



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 22-11-2021 r.

Marcin Wiącek

VII.565.23.2021.ST

**Pan  
Tomasz Grodzki  
Marszałek Senatu RP**

**Kancelaria Senatu RP  
ePUAP**

Szanowny Panie Marszałku,

uchwalona w dniu 17 listopada 2021 r. przez Sejm i przekazana do Senatu **ustawa o zmianie ustawy o ochronie granicy państwowej i niektórych innych ustaw** (druk senacki nr 569) **wprowadza rozwiązania bezpośrednio ingerujące w podstawowe wolności konstytucyjne, takie jak wolność poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wyboru miejsca zamieszkania i pobytu** (art. 52 ust. 1 Konstytucji RP) **czy też wolność wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji** (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP). Dlatego Rzecznik Praw Obywatelskich, wykonując swój konstytucyjny mandat czuwania na przestrzeganiem wolności i praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji oraz w innych aktach normatywnych (art. 208 ust. 1 Konstytucji RP), przedstawia uwagi do niektórych przepisów tej ustawy budzących zasadnicze zastrzeżenia z punktu widzenia standardów ochrony praw człowieka.

Zgodnie z dodawanym do ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1776 ze zm.) art. 12a ust. 1, w przypadku konieczności zapewnienia bezpieczeństwa lub porządku publicznego w strefie nadgranicznej w związku z zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, lub mienia, wynikającym z przekraczania granicy państwowej wbrew przepisom prawa lub podejmowania prób takiego przekraczania, lub uzasadnionym ryzykiem popełnienia czynów zabronionych, może być wprowadzony czasowy zakaz przebywania na określonym obszarze w strefie nadgranicznej przyległej do granicy państwowej stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu przepisów kodeksu granicznego Schengen. Z dodawanego tą nowelizacją art. 12a ust. 2 wynika natomiast, że minister właściwy do spraw wewnętrznych, po zasięgnięciu opinii Komendanta Głównego

Straży Granicznej, może wprowadzić, w drodze rozporządzenia, na określonym obszarze gmin lub ich części zakaz, o którym mowa w ust. 1, kierując się koniecznością zapewnienia ochrony granicy państwowej i jej nienaruszalności, bezpieczeństwa i porządku publicznego w strefie nadgranicznej, w szczególności na obszarze bezpośrednio przyległym do granicy państwowej, potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa funkcjonariuszy i pracowników służb państwowych oraz żołnierzy i pracowników Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej wykonujących zadania służbowe na granicy państwowej, a także koniecznością wywiązywania się z zobowiązań międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej.

Wskazane przepisy przewidują, że w razie spełnienia przesłanek w nich wymienionych, dopuszczalne będzie wprowadzenie na określonym obszarze w strefie nadgranicznej ograniczeń dotyczących konstytucyjnych wolności poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wyboru miejsca zamieszkania i pobytu (art. 52 ust. 1 Konstytucji RP). Strefa, na której dopuszczalne będą owe ograniczenia obejmuje (art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej) cały obszar gmin przyległych do granicy państwowej, a na odcinku morskim – do brzegu morskiego. Jeżeli określona w ten sposób szerokość strefy nadgranicznej nie osiąga 15 km, włącza się do strefy nadgranicznej również obszar gmin bezpośrednio sąsiadujących z gminami przyległymi do granicy państwowej lub brzegu morskiego. Wprowadzenie zakazu określonego w art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej będzie następowało na podstawie rozporządzenia ministra właściwego do spraw wewnętrznych, jeśli minister uzna, że zachodzą ustawowe przesłanki uzasadniające jego wprowadzenie.

Oceniając dopuszczalność tych rozwiązań z punktu widzenia standardów konstytucyjnych wskazać trzeba, że wolności, o których mowa w art. 52 ust. 1 Konstytucji RP mogą podlegać ograniczeniom określonym w ustawie (art. 52 ust. 3 Konstytucji RP). Znajduje do nich zastosowanie ogólna klauzula limitacyjna zawarta w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Wynika z niej, że 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.

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich zaproponowane w art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej przesłanki ograniczenia wolności określonych w art. 52 ust. 1 Konstytucji RP w postaci „konieczności zapewnienia bezpieczeństwa lub porządku publicznego w strefie nadgranicznej” treściowo odpowiadają przesłankom materialnym określonym w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, tj. klauzuli bezpieczeństwa lub porządku publicznego i nie budzą zasadniczych wątpliwości konstytucyjnych. Z punktu widzenia rozwiązań przyjmowanych w art. 12a ust. 1 i 2 ustawy o ochronie granicy państwowej,

zasadnicze znaczenie ma natomiast konstytucyjny wymóg, aby ograniczenie wolności określonych w art. 52 ust. 1 Konstytucji RP następowało tylko w ustawie.

Wymóg ograniczenia wolności konstytucyjnych „tylko w ustawie” oznacza przede wszystkim, że wykluczone są w tym zakresie jakiegolwiek regulacje podustawowe o charakterze samoistnym. Warunek ten w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wymaga umieszczenia bezpośrednio w samym tekście ustawy zasadniczych elementów danej regulacji prawnej (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 maja 1998 r., sygn. akt U 19/17, OTK z 1998 r., Nr 4, poz. 46). Niedopuszczalne jest też przyjmowanie w ustawie uregulowań blankietowych, pozostawiających organom władzy wykonawczej swobodę normowania ostatecznego kształtu ograniczeń konstytucyjnych praw lub wolności, a w szczególności wyznaczanie ostatecznego zakresu tych ograniczeń (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98, OTK z 2000 r. Nr 1, poz. 3). Stąd też ustawa musi samodzielnie określać podstawowe elementy ograniczenia danych praw lub wolności w taki sposób, aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia. W związku z tym tylko unormowania, które nie stanowią podstawowych elementów składających się na ograniczenie konstytucyjnej wolności lub prawa, mogą być zamieszczone w rozporządzeniu. W rozporządzeniu powinny być bowiem zamieszczone jedynie przepisy o charakterze technicznym, niemające zasadniczego znaczenia z punktu widzenia wolności lub praw jednostki. Zwraca się uwagę (L. Garlicki, K. Wojtyczek <<w>>: „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz”, t. II, wyd. II, Wyd. Sejmowe 2016 pod red. L. Garlickiego i M. Zubika, komentarz do art. 31), że „konstytucyjnie wymagana <<głębokość>> regulacji ustawowej nie ma jednolitego wymiaru, a zależy od charakteru regulowanej materii i m. in. od jej związku z sytuacją prawną jednostki. Im większe znaczenie danego prawa czy wolności, tym wyższe wymagania co do zakresu regulacji ustawowej. W konsekwencji wymóg wyłączności ustawy musi być stosowany w sposób bardziej rygorystyczny w przypadku najważniejszych wolności i praw jednostki, natomiast w przypadku prawa własności, swobody działalności gospodarczej czy praw socjalnych, zakres spraw, które mogą zostać unormowane w drodze rozporządzenia, może być szerszy.”

W świetle powyższych uwag należy dokonać oceny rozwiązania zaproponowanego w art. 12a ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej, polegającego na przekazaniu ministrowi właściwemu w sprawach wewnętrznych kompetencji do określenia w rozporządzeniu zakazu przebywania na określonym obszarze w sferze przygranicznej przyległej do granicy państwowej stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu przepisów kodeksu granicznego Schengen. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich sam fakt przekazania ministrowi upoważnienia do dookreślenia w rozporządzeniu elementów treściowych ograniczenia konstytucyjnych wolności poruszania się po terytorium

Rzeczypospolitej Polskiej oraz wyboru miejsca zamieszkania i pobytu, nie przesądza o niezgodności tego rozwiązania z art. 52 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Upoważnienie takie bowiem jest dopuszczalne wówczas, gdy ustawa w sposób precyzyjny i kompletny określi warunki i granice, w ramach których działając, minister może wykonać powierzoną mu kompetencję normodawczą.

Upoważnienie zawarte w art. 12a ust. 2 ma charakter fakultatywny, co oznacza, że pozostawia ono ministrowi pewien margines swobody w podejmowaniu decyzji o wprowadzeniu takiego zakazu w formie rozporządzenia. Okoliczność ta powoduje, że tym bardziej na ustawodawcy spoczywa obowiązek określenia wszystkich podstawowych elementów składających się na ograniczenie wolności wskazanych w art. 52 ust. 1 Konstytucji RP w ustawie, po to, aby uprawnienie przyznane ministrowi nie było wykorzystywane w sposób nadmierny i instrumentalny.

Tych warunków nie spełnia art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej, wprowadzający na poziomie ustawy możliwość ograniczenia omawianych konstytucyjnych wolności. Przewiduje on wprowadzenie czasowego zakazu przebywania na określonym obszarze w strefie nadgranicznej, nie wyznacza więc maksymalnego terminu, na jaki ten zakaz może zostać wprowadzony. Przepis ten w związku z tym nie wyznacza dla ministra żadnej temporalnej granicy reglamentowania konstytucyjnej wolności przemieszczania się. Dlatego minister, postępując w zgodzie z art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej, mógłby okres obowiązywania zakazu ustalić na 30 dni bądź na rok i w obu wskazanych przypadkach zakaz ten miałby charakter czasowy. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, skoro wprowadzany na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 1928) zakaz dotyczący tożsamej materii może wynosić maksymalnie, po przedłużeniu stanu wyjątkowego 150 dni (art. 230 Konstytucji RP), to jest oczywiste, że maksymalny okres obowiązywania takiego zakazu poza stanem nadzwyczajnym (a więc gdy zwykle środki konstytucyjne są wystarczające – art. 228 ust. 1 Konstytucji RP), musi być odpowiednio krótszy.

Nie ulega jednak wątpliwości, że to w gestii ustawodawcy (a nie ministra) leży określenie maksymalnego dopuszczalnego terminu ograniczenia w rozporządzeniu konstytucyjnych wolności określonych w art. 52 ust. 1 Konstytucji RP. Przedział czasu, w którym dochodzi to tak daleko idącego ograniczenia podstawowych wolności konstytucyjnych nie stanowi bowiem materii technicznej i z pewnością należy do podstawowych elementów składowych tego ograniczenia. Dlatego **art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej przez to, że nie określa maksymalnego terminu, w którym może być ustanowiony zakaz przebywania na określonym obszarze w strefie nadgranicznej, jest niezgodny z art. 52 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, gdyż pozostawia ministrowi wydajacemu rozporządzenie całkowitą swobodę**

## **w określeniu aspektów czasowych ograniczenia konstytucyjnej wolności przemieszczania się.**

Zasadnicze zastrzeżenia natury konstytucyjnej budzi także to, że zgodnie z art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej zakaz przebywania na określonym obszarze w strefie nadgranicznej może być wprowadzony „w przypadku konieczności zapewnienia bezpieczeństwa lub porządku publicznego w strefie nadgranicznej w związku z zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, lub mienia (...) uzasadnionym ryzykiem popełnienia innych czynów zabronionych”. Ustawa odwołuje się w tym miejscu do bardzo pojemnej kategorii „innych czynów zabronionych”. Do tej kategorii zaliczają się więc nie tylko czyny zabronione, w przypadku których przedmiot ochrony stanowi ochrona granicy państwowej przed przekraczaniem jej w sposób niekontrolowany, lecz wszelkie czyny zabronione określone w przepisach ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1444 ze zm.), ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 2021 r. poz. 408 ze zm.), ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2021 r. poz. 2008 ze zm.) oraz w przepisach karnych ustaw szczególnych. Tworzy to konstrukcję prawną, zgodnie z którą sama okoliczność, że bliżej nieokreślone czyny zabronione są popełniane na obszarze objętym strefą nadgraniczną wraz z koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego, uzasadnia rozważenie przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych wprowadzenia ograniczenia w korzystaniu z wolności określonych w art. 52 ust. 1 Konstytucji RP.

Tak szerokie ujęcie jednej z materialnych przesłanek uzasadniających wprowadzenie ograniczenia konstytucyjnych wolności (ryzyko popełnienia innych czynów zabronionych), która dodatkowo nie musi pozostawać w ścisłym związku z materią ochrony granicy państwowej i nie niesie ze sobą ładunku szczególnie wysokiego zagrożenia (wykroczenia) wymaga oceny z dwóch perspektyw – dostatecznej określoności tej regulacji prawnej oraz z punktu widzenia zasady proporcjonalności.

Konstytucyjny wymóg wprowadzenia ograniczenia wolności „tylko w ustawie” jest równoznaczny z wymogiem dostatecznej określoności regulacji ustawowej. W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich warunkiem tego nie spełnia art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej w części zawierającej słowa „uzasadnionym ryzykiem popełnienia innych czynów zabronionych”, zawiera on bowiem odesłanie do wszystkich czynów zabronionych określonych w obowiązujących w polskim systemie prawnym przepisach ustaw karnych oraz przepisach karnych ustaw szczególnych. Dodatkowo, skoro art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej nie odwołuje się do czynów, których przedmiot ochrony stanowi ochrona granicy państwowej, to jest oczywiste, że owe „inne czyny zabronione” nie muszą pozostawać w jakimkolwiek związku z ochroną granicy państwowej. Takie maksymalnie szerokie ujęcie jednej z materialnych przesłanek

uprawnających ministra właściwego do spraw wewnętrznych do wprowadzenia, w drodze rozporządzenia, reglamentacji korzystania z podstawowych wolności konstytucyjnych w sposób oczywisty doprowadzi do sytuacji, w której to nie ustawodawca, lecz organ władzy wykonawczej, będzie określał zasadnicze kontury tych wolności, dekodując z art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej te elementy, które będą wygodne z punktu widzenia władzy wykonawczej, ale już nie będą konieczne w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

**Przedstawione uwagi prowadzą do wniosku, że art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej, w części zawierającej słowa „uzasadnionym ryzykiem popełnienia innych czynów zabronionych”, jest niezgodny z art. 52 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz w zw. z art. 2 Konstytucji RP przez to, że nie spełnia kryterium dostatecznej określoności regulacji prawnej.**

Redakcja art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej, odwołująca się do „innych czynów zabronionych” jako przesłanki uzasadniającej wprowadzenie na poziomie rozporządzenia zakazu przebywania na określonym obszarze w strefie nadgranicznej, narusza też zasadę proporcjonalności *sensu stricto*. Na tle tej zasady zwraca się uwagę, że „najtrudniejszym elementem testu proporcjonalności jest sprawdzenie, czy efekty zaskarżonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zakaz nadmiernej ingerencji, zasada proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu). Należy więc dokonać swobodnego rachunku aksjologicznego, sprawdzając – mówiąc w pewnym uproszczeniu – czy zalety badanej regulacji przeważają nad jej wadami. Ta ocena powinna uwzględniać specyfikę wartości chronionych przez zaskarżoną regulację (wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji) i praw, które w jej rezultacie doznają ograniczenia, a także aksjologię Konstytucji jako całości. Im bardziej cenne jest dobro naruszane i im wyższy stopień jego naruszenia, tym cenniejsza musi być wartość chroniona i wyższy stopień jej realizacji”(wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 listopada 2009 r., sygn. akt P 61/08, OTK z 2009 r., Nr 10/A, poz. 150).

W kontekście rozważań dotyczących zasady proporcjonalności wskazać trzeba, że już obowiązujące przepisy prawa przewidują możliwość wprowadzenia na podstawie aktów nie będących ustawą, powszechnego zakazu przebywania. Może to uczynić wojewoda na terenach stanowiących drogę graniczną (art. 9 ust. 3 ustawy o ochronie granicy państwowej), nadleśniczy może wprowadzić okresowy zakaz wstępu do lasu stanowiącego własność Skarbu Państwa (art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach – Dz. U. z 2021 r. poz. 1275), właściciel lub zarządca wału przeciwpowodziowego może wprowadzić czasowy zakaz poruszania się po tych wałach (art. 177 ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. – Prawo wodne – Dz. U. z 2021 r. poz. 624). Jednak te przepisy, ingerujące w sposób niewątpliwy w wolności określone w art. 52 ust. 1 Konstytucji RP, dotyczą

terenów niezamieszkałych, w związku z tym sama ich dopuszczalność może być rozpatrywana jako ingerencja przede wszystkim w wolność przemieszczania się. Inaczej jednak będzie w przypadku zakazu przebywania na określonym obszarze w strefie przygranicznej, która to strefa, co należy przypomnieć, co do zasady obejmuje cały obszar gmin przyległych do granicy państwowej. W tym przypadku zakaz przebywania będzie w sposób bezpośredni ingerował nie tylko w wolności wymienione w art. 52 ust. 1 Konstytucji RP, lecz także w inne konstytucyjne prawa lub wolności.

Przede wszystkim zakaz przebywania przewidziany w art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej będzie stanowił radykalne ograniczenie prawa do ochrony życia prywatnego, rodzinnego oraz decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji RP). Życie rodzinne i życie osobiste, o których stanowi art. 47 Konstytucji RP, są szczególnymi przejawami życia prywatnego. Życie rodzinne obejmuje z pewnością relacje do współmałżonka oraz osób pozostających w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa, a także związki o charakterze nieformalnym. Z kolei życie osobiste obejmuje sferę, która pozostaje poza sferą życia rodzinnego, np. zawieranie i utrzymywanie znajomości, decydowanie o sposobie spędzania wolnego czasu. Wszystkie te sfery życia, dotyczące relacji międzyludzkich, objęte ochroną przewidzianą w art. 47 Konstytucji RP, zostaną w radykalny sposób zredukowane w zakresie dotyczącym relacji z osobami zamieszkującymi strefę nadgraniczną objętą zakazem, o którym mowa w art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej.

Zauważyć w tym zakresie należy, że określone w art. 12b ust. 2 kategorie osób wyłączonych z zakazu przebywania na określonym obszarze w strefie nadgranicznej w istocie stanowią powtórzenie kategorii wymienionych w § 2 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 2 września 2021 r. w sprawie ograniczeń wolności i praw w związku z wprowadzeniem stanu wyjątkowego (Dz. U. poz. 1613 ze zm.). **Świadczy to o tym, że poza stanem nadzwyczajnym ustawodawca pragnie utrzymać w zakresie kontaktów międzyludzkich i społecznych regulacje właściwego dla tego stanu.** Jednak, co jest szczególnie istotne z punktu widzenia praw określonych w art. 47 Konstytucji RP, zakaz przebywania nie będzie dotyczył osób, które będąc małżonkiem, wstępnym, zstępnym, lub rodzeństwem, sprawują opiekę albo udzielają pomocy w załatwianiu bieżących spraw życia codziennego osobie zamieszkującej na obszarze objętym zakazem. Oznacza to, że **małżonkowie, wstępni, zstępni lub rodzeństwo, jeśli nie udzielają pomocy w załatwianiu bieżących spraw życia codziennego albo nie sprawują opieki nad osobą bliską, zostaną pozbawieni możliwości utrzymywania bezpośrednich relacji z najbliższymi członkami swojej rodziny.** W istocie więc zawarte w art. 12a ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej umocowanie do wydania rozporządzenia w sprawie zakazu przebywania na określonym obszarze w strefie nadgranicznej stanowi również umocowanie do głębokiego wkroczenia w sferę życia prywatnego i rodzinnego oraz w prawo

decydowania o życiu osobistym przez poszczególne jednostki. Stanowi również ingerencję w ustrojową zasadę, że małżeństwo oraz rodzina pozostają pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej (art. 18 Konstytucji RP).

**Zakaz przebywania na określonym obszarze w strefie nadgranicznej w sposób bezpośredni ingeruje też w wolność zgromadzeń** (art. 57 Konstytucji RP), skoro zgromadzenie zostanie ograniczone do osób uprawnionych do przebywania na tym obszarze. Omawiany zakaz (co będzie jeszcze przedmiotem odrębnych uwag) bezpośrednio też ogranicza wolność wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP), skoro wśród podmiotów wyłączonych z tego zakazu (art. 12b ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej) nie zostali wymienieni dziennikarze.

Poczynione uwagi prowadzą do wniosku, że przewidziany art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej **zakaz prowadzi do głębokiego ograniczenia fundamentalnych wolności i praw jednostki wymienionych w art. 47, art. 52 ust. 1, art. 54 ust. 1 i art. 57 Konstytucji RP.** Wymienione wolności i prawa należą do najsilniej chronionych konstytucyjnie dóbr. Stąd też, aby mogły one zostać w tak istotny sposób ograniczone, nie wystarczy odwołanie się do ogólnej formuły „uzasadnionego ryzyka popełnienia innych czynów zabronionych”, zwłaszcza wówczas, gdy dobrem chronionym w wyniku wprowadzenia zakazu ma być nie tylko życie i zdrowie, lecz także mienie. W związku z tym, odwołując się do maksymalnie pojemnej przesłanki uzasadniającej wprowadzenie ograniczenia podstawowych wolności i praw jednostki w postaci „uzasadnionego ryzyka popełnienia innych czynów zabronionych”, art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej nie gwarantuje właściwego wyważenia dóbr podlegających ochronie oraz dóbr podlegających poświęceniu w celu realizacji tej ochrony, co narusza zasadę proporcjonalności.

Odrębnego omówienia wymaga zagadnienie, że w art. 12b ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej wśród osób wyłączonych z zakazu, o którym mowa w art. 12a ust. 1, nie zostali wymienieni dziennikarze. Z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP wynika, że każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Zakaz przebywania dziennikarzy na obszarze objętym rozporządzeniem ministra właściwego do spraw wewnętrznych, wydawanym na podstawie art. 12a ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej, ma szczególne znaczenie z punktu widzenia realizacji konstytucyjnej wolności polegającej na pozyskiwaniu informacji. Wolność pozyskiwania informacji ma szerszy zakres niż gwarantowane w art. 61 oraz w art. 74 ust. 3 Konstytucji RP prawo do uzyskania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz prawo do informacji o stanie i ochronie środowiska. Obejmuje ona bowiem prawo do poszukiwania informacji we własnym zakresie, a więc w oderwaniu od obowiązków informacyjnych



nałożonych na inne podmioty, w szczególności na podmioty publiczne. Wolność pozyskiwania informacji wymaga w związku z tym bezpośrednich kontaktów z osobami zamieszkującymi obszary, o których mowa w art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej, a także fizycznej obecności dziennikarza na tych obszarach w celu relacjonowania działań podejmowanych przez organy władzy publicznej oraz służby publiczne.

Wolność pozyskiwania informacji, o której mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, nabiera szczególnego znaczenia właśnie w świetle art. 12a ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej pozwalającego na wprowadzenie zakazu przebywania na określonym obszarze w strefie nadgranicznej przyległej do granicy państwowej. Skoro ustawodawca decyduje się na wprowadzenie takiego ogólnego zakazu, znajdującego co do zasady zastosowanie, z niewielkimi wyjątkami, do ogółu społeczeństwa, to jego prawnym obowiązkiem jest umożliwienie przedstawicielom tego społeczeństwa wykonującym zawód dziennikarza, nieskrępowanego pozyskiwania informacji na terenie objętym tym zakazem. **Spółeczeństwo ma bowiem prawo wiedzieć ze źródeł niezależnych, jakie działania podejmuje władz publiczna na obszarze, który nie jest powszechnie dostępny. Działania te są bowiem podejmowane w imieniu tego społeczeństwa i na jego rachunek (art. 4 Konstytucji RP) i ma ono prawo zostać poinformowane z niezależnych od władzy źródeł, w jaki sposób są one realizowane.**

Zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz. U. z 2018 r. poz. 1914) to prasa, a nie służby informacyjne ministerstw czy umundurowanych formacji, urzeczywistnia prawo obywateli do rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej. Prawo to zostanie wyłączone wówczas, gdy dziennikarze nie mogą pozyskiwać w sposób niezależny informacji na obszarze objętym zakazem przebywania w strefie nadgranicznej. Zostaje więc wyłączone w sytuacji, gdy służby publiczne w przypadku konieczności zapewnienia bezpieczeństwa lub porządku publicznego w strefie nadgranicznej w związku z zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, lub mienia, szczególnie często sięgają po użycie środków przymusu bezpośredniego, a więc wtedy, gdy w oczywisty sposób wzrasta zapotrzebowanie na rzetelną informację oraz kontrolę społeczną stosowania przez państwo i jego służby środków bezpośrednio ingerujących w wolność osobistą, nietykalność cielesną jak również w życie i zdrowie innych osób (pałka służbowa, chemiczne i elektryczne środki obездwładniające, środki pirotechniczne, broń palna).

Wskazuje się (L. Garlicki, P. Sarnecki <<w:>> „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz”, t. I, wyd. II pod red. L. Garlickiego i M. Zubika, Wyd. Sejmowe 2016, komentarz do art. 14), że „artykułu 14 konstytucji wyraża przekonanie, że dla funkcjonowania demokratycznego państwa prawnego (art.2) składnikiem koniecznym

i integralnym z innymi elementami (np. z niezależnymi i autonomicznymi kościołami, swobodnie działającymi partiami, w sposób wolny funkcjonującymi innymi organizacjami) – są istniejące w możliwie niezależny, zwłaszcza od władzy publicznej i większości rządzącej środki społecznego przekazu (...). Środki społecznego przekazu w takim państwie są narzędziem dyskursu obywatelskiego, wymiany poglądów i informacji oraz ich rozpowszechniania, a także mogą stawać się przejawem kontroli społecznej wobec czynników władzy publicznej.”

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, z tych względów, **nieumieszczenie dziennikarzy w zawartym w art. 12b ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej katalogu podmiotów, których nie dotyczy zakaz, o którym mowa w art. 12a ust. 1, w bezpośredni sposób prowadzi do pozbawienia obywateli prawa do rzetelnego informowania, prawa do jawności życia publicznego oraz prawa do kontroli i krytyki społecznej; prowadzi w konsekwencji wprost do pozbawienia społeczeństwa podstawowych narzędzi umożliwiających jego członkom wpływanie na bieg życia publicznego w kraju.** Nie może bowiem na bieg tego życia wpływać w sposób świadomy i odpowiedzialny ten, kto nie został rzetelnie i w sposób niezależny od władzy publicznej poinformowany o istotnych zdarzeniach mających miejsce w jego kraju.

Dlatego art. 12b ust. 1 ustawy o ochronie granicy państwowej, w zakresie w jakim nie wyłącza z zakazu, o którym mowa w art. 12a ust. 1, dziennikarzy, jest niezgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, gdyż uniemożliwia pozyskiwanie informacji na określonym obszarze w strefie nadgranicznej objętym tym zakazem, a w rezultacie tego uniemożliwia realizację prawa obywateli do rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej.

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich w tym zakresie nie została spełniona żadna z wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP materialnych przesłanek, uzasadniających wprowadzenie takiego ograniczenia w stosunku do dziennikarzy. W szczególności nie istnieje żaden związek pomiędzy wprowadzaniem ograniczenia a ochroną środowiska, zdrowiem i moralnością publiczną. Wprowadzenia takiego ograniczenia nie uzasadnia również wzgląd na konieczność ochrony bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego. W tym kontekście wskazać należy, że w myśl art. 10 ust. 1 Prawa prasowego zadaniem dziennikarza jest służba społeczeństwu i państwu. W ramach wykonywania tej służby dziennikarz jest obowiązany zachować szczególną staranność i rzetelność przy zbieraniu i wykorzystywaniu materiałów prasowych, zwłaszcza sprawdzić zgodność z prawdą uzyskanych wiadomości lub podać ich źródło (art. 12 ust. 1 pkt 1 Prawa prasowego). W związku z tym służba społeczeństwu i państwu w żadnym razie nie może być traktowana, także jeśli jest pełniona na obszarze objętym zakazem ustalonym rozporządzeniem ministra właściwego do spraw wewnętrznych wydawanym na podstawie

art. 12a ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej, jako służba stanowiąca równocześnie zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego. Wręcz przeciwnie, państwo bezpieczne i uporządkowane, to państwo, w którym społeczeństwo jest rzetelnie poinformowane o dotyczących go żywotnych problemach i zagrożeniach.

Nie istnieje też związek pomiędzy zakazem przebywania dziennikarzy na obszarze objętym rozporządzeniem a koniecznością ochrony wolności i praw innych osób. Jak już zostało wykazane, to właśnie potrzeba ochrony gwarantowanej art. 54 ust. 1 Konstytucji RP wolności rozpowszechniania informacji przemawia za przebywaniem dziennikarzy w strefie objętej zakazem. Rozwinięcie tej wolności stanowi zawarte w art. 1 Prawa prasowego prawo obywateli do rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej, realizowane przez prasę. Okoliczność ta w sposób oczywisty wzmacnia dodatkowo uzasadnienie potrzeby obecności dziennikarzy na terenach objętych ogólnym zakazem przebywania. Stąd też wolności i prawa innych osób, o których mówi art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, nie tylko nie uzasadniają wyłączenia obecności dziennikarzy w strefie objętej zakazem przebywania, lecz w istocie nakazują taką obecność.

Tych krytycznych uwag nie osłabia fakt, że zgodnie z dodawanym równocześnie 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 art. 12b ust. 1, w szczególności dziennikarzy w rozumieniu Prawa prasowego. **Konstytucyjna wolność pozyskiwania informacji nie może być bowiem reglamentowana, dodatkowo na podstawie przepisu, który pozostawia organowi całkowitą swobodę w ustaleniu, czy, kiedy, komu, na jakich warunkach i na jak długo przyznać przywilej korzystania z tej konstytucyjnej wolności.** Art. 12b ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej nie zawiera więc jakichkolwiek przesłanek, które wiązałyby komendanta placówki Straży Granicznej przy podejmowaniu rozstrzygnięcia, którego materia są podstawowe wolności lub prawa jednostki zawarte nie tylko w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, ale też w art. 47 i art. 52 ust. 1 Konstytucji RP. Oznacza to, że ustawa nie zawiera wymaganych w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji RP podstawowych elementów treściowych ograniczenia tych wolności lub praw. W zakresie dostępu zaś dziennikarzy do obszaru objętego rozporządzeniem wydawanym przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych rozwiązanie zaproponowane w art. 12b ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej niebezpiecznie zbliża się do swoistej cenzury prewencyjnej, która jest kategorycznie zakazana (art. 54 ust. 2 Konstytucji RP). Co prawda cenzura prewencyjna dotyczy rozpowszechniania informacji, ale aby informację móc rozpowszechnić, trzeba ją najpierw pozyskać.

**Art. 12b ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej rodzi jednak wątpliwości także innej natury. Służy on bowiem reglamentowaniu całego szeregu omawianych już konstytucyjnych wolności i praw zawartych m. in. w art. 47, art. 52 ust. 1, art. 54 ust. 1 Konstytucji RP.** Jego redakcja („komendant placówki Straży Granicznej może zezwolić”) nie pozostawia też wątpliwości, że reglamentacja ta odbywa się poprzez wydanie aktu administracyjnego. Nie wnikając w to, czy użyte w ustawie określenie „zezwolić” należy rozumieć jako obowiązek wydania decyzji administracyjnej czy też jako podstawę do wydania aktu z zakresu administracji publicznej dotyczącego uprawnień wynikających z przepisów prawa, o którym mowa w art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z dnia – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2019 r. poz. 2325 ze zm.), nie ulega żadnej wątpliwości, że taki akt administracyjny podlega kontroli sądu administracyjnego. Akt ten podejmowany jest w sprawie indywidualnej, ma charakter publicznoprawny i dotyczy praw i wolności wynikających z przepisów prawa, w tym przypadku prawa o najwyższej randze jakimi jest Konstytucja RP. Ponadto, co wprost wynika z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. Wykluczone w związku z tym jest zamknięcie drogi sądowej w sprawie, która wprost dotyczy korzystania z podstawowych konstytucyjnych wolności lub praw takich jako wolność poruszenia się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej czy też prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego.

Jednakże procedura umożliwiająca sądowi administracyjnego rozpoznanie sprawy musi uwzględniać jej przedmiot, w tym przypadku przede wszystkim to, że zezwolenie, o którym mowa w art. 12b ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej będzie dotyczyło zwykłych czynności życiowych takich jak spotkanie z rodziną, odwiedzenie osoby chorej, a w przypadku utrzymania (w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich niekonstytucyjnego) zakazu wobec dziennikarzy, także zebranie materiału prasowego. W tego typu sprawach **rozstrzyganie przez sąd administracyjny, po wielu miesiącach od wpłynięcia skargi, o legalności odmowy zezwolenia wydawanej na podstawie art. 12b ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej, nie zapewni rzeczywistej i efektywnej ochrony konstytucyjnych praw lub wolności skarżących.** W ten sposób wynikające z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP prawo do sądu w sprawie rozstrzyganej na podstawie art. 12b ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej zostanie wydrążone i pozbawione treści, sprawiedliwość wymierzona za późno, stanie się w oczach jednostki niesprawiedliwością, skoro i tak faktycznie została ona już bezpowrotnie pozbawiona możliwości realizacji swoich planów życiowych.

Dlatego, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, **względ na zachowanie konstytucyjnych reguł sprawiedliwości proceduralnej wymaga obudowania art. 12b ust. 2 ustawy o ochronie granicy państwowej przepisami proceduralnymi, umożliwiającymi sądowi administracyjnemu rozpoznanie sprawy w bardzo krótkim**

**terminie od odmówienia przez komendanta placówki Straży Granicznej zezwolenia na przebywanie na obszarze objętym zakazem, o którym mowa w art. 12a ust. 1.** Należałoby w tym zakresie dla zachowania standardu konstytucyjnego rozważyć przyjęcie rozwiązania znanego już polskiemu prawu, a dotyczącego reguł proceduralnych rządzących postępowaniem sądowym w sprawach dotyczących wolności zgromadzeń publicznych (art. 16 ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. – Prawo o zgromadzeniach – Dz. U. z 2019 r. poz. 631).

Uwagi te przedstawiam Panu Marszałkowi i Wysokiej Izbie, stosownie do art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2020 r. poz. 627 ze zm.), w celu ich rozważeniu w toku prac Senatu RP nad uchwaloną przez Sejm RP ustawą z dnia 17 listopada 2021 r. o zmianie ustawy o ochronie granicy państwowej oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 569).

Łączę wyrazy szacunku

Marcin Wiącek

Rzecznik Praw Obywatelskich

/-podpisano elektronicznie/