

RAPORT
FIPP
1/2022



INSTYTUT NA RZECZ
PAŃSTWA PRAWA

Migrants have the right to have rights – dostęp do ochrony międzynarodowej

Tomasz Sieniow

Projekt "Migrants have the right to have rights" realizowany z dotacji programu Aktywni Obywatele – Fundusz Krajowy finansowanego przez Islandię, Liechtenstein i Norwegię w ramach Funduszy EOG

Island
Liechtenstein
Norway



**Active
citizens fund**

**Migrants have the right
to have rights** – dostęp do
ochrony międzynarodowej

**Migrants have the right
to have rights** – dostęp do
ochrony międzynarodowej

Tomasz Sieniow

Instytut na rzecz Państwa Prawa
Lublin 2022

Projekt "Migrants have the right to have rights" realizowany z dotacji programu Aktywni Obywatele – Fundusz Krajowy finansowanego przez Islandię, Liechtenstein i Norwegię w ramach Funduszy EOG



© Copyright by
Fundacja Instytut na rzecz Państwa Prawa

Autor: Tomasz Sieniow

Wydawca: Fundacja Instytut na rzecz Państwa Prawa
ul. Chopina 14/70, 20-023 Lublin
tel: +48 81 743 68 00
fax: +48 81 743 68 01
e-mail: fundacja@panstwoprawa.org
www.panstwoprawa.org

Edycja, skład, korekta: Magdalena Tota
Opracowanie graficzne: pstro studio Anna Chrzęścijanek

ISBN 978-83-62551-06-4

Za treść niniejszej publikacji odpowiada wyłącznie Instytut na rzecz Państwa Prawa. Program Aktywni Obywatele – Fundusz Krajowy nie ponosi odpowiedzialności za treść i sposób wykorzystania udostępnionych informacji.

SPIS TREŚCI

DOSTĘP DO OCHRONY MIĘDZYNARODOWEJ

1. WSTĘP	str. 9
2. PRZEPISY PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO DOTYCZĄCE DOSTĘPU DO PROCEDURY AZYLOWEJ	str. 12
3. PRZEPISY PRAWA UE DOTYCZĄCE DOSTĘPU DO PROCEDURY AZYLOWEJ	str. 16
3.1. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej	str. 16
3.2. Dyrektywa Proceduralna	str. 16
3.3. Kodeks Graniczny Schengen	str. 18
4. DOSTĘP DO OCHRONY MIĘDZYNARODOWEJ W PRAWIE POLSKIM	str. 21
4.1. Przepisy ogólne	str. 21
4.2. Rozporządzenie graniczne w okresie pandemii Covid-19 (zawracanie do linii granicy państwowej)	str. 22
4.3. Nowelizacja ustawy o cudzoziemcach – Postanowienie o opuszczeniu terytorium RP	str. 24
4.4. Zmiany w prawie wynikające z masowego napływu osób z Ukrainy uciekających przed wojną	str. 26
PODSUMOWANIE	str. 29
ANEKS - Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 15 września 2022 r. (II SA/Bk 492/22)	str. 32

1. Wstęp

Nie ulega wątpliwości, iż w ostatnich dziesięcioleciach państwa wypracowały różnorodne praktyki i korespondujące z nimi prawne konstrukcje, które bezpośrednio lub pośrednio ograniczają uchodźcom możliwość wyboru państwa azylu, a czasem podważają nawet samo prawo poszukiwania ochrony przed prześladowaniem¹. Czynią tak celem zapobieżenia wjazdu na swoje terytorium jak największej liczbie osób ubiegających się o ochronę². Starają się przenosić kontrole graniczne poza swoje terytorium i obciążać ich organizacją inne państwa lub przewoźników. Tymczasem dostęp do ochrony międzynarodowej zależy przed wszystkim od dostępu do terytorium, na którym cudzoziemcowi nie zagraża prześladowanie. Zasadniczo tylko w następstwie znalezienia się pod jurysdykcją państwa przyjmującego (państwa azylu) można żądać ochrony przed odeślaniami (zasada *non-refoulement*).

Polska w kwestii utrudniania dostępu do ochrony międzynarodowej przez lata nie różniła się specjalnie od innych państw. Rzeczpospolita Polska w 1991 roku przystąpiła do Konwencji Genewskiej dotyczącej statusu uchodźców, sporządzonej w Genewie dnia 28 lipca 1951 r.³. W ciągu trzydziestu lat stosowanie jej przepisów (1992-2021) o nadanie statusu uchodźcy (udzielenie ochrony międzynarodowej) występowało średnio rocznie ponad 6100 cudzoziemców. Od wstąpienia do Unii Europejskiej (a następnie Strefy Schengen) Polska stała się państwem tranzytowym dla cudzoziemców szukających ochrony. Ponad 60% postępowań wszczynanych przez cudzoziemców ubiegających się o ochronę było umarzanych ze względu na wyjazd aplikantów z Polski przed wydaniem decyzji⁴.

Większość cudzoziemców ubiegających się o udzielenie ochrony międzynarodowej pochodziła z krajów byłego Związku Radzieckiego. Głównym szlakiem dostępu do ochrony międzynarodowej stało się dla nich kolejowe przejście graniczne w Terespolu, do którego cudzoziemcy przyjeżdżali lokalnym porannym pociągiem z Brześcia. Jedynie w tym pociągu od osób przekraczających granicę (wsiadających) nie była wymagana wiza⁵. Nie oznaczało to jednak gwarancji przyjęcia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w Polsce. Dostępne dane Agencji Frontex, jak i badania prowadzone przez Helsińską Fundację Praw Człowieka dowodzą, że od 2016 roku aż do początków 2020 roku (zawieszenia połączenia kolejowego łączącego Białoruś z Pol-

-
- 1 J. Vedsted-Hansen, Non-admission policies and the right to protection: refugees' choice versus states' exclusion?, [w:] J. C. Hathaway (red.), *Human Rights and Refugee Law*, Vol. II, Edward Elgar Publishing 2014, s. 269.
 - 2 M.J. Gigney, *The Ethics and Politics of Asylum: liberal Democracy and the Politics of Asylum*, Cambridge University Press 2004, s. 229.
 - 3 Oświadczenie rządowe z dnia 26 listopada 1991 r. w sprawie przystąpienia przez Rzeczpospolitą Polską do Konwencji dotyczącej statusu uchodźców, sporządzonej w Genewie dnia 28 lipca 1951 r., zgodnie z którym Konwencja weszła w życie w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej dnia 26 grudnia 1991 r.
 - 4 Dane wynikające z analizy statystyk publikowanych przez Szefa UDSC.
 - 5 Cudzoziemcy musieli jednak zakupić od razu bilet powrotny na wypadek nieprzyjęcia od nich wniosku o udzielenie ochrony.

ską w okresie pandemii Covid-19) prawdopodobieństwo dopuszczenia cudzoziemca do złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej było bardzo niskie⁶. W tym czasie największą w Unii Europejskiej liczbę decyzji o odmowie wjazdu na terytorium UE wydawano na lądowej granicy polsko-białoruskiej.

Ze względu na wysoki poziom ochrony granicy państwa przez służby białoruskie i rosyjskie, które utrzymały funkcjonującą w Związku Radzieckim sistemę⁷, sprawa dostępu do ochrony międzynarodowej dotyczyła do 2020 roku prawie wyłącznie przekroczeń granicy poprzez funkcjonujące kolejowe przejście graniczne w Terespolu. Wyjątkowo, wnioski o udzielenie ochrony międzynarodową były składane przez osoby zatrzymane po przekroczeniu wbrew przepisom prawa granicy państwowej na południu Polski (szlak bałkański). Równie rzadkie było składanie wniosków przez osoby przybywające do Polski drogą lotniczą. Oczywiście niewielka część wnioskodawców decydowała się o złożenie wniosku o ochronę po legalnym wjeździe na terytorium Polski na podstawie wizy lub w ramach ruchu bezwizowego.

W latach 2020-2022 sytuacja ta zmieniła się jednak diametralnie z kilku powodów. Po pierwsze, ograniczenia ruchu osobowego związane z obostrzeniami związanymi z wprowadzeniem stanu epidemii Covid-19 zredukowały możliwości legalnego podróżowania po świecie. Z tego też powodu w połowie marca 2020 zawieszono zostały połączenia kolejowe między Białorusią a Polską (w tym Brześciem a Terespołem). Po drugie, po sfałszowanych wyborach prezydenckich, służby białoruskie od października 2020 roku zaczęły przyzwalać na nielegalne przekraczanie granicy z Polską, Białoruś zawiesiła współpracę graniczną i umowę o readmisji z UE, a od 2021 roku uczestniczyły aktywnie w organizowaniu przerzutu migrantów do Polski, Litwy i Łotwy. Po trzecie, w roku 2021 doszło do ostatecznego wycofania się wojsk amerykańskich z Afganistanu, które spowodowało konieczność ewakuacji współpracowników polskich służb w tym kraju. W ten sposób do Polski ewakuowanych zostało około 1100 obywateli Afganistanu⁸. Po czwarte, represje wobec społeczeństwa białoruskiego nieuznającego wyników wyborów prezydenckich na Białorusi stały się podstawą do wprowadzenia wielu rozwiązań ułatwiających wjazd na terytorium Polski oby-

- 6 Dane opublikowane przez Frontex pokazują, że np. między 2015 a 2016 liczba decyzji o odmowie wjazdu na granicach zewnętrznych UE podwoiła się i było to związane z sytuacją na granicy polsko-białoruskiej [https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2017.pdf]. Równocześnie Raport Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka zawierał dowody na to, że 2 2016 roku 75% wszystkich odmów wjazdu na granicach zewnętrznych Unii Europejskiej było wydanych na granicy polsko-białoruskiej [**Helsińska Fundacja Praw Człowieka, „Dostęp do procedury azylowej na zewnętrznych granicach Polski. Stan obecny i wyzwania do przyszłości”**, Warszawa, kwiecień 2019, s. 22. <https://hfhr.pl/upload/2022/01/doste-p-do-procedury-azylowej-v2.pdf>].
- 7 Sistiema to nieprzerwany system zabezpieczeń inżynieryjnych oddalony do linii granicy od kilkunastu do ok. 1500 m. System ten zbudowany jest wzdłuż całej granicy niezależnie od terenu w jakim przebiega (również wzdłuż rzek, w poprzek terenów bagiennych). O sistiemie po stronie białoruskiej mowa jest w serwisie Białowieża [<https://bialowieza.info.pl/systema-czyli-zapora-w-puszczu-bialowieskiej/>].
- 8 <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8232251,przydacz-podsumowal-ewakuacje-z-afganistanu-w-14-samolotach-przetransportowano-prawie-1300-osob-w-tym-1000-do-polski.html>.

teli białoruskich powołujących się na względy humanitarne⁹. Po piąte, 24 lutego 2022 roku rozpoczęła się rosyjska inwazja na Ukrainę. Spowodowało to exodus kilku milionów mieszkańców Ukrainy, którzy bez względu na swój status prawny dotarli do Polski szukając ochrony przed wojną.

W rezultacie wskazanych powyżej wydarzeń w trakcie realizacji projektu „Migrants have the right to have rights”, który rozpoczął się w listopadzie 2020 roku, doszło do fundamentalnych zmian okoliczności faktycznych, pociągających za sobą również zmiany prawne i praktykę administracyjną. O ile rok 2020 był rokiem w którym liczba osób ubiegających się o udzielenie ochrony międzynarodowej (2803) była najniższa od 1995 roku, to po 24 miesiącach realizacji projektu na terytorium Polski znalazło schronienie około 1,5 miliona obywateli Ukrainy (ochrona czasowa¹⁰) i ponad 7 tysięcy obywateli państw trzecich ubiegających się o udzielenie ochrony międzynarodowej. Okoliczności te uzasadniają by spojrzeć na sprawę dostępu do ochrony międzynarodowej na nowo.

Dlatego w niniejszym raporcie przedstawione zostały różnice w podejściu do zobowiązań międzynarodowych Polski w zakresie zapewnienia dostępu do ochrony międzynarodowej w zależności od kontekstu: 1) przy przekraczaniu granicy wbrew przepisom prawa na polsko-białoruskim odcinku granicy państwowej; 2) w przejściach granicznych po legalnym przekroczeniu granicy polsko-białoruskiej przez osoby nieposiadające tytułu wjazdu do Polski; 3) przy przekraczaniu granicy z Ukrainą po 24 lutego 2022 roku. Każdy z powyższych scenariuszy obrazuje inne podejście polskiego państwa do osób uciekających przed prześladowaniem. Różnice te w ocenie Instytutu na rzecz Państwa Prawa nie znajdują uzasadnienia w obowiązującym w Polsce stanie prawnym.

- 9 Od 22 września 2020 r. obywatele Białorusi mogą bez przeszkód wjeżdżać na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, bowiem zostali ujęci w katalogu osób wymienionych w § 3 ust. 2 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych [Dz. U. poz. 435]. Ponadto rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 15 września 2020 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych [Dz. U. poz. 1597] uzupełniono ww. § 3 ust. 2 o pkt 20, w którym wymieniono cudzoziemców przekraczających granicę państwową na podstawie wizy wydanej w celu udziału w programie Poland. Business Harbour. Natomiast na mocy rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 24 sierpnia 2020 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych [Dz. U. poz. 1448] w ww. § 3 ust. 2 dodano pkt 17, w którym ujęto cudzoziemców przekraczających granicę państwową na podstawie wizy wydanej w celu przyjazdu ze względów humanitarnych, z uwagi na interes państwa lub zobowiązania międzynarodowe (D21).
- 10 Ustawa z dnia 12 marca 2022 r. o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa (Dz.U.2022.583).

2. Przepisy prawa międzynarodowego dotyczące dostępu do procedury azylowej

Zgodnie z art. 14 ust. 1 **Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka** „Każdy człowiek ma prawo ubiegać się o azyl i korzystać z niego w innym kraju w razie prześladowania”. Chociaż przepis ten nie zawiera wyraźnego, ciężącego na państwie obowiązku zapewnienia cudzoziemcowi dostępu do terytorium, to wydaje się, że aby prawo to miało jakąkolwiek realną treść, konieczne jest zapewnienie dostępu do procedur azylowych osobom podlegającym jurysdykcji danego państwa.

Na mocy Art. 13 **Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych** „Cudzoziemiec przebywający legalnie na terytorium Państwa-Strony niniejszego Paktu może być z niego wydany jedynie w wykonaniu decyzji podjętej zgodnie z ustawą i będzie miał prawo, jeżeli ważne względy bezpieczeństwa państwowego nie przemawiają przeciw temu, przedłożyć argumenty przeciwko swemu wydaleni oraz domagać się ponownego zbadania swej sprawy przez właściwe władze albo osobę lub osoby specjalnie przez te władze wyznaczone i być przed nimi w tym celu reprezentowanym”¹¹.

Konwencja Genewska dotycząca statusu uchodźców zawiera w art. 33 zakaz wydalania i zawracania, stanowiąc, iż: żadne Umawiające się Państwo nie wydali lub nie zawróci w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne. Gwarancja „*non-refoulement*” nie będzie miała zastosowania tylko w przypadku, gdy istnieją podstawy, aby uznać uchodźcę za groźnego dla bezpieczeństwa państwa, w którym się on znajduje lub który będąc skazanym prawomocnym wyrokiem za szczególnie poważne zbrodnie stanowi niebezpieczeństwo dla społeczeństwa tego państwa.

Brzmienie art. 33 (1) Konwencji genewskiej nie pozostawia wątpliwości, że chroni ona uchodźców przebywających na jego terytorium. Jednakże wielokrotnie uznawano, że gwarancja ta dotyczy również osób zagrożonych odmową wjazdu na granicy¹². W literaturze¹³ sprawa dostępu do ochrony pojawia się przeważnie w kontekście jurysdykcji państwa nad uchodźcami docierającymi do ich wód terytorialnych¹⁴ lub znajdujących się w strefach tranzytowych portów lotniczych¹⁵. **Komitety Praw Człowieka** uznaje, że jurysdykcja państwa rozciąga się na każdego

11 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 16 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. nr 38, poz. 167).

12 E. Lauterpacht & D. Bethlehem, The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement, [w:] F. Feller, V. Turk & F. Nicholson (red.) Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge Univ. Press 2003, s. 113-115.

13 Zob. szerzej C. Costello, the Human rights of Migrants and Refugees in European Law, Oxford Univ. Press 2016, s. 234-252.

14 Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom - wyrok ETPC z dnia 23 lutego 2012 r., skarga nr 27765/09, gdzie ETPC uznał iż Włochy wykonywały swoją jurysdykcję poza swymi wodami terytorialnymi wobec cudzoziemców, których włoski okręt przetransportował na terytorium Libii, ignorując żądania przyjęcia wniosków azylowych.

15 Amuur p. Francji – wyrok z dnia 25 czerwca 1996 r., skarga nr 19776/92.

pozostającego pod władzą lub efektywną kontrolą państwa strony MPPOiP, nawet wtedy, gdy osoba ta nie znajduje się wewnątrz terytorium państwa strony¹⁶. Podobnie **Komitet Przeciw Torturom** potwierdził, że można mówić o jurysdykcji de iure (gdzie państwo ma prawo działać na podstawie tradycyjnych zasad prawa międzynarodowego publicznego) lub jurysdykcji de facto, gdzie państwo sprawuje kontrolę nad osobą lub terytorium¹⁷.

Europejska Konwencja Praw Człowieka¹⁸ nie reguluje kwestii ubiegania się czy uzyskania ochrony międzynarodowej. Nie oznacza to jednak, że Europejski Trybunał Praw Człowieka dokonując wykładni innych przepisów nie odniósł się w swoim orzecznictwie do zasad, dotyczących wjazdu, wyjazdu i pobytu cudzoziemców na terytorium państw-sygnatariuszy EKPCz. Mają one związek z kwestią ubiegania się o ochronę międzynarodową.

Zgodnie z orzecznictwem dotyczącym art. 1 EKPCz, prawa zawarte w Konwencji znajdują zastosowanie niezależnie od tego, czy dana osoba formalnie znajduje się na terytorium państwa będącego stroną Konwencji. Konwencję należy stosować w granicach jurysdykcji organów państwa będącego jej sygnatariuszem, a państwo nie może zawężyć rozumienia terytorium w celu uniknięcia odpowiedzialności na podstawie Konwencji. Tak w sprawie *D v United Kingdom*, Trybunał orzekł iż „bez względu na to, czy skarżący kiedykolwiek wjechał do Zjednoczonego Królestwa w technicznym sensie należy zauważyć że był tam fizycznie obecny i w związku z tym podlegał jurysdykcji w rozumieniu art. 1”¹⁹.

Zgodnie z orzecznictwem ETPCz, zasadniczo państwa-strony Konwencji mają prawo do kontroli wjazdu, pobytu i wyjazdu cudzoziemców ze swojego terytorium²⁰. Przy podejmowaniu decyzji o zawróceniu lub wydaleni cudzoziemca powinny jednak respektować art. 2 i art. 3 Konwencji, które gwarantują prawo do życia i zakazują tortur. Pojęcie „wydalania rozumiane jest przez ETPCz szeroko i obejmuje także zawrócenie cudzoziemca na granicy i niewpuszczenie go na terytorium państwa sygnatariusza Konwencji. **Zasada non-refoulement** nakazuje powstrzymanie się przez państwo od przekazania cudzoziemca do granic innego państwa, gdzie prawa te byłyby zagrożone. Jak potwierdzono w wyroku D.A. i inni przeciwko Polsce²¹ w zasadzie *non-refoulement* mieści się także zakaz „wydań pośrednich” (*chain-refoulement*), polegających na przekazaniu cudzoziemca do państwa, z którego możliwa byłaby deportacja do państwa trzeciego bez należytego rozstrzygnięcia jego sytuacji.

16 “Anyone within the power or effective control of that state party, even if not situated within the territory of the State party, even if not situated within the territory of the State party”, Human Rights Committee, General Comment no 31: the Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant, 12 May 2004, U Doc. HRI/Gen/1/Rev. 7.

17 UN Committee Against Torture, General Comment No 2, 23 November 2007, CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, para 16.

18 Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności Sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U.93.61.284, uzup. Dz.U.95.36.175 i Dz.U.95.36.176, zm.Dz.U.95.36.177 i Dz.U.98.147.962); dalej – EKPCz lub Konwencja.

19 D. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu – wyrok ETPCz z dnia 2 maja 1997, skarga nr 30240/96.

20 Paposhvili przeciwko Belgii, wyrok ETPCz z 13 grudnia 2016 r., skarga nr 41738/10.

21 D.A. I inni przeciwko Polsce, wyrok z dnia 21 lipca 2021, skarga nr 51246/17.

Ochrona przed wydalaniem wynika także z **art. 4 Protokołu 4 do Konwencji**, który zakazuje zbiorowych wydań cudzoziemców. Zbiorowe wydalanie ma miejsce wtedy, gdy cudzoziemcy są wydalani lub zawracani jako grupa, bez indywidualnego i obiektywnego rozpatrzenia sytuacji każdego z nich²². Trybunał orzekł, iż trudności z napływem imigrantów nie mogą usprawiedliwiać sięgania przez państwo do praktyk niezgodnych z jego obowiązkami na podstawie Konwencji²³. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem ETPCz zakaz ten traktowany jest szeroko, nie ograniczając się jedynie do zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców z terytorium danego państwa, ale także do ich zbiorowego zawracania z granicy²⁴.

Fundamentalne konsekwencje dla wyjaśnienia jak Europejski Trybunał Praw Człowieka rozumie kwestie dostępu do ochrony międzynarodowej miała sprawa **N.T. i N.D. przeciwko Hiszpanii**²⁵. Dwaj skarżący zostali zawróceni na terytorium Maroka po próbie sforsowania (wśród 600 innych osób) zabezpieczeń granicznych hiszpańskiej enklawy Ceuta. Cudzoziemcom pochodzącym z Mali i Wybrzeża Kości Słoniowej powiodło się sforsowanie ogrodzenia, lecz zostali natychmiast przekazani przez hiszpańskie służby graniczne władzom marokańskim. ETPCz nie dopatrył się w tym przypadku naruszenia art. 13 Konwencji ani art. 4 Protokołu nr 4 dotyczącego zakazu zbiorowych wydań.

W ocenie Trybunału, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zachowanie wnioskodawcy było istotnym czynnikiem przy ocenie ochrony zapewnianej na mocy art. 4 Protokołu nr 4. Uznał, iż w należy wziąć pod uwagę, że skarżący przekraczali granicę lądową w sposób nieuprawniony, wykorzystujących dużą liczebność grupy, podczas gdy mogli ubiegać się o wizy lub ochronę międzynarodową na przejściu granicznym. Zdaniem Trybunału nie można było uznać, że Hiszpania nie zapewniła dostępu do ochrony międzynarodowej. Stwierdził, że skarżący w rzeczywistości sami narazili się na niebezpieczeństwo, uczestnicząc w szturmie na granicę, zamiast skorzystać z istniejących procedur. Próbuąc wyważyć racje ETPCz podkreślił, iż wyrok nie zmienia szerokiego konsensusu w społeczności międzynarodowej co do obowiązku ochrony granic przez państwa w sposób zgodny z prawami Konwencji, podkreślając w szczególności zasadę *non-refoulement*²⁶.

22 Wyrok Gruzja przeciwko Rosji wyrok z dnia 3 lipca 2014, skarga nr 13255/07 i orzecznictwo tam przytaczane.

23 Wyrok Gruzja przeciwko Rosji, § 177.

24 Helsińska Fundacja Praw Człowieka, „Dostęp do procedury azylowej na zewnętrznych granicach Polski. Stan obecny i wyzwania do przyszłość”, Warszawa, kwiecień 2019, s. 22, s. 6.

25 N.T. i N.D. przeciwko Hiszpanii – wyrok ETPCz z 13 lutego 2020 r. skargi nr 8675/15 oraz 8697/15.

26 Mimo że wyrok ten podawany jest jako argument legitymizujący polskie praktyki push-backów na granicy polsko-białoruskiej warto podkreślić iż nie da się porównać obu stanów faktycznych. Wydaje się, że cudzoziemcy forsujący polskie ogrodzenie graniczne nie mają dostępu do istniejących procedur na przejściach granicznych, a polscy funkcjonariusze (ze względu na brak współpracy służb białoruskich) nie przekazywali w sposób bezpieczny cudzoziemców przedstawicielom państwa białoruskiego, lecz pozostawiali ich często w środku Puszczy Białowieskiej wypychając ich poza granice państwa. Znaczenie dla odmiennej oceny aktualnej sytuacji na granicy polsko-białoruskiej powinna mieć też postawa służb białoruskich stosujących wobec uchodźców przemoc fizyczną czy szcucie psami.

Kwestia odmowy dostępu do ochrony międzynarodowej przez Litwę²⁷ i Polskę stała się przedmiotem oceny Trybunału w kilku sprawach granicznych. Sprawy polskie dotyczyły odmawiania prawa do złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej osobom, które po kilkadziesiąt razy próbowały wjechać do Polski pociągiem relacji Brześć-Terespol. Dnia 23 lipca 2020 roku Europejski Trybunał Praw Człowieka wydał wyrok w połączonych sprawach **M. K. i inni przeciwko Polsce**²⁸. Orzekł jednogłośnie m.in. o naruszeniu następujących artykułów Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPCz): art. 3 {zakaz tortur i innego nieludzkiego i poniżającego traktowania}; art. 4 Protokołu nr 4 do EKPCz {zakaz zbiorowego wydalania cudzoziemców}; art. 13 EKPCz {prawo do skutecznego środka odwoławczego} w związku z art. 3 EKPCz i art. 4 Protokołu nr 4 do Konwencji. Podobnie rozpatrzone zostały skargi w pozostałych sprawach terespolskich D.A. i inni przeciwko Polsce²⁹, A.I. i inni przeciwko Polsce³⁰; A.B. i inni przeciwko Polsce³¹, T.Z. i inni przeciwko Polsce³².

W przytoczonym powyżej orzecznictwie Trybunał podkreślił, że obowiązkiem państw jest wprowadzenie takich procedur, które zagwarantują zbadanie ryzyka naruszenia zakazu tortur, jak i zakazu nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania w przypadku wydalania lub zawrócenia cudzoziemca z danego terytorium i zapewnienie mu odpowiedniej ochrony. Obowiązek ten istnieje także w przypadku, gdy zachodzi ryzyko pośredniego złamania zasady *non-refoulement* przez wydalanie lub zawrócenie cudzoziemca do państwa, co do którego zachodzi ryzyko, że nie zapewni ono przyjętemu w ten sposób cudzoziemcowi odpowiedniej ochrony przed dalszym przekazaniem go do państwa (*chain refoulement*), w którym naruszony mogą być prawa wynikające z art. 3 EKPCz. W kontekście Białorusi Trybunał zalecił zachowanie ostrożności zwłaszcza wtedy, gdy państwo, do którego cudzoziemiec ma być przekazany, nie jest stroną Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Od połowy 2021 roku do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka kierowane są liczne wnioski o wydanie środków tymczasowych na podstawie art. 39 Regulaminu Trybunału³³ (interim measure) w sprawach push-backów mających miejsce na granicy Białorusi z Polską, Litwą i Łotwą. Między 20 sierpnia 2021 roku a 18 lutego 2022 roku ETPCz wydał 65 środków tymczasowych, rozpatrując 69 wniosków dotyczących 270 cudzoziemców³⁴. W większości przypadków Trybunał wydał tymczasowy wyrok zakaz wydalania cudzoziemców objętych wnioskami z terytoriów trzech państw³⁵.

27 M.A. i inni przeciwko Litwie - wyrok ETPC z dnia 11 grudnia 2018 r., skarga nr 59793/17.

28 M.K. i inni przeciwko Polsce, wyrok ETPCz z dnia 23 lipca 2020 r. skargi nr 40503/17, 42902/17 i 43643/17.

29 D.A. i inni przeciwko Polsce, wyrok ETPCz z dnia 21 lipca 2021, skarga nr 51246/17.

30 A.I. i inni przeciwko Polsce, wyrok ETPCz z 30 czerwca 2022, skarga nr. 39028/17.

31 A.B. i inni przeciwko Polsce, wyrok ETPCz z 30 czerwca 2022, skarga nr. 42907/17.

32 T.Z. i inni przeciwko Polsce, wyrok ETPCz z 13 października 2022, skarga nr. 41764/17.

33 Regulamin Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (Dz.U.1993.61.284/1 dalej: Regulamin Trybunału)

34 Na podstawie analizy udostępnionej na stronie <https://www.echr-caselaw.com/en/echr-decisions/update-on-interim-measures-by-persons-at-the-border-with-belarus/>.

35 Zamiast wielu: R.A. and Others v. Poland (no. 42120/21), A.S. and Others v. Lithuania (application no. 44205/21), H.M.M.

3. Przepisy prawa UE dotyczące dostępu do procedury azylowej

3.1. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej

Prawo dostępu do procedury azylowej zostało zagwarantowane także w prawie Unii Europejskiej. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej³⁶ w art. 18 gwarantuje prawo do azylu, odwołując się w tym zakresie do Konwencji genewskiej z 28 lipca 1951 r. Zgodnie z art. 19 Karty w Unii Europejskiej zakazane są zbiorowe wydalenia oraz wydalanie i przekazywanie cudzoziemców do państw, w których mogliby być oni poddani karze śmierci, torturom lub innemu nieludzkemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu. Zgodnie z art. 31 (1)³⁷ oraz art. 33 (1)³⁸ Konwencji Genewskiej zasada *non-refoulement* oraz zakaz penalizowania sprzecznego z prawem dotarcia do terytorium państwa znajdują zastosowanie także w stosunku do cudzoziemców przybywających do granic zewnętrznych UE w sposób nieuregulowany, tzn. nie posiadając odpowiednich dokumentów wjazdowych lub docierających do zewnętrznej granicy Unii Europejskiej i przekraczających ją wbrew przepisom prawa poza przejściami granicznymi.

3.2. Dyrektywa Proceduralna

Państwa członkowskie UE zostały zobowiązane dostosować reguły dostępu cudzoziemców do procedury o udzielenie ochrony zgodnie z przepisami Dyrektywy Proceduralnej³⁹. Zgodnie z art. 6 ust. 2 tej dyrektywy obowiązkiem państwa jest zapewnienie rzeczywistej możliwości jak najszybszego złożenia wniosku przez osobę, która z takim wnioskiem wystąpiła. Ponadto w motywie (8) dyrektywy podkreślono, że osobom poszukującym ochrony musi zostać zapewniony dostęp do bezpiecznych i skutecznych, z prawnego punktu widzenia, procedur azylowych. Analiza opracowana przez Europejski Urząd Wsparcia Azylowego (obecnie Agencja Unii Europejskiej ds. Azylu) potwierdza, iż „wystąpienie z wnioskiem” oznacza akt wyrażenia przez wnioskodawcę, w jakiegokolwiek formie i wobec jakiegokolwiek organu, woli uzyskania ochrony międzynarodowej⁴⁰. Z analizy brzemienia art. 6 dyrektywy wynika, że uzyskiwanie dostępu do procedury azylowej przebiega w trzech etapach: (1) wystąpienie z wnioskiem o udzielenie ochrony między-

and Others v. Latvia (application no. 42165/21).

36 Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, sporządzona w dniu 7 grudnia 2000 r. w Nicei, Dz.U.UE.C. z 2007.303.1 (dalej – Karta).

37 Umawiające się Państwa nie będą nakładały kar za nielegalny wjazd lub pobyt na uchodźców przebywających bezpośrednio z terytorium, na którym ich życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo w rozumieniu artykułu 1, i weszli lub przebywają na ich terytorium bez zezwolenia, pod warunkiem że zgłoszą się bezzwłocznie do władz i przedstawią wiarygodne przyczyny swojego nielegalnego wjazdu lub pobytu.

38 Żadne Umawiające się Państwo nie wydały lub nie zawróciły w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne.

39 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej, Dz. U. UE L 180/60.

40 European Asylum Support Office, Judicial analysis. Asylum procedures and the principle of non-refoulement, 2018, dostępna na stronie: https://euaa.europa.eu/sites/default/files/asylum-procedures-ja_en.pdf.

narodowej (2) złożenie wniosku oraz (3) jego rejestrację. Przepisy dyrektywy nie wskazują na konieczność zachowania przez wnioskodawcę żadnych wymogów formalnych w celu skutecznego wystąpienia z wnioskiem. Zostało to również potwierdzone w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej który wskazał, że deklaracja taka nie tylko może zostać złożona w dowolnym miejscu (tj. na terytorium państwa członkowskiego, na granicy lub w strefie tranzytowej) ale również nie może ona podlegać żadnym formalnościom administracyjnym⁴¹.

Zgodnie z art. 8 Dyrektywy proceduralnej państwa członkowskie mają obowiązek informowania cudzoziemców obecnych na przejściach granicznych na temat możliwości wystąpienia z wnioskiem azylowym, a także, w razie konieczności, zapewnienia im na tym etapie pomocy tłumacza. Na państwach ciąży też obowiązek zapewnienia organizacjom oraz osobom świadczącym pomoc i doradztwo w zakresie udzielania cudzoziemcom ochrony międzynarodowej rzeczywistego dostępu do wnioskodawców obecnych na przejściach granicznych.

Zadeklarowanie zamiaru ubiegania się o udzielenie ochrony międzynarodowej sprawia że pobyt cudzoziemca na terytorium państwa przyjmującego uważa się za legalny (bez względu na sposób przekroczenia granicy). Co za tym idzie, zgodnie z art. 31 (2) Konwencji Genewskiej państwa sygnatariusze zobowiązały się nie nakładać na przemieszczanie się takich uchodźców ograniczeń poza tymi, które są niezbędne. Wyjątkową możliwość zatrzymywania cudzoziemców, ubiegających się o udzielenie ochrony międzynarodowej, dopuszcza też Dyrektywa proceduralna. Zgodnie z art. 26 ust. 1 dyrektywy proceduralnej „państwa członkowskie nie zatrzymują żadnej osoby wyłącznie na podstawie faktu, że jest ona wnioskodawcą”. Zakaz stosowania detencji w sposób arbitralny wynika również z motywu (15) przekształconej dyrektywy recepcyjnej⁴².

Jako odstępstwo od nakładania ograniczeń na swobodne poruszanie się cudzoziemców występujących o udzielenie ochrony międzynarodowej prawo Unii Europejskiej dopuszcza stosowanie wobec cudzoziemców docierających do terytorium państw członkowskich tzw. **procedur granicznych**. Artykuł 43 dyrektywy proceduralnej stanowi, że procedury te mają pozwalać podejmować na granicach lub w strefach tranzytowych państw członkowskich decyzje dotyczące dopuszczalności wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej lub jego merytorycznej treści. Zgodnie z danymi Agencji Unii Europejskiej ds. Azylu do 2020 roku procedury graniczne wprowa-

41 Wyrok TSUE z 17 grudnia 2020 r., Komisja Europejska p. Węgrom, C-808/18, pkt 96-97; czy powołany tam wyrok TSUE z 25 czerwca 2020 r., VL przy udziale Ministerio Fiscal, C-36/20 PPU, pkt 93- 94.

42 „Zatrzymywanie wnioskodawców powinno być zgodne z podstawową zasadą, według której osoba nie powinna zostać zatrzymana wyłącznie z powodu starań o uzyskanie ochrony międzynarodowej, w szczególności zgodnie z międzynarodowymi zobowiązaniami prawnymi państw członkowskich oraz z art. 31 konwencji genewskiej. Zatrzymanie wnioskodawców powinno być możliwe jedynie w jasno zdefiniowanych, wyjątkowych okolicznościach, określonych w niniejszej dyrektywie, przy czym sposób i cel zatrzymania muszą być zgodne z zasadami konieczności i proporcjonalności.” Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (wersja przekształcona).

dziła większość (14) państw członkowskich UE i Szwajcaria⁴³. Na ich podstawie dopuszczalne jest zatrzymanie cudzoziemca na max. 4 tygodnie przed podjęciem decyzji co do wpuszczenia go na terytorium państwa, w którym ubiega się on o ochronę. Mimo pomysłu wprowadzenia procedur granicznych do prawa polskiego⁴⁴, jak dotychczas do tego nie doszło. Pozostaje sprawą oceny Trybunału Sprawiedliwości UE, czy dopuszczalne jest w takim razie zatrzymywanie cudzoziemców składających wnioski azylowe w strefach tranzytowych lotnisk na okres przekraczających znacząco 28 dni i prowadzenie postępowań zmierzających do wykonania decyzji w sprawie zobowiązania do powrotu, w trakcie których cudzoziemiec może być poddany detencji nawet przez 18 miesięcy.

3.3. Kodeks Graniczny Schengen

Dostęp do ochrony międzynarodowej stałby się prawem iluzorycznym gdyby skorzystanie z niego uzależnione było od przybycia na terytorium państwa na podstawie wizy lub innego tytułu pobytowego. Tymczasem przekraczanie granicy zewnętrznej uzależnione jest od spełnienia warunków wjazdu określonych w art. 6 ust. 1 Kodeksu Granicznego Schengen⁴⁵. Warunkami tymi są: a) posiadanie ważnego dokumentu podróży, b) posiadanie ważnej wizy, zezwolenia na podróż lub dokumentu pobytowego c) uzasadnienie celu i warunków planowanego pobytu oraz posiadanie wystarczających środków utrzymania, d) niefigurowanie w bazie danych SIS, zawierającej osoby, wobec których dokonano wpisu do celów odmowy wjazdu, e) niestanowienie zagrożenia dla porządku publicznego, bezpieczeństwa wewnętrznego, zdrowia publicznego lub stosunków międzynarodowych żadnego z państw członkowskich, a w szczególności niefigurowanie w krajowej bazie danych osób, wobec których dokonano wpisu do celów odmowy wjazdu.

Zgodnie z art. 6 ust 5 (c) KGS na zasadzie odstępstwa reguły odmowy wjazdu osobom niespełniającym warunków z art. 6 ust 1 KGS, mogą one uzyskać zezwolenie państwa członkowskiego na wjazd na jego terytorium **ze względów humanitarnych**, ze względu na interes narodowy lub **zobowiązania międzynarodowe**. Wśród zobowiązań międzynarodowych państw członkowskich UE bez wątplenia naczelnym miejscem przypada respektowanie zasady *non-refoulement* wobec osób ubiegających się o udzielenie ochrony międzynarodowej. Zostało to potwierdzone *expressis verbis* w art. 4 KGS, zgodnie z którym stosując niniejsze rozporządzenie, państwa członkowskie w pełni przestrzegają odpowiednich przepisów prawa Unii, w tym Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, prawa międzynarodowego, **w tym Konwencji dotyczącej statu-**

43 EASO, Border Procedures for Asylum Applications in EU+ Countries, 2020. <https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/Border-procedures-asylum-applications-2020.pdf>.

44 Projekt ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw zakładający wprowadzenie procedur granicznych był od 2017 roku procedowany przez Radę Ministrów jednak wydaje się, iż został w roku 2019 porzucony (<https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12294700/katalog/12410552#12410552>).

45 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/399 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie unijnego kodeksu zasad regulujących przepływ osób przez granice (Kodeks Graniczny Schengen – dalej KGS).

su uchodźców sporządzonej w Genewie w dniu 28 lipca 1951 r., zobowiązań związanych z dostępem do ochrony międzynarodowej, w szczególności zasady *non-refoulement*, oraz praw podstawowych. Zgodnie z zasadami ogólnymi prawa Unii **decyzje** na podstawie niniejszego rozporządzenia **podejmuje się w sposób indywidualny.**

Ponadto wśród zasad ogólnych Kodeksu Granicznego Schengen znajdziemy również zobowiązanie państw do stosowania przepisów KGS **bez uszczerbku dla: praw uchodźców i osób ubiegających się o ochronę międzynarodową, w szczególności w odniesieniu do zasady *non-refoulement*** (art. 3 b KGS). Poszanowanie tego zobowiązania potwierdziła Komisja Europejska odpowiadając w 2021 roku na zapytanie skierowane do niej przez Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka w sprawie respektowania na granicach zewnętrznych praw osób należących do grupy szczególnie wrażliwych i dzieci⁴⁶.

Z „Praktycznego podręcznika straży granicznej” wynika, że wszystkim obywatelom państw trzecich, wyrażającym na granicy chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową, należy zapewnić taką możliwość⁴⁷. Podręcznik wskazuje ponadto, że chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową nie musi być wyrażona w żadnej konkretnej formie. Słowo „azyl” nie musi zostać wyraźnie użyte. Elementem decydującym jest wyrażenie obawy przed tym, co może się zdarzyć po powrocie. W przypadku wątpliwości, czy określone oświadczenie można interpretować jako chęć ubiegania się o azyl lub inną formę ochrony międzynarodowej, funkcjonariusze straży granicznej muszą skonsultować się z organami krajowymi odpowiedzialnymi za rozpatrywanie wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej⁴⁸.

Stosownie do art. 14 ust. 1 KGS w przypadku odmowy wjazdu, cudzoziemcowi wręczana jest uzasadniona decyzja podająca dokładne przyczyny odmowy, która jest wydawana w formie standardowego formularza wypełnionego przez organ upoważniony na mocy prawa krajowego do odmowy wjazdu. Wypełniony, standardowy formularz jest wręczany danemu obywatelowi państwa trzeciego, który potwierdza otrzymanie decyzji o odmowie wjazdu przy użyciu tego for-

46 EU contribution to the Questionnaire on “pushback practices and their impact on the human rights, of migrants” Ref. Ares(2021)1324644 - 17/02/2021, dokument dostępny na stronie: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/pushback/EUSubmission.pdf>. “Article 7 SBC requires that border guards, in the performance of their duties (border checks and border surveillance), **fully respect human dignity**, in particular in cases involving vulnerable persons. Moreover, Article 3(b) states that the Regulation’s provisions are to be applied **without prejudice to the rights of refugees and persons requesting international protection, in particular as regards the principle of nonrefoulement**. Decisions under the SBC must be taken on an individual basis (SBC Art 4), implying that assessments must also be individual. Moreover, “humanitarian grounds” and “**international obligations**” can be relied upon by Member States’ border guards to allow entry into the territory (Article 6(5)(c) SBC), **despite non-fulfilment of entry conditions.**”

47 ZALECENIE KOMISJI z dnia 8.10.2019 r. ustanawiające wspólny „Praktyczny podręcznik dla straży granicznej” przeznaczony dla właściwych organów państw członkowskich prowadzących kontrolę osób na granicach i zastępujące zalecenie Komisji C(2006) 5186 z dnia 6 listopada 2006 r.. (C(2019) 7131 final). <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13048-2019-INIT/pl/pdf>.

48 pkt 12.1 Praktycznego podręcznika dla straży granicznej.

mularza. Ponadto zgodnie z art. 14 ust. 3 KGS osobom, którym odmówiono wjazdu, **przysługuje prawo odwołania od decyzji**. W ten sposób państwa członkowskie wypełniają też obowiązek wynikający z **art. 47 Karty Praw Podstawowych** („Każdy, kogo prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma **prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem**”)⁴⁹.

49 Gwarancję tę należy rozpatrywać w powiązaniu z art. 13 EKPCz zawierającym prawo do skutecznego środka odwoławczego.

4. Dostęp do ochrony międzynarodowej w prawie polskim

4.1. Przepisy ogólne

Poza postanowieniami Kodeksu Granicznego Schengen (w zakresie nim nieobjętym) zasady wjazdu do Polski uregulowane są w ustawie o cudzoziemcach⁵⁰. Zgodnie z art. 28 ust. 2 pkt 2 a i pkt b uoc przepisów ustawy dotyczących odmowy wjazdu nie stosuje się wobec cudzoziemca, który podczas kontroli granicznej zadeklarował zamiar złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej lub taki wniosek złożył.

Zasady, warunki i postępowanie w sprawie udzielania cudzoziemcom ochrony międzynarodowej na terytorium Polski regulują przepisy ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP⁵¹. Organem właściwym do przyjmowania i rozpatrywania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej jest Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców. Jednak wniosek składany jest osobiście za pośrednictwem Straży Granicznej, na urzędowym formularzu⁵².

Zadaniem organu Straży Granicznej przyjmującego wniosek jest ustalenie tożsamości cudzoziemca, zebranie informacji niezbędnych do wypełnienia wniosku i przekazanie wypełnionego wniosku w ciągu 48 godzin Szefowi Urzędu do Spraw Cudzoziemców. Należy podkreślić, że przepisy prawa polskiego nie przewidują instytucji odpowiadającej wystąpieniu z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej opisanej w art. 6 ust. 1 dyrektywy proceduralnej. Zdaniem Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka może to stanowić lukę w ochronie gwarantowanej cudzoziemcom, ponieważ w okresie pomiędzy zadeklarowaniem zamiaru złożenia wniosku a jego przyjęciem, cudzoziemiec nie jest uznawany za wnioskodawcę⁵³. Problem ten nie jest jedynie zagadnieniem teoretycznym. W okresie masowego umieszczania cudzoziemców strzeżonych ośrodkach dla cudzoziemców w latach 2021-2022, organy Straży Granicznej w większości przypadków naruszały wydłużony 10-dniowy termin na przyjęcie wniosku od zatrzymanego cudzoziemca⁵⁴, co wpływało

50 Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz.U.2021.2354 t.j., dalej - uoc).

51 Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U.2022.1264 t.j., dalej - ustawa o udzielaniu ochrony lub uuco).

52 W praktyce wniosek jest wypełniany elektronicznie przez funkcjonariusza SG i jest podpisywany przez cudzoziemca po jego wydrukowaniu.

53 Helsińska Fundacja Praw Człowieka, „Dostęp do procedury azylowej na zewnętrznych granicach Polski. Stan obecny i wyzwania do przyszłość”, Warszawa, kwiecień 2019, s. 16-17.

54 Z wystąpienia pokontrolnego NIK nr D/21/506 – Przygotowanie organów państwa na wypadek masowego napływu cudzoziemców do Polski” str. 28-29 wynika, że Strzeżonym Ośrodkiem dla Cudzoziemców w Białymstoku takie wnioski w 2021 roku były przyjmowane w terminie dłuższym niż 10-dniowym 57% przypadków (173 z 305 wniosków). Powody dla których dochodziło do naruszenia prawa Straż Graniczna wyjaśniła inspektorom NIK w następujący sposób: „Żaden cudzoziemiec nie stawiał się do SOdC w celu złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej. Celem umieszczenia cudzoziemca w Ośrodku jest realizacja decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu. Wobec umieszczonych w SOdC cudzoziemców wszczęto postępowanie administracyjne w sprawie zobowiązania ich do powrotu. Okoliczności opisane w art. 28 ustawy o udzielaniu ochrony zostałyby spełnione wówczas, gdy ww. cudzoziemcy zadeklarowaliby zamiar złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej do momentu zatrzymania lub podczas zatrzymania. (...) Wnioski były przyjmowane w najszybszym możliwym terminie. Termin przyjęcia wniosku zależał od dostępności tłumaczy języków: farsi, dari, paszto, urdu, kurdyjski sorani, kurdyjski kurmandži, somalijski itp. Należy podkreślić, że w tym wypadku niedostępność tłumaczy była spowodowana tym,

negatywnie na jego sytuację prawną i wydłużało okres pozbawienia wolności.

Zgodnie z przepisami ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony w przypadku, gdy z przyczyn leżących po stronie organu Straży Granicznej nie jest możliwe przyjęcie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej na formularzu w dniu, w którym cudzoziemiec stawił się osobiście w siedzibie tego organu i zadeklarował zamiar złożenia takiego wniosku, organ Straży Granicznej informuje cudzoziemca w języku dla niego zrozumiałym o terminie i miejscu przyjęcia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej oraz sporządza protokół z tej czynności⁵⁵.

Co ważne, ustawodawca przewidział również możliwość złożenia pisemnej deklaracji zamiaru złożenia wniosku o udzielenie ochrony. Może z niej skorzystać cudzoziemiec będący osobą niepełnosprawną, osobą w podeszłym wieku, kobietą ciężarną, osobą samotnie wychowującą dziecko lub osobą przebywającą w pieczy zastępczej, szpitalu, areszcie śledczym lub zakładzie karnym, który nie może stawić się osobiście w siedzibie organu Straży Granicznej⁵⁶. Pisemną deklarację zamiaru złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej można wtedy złożyć za pośrednictwem operatora pocztowego lub za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Deklarację tę wysłać należy na adres siedziby organu na którego właściwości służbowej przebywa cudzoziemiec. Nie jest możliwe przekazanie tej deklaracji przed przekroczeniem granicy Polski.

Zgodnie z art. 28 ust 6 uuco organ Straży Granicznej rejestruje deklarację zamiaru złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w rejestrze, o którym mowa w art. 119 ust. 1 pkt 1 uuco⁵⁷. Skutkiem wpisania w/w deklaracji do rejestru powinno być zawieszenie postępowania w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, o ile zostało ono wobec cudzoziemca wszczęte.

4.2. Rozporządzenie graniczne w okresie pandemii Covid-19 (zawracanie do linii granicy państwowej)

Praktycznym ograniczeniem dostępu do ochrony międzynarodowej skutkowały zmiany wprowadzone w okresie pandemii Covid-19. Dnia 13 marca 2020 r. Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji wydał **Rozporządzenie w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych**⁵⁸. W wyniku wydania rozporzą-

że brali oni udział we wszystkich czynnościach Placówek POSG, tj. postępowaniach karnych wszczętych w związku z nielegalnym przekroczeniem granicy państwowej lub organizowaniem takiego przekroczenia, postępowaniach administracyjnych w sprawie zobowiązania cudzoziemców do powrotu, jak również w posiedzeniach sądów rejonowych w sprawach dotyczących umieszczenia nielegalnych emigrantów w Ośrodkach.”

55 Art. 28. ust. 1 uuco.

56 Art. 28. ust. 2 uuco

57 Zgodnie z Art. 119. ust 1 pkt 1 w systemie informatycznym SG jednym ze zbiorów jest rejestr spraw o udzielenie lub pozbawienie ochrony międzynarodowej oraz o udzielenie pomocy cudzoziemcom ubiegającym się o udzielenie ochrony międzynarodowej.

58 Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych (Dz.U.2020.435) [dalej jako Rozporządzenie graniczne].

dzenia od dnia 15 marca 2020 r. do odwołania ograniczony został ruch graniczny na przejściach granicznych z Federacją Rosyjską oraz Republiką Białorusi (w tym między innymi wstrzymano ruch osobowy na przejściu kolejowym Brześć-Terespol). Ponadto Rozporządzenie wskazało kategorie osób uprawnionych do wjazdu na terytorium Polski. Rozporządzenie w żaden sposób nie wymieniało wśród uprawnionych osób ubiegających się o uzyskanie ochrony międzynarodowej. Wprawdzie już w dniu 17 marca 2020 r. dodano ust. 3 w § 3 w brzmieniu „W szczególności uzasadnionych przypadkach komendant placówki Straży Granicznej, po uzyskaniu zgody Komendanta Głównego Straży Granicznej, może zezwolić cudzoziemcom, innym niż wymienieni w ust. 2, na wjazd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”⁵⁹. Przepis ten mógł stać się podstawą dopuszczenia do złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej cudzoziemców docierających do zewnętrznej granicy Polski. Dopiero 24 sierpnia 2020 r. w § 3 w ust. 2 dodano pkt 17 będący podstawą do wpuszczenia na terytorium Polski cudzoziemców przekraczający granicę Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie wizy wydanej w celu przyjazdu ze względów humanitarnych, z uwagi na interes państwa lub zobowiązania międzynarodowe⁶⁰.

Niestety, rozporządzenie graniczne stało się furtką, którą rządzący postanowili wprowadzić **przepisy legitymizujące push-backi** osób docierających w 2021 r. do Polski przez granicę polsko-białoruską. W dniu 20 sierpnia 2021 r. § 3 dodano ust 2a i ust. 2b. Zgodnie z § 3 dodano ust 2a znowelizowanego rozporządzenia⁶¹ „osoby, które nie należą do kategorii osób wymienionych w ust. 2, poucza się o obowiązku niezwłocznego opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. Natomiast, w przypadku ujawnienia osób, o których mowa w ust. 2a, w przejściu granicznym, na którym ruch graniczny został zawieszony lub ograniczony oraz poza zasięgiem terytorialnym przejścia granicznego, osoby takie **zawraca się do linii granicy państwowej**. Znowelizowane rozporządzenie graniczne zostało uznane przez Sąd Rejonowy w Bielsku Podlaskim za wydane bez wystarczającej delegacji ustawowej⁶². W dniu 15 września 2022 roku również Wojewódzki Sąd

59 Dodany przez § 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia z dnia 17 marca 2020 r. (Dz.U.2020.469) zmieniającego Rozporządzenie graniczne z dniem 17 marca 2020 r.

60 Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 24 sierpnia 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych (Dz.U.2020.1448).

61 Przepisy § 3 ust. 2a oraz 2b dodane zostały przez § 1 rozporządzenia z dnia 20 sierpnia 2021 r. (Dz.U.2021.1536) zmieniającego Rozporządzenie graniczne z dniem 21 sierpnia 2021 r.

62 Sąd Rejonowy w Bielsku Podlaskim VII Zamiejscowy Wydział Karny w Hajnówce w wyroku z dnia 28.03.2022 r. (VII Kp 203/21) uznał, że krótkotrwałe zatrzymanie obywateli Afganistanu, którzy przekroczyli granicę z Białorusi do Polski, było niezasadne i zostało dokonane z naruszeniem prawa. Zdaniem Sądu funkcjonariusze SG powinni byli prowadzić wobec cudzoziemców czynności na podstawie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP (o ile zadeklarowali złożenie wniosków o ochronę co wynikało z nagrań) lub ustawy cudzoziemcach (wszczynając postępowanie w sprawie zobowiązania do powrotu). W ocenie sądu działanie Straży Granicznej polegające na wywiezieniu cudzoziemców w środku nocy na teren ścisłego rezerwatu przyrody bez odpowiedniego ekwipunku było wysoce niehumanitarne. Sąd uznał, że znowelizowane w sierpniu 2021 r. rozporządzenie MSWIA zostało wydane z przekroczeniem ustawowego upoważnienia i nie powinno być stosowane. [Treść postanowienia dostępna na stronie <https://konstytucyjny.pl/tresc-postanowienia-sadu-w-hajnowce-stwierdzajacego-niezasadnosc-nielegalnosc-i-nieprawidlowosc-zatrzymania-cudzoziemcow-przez-straz-graniczna/>].

Administracyjny w Białymstoku orzekł o nielegalności praktyki zawracania cudzoziemców przez funkcjonariuszy SG do linii granicy państwowej na podstawie przepisów rozporządzenia granicznego⁶³.

4.3. Nowelizacja ustawy o cudzoziemcach – Postanowienie o opuszczeniu terytorium RP

Zmiany rozporządzenia granicznego w zakresie zawracania cudzoziemców do linii granicy państwa, co do których nie można było mieć wątpliwości o ich niekonstytucyjności, były rozwiązaniem tymczasowym. Reagując na rozwój wydarzeń na granicy polsko-białoruskiej (czy jak zostało to wskazane w projekcie nowelizacji „dostosowując przepisy prawa krajowego do aktualnej sytuacji migracyjnej występującej na granicy zewnętrznej”) Rada Ministrów wniosła do Sejmu nowelizację ustawy o cudzoziemcach⁶⁴. Nowelizacja dodała do polskiego porządku prawnego nową instytucję - Postanowienie o opuszczeniu przez cudzoziemca terytorium RP w przypadku nielegalnego przekroczenia granicy. Zgodnie z art. 303b ust 1. uoc w przypadku zatrzymania cudzoziemca niezwłocznie po przekroczeniu granicy zewnętrznej wbrew przepisom prawa⁶⁵ komendant placówki Straży Granicznej właściwy ze względu na miejsce przekroczenia granicy sporządza protokół przekroczenia granicy oraz wydaje postanowienie o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Na postanowienie o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przysługuje zażalenie do Komendanta Głównego Straży Granicznej. Złożenie zażalenia nie wstrzymuje wykonania postanowienia.

Mimo krótkiego czasu obowiązywania ww. przepisów sądy administracyjne kilkakrotnie dokonały już ich wykładni⁶⁶. Uchylając **postanowienia o opuszczeniu przez cudzoziemca terytorium RP** wydane przez organy Straży Granicznej na podstawie znowelizowanych przepisów ustawy o cudzoziemcach, Wojewódzkie Sądy Administracyjne w Warszawie i Białymstoku uznały, że **zostały one wydane z naruszeniem przepisów postępowania administracyjnego**. W każdym przypadku doszło do nieprawidłowego zebrania materiału dowodowego, który nie pozwalał na wydanie postanowienia o opuszczeniu RP. Na podstawie nieprawidłowo zebranego materiału dowodowego nie sposób było przesądzić, czy cudzoziemcy wyrazili chęć złożenia wniosku

63 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 15 września 2022 r., sygn. II SA/Bk 492/22) (którego obszernie fragmenty uzasadnienia dołączone są w aneksie do niniejszego raportu); Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 15 września 2022 r., sygn. II SA/Bk 493/22); Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 15 września 2022 r., sygn. II SA/Bk 494/22.

64 Ustawa z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2021.1918).

65 Art. 303 ust. 1 pkt 9a uoc.

66 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 26.04.2022 r., sygn. IV SA/Wa 420/22; Wyrok WSA w Warszawie z dn. 27.04.2022 r., sygn. IV SA/Wa 471/22; Wyrok WSA w Warszawie z dn. 20.05.2022 r., sygn. IV SA/Wa 615/22; Wyrok WSA w Warszawie z dn. 27.05.2022 r., sygn. IV SA/Wa 772/22; wyroku WSA w Warszawie z dnia 5.10.2022 r., sygn. IV SA/Wa 1031/22; wyroku WSA w Białymstoku z dn. 27.10.2022 r., sygn. II SA/Bk 558/22.

o udzielenie ochrony międzynarodowej na terytorium Polski, czy nie. Z orzeczeń sądów administracyjnych wynika, że tylko prawidłowo przeprowadzone postępowanie jest w stanie zagwarantować przestrzeganie zasady *non-refoulement* oraz obowiązków wynikających z konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców, prawa UE oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. WSA w Białymstoku orzekł, iż jeżeli cudzoziemiec został zatrzymany niezwłocznie po przekroczeniu granicy wbrew przepisom prawa stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu art. 2 pkt 2 kodeksu granicznego Schengen, to z racji na obowiązującą, z mocy art. 33 ust. 1 Konwencji dotyczącej statusu uchodźców oraz z mocy art. 19 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, tzw. zasadę *non-refoulement*, **Organ SG w postępowaniu winien także pouczyć zatrzymanych cudzoziemców o możliwości złożenia przez nich wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej** oraz dodatkowo zbadać ich sytuację w kontekście zagrożeń opisanych w tej zasadzie.

Innym sposobem utrudniania cudzoziemcom dostępu do ochrony międzynarodowej było znowelizowanie przepisów ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Nowelą z 14 października 2021 roku w art. 33 uoc po ust. 1 dodany został ust. 1a w brzmieniu:

„1a. Szef Urzędu może **pozostawić bez rozpoznania wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej, który został złożony przez cudzoziemca zatrzymanego niezwłocznie po przekroczeniu granicy wbrew przepisom prawa** stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu art. 2 pkt 2 rozporządzenia nr 2016/399 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie unijnego kodeksu zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen) (Dz. Urz. UE L 77 z 23.03.2016, str. 1, z późn. zm.), chyba że cudzoziemiec ten przybył bezpośrednio z terytorium, na którym jego życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo prześladowania lub ryzyko wyrządzenia poważnej krzywdy, oraz przedstawił wiarygodne przyczyny nielegalnego wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i złożył wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej niezwłocznie po przekroczeniu granicy”.

Wydaje się, że wprowadzonej do uoc zmiany nie da się pogodzić ze standardami wynikającymi z Dyrektywy proceduralnej. Na mocy art. 10 ust. 1 Dyrektywy „Państwa członkowskie zapewniają, aby wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej nie były ani odrzucane, ani pozostawiane bez rozpatrzenia wyłącznie z powodu niewystąpienia z nimi w najkrótszym możliwym terminie”. Ponadto wymagane, aby cudzoziemiec przybył bezpośrednio z terytorium, na którym zagrażało mu niebezpieczeństwo prześladowania bez wątpienia ignoruje dorobek doktryny międzynarodowego prawa uchodźczego i stanowisko UNHCR⁶⁷. Według wytycznych UNHCR, „Uchodźca nie musi przybywać bezpośrednio ze swego państwa pochodzenia i art. 31 ma zastosowanie rów-

67 Porównaj opublikowany przez UNHCR komentarz do Międzynarodowego Prawa Uchodźczego: E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge 2003, s. 218-219.

niez do tych osób, które były w krótkotrwałym tranzycie lub nie mogą uzyskać adekwatnej ochrony w państwie przejazdu”⁶⁸.

4.4. Zmiany w prawie wynikające z masowego napływu osób z Ukrainy uciekających przed wojną

Począwszy od dnia 24 lutego 2022 roku wszystkie osoby przekraczające granice w kierunku wjazdowym do Polski z Ukrainy były wpuszczane na terytorium RP. Dotyczyło to zarówno osób przekraczających granicę w ramach długotrwałych tytułów pobytowych takich jak wize krajowe czy zezwolenie na pobyt czasowy/stały/rezydenta długoterminowego UE, jak i w ramach tytułów krótkotrwałych, jak np. wize Schengen czy ruch bezwizowy. Ze względu na szczególną sytuację, w której ogromna liczba osób na granicy nie posiadała dokumentów podróży lub jakichkolwiek tytułów do przekroczenia granicy z Polską (dotyczyło to np. obywateli państw trzecich przebywających na terytorium Ukrainy), organy SG zaczęły zezwalać na wjazd na terytorium Polski ze szczególnych względów na podstawie art. 32 ust. 1 uoc. Przepis ten stanowi, iż w przypadku, o którym mowa w art. 6 ust. 5 lit. c Kodeksu Granicznego Schengen, komendant placówki Straży Granicznej, po uzyskaniu zgody Komendanta Głównego Straży Granicznej, może zezwolić cudzoziemcowi na wjazd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej **na okres pobytu nie dłuższy niż 15 dni**.

Zgodnie z art. 6 ust. 5 lit. c KGS obywatele państw trzecich, którzy nie spełniają warunków wjazdu, mogą uzyskać zezwolenie państwa członkowskiego na wjazd na jego terytorium **ze względów humanitarnych, ze względu na interes narodowy lub zobowiązania międzynarodowe. Na tej podstawie do Polski można było wpuścić osoby uciekające z Ukrainy przed konfliktem zbrojnym nawet, gdy nie spełniały minimalnych warunków formalnych (np. brak paszportu). Równocześnie polskie władze wydały w tej sprawie liczne komunikaty, które w zakresie zapewnienia dostępu do ochrony brzmiały następująco:** „Jeśli uciekasz przed wojną na Ukrainie, zostaniesz wpuszczony do Polski bez względu na twoje obywatelstwo. Nasz kraj udziela azylu każdej osobie, której życie jest w niebezpieczeństwie. Wszystkie osoby wjeżdżające do Polski są sprawdzane przez funkcjonariuszy Służby Granicznej. W przypadku wątpliwości co do niektórych osób, w szczególności, że nie będą posiadały dokumentów, pracownicy SG przeprowadzają odpowiednie procedury, których celem jest kontrola i weryfikacja. Żadna osoba, której udzielono azylu w Polsce, nie zostanie odesłana na ogarniętą wojną Ukrainę”⁶⁹.

68 Wytyczna nr 4 dotycząca traktowania nielegalnego wjazdu opublikowana w E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge 2003, s. 218-219.

69 Taka sytuacja ma miejsce do dnia dzisiejszego – jeżeli z terytorium Ukrainy do Polski wjeżdża osoba nieposiadająca paszportu (po raz pierwszy od 24 lutego 2022 roku), to może ona zostać (i prawie zawsze jest) wpuszczona na terytorium RP. Na stronie rządowej można znaleźć taką informację w języku ukraińskim: Якщо Ви втікаєте від війни в Україні, вас впускають до Польщі без огляду на те, яке у Вас громадянство. Наша країна надає притулок кожній особі, чиє життя знаходиться під загрозою. Усі особи, які в'їжджають до Польщі, перевіряються працівниками Прикордонної служби. Якщо виникнуть будь-які сумніви стосовно тих чи інших осіб, зокрема в них не буде

Wykonując zobowiązania wynikające z Decyzji wykonawczej Rady (UE) z dnia 4 marca 2022 r. stwierdzająca istnienie masowego napływu wysiedleńców z Ukrainy⁷⁰ Polska po napaści Rosji na Ukrainę rozpoczęła wydawanie obywatelom państw trzecich zaświadczeń o ochronie czasowej. Ogólnymi podstawami prawnymi do takiego działania stały się przepisy dotyczące udzielania ochrony czasowej zawarte w ustawie o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP⁷¹. Zgodnie z przepisami uoco, udzielenie ochrony czasowej jest obok nadania statusu uchodźcy, udzielenia ochrony uzupełniającej i udzielenia azylu, jedną z form ochrony udzielanej na terytorium RP⁷².

Równoległe polski ustawodawca uchwalił **ustawę o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa**⁷³. Zapewniła ona przez co najmniej 18 miesięcy dostęp do ochrony czasowej (uznawanej w krótkiej perspektywie czasowej za korzystniejszą formę ochrony od ubiegania się o udzielenie statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej) obywatelom Ukrainy i ich małżonkom bez względu na obywatelstwo⁷⁴ oraz ewentualnie członkom rodzin obywateli Ukrainy posiadających Kartę Polaka, którzy przybyli do Polski od dnia 24 lutego 2022 roku.

Według danych statystycznych publikowanych przez Urząd do Spraw Cudzoziemców⁷⁵ na koniec września 2022 roku zarejestrowanych zostało 1 474 438 na ochronę czasową, główne obywatelstwa korzystające z tej formy ochrony to: Ukraińcy (1 471 111 tys.), Rosjanie (1 066) Białorusini (433), Gruzini (258), Mołdawianie (247) i Azerowie (213). Równoległe na podstawie Decyzji Wykonawczej Rady z 4 marca 2022 r. Szef UdSC do końca września wydał 1 248 zaświadczeń o udzielonej ochronie czasowej obywatelom państw trzecich, którzy posiadali pobyt stały lub ochronę na Ukrainie. Są to głównie Rosjanie, Białorusini, Wietnamczycy, Ukraińcy i Gruzini.

документів, працівники Прикордонної служби виконують відповідні процедури, метою яких є контроль та перевірка. Жодну особу, яка одержала притулок у Польщі, не відішлють назад в Україну, де триває війна <https://www.gov.pl/web/ua/Pytannya-ta-vidpovidi>.

70 Decyzja wykonawcza Rady (UE) 2022/382 z dnia 4 marca 2022 r. stwierdzająca istnienie masowego napływu wysiedleńców z Ukrainy w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2001/55/WE i skutkująca wprowadzeniem tymczasowej ochrony.

71 Art. 106. ust. 1. uoco: Cudzoziemcom masowo przybywającym do Rzeczypospolitej Polskiej, którzy opuścili swój kraj pochodzenia lub określony obszar geograficzny, z powodu obcej inwazji, wojny, wojny domowej, konfliktów etnicznych lub rażących naruszeń praw człowieka, można udzielić ochrony czasowej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez względu na to, czy ich przybycie miało charakter spontaniczny, czy też było wynikiem pomocy udzielonej im przez Rzeczpospolitą Polską lub społeczność międzynarodową.

72 art. 3. Ust. 1. uoco.

73 Ustawa z dnia 12 marca 2022 r. o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa (Dz.U. 2022.583).

74 Ilekroć w ustawie jest mowa o obywatelu Ukrainy, rozumie się przez to także nieposiadającego obywatelstwa ukraińskiego małżonka obywatela Ukrainy, o ile przybył on na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z terytorium Ukrainy w związku z działaniami wojennymi prowadzonymi na terytorium tego państwa i nie jest obywatelem polskim ani obywatelem innego niż Rzeczpospolita Polska państwa członkowskiego Unii Europejskiej. (art. 1 ust. 2 ustawy o pomocy obywatelom Ukrainy).

75 Dane dostępne w comiesięcznej informacji o działalności UdSC 2022.10 opublikowanej na stronie: <https://www.gov.pl/web/udsc/informacja-o-dzialalnosci-udsc-2022>.

Cudzoziemcom masowo przybywającym do Rzeczypospolitej Polskiej, którzy opuścili swój kraj pochodzenia lub określony obszar geograficzny, z powodu obcej inwazji, wojny, wojny domowej, konfliktów etnicznych lub rażących naruszeń praw człowieka, można udzielić ochrony czasowej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez względu na to, czy ich przybycie miało charakter spontaniczny, czy też było wynikiem pomocy udzielonej im przez Rzeczpospolitą Polską lub społeczność międzynarodową.

Kończąc warto podkreślić, że ze względu na obowiązujące ograniczenia dotyczące wyjazdu z kraju w czasie konfliktu zbrojnego mężczyzn w wieku poborowym wprowadzone w przez Ukrainę, wielu obywateli Ukrainy starało się przekraczać granicę polsko-ukraińską poza przejściami granicznymi. Osoby te, ze względu na nielegalny wjazd na terytorium Polski, nie mogły dokonać rejestracji dla celów ochrony czasowej i ubiegać się o nadanie numeru PESEL (UKR). Jediną drogą dostępu do ochrony było w ich przypadku złożenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w Polsce. Według danych UDSC w pierwszych 9 miesiącach 2022 roku o tę formę ochrony wystąpiło 1281 obywateli Ukrainy⁷⁶.

76 W praktyce mężczyźni uciekający przed poborem do wojska po złożeniu wniosku za pośrednictwem organów SG, dość szybko wnosili o umorzenie ich postępowań w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej. Po odzyskaniu swoich paszportów z depozytu Szefa UDSC osoby w takiej sytuacji, z którymi miał kontakt zespół Instytutu na rzecz Państwa Prawa decydowały się na wyjazd z Polski i staranie się o uzyskanie ochrony czasowej w innym państwie członkowskim UE.

Podsumowanie

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uucco na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej cudzoziemcowi udziela się ochrony przez: nadanie statusu uchodźcy; udzielenie ochrony uzupełniającej; udzielenie azylu lub udzielenie ochrony czasowej. Przez 30 lat od ratyfikowania przez Polskę Konwencji Genewskiej dotyczącej statusu uchodźców, główne znaczenie miało rozpatrywanie wniosków o nadanie statusu uchodźcy. Po wejściu Polski do Unii Europejskiej i związania przepisami dyrektywy kwalifikacyjnej, cudzoziemcom, których nie można było odesłać do kraju pochodzenia ze względu na rzeczywiste ryzyko doznania poważnej krzywdy, Polska zaczęła udzielać ochrony uzupełniającej. Azylu udziela się w Polsce niezwykle rzadko, gdy przemawia za tym interes Rzeczypospolitej⁷⁷. Instytucja ta mylnie kojarzona jest z nadaniem statusu uchodźcy. Jednak ubieganie się o azyl nie wiąże się z wykazaniem uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodów określonych w art. 1A Konwencji Genewskiej. W 2022 roku ze względu na nagły masowy napływ uciekinierów z Ukrainy, Polska po raz pierwszy zaczęła udzielać cudzoziemcom ochrony czasowej.

Zapewnienie cudzoziemcom ochrony przed prześladowaniem, doświadczeniem poważnej krzywdy, torturami czy inną formą nieludzkiego i poniżającego traktowania jest jednym z najważniejszych zobowiązań państwa wobec wspólnoty międzynarodowej. Zasada *non-refoulement* w praktyce nie polega jedynie na zakazie wydalania czy odsyłania cudzoziemca do kraju gdzie jego prawa podstawowe mogą być zagrożone. Obejmuje ona także obowiązek indywidualnego zbadania powodów szukania ochrony (azyłu) przez cudzoziemca docierającego do granic terytorium państwa przyjmującego. Z tego względu stanowi ona nie lada wyzwanie w kontekście obrony granic suwerennych państw przed niezgodnym z prawem wjazdem migrantów. To napięcie pomiędzy poszanowaniem suwerenności państwa (zawierającej uprawnienie do decydowania kogo wpuścić na swoje terytorium) a ochroną praw podstawowych migrantów uciekających przed prześladowaniem można zaobserwować w większości współczesnych liberalnych demokracji. W ostatnich dziesięcioleciach państwa⁷⁸ wypracowały różnorodne praktyki i korespondujące z nimi prawne konstrukcje, które czasem podważają nawet samo prawo poszukiwania ochrony przed prześladowaniem. Do tych państw zaliczyć można również Polskę. Wydaje się nawet, że od 2016 roku (w związku z praktyką zbiorowych wydaleń na przejściu kolejowym Brześć-Terespol), a obecnie ze względu na stosowane push-backi na odcinku granicy polsko-białoruskiej, Polska stała się jednym z państw mających największe problemy z respektowaniem zasady *non-refoulement*.

77 Art. 90 ust. 1 uucco stanowi, iż „Cudzoziemcowi można, na jego wniosek, udzielić azylu w Rzeczypospolitej Polskiej, gdy jest to niezbędne do zapewnienia mu ochrony oraz gdy przemawia za tym ważny interes Rzeczypospolitej Polskiej”.

78 Do najjaskrawszych przykładów zaliczyć należy politykę Australii rozpatrywania wniosków uchodźców w czasie ich zatrzymania na wyspach Manus Island i Nauru, budowę zapory na granicy USA z Meksykiem, tworzenie centrów tranzytowych (detencyjnych) na granicy Węgier z Serbią, nadużywanie siły na granicy Chorwacji z Bośnią-Hercegowiną, działania funkcjonariuszy Frontex na Morzu Śródziemnym, porozumienie między Unią Europejską a Turcją dotyczące zarządzania migracją, działania kolejnych rządów włoskich zmierzających do maksymalnego ograniczenia prób dotarcia do Włoch z Libii i innych państw Afryki Północnej.

Jednakże ocena praktyki udzielania ochrony na terytorium Polski nie może być jednoznacznie krytyczna. Od 24 lutego 2022 roku polskie służby graniczne stosują się w maksymalnym możliwym stopniu do wymogów *non-refoulement* wobec osób uciekających przed wojną w Ukrainie. Również wydawanie od końca 2020 roku obywatelom Białorusi zgód na wjazd ze względów humanitarnych, a następnie wydawanie decyzji w przedmiocie udzielenia im ochrony międzynarodowej w uproszczonym postępowaniu, zasługują na aprobatę. Podobnie sposób procedowania wniosków o ochronę ponad 1100 obywateli Afganistanu ewakuowanych przez polskie wojsko w 2021 roku dowodził, że możliwe jest szerokie otwarcie drzwi do ochrony międzynarodowej przez Polskę. Wystarczy podkreślić, że w okresie od 01.01.2021 roku do 30.09.2022 roku w Polsce Szef UDC nadał status uchodźcy 1297 cudzoziemcom (głównie z Afganistanu i Białorusi), a ochronę uzupełniającą 4632 cudzoziemcom (w przeważającej większości obywatelom Białorusi). Zmiana okoliczności zewnętrznych zaowocowała w latach 2021-2022 znaczącym wzrostem wydawanych przez Szefa decyzji pozytywnych⁷⁹.

Dane z raportów okresowych dotyczących ochrony międzynarodowej udzielanej w Polsce obrazują równoległe funkcjonowanie dwóch postaw wobec osób ubiegających się o udzielenie ochrony. Bez wątplenia na aprobatę zasługuje udzielanie ochrony i przyjmowanie przez Polskę uchodźców z Ukrainy (w większości beneficjentów ochrony czasowej), Białorusinów (legalizujących swój pobyt na podstawie wizy humanitarnych lub beneficjentów ochrony uzupełniającej) oraz Afgańczyków (otrzymujących status uchodźcy po ewakuacji). Równocześnie trudno zrozumieć aż tak daleko posuniętą niechęć i odrzucenie wobec innych grup docierających do naszych granic. W przeciwieństwie do uratowanych w trakcie ewakuacji Afgańczyków, osoby uciekające z Afganistanu bez pomocy polskiego rządu przez granicę polsko-białoruską lub szlakiem bałkańskim są poddawane długotrwałej detencji i skazywani za przekroczenie granicy wbrew przepisom prawa. Kurdowie i Arabowie z Iraku byli najczęściej poddawani push-backom na granicy polsko-białoruskiej lub w przypadku zagrożenia zdrowia i życia umieszczani w strzeżonych ośrodkach w celu wykonania decyzji o zobowiązaniu do powrotu wydawanych w pierwszych godzinach/dniach po zatrzymaniu. Natomiast mieszkańcy Kaukazu z Federacji Rosyjskiej (głównie z Czeczenii), nie byli w stanie złożyć wniosków o udzielenie ochrony, mimo deklarowania ubiegania się o udzielenie ochrony międzynarodowej. Z kilkudziesięciu relacji cudzoziemców, którzy chcieli uniknąć służby wojskowej i starali się przekroczyć legalnie drogowe przejście między Brześciem a Terespołem na granicy polsko-białoruskiej wynika, że nie wydaje im się decyzji o odmowie wjazdu. Wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej są w prawdzie przez Komendanta PSG w Terespolu przyjmowane (średnio od 1-2 rodzin dziennie), lecz ich liczba jest niewspółmierna do se-

79 W latach 1992-2000 status uchodźcy nadano zaledwie 5136 osobom a ochronę uzupełniającą udzielono w latach 2008-2020 5396 osobom. Dane dotyczące decyzji wydawanych w pierwszej instancji na podstawie statystyk udostępnionych przez Urząd do Spraw Cudzoziemców [<https://www.gov.pl/web/udsc/zestawienia-roczne>].

tek mieszkańców Kaukazu, którzy przez Białoruś starają się (podejmując wiele kosztownych prób) legalnie dotrzeć do Polski/Unii Europejskiej i uchronić przed doświadczanym prześladowaniem.

Końcowo należy podkreślić, że nie można zapominać, że kwestia dostępu do terytorium nie wyczerpuje problematyki dostępu do ochrony międzynarodowej w Polsce. Warto przyrzeć się brakom systemowym (systemic deficiencies) w systemie recepcji cudzoziemców i sposobowi rozpatrywania złożonych przez nich wniosków o ochronę. Dla większości cudzoziemców, którym w 2021 roku udało się złożyć wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej w Polsce, ochrona ta miała słodko-gorzki smak. Z 7699 cudzoziemców starających się o udzielenie ochrony międzynarodowej aż 4052 zostało zatrzymanych w strzeżonych ośrodkach dla cudzoziemców. Państwo polskie nie było w stanie wywiązać się z ciążącego na nim obowiązku sprawnego rozpatrzenia wniosków osób podlegających detencji (w tym ponad 500 dzieci). Nie dysponując wystarczającą liczbą tłumaczy języków rzadkich, Szef UDSC nie był w stanie zakończyć prowadzonych wobec cudzoziemców postępowań w terminach 60/90 dni⁸⁰ wynikających z ustawy o udzielanie cudzoziemcom ochrony, a które są liczone od dnia zatrzymania/złożenia wniosku o ochronę w detencji. Mimo tego, organy SG składały do sądów wnioski o przedłużenie wobec nich okresu umieszczenia w strzeżonych ośrodkach. Paradoksalnie, gdyby Polska – uzasadniając to koniecznością zatrzymania cudzoziemców na granicy - wprowadziła do polskiego prawa procedury graniczne jak 15 innych państw UE/EOG, wnioski cudzoziemców musiałyby zostać zbadane w ciągu 4 tygodni, a nie 6 miesięcy, jak często miało to miejsce. Polska – nie wprowadziła kontrowersyjnych choć zgodnych z dyrektywą proceduralną, procedur granicznych ograniczających (na 28 dni) dostęp do terytorium. Zamiast tego zaczęła stosować niezgodną z prawem procedurę doprowadzania do linii granicy państwa. Następnie, rozpoczęła wydawanie decyzji o opuszczeniu terytorium RP (wątpliwych z punktu widzenia zgodności z dyrektywą 2008/115) na podstawie art. 303a uoc. W sytuacjach w których cudzoziemcy nie zostali zawróceni, wszczynano wobec nich postępowania w sprawie zobowiązania do powrotu oraz postępowania karne, odwołując moment przyjęcia wniosków o ochronę do momentu przyjęcia do Strzeżonego Ośrodka dla Cudzoziemców.

Tym samym również, w Polsce potwierdzona została prawdziwość tezy Jensa Vedsted-Hansena, że państwa wypracowują różnorodne praktyki i korespondujące z nimi prawne konstrukcje, które bezpośrednio lub pośrednio ograniczają uchodźcom możliwość wyboru państwa azylu, a czasem podważają nawet samo prawo poszukiwania ochrony przed prześladowaniem⁸¹.

80 Por. art. 89 ust 4a uouo.

81 J. Vedsted-Hansen, Non-admission policies and the right to protection: refugees' choice versus states' exclusion?, [w:] J. C. Hathaway (red.), Human Rights and Refugee Law, Vol. II, Edward Elgar Publishing 2014, s. 269.

Aneks - Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 15 września 2022 r. (II SA/Bk 492/22)

Sentencja

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku po rozpoznaniu w Wydziale II na rozprawie w dniu 15 września 2022 r. sprawy ze skarg A. D. i Rzecznika Praw Obywatelskich przy udziale Prokuratora Prokuratury Regionalnej w B. na czynność Komendanta Placówki Straży Granicznej w M. z dnia (...) września 2021 r. w przedmiocie zawrócenia do linii granicy państwowej 1. stwierdza bezskuteczność zaskarżonej czynności; 2. (...)

Uzasadnienie

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku zważył, co następuje:

Obie skargi zasługują na uwzględnienie.

Przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie jest czynność Komendanta Placówki Straży Granicznej w M. (Komendant) z dnia 27 września 2021 r. polegająca na zawróceniu do linii granicy państwowej skarżącej A. D. S. S. wraz z czwórką małoletnich dzieci (tj. A. A. R. R., A. A. R. RI., A. A. R. RII. i A. A. R. RIII.) będących obywatelami Iraku. Podstawą prawną przedmiotowej czynności jest § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego (dodany na mocy rozporządzenia zmieniającego z dniem 21 sierpnia 2021 r.), wedle którego w przypadku ujawnienia osób, o których mowa w ust. 2a (tj. osób nienależących do kategorii osób uprawnionych do przekroczenia granicy państwowej, wymienionych w ust. 2) w przejściu granicznym, na którym ruch graniczny został zawieszony lub ograniczony oraz poza zasięgiem terytorialnym przejścia granicznego, osoby takie zawraca się do linii granicy państwowej. Zgodnie zaś z § 2 rozporządzenia granicznego (w brzmieniu obowiązującym dnia 27 września 2021 r.) ogranicza się, od dnia 15 marca 2020 r. od godz. 0.00 do odwołania, ruch graniczny naprzęściach granicznych z Federacją Rosyjską oraz Republiką Białorusi, których wykaz, wraz z rodzajem ruchu granicznego dozwolonego przez te przejścia, określony jest w załączniku nr 2 do rozporządzenia, w lotniczych przejściach granicznych w zakresie połączeń lotniczych z Federacją Rosyjską i Republiką Białorusi oraz w morskich przejściach granicznych.

Nie budzi wątpliwości sądu, że zaskarżona czynność spełnia kryteria czynności z zakresu administracji publicznej dotyczącej uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, o której mowa w art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2022, poz. 329 ze zm.; dalej: „PostAdmU”), co otworzyło sądowi drogę do skontrolowania jej legalności. W orzecznictwie wskazuje się trafnie, że o akcie lub czynności w rozumieniu art. 3 § 2 pkt 4 PostAdmU, można mówić wówczas, gdy akt (czynność) podjęty jest w sprawie indywidualnej, skierowany do oznaczonego podmiotu administrowanego, dotyczy uprawnienia lub obowiązku tego podmiotu, zaś samo uprawnienie lub obowiązek, którego akt

(czynność) dotyczy, są określone w przepisie prawa powszechnie obowiązującego (por m.in. wyrok WSA w Warszawie z 17 kwietnia 2014 r., VII SA/Wa 2679/13, dostępny w Centralnej Bazie Orzeczeń i Informacji o Sprawach NSA pod adresem <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>, dalej: „CBOSA”). Nie budzi wątpliwości sądu, że powyższe kryteria zostały spełnione w niniejszej sprawie.

Co więcej dopuszczalność skargi skarżącej została potwierdzona przez NSA, którego prawomocnym rozstrzygnięciem uchylającym postanowienie sądu z dnia 17 marca 2022 r. o umorzeniu postępowania sąd orzekający jest związany i tym samym obowiązany do merytorycznego rozpatrzenia tej skargi, uznanej przez NSA (w sposób dorozumiany) za wniesioną skutecznie. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie, badanie dopuszczalności złożonego oświadczenia o cofnięciu skargi, jak i umorzenie postępowania sądowego, będące skutkiem cofnięcia skargi (art. 161 § 1 pkt 1 PostAdmU), może mieć miejsce tylko wówczas, gdy skarga została wniesiona skutecznie, a więc gdy wszczęła postępowanie sądownoadministracyjne. Jeżeli skarga zawiera braki uniemożliwiające jej nadanie dalszego biegu, sąd skargę odrzuca (por. m.in. postanowienie NSA z 10 czerwca 1987 r., SA/Gd 537/87, OSP 1990 z. 4, poz. 207, czy postanowienie NSA z 3 stycznia 2008 r., I OSK 1829/07, CBOSA).

(...)

Przechodząc do merytorycznej oceny legalności zaskarżonej czynności, przypomnieć należy, że pełnomocnik skarżącej konsekwentnie podnosi, że w dniu 27 września 2021 r. skarżąca deklarowała funkcjonariuszom SG zamiar złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej. Komendant stoi natomiast na stanowisku, że gdyby taki wniosek był wówczas przez skarżącą zgłoszony, to zostałby przyjęty, podobnie jak wniosek skarżącej z dnia 21 października 2021 r. Faktem jest, że w aktach sprawy brak jest dokumentacji wskazującej, że skarżąca w dniu 27 września 2022 r. wyraziła wobec funkcjonariuszy SG zamiar ubiegania się o ochronę międzynarodową. Nie wiadomo zatem, czy deklaracja taka została faktycznie przez nią zgłoszona, ale nie została odnotowana przez funkcjonariuszy SG, czy też deklaracji takiej wówczas skarżąca nie złożyła. Okoliczność ta pozostaje nieweryfikowalna na tym etapie postępowania, co jednak, w ocenie sądu, nie uniemożliwia dokonania oceny legalności zaskarżonej czynności. Tak czy inaczej, została ona bowiem dokonana z naruszeniem (pominięciem) norm prawnych hierarchicznie wyższych, tj. niżej wskazanych przepisów u.u.c.o. - w przypadku wyrażenia przez skarżącą deklaracji ubiegania się o ochronę międzynarodową, zaś poniższych przepisów u.o.c. - w przypadku gdyby takiej deklaracji nie było.

W pierwszej z opisanych wyżej potencjalnych sytuacji, tj. gdyby skarżąca w dniu 27 września 2021 r. faktycznie zgłosiła funkcjonariuszom SG zamiar złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, ich obowiązkiem było uznanie skarżącej za wnioskującą o udzielenie takiej ochrony oraz umożliwienie jej złożenia wniosku na formularzu, o którym mowa w art. 26 ust. 3 u.u.c.o. O ile wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej powinien zostać złożony przez cudzoziem-

ca osobiście lub w imieniu jego małoletnich dzieci mu towarzyszących (art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 u.u.o.c.) wobec Szefa UdSC za pośrednictwem komendanta oddziału SG albo komendanta placówki SG (art. 24 ust. 1 u.u.c.o.), to sama deklaracja złożenia takiego wniosku powinna zostać przyjęta przez funkcjonariusza SG, który jako pierwszy wchodzi w kontakt z cudzoziemcem. Jakkolwiek przepisy krajowe stanowią (w odniesieniu do deklaracji zamiaru złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, odpowiadającej „wystąpieniu z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej” na gruncie dyrektywy 2013/32) jedynie, że w przypadku gdy z przyczyn leżących po stronie organu SG nie jest możliwe przyjęcie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej na formularzu w dniu, w którym cudzoziemiec stawiał się osobiście w siedzibie tego organu i zadeklarował zamiar złożenia takiego wniosku, organ SG informuje cudzoziemca w języku dla niego zrozumiałym o terminie i miejscu przyjęcia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej oraz sporządza protokół tej czynności (art. 28 ust. 1 u.u.c.o.), a następnie rejestruje tą deklarację w rejestrze, o którym mowa w art. 119 ust. 1 pkt 1 u.u.c.o. (art. 28 ust. 6 u.u.c.o.), to ze względu na brzmienie art. 6 ust. 2 dyrektywy 2013/32 (nakazującego państwom członkowskim zapewnienie, aby osoba, która wystąpiła z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej, miała rzeczywistą możliwość jak najszybszego złożenia wniosku), a także motyw 27 tej dyrektywy (uznający obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców, którzy wyrazili chęć wystąpienia o udzielenie ochrony międzynarodowej za wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową oraz nakładający na państwa członkowskie powinność jak najszybszego zarejestrowania tego faktu), uznać należy, że cudzoziemiec deklarujący na terytorium, w tym na granicy państw członkowskich lub w ich strefach tranzytowych (art. 3 ust. 1 dyrektywy 2013/32), funkcjonariuszowi SG zamiar złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, powinien mieć zapewnioną możliwość jak najszybszego formalnego złożenia takiego wniosku oraz być traktowany jak wnioskodawca. Tym samym powinien podlegać ochronie, w tym zakazowi wydalenia - oznaczającego na gruncie prawa krajowego zakaz wykonania zobowiązania do powrotu (wedle art. 303 ust. 4 u.o.c. nie wszczyna się postępowania w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, jeżeli toczy się postępowanie w sprawie udzielenia temu cudzoziemcowi ochrony międzynarodowej, chyba że cudzoziemiec złożył kolejny wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej, zaś wedle art. 330 ust. 1 pkt 1 i 8 u.o.c. decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu nie wykonuje się gdy wobec cudzoziemca toczy się postępowanie w sprawie udzielenia mu ochrony międzynarodowej oraz gdy cudzoziemiec zadeklarował zamiar złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w przypadku, o którym mowa m.in. w art. 28 ust. 1 u.u.c.o.).

Od momentu wystąpienia z wnioskiem, tj. złożenia deklaracji o zamiarze złożenia przedmiotowego wniosku, cudzoziemiec ma więc prawo pozostania na terytorium państwa członkowskiego. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”) wskazuje się, że

deklaracja taka nie tylko może zostać złożona w dowolnym miejscu (tj. na terytorium państwa członkowskiego, na granicy lub w strefie tranzytowej) ale również nie może ona podlegać żadnym formalnościom administracyjnym (wyrok TSUE z 17 grudnia 2020 r., Komisja Europejska p. Węgrom, C-808/18, pkt 96-97; czy powołany tam wyrok TSUE z 25 czerwca 2020 r., VL przy udziale Ministerio Fiscal, C-36/20 PPU, pkt 93-94). Przeciwnie wnioskowanie uniemożliwiłoby zapewnienie cudzoziemcowi skutecznego dostępu do podstawowych zasad i gwarancji przewidzianych w dyrektywie 2013/32, implementowanej do polskiego porządku prawnego m.in. przepisami u.u.c.o. znowelizowanymi w dniu 10 września 2015 r. (Dz.U. 2015, poz. 1607), a także stanowiłoby brak poszanowania dla prawa do azylu, zagwarantowanego nie tylko na mocy art. 56 ust. 1 Konstytucji RP, ale również na mocy art. 18 KPP, będącej dokumentem prawnie wiążącym państwa członkowskie (a tym samym i jego organy publiczne – zarówno centralne, jak i regionalne oraz lokalne) w zakresie, w jakim stosują one prawo UE (art. 51 ust. 1 KPP). W przypadku natomiast założenia, że skarżąca nie zadeklarowała względem funkcjonariuszy SG zamiaru ubiegania się o ochronę międzynarodową, podstawowym ustawowym obowiązkiem funkcjonariuszy SG było przeprowadzenie kontroli legalności pobytu skarżącej na terytorium RP, w celu ustalenia stanu faktycznego w zakresie przestrzegania przepisów dotyczących warunków wjazdu cudzoziemców na to terytorium i pobytu na nim, o czym stanowi art. 289 ust. 1 u.o.c. W przypadku zaś gdyby po przeprowadzeniu ww. kontroli okazało się, że pobyt skarżącej jest niezgodny z tymi przepisami, funkcjonariusze SG winni byli sporządzić protokół kontroli legalności pobytu skarżącej na terytorium RP, o którym mowa w art. 296 ust. 1 pkt 1 u.o.c., a którego elementy zostały wyszczególnione w art. 297 ust. 1 u.o.c. W dalszej kolejności, obowiązkiem organu SG było wszczęcie postępowania administracyjnego w sprawie zobowiązania skarżącej oraz jej małoletnich dzieci do powrotu. Wedle bowiem art. 302 ust. 1 pkt 1 i 10 u.o.c. (w brzmieniu z dnia 27 września 2021 r., a więc przed nowelizacją z dnia 26 października 2021 r.) cudzoziemcowi, który przebywa lub przebywał na terytorium RP bez ważnej wizy lub innego ważnego dokumentu uprawniającego go do wjazdu na to terytorium i pobytu na nim, jeżeli dokumenty takie są lub były wymagane, lub który przekroczył lub usiłował przekroczyć granicę wbrew przepisom prawa, komendant oddziału SG lub komendant placówki SG, który stwierdził istnienie przesłanki uzasadniającej wydanie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu (art. 310 ust. 1 pkt 1 u.o.c.), wydaje z urzędu decyzję o zobowiązaniu do powrotu. Rację ma przy tym RPO, że w dacie dokonania zaskarżonej czynności, nie obowiązywała jeszcze procedura wydawania postanowień o opuszczeniu terytorium RP cudzoziemcom zatrzymanym niezwłocznie po nielegalnym przekroczeniu granicy, stanowiącej granicę zewnętrzną UE, która została wprowadzona na mocy nowelizacji z dnia 26 października 2021 r. (tj. ustawa z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw; Dz.U. z 2021 r. poz. 1918). Dodać przy tym należy że wedle art. 13 ust. 1 KG Schengen, głównym celem ochrony granicy jest zapobieganie niedozwolonemu przekraczaniu granicy, zwalczanie przestęp-

czości transgranicznej oraz podejmowanie środków w stosunku do osób, które przekroczyły granicę nielegalnie. Osoba, która nielegalnie przekroczyła granicę i która nie ma prawa przebywać na terytorium danego państwa członkowskiego, zostaje zatrzymana i poddana procedurom spełniającym wymogi dyrektywy 2008/115/WE, (której dyspozycje zostały implementowane do polskiego porządku prawnego m.in. za pośrednictwem ww. przepisów u.o.c.).

Po ujawnieniu zatem przez funkcjonariuszy SG nielegalnego przekroczenia przez skarżącą granicy RP (będącej jednocześnie granicą zewnętrzną UE) właściwy organ SG powinien być – w zależności od zaistniałej sytuacji – albo wszcząć postępowanie w sprawie zobowiązania skarżącej do powrotu, albo umożliwić jej jak najszybsze formalne złożenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej. Niezależnie od tego, które z ww. postępowań administracyjnych zostałoby wszczęte, skarżąca uzyskaby w nim status strony, a tym samym gwarancje procesowe, w tym prawo do czynnego udziału w postępowaniu, obejmujące m.in. prawo do zainicjowania instancyjnej kontroli wydanego aktu. Dopiero po wyczerpaniu drogi odwoławczej (ewentualnie skargowej), zakończonej finalnie wydaniem ostatecznej decyzji o zobowiązaniu skarżącej i jej małoletnich dzieci do powrotu (niezależnie od tego, czy postępowanie to byłoby poprzedzone negatywnie zakończonym postępowaniem o udzielenie skarżącej ochrony międzynarodowej) oraz stwierdzeniem, że nie opuściła ona dobrowolnie terytorium RP w określonym w decyzji terminie, decyzja ta mogłaby podlegać przymusowemu wykonaniu (art. 329 ust. 1 u.o.c.), co oznaczałoby hipotetyczną możliwość usunięcia (wydalenia) skarżącej z terytorium RP.

W tym miejscu podkreślić jednak należy, że przed wykonaniem decyzji o zobowiązaniu skarżącej do powrotu, organ SG miałby obowiązek zbadania z urzędu przesłanek warunkujących udzielenie jej zgody na pobyt na terytorium RP ze względów humanitarnych, wymienionych w art. 348 u.o.c., zaś w przypadku gdyby zachodziły okoliczności do odmowy udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych, musiałby rozważyć, czy względem skarżącej zachodzą warunki udzielenia zgody na pobyt tolerowany (art. 351 pkt 1 u.o.c.). Obie te instytucje (tj. zgoda na pobyt ze względów humanitarnych i zgoda na pobyt tolerowany) są bezpośrednio powiązane z postępowaniem o zobowiązanie cudzoziemca do powrotu i wraz z instytucją ochrony uzupełniającej (uregulowanej w art. 15 u.o.c.), której przesłanki rozpatrywane są z urzędu w przypadku niespełnienia wymogów niezbędnych do nadania statusu uchodźcy (a więc w postępowaniu o udzielenie ochrony międzynarodowej), stanowią trzy formy tzw. ochrony subsydiarnej, będącej ochroną dodatkową względem ochrony wynikającej z Konwencji genewskiej.

Według art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej żadne umawiające się państwo nie wydali lub nie zawróci w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne. W powyższym przepisie została ujęta zasada non-re-

foulement (zakaz refoulement), stanowiąca jedną z najistotniejszych zasad szeroko rozumianego międzynarodowego prawa uchodźczego, a także główny element systemu praw podstawowych UE. Podkreślić przy tym należy, że państwo będące stroną Konwencji genewskiej obowiązane jest stosować się do zakazu refoulement tam, gdzie rozciąga się jego jurysdykcja, a więc wszędzie, gdzie dana jednostka znajduje się pod efektywną kontrolą jego organów (M. Grześkowiak, Transpozycja zasady non-refoulement do polskiego systemu ochrony uchodźców, *Studia Iuridica LXXVI*, s. 202). Nie ma bowiem znaczenia, gdzie dana sytuacja ma miejsce, a jedynie to, czy dane działanie można przypisać określonemu państwu. Wskazuje na to literalna wykładnia ww. przepisu, zapewniająca najszerszą możliwą formułę ochrony, stanowiąc, że „państwo nie wydali ani nie zawróci w żaden sposób uchodźcy. Nie ulega zatem wątpliwości, że w zakres znaczeniowy tej hipotezy wchodzi również zakaz odmowy wjazdu na granicy (B. Mikołajczyk, *Osoby ubiegające się o status uchodźcy: ich prawa i standardy traktowania*, Katowice 2004, s. 112). Wyjaśnić przy tym należy, że osobą chronioną na gruncie art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej jest osoba zdefiniowana w hipotezie art. 1A ust. 2 Konwencji genewskiej zmodyfikowanego przez art. I ust. 2 Protokołu sporządzonego w Nowym Jorku dnia 31 stycznia 1967 r. (Dz.U.1991.119.517, dalej: „Protokół nowojorski”), bez względu na to, czy uzyskała ona oficjalny status uchodźcy w danym państwie, czy też nie.

Wracając do trzech uprzednio wspomnianych instytucji ochrony subsydiarnej, zauważyć należy, że mają one zapewniać osobie, której w razie odesłania groziłoby niebezpieczeństwo określone w przesłankach przewidzianych w przepisach ustanawiających zakres ochrony subsydiarnej, że nie zostanie względem niej wykonana decyzja zobowiązująca ją do powrotu. Instytucje te uznaje się za realizujące zasadę non-refoulement w polskim systemie prawnym, zaś obecny ich kształt jest rezultatem implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/95/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony (Dz.Urz. UE L 337/9 z 20 grudnia 2011 r.). Podkreślić przy tym należy, że przesłanki każdej z trzech form ochrony subsydiarnej, odwołują się do prawa do życia oraz zakazu tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karności, zaś przesłanki ochrony udzielanej w powiązaniu z postępowaniem o zobowiązanie cudzoziemca do powrotu, odwołują się dodatkowo do: prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, zakazu pracy przymusowej, prawa do rzetelnego procesu sądowego i zakazu karności bez podstawy prawnej, a także (w przypadku zgody na pobyt ze względów humanitarnych) prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

Brzmienie art. 348 pkt 1 i 2 oraz art. 351 pkt 1 u.o.c. stanowi wprost, że przesłanki te należy interpretować w świetle postanowień Konwencji (art. 1-8).

Konieczność przestrzegania zasady non-refoulement przez państwa członkowskie wybrzmiewa nie tylko na gruncie czynności ustawodawczych związanych z implementacją dyrektyw (vide np. art. 4 ust. 4 lit. b. w zw. z art. 2 ust. 2 lit. a., czy art. 5 dyrektywy 2008/115/WE wdrożonej do polskiego porządku prawnego przepisami u.o.c.), lecz wynika wprost z prawa pierwotnego UE. Art. 19 ust. 2 KPP wyraźnie formułuje bowiem zakaz refoulement, w brzmieniu zbliżonym do art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej. Stanowi on bowiem, że: nikt nie może być usunięty z terytorium państwa, wydany lub wydany w drodze ekstradycji do państwa, w którym istnieje poważne ryzyko, iż może być poddany karze śmierci, torturom lub innemu nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu.

Jakkolwiek art. 19 ust. 2 KPP wymienia jedynie takie formy „powrotowe” jak: usunięcie, wydalenie lub wydanie w drodze ekstradycji, to niewątpliwie przepis ten należy odczytywać w świetle Konwencji genewskiej wyznaczającej minimalny standard ochrony uchodźców, z którym unijny system ich ochrony musi pozostawać spójny – wszystkie państwa członkowskie są bowiem stronami Konwencji genewskiej. Należy zatem przyjąć, że formy wydalenia wymienione w art. 19 ust. 2 KPP nie mają charakteru enumeratywnego, zaś odesłanie (w tym zawrócenie) uchodźcy na terytorium, na którym groziłoby mu niebezpieczeństwo określone zarówno w tym przepisie, jak i w art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej, zawsze jest zakazane i to niezależnie od prawnej formy tego odesłania (M. Grześkowiak, Transpozycja zasady non-refoulement do polskiego systemu ochrony uchodźców, *Studia Iuridica LXXVI*, s. 208-209; A. M. Potyrała, (w:) A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 682.). Co więcej art. 18 KPP w sposób bezpośredni odwołuje się do Konwencji genewskiej, stanowiąc, że: gwarantuje się prawo do azylu z poszanowaniem zasad Konwencji genewskiej i Protokołu nowojorskiego oraz zgodnie z Traktatem o Unii Europejskiej i Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Również prawo wtórne EU o randze rozporządzenia (a więc o zasięgu ogólnym, wiążące w całości i bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich), wprost nakazuje poszanowanie zasady non-refoulement w trakcie stosowania regulacji dotyczących przepływu osób przez zewnętrzne i wewnętrzne granice państw członkowskich (vide: art. 3 lit. b. KG Schengen, stanowiący, że akt ten stosuje się do każdej osoby przekraczającej granicę wewnętrzną lub zewnętrzną państw członkowskich, bez uszczerbku dla praw uchodźców i osób ubiegających się o ochronę międzynarodową, w szczególności w odniesieniu do zasady non-refoulement). Art. 4 KG Schengen w sposób wyraźny nakazuje wszystkim państwom członkowskim, przy jego stosowaniu, przestrzeganie odpowiednich przepisów prawa Unii - w tym KPP, prawa międzynarodowego - w tym Konwencji genewskiej, zobowiązań związanych z dostępem do ochrony międzynarodowej, w szczególności zasady non-refoulement oraz praw podstawowych.

Wobec powyższego sąd stwierdził, że ani krajowy przepis prawa, ani okoliczności faktyczne (w tym kryzys migracyjny na granicy zewnętrznej UE wywołany przez czynniki zewnętrzne) nie mogą wyłączyć nakazu stosowania przez państwo członkowskie zasady non-refoulement, nawet względem cudzoziemców przekraczających granice RP w sposób nielegalny. Wykładnia zasady non-refoulement na gruncie krajowym powinna zmierzać zaś do równowagi między koniecznością ochrony granicy państwowej, a przestrzeganiem praw cudzoziemców, wynikających z powołanych wyżej przepisów prawa międzynarodowego i unijnego. W konsekwencji jakakolwiek procedura, na podstawie której państwo członkowskie dopuszcza możliwość przymusowego wydalenia cudzoziemca (lub inną formę jego usunięcia) z terytorium tego państwa, musi uwzględniać nie tylko interesy państwa, ale również jego międzynarodowe zobowiązania z zakresu ochrony cudzoziemców. Na gruncie kontrolowanej sprawy oznacza to, że § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego, stanowiący wyłączną podstawę prawną zaskarżonej czynności, nie może być stosowany automatycznie i autonomicznie, tj. ad hoc oraz z pominięciem ww. przepisów prawa międzynarodowego i unijnego, a także z ujednoliceniami z tymi przepisami, normami prawa krajowego, rangi ustawowej, zawierającymi kompleksowy zbiór zasad postępowania w przypadku ujawnienia na terytorium RP nielegalnego pobytu cudzoziemca. W związku zaś z tym, że ww. przepis dopuszcza arbitralne i przymusowe zawrócenie cudzoziemca do linii granicy państwowej (co w praktyce skutkuje niejako „automatycznym” usunięciem cudzoziemca z terytorium RP) bez uprzedniego wdrożenia procedur opisanych w u.o.c. lub u.u.c.o., a tym samym bez zagwarantowania mu prawa do azylu oraz bez poszanowania dla zasady non-refoulement, nie powinien być mieć zastosowania. Pozostaje on bowiem w sprzeczności z normami rangi ustawowej, a także z art. 56 ust. 1 Konstytucji RP - gwarantującym cudzoziemcom korzystanie z prawa do azylu w RP na zasadach określonych w ustawie.

Sąd przypomina w tym miejscu, że art. 87 ust. 1 Konstytucji RP określa hierarchię źródeł prawa, stanowiąc, że źródłami powszechnie obowiązującego prawa RP są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia. Ustanowiony w ustawie zasadniczej, zamknięty katalog źródeł prawa skonstruowany jest jednocześnie w oparciu o zasadę hierarchiczności. Wynika z niej, że umocowanie do wydawania aktów niższego rzędu musi wynikać z aktów wyższego rzędu, przy czym przepisy zawarte w aktach niższego rzędu nie mogą naruszać przepisów zamieszczonych w aktach wyższego rzędu. Oznacza to, że w razie kolizji między normami prawnymi, przepisy prawa zawarte w akcie wyższego rzędu stosuje się przed przepisami prawa zawartymi w akcie niższego rzędu. Hierarchiczność źródeł prawa wyklucza możliwość stosowania norm hierarchicznie niższych regulujących te same kwestie w sposób odmienny (por. m.in. wyrok WSA w Bydgoszczy z 6 lipca 2016 r., II SA/Bd 629/16, CBOSA). Ze względu natomiast na fakt, że pominięte przez organ procedury uregulowane w u.u.c.o. i u.o.c. odpowiadają standardom rozwiązań ustanowionych przez organy UE (tj. objęte są regulacją prawa unijnego), zaś zasada non-refoulement oraz zakaz

wydaleń zbiorowych uregulowane zostały wprost w KPP stanowiącej prawo pierwotne UE, a także w wiążących Polskę umowach międzynarodowych, z uwagi na brzmienie art. 288 TFUE oraz art. 91 ust. 1-3 Konstytucji RP, w przypadku rozbieżności między przepisami prawa krajowego, a prawem unijnym/międzynarodowym, zastosowanie znajduje zasada pierwszeństwa prawa unijnego/międzynarodowego, jeżeli rozbieżności tej nie da się usunąć w drodze wykładni (por. wyrok NSA z 1 marca 2012 r., II GSK 295/11, CBOSA). Z tych powodów obowiązkiem organu było pominięcie § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego i zastosowanie norm rangi ustawowej, stanowiących odzwierciedlenie przepisów prawa unijnego oraz respektujących postanowienia wiążących Polskę umów międzynarodowych. W ocenie sądu, samo już zastosowanie przez organ przepisu niższego rzędu, przy jednoczesnym pominięciu, nie dających się z nim pogodzić, regulacji ustawowych, prawa unijnego oraz postanowień umów międzynarodowych, stanowi istotne naruszenie prawa, uzasadniające stwierdzenie bezskuteczności zaskarżonej czynności.

Usunięcie skarżącej z terytorium RP, które przybrało postać czynności materialno-technicznej organu polegającej na zawróceniu jej do linii granicy państwowej, na podstawie § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego, skutkowało w praktyce uniemożliwieniem jej ubiegania się o ochronę międzynarodową (niezależnie od tego, czy o ochronę taką skarżąca wówczas faktycznie wystąpiła), a finalnie potencjalnym narażeniem jej i jej małoletnich dzieci na niebezpieczeństwa opisane w art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej oraz art. 19 ust. 2 KPP, stanowiącym istotne naruszenie zasady non-refoulement. Właściwy organ SG nie zweryfikował bowiem w żaden sposób indywidualnej sytuacji skarżącej, ani też nie ustalił jej pozycji prawnej oraz stanu faktycznego sprawy (brak w tym względzie jakiegokolwiek materiału dowodowego). Podejmując zaskarżoną czynność organ nie dysponował zatem żadnymi spersonifikowanym informacjami pozwalającymi na jednoznaczne ustalenie, że jej skutkiem nie będzie narażenie skarżącej oraz jej dzieci na powyższe niebezpieczeństwa, co oznacza, że czynność ta została podjęta arbitralnie, wyłącznie na podstawie stwierdzenia przez organ, że skarżąca nie należy do kategorii osób wymienionych w § 3 ust. 2 rozporządzenia granicznego oraz bez umożliwienia skarżącej wypowiedzenia się.

Indywidualne rozpoznanie sprawy każdego z wydalanych cudzoziemców i zagwarantowanie im możliwości przedstawienia argumentów przeciwko wydalaniu, stanowi warunek poszanowania zasady non-refoulement. Organ pominął przy tym zaistniałą wówczas na polsko-białoruskim pograniczu sytuację związaną z masowym napływem cudzoziemców do RP, a także specyfikę operowania służb białoruskich, polegającą na uniemożliwieniu im przemieszczenia się w głąb terytorium Białorusi, a nawet przetrzymywania w pasie granicznym niezależnie od warunków atmosferycznych, pory dnia, stanu zdrowia, czy wieku. Tym bardziej więc zachodziła konieczność przeprowadzenia rzetelnego postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy usunięcie skarżącej i jej małoletnich dzieci z terytorium RP w kierunku Białorusi, nie będzie narażało jej na niebezpieczeństwa

opisane w art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej i art. 19 ust. 2 KPP, w szczególności zaś na nieludzkie lub poniżające traktowanie. Jedynie wszczęcie którejkolwiek z uprzednio opisanych procedur unormowanych w u.u.c.o. i u.o.c., umożliwiłoby organowi wywiązanie się z tego obowiązku. Nakaz indywidualnego zbadania sprawy każdego z poszukujących ochrony cudzoziemców (również w razie ich masowego napływu), ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji w kraju, do którego miałyby nastąpić odesłanie, wyływa ponadto z zakazu wydaleń zbiorowych zawartego w art. 19 ust. 1 KPP oraz z art. 4 Protokołu nr 4. Przez wydalenie zbiorowe rozumie się każdy środek zmuszający cudzoziemców jako grupę do opuszczenia kraju, z wyjątkiem środka podjętego na podstawie rozważnego i obiektywnego zbadania danej sprawy w aspekcie każdego konkretnego cudzoziemca należącego do danej grupy. Obowiązkiem państwa wydającego cudzoziemca jest również zbadanie, czy w państwie, do którego ma być on wydalony, będzie posiadał możliwość skutecznego złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej. W przypadku uzyskania negatywnej odpowiedzi, obowiązuje zakaz wydalania tam cudzoziemca Tymczasem w kontrolowanej sprawie skarżąca została arbitralnie przymuszona do opuszczenia terytorium RP wraz z czwórką swoich małoletnich dzieci oraz mężem i bratem (których skargi sąd rozpoznał odpowiednio pod sygn. akt: II SA/Bk 493/22 I II SA/Bk 494/22). Z dokumentacji zgromadzonej w sprawie (oraz w ww. sprawach) nie wynika, aby osoby te miały możliwość zaprezentowania swoich racji, w tym motywu pobytu w RP, sytuacji osobistej, możliwości powrotu na Białoruś, czy też do kraju pochodzenia. Nie ustalono zatem sytuacji faktycznej i prawnej skarżącej i jej rodziny, co oznacza, że do jej wydalania z terytorium RP doszło w sposób naruszający powołane wyżej przepisy prawa unijnego i międzynarodowego.

Zaniechania poczynione przez organ w niniejszej sprawie, a zamiast tego automatyczne i arbitralne zastosowanie wyłącznie przepisu niższego rzędu (o randze rozporządzenia), który nie wyłącza ani przepisów ustaw krajowych, ani prawa unijnego, ani postanowień umów międzynarodowych wiążących RP, ani przede wszystkim Konstytucji RP, stanowi w ocenie sądu, w pierwszym rzędzie istotne naruszenie art. 7, art. 87 ust. 1 i art. 91 ust. 1-3 Konstytucji RP. Naruszenie to skutkowało z kolei naruszeniem art. 56 ust. 1 Konstytucji RP, art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej, art. 18 i art. 19 ust. 1 i 2 KPP, art. 13 ust. 1 zd. 2 KG Schengen, art. 4 Protokołu nr 4 oraz powołanych wyżej przepisów u.u.c.o. lub u.o.c., które wprost zakazują takich działań, jakie miało miejsce w kontrolowanej sprawie.

Zgodzić się należy ponadto z pełnomocnikiem skarżącej, że zaskarżona czynność (a przy tym i sama regulacja stanowiąca jej podstawę prawną) narusza art. 13 Konwencji stanowiący, że każdy, czyje prawa i wolności zawarte w Konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe. Wskutek zaniechania przez organ oceny indywidual-

nej sytuacji skarżącej, w tym warunków bytowych jakie skarżąca zastanie po powrocie na Białoruś, w szczególności w kontekście zaistniałego w owym czasie kryzysu migracyjnego, nie można w pełni wykluczyć, że w chwili dokonania zaskarżonej czynności, nie istniało niebezpieczeństwo narażenia jej na nieludzkie lub poniżające traktowanie, o którym mowa w art. 3 Konwencji (stanowiącym, że nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu). To zaś implikowało konieczność zapewnienia skarżącej prawa do skutecznego środka odwoławczego, którego ustawodawca nie przewidział w odniesieniu do czynności opisanej w § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego. Wobec zaś nieuzasadnionego zaniechania wszczęcia odpowiedniej procedury unormowanej w u.u.c.o. lub u.o.c., organ pozbawił skarżącą tego prawa, zagwarantowanego ww. regulacjami.

Sąd zgadza się również z podniesionym w skargach twierdzeniem, że § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego jest niezgodny z art. 16 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (Dz.U 2022, poz. 295), bowiem został wydany poza granicami upoważnienia ustawowego, które dotyczyło jedynie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu na określonych przejściach granicznych z uwzględnieniem konieczności zapewnienia bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa publicznego albo ochrony przed zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, a także zapobiegania szerzeniu się chorób zwierząt. Sąd podziela przedstawiony w skardze RPO pogląd, że zakres przedmiotowy tego upoważnienia obejmuje wyłącznie kwestie dotyczące zarządzania ruchem na określonych przejściach granicznych, czyli np. czasowego zamknięcia przejść, zmniejszenia ich dobowej przepustowości, czy ograniczenia rodzajów dopuszczalnego ruchu. Regulacja ta nie stanowi podstawy do wprowadzenia jakiegokolwiek procedury związanej z zawracaniem cudzoziemców do linii granicy państwowej, a co więcej ujawnionych poza zasięgiem terytorialnym przejścia granicznego, do którego to miejsca delegacja ustawowa w ogóle się nie odnosi. W konsekwencji, wbrew dyspozycji art. 92 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP przepis ten nie może być uznany za spełniający cel wykonania ustawy zawierającej delegację do jego wydania, bowiem wykracza poza tę delegację. Co więcej, jako przepis niższej rangi oraz jednocześnie sprzeczny z obowiązującymi ustawami, prawem unijnym oraz postanowieniami wiążących Polskę umów międzynarodowych (o czym mowa była wyżej), nie może w żaden sposób wpłynąć na zmianę, czy zakres stosowania treści zawartych tam regulacji prawnych, a tym samym, w praktyce – nie nadaje się do wykonania.

Sąd podziela przy tym podniesioną przez RPO argumentację, wspartą uzasadnieniem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 16 lutego 2010 r. (P 16/09, Lex nr 558683), w którym wskazano, że akt wykonawczy do ustawy nie może w sposób samoistny zmieniać ani modyfikować treści norm zawartych w aktach hierarchicznie wyższych. Zmiana albo modyfikacja taka jest możliwa jedynie wówczas, gdy jest to wyraźnie wyrażone w przepisie upoważniającym. Rozporządzenie nie może uzupełniać ustawy, rozbudowywać przesłanek zrealizowania jakiejś normy prawnej określonej

w ustawie lub takich elementach procedury, które nie odpowiadają jej ustawowym założeniom. Jego wykonawczy charakter oznacza, że przepisy tego aktu muszą pozostawać w związku merytorycznym i funkcjonalnym z rozwiązaniami ustawowymi, na co Trybunał Konstytucyjny wskazywał również w wyroku z 12 lipca 2007 r., (U 7/06, Lex nr 299987). W uzasadnieniu powołanego przez RPO wyroku, Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił ponadto, że powiązanie unormowań art. 87 ust. 1 i art. 92 Konstytucji RP z ogólnymi konsekwencjami zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP) prowadzi do wniosku, że nie może obecnie w systemie prawa powszechnie obowiązującego, pojawiać się żadna regulacja podustawowa, która nie znajduje bezpośredniego oparcia w ustawie i która nie służy jej wykonaniu, stosownie do modelu określonego w art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

Sąd zgadza się z powyższymi twierdzeniami w pełnej rozciągłości. Podzielić również należy wyrażony w orzecznictwie TSUE pogląd, że państwa członkowskie muszą powstrzymać się od wprowadzania legislacji, która uniemożliwiałaby lub znacząco utrudniałaby dostęp do praw gwarantowanych przez prawodawstwo UE, co oznacza (również na gruncie kontrolowanej sprawy), że państwo członkowskie nie może uchwalić i stosować takich przepisów, które mogą zagrozić realizacji celów wytyczonych przez daną dyrektywę i w konsekwencji pozbawić ją jej skuteczności (por. wyrok TSUE z 21 lipca 2011 r., Patrick Kelly p. National University of Ireland, (University College, Dublin), C-104/10, pkt 35, czy powołany tam wyrok TSUE z 28 kwietnia 2011 r., El Dridi C- 61/11 PPU, pkt 55). Z powyższych względów sąd stwierdził bezskuteczność zaskarżonej czynności materialno-technicznej, działając na zasadzie art. 146 § 1 PostAdmU, o czym orzekł w punkcie 1 wyroku.

DR TOMASZ SIENIOW

Doktor nauk prawnych, pracownik naukowy Wydziału Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II. Absolwent KUL oraz Chicag Kent College of Law (LL.M. in International and Comparative Law). Autor publikacji z zakresu prawa europejskiego i migracyjnego. Sekretarz Lubelskiej Regionalnej Sieci Wsparcia Imigrantów. Jeden z fundatorów i prezes zarządu Instytutu na rzecz Państwa Prawa.

FUNDACJA INSTYTUT NA RZECZ PAŃSTWA PRAWA

jest organizacją pozarządową utworzoną przez polskich i amerykańskich prawników związanych z Wydziałem Prawa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego. Powstała na przełomie 2001 i 2002 roku, w celu wspierania inicjatyw zmierzających do podnoszenia świadomości prawnej społeczeństwa, doskonalenia kwalifikacji zawodowych prawników, promowania prawa europejskiego i idei integracji europejskiej, działania na rzecz ochrony praw człowieka i reformy systemu edukacji prawniczej. Misją Instytutu na rzecz Państwa Prawa jest podejmowanie działań prowadzących do pełniejszej realizacji zasady państwa prawnego zawartej w art. 2 Konstytucji RP. Poprzez polski przykład chcemy wspierać również wprowadzenie tych standardów w innych krajach, w których trwają przemiany demokratyczne.

Obecnie działania Instytutu podejmowane są w ramach czterech programów:

- Poradnictwo prawne
- Azyl, migracja i integracja
- Badania i analizy
- Edukacja prawna i szkolenia

ISBN 978-83-62551-06-4

www.panstwoprawa.org

