

Tomasz Sroka

Zatrzymanie (pozbawienie wolności) cudzoziemców przez Straż Graniczną¹

Detention (deprivation of liberty) of foreigners
by the Border Guard Service

Zapewnienie przez Straż Graniczną bezpieczeństwa na granicy Rzeczypospolitej Polskiej może wymagać działań prowadzących do ograniczenia praw lub wolności jednostek – zarówno cudzoziemców, jak i obywateli naszego kraju. Zapewnienie przez państwo polskie odpowiednich gwarancji ochrony dóbr indywidualnych lub powszechnych, a także umożliwienie realizacji procedur wjazdu lub kontroli pobytu cudzoziemców na terytorium Polski nie jest możliwe bez upoważnienia funkcjonariuszy Straży Granicznej do podejmowania działań mogących skutkować ograniczeniem różnych praw i wolności, szczególnie swobody przemieszczania się. Ze względu na różne okoliczności niekiedy może to wymagać sięgnięcia przez funkcjonariuszy Straży Granicznej po środek najbardziej ingerujący w sferę wolności jednostek, a więc pozbawienie wolności.

Z uwagi na to, że pozbawienie wolności stanowi najdalej idącą ingerencję w wolność osobistą jednostki, ustrojodawca w art. 41 Konstytucji wskazał na szczególne gwarancje ochrony osób przed arbitralnym pozbawieniem ich wolności. Przede wszystkim art. 41 ust. 1 Konstytucji podaje, że pozbawienie wolności, niezależnie od jego formy, może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonym w ustawie. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, do zasad ograniczenia wolności osobistej, regulowanych ustawowo, których dotyczy art. 41 ust. 1 zd. 2 Konstytucji,

¹ Praca powstała w wyniku realizacji projektu badawczego Nr 2015/19/D/HS5/00102: *Prewencyjne pozbawienie wolności a prawa człowieka*, finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

należą wszystkie przesłanki bezpośrednio określające ograniczenie wolności osobistej, a w szczególności określenie podmiotu, który podejmuje decyzję o ograniczeniu wolności osobistej, określenie osób, w stosunku do których decyzja o ograniczeniu wolności osobistej może być podejmowana, oraz określenie przesłanek związanych z tymi osobami, np. ich status prawny, ich zachowanie, sytuacja, w której się znajdują. W świetle Konstytucji przez tryb ograniczania wolności osobistej, o którym mowa w art. 41 ust. 1 zd. 2 Konstytucji, należy rozumieć regulowany ustawowo sposób postępowania (procedurę) podmiotu uprawnionego ustawowo do decydowania o ograniczaniu wolności osobistej². W konsekwencji z art. 41 ust. 1 zd. 2 Konstytucji „można wysłowić normę *nullum amissione libertatis sine lege, scilicet sine lege stricta* – nie można nikogo pozbawić wolności bez ustawy, bez określenia zasad i trybu, a w szczególności z odwołaniem się do analogii, odpowiedniego stosowania prawa albo wykładni rozszerzającej na niekorzyść³”.

Analiza przepisów dotyczących ochrony granicy państwowej, statusu cudzoziemców i uprawnień Straży Granicznej prowadzi do wniosku, że funkcjonariuszom tej formacji co do zasady przyznano ustawową kompetencję do podejmowania działań prowadzących do pozbawienia wolności osób, przede wszystkim cudzoziemców, mających postać zatrzymania. To ustawowe uprawnienie funkcjonariuszy Straży Granicznej do zatrzymywania (pozbawiania wolności) przede wszystkim cudzoziemców nie oznacza jednak, że mają oni swobodę korzystania z tej kompetencji, bowiem art. 41 ust. 1 Konstytucji wymaga zaistnienia określonych w ustawie przesłanek, po spełnieniu których uprawniony podmiot może ewentualnie podjąć decyzję o pozbawieniu wolności określonej osoby. Nie jest możliwe korzystanie przez funkcjonariuszy Straży Granicznej z kompetencji do zatrzymywania osób poza sytuacjami wprost wskazanymi w przepisach ustawowych.

Jednocześnie część z wypadków, gdy zatrzymanie cudzoziemca może być usprawiedliwione, niewątpliwie może zająć w stosunku do osób, które znajdują się w okolicach granicy polsko-białoruskiej lub próbują ją przekroczyć.

² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 marca 2010 r., U 5/07. Zob. także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 marca 2013 r., K 11/12; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 listopada 2016 r., K 6/14.

³ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2019 r., III CZP 75/18.

W związku z powyższym konieczne jest dokonanie analizy co najmniej dwóch zagadnień. Po pierwsze, należy zrekonstruować podstawy materialnoprawne, na mocy których możliwe jest dokonanie zatrzymania (pozbawienia wolności) cudzoziemca przez funkcjonariuszy Straży Granicznej jako środka stanowiącego pozbawienie wolności. Jak wskazano, najważniejszą zasadą dopuszczalności pozbawienia jednostki wolności osobistej, która musi być spełniona w świetle art. 41 ust. 1 Konstytucji, jest istnienie wyraźnej podstawy prawnej w ustawie do pozbawienia wolności określonej osoby przez określony organ (podmiot) w określonych okolicznościach faktycznych. Po drugie, konieczne jest zwrócenie uwagi na aspekt proceduralny, a zatem dochowanie trybu właściwego dla danego rodzaju pozbawienia wolności. W ramach tej procedury osobie takiej i muszą być zapewnione podstawowe gwarancje ochrony przed arbitralnym pozbawieniem wolności, do których Konstytucja i akty prawa międzynarodowego zaliczają przede wszystkim: obowiązek poinformowania w zrozumiałym sposób o przyczynach zatrzymania oraz zapewnienie możliwości odwołania się do sądu w celu niezwłocznego ustalenia legalności pozbawienia wolności (art. 41 ust. 2 i 3 Konstytucji, art. 5 ust. 2 i 4 EKPC⁴).

Przed rekonstrukcją podstaw materialnoprawnych, a zatem przesłanek, po spełnieniu których funkcjonariusze Straży Granicznej mogą pozbawić wolności określoną osobę, w szczególności cudzoziemca, konieczne jest wyjaśnienie samego pojęcia „pozbawienie wolności” w rozumieniu art. 41 ust. 1 i 2 Konstytucji. Prawidłowe określenie kręgu sytuacji stanowiących pozbawienie wolności osobistej w konstytucyjnym znaczeniu pozwoli właściwie ustalić, czy określony wypadek ingerencji w wolność przemieszczenia się należy kwalifikować jako zatrzymanie będące przykładem krótkoterminowego pozbawienia wolności, a w konsekwencji, czy wymagane będzie zarówno posiadanie przez funkcjonariuszy Straży Granicznej ustawowego uprawnienia do zatrzymania danej osoby w danych okolicznościach faktycznych, jak i zapewnienie osobie zatrzymanej odpowiednich gwarancji proceduralnych, z prawem odwołania do sądu włącznie.

⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Rzym, 4 listopada 1950 r., zmieniona Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284.

W tym kontekście należy pamiętać, że pojęcie pozbawienia wolności osobistej, zarówno na gruncie art. 41 Konstytucji, jak i art. 5 EKPC, ma – ze względów gwarancyjnych – samodzielne znaczenie, którego nie można ograniczać do analogicznego pojęcia w ustawodawstwie zwykłym czy interpretować przez pryzmat znaczenia, jakie nadaje mu ustawodawca w poszczególnych regulacjach prawnych⁵. Podobne wnioski dotyczą konstytucyjnego pojęcia zatrzymania, niejednokrotnie wykorzystywanego przez ustawodawcę zwykłego do opisu uprawnień różnego rodzaju organów władzy publicznej. W przeciwnym wypadku działania ustawodawcy (w perspektywie art. 41 Konstytucji) czy też prawodawcy krajowego (w perspektywie art. 5 EKPC) mogłoby arbitralnie wyłączać sytuacje stanowiące pozbawienie wolności osobistej spod gwarancji wynikających z art. 41 Konstytucji czy też art. 5 EKPC. W związku z tym o kwalifikacji określonego środka jako pozbawienia wolności nie może decydować nazwa czy klasyfikacja (lub jej brak) dokonana przez ustawodawcę⁶.

Mając na uwadze to, że pozbawienie wolności należy odróżnić od jedynie zwykłego ograniczenia wolności przemieszczania się, ETPC wielokrotnie informował, że „w celu ustalenia, czy ktoś został «pozbawiony wolności» w rozumieniu artykułu 5 (art. 5), punktem wyjścia musi być jego konkretna sytuacja i należy wziąć pod uwagę cały szereg kryteriów, takich jak: rodzaj, czas trwania, skutki i sposób realizacji danego środka. Różnica między pozbawieniem wolności a ograniczeniem wolności jest tylko pewnym stopniem lub intensywnością, a nie charakterem lub istotą”⁷. Uwzględniając powyższe, należy przyjąć, że ocena danej sytuacji

⁵ Zob. T. Sroka, *Prewencyjne...*, s. 43–44.

⁶ Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 lutego 2012 r. w sprawie Creangă przeciwko Rumunii, skarga nr 29226/03, pkt 92; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 26 czerwca 2014 r. w sprawie Krupko i inni przeciwko Rosji, skarga nr 26587/07, pkt 37; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 16 września 2014 r. w sprawie Valerian Dragomir przeciwko Rumunii, skarga nr 51012/11, pkt 67; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 11 października 2016 r. w sprawie Kasparov przeciwko Rosji, skarga nr 53659/07, pkt 36; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 1 marca 2016 r. w sprawie Popoviciu przeciwko Rumunii, skarga nr 52942/09, pkt 57.

⁷ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 25 czerwca 1996 r. w sprawie Amuur przeciwko Francji, skarga nr 19776/92, pkt 42. Zob. także np. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 8 czerwca 1976 r. w sprawie Engel i inni przeciwko Niderlandom, skargi nr 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 i 5370/72, pkt 58–59; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 6 listopada 1980 r. w sprawie Guzzardi przeciwko Włochom, skarga nr 7367/76, pkt 92–93; wyrok

faktycznej pod kątem zaistnienia stanu pozbawienia wolności (zarówno w rozumieniu art. 41 ust. 1 i 2 Konstytucji, jak i art. 5 ust. 1 EKPC), wymaga – co już wskazano w innym opracowaniu – analizy co najmniej poniższych kryteriów⁸.

Po pierwsze, istotą pozbawienia wolności jest nałożenie na jednostkę obowiązku pozostania w określonej, ograniczonej przestrzeni, a zatem wyłączenie możliwości swobodnego kształtowania miejsca pobytu. Obowiązek ten nie musi być ograniczony do pobytu w miejscu, które jest instytucjonalnie przygotowane do zapewnienia całodobowej opieki i nadzoru nad jednostkami, ale może oznaczać konieczność pobytu w innych określonych miejscach, nawet *ad hoc* wybranych do tego celu. To nie miejsce wykonywania obowiązku pozostania w nim decyduje o zaistnieniu stanu pozbawienia wolności, ale sposób wykonania tego obowiązku, niezależnie od tego, w jakim miejscu to następuje.

Po drugie, istotą pozbawienia wolności jest istnienie prawnej i faktycznej możliwości przymuszenia jednostki do pozostania w miejscu, w którym powinna przebywać zgodnie z treścią nałożonego na nią obowiązku. Oznacza to, że osoby pełniące funkcje publiczne muszą być prawnie i faktycznie uprawnione do stosowania środków przymusu, celem uniemożliwienia jednostce opuszczenia określonego miejsca lub też przymusowego sprowadzenia jej, gdyby osoba miejsce to opuściła. Wystraszające jest przy tym istnienie możliwości zastosowania takich środków, w tym groźby, użycia przymusu bezpośredniego czy też pociągnięcia do odpowiedzialności karnej.

Po trzecie, stan pozbawienia wolności wymaga istnienia mechanizmów pozwalających na kontrolę, czy jednostka realizuje obowiązek pobytu w wyznaczonym miejscu. Kontrola ta może obejmować szereg

Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 12 stycznia 2010 r. w sprawie Gillan i Quinton przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 4158/05, pkt 56; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 17 stycznia 2012 r. w sprawie Stanev przeciwko Bułgarii, skarga nr 36760/06, pkt 115; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 lutego 2012 r. w sprawie Creangă przeciwko Rumunii, skarga nr 29226/03, pkt 91; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 15 lutego 2012 r. w sprawie Austin i inni przeciwko Wielkiej Brytanii, skargi nr 39692/09, 40713/09 i 41008/09, pkt 55 i 57; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 lutego 2017 r. w sprawie De Tommaso przeciwko Włochom, skarga nr 43395/09, pkt 80; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 21 listopada 2019 r. w sprawie Ilias i Ahmed przeciwko Węgrom, skarga nr 47287/15, pkt 211–212.

⁸ Zob. T. Sroka, *Prewencyjne...*, s. 78–81; T. Sroka, *Home...*, s. 179–180.

różnych czynności i rozwiązań, od osobistej obserwacji po różnego rodzaju rozwiązania techniczne.

W końcu, po czwarte, istotą pozbawienia wolności jest nałożenie na jednostkę obowiązku pozostania w określonej, ograniczonej przestrzeni w sposób ciągły, ewentualnie przez na tyle istotny okres w ciągu doby, że skutkiem realizacji tego obowiązku, z uwagi na wyłączenie możliwości swobodnego przemieszczania się przez znaczący okres, jest uniemożliwienie lub bardzo poważne utrudnienie prowadzenia normalnego trybu życia, w tym nawiązywania relacji społecznych. Ocena ta powinna być zawsze dokonana *in concreto*. Niekiedy konieczne będzie wykorzystanie także kryterium zgody. W wypadku gdy – mając na uwadze rzeczywiste możliwości korzystania z wolności przemieszczania się i swobody decydowania o miejscu pobytu – istnieje obiektywna możliwość podjęcia przez jednostkę decyzji o pozostaniu w określonym miejscu, które jest dla niej dostępne, a w którym wykonywane są również środki polegające na pozbawieniu wolności, o jej pozbawieniu będzie świadczył brak prawnie relewantnej zgody na pobyt w danym miejscu lub stosowanie środków przymusu.

W odniesieniu do sytuacji mających miejsce w strefie granicy państwowej i związanych z działaniami Straży Granicznej nie budzi większych wątpliwości to, że jako pozbawienie wolności należy kwalifikować wszystkie wypadki zatrzymania przez funkcjonariusza Straży Granicznej, w wyniku którego cudzoziemiec jest transportowany do miejsca pozbawienia wolności, jakim może być np. pomieszczenie przeznaczone dla osób zatrzymanych (w tym cudzoziemców), strzeżony ośrodek dla cudzoziemców lub areszt dla cudzoziemców, w którym to miejscu następnie cudzoziemiec przebywa. Niemniej jednak należy pamiętać, że stan pozbawienia wolności może zaistnieć także wówczas, gdy osoba nie zostanie przetransportowana lub umieszczona w jednym z tych miejsc. Rodzaj miejsca pobytu może być oczywiście dodatkowym argumentem potwierdzającym istnienie stanu pozbawienia wolności, jednak nie jest argumentem przesądzającym, zaś pozbawienie wolności może być realizowane także poza miejscami specjalnie do tego przystosowanymi.

Nie ma żadnego znaczenia dla uznania danej sytuacji za pozbawienie wolności to, czy organ lub podmiot dokonujący zatrzymania nazwał lub zakwalifikował swoje działania jako pozbawianie wolności oraz czy dopełnił obowiązków proceduralnych związanych ze stosowaniem wobec jednostki środka izolacyjnego. Sąd Apelacyjny w Warszawie trafnie

podkreślił, że „dla wystąpienia czynności zatrzymania istotne jest jego faktyczne dokonanie, a nie dopełnienie obowiązków formalnych z tym związanych. Fakt braku protokołów i odpowiednich pouczeń nie świadczy więc o tym, że do zatrzymania nie doszło, tylko że zatrzymanie było nieprawidłowe”⁹.

Europejski Trybunał Praw Człowieka nie miał wątpliwości co do kwalifikacji jako pozbawienia wolności w sytuacjach, w których: 1) osoba została zmuszona (w drodze przymusu bezpośredniego) przez funkcjonariuszy Policji do wejścia do samochodu, przewieziona na komisariat celem przeszukania, a następnie odwieziona do miejsca, skąd została zabrana¹⁰; 2) osoba była zobligowana do pozostania na komisariacie Policji, pod stałym nadzorem funkcjonariuszy i bez możliwości swobodnego opuszczenia budynku¹¹; 3) osoba była krótko transportowana do innego miasta, ale po uprzednim zabranii do samochodu wbrew swojej woli i pod kontrolą funkcjonariuszy publicznych¹². Istotne było to, że jednostka była zobowiązana do pozostania w określonym miejscu (budynek, samochód), przy zastosowaniu środków przymusu lub istnieniu możliwości ich wykorzystania, a nadto znajdowała się pod kontrolą funkcjonariuszy Policji¹³.

Trzeba jedynie pamiętać, że nie należy kwalifikować jako pozbawienia wolności sytuacji, w której dochodzi do krótkotrwałego ograniczenia (wyłączenia) możliwości swobodnego poruszania się na czas, który jest obiektywnie niezbędny i wystarczający do realizacji przez przedstawicieli władzy publicznej ich obowiązków, których wykonanie wymaga pozostania przez jednostkę w danym miejscu przez krótki okres, o ile jednak nie doszło do rzeczywistego zastosowania środków przymusu¹⁴.

⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 marca 2021 r., II AKa 355/20; zob. także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27 grudnia 2018 r., XVIII Ko 61/18.

¹⁰ Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 czerwca 2008 r. w sprawie Foka przeciwko Turcji, skarga nr 28940/95, pkt 76–78.

¹¹ Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 lutego 2012 r. w sprawie Creangă przeciwko Rumunii, skarga nr 29226/03, pkt 97 i 99; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 13 listopada 2014 r. w sprawie Lazariu przeciwko Rumunii, skarga nr 31973/03, pkt 100–102.

¹² Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 września 2010 r. w sprawie Iskandarov przeciwko Rosji, skarga nr 17185/05, pkt 140–141.

¹³ Szerzej T. Sroka, *Prewencyjne...*, s. 53–54 i 56–57.

¹⁴ Zob. T. Sroka, *Prewencyjne...*, s. 66–67; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 czerwca 2008 r. w sprawie Foka przeciwko Turcji, skarga nr 28940/95, pkt 75; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 lipca 2013 r. w sprawie M.A. przeciwko Cyprowi, skarga nr 41872/10, pkt 193.

W przeciwnym wypadku niemożliwe byłoby wykonanie przez funkcjonariuszy publicznych ich podstawowych obowiązków, zarówno dla dobra jednostek, jak i dla dobra wspólnego. W kontekście kontroli granicznej i ETPC zwracał uwagę, że – z braku innych istotnych czynników – sytuacja osoby, która jest zobowiązana do oczekiwania w określonym miejscu przez krótki okres niezbędny na weryfikację jej prawa wjazdu lub pobytu na terytorium danego kraju, nie może być co do zasady kwalifikowana jako pozbawienie wolności¹⁵.

Każdą sytuację podjęcia przez funkcjonariuszy Straży Granicznej czynności względem cudzoziemców należy analizować odrębnie, *in concreto* pod kątem zaistnienia stanu pozbawienia wolności. Ocena taka nie może być zgeneralizowana. Niemniej wydaje się możliwe wskazanie co najmniej kilku typowych sytuacji, które z dużym prawdopodobieństwem należy kwalifikować jako pozbawienie wolności.

Jeżeli funkcjonariusze Straży Granicznej podejmą czynności wobec cudzoziemców spotkanych (znalezionych) na drodze, w lesie czy w jakiegokolwiek innej otwartej przestrzeni w strefie granicy państwowej, ocena sytuacji będzie uzależniona od rodzaju czynności, jakie są podejmowane względem tych osób, a także okresu ich stosowania. Jeżeli cudzoziemcy są zobowiązani do pozostania w danym miejscu jedynie na czas niezbędny i wystarczający do wykonania przez funkcjonariuszy Straży Granicznej formalnych czynności związanych np. z ustaleniem tożsamości, oceną legalności pobytu na terytorium Polski czy też przyjęciem wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, zaś wobec cudzoziemców nie zostają użyte środki przymusu lub groźba ich użycia w celu wymuszenia pozostania w danym miejscu, sytuacja taka nie stanowi jeszcze pozbawienia wolności (zatrzymania). Jeżeli jednak ze strony funkcjonariuszy Straży Granicznej doszłoby do użycia jakichkolwiek środków przymusu bezpośredniego celem wymuszenia na cudzoziemcach obowiązku pozostania w określonym miejscu lub też zagrożono by użyciem takich środków, lub też okres wyłączenia możliwości swobodnego poruszania się wykroczył poza czas, który jest niezbędny i wystarczający dla funkcjonariuszy

¹⁵ Zob. decyzja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 15 października 2013 r. w sprawie Gahramanov przeciwko Azerbejdżanowi, skarga nr 26291/06, pkt 43–46; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 21 listopada 2019 r. w sprawie Ilias i Ahmed przeciwko Węgrom, skarga nr 47287/15, pkt 225; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 21 listopada 2019 r. w sprawie Z.A. i inni przeciwko Rosji, skargi nr 61411/15, 61420/15, 61427/15 i 3028/16, pkt 144.

Straży Granicznej do wykonania niezbędnych czynności, a mimo to cudzoziemcy nie mogliby opuścić danego miejsca, sytuację taką należy traktować jako pozbawienie wolności (zatrzymanie). Dochodzi tu bowiem do zobowiązania cudzoziemców do pozostania w określonej, ograniczonej przestrzeni (choćby to był określony, wskazany obszar fragmentu lasu, pola czy drogi), przy zastosowaniu środków przymusu lub groźby ich użycia, zaś cudzoziemcy w sposób ciągły pozostają pod bezpośrednią kontrolą funkcjonariuszy Straży Granicznej, którzy dbają o to, aby nie opuścili oni wyznaczonego miejsca. Taka sytuacja spełnia wszystkie kryteria pozbawienia wolności w rozumieniu art. 41 ust. 1 i 2 Konstytucji i art. 5 ust. EKPC, chociażby funkcjonariusze Straży Granicznej wyrażali odmienną, subiektywną ocenę czy też zaniechali dopełnienia czynności formalnych wymaganych dla ustawowego trybu zatrzymania.

Jeżeli funkcjonariusze Straży Granicznej podejmują decyzję o transporcie cudzoziemca w określone miejsce, w tym w celu doprowadzenia do granicy państwowej, to od sposobu wykonania tej czynności uzależnione jest, czy będzie ona równoległe skutkowało pozbawieniem wolności osobistej. Jeżeli bowiem transport ma charakter krótkotrwały oraz wykonywany jest za wyraźną wiedzą i zgodą cudzoziemca, korzystającego w ten sposób jedynie z pomocy funkcjonariuszy Straży Granicznej, zaś w celu wykonania tego transportu nie zostały użyte środki przymusu ani groźba ich użycia, to co do zasady takie doprowadzenie nie będzie stanowiło zatrzymania (pozbawienia wolności)¹⁶. Jeżeli jednak taki transport cudzoziemca do określonego miejsca odbywa się wbrew jego woli lub bez jego zgody, przy zastosowaniu środków przymusu lub groźby ich użycia, w obecności funkcjonariuszy Straży Granicznej, to sytuację taką należy kwalifikować jako pozbawienie wolności (zatrzymanie). Dochodzi bowiem wówczas do zobowiązania cudzoziemca do pozostania w określonej, ograniczonej przestrzeni (samochód), przy zastosowaniu środków przymusu lub groźby ich użycia, bez zgody lub wbrew woli

¹⁶ Taka sytuacja może wystąpić np. w niektórych stanach faktycznych objętych zakresem zastosowania art. 35 u.c. Przepis ten pozwala Straży Granicznej na „zatrzymanie” cudzoziemca, który nieumyślnie przekroczył granicę państwa i znalazł się po stronie polskiej w strefie nadgranicznej. „Zatrzymanie” to winno być zakończone niezwłocznym doprowadzeniem do granicy. Takie „zatrzymanie”, jeżeli jest ograniczone do poinformowania cudzoziemca, że nieumyślnie przekroczył granicę, a następnie do odprowadzenia lub odwiezienia go za jego zgodą do granicy, nie będzie stanowiło jednak pozbawienia wolności w rozumieniu art. 41 ust. 1 i 2 Konstytucji czy art. 5 ust. 1 EKPC.

cudzoziemca, zaś dodatkowo cudzoziemiec w sposób ciągły pozostaje pod bezpośrednią kontrolą funkcjonariuszy Straży Granicznej, którzy go transportują. Taka sytuacja spełnia wszystkie kryteria pozbawienia wolności w rozumieniu art. 41 ust. 1 i 2 Konstytucji i art. 5 ust. EKPC, chociażby funkcjonariusze Straży Granicznej wyrażali odmienną, subiektywną ocenę czy też zaniechali dopełnienia czynności formalnych wymaganych dla ustawowego trybu zatrzymania. Należy przypomnieć, że ETPC kwalifikował już jako pozbawienie wolności sytuację, w której osoba była krótko transportowana do innego miasta, ale po uprzednim zabraniu do samochodu wbrew jej woli i pod kontrolą funkcjonariuszy publicznych¹⁷. Innymi słowy, czynność zwykłego doprowadzenia, niebędącego pozbawieniem wolności, należy odróżnić od czynności przymusowego doprowadzenia, łączącego się immanentnie z zatrzymaniem (pozbawieniem wolności).

Mając na uwadze fakt, że cudzoziemcy przekraczający granicę państwową mogą niekiedy wymagać transportu do podmiotu wykonującego działalność leczniczą, przede wszystkim szpitala, celem udzielenia im adekwatnej pomocy medycznej w razie zagrożenia dla życia lub poważnego uszczerbku na zdrowiu, należy pamiętać, że nie jest wykluczone dokonanie zatrzymania (pozbawienia wolności) przez funkcjonariuszy Straży Granicznej także cudzoziemca znajdującego się w szpitalu. Jeżeli bowiem cudzoziemiec znajdzie się na sali chorych, w której będzie w sposób ciągły pilnowany przez funkcjonariuszy Straży Granicznej, aby nie mógł opuścić szpitala, a inne osoby (spoza personelu medycznego) nie będą mogły wejść do tej sali, to sytuacja taka co do zasady będzie stanowiła pozbawienie wolności (zatrzymanie). Dochodzi bowiem wówczas do zobowiązania cudzoziemca do pozostania w określonej, ograniczonej przestrzeni (sala w szpitalu), przy zaistnieniu co najmniej groźby użycia środków przymusu w celu uniemożliwienia mu opuszczenia szpitala, zaś dodatkowo cudzoziemiec w sposób ciągły pozostaje pod bezpośrednią kontrolą funkcjonariuszy Straży Granicznej, którzy pilnują, aby nie opuścił dotychczasowego miejsca pobytu. Taka sytuacja spełnia wszystkie kryteria pozbawienia wolności w rozumieniu art. 41 ust. 1 i 2 Konstytucji i art. 5 ust. EKPC, chociażby funkcjonariusze Straży Granicznej wyrażali

¹⁷ Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 września 2010 r. w sprawie Iskandarov przeciwko Rosji, skarga nr 17185/05, pkt 140–141.

odmienną, subiektywną ocenę czy też zaniechali dopełnienia czynności formalnych wymaganych dla ustawowego trybu zatrzymania.

Należy wyraźnie podkreślić, że o zatrzymaniu (pozbawieniu wolności) cudzoziemca nie decyduje ani arbitralna ocena funkcjonariusza Straży Granicznej, ani dopełnienie czynności formalnych wymaganych dla zatrzymania, ani przetransportowanie cudzoziemca do miejsca, które jest przystosowane (przygotowane) do pobytu osób zatrzymanych. Do pozbawienia wolności (zatrzymania) jednostki przez funkcjonariuszy publicznych może dojść w każdym miejscu, w tym np. na drodze, w lesie, w budynku Straży Granicznej czy w szpitalu. Jeżeli tylko cudzoziemiec jest zobowiązany do pozostania w określonej, ograniczonej przestrzeni bez swojej dobrowolnie wyrażonej zgody, przy zastosowaniu środków przymusu lub groźby ich użycia, a nadto pozostaje pod ciągłą kontrolą funkcjonariuszy Straży Granicznej lub Policji, którzy pilnują, aby nie opuścił aktualnego miejsca pobytu, to każda taka sytuacja co do zasady stanowi pozbawienie wolności (zatrzymanie) w rozumieniu art. 41 ust. 1 i 2 Konstytucji oraz art. 5 ust. 1 EKPC. Powyższe oznacza jednak, że sytuacja ta może zaistnieć tylko i wyłącznie wówczas, gdy funkcjonariusz Straży Granicznej będzie miał ustawowe uprawnienie do pozbawienia wolności (zatrzymania) cudzoziemca w danego rodzaju okolicznościach, a następnie dopełni wszystkich obowiązków związanych z procedurą zatrzymania.

Obowiązujące przepisy nie pozostawiają wątpliwości, że Straż Graniczna w wypadkach wskazanych w ustawie posiada uprawnienie do zatrzymywania osób, w tym cudzoziemców. Funkcjonariusz Straży Granicznej może z niego skorzystać podczas wykonywania zadań określonych w art. 1 ust. 2 ustawy z 12 X 1990 r. o Straży Granicznej¹⁸. Odniesienie podstaw zatrzymania do zakresu zadań Straży Granicznej jest o tyle istotne, że realizacja tych zadań nie jest ograniczona do samej granicy państwowej czy też szerzej – strefy przygranicznej. Niektóre z zadań Straż Graniczna może realizować na obszarze całego kraju, np. zapobieganie i przeciwdziałanie nielegalnej migracji poprzez kontrolę przestrzegania przepisów dotyczących pobytu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 1 ust. 2 pkt 2a lit. a u.S.G.) czy też rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw i wykroczeń

¹⁸ Dz.U. 2021, poz. 1486 ze zm., dalej: u.S.G.

oraz ściganie ich sprawców, w zakresie właściwości Straży Granicznej (art. 1 ust. 2 pkt 4 u.S.G.).

W konsekwencji prawidłowa rekonstrukcja uprawnień Straży Granicznej do pozbawiania wolności osób, w tym także cudzoziemców, musi uwzględniać zarówno treść ustawowych przesłanek uprawniających funkcjonariuszy Straży Granicznej do zatrzymania określonych osób, jak i cel (zadanie), któremu dany wypadek zatrzymania ma służyć. Za niezgodne z prawem należy uznać te sytuacje, w których do pozbawienia wolności jednostki w drodze działań funkcjonariuszy Straży Granicznej doszłoby z powodu potrzeby realizacji celu czy też zadania, dla wykonania którego ustawa nie zezwala na zastosowanie środka izolacyjnego. Innymi słowy, zatrzymanie cudzoziemca przez funkcjonariusza Straży Granicznej w danych okolicznościach może nastąpić tylko w celu, dla którego realizacji w tych okolicznościach ustawa zezwala na podjęcie czynności prowadzących do pozbawienia wolności.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 5a u.S.G. funkcjonariusze Straży Granicznej posiadają prawo do zatrzymywania osób stwarzających w sposób oczywisty bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego, a także dla mienia. Powyższa możliwość pozbawienia wolności osobistej, określana mianem zatrzymania porządkowego lub prewencyjnego, jest analogiczna do uprawnień funkcjonariuszy Policji określonych w art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z 6 IV 1990 r. o Policji¹⁹. Celem zatrzymania prewencyjnego jest tylko i wyłącznie zapobieżenie materializacji niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia ludzkiego (ewentualnie mienia), zarówno dla samej osoby zatrzymanej, jak i innych osób, oraz umożliwienie podjęcia działań w kierunku eliminacji lub minimalizacji tego niebezpieczeństwa. Zatrzymanie prewencyjne nie może być wykorzystane do innego celu niż sama minimalizacja niebezpieczeństwa do charakteru lub stopnia pozwalającego na powrót jednostki do funkcjonowania w warunkach wolnościowych.

Nie jest wykluczone zastosowanie przez funkcjonariuszy Straży Granicznej zatrzymania prewencyjnego określonego w art. 11 ust. 1 pkt 5a u.S.G. wobec cudzoziemców. Część z nich może się bowiem znajdować w sytuacji bezpośredniego zagrożenia dla życia lub zdrowia, w szczególności z uwagi na stan zdrowia czy warunki, w jakich przebywają. Niemniej konieczne jest uczynienie trzech zastrzeżeń w tym kontekście.

¹⁹ Dz.U. 2021, poz. 1882 ze zm., dalej: ustawa o Policji.

Po pierwsze, samo istnienie zagrożenia dla życia lub zdrowia danej osoby nie jest wystarczającą przesłanką do uznania, że funkcjonariusze Straży Granicznej posiadają uprawnienie do zatrzymania (pozbawienia wolności) takiej osoby. Konieczność poszanowania godności ludzkiej oraz ochrona wolności osobistej jednostki wymagają bowiem przyjęcia, że zatrzymanie prewencyjne w celu ochrony wyłącznie życia lub zdrowia osoby zatrzymywanej jest możliwe tylko wówczas, gdy zostanie poprzedzone ustaleniem, że dana osoba utraciła możliwość właściwego sposobu kształtowania swojego postępowania w kierunku ochrony własnego życia lub zdrowia²⁰. Innymi słowy, zatrzymanie prewencyjne jest możliwe co najwyżej w stosunku do tych osób, które ze względu na wiek lub stan zdrowia nie mają możliwości pełnego rozeznania sytuacji, w jakiej się znaleźli.

Po drugie, zgodnie z art. 11 ust. 1a u.S.G. zatrzymanie może być stosowane tylko wówczas, gdy inne środki okazały się bezcelowe lub nieskuteczne. Przepis ten statuuje zasadę *ultima ratio* pozbawienia wolności. W konsekwencji nawet w wypadku stwierdzenia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia cudzoziemca oraz braku możliwości kształtowania przez niego swojego postępowania zatrzymanie przez funkcjonariusza Straży Granicznej może być wykonane jedynie wówczas, gdy inne metody zapewnienia cudzoziemcowi stanu bezpieczeństwa okażą się nieskuteczne lub niewystarczające. Wydaje się, że w znacznej liczbie wypadków skutek ten, zamiast poprzez pozbawienie wolności, będzie można jednak osiągnąć poprzez transport cudzoziemca do podmiotu wykonującego działalność leczniczą, w szczególności szpitala, czy też wezwanie zespołu wyjazdowego ratownictwa medycznego. Istnienie możliwości udzielenia pomocy medycznej przez wyspecjalizowane służby co do zasady będzie wykluczało dopuszczalność tzw. zatrzymania prewencyjnego.

W końcu, po trzecie, dopuszczalność dokonania przez funkcjonariuszy Straży Granicznej zatrzymania prewencyjnego (porządkowego) cudzoziemca ograniczona jest do realizacji celu, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa dla życia i zdrowia danej osoby. W konsekwencji nie jest dopuszczalne wykorzystanie art. 11 ust. 1a u.S.G. jako podstawy do dokonania zatrzymania do następczej realizacji zupełnie innych celów,

²⁰ Zob. T. Sroka, *Prewencyjne...*, s. 315–316.

w szczególności doprowadzenia do granicy. W takim wypadku pozbawienie wolności należy uznać za niezgodne z prawem.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 5 u.S.G. funkcjonariusze Straży Granicznej mają możliwość zatrzymywania osób także w trybie i w przypadkach określonych w Kodeksie postępowania karnego i innych ustawach. Odesłanie do art. 244 § 1 ustawy z 6 VI 1997 r. – Kodeks postępowania karnego²¹ wskazuje, że funkcjonariusz Straży Granicznej posiada uprawnienie do zatrzymania (pozbawienia wolności) zarówno cudzoziemca, jak i obywatela polskiego, gdy istnieje uzasadnione przypuszczenie, że osoba ta popełniła przestępstwo, zachodzi obawa ucieczki lub ukrycia się tej osoby albo zatarcia śladów przestępstwa bądź też nie można ustalić jej tożsamości albo istnieją przesłanki do przeprowadzenia przeciwko tej osobie postępowania w trybie przyspieszonym. Powyższa podstawa dla możliwości dokonania zatrzymania tzw. procesowego, w szczególności cudzoziemców, wymaga doprecyzowania w dwóch aspektach.

Po pierwsze, art. 11 ust. 1 u.S.G. wprost stanowi, że wszystkie uprawnienia funkcjonariuszy Straży Granicznej, w tym do zatrzymywania osób, mogą być realizowane tylko w toku wykonywania zadań określonych w art. 1 ust. 2 u.S.G. Przepis ten wyraźnie wskazuje, że zadania związane z rozpoznawaniem, zapobieganiem i wykrywaniem przestępstw dotyczą wyłącznie czynów zabronionych związanych z właściwością Straży Granicznej, których przykładowy katalog został wskazany w art. 1 ust. 2 pkt 4 i 4a u.S.G. Oznacza to, że nawet w sytuacji nabycia przez funkcjonariuszy Straży Granicznej wiedzy, że określona osoba mogła popełnić przestępstwo, nie istnieje możliwość dokonania zatrzymania tej osoby przez funkcjonariusza Straży Granicznej jako organ władzy publicznej, jeżeli przestępstwo, które miało być popełnione, nie jest związane z działalnością Straży Granicznej, a w szczególności nie znajduje się w katalogu z art. 1 ust. 2 pkt 4 i 4a u.S.G.

Oczywiście, w wypadku przestępstw spoza katalogu z art. 1 ust. 2 pkt 4 i 4a u.S.G. nie jest wykluczone dokonanie przez funkcjonariusza Straży Granicznej tzw. ujęcia obywatelskiego z art. 243 § 1 k.p.k. Wówczas jednak funkcjonariusz ten nie działa jako organ władzy publicznej, a samo ujęcie może być dokonane jedynie na gorącym uczynku przestępstwa lub w pościgu podjętym bezpośrednio po jego popełnieniu

²¹ Dz.U. 2021, poz. 534 ze zm., dalej: k.p.k.

oraz tylko wówczas, gdy zachodzi obawa ukrycia się tej osoby lub nie można ustalić jej tożsamości. W takim wypadku funkcjonariusz Straży Granicznej, jak każdy, ma jednak obowiązek – stosownie do art. 243 § 2 k.p.k. – osobę ujętą niezwłocznie oddać w ręce Policji.

Po drugie, zatrzymanie przez funkcjonariusza Straży Granicznej osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa może być dokonane tylko w ściśle określonym celu. Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 5b lit. a u.S.G. osoby, które zatrzymano na podstawie art. 11 ust. 1 pkt 5 u.S.G., funkcjonariusz Straży Granicznej winien doprowadzić do właściwego organu Straży, sądu lub prokuratury. W wypadku osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa chodzi zatem o realizację celu w postaci doprowadzenia do prokuratury. W konsekwencji nie jest dopuszczalne zatrzymanie przez funkcjonariusza Straży Granicznej określonej osoby, w szczególności cudzoziemca, na podstawie art. 11 ust. 1 pkt 5 u.S.G. w związku z art. 244 § 1 k.p.k. w innym celu niż doprowadzenie do organu powołanego do ścigania przestępstw (prokuratora).

W wypadku cudzoziemców podejrzanych o to, że mogli oni nielegalnie (niezgodnie z przepisami) przekroczyć granicę państwową, co do zasady podstawa do zatrzymania określona w art. 11 ust. 1 pkt 5 u.S.G. w związku z art. 244 § 1 k.p.k. nie będzie spełniona, gdyż przekraczanie granicy Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom ustawy przestało być przestępstwem w 2005 r. W przypadku osób, co do których będzie istniało uzasadnione podejrzenie, że przekroczyły granicę, „używając przemocy, groźby, podstępów lub we współdziałaniu z innymi osobami” lub dokonały zniszczenia ogrodzenia na granicy, zaś rozmiar zniszczeń przekracza 500 zł, a zatem jest uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa z art. 264 § 2 lub art. 288 § 1 ustawy z 6 VI 1997 r. – Kodeks karny²², pojawi się możliwość dokonania przez funkcjonariuszy Straży Granicznej zatrzymania na podstawie art. 11 ust. 1 pkt 5 u.S.G. w związku z art. 244 § 1 k.p.k. (oczywiście przy spełnieniu pozostałych przesłanek określonych w tym ostatnim przepisie). Niemniej zatrzymania tego będzie można dokonać, stosownie do art. 11 ust. 1 pkt 5b lit. a u.S.G., jedynie w celu doprowadzenia tej osoby do prokuratury, a nie w innym, np. doprowadzenia na granicę.

Artykuł 11 ust. 1 pkt 5 u.S.G. upoważnia funkcjonariuszy Straży Granicznej do zatrzymywania osób także w trybie i w przypadkach

²² Dz.U. 2021, poz. 2345 ze zm., dalej: k.k.

określonych w innych ustawach niż k.p.k., przy czym pojęcie „innej ustawy” należy wyklądać przy uwzględnieniu konstytucyjnej zasady legalizmu, a zatem zgodnie z zasadą, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Nie chodzi zatem o jakikolwiek przepis prawa, który zezwala na zastosowanie wobec jednostki środka polegającego na pozbawieniu wolności, ale o taki, który wyraźnie ustanawia uprawnienie dla funkcjonariuszy Straży Granicznej do podjęcia wobec jednostki działań, które mogą skutkować pozbawieniem wolności (zatrzymaniem). Pod pojęciem „innej ustawy” należy zatem rozumieć taką ustawę, która wprost przyznaje kompetencję funkcjonariuszom Straży Granicznej do możliwości zatrzymania określonej osoby w określonych okolicznościach faktycznych.

Teoretycznie wydawałoby się, że taką podstawą mogą być przepisy Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia, bowiem skoro wykroczeniem jest przekraczanie granicy Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom ustawy (a także usiłowanie i pomocnictwo do tego czynu), to naturalnie powstaje pytanie o dopuszczalność zastosowania przez funkcjonariuszy Straży Granicznej na podstawie art. 45 § 1 ustawy z 24 VIII 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia²³, a zatem na gorącym uczynku. Z jednej strony do zadań Straży Granicznej należy m.in. rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie wykroczeń dotyczących zgodności przekraczania granicy państwowej z przepisami oraz ściganie ich sprawców²⁴, a Straż Graniczna – na podstawie art. 17 § 3 k.p.w. – może pełnić rolę oskarżyciela publicznego w sprawach o wykroczenia, gdy w zakresie swego działania ujawniła wykroczenia i wystąpiła z wnioskiem o ukaranie. Z drugiej strony samo uprawnienie do ścigania sprawców wykroczeń dotyczących zgodności przekraczania granicy państwowej z przepisami, a także możliwość pełnienia funkcji oskarżyciela publicznego w tego typu sprawach nie oznacza automatycznie przyznania funkcjonariuszom Straży Granicznej kompetencji do zatrzymywania sprawców wykroczeń. Takie uprawnienie musi być bowiem *expressis verbis* przyznane ww. funkcjonariuszom przez ustawę. Tymczasem ani k.p.w., ani u.S.G., ani ustawa o cudzoziemcach, ani żadna inna nie przewidują uprawnienia funkcjonariuszy Straży Granicznej

²³ Dz.U. 2021, poz. 457 ze zm., dalej: k.p.w.

²⁴ Zob. art. 1 ust. 2 pkt 4 lit a u.S.G.

do zatrzymywania osób podejrzanych o popełnienie wykroczenia dotyczącego zgodności przekraczania granicy państwowej z przepisami, jeżeli celem tego zatrzymania miałyby być prowadzenie czynności wyjaśniających w kierunku złożenia wniosku o ukaranie za popełnienie wykroczenia.

Należy jedynie zastrzec, że powyższe nie wyklucza dokonania przez funkcjonariusza Straży Granicznej tzw. ujęcia obywatelskiego z art. 45 § 2 k.p.w. w związku z art. 243 § 1 k.p.k. Wówczas jednak funkcjonariusz ten nie działa jako organ władzy publicznej, a samo ujęcie może być dokonane jedynie na gorącym uczynku wykroczenia lub w pościgu podjętym bezpośrednio po popełnieniu wykroczenia oraz gdy zachodzi obawa ukrycia się tej osoby lub nie można ustalić jej tożsamości. W takim wypadku funkcjonariusz Straży Granicznej, jak każdy, ma obowiązek – stosownie do art. 45 § 2 k.p.w. w związku z art. 243 § 2 k.p.k. – osobę ujętą niezwłocznie oddać w ręce Policji.

Niewątpliwie do innych ustaw w rozumieniu art. 11 ust. 1 pkt 5 u.S.G., uprawniających funkcjonariuszy Straży Granicznej do dokonywania zatrzymań, należy zaliczyć wypadki określone w art. 394 ust. 1 i 1a ustawy z 12 XII 2013 r. o cudzoziemcach²⁵. Straż Graniczna może zatem zatrzymać cudzoziemca na okres nieprzekraczający 48 godzin, gdy: 1) zachodzą wobec niego okoliczności uzasadniające wydanie mu decyzji o zobowiązaniu do powrotu, 2) cudzoziemiec uchyla się od wykonania obowiązków określonych w wydanej mu decyzji o zobowiązaniu do powrotu, 3) cudzoziemiec nie wywiązuje się z obowiązków określonych w postanowieniu o zastosowaniu wobec niego środków z art. 398 ust. 2 u.c., 4) pojawia się potrzeba przymusowego wykonania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, 5) istnieje potrzeba przekazania cudzoziemca do innego państwa na podstawie prawa Unii Europejskiej (rozporządzenie 604/2013) lub umowy międzynarodowej o przekazywaniu i przyjmowaniu osób.

Odnosząc powyższe wypadki do sytuacji na granicy polsko-białoruskiej, należy przede wszystkim zwrócić uwagę na art. 394 ust. 1 u.c. w zakresie, w jakim zezwala on na zatrzymanie na czas do 48 godzin cudzoziemca, wobec którego zachodzą okoliczności uzasadniające wydanie mu decyzji o zobowiązaniu do powrotu. Decyzję taką wydaje się

²⁵ Dz.U. 2021, poz. 2354 ze zm., dalej: u.c.

m.in. cudzoziemcowi, który przekroczył lub usiłował przekroczyć granicę wbrew przepisom ustawy²⁶. O ile zatem Straż Graniczna nie ma kompetencji do zatrzymania (pozbawienia wolności) cudzoziemca, który przekroczył lub usiłował przekroczyć granicę wbrew przepisom ustawy, jako sprawca wykroczenia z art. 49a § 1 ustawy z 20 V 1971 r. – Kodeks wykroczeń²⁷, w celu podjęcia czynności wyjaśniających mających prowadzić do złożenia do sądu wniosku o ukaranie za popełnienie wykroczenia, o tyle może – co do zasady – zatrzymać tego cudzoziemca w celu podjęcia czynności w kierunku wydania wobec niego decyzji o zobowiązaniu go do powrotu. W takim wypadku zatrzymanie może być realizowane jedynie w celu doprowadzenia cudzoziemca do organu Straży Granicznej²⁸, ewentualnie – gdy do zatrzymania doszło w strefie nadgranicznej, a cudzoziemiec przekroczył granicę nieumyślnie – w celu niezwłocznego doprowadzenia do granicy²⁹.

Należy podkreślić, że art. 394 ust. 1 u.c. wyraźnie stanowi, że zatrzymanie może dotyczyć tylko i wyłącznie cudzoziemca, wobec którego zachodzą okoliczności uzasadniające wydanie mu decyzji o zobowiązaniu go do powrotu. *A contrario* uprawnienie funkcjonariuszy Straży Granicznej do zatrzymywania cudzoziemców nie dotyczy sytuacji, w której nie ma podstaw do wydania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu albo w której istnieją podstawy do wydania innego rozstrzygnięcia niż decyzja o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu. W wypadku gdy wobec cudzoziemca zachodzą podstawy do wydania innego rozstrzygnięcia niż decyzja o zobowiązaniu do powrotu, obecne przepisy nie przyznają funkcjonariuszom Straży Granicznej możliwości zatrzymania (pozbawienia wolności) cudzoziemca.

Obowiązujący stan prawny przewiduje możliwość wydania wobec cudzoziemca, oczywiście po spełnieniu przesłanek materialnoprawnych, trzech rodzajów rozstrzygnięć, które mają uniemożliwić mu wjazd lub dalszy pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Są to: 1) decyzja o odmowie wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej³⁰, 2) decyzja o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu³¹ oraz 3) postanowienie

²⁶ Zob. art. 302 ust. 1 pkt 10 u.c.

²⁷ Dz.U. 2021, poz. 2008 ze zm., dalej: k.w.

²⁸ Zob. art. 11 ust. 1 pkt 5b lit. b u.S.G.

²⁹ Zob. art. 35 ust. 1 u.c.

³⁰ Zob. art. 28 u.c.

³¹ Zob. art. 302 u.c.

o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej³². Uprawnienie funkcjonariuszy Straży Granicznej do zatrzymywania, wynikające z art. 394 ust. 1 u.c., dotyczy wyłącznie osób, wobec których zachodzą okoliczności uzasadniające wydanie decyzji o zobowiązaniu ich do powrotu. Funkcjonariusze Straży Granicznej nie mają tym samym ustawowej kompetencji do zatrzymania cudzoziemca, jeżeli zachodzą okoliczności uzasadniające wydanie jedynie decyzji o odmowie wjazdu na terytorium Polski lub postanowienia o opuszczeniu terytorium państwa.

W tym kontekście należy podkreślić, że ustawa o cudzoziemcach wyraźnie zastrzega, że brak podstaw do wydania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, jeżeli został on zatrzymany³³ niezwłocznie po przekroczeniu wbrew przepisom prawa granicy stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu art. 2 pkt 2 kodeksu granicznego Schengen³⁴. Wówczas bowiem, zamiast decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, wydaje się postanowienie o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej³⁵. Oznacza to, że w obowiązujących przepisach nie ma podstaw materialnoprawnych do zatrzymania (pozbawienia wolności) przez funkcjonariuszy Straży Granicznej osób, wobec których istnieją podstawy do wydania postanowienia o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ale nie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu. Dotyczy to także sytuacji, w której owo zatrzymanie miałyby być dokonane jedynie w celu niezwłocznego doprowadzenia do granicy.

Artykuł 394 ust. 1a pkt 1 u.c. stanowi, że Straż Graniczna posiada uprawnienie do zatrzymania cudzoziemca na okres nie dłuższy niż 48 godzin, w celu przymusowego wykonania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu. Ustawa nie przyznaje jednak funkcjonariuszom Straży Granicznej kompetencji do zatrzymywania cudzoziemców w celu przymusowego wykonania innych rozstrzygnięć niż ww. decyzja. Wynika z tego, że o ile w stosunku do cudzoziemca, który został zatrzymany niezwłocznie po przekroczeniu granicy wbrew przepisom prawa stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu art. 2 pkt 2 kodeksu

³² Zob. art. 303b u.c.

³³ Należy przypomnieć, że „zatrzymanie” cudzoziemca niezwłocznie po przekroczeniu granicy, podobnie jak zatrzymanie samochodu do kontroli drogowej czy zatrzymanie przechodnia dla weryfikacji tożsamości, nie oznacza jeszcze pozbawienia wolności.

³⁴ Zob. art. 302 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 303 ust. 1 pkt 9a u.c.

³⁵ Zob. art. 303b ust. 1 u.c.

granicznego Schengen, istnieją podstawy materialnoprawne do wydania wobec niego postanowienia o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej³⁶, o tyle funkcjonariusze Straży Granicznej nie posiadają żadnego uprawnienia do zatrzymania osoby, w stosunku do której zostało wydane postanowienie o opuszczeniu terytorium Polski, w celu przymusowego wykonania tego postanowienia.

Obowiązujące przepisy nie przewidują procedury doprowadzenia cudzoziemca do granicy w wypadku wydania postanowienia o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a tym bardziej przymusowego doprowadzenia, które w sposób konieczny łączy się z zatrzymaniem (pozbawieniem wolności). O ile z uzasadnienia projektu ustawy, która wprowadziła do porządku prawnego procedurę wydawania postanowienia o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zdaje się wynikać, że jest to jeden z rodzajów postępowań zmierzających do zobowiązania cudzoziemca do powrotu³⁷, co mogłoby rodzić pokusę skorzystania – na zasadzie analogii – z przepisów prawnych dotyczących wykonywania, w tym przymusowego wykonywania, decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, o tyle w odniesieniu do środków, które miałyby przybrać formę zatrzymania (pozbawienia wolności) jest to niedopuszczalne. Artykuł 41 ust. 1 Konstytucji i art. 5 ust. 4 EKPC wymagają bowiem istnienia wyraźnej podstawy ustawowej dopuszczającej pozbawienie wolności, co wyklucza odwoływanie się do analogii czy wykładni rozszerzającej na niekorzyść jednostki³⁸. Skoro ustawa wyraźnie odróżnia cudzoziemca, wobec którego zachodzą przesłanki do wydania decyzji o zobowiązaniu go do powrotu lub też wobec którego zachodzi potrzeba przymusowego wykonania tej decyzji, od cudzoziemca, wobec którego zachodzą przesłanki lub zostało wydane postanowienie o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a jednocześnie art. 394 ust. 1 i 1a pkt 1 u.c. wyraźnie zezwala na pozbawienie wolności (zatrzymanie) jedynie cudzoziemca, wobec którego zachodzą przesłanki

³⁶ Poza zakresem rozważań pozostawiam zgodność tego typu działania z międzynarodowym standardem ochrony praw człowieka.

³⁷ Zob. *Projekt ustawy – o zmianie ustawy – o cudzoziemcach oraz ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*, druk nr 1507, Sejm IX kadencji, s. 3.

³⁸ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 listopada 2012 r., SK 3/12; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2019 r., III CZP 75/18; T. Sroka, *Prewencyjne...*, s. 305.

do wydania decyzji o zobowiązaniu go do powrotu lub też wobec którego zachodzi potrzeba przymusowego wykonania tej decyzji, to niedopuszczalne jest – na zasadzie analogii czy wykładni rozszerzającej – poszerzenie uprawnień funkcjonariuszy Straży Granicznej także do zatrzymywania (pozbawiania wolności) osób, wobec których zachodzą przesłanki jedynie do wydania postanowienia o opuszczeniu terytorium Polski (ale nie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu) lub też potrzeba przymusowego wykonania tego postanowienia. Innymi słowy, art. 394 ust. 1a pkt 1 u.c. nie stanowi podstawy do przymusowego doprowadzenia, łączącego się z zatrzymaniem (pozbawieniem wolności), cudzoziemca do granicy w celu wykonania postanowienia o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Co więcej, w obowiązujących przepisach nie ma podstaw do podejmowania działań w kierunku zatrzymania i przymusowego doprowadzenia do granicy w celu wykonania postanowienia o opuszczeniu terytorium Polski nie tylko przez funkcjonariuszy Straży Granicznej, ale także funkcjonariuszy Policji i innych służb mundurowych.

Przenosząc powyższe uwagi na sytuację, jaka ma miejsce na granicy polsko-białoruskiej, należy zwrócić uwagę, że jest to granica zewnętrzna Unii Europejskiej w rozumieniu art. 2 pkt 2 kodeksu granicznego Schengen. Oznacza to, że w wypadku „zatrzymania” (niebędącego pozbawieniem wolności) cudzoziemca niezwłocznie po przekroczeniu przez niego tej granicy nie ma podstaw do wydania wobec niego decyzji o zobowiązaniu go do powrotu. Ustawa przewiduje w takim wypadku wydanie zupełnie innego rozstrzygnięcia, a mianowicie postanowienia o opuszczeniu przez niego terytorium Rzeczypospolitej Polskiej³⁹. Powyższe powoduje, że co do zasady funkcjonariusze Straży Granicznej nie posiadają ustawowej kompetencji do zatrzymania (pozbawienia wolności) takiego cudzoziemca, nawet jeżeli niezgodnie z przepisami przekroczył on granicę. Ustawa nie dopuszcza bowiem podejmowania przez funkcjonariusza Straży Granicznej czynności prowadzących do pozbawienia wolności cudzoziemców, gdy zachodzą okoliczności do wydania postanowienia o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ale nie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu⁴⁰, lub w celu przymusowego

³⁹ Zob. art. 303b ust. 1 u.c.

⁴⁰ Zob. art. 394 ust. 1 u.c.

wykonania postanowienia o opuszczeniu terytorium Polski, ale nie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu⁴¹, lub też w celu prowadzenia czynności wyjaśniających w kierunku złożenia wniosku o ukaranie za popełnienie wykroczenia dotyczącego zgodności przekraczania granicy państwowej z przepisami⁴². Nawet gdyby w ostatnim z wypadków funkcjonariusz Straży Granicznej dokonał tzw. ujęcia obywatelskiego na podstawie art. 45 § 2 k.p.w. w związku z art. 243 § 1 k.p.k. i niezwłocznie przekazał cudzoziemca w ręce Policji lub też sam funkcjonariusz Policji dokonał zatrzymania cudzoziemca w trybie art. 45 § 1 k.p.w., to takie zatrzymanie (pozbawienie wolności) może być dokonane wyłącznie w celu podjęcia czynności wyjaśniających zmierzających do złożenia wniosku o ukaranie za popełnione wykroczenie. Funkcjonariusz Policji, podobnie jak funkcjonariusz Straży Granicznej, nie ma bowiem jakichkolwiek ustawowych uprawnień do zatrzymywania (pozbawiania wolności) cudzoziemców zatrzymanych niezwłocznie po przekroczeniu granicy zewnętrznej w rozumieniu art. 2 pkt 2 kodeksu granicznego Schengen ani w celu niezwłocznego doprowadzenia do granicy, ani w celu przymusowego wykonania postanowienia o opuszczeniu terytorium Polski.

W końcu należy podkreślić, że dokonanie zatrzymania (pozbawienia wolności) cudzoziemca przez funkcjonariusza Straży Granicznej, poza przypadkami wyżej opisanymi, a w szczególności, gdy zachodziły podstawy jedynie do wydania postanowienia o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (a nie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu) lub w celu przymusowego wykonania tego postanowienia, będzie stanowiło niezgodne z prawem pozbawienie wolności, gdyż dojdzie do niego bez podstawy prawnej. W takiej sytuacji cudzoziemcowi, stosownie do art. 41 ust. 5 Konstytucji i art. 5 ust. 4 EKPC, przysługiwać będzie odszkodowanie od Skarbu Państwa, zaś działania funkcjonariusza Straży Granicznej będą wymagały analizy pod kątem realizacji znamion przestępstwa bezprawnego pozbawienia wolności w wyniku przekroczenia uprawnień (art. 189 § 1 w związku z art. 231 § 1 k.k.).

Jeżeli zostały spełnione przesłanki materialnoprawne dopuszczające zatrzymanie (pozbawienie wolności) przez funkcjonariusza Straży Granicznej określonego cudzoziemca w danych okolicznościach,

⁴¹ Zob. art. 394 ust. 1a pkt 1 u.c.

⁴² Zatrzymania w tym celu może dokonać jedynie funkcjonariusz Policji – zob. art. 45 § 1 k.p.w.

funkcjonariusz ma obowiązek dopełnić wszystkie wymogi proceduralne, jakie ustawa przewiduje dla dokonania czynności zatrzymania (pozbawienia wolności), a które mają chronić jednostkę przed arbitralnym (niezgodnym z prawem lub nieproporcjonalnym) pozbawieniem wolności.

Niezależnie od tego, czy podstawą zatrzymania cudzoziemca przez Straż Graniczną jest art. 11 ust. 1 pkt 5a u.S.G., czy art. 11 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 244 § 1 k.p.k., czy też art. 11 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 394 ust. 1 i 1a u.c., osobie zatrzymanej zawsze przysługują uprawnienia przewidziane dla osoby zatrzymanej w k.p.k.⁴³ Oznacza to, że każdego zatrzymanego cudzoziemca należy natychmiast poinformować o przyczynach zatrzymania i o przysługujących mu prawach, w tym o prawie do skorzystania z pomocy adwokata lub radcy prawnego oraz do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli nie włada on w wystarczającym stopniu językiem polskim⁴⁴, a na jego żądanie niezwłocznie umożliwić mu nawiązanie kontaktu z adwokatem lub radcą prawnym⁴⁵. Prawidłowa realizacja obowiązku informacyjnego w wypadku cudzoziemców oznacza, że każda osoba zatrzymana „musi zostać poinformowana prostym, nietechnicznym językiem, który jest dla niej zrozumiały, o podstawowych prawnych i faktycznych podstawach jej aresztowania, tak aby mogła, jeśli uzna to za stosowne, zwrócić się do sądu o zakwestionowanie jego zgodności z prawem”⁴⁶. Z zatrzymania obowiązkowo należy sporządzić protokół, zawierający dane wskazane w art. 244 § 3 k.p.k., którego odpis należy doręczyć zatrzymanemu.

Z powyższego wynika, że niezależnie od tego, czy zatrzymanie (pozbawienie wolności) realizowane jest w miejscach instytucjonalnie do tego przeznaczonych (np. pomieszczenia przeznaczone dla osób zatrzymanych, strzeżony ośrodek dla cudzoziemców lub areszt dla

⁴³ Zob. art. 11 ust. 1c u.S.G., art. 395 ust. 1 u.c. i art. 244 i n. k.p.k. *in fine*.

⁴⁴ Zob. art. 244 § 2 k.p.k.

⁴⁵ Zob. art. 245 § 1 k.p.k.

⁴⁶ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 5 lutego 2002 r. w sprawie Čonka przeciwko Belgii, skarga nr 51564/99, pkt 50; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 2 grudnia 2008 r. w sprawie Rusu przeciwko Austrii, skarga nr 34082/02, pkt 36; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 31 lipca 2012 r. w sprawie Liuiza przeciwko Litwie, skarga nr 13472/06, pkt 67; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 lipca 2013 r. w sprawie M.A. przeciwko Cyprowi, skarga nr 41872/10, pkt 227; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 15 grudnia 2016 r. w sprawie Khlaifia i inni przeciwko Włochom, skarga nr 16483/12, pkt 115.

cudzoziemców), czy też w miejscach *ad hoc* wykorzystanych do podjęcia tego rodzaju czynności względem cudzoziemców (np. droga, las, szpital), obowiązkiem funkcjonariuszy Straży Granicznej jest dopełnienie wszystkich ww. obowiązków związanych z realizacją procedury zatrzymania, a w szczególności właściwe poinformowanie cudzoziemca w zrozumiałym dla niego języku o przyczynach zatrzymania, umożliwienie mu kontaktu z adwokatem lub radcą prawnym oraz sporządzenie protokołu zatrzymania, zawierającego wszystkie dane wymagane zgodnie z art. 244 § 3 k.p.k. Należy podkreślić, że dokonanie zatrzymania (pozbawienia wolności) cudzoziemca w miejscu, które nie jest przystosowane do wykonywania takich czynności (np. droga, las, szpital), w żadnym stopniu nie zwalnia funkcjonariuszy Straży Granicznej od wykonania któregokolwiek z ww. obowiązków.

Ustawy szczególne zawierają dodatkowe gwarancje dla cudzoziemców w razie dokonania ich zatrzymania (pozbawienia wolności). Przed wszystkim osobę zatrzymaną należy niezwłocznie poddać – w razie uzasadnionej potrzeby – badaniu lekarskiemu lub udzielić jej pierwszej pomocy medycznej⁴⁷, zaś w wypadku zatrzymania małoletniego cudzoziemca przebywającego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez opieki Straż Graniczna ma obowiązek wystąpić do sądu właściwego ze względu na miejsce zatrzymania małoletniego cudzoziemca z wnioskiem o umieszczenie go w placówce opiekuńczo-wychowawczej lub w strzeżonym ośrodku⁴⁸.

Najistotniejszą gwarancją proceduralną przed arbitralnym pozbawieniem wolności, jaka musi być zapewniona każdej osobie zatrzymanej (pozbawionej wolności) stosownie do art. 41 ust. 2 Konstytucji i art. 5 ust. 4 EKPC, jest możliwość zainicjowania niezwłocznie przez osobę zatrzymaną kontroli sądowej zgodności z prawem pozbawienia wolności. W związku z tym każdej osobie zatrzymanej, w tym cudzoziemcowi, musi być zapewnione prawo odwołania do sądu w celu ustalenia legalności pozbawienia wolności.

Niemniej w wypadku zatrzymania (pozbawienia wolności) cudzoziemców przez funkcjonariuszy Straży Granicznej pojawia się istotna wątpliwość interpretacyjna. O ile przyznanie każdej osobie zatrzymanej

⁴⁷ Zob. art. 11 ust. 3 u.S.G.

⁴⁸ Zob. art. 397 ust. 1 pkt 2 u.c.

uprawnień wynikających z k.p.k. wskazuje na to, że w ich sytuacji powinien znaleźć zastosowanie art. 246 § 1 k.p.k., a tym samym możliwość złożenia zażalenia na zatrzymanie bezpośrednio do sądu, o tyle w wypadku zatrzymania cudzoziemca przez Straż Graniczną sprawę komplikuje art. 11 ust. 2a lit. a u.S.G. Przepis ten stanowi, że na sposób przeprowadzenia czynności, o których mowa w art. 11 ust. 1 pkt 5 i 5a u.S.G., a zatem wszystkich wypadków zatrzymań, do których uprawnieni są funkcjonariusze Straży Granicznej, w terminie 7 dni od dnia dokonania tej czynności przysługuje zażalenie do prokuratora właściwego ze względu na miejsce przeprowadzenia czynności. Rodzi to wątpliwość, czy ustawodawca, na zasadzie *lex specialis derogat legi generali*, nie wyłączył prawa do złożenia zażalenia na zatrzymanie do sądu na rzecz prawa do złożenia zażalenia na zatrzymanie do prokuratora. Takie rozwiązanie w sposób niebudzący wątpliwości byłoby jednak jaskrawo sprzeczne z art. 41 ust. 2 Konstytucji i art. 5 ust. 4 EKPC.

Należy pamiętać, że gwarancja prawa odwołania do sądu z art. 41 ust. 2 Konstytucji czy art. 5 ust. 4 EKPC oznacza, że osoba, która została pozbawiona wolności, musi mieć możliwość samodzielnego wszczęcia postępowania sądowego, zaś możliwość ta nie może być w żaden sposób uzależniona od uprzedniej decyzji czy zgody jakiegokolwiek innej osoby, organu lub podmiotu, w tym od uprzedniego wyczerpania jakiegokolwiek innej procedury kontrolnej⁴⁹. Jednocześnie w toku kontroli sądowej zgodności z prawem zatrzymania ocenie podlega zarówno zasadność i legalność zatrzymania, jak i jego prawidłowość (z proceduralnego punktu widzenia)⁵⁰, a art. 11 ust. 2a lit. a u.S.G. przewiduje kontrolę przez prokuratora jedynie sposobu przeprowadzenia czynności zatrzymania, a zatem jak się wydaje jego prawidłowości, a nie zasadności czy

⁴⁹ Zob. T. Sroka, *Prewencyjne...*, s. 460. Zob. także wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 28 października 2003 r. w sprawie Rakevich przeciwko Rosji, skarga nr 58973/00, pkt 44; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 8 listopada 2005 r. w sprawie Gorshkov przeciwko Ukrainie, skarga nr 67531/01, pkt 44; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie Raudevs przeciwko Łotwie, skarga nr 24086/03, pkt 82; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 września 2014 r. w sprawie O.G. przeciwko Łotwie, skarga nr 66095/09, pkt 62; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 lipca 2015 r. w sprawie Bataliny przeciwko Rosji, skarga nr 10060/07, pkt 71; P. Hofmański, w: *Konwencja...*, s. 211; D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, *Law of the European...*, s. 358.

⁵⁰ Zob. art. 246 § 1 k.p.k.

legalności. Uznanie zatem, że art. 11 ust. 2a lit. a u.S.G. miałyby wyłączać stosowanie art. 246 § 1 k.p.k., prowadziłyby nie tylko do wyłączenia kontroli sądowej zgodności z prawem pozbawienia wolności, ale także pozostawiałyby poza kontrolą zasadność i legalność zatrzymania.

Mając na uwadze powyższe, przy zastosowaniu wykładni przepisów w zgodzie z Konstytucją, należy uznać, że osobie zatrzymanej (pozbawionej wolności) przez funkcjonariusza Straży Granicznej, w tym cudzoziemcowi, przysługuje na podstawie art. 11 ust. 1c u.S.G. i art. 395 ust. 1 u.c. w związku z art. 246 § 1 k.p.k. we wszystkich wypadkach prawo złożenia zażalenia na zatrzymanie do sądu, w ramach którego może domagać się zbadania zasadności, legalności oraz prawidłowości jego zatrzymania. Niezależnie od powyższego, dodatkowo osobie zatrzymanej (pozbawionej wolności) przez Straż Graniczną, w tym cudzoziemcowi, przysługuje, na podstawie art. 11 ust. 2a lit. a u.S.G., prawo złożenia drugiego zażalenia, tam razem do prokuratora i celem zbadania jedynie sposobu przeprowadzenia czynności zatrzymania. Rolą prokuratora, w tym wypadku jako rzecznika interesu publicznego, jest kontrola sposobu podejmowania działań przez funkcjonariuszy jednej ze służb mundurowych (Straży Granicznej). Artykuł 11 ust. 2 lit. a u.S.G. nie wyłącza zatem stosowania art. 246 § 1 k.p.k., ale uzupełnia możliwość kontroli prawidłowości zatrzymania przez funkcjonariuszy Straży Granicznej w toku dodatkowego postępowania prowadzonego przed prokuratorem. Tylko taka wykładnia art. 11 ust. 1c i ust. 2a lit a u.S.G., art. 395 ust. 1 u.c. oraz art. 246 § 1 k.p.k. pozwala na zachowanie zgodności ww. przepisów z art. 41 ust. 2 Konstytucji i art. 5 ust. 4 EKPC.

W końcu należy pamiętać, że z momentem zatrzymania (pozbawienia wolności) cudzoziemca przez funkcjonariusza Straży Granicznej lub Policji państwo polskie przejmuje na siebie odpowiedzialność za jego bezpieczeństwo, w szczególności w zakresie ochrony życia i zdrowia. Artykuł 40 i art. 41 ust. 4 Konstytucji oraz art. 3 EKPC stanowią nadto o obowiązku państwa zapewnienia, aby osoby pozbawione wolności nie były traktowane w sposób niehumanitarny, poniżający czy niehumanitarny⁵¹. Dotyczy to także pozbawienia wolności (zatrzymania) cudzoziemców⁵²,

⁵¹ Zob. T. Sroka, *Prewencyjne...*, s. 588.

⁵² Zob. np. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 15 grudnia 2016 r. w sprawie Khlaifia i inni przeciwko Włochom, skarga nr 16483/12, pkt 163 i cytowane tam dalsze orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

w szczególności wówczas, gdy do zatrzymania dochodzi w warunkach utrudniających lub uniemożliwiających normalną i bezpieczną egzystencję człowieka. W związku z tym należy przypomnieć, że realizacja przez państwo obowiązków wynikających z art. 40 i art. 41 ust. 4 Konstytucji oraz art. 3 EKPC wymaga zapewnienia osobie pozbawionej wolności wody pitnej, jedzenia, toalety czy schronienia przed niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi, a także dostępu do niezbędnej pomocy medycznej. Dotyczy to także sytuacji, w której funkcjonariusze publiczni decydują się na pozbawienie wolności (zatrzymanie) cudzoziemców na dłuższy okres poza miejscami specjalnie przygotowanymi do tego celu (np. w na polu, w lesie lub w innej, otwartej przestrzeni).

Obowiązujące w Polsce przepisy wprowadzają dodatkowy mechanizm pozwalający na ocenę zgodności z prawem zatrzymania (pozbawienia wolności) człowieka, w tym cudzoziemca, poza procedurą odwołania lub oceny zgodności z prawem pozbawienia wolności przez sąd. Mechanizmem tym jest nadzór sędziego penitencjarnego nad legalnością i prawidłowością wykonywania m.in. zatrzymania. Nadzór ten dotyczy nie tylko wypadków pozbawienia wolności człowieka, do których dochodzi przy zastosowaniu przepisów k.p.k. oraz k.p.w.⁵³, ale także tych wypadków pozbawienia wolności, dla których podstawą jest ustawa o cudzoziemcach⁵⁴. Oznacza to, że sędzia penitencjarny posiada kompetencję do kontroli legalności i prawidłowości zatrzymań cudzoziemców dokonywanych przez Straż Graniczną czy Policję. Nie ma przy tym znaczenia, czy do zatrzymania (pozbawienia wolności) cudzoziemców dochodzi w miejscach instytucjonalnie do tego przeznaczonych (np. pomieszczenia przeznaczone dla osób zatrzymanych, strzeżony ośrodek dla cudzoziemców lub areszt dla cudzoziemców), czy też w miejscach *ad hoc* wykorzystanych do podjęcia tego rodzaju czynności względem cudzoziemców (np. droga, las, szpital). Sędzia penitencjarny ma bowiem ustawowe uprawnienie do wizytacji każdego „miejsca, w którym przebywają osoby pozbawione wolności”⁵⁵, które nie podlega żadnym ograniczeniom.

⁵³ Zob. art. 32 w związku z art. 1 § 1 k.k.w.

⁵⁴ Zob. art. 426 ust. 1 u.c.

⁵⁵ Art. 33 § 1 k.k.w. wprost stanowi, że sędzia penitencjarny wizytuje, poza zakładami karnymi i aresztami śledczymi, „inne miejsca, w których przebywają osoby pozbawione wolności”.

Niezależnie od tego, czy cudzoziemiec pozbawiony wolności przebywa w miejscu instytucjonalnie do tego przeznaczonym czy też w miejscu *ad hoc* wykorzystanym do tego celu, oraz niezależnie od tego, czy do zatrzymania cudzoziemca doszło na terenie objętym stanem wyjątkowym lub na obszarze, na którym obowiązuje zakaz przebywania określony w art. 12a u.o.g.p., czy też poza tym obszarem, sędzia penitencjarny ma zawsze, niepodlegające żadnym ograniczeniom, ustawowe prawo wstępu do każdego miejsca, w którym przebywa osoba pozbawiona wolności (zatrzymana), celem kontroli legalności i prawidłowości pozbawienia wolności⁵⁶. W razie stwierdzenia niezgodnego z prawem pozbawienia wolności cudzoziemca, w tym zatrzymania przez Straż Graniczną bez podstawy prawnej, sędzia penitencjarny ma obowiązek niezwłocznie podjąć działania w kierunku zwolnienia osoby, która została bezprawnie zatrzymana (pozbawiona wolności)⁵⁷.

Summary

The refugee crisis on the Polish-Belarusian border related to the appearance on the border of a significant number of people who were brought to the territory of Belarus and then directed to the territory of Poland in an organized manner by Belarusian services led to a number of actions by, among others, Polish authorities, the legal aspects of which required urgent elaboration. This article addresses the issue of detention (deprivation of liberty) of foreigners by the Border Guard Service. The Border Guard's provision of security at the border of the Republic of Poland may require actions that lead to restrictions on the rights or freedoms of individuals – both foreigners and citizens of our country. The provision by the Polish state of adequate guarantees for the protection of individual or common property, as well as enabling the implementation of procedures for the entry or control of the stay of foreigners in the territory of Poland is not possible without authorizing Border Guard officers to take actions that may result in the restriction of various rights and freedoms, especially freedom of movement. Due to various circumstances, this may sometimes require Border Guard officers to resort to the measure that most interferes with the sphere of individual freedom, namely deprivation of liberty.

Since deprivation of liberty constitutes the most far-reaching interference with an individual's personal liberty, the legislator in Article 41 of the Constitution pointed to special guarantees for the protection of persons from arbitrary deprivation of their liberty.

⁵⁶ Zob. art. 33 § 1 zdanie drugie k.k.w.

⁵⁷ Zob. art. 34 § 4 k.k.w.

Zatrzymanie (pozbawienie wolności) cudzoziemców przez Straż Graniczną

Keywords

refugees, crisis, deprivation of liberty, detention, Polish-Belarusian border, state of emergency, restrictions on rights and freedoms

Bibliography

Harris D., O'Boyle M., Bates E., Buckley C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018.

Hofmański P., w: *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I: *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010.

Sroka T., *Home Quarantine or Home Isolation During the Covid-19 Pandemic as a Deprivation of Liberty under Polish Law*, „*Medicine, Law & Society*” 2021, nr 2.

Sroka T., *Prewencyjne pozbawienie wolności*, Kraków 2021.