicznych, a także kodeksów”. Mając na uwadze powołane unormowanie, zasadne jest dokonanie szczegółowej

analizy opiniowanej ustawy w świetle wyrażonego w art. 123 ust. 1 Konstytucji zakazu uznawania za pilny projektu ustawy, którego przepisy regulują „ustrój i właściwość władz publicznych”.

1.3. Stosownie do dodawanego przez art. 1 opiniowanej ustawy:

- 1) art. 12a ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej minister właściwy do spraw wewnętrznych „może wprowadzić, w drodze rozporządzenia, na określonym obszarze gmin lub ich części zakaz, o którym mowa w ust. 1” – przepis ten wyposaża zatem wymieniony konstytucyjny organ władzy publicznej w kompetencję władczą o charakterze reglamentacyjnym;
- 2) art. 12b ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej „w uzasadnionych przypadkach właściwy miejscowo komendant placówki Straży Granicznej może zezwolić na przebywanie, na czas określony i na określonych zasadach, na obszarze objętym zakazem, o którym mowa w art. 12a ust. 1, innych osób niż wymienione w ust. 1, w szczególności dziennikarzy” – przepis ten wyposaża zatem wymienione terenowe organy Straży Granicznej w kompetencję władczą o charakterze reglamentacyjnym.

1.4. Projekty ustaw regulujących ustrój i właściwość władz publicznych obejmują swym zakresem wszelkie regulacje dotyczące ustroju i właściwości każdej państwowej lub samorządowej jednostki organizacyjnej, której działania polegają na wykonywaniu władztwa publicznego, przy czym jednostka ta nie musi być zorganizowana w postaci organu władzy publicznej¹. Nawiązując do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego² oraz poglądów doktryny³, a także mając na uwadze konieczność ścisłej interpretacji wyjątków⁴, należy uznać, że spójnik „i” użyty w występującym w art. 123 ust. 1 Konstytucji sformułowaniu „ustrój i właściwość władz publicznych” ma charakter enumeracyjny, a nie koniunkcyjny. Oznacza to, że oprócz projektów ustaw normujących obydwie z wymienionych materii, zakresem wyjątków od możliwości zastosowania trybu pilnego zostały objęte zarówno projekty ustaw „regulujących ustrój władz publicznych”, jak również projekty ustaw „regulujących właściwość władz publicznych”. Z kolei pod pojęciem właściwości władz

¹ L. Garlicki [w:] K. Działocha, L. Garlicki (red.), P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzeciński: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2001 (komentarz do art. 123, str. 7).

² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 grudnia 2015 r. (K 35/15).

³ P. Chybalski [w:] M. Safjan (red.), L. Bosek (red.): *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, Warszawa 2016 Legalis (komentarz do art. 123, str. 8).

⁴ L. Garlicki [w:] *op. cit.* (komentarz do art. 123, str. 6).

publicznych należy rozumieć „zakres spraw mieszczących się w granicach zadań i kompetencji danego organu (właściwość rzeczowa), a w szczególnych przypadkach także obszar, jak np. w przypadku sądów właściwość miejscowa to obszar objęty jurysdykcją sądów danego rodzaju czy krąg podmiotów objęty zakresem jego działania”⁵. Tym samym należy uznać, że przepisy art. 12a ust. 2 oraz art. 12b ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej (w brzmieniu określonym przez art. 1 pkt 1 opiniowanej ustawy) normują problematykę właściwości władz publicznych.

1.5. Skoro opiniowaną ustawę – zważywszy na przedmiot regulacji dodawanych przez nią przepisów art. 12a ust. 2 oraz art. 12b ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej – należy zaliczyć do aktów regulujących właściwość władz publicznych, to jej projekt nie powinien być rozpatrywany przez Sejm w trybie pilnym w rozumieniu art. 123 ust. 1 Konstytucji, mimo nadania mu klauzuli pilności przez Radę Ministrów. „Pilny projekt ustawy dotyczący którejkolwiek materii wymienionej w art. 123 ust. 1 należy bowiem uznać za sprzeczny z prawem, a więc niedopuszczalny. Marszałek Sejmu może (i powinien) posłużyć się wówczas procedurą przewidzianą w art. 34 ust. 8 regulaminu Sejmu (...) Skutkiem uznania niedopuszczalności projektu powinien być jego zwrot wnioskodawcy”⁶ (w aktualnym stanie prawnym art. 34 ust. 8 zdanie trzecie regulaminu Sejmu stanowi, co następuje: „Projektowi zaopiniowanemu jako niedopuszczalny Marszałek Sejmu może nie nadać dalszego biegu.”). Mając na uwadze, że niedochowanie przez Sejm trybu wymaganego przepisami Konstytucji do uchwalenia ustawy skutkuje niekonstytucyjnością całej ustawy⁷, powołane wyżej zastrzeżenia co do zgodności z art. 123 ust. 1 Konstytucji należy odnosić do całej opiniowanej ustawy.

2. Uzasadniony jest pogląd, że art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej (w brzmieniu określonym przez art. 1 pkt 1 opiniowanej ustawy) jest niezgodny z art. 52 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji – przez to, że przewiduje możliwość wprowadzenia zakazu, którego treść narusza istotę konstytucyjnej wolności poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wyboru miejsca zamieszkania i pobytu.

⁵ K. Kubuj: *W sprawie wykładni pojęcia z art. 37 ust. 2 regulaminu Sejmu „projekty ustaw [...] regulujące ustroj i właściwość władz publicznych”*, Przegląd Sejmowy nr 3 (116)/2013, str. 125.

⁶ L. Garlicki [w:] *op. cit.* (komentarz do art. 123, str. 9).

⁷ Zob. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 marca 2016 r. (K 47/15).

2.1. Stosownie do art. 52 ust. 1 Konstytucji „każdemu zapewnia się wolność poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wyboru miejsca zamieszkania i pobytu”. Wolność ta, będąca „tradycyjną klasyczną wolnością jednostki”⁸, jest „szczególnym przejawem zarówno wolności osobistej, jak i prawa decydowania o swym życiu osobistym, stanowiąc także egzemplifikację ogólnego, wolnościowego statusu jednostki”⁹.

2.2. Wolność wyrażona w art. 52 ust. 1 Konstytucji nie ma charakteru absolutnego, a zatem – jak stanowi ust. 3 tego artykułu – może podlegać ograniczeniom zawartym w ustawie, jednakże – w świetle art. 31 ust. 3 zdanie drugie Konstytucji – „ograniczenia te nie mogą naruszać istoty” tej wolności. Zakaz naruszania istoty prawa i wolności opiera się na założeniu, że „w ramach każdego konkretnego prawa i wolności można wyodrębnić pewne elementy podstawowe (rdzeń, jądro), bez których takie prawo czy wolność w ogóle nie będzie mogła istnieć, oraz pewne elementy dodatkowe (otoczkę), które mogą być przez ustawodawcę zwykłego ujmowane i modyfikowane w różny sposób bez zniszczenia tożsamości danego prawa czy wolności. Wyrażne nawiązanie do tej koncepcji w tekście Konstytucji z 1997 r. nadaje jej bezpośrednią podstawę konstytucyjną i nakazuje ją traktować jako istotny punkt odniesienia przy kontroli konstytucyjności ustaw”¹⁰.

2.3. Analiza treści przepisów art. 12a–12d oraz art. 18d ustawy o ochronie granicy państwowej dodawanych przez art. 1 opiniowanej ustawy prowadzi do uznania, że przewidziane w nich unormowania naruszają istotę konstytucyjnej wolności poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wyboru miejsca zamieszkania i pobytu.

2.3.1. Po pierwsze, art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej, choć przewiduje możliwość wprowadzenia „czasowego zakazu przebywania na określonym obszarze w strefie nadgranicznej przyległej do granicy państwowej stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu przepisów kodeksu granicznego Schengen”, nie wyznacza maksymalnego okresu jego obowiązywania – w ten sposób przewidziany w tym przepisie środek stanowi nie tyle „ograniczenia” w rozumieniu art. 52 ust. 3 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji, lecz nielimitowane czasowo „zakazy”:

1) poruszania się po określonym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej;

⁸ P. Sarnecki [w:] M. Derlatka, K. Działocha, L. Garlicki (red.), S. Jarosz-Żukowska, A. Łukaszczyk, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzeciński, M. Wiącek, K. Wojtyczek, M. Zubik (red.): *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2016 Lex (komentarz do art. 52).

⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 stycznia 2006 r. (K 21/05).

¹⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2000 r. (P 11/98).

- 2) wyboru miejsca zamieszkania na określonym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej;
- 3) wyboru miejsca pobytu na określonym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej.

2.3.2. Po drugie, w świetle art. 12b ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej wprowadzenie zakazu będzie skutkowało w okresie jego obowiązywania wyłączeniem albo nieproporcjonalnym ograniczeniem możliwości korzystania przez osoby niezaliczone do katalogu podmiotów wyłączonych z jego zakresu z innych konstytucyjnych wolności i praw, zwłaszcza:

- 1) wolności prasy i innych środków społecznego przekazu (art. 14 Konstytucji) oraz wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1 Konstytucji), a w konsekwencji prawa jednostki do dostępu do informacji publicznej (art. 61 ust. 1 Konstytucji) – art. 12b ust. 4 ustawy o ochronie granicy państwowej pomija bowiem dziennikarzy w katalogu podmiotów, do których nie stosuje się zakazu, przy czym zgodnie z art. 12b ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej właściwy miejscowo komendant placówki Straży Granicznej może zezwolić dziennikarzom na przebywanie na obszarze objętym zakazem wyłącznie „w uzasadnionych przypadkach” oraz „na określonych zasadach” (co nadto wydaje się wysoce wątpliwe w świetle zasady określoności przepisów prawa wynikającej z art. 2 Konstytucji);
 - 2) wolności uczestniczenia w pokojowych zgromadzeniach na określonym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej, statutowanej przez art. 57 Konstytucji, usytuowaną jako pierwszą z wymienionych w rozdziale II Konstytucji wolności politycznych
- co nawet w oderwaniu od istoty niniejszych rozważań wydaje się niezgodne odpowiednio z art. 14, art. 54 ust. 1 oraz art. 61 ust. 1, w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, z art. 2 Konstytucji, a także z art. 57 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

2.3.3. Po trzeciej, zgodnie z art. 18d ustawy o ochronie granicy państwowej naruszenie zakazu jest penalizowane (alternatywnie wobec kary grzywny) karą aresztu, która (w świetle art. 19 Kodeksu wykroczeń) polegałaby na pozbawieniu wolności osoby niestosującej się do niego na okres od 5 do 30 dni – nawet w oderwaniu od istoty niniejszych rozważań wydaje się ona sankcją nieproporcjonalną w stosunku do stopnia społecznej szkodliwości popełnionego czynu, a tym samym niezgodną z art. 42 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

2.3.4. Po czwarte, zakaz ma wejść w życie z dniem następującym po dniu ogłoszenia, co – w świetle jego treści, skutków obowiązywania oraz penalizacji – należy uznać za naruszenie zasady odpowiedniej *vacatio legis* wywodzonej z art. 2 Konstytucji.

3. Istnieją podstawy do uznania, że art. 12a ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej (w brzmieniu określonym przez art. 1 pkt 1 opiniowanej ustawy) jest niezgodny z art. 52 ust. 3, art. 31 ust. 3 oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji – przez to, że przewiduje określenie okresu obowiązywania zakazu w rozporządzeniu, a zatem w drodze aktu podustawowego.

3.1. Literalna wykładnia art. 12a ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej prowadzi do wniosku, że przedmiotem upoważnienia ministra właściwego do spraw wewnętrznych do wprowadzenia, w drodze rozporządzenia, zakazu uczyniono nie tylko określenie (w granicach wyznaczonych przez ust. 1 tego artykułu) obszaru, na którym zostanie wprowadzony, lecz także okresu jego obowiązywania. Podkreślenia przy tym wymaga, że żaden z dodawanych przepisów ustawy o ochronie granicy państwowej (w tym upoważnienie do wydania rozporządzenia w sprawie wprowadzenia zakazu) nie tylko nie limituje okresu jego obowiązywania, lecz nie przewiduje żadnych ograniczeń w zakresie przedłużania tego okresu, czy ponownego wprowadzania zakazu na tym samym obszarze w drodze kolejnego rozporządzenia.

3.2. Art. 52 ust. 3 Konstytucji – podobnie jak statuujący zasadę proporcjonalności art. 31 ust. 3 Konstytucji – stanowi *expressis verbis*, że określone w ust. 1 tego artykułu wolności: poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wyboru miejsca zamieszkania i pobytu na tym terytorium „mogą podlegać ograniczeniom określonym w ustawie”. Z kolei art. 92 ust. 1 Konstytucji stanowi, że rozporządzenia są wydawane w celu wykonania ustawy, co determinuje właściwy podział materii pomiędzy ustawę a akt wykonawczy, zwłaszcza w sprawach dotyczących ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw. Z ugruntowanego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego tej problematyki¹¹ wynika, że ustawa musi samodzielnie określać podstawowe elementy ograniczenia danych wolności i praw, aby na podstawie jej przepisów można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) przewidzianych ograniczeń. Przedmiotem rozporządzenia mogą być natomiast wyłącznie sprawy o charakterze technicznym, niemające zasadniczego znaczenia z punktu widzenia

¹¹ Zob. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2000 r. (K 34/99).

ograniczanych wolności lub praw. W tym stanie rzeczy uprawnione jest twierdzenie, że art. 12a ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej jest niezgodny z art. 52 ust. 3, art. 31 ust. 3 oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji, gdyż przekazuje do samodzielnego unormowania w rozporządzeniu określenie okresu obowiązywania zakazu, a zatem sprawę o fundamentalnym znaczeniu dla realizacji konstytucyjnych wolności poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wyboru miejsca zamieszkania i pobytu na tym terytorium, a tym samym upoważnia organ władzy wykonawczej do stanowienia norm prawnych wykraczających poza ramy przepisów wydawanych tylko w celu wykonania ustawy.

IV. Konkluzja

Reasumując należy stwierdzić, iż w świetle zakresu i charakteru podniesionych zastrzeżeń, żadne poprawki do opiniowanej ustawy nie są w stanie zmienić jej negatywnej oceny prawnej. Abstrahując bowiem od wadliwego trybu uchwalenia opiniowanej ustawy, wymaga podkreślenia, że przewidziane przez nią naruszenie istoty konstytucyjnej wolności poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wyboru miejsca zamieszkania i pobytu nie jest możliwe do zastosowania w okresie, w którym nie obowiązuje określony stan nadzwyczajny. Z uwagi na pilny tryb opracowania niniejszej opinii, obejmuje ona przedstawienie jedynie najważniejszych uchybień natury konstytucyjnej, które przesądzają o tym, że opiniowana ustawa nie powinna stać się elementem polskiego porządku prawnego.

Piotr Magda

Główny legislator