

Rada Fundacji:

Danuta Przywara - *Przewodnicząca*
Henryka Bochniarz
Janusz Grzelak
Ireneusz Cezary Kamiński
Hanna Machińska
Witolda Ewa Osiatyńska
Andrzej Rzepliński
Wojciech Sadurski
Miroslaw Wyrzykowski

Zarząd Fundacji:

Prezes: Maciej Nowicki
Wiceprezes: Piotr Kładoczny
Sekretarz: Małgorzata Szuleka
Skarbnik: Lenur Kerymov
Członkini: Aleksandra Iwanowska

Warszawa, 4 marca 2024 r.

**Siedem kroków do przywrócenia praworządności i przestrzegania
praw człowieka na granicy polsko – białoruskiej
- opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka**

W niniejszej opinii Helsińska Fundacja Praw Człowieka przedstawia swoje rekomendacje dotyczące kolejnych działań, które niezwłocznie powinny zostać podjęte przez władze Rzeczypospolitej Polskiej, aby na granicy polsko-białoruskiej, a właściwie na całym terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przywrócony został stan zgodny z prawem, gwarantujący poszanowanie praworządności oraz praw i wolności człowieka. W żadnym aspekcie podjęcie takich kroków, sprowadzające się *de facto* do poszanowania prawa i obowiązujących procedur oraz przestrzegania standardów prawa międzynarodowego, nie zagraża bezpieczeństwu Polski i nie naraża porządku publicznego. W opinii Fundacji, kroki te doprowadzą wręcz do przywrócenia porządku prawnego na granicy i poddania ruchów migracyjnych kontroli ze strony państwa, przy jednoczesnym poszanowaniu praw osób migrujących, w miejsce chaosu wywołanego m.in. stosowaniem niezgodnej z prawem procedury zwracania do linii granicy, opisanej w § 3 ust. 2b 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. z 2020 r., poz. 435 ze zm., dalej: Rozporządzenie Graniczne).

Wspomniane kroki, składające się na swoistą mapę drogową, to: (I) uznanie jurysdykcji państwa polskiego w pasie ziemi leżącym między faktyczną linią granicy a zaporą graniczną, (II) respektowanie prawa osób migrujących do ubiegania się o ochronę międzynarodową, (III) uchylenie niezgodnego z prawem Rozporządzenia Granicznego, (IV) zmiana praktyki wobec osób przekraczających granicę, które nie deklarują zamiaru ubiegania się o ochronę międzynarodową, (V) stworzenie legalnych ścieżek wjazdu do Polski dla osób poszukujących takiej ochrony oraz (VI) nowelizacja art. 303b ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz.U. z 2023 r., poz. 519 ze zm., dalej: ustawa o cudzoziemcach) w celu zapewnienia odpowiednich standardów poszanowania praw człowieka w postępowaniu prowadzącym do zobowiązania

cudzoziemca do opuszczenia terytorium Polski i (VII) ratyfikacja Konwencji ONZ z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem.

O ile ostatnie dwa kroki, co oczywiste, wymagają pogłębionych analiz i przeprowadzenia prac legislacyjnych, o tyle kroki od I do V, w opinii Fundacji, powinny zostać podjęte równocześnie i niezwłocznie.

Niniejsza opinia, poza sugestią kolejnych działań, zawiera także analizy dotyczące obowiązywania zasady *non-refoulement* czy nieadekwatności wyroku wydanego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC lub Trybunał) w sprawie *N.D. i N.T. przeciwko Hiszpanii* (skargi nr 8675/15 i 8697/15) do sytuacji w Polsce w dobie kryzysu humanitarnego na granicy. Ta analiza jest o tyle istotna, że w publicznej dyskusji często niesłusznie przywoływany jest ten wyrok jako usprawiedliwienie stosowanej przez polską Straż Graniczną praktyki zawracania cudzoziemców do linii granicy, bez oceny indywidualnej sytuacji każdej z zawracanych osób.

Wstęp

W sierpniu i październiku 2021 r., w reakcji na kryzys humanitarny na granicy polsko-białoruskiej, ówczesny rząd polski wprowadził do porządku prawnego nowe regulacje, których celem była pozorna legalizacja uproszczonych procedur zawracania cudzoziemców poza granicę Polski. Jako pierwsza, w drodze nowelizacji Rozporządzenia Granicznego z marca 2020 r., do polskiego prawa wprowadzona została czynność natychmiastowego zawracania cudzoziemców do linii granicy, potocznie, ale jakże zasadnie, nazywana pushbackiem. W dalszej kolejności zmieniono ustawę o cudzoziemcach, dodając do niej nową procedurę wydawania postanowień o opuszczeniu terytorium Polski, zachowującą co prawda pozór dwuinstancyjności i formalizmu, ale w praktyce sprowadzającą się również do przyspieszonego usuwania cudzoziemców z terytorium kraju bez zachowania jakichkolwiek gwarancji, czy to wynikających ze statusu strony postępowania, czy też szerszych, dotyczących poszanowania praw i wolności człowieka.

Rozwiązania te od samego początku były krytykowane przez organizacje pozarządowe, w tym Helsińską Fundację Praw Człowieka, a także Rzecznika Praw Obywatelskich oraz organizacje międzynarodowe, takie jak UNHCR¹ oraz OBWE². Dostrzeżono sprzeczność tych regulacji z prawem krajowym, w tym z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej, oraz standardami prawa międzynarodowego, między innymi z zakazem zbiorowego wydalania cudzoziemców i zasadą *non-refoulement*. Co istotne, wszystkie niezgodności z prawem, wykazywane w krytycznych opiniach, znalazły potwierdzenie w orzeczeniach sądów administracyjnych³. Linia orzecnicza

¹ Opinia UNHCR dostępna na:

<https://www.refworld.org/legal/natlegcomments/unhcr/2021/en/92188>.

² Opinia OBWE dostępna na: https://www.osce.org/files/f/documents/3/3/498252_0.pdf.

³ Por. przede wszystkim: wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku o sygn. akt II SA/Bk 492/22, II SA/Bk 493/22 i II SA/Bk 494/22, II SA/Bk 145/23, II SA/Bk 244/23, II SA/Bk 664/23 oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie o sygn. akt 471/22, IV SA/Wa 615/22 i IV SA/Wa.

jest już obecnie ugruntowana i jakkolwiek wyroki sądów wiążą wyłącznie w sprawach, w których zostały wydane, to nie sposób nie dostrzec zawartej w nich jednoznacznie negatywnej oceny obu regulacji. Szczególnie widoczne jest to w przypadku **Rozporządzenia Granicznego**, które, zdaniem sądu, **nie może być skutecznie powoływane przez Straż Graniczną jako podstawa prawna zawracania cudzoziemców do linii granicy**.⁴

Mimo stwierdzonych wad, które w demokratycznym państwie prawa powinny skutkować wyeliminowaniem obu regulacji z porządku prawnego, kwestionowane przepisy nadal obowiązują i są przez Straż Graniczną stosowane. Jest to tym bardziej zaskakujące, że obie regulacje **nie stanowią** integralnej części krajowego systemu prawa migracyjnego, bez których prawo to stałoby się niefunkcjonalne. Warto pamiętać, że obowiązujące ustawy, tj. ustawa o cudzoziemcach i ustawa o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP, przed zmianami wprowadzonymi w sierpniu i październiku 2021 r. kompleksowo regulowały – i nadal regulują – sposób, w jaki Straż Graniczna powinna i może postępować z osobami, które przekroczyły granicę państwa w sposób i w miejscu niedozwolonym i które przebywają w Polsce bez podstawy prawnej, w zależności od tego, czy deklarują chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową, czy takiej ochrony nie poszukują. Można zatem zakładać, że przyjęte w 2021 r. regulacje miały na celu wyłącznie ułatwienie działań Straży Granicznej i odciążenie tej formacji od formalności związanych z prowadzeniem postępowań skutkujących zawróceniem cudzoziemca z terytorium Polski. Odbyło to się jednak **ze szkodą nie tylko dla poziomu ochrony praw i wolności człowieka w Polsce, ale i dla poszanowania zasad praworządności i legalizmu**.

W tym miejscu, w kontekście wszystkich przedstawionych niżej postulatów, należy zacytować dłuższy fragment raportu na temat Polski, opublikowanego przez Europejski Komitet Prewencji Tortur oraz Nieludzkiego i Poniżającego Traktowania bądź Karania (CPT) w dniu 22 lutego 2024 r. Komitet przypomina, że „(...) w oparciu o zasadę *non-refoulement* i utrwalone orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, państwa mają **bezwzględny obowiązek niewysyłania osoby do kraju, w którym istnieją poważne podstawy, by sądzić, że osoba ta może być narażona na rzeczywiste ryzyko tortur lub innych form złego traktowania**. Obowiązek ten ma zastosowanie do każdej formy przymusowego wydalenia, w tym deportacji, wydalenia, nieformalnego przekazania i odmowy przyjęcia na granicy, a także w odniesieniu do powrotu do jakiegokolwiek innego kraju, do którego dana osoba może zostać następnie wydalona (tzw. wydalenie łańcuchowe). Wynika z tego, że art. 3 w połączeniu z art. 13 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka wymaga od państw umożliwienia osobom złożenia wniosku o azyl, a następnie zapewnienia niezależnej, rygorystycznej kontroli tego wniosku. Komitet uważa, że migranci o nieuregulowanym statusie powinni mieć łatwy dostęp do procedury azylowej (lub innej procedury pobytu), która gwarantuje zarówno poufność, jak i obiektywną i niezależną analizę sytuacji

772/22. W niniejszej opinii, wszędzie tam, gdzie przywoływane jest ogólnie orzecznictwo sądów w sprawach dotyczących granicy polsko-białoruskiej, chodzi właśnie o ww. wyroki.

⁴ Tak stwierdził Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku m.in. w wyroku z dnia 18 stycznia 2024 r. o sygn. akt II SA/Bk 664/23. Więcej o tym wyroku: <https://hfhr.pl/aktualnosci/rozporzadzenie-mswia-jako-podstawa-pushbackow-jest-prawnie-nieskuteczne>.

w zakresie praw człowieka w innych krajach. Procedura ta powinna obejmować indywidualną ocenę ryzyka złego traktowania w przypadku wydalenia danej osoby do kraju pochodzenia lub kraju trzeciego. Zdaniem Komitetu natychmiastowy i przymusowy powrót nieuregulowanych migrantów bez uprzedniej identyfikacji lub sprawdzenia ich potrzeb byłby wyraźnie sprzeczny z wyżej wymienionymi zasadami i standardami. Aby skutecznie zapobiegać narażaniu osób na ryzyko złego traktowania, **CPT zaleca, aby polskie władze dostosowały ramy prawne i praktykę do wymogów proceduralnych art. 3 i zapewniły, że nieuregulowani migranci, którzy wjechali na terytorium Polski, nie będą przymusowo zawracani przed przeprowadzeniem zindywidualizowanej kontroli w celu zidentyfikowania osób potrzebujących ochrony, oceny tych potrzeb i podjęcia odpowiednich działań**.⁵

Z tej perspektywy Helsińska Fundacja Praw Człowieka z pewną nadzieją przyjmuje propozycję Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, aby dokonać zmiany w przepisach ustawy o cudzoziemcach, a dokładnie w treści art. 303b tego aktu, która, na co liczymy, przywróci stan zgodny z prawem. Stoimy jednak na stanowisku, że **zmianę tę poprzedzać musi wyeliminowanie z porządku prawnego § 3 ust. 2b Rozporządzenia Granicznego**. Warto przy tym zaznaczyć, że żadna nowelizacja tego Rozporządzenia nie jest w stanie usunąć jego fundamentalnej wady, tkwiącej w braku delegacji ustawowej upoważniającej Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji do wprowadzenia w drodze rozporządzenia jakiegokolwiek procedury związanej z pobytem cudzoziemców na terytorium Polski czy zawracaniem z tego terytorium.

Uchylenie Rozporządzenia Granicznego zależy wyłącznie od decyzji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji. Ta zaś może – i powinna – zostać podjęta niezwłocznie. Żadnej decyzji nie wymaga natomiast uznanie oczywistego faktu **obowiązywania polskiego prawa na całym terytorium kraju, czyli po obu stronach zapory granicznej**.

I. Uznanie jurysdykcji państwa polskiego w pasie ziemi między faktyczną linią granicy a zaporą graniczną

Jurysdykcja państwa polskiego rozciąga się na całym terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Na całym terytorium obowiązują również akty prawa powszechnego, w tym Konstytucja RP, ustawy i ratyfikowane umowy międzynarodowe. Każdy, kto przebywa pod jurysdykcją państwa polskiego, korzysta z praw i wolności gwarantowanych w Konstytucji RP, a jedyne wyjątki od tej zasady, dotyczące cudzoziemców, mogą zostać ustanowione wyłącznie w akcie o randze ustawy (art. 37 Konstytucji RP). Z zasady jednolitości państwa polskiego, wyrażonej w art. 3 Konstytucji, wynika ponadto, że Polska posiada jednolity system prawny oraz jednolite terytorium, a do tego zapewnia integralność statusu prawnego jednostek podlegających jurysdykcji państwa.⁶ Choć to wydaje się oczywiste, wspomnieć należy, że żaden organ publiczny nie jest upoważniony do arbitralnego wyłączenia lub ograniczenia jurysdykcji państwa na części jego terytorium.

⁵ Raport dostępny pod adresem: <https://rm.coe.int/1680ae9529>.

⁶ Por.: P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wyd. II., WKP 2023.

Powyższe, powszechnie znane i niekwestionowane zasady funkcjonowania państwa polskiego i polskiego systemu prawnego w zasadzie rozstrzygają wszelkie wątpliwości co do sytuacji prawnej i statusu osób, które znajdują się w należącym do Polski pasie ziemi przyległym do zaporę granicznej, po jej zewnętrznej stronie. Fakt, że przebieg zaporę nie pokrywa się z przebiegiem linii granicy, a **po zewnętrznej stronie zaporę, na całej jej długości, jest pas ziemi polskiej o minimalnej szerokości 1,25 m.**, potwierdzony został w odpowiedzi Komendy Głównej Straży Granicznej z dnia 7 listopada 2023 r. na wniosek o dostęp do informacji publicznej (ozn. KG-OI-VIII.0180.138.2023.KK). Oznacza to, że ktokolwiek znajdzie się w tym pasie, np. bezpośrednio przy zaporze, przebywa już na terytorium Polski, podlega polskiemu prawu i jurysdykcji polskich organów, w tym przede wszystkim jurysdykcji Straży Granicznej. Straż Graniczna może zatem – a nawet powinna – podejmować wobec takiej osoby działania, jeżeli tylko istnieje ku temu właściwa podstawa prawna, ale ma też względem tej osoby określone w przepisach prawa obowiązki, a wśród nich obowiązek właściwego reagowania na składane deklaracje dotyczące zamiaru ubiegania się o ochronę międzynarodową. Również wszystkie zdarzenia, do których dochodzi w pasie ziemi leżącym po zewnętrznej stronie zaporę, mają miejsce w granicach polskiej jurysdykcji. Dotyczy to w szczególności sytuacji związanych z zagrożeniem życia lub zdrowia migrantów, a także potencjalnych śmierci.

Zapora graniczna nie chroni zatem granicy państwa w takim znaczeniu, że nie stanowi fizycznej przeszkody dla osób migrujących w dotarciu na terytorium Polski. Zapora utrudnia natomiast niesienie tym osobom pomocy, naraża osoby próbujące ją przekroczyć na uszczerbek na zdrowiu czy nawet utratę życia, a po stronie funkcjonariuszy SG, żołnierzy Wojska Polskiego czy Wojsk Obrony Terytorialnej wywołuje błędne, niezgodne ze stanem prawnym przeświadczenie o braku odpowiedzialności co do zdarzeń zaistniałych po jej zewnętrznej stronie.

Jakiegokolwiek próby wyzbycia się jurysdykcji w pasie ziemi znajdującym się poza zaporą graniczną uznać należy za niedopuszczalne. Argumentacja sugerująca takie rozwiązanie negatywnie była oceniana również przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, między innymi w sprawach *N.D. i N.T. przeciwko Hiszpanii* i *M.K. przeciwko Polsce* (skarga nr 40503/17). W pierwszej sprawie hiszpański rząd wywodził, że jego jurysdykcja rozpoczyna się dopiero za kordonem policji, który stoi kilka metrów od ogrodzenia granicznego w głębi kraju i stanowi tzw. granicę operacyjną. Z kolei w sprawie *M.K. przeciwko Polsce* polski rząd, chcąc dowieść bezzasadności skargi złożonej przez grupę czecheńskich uchodźców niewpuszczonych do Polski, argumentował, że skarżący przebywali na terytorium Polski „jedynie krótkotrwale” i „nie zostali nigdy na to terytorium legalnie wpuszczeni”, a zatem władztwo Polski nad skarżącymi było ograniczone do wydania im decyzji o odmowie wjazdu. Trybunał, powołując się na koncepcję domniemania kompetencji, zgodnie z którą jurysdykcja państwa jest domniemana, chyba że na skutek wyjątkowych okoliczności istnieją powody do jej wzruszenia, odrzucił argumentację zarówno Hiszpanii, jak i Polski. Wskazał, że **zakres terytorialny jurysdykcji państwa nie może być dowolnie wyłączany, zmieniany lub ograniczany.**

Na marginesie warto wspomnieć o przypadkach, w których Trybunał uznał istnienie jurysdykcji państwa nawet poza jego formalnym terytorium. Takie stanowisko

Trybunał przedstawił w sprawie *Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom* (skargi nr 8675/15 i 8697/15) dotyczącej zawrócenia przez włoską straż przybrzeżną łodzi z cudzoziemcami płynącymi z Libii w stronę Włoch z zamiarem ubiegania się o azyl. Włoski rząd argumentował, że do zawrócenia cudzoziemców doszło na pełnym morzu, a zatem nie znaleźli się oni nigdy pod włoską jurysdykcją. Trybunał nie zgodził się z taką argumentacją i podkreślił, że przechwycenie cudzoziemców na pełnym morzu przez władze włoskie i ich wydalenie, którego skutkiem było uniemożliwienie migrantom dotarcia do granic tego państwa i poproszenia o azyl, stanowiło wykonywanie jurysdykcji, skutkujące odpowiedzialnością państwa na podstawie przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC lub Konwencja). Do podobnego wniosku Trybunał doszedł w sprawie *M.H. i inni przeciwko Chorwacji* (skargi nr 15670/18 i 43115/18), dopatrując się możliwego związku jurysdykcyjnego pomiędzy śmiercią 6-letniej afgańskiej dziewczynki, do której doszło na terytorium Serbii, a działaniami chorwackiej straży granicznej, która chwilę wcześniej zawróciła rodzinę dziecka z terytorium Chorwacji. W obu przypadkach Trybunał nie miał wątpliwości, że jurysdykcja państwa, rozumiana jako sprawowanie skutecznej kontroli organów władzy nad jednostką *de iure* lub *de facto*, może rozciągać się także na sytuacje, do których dochodzi poza terytorium danego państwa.

Podsumowując – zarówno cudzoziemcy stawiający się do kontroli granicznej dokonywanej na przejściu granicznym, przed formalnym przekroczeniem tej granicy, jak i osoby przebywające, nawet krótkotrwale, na terytorium państwa-strony Konwencji bez względu na to czy znalazły się tam w sposób zgodny z prawem, a w niektórych przypadkach nawet osoby pozostające poza terytorium państwa, ale będące w faktycznym władztwie jego organów (funkcjonariuszy) znajdują się pod jurysdykcją tego państwa, podlegają jego prawu i są beneficjentami systemu ochrony praw i wolności ustanowionego w Konwencji. Orzecznictwo Trybunału jest pod tym względem jednoznaczne – szczególnie charakter kontekstu migracji nie może uzasadniać istnienia obszaru poza prawem, w którym jednostki nie są objęte żadnym systemem prawnym mogącym zapewnić im korzystanie z praw i gwarancji chronionych przez Konwencję, bowiem państwa zobowiązały się zapewnić takie gwarancje każdemu właśnie w ramach swojej jurysdykcji.

Wobec osób, które faktycznie przekroczyły granicę państwa i przebywają w należącym do Polski pasie ziemi po zewnętrznej stronie zapory, a zatem podlegają polskiej jurysdykcji, funkcjonariusze SG mogą i powinni postępować w sposób nakazany przez obowiązujące prawo. Zakres uprawnień i obowiązków funkcjonariuszy w stosunku do cudzoziemców, którzy przekroczyli granicę niezgodnie z prawem, określają przepisy ustawy o cudzoziemcach i ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP (Dz.U. z 2023 r., poz. 1504, dalej: ustawa o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP). Obie ustawy uzupełniają się przy tym w sposób niepozostawiający miejsca dla stosowania innych regulacji, zwłaszcza niezgodnego z nimi Rozporządzenia Granicznego (na takim stanowisku stoi Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku). Oznacza to, że każda osoba, która wkroczy na wspomniany pas ziemi, może zostać zatrzymana przez funkcjonariuszy SG w trybie przewidzianym w przepisach obu ustaw, z zachowaniem odpowiedniej, opisanej w tych aktach procedury. W przypadku osób, które nie

deklarują zamiaru ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową, podstawę zatrzymania stanowić będzie art. 394 i dalsze ustawy o cudzoziemcach. W przepisach tej ustawy uregulowane są też kolejne czynności, jakie wobec osób zatrzymanych podjąć może organ Straży Granicznej. I tak, w przypadku braku po stronie cudzoziemca woli ubiegania się o ochronę międzynarodową, takim działaniem będzie np. wszczęcie wobec osoby zatrzymanej postępowania w przedmiocie zobowiązania do powrotu do kraju pochodzenia, jako jedyne obecnie postępowania zmierzającego do usunięcia cudzoziemca z terytorium Polski, które zachowuje formalne, choć nadal niepełne gwarancje poszanowania praw strony postępowania oraz praw i wolności człowieka (choćby poprzez samo przyznanie cudzoziemcowi statusu strony, przyznanie mu prawa do czynnego udziału w postępowaniu i wniesienia odwołania ze skutkiem zawieszającym, czy możliwość udzielenia w takim postępowaniu zgody na pobyt ze względów humanitarnych lub pobyt tolerowany, jeśli ze wskazanych w ustawie powodów zobowiązanie do powrotu nie będzie mogło zostać wykonane). Natomiast osoby, które znajdują się w pasie ziemi między granicą państwa a zaporą graniczną i w sposób bezpośredni lub dorozumiany wyrażą chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową, podlegać powinny przepisom ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP. Wynikającym z przepisów tej ustawy obowiązkiem organu Straży Granicznej będzie zatem zapewnienie takim osobom możliwości złożenia wniosku o ochronę międzynarodową i przekazanie go do rozpoznania do Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców. Warto pamiętać, że art. 87 i kolejne tej ustawy również przewidują możliwość zatrzymania osoby ubiegającej się o ochronę międzynarodową, choć w drodze wyjątku i po spełnieniu określonych w ustawie przesłanek.

Powyższe regulacje warte są przypomnienia choćby po to, aby zaprzeczyć tezie, jakoby uznanie istnienia polskiej jurysdykcji w pasie ziemi między linią granicy a zaporą graniczną było równoznaczne z przyzwoleniem na niekontrolowane wkraczanie przez osoby migrujące na terytorium Polski. To właśnie wyzbycie się jurysdykcji na wspomnianym terytorium Polski i będące tego konsekwencją odstąpienie przez Straż Graniczną i inne formacje od podejmowania jakichkolwiek czynności po zewnętrznej stronie zapory granicznej sprawiają, że obecnie dostęp do terytorium Polski jest faktycznie niekontrolowany.

Odnosząc się zatem do sytuacji osób, które wkraczają na wspomniany pas ziemi, a następnie odступują od próby przekroczenia zapory, wskazać należy, że (-) osoby te podlegają polskiemu prawu, (-) sposób, w jaki Straż Graniczna powinna reagować na takie przypadki wynika z przepisów obowiązujących ustaw, a (-) powodem, dla którego Straż Graniczna nie wykonuje wobec tych osób swoich obowiązków – i jednocześnie nie respektuje ich praw – jest wyłącznie błędne założenie, że terytorium między linią granicy a zaporą graniczną pozostaje poza jurysdykcją państwa polskiego.

Powyższa konstatacja dotyczy również osób, które poszukują ochrony międzynarodowej, a których deklaracje świadczące o takim zamiarze są przez Straż Graniczną, ze wskazanego wyżej powodu, ignorowane.

II. Uznanie osób przebywających w pasie ziemi między linią granicy a zaporą graniczną, deklarujących zamiar ubiegania się o ochronę

międzynarodową, za wnioskodawców w postępowaniu o udzielenie takiej ochrony. Zasada *non-refoulement*.

Z uznaniem polskiej jurysdykcji w należącym do Polski pasie ziemi między zaporą graniczną a linią granicy wiąże się obowiązek respektowania przez Straż Graniczną, a w zasadzie przez przedstawicieli wszystkich formacji i organów państwa, prawa osób migrujących do ubiegania się o ochronę międzynarodową.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 i art. 26 ust. 1 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP, wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej cudzoziemiec powinien złożyć do Szefa Urzędu ds. Cudzoziemców osobiście, za pośrednictwem komendanta oddziału Straży Granicznej albo komendanta placówki Straży Granicznej. W przypadku, gdy z przyczyn leżących po stronie organu Straży Granicznej właściwego ze względu na miejsce pobytu cudzoziemca 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 Straży Granicznej powinien poinformować cudzoziemca w języku dla niego zrozumiałym o terminie i miejscu przyjęcia wniosku oraz sporządzić protokół z tej czynności (art. 28 ust. 1 i 3 ustawy). Zgodnie z art. 28 ust. 6 ustawy, organ Straży Granicznej jest również zobowiązany zarejestrować deklarację cudzoziemca o zamiarze złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej.

Co do zasady, powyższa procedura jest zgodna z art. 6 ust. 3 dyrektywy 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.2013.180.60, dalej: Dyrektywa Proceduralna), który to przepis zezwala, aby państwa członkowskie wyznaczyły miejsca, w których cudzoziemiec powinien złożyć wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej. Równocześnie jednak, zgodnie z art. 6 ust. 2 Dyrektywy, państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić, aby osoba, która zgłosiła chęć złożenia takiego wniosku miała możliwość jego rzeczywistego i jak najszybszego złożenia. Warto przy tym zaznaczyć, że zarówno doktryna, jak orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) rozróżniają czynność wystąpienia z wnioskiem, którą należy utożsamić z zadeklarowaniem przez cudzoziemca zamiaru złożenia takiego wniosku, od samej czynności złożenia wniosku. Rozróżnienie to wprost wynika m.in. z wyroku z dnia 17 grudnia 2020 r., sygn. C-808/18, w którym TSUE stwierdził, że „(...) o ile prawdą jest, że (...) art. 6 ust. 3 wspomnianej dyrektywy zezwala państwom członkowskim na ustanowienie wymogu, aby wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej były składane w wyznaczonym miejscu, o tyle należy zauważyć, iż żaden przepis tej dyrektywy nie wprowadza podobnej zasady w odniesieniu do występowania z wnioskami o udzielenie ochrony międzynarodowej”.

Wynikający z ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP wymóg złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w siedzibie organu, tj. w siedzibie komendanta oddziału Straży Granicznej albo komendanta placówki Straży Granicznej, nie implikuje istnienia tożsamego wymogu co do miejsca składania deklaracji o zamiarze wystąpienia z takim wnioskiem.

Zgodnie z motywem nr 27 Dyrektywy Proceduralnej, (...) *obywatele państw trzecich lub bezpaństwowcy, którzy wyrazili chęć wystąpienia o udzielenie ochrony międzynarodowej, są wnioskodawcami ubiegającymi się o ochronę międzynarodową (...)*”, zaś państwa członkowskie „(...) *powinny jak najszybciej zarejestrować fakt, że osoby te są wnioskodawcami ubiegającymi się o ochronę międzynarodową*”. Oznacza to, że poczyniona przez cudzoziemca deklaracja zamiaru złożenia wniosku o ochronę międzynarodową ma moc prawną, a jej skutkiem powinno być uznanie cudzoziemca za wnioskodawcę w postępowaniu o udzielenie ochrony międzynarodowej, mimo że formalnie nie złożył on jeszcze wniosku w tej sprawie. Motyw nr 26 Dyrektywy Proceduralnej uzupełnia powyższy wymóg stanowiąc, że „w celu zapewnienia skutecznego dostępu do procedury rozpatrywania wniosku (...) funkcjonariusze zajmujący się ochroną granic lądowych lub morskich lub dokonujący odpraw granicznych, powinni otrzymać stosowne informacje oraz niezbędne przeszkolenie w zakresie rozpoznawania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej i postępowania z tymi wnioskami. Powinni oni być zdolni do udzielenia obywatelom państw trzecich lub bezpaństwowcom przebywającym na terytorium państw członkowskich, w tym na granicy, na wodach terytorialnych lub w strefach tranzytowych, i występującym z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej, stosownych informacji na temat miejsca i trybu składania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej (...)”.

Prawo cudzoziemca do skutecznego wystąpienia z deklaracją zamiaru złożenia wniosku o ochronę międzynarodową warunkuje „*skuteczne poszanowanie prawa do tego, by taki wniosek został zarejestrowany oraz by mógł zostać złożony i rozpatrzony w terminach określonych w dyrektywie 2013/32*” (TSUE w ww. wyroku C-808/18). Każde naruszenie tego prawa, przejawiające się choćby w ignorowaniu przez funkcjonariuszy Straży Granicznej deklaracji cudzoziemca świadczących o zamiarze złożenia wspomnianego wniosku, jest zatem działaniem godzącym bezpośrednio w gwarantowane w art. 18 Karty Praw Podstawowych UE prawo do ubiegania się o ochronę międzynarodową.

Przyznanie cudzoziemcowi, który zadeklarował zamiar ubiegania się o ochronę międzynarodową statusu wnioskodawcy oznacza, że już od momentu zasygnalizowania woli złożenia takiego wniosku cudzoziemiec ten powinien korzystać z gwarancji wyrażonych zasadą *non-refoulement*. Zgodnie z zasadą *non-refoulement*, której pierwotnym źródłem jest art. 33 ust. 1 Konwencji ONZ dotyczącej statusu uchodźców, sporządzonej w Genewie w dniu 28 lipca 1951 r, żadne państwo nie wydali ani nie zwróci w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej czy przekonania polityczne.⁷ Zasadę tę

⁷ Zasada ta została uzupełniona i rozszerzona w aktach prawa międzynarodowego przyjętych po 1951 roku, takich jak Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych dnia 10 grudnia 1984 r. Zasada *non-refoulement* uznawana jest obecnie za normę zwyczajową prawa międzynarodowego, która nie przewiduje wyjątków (*jus cogens*). Zobacz np. Costello, C., Foster, M. (2016). *Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test*. In: Heijer, M., van der Wilt, H. (eds) *Netherlands Yearbook of International Law 2015*.

wyraża również art. 19 ust. 2 Karty Praw Podstawowych UE, zgodnie z którym nikt nie może być usunięty z terytorium państwa, wydalony lub wydany w drodze ekstradycji do państwa, w którym istnieje poważne ryzyko, iż może być poddany karze śmierci, torturom lub innemu niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu. Do zasady *non-refoulement* odnosi się też art. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/115/WE w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (Dz.U.UE.L.2008.348.98, tzw. Dyrektywa Powrotowa) oraz art. 9 ust. 1 Dyrektywy Proceduralnej, który obliguje państwa członkowskie do tego, aby zezwalały wnioskodawcom na pozostawanie na terytorium państwa, na potrzeby procedury, do czasu podjęcia przez organ rozstrzygający decyzji w sprawie ochrony międzynarodowej zgodnie z procedurami obowiązującymi w pierwszej instancji. Obowiązek poszanowania zasady *non-refoulement* wpisany jest także w 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), które stanowi podstawę działań organów państwa, w tym przede wszystkim Straży Granicznej, na zewnętrznych granicach UE (art. 3 lit. b, art. 4 oraz motyw 36 kodeksu granicznego Schengen).

Zasada *non-refoulement* przywołana jest także w art. 3 ust. 1 Konwencji ONZ z dnia 10 grudnia 1984 r. w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. Zgodnie z tym przepisem, żadne Państwo Strona nie może wydać, zawracać lub wydawać innemu państwu danej osoby, jeżeli istnieją poważne podstawy, by sądzić, że może jej tam grozić stosowanie tortur. Europejski Trybunał Praw Człowieka wywodzi z kolei tę zasadę z treści art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Do tej zasady, jako istotnego standardu prawa międzynarodowego, odwołuje się też Protokół Sтамбульський, czyli Podręcznik skutecznego badania i dokumentowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, opracowany w 2004 r. przez Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka, a także Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej w art. 61.

We wszystkich swoich dotychczasowych wyrokach w sprawach dotyczących zwracania cudzoziemców do linii granicy **Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku przypominał, że państwo będące stroną Konwencji genewskiej obowiązane jest stosować się do zasady *non-refoulement* wszędzie tam, gdzie rozciąga się jego jurysdykcja, a więc wszędzie, gdzie dana osoba znajduje się pod efektywną kontrolą organów państwa.** Nie ma bowiem znaczenia, gdzie określona sytuacja związana z potencjalnym zawróceniem cudzoziemca ma miejsce. Istotne jest jedynie to, czy dane działanie można przypisać określonemu państwu. Zasada *non-refoulement* dotyczy zatem zarówno cudzoziemców przebywających na terytorium państwa, jak i tych, którzy znaleźli się na jego granicy, niezależnie od sposobu, w jaki tam dotarli. Co więcej, jak podkreślił Sąd, stosowania tej zasady władze państwa nie mogą wyłączyć ani zawiesić nawet w warunkach kryzysu na granicy. **Sąd nie miał też**

żadnych wątpliwości, że deklaracja złożenia wniosku o ochronę międzynarodową powinna zostać przyjęta przez funkcjonariusza SG, który jako pierwszy wchodzi w kontakt z cudzoziemcem, a sam cudzoziemiec zgłaszający funkcjonariuszowi taką deklarację powinien mieć zapewnioną możliwość jak najszybszego złożenia formalnego wniosku oraz powinien być traktowany jako wnioskodawca i korzystać z prawa do pozostania na terytorium Polski. Przeciwnie wnioskowanie, zdaniem Sądu, uniemożliwiłoby zapewnienie cudzoziemcowi skutecznego dostępu do zasad i gwarancji przewidzianych w Dyrektywie Proceduralnej i ustawie o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP, a także stanowiłoby brak poszanowania dla prawa do ochrony międzynarodowej, gwarantowanego w art. 56 ust. 2 Konstytucji i art. 18 Karty Praw Podstawowych UE.

Przywołane wyżej regulacje powinny znaleźć zastosowanie wobec osób, które dokonały sforsowania zapor (także powodując jej uszkodzenie), deklarując chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową w Polsce i zostały ujawnione bezpośrednio przy zaporze oraz osób, które znalazły się na terytorium Polski po prawdopodobnym sforsowaniu zapor i deklarując chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową w Polsce, ale uczyniły to dopiero po ujawnieniu przez SG lub inne służby. Każda deklaracja cudzoziemca, świadcząca o zamiarze ubiegania się o ochronę międzynarodową, powinna prowadzić do (-) zapewnienia cudzoziemcowi rzeczywistej możliwości jak najszybszego złożenia formalnego wniosku o taką ochronę oraz do (-) uznania cudzoziemca za wnioskodawcę i objęcia go z tego tytułu ochroną przed zawróceniem czy wydalaniem. Nie ma przy tym znaczenia, czy osoba składająca deklarację zamiaru ubiegania się o ochronę międzynarodową przebywa (-) w pasie ziemi między linią granicy a zaporą, (-) została ujawniona bezpośrednio przy zaporze po jej przekroczeniu, czy (-) przebywa w głębi kraju, prawdopodobnie dostała się na to terytorium po sforsowaniu zapor i składa deklarację dopiero po ujawnieniu przez służby. Ta ostatnia okoliczność nie jest też obca prawu polskiemu, które zakłada nawet możliwość złożenia wniosku o ochronę międzynarodową po zatrzymaniu i umieszczeniu cudzoziemca w ośrodku detencyjnym w celu wydalenia z Polski.

W tym miejscu należy zauważyć, że zasada *non-refoulement* chroni nie tylko tych cudzoziemców, którzy wyrazili (w sposób bezpośredni lub dorozumiany) chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową. Na organach państwowych ciąży bowiem obowiązek zbadania z urzędu sytuacji w kraju, do którego ma być odesłana dana osoba, celem oceny, czy takie wydalenie nie rodzi ryzyka naruszenia podstawowych praw wydalanej osoby, w tym zwłaszcza prawa do wolności od tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. Oznacza to, że każdorazowe działanie organów państwowych zmierzające do wydalenia/zawrócenia cudzoziemca do Białorusi musi być poprzedzone podjętą z urzędu oceną sytuacji w tym kraju, pod kątem możliwych naruszeń. Jak wielokrotnie stwierdzał Europejski Trybunał Praw Człowieka, w sytuacji, kiedy państwo ma wiedzę (albo powinno mieć wiedzę) o systemowych naruszeniach praw człowieka w kraju, do którego dana osoba ma zostać odesłana, powinno z urzędu wstrzymać się od takiego działania. W takiej sytuacji nie jest nawet konieczne wyrażenie woli ubiegania się o ochronę przez samego cudzoziemca (zob. ETPCz, *Hirsi Jamaa i inni p. Włochom* [Wielka Izba], § 133 i cyt. tam orzecznictwo).

O tym, że Białoruś nie jest państwem bezpiecznym dla osób migrujących świadczy przywołany wyżej raport CPT, a także raporty Human Constanta czy Amnesty International oraz orzecznictwo ETPC w sprawach polskich.⁸

III. Przywrócenie praworządności, tj. niezwłoczne uchylene przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji Rozporządzenia Granicznego

Konieczność niezwłocznego uchylene Rozporządzenia Granicznego wynika z rażącego naruszenia prawa krajowego, w tym Konstytucji RP, oraz prawa międzynarodowego, jakie wiąże się z samym obowiązywaniem oraz z każdorazowym zastosowaniem tego aktu. O niezgodności z prawem świadczą nie tylko opinie organizacji pozarządowych, w tym HFPC, ale przede wszystkim prawomocne wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku, które nie pozostawiają wątpliwości co do wadliwości Rozporządzenia i uregulowanej w nim czynności zawrócenia do linii granicy. Oczywiście wyroki sądu administracyjnego wiążą wyłącznie w sprawach, w których zostały wydane i nie ustanawiają zasady prawa. Niemniej **krytyczne wobec Rozporządzenia orzecznictwo jest jednolite, a skala dostrzeżonych przez sąd naruszeń prawa tak poważna, że powinna skutkować natychmiastowym uchylene tego aktu.**

Stwierdzone przez sąd naruszenia prawa można podzielić na dwa rodzaje. W pkt. 1. opisane zostaną naruszenia przepisów i standardów prawa międzynarodowego, związanych z szeroko rozumianą ochroną praw człowieka. Pkt 2. dotyczy natomiast naruszeń zasad legalizmu / praworządności i hierarchiczności źródeł prawa.

1. Naruszenie przepisów prawa międzynarodowego i ustanowionych w nich standardów

a. Naruszenie zasady *non-refoulement*

Szerzej o zasadzie *non-refoulement* wspomniano pkt. II niniejszej opinii, wskazując na konieczność uznania osób deklarujących zamiar ubiegania się o ochronę międzynarodową, przebywających w pasie ziemi między granicą państwa a zaporą graniczną, za wnioskodawców w postępowaniu o przyznanie takiego statusu i objęcia ich ochroną wynikającą z ww. zasady. W tym miejscu wystarczy przypomnieć, że w wyrokach z dnia 15 września 2022 r. w sprawach II SA/Bk 492/22, II SA/Bk 493/22 i II SA/Bk 494/22, wyroku z dnia 13 kwietnia 2023 r. w sprawie II SA/Bk 145/23, wyroku z 30 maja 2023 r. o sygn. akt II SA/Bk 244/23 czy wyroku z 18 stycznia 2024 r. o sygn. akr II SA/ Bk 664/23 Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku stwierdził, że państwo będące stroną Konwencji genewskiej zobowiązane jest stosować się do zasady *non-refoulement* wszędzie tam, gdzie rozciąga się jego jurysdykcja, a więc wszędzie tam, gdzie dana osoba znajduje się pod efektywną kontrolą organów państwa. W każdej z badanych spraw sąd uznał, że **zawrócenie do linii granicy**

⁸ Szerzej kwestia ta omówiona została w punkcie VI.2.a niniejszej opinii.

w trybie określonym w § 3 ust. 2b Rozporządzenia Granicznego naruszało ww. zasadę i godziło w art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej.

Naruszeniem zasady *non-refoulement*, zdaniem sądu, było też każdorazowe pominięcie przez organ SG dokonujący zawrócenia istotnych dla sprawy okoliczności, związanych z sytuacją na Białorusi i kryzysem humanitarnym na granicy polsko-białoruskiej. Uchybienia organów Straży Granicznej w ww. sprawach polegały na niezbadaniu sytuacji na granicy, a w szczególności pominięciu informacji o tym, w jaki sposób migranci/migrantki są traktowani przez białoruskie służby i wojsko, czy poddawani są przemocy i czy zawrócenie na Białoruś nie zagraża ich prawu do życia i nie naraża ich na tortury lub nieludzkie traktowanie. Sąd uznał przy tym, że nie jest ważne, czy cudzoziemiec wjechał wcześniej na terytorium Białorusi legalnie.

b. Naruszenie zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców, ustanowionego w art. 4 Protokołu nr 4 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Pomimo, że Europejski Trybunał Praw Człowieka nie zdefiniował nigdy, czym są „pushbacki”, w wielu wydanych wyrokach określił, jakie działania podejmowane przez państwa w kontekście ochrony granic i kontroli migracyjnej mogą zostać uznane za niezgodne z przepisami Konwencji. W każdym wyroku dotyczącym sytuacji na granicach ETPC wychodzi od przypomnienia, że prawo państwa do regulowania zasad wjazdu i pobytu na swoim terytorium nie jest prawem absolutnym i może podlegać różnym ograniczeniom (*Soering p. Wielkiej Brytanii*, § 90-91; *Vilvarajah i inni p. Wielkiej Brytanii*, § 103; *Jabari p. Turcji*, § 38; *Hirsi Jamaa i inni p. Włochom*, §113-114). Ograniczenia te wynikają przede wszystkim z przystępowania przez państwa do traktatów międzynarodowych w zakresie ochrony praw człowieka, które zobowiązują je do określonych sposobów postępowania. W kontekście Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i jej Protokołów ograniczenia te związane są z tym, że wydalenie cudzoziemca albo niewpuszczenie go na terytorium danego państwa może narazić go na traktowanie sprzeczne z zakazem tortur i nieludzkiego traktowania (art. 3 EKPC), czy nieuzasadnione przerwanie życia rodzinnego (art. 8 EKPC). Innym ograniczeniem, coraz mocniej akcentowanym przez Trybunał, jest zakaz zbiorowych wydań cudzoziemców, który może znaleźć zastosowanie w sprawach związanych z przekraczaniem granicy.

Zakaz zbiorowych wydań cudzoziemców, ujęty w artykule 4 Protokołu 4 do Konwencji, jest w istocie wymogiem dotyczącym przeprowadzenia odpowiedniego postępowania („*due process*”) w stosunku do wydalanego cudzoziemca. Definicja „zbiorowego wydalania” pozostaje w orzecznictwie Trybunału jednolita i spójna. Zdaniem Trybunału przez zbiorowe wydalenie należy rozumieć każdy środek polegający na zmuszeniu grupy cudzoziemców do opuszczenia terytorium danego państwa, poza przypadkami, kiedy środek ten jest podjęty na podstawie racjonalnej i obiektywnej analizy indywidualnej sprawy każdej z wydalanych osób (por. wyrok w sprawie *Čonka p. Belgii*, § 59).

W wyroku *Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom* Trybunał po raz pierwszy wskazał, że przez „wydalenie” należy rozumieć także odmowę wjazdu lub zawrócenie cudzoziemca spod granicy. Zarówno więc przechwycenie cudzoziemców na pełnym morzu i odeskortowanie ich do granic państwa, z którego wypłynęli (*Hirsi Jamaa i inni*

p. Włochom, § 180, *Sharifi p. Włochom i Grecji*, § 212), jak i odmowa wjazdu cudzoziemcom stawiającym się na przejściu granicznym do kontroli paszportowej (*M.K. i inni p. Polsce*, § 200) oraz przymusowe usunięcie ich z tego terytorium w związku z nieuregulowanym przekroczeniem przez nich granicy lądowej (*N.D. i N.T. p. Hiszpanii*, § 124, *Shahzad p. Węgrom*, § 48) uznawane jest za wydalenie, które podlega kontroli pod kątem możliwego naruszenia artykułu 4 Protokołu 4. W kolejnych wyrokach Trybunał doprecyzował, że liczba osób podlegających wydaleniu w danym momencie czy też posiadanie przez nich wspólnych cech, np. narodowościowych, etnicznych czy religijnych, nie ma znaczenia dla przypisania wydaleniu przymiotu zbiorowości. Decydującym kryterium niezbędnym do naruszenia zakazu zbiorowych wydań jest dokonanie takiego wydalenia bez przeprowadzenia zindywidualizowanej oceny każdej ze spraw (*N.D. i N.T. p. Hiszpanii*, § 194–195), zmierzającej do ustalenia rzeczywistej sytuacji każdego z wydalanych (*M.K. i inni p. Polsce*, § 174).

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku we wszystkich wydanych dotąd wyrokach odnotował, że organ Straży Granicznej podczas czynności zawracania cudzoziemca do linii granicy nie bada indywidualnej sytuacji zawracanej osoby, nie zbiera materiału dowodowego i nie weryfikuje stanu faktycznego sprawy, a także nie uwzględnia sytuacji w polsko-białoruskiej strefie przygranicznej ani takich okoliczności, jak stan zdrowia czy wiek cudzoziemca. Sąd nie miał wątpliwości, że takie działania organów Straży Granicznej narusza obowiązek indywidualnego rozpatrywania sprawy każdego cudzoziemca, ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji w kraju, do którego cudzoziemcy mieli być zawróceni (tj. Białorusi). W ten sposób, stosowanie § 3 ust. 2b Rozporządzenia Granicznego prowadzi do naruszenia zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców, zawartego w art. 4 Protokołu nr 4 do EKPC.

Warto wspomnieć, że przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka toczy się aktualnie 18 spraw, w których skarżący, czyli cudzoziemcy zawróceni do Białorusi na mocy przepisów Rozporządzenia Granicznego lub znowelizowanej ustawy o cudzoziemcach, zarzucają polskim władzom naruszenie zakazu zbiorowych wydań cudzoziemców.

c. Kwestia przyjęcia wniosku o ochronę międzynarodową i naruszenie art. 56 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 18 Karty Praw Podstawowych UE

W żadnej ze spraw sądy administracyjne nie pozostawiły też wątpliwości, że każda, nawet ustna deklaracja cudzoziemca co do chęci ubiegania się o ochronę międzynarodową powinna zostać przyjęta przez funkcjonariusza SG, który jako pierwszy wchodzi w kontakt z cudzoziemcem, a sam cudzoziemiec zgłaszający funkcjonariuszowi taką deklarację powinien mieć zapewnioną możliwość jak najszybszego złożenia formalnego wniosku o ochronę oraz od początku powinien być traktowany jako wnioskodawca w postępowaniu uchodźczym i z tego tytułu powinien korzystać z prawa do pozostania na terytorium Polski do czasu rozpatrzenia jego wniosku. Co istotne, sąd doszedł do przekonania, że **to sama procedura zawracania do linii granicy, jako że nie daje żadnych gwarancji przyjęcia od osoby migrującej wniosku o ochronę międzynarodową, jest niezgodna z art. 56 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 18 Karty Praw Podstawowych UE.**

2. Naruszenia związane z zasadą praworządności

a. Naruszenie art. 92 ust. 1 Konstytucji RP - Rozporządzenie Graniczne wydane poza granicami upoważnienia ustawowego

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku stoi na stanowisku, 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. z 2022 r., poz. 295 ze zm., dalej: ustawa o ochronie granicy państwowej), który to przepis stanowił dla Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji podstawę wydania ww. Rozporządzenia. Zdaniem sądu, § 3 ust. 2b Rozporządzenia Granicznego wykracza bowiem poza granice upoważnienia ustawowego. Sąd uznał również, że przywołany przepis Rozporządzenia jest sprzeczny z obowiązującymi ustawami (ustawą o cudzoziemcach i ustawą o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP), prawem unijnym i postanowieniami wiążącymi Polskę umów międzynarodowych, co zdaniem sądu sprawia, że **przepis ten nie nadaje się do wykonania**.

Art. 16 ust. 3 pkt 2 ustawy o ochronie granicy państwowej upoważnia ministra właściwego do spraw wewnętrznych wyłącznie do zarządzenia, w drodze rozporządzenia, 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 szerszeniu się chorób zwierząt. Z brzmienia przepisu wynika jednoznacznie, że zakres przedmiotowy zawartej w nim delegacji ustawowej obejmuje wyłącznie kwestie zarządzania ruchem na określonych przejściach granicznych, czyli np. zamknięcia przejść, zmniejszenia ich przepustowości czy tymczasowych modyfikacji w zakresie rodzajów dopuszczalnego ruchu. Art. 16 ust. 3 pkt 2 ustawy o ochronie granicy państwowej nie może zatem stanowić podstawy do wprowadzenia jakichkolwiek regulacji dotyczących prawa cudzoziemców do wjazdu czy pobytu na terytorium Polski. Prawa te w sposób kompleksowy regulowane są bowiem na poziome ustawowym, czyli w przepisach ustawy o cudzoziemcach i ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP. Tym bardziej wspomniany przepis nie upoważnia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji do wprowadzenia, w formie rozporządzenia, jakiegokolwiek procedury związanej z zwracaniem cudzoziemców do linii granicy.

W ocenie sądu, Rozporządzenie Graniczne narusza tym samym art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym rozporządzenia są wydawane na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i wyłącznie w celu jej wykonania, z zachowaniem zakresu spraw przekazanych do uregulowania oraz wytycznych dotyczących treści aktu.

b. Naruszenie art. 7 i 87 ust. 1 Konstytucji RP – stosowanie Rozporządzenia Granicznego jest sprzeczne z zasadą legalizmu i narusza zasadę hierarchiczności źródeł prawa

Zdaniem sądu, automatyczne i arbitralne zastosowanie przez Straż Graniczną przepisu niższego rzędu (Rozporządzenia), który nie wyłącza przecież ani stosowania przepisów ustaw krajowych, ani prawa unijnego, ani postanowień umów

międzynarodowych wiążących RP, ani przede wszystkim Konstytucji RP, stanowi w pierwszym rzędzie naruszenie art. 7 (zasady praworządności) i art. 87 ust. 1 (zasady hierarchiczności źródeł prawa) Konstytucji RP. W ocenie sądu, **Straż Graniczna nie może stosować Rozporządzenia Granicznego w miejsce obowiązujących ustaw, które kompleksowo regulują tę samą materię, co Rozporządzenie.** Sąd jednoznacznie stwierdza przy tym, że **nieskuteczne prawnie jest powoływanie się przez organ Straży Granicznej na § 3 ust. 2b Rozporządzenia Granicznego jako na ważną podstawę prawną czynności zawrócenia cudzoziemca do linii granicy.**

c. Naruszenie zasady legalizmu c.d. – brak upoważnienia dla Straży Granicznej do realizacji czynności zawrócenia cudzoziemca do linii granicy

Zgodnie z zasadą legalizmu, mającą swe źródło w art. 7 Konstytucji RP, organy władzy publicznej mogą działać tylko na podstawie i w granicach prawa. Celem tej zasady jest przeciwdziałanie dowolności i arbitralności działania organów państwa. Na mocy tej zasady organ administracji publicznej, także organ Straży Granicznej, może działać wyłącznie wówczas, gdy konkretny przepis prawa pozwala mu podjąć określone działanie i tylko w granicach wyznaczonych przez ten przepis. Przepisy określające kompetencje organu i ich zakres powinny przy tym mieć rangę ustawową. **Działania organów bez podstawy prawnej i poza granicami prawa albo z naruszeniem tych granic zawsze będą nielegalne i mogą, a wręcz powinny rodzić odpowiedzialność konstytucyjną organu i odpowiedzialność karną osób (funkcjonariuszy SG), które w imieniu organu działania takie podejmują, a także odpowiedzialność odszkodowawczą państwa.** Tymczasem ani § 3 ust. 2b Rozporządzenia Granicznego, bezpośrednio regulujący czynność zawrócenia do linii granicy, ani żaden inny przepis tego aktu nie wskazują w sposób wyraźny i jednoznaczny, że to organ Straży Granicznej jest właściwy do wykonywania czynności zawrócenia. Istnienie kompetencji organu Straży Granicznej do realizacji czynności zawrócenia cudzoziemca nie może natomiast być dorozumiane ani wyinterpretowane z innych przepisów prawa, w tym przepisów o randze ustawy, które bezpośrednio tej czynności nie dotyczą. Właśnie z uwagi na zasadę legalizmu nie można też przyjąć domniemania, że uprawnienie do realizacji czynności zawrócenia wynika z ogólnego charakteru zadań realizowanych przez formację Straży Granicznej.

Jakkolwiek sąd wprost do tego zarzutu się nie odnosi, to jednak warto zwrócić na niego uwagę jako na dodatkowy argument wskazujący na naruszenie zasady legalizmu.

IV. Zmiana sposobu postępowania wobec osób zatrzymywanych po przekroczeniu granicy w miejscu do tego nieprzeznaczonym, które nie deklarują chęci ubiegania się o ochronę międzynarodową. Nieadekwatność wyroku ETPC w sprawie *N.D. i N.T. przeciwko Hiszpanii* do sytuacji na granicy polsko-białoruskiej.

Fundacja nie ma wątpliwości, że cudzoziemcy, którzy sforsowali zaporę graniczną i nie deklarują zamiaru ubiegania się o ochronę międzynarodową, **co do zasady podlegać powinni przepisom ustawy o cudzoziemcach**, w części dotyczącej kontroli legalności pobytu (art. 289 i dalsze ustawy o cudzoziemcach), procedury zatrzymania

(art. 394 i dalsze ww. ustawy) oraz wszczęcia postępowania o zobowiązanie do powrotu do kraju pochodzenia (art. 302 i dalej ww. ustawy). Jak wspomniano już wyżej, obecnie ta właśnie procedura, tj. procedura zobowiązania do powrotu do kraju pochodzenia, jest jedyną, która zachowuje podstawowe gwarancje proceduralne dla strony postępowania (gwarantuje m.in. prawo do czynnego udziału w postępowaniu czy prawo do wniesienia odwołania, które z zasady wstrzymuje wykonanie decyzji powrotowej, a także zapewnia poszanowanie zasady prawdy obiektywnej, nakładającej na organ obowiązek wnikliwego rozpoznania wszystkich okoliczności sprawy). Nie bez znaczenia jest również fakt, że w tym postępowaniu istnieje możliwość udzielenia cudzoziemcowi zgody na pobyt humanitarny lub pobyt tolerowany, jeśli wydanie i wykonanie decyzji powrotowej okaże się niemożliwe, np. ze względu na prawdopodobieństwo naruszenia niektórych praw podstawowych. Takich gwarancji nie przewiduje natomiast procedura ustanowiona w art. 303b ustawy o cudzoziemcach, na co zwróciły uwagę sądy administracyjne w wyrokach dotyczących wydawanych w tej procedurze postanowień o opuszczeniu Polski.⁹

Z przyczyn opisanych w pkt. III niniejszej opinii, **niedopuszczalne jest stosowanie wobec cudzoziemców, którzy po sforsowaniu zapory znaleźli się na terytorium Polski i nie deklarują chęci ubiegania się o ochronę międzynarodową, czynności zawrócenia do linii granicy opisanej w § 3 ust. 2b Rozporządzenia Granicznego.** Z uwagi na jednoznaczne orzecznictwo sądów administracyjnych, zgodnie z którym ww. przepis nie może stanowić podstawy prawnej działań podejmowanych przez Straż Graniczną, każdoczesne zastosowanie tej regulacji przez organ SG i podległych mu funkcjonariuszy powinno być ocenione pod kątem przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, czyli wyczerpania znamion czynu zabronionego z art. 231 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 2024 r., poz. 17 ze zm., dalej: Kodeks karny).

Sprawą, która często jest przywoływana w kontekście sytuacji na europejskich granicach, także na granicy polsko-białoruskiej, jest sprawa *N.D. i N.T. przeciwko Hiszpanii*. Przywołanie tego wyroku sugerować ma zwykle dopuszczalność stosowania uproszczonej procedury zwracania cudzoziemców do linii granicy, bez badania ich indywidualnej sytuacji, w przypadkach szczególnie uzasadnionych. Analiza tego wyroku pokazuje jednak, **jak dalece chybiona jest taka argumentacja.**

Sprawa *N.D. i N.T. przeciwko Hiszpanii* dotyczyła siłowego sforsowania zapory granicznej przez kilkuset cudzoziemców (w tym skarżących), którzy w jednym momencie wspięli się na ogrodzenie z zamiarem przekroczenia marokańsko-hiszpańskiej granicy w hiszpańskiej enklawie Melilla na terenie Maroka. Hiszpańska Gwardia Cywilna przy użyciu siły natychmiast zawróciła całą grupę z powrotem do Maroka, nie wszczynając żadnej indywidualnej procedury wobec wydalonych w ten sposób osób. Wyrok Wielkiej Izby Trybunału zapadł w lutym 2020 roku, wprowadzając bardzo wąski wyjątek do zasady zakazu zbiorowego wydalenia cudzoziemców ustanowionego w art. 4 Protokołu nr 4 do EKPC. Zdaniem Trybunału, okoliczności sprawy przesądziły o tym, że wydalenie, które niewątpliwie miało

⁹ Więcej na temat procedury wydawania postanowień o opuszczeniu terytorium Polski oraz orzecznictwa sądów w pkt. VI niniejszej opinii.

charakter zbiorowy, nie stanowiło naruszenia ww. przepisu z uwagi na zawinione zachowanie samych cudzoziemców („*own culpable conduct*”). Zdaniem Trybunału, niepodjęcie przez hiszpańską policję procedur identyfikacyjnych i niewydanie wobec każdego z cudzoziemców indywidualnej decyzji o wydaleniu było konsekwencją postępowania skarżących, polegającego na sforsowaniu granicy przy użyciu siły przez dużą liczbę osób, **pomimo istnienia legalnych ścieżek wjazdu do Hiszpanii, które umożliwiały ubieganie się o ochronę międzynarodową w tym państwie, a z których skarżący bez ważnego powodu nie skorzystali** (*N.D. i N.T. p. Hiszpanii*, § 210). Co równie istotne, Trybunał uznał, że **sytuacja w Maroku nie stanowiła zagrożenia dla bezpieczeństwa cudzoziemców**. Odrzucił tym samym argumenty skarżących dotyczące możliwego naruszenia artykułu 3 Konwencji. Uznał, że skarżący zostali odesłani do bezpiecznego kraju.

Pomiędzy sytuacją ze sprawy *N.D. i N.T. przeciwko Hiszpanii*, a sytuacją na polsko-białoruskiej granicy istnieją tak znaczące różnice, że sprawa ta nie może mieć szerszego zastosowania do oceny praktyki polskiej Straży Granicznej. Przede wszystkim, Maroko zostało uznane przez Trybunał za kraj bezpieczny. Białoruś uznawana jest natomiast w orzecznictwie ETPC za kraj niebezpieczny, nieposiadający funkcjonującego systemu azylowego i taki, w którym występuje ryzyko naruszenia zakazu tortur i niehumanitarnego traktowania ujętego w artykule 3 Konwencji. Już sama ta okoliczność sprawia, że zawrócenia do Białorusi bezwzględnie nie mogą być stosowane, i to niezależnie od sposobu zachowania samych cudzoziemców. Trybunał nigdy bowiem w swoim orzecznictwie nie wycofał się z jednej z najważniejszych zasad: nikogo nie można odesłać ani zawrócić do państwa, w którym grozi mu traktowanie sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym artykułem 3 Konwencji (por.: wyrok ETPC w sprawie *Chahal p. Wielkiej Brytanii*, §79-80). Zakaz ten dotyczy także osób, które z różnych uzasadnionych powodów zostały uznane za niepożądane na terytorium danego państwa, np. z uwagi na działalność terrorystyczną lub przestępczą (por. wyrok ETPC w sprawie *Soering p. Wielkiej Brytanii*, § 88). Po drugie, na polsko-białoruskiej granicy co do zasady cudzoziemcy nie są zatrzymywani w dużych grupach po uprzednim użyciu przez nich siły celem masowego sforsowania granicy. I w końcu, Polska nie zapewnia na swoich granicach legalnych ścieżek wjazdu, co jest warunkiem koniecznym do zwolnienia państwa od odpowiedzialności za naruszenie artykułu 4 Protokołu 4 EKPC.

V. **Konieczność stworzenia legalnych możliwości wjazdu w celu ubiegania się o ochronę międzynarodową**

Począwszy od wyroku *N.D. i N.T. przeciwko Hiszpanii*, wśród pozytywnych obowiązków państw będących stronami Konwencji, Trybunał konsekwentnie wskazuje na **obowiązek zapewnienia cudzoziemcom legalnych możliwości wjazdu do kraju w celu ubiegania się o ochronę międzynarodową**. Trybunał stoi na stanowisku, że zwłaszcza na państwach tworzących zewnętrzne granice strefy Schengen, ciąży szczególny obowiązek polegający na konieczności zapewnienia skuteczności Konwencji. Cel ten może być osiągnięty jedynie poprzez zapewnienie dróg legalnego wjazdu dla wszystkich cudzoziemców, którzy stawiają się na granicy w obawie o swoje życie lub bezpieczeństwo. Trybunał podkreślił, że na granicach muszą być dostępne

skuteczne mechanizmy składania wniosków o udzielenie ochrony zgodnie z prawem międzynarodowym (*N.D. i N.T. p. Hiszpanii*, § 209; *Shahzad p. Węgrom*, § 62; *A.A. i inni p. Północnej Macedonii*, § 112).

Nie ulega wątpliwości, że w sytuacji Polski warunek ten nie jest spełniony. Trybunał wielokrotnie już stwierdzał w wydanych wyrokach, że Polska – wbrew obowiązkom wynikającym z Konwencji – nie dopuszcza uchodźców do procedur azylowych na swoich oficjalnych przejściach granicznych (*M.K. i inni przeciwko Polsce* oraz *D.A. i inni przeciwko Polsce*, skarga nr 51246/17). Sytuacja uległa dalszemu pogorszeniu w ostatnich latach. Na skutek pandemii COVID-19, kryzysu politycznego w relacjach z Białorusią oraz wojny w Ukrainie, kolejne przejścia graniczne zostały zamknięte, pozostawiając osobom poszukującym ochrony międzynarodowej jedno możliwe miejsce do złożenia wniosku: przejście graniczne Brześć-Terespol. Zgodnie ze standardami wyznaczonymi przez Trybunał w sprawie hiszpańskiej nie sposób uznać, żeby obecność jednego punktu przyjmowania wniosków na 418-kilometrowej długości granicy z Białorusią była wystarczająca. Tym bardziej, że to właśnie na tym przejściu Trybunał stwierdził istniejące naruszenia. Należy także wziąć pod uwagę działalność służb białoruskich, które nie tylko w sposób celowy nie dopuszczają cudzoziemców do legalnych przejść granicznych, ale intencjonalnie zmuszają ich do przechodzenia granicy w miejscach stwarzających realne zagrożenie dla życia i zdrowia (np. w ścisłym rezerwacie Puszczy Białowieskiej czy w zabagnionym rejonie Zalewu Siemianowskiego). Te okoliczności bez wątpienia mogą się mieścić w kategorii „ważnych powodów”, dla których dostęp do legalnych ścieżek wjazdu powinien zostać uznany za niemożliwy w praktyce.

VI. Nowelizacja art. 303b ustawy o cudzoziemcach

Zgodnie z art. 303b (w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a), który został wprowadzony do ustawy o cudzoziemcach w październiku 2021 r., komendanci placówek Straży Granicznej wydają postanowienia o opuszczeniu terytorium Polski cudzoziemcom, którzy zostali zatrzymani bezpośrednio po niezgodnym z prawem przekroczeniu granicy będącej zewnętrzną granicą UE. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu, przed wydaniem postanowienia organ Straży Granicznej sporządza protokół przekroczenia granicy przez cudzoziemca. Od postanowienia o zobowiązaniu cudzoziemca do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przysługuje zażalenie do Komendanta Głównego Straży Granicznej. Wniesienie zażalenia nie wstrzymuje jednak wykonania decyzji.

1. Dotychczasowa krytyka procedury wydawania postanowień o opuszczeniu Polski – orzecznictwo sądów administracyjnych

Wspomniana wyżej nowelizacja ustawy o cudzoziemcach nie wyeliminowała przepisów Rozporządzenia Granicznego, wobec czego procedura wydawania postanowień o opuszczeniu Polski funkcjonowała – i nadal funkcjonuje – równocześnie z praktyką zawracania cudzoziemców na linię granicy, wadliwie uregulowaną w Rozporządzeniu Granicznym. Oba środki są stosowane przez Straż Graniczną w identycznych stanach faktycznych, co narusza zasadę pewności prawa i czyni

działania Straży Granicznej w indywidualnych sprawach jeszcze bardziej arbitralnymi. W praktyce, wykonanie postanowienia o opuszczeniu terytorium Polski przebiega dokładnie tak samo, jak realizacja czynności zawrócenia do linii granicy. W obu sytuacjach cudzoziemcy odstawiani są do linii granicy pod eskortą funkcjonariuszy SG, po czym są zmuszani / nakłaniani do przejścia na drugą stronę zapory (zwykle przez bramki serwisowe).

Procedura ta jest stosowana w sposób arbitralny, w obliczu braku przepisów, które regulowałyby taką czynność. Należy bowiem zwrócić uwagę, że znowelizowane przepisy dotyczące uproszczonego wydawania postanowień o opuszczeniu terytorium RP nie zawierają żadnych wytycznych dotyczących tego, jak te postanowienia powinny być wykonane (*a contrario* do art. 329 ustawy o cudzoziemcach). W rezultacie, cudzoziemcy odstawiani są do linii granicy poza oficjalnymi przejściami granicznymi, przy braku zgody państwa przyjmującego (Białorusi)¹⁰, a w niektórych przypadkach nawet bez posiadania przez osoby w ten sposób wydalone dokumentu podróży.

Należy przy tym pamiętać, że również **procedura opisana w art. 303b ustawy o cudzoziemcach została krytycznie oceniona przez sądy administracyjne. Co więcej, sądy dopatrzyły się w tej procedurze podobnych naruszeń prawa, jak w przypadku czynności zawracania do linii granicy.**

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 26 kwietnia 2022 r., sygn. akt IV SA/Wa 420/22, uznał, że czynności dokonywane przez Straż Graniczną przed wydaniem postanowienia o opuszczeniu Polski, które ograniczają się do sporządzenia protokołu przekroczenia granicy przez cudzoziemca, są niewystarczające do ustalenia wszystkich istotnych okoliczności sprawy. Sąd zauważył, że z protokołu sporządzonego przez Straż Graniczną wynika jedynie, kiedy i w jakim rejonie granicy (bez wskazania konkretnego miejsca) cudzoziemiec przekroczył granicę państwową. Dokument ten nie precyzuje ani okoliczności, ani przyczyn przekroczenia granicy. Protokół ten nie jest aktem dowodowym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2023 r., poz. 775 ze zm., dalej: Kodeks postępowania administracyjnego) i **nie realizuje zasady oficjalności postępowania administracyjnego, ani obowiązku podejmowania wszelkich czynności niezbędnych do pełnego wyjaśnienia stanu sprawy.** W ocenie Sądu, wady postępowania zakończonego ww. postanowieniem **naruszają też prawo cudzoziemca do uzyskania ochrony międzynarodowej oraz mogą naruszać obowiązki państwa wynikające z zasady *non-refoulement*.** Zasada ta, jak przypomniał Sąd, dotyczy zarówno cudzoziemców przebywających na terytorium państwa, jak i tych, którzy znaleźli się na jego granicy, niezależnie od tego, w jaki sposób tam dotarli. Stosowanie zasady *non-refoulement* nie może być wyłączone lub zawieszane przez organy państwa nawet w sytuacji kryzysowej na granicy.

Podobnie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie orzekał w wyrokach: z 27 kwietnia 2022 r., sygn. akt IV SA 471/22, z 20 maja 2022 r., sygn. akt IV SA/Wa 615/22 i z 27 maja 2022 r., sygn. akt IV SA/Wa 772/22. Również w tych sprawach Sąd zauważył, że materiał zgromadzony przez Straż Graniczną w postępowaniach zakończonych postanowieniami o opuszczeniu terytorium Polski nie pozwala na

¹⁰ Należy zauważyć, że Białoruś zawiesiła obowiązywanie umowy o readmisji z UE.

ustalenie, czy cudzoziemcy mieli zamiar ubiegania się o ochronę międzynarodową w Polsce. Informacje zawarte w protokołach przekroczenia granicy nie są, zdaniem Sądu, wystarczające. Dostrzeżone przez Sąd uchybienia po stronie Straży Granicznej dotyczyły również **nieuwzględnienia sytuacji na granicy polsko-białoruskiej**, zwłaszcza sposobu, w jaki osoby migrujące traktowane są przez białoruskie służby i wojsko. Badanie takich informacji jest natomiast niezbędne do wyjaśnienia, czy wydanie i wykonanie nakazu opuszczenia terytorium Polski w każdym indywidualnym przypadku nie narusza prawa cudzoziemca do życia oraz wolności od tortur i niehumanitarnego traktowania (tj. art. 2 i 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka). Sąd uznał, że nie ma znaczenia, czy cudzoziemiec wjechał na Białoruś legalnie. Istotne jest, że sytuacja związana z kryzysem granicznym narażała cudzoziemców na ekstremalne warunki naruszające ich godność i zagrażające ich życiu lub zdrowiu. Podobną opinię podtrzymał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 5 października 2022 r., sygn. akt IV SA/Wa 1031/22. W wyroku tym wśród błędów Straży Granicznej sąd wymienił **brak jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego i ustaleń faktycznych dotyczących podmiotu i przedmiotu sprawy**. Straż Graniczna **całkowicie zaniechała przeprowadzenia postępowania dowodowego, w tym przede wszystkim dowodu z przesłuchania strony**.

W innej sprawie dotyczącej postanowienia o opuszczeniu terytorium Polski orzekł również Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku. Sąd ten rozpatrywał skargę Rzecznika Praw Obywatelskich dotyczącą powrotu na Białoruś małoletniego bez opieki, który został samowolnie dopisany przez Straż Graniczną do postanowienia wydanego wobec dorosłego cudzoziemca, który dla małoletniego był osobą całkowicie obcą. W wyroku z dnia 27 października 2022 r., sygn. akt II SA/Bk 558/22, Sąd uznał, że **brak ustaleń co do stanu faktycznego sprawy**, który doprowadził do bezpodstawnego włączenia małoletniego do postanowienia dotyczącego innej osoby, **naruszył zakaz zbiorowego wydalania cudzoziemców zawarty w art. 4 Protokołu nr 4 do Konwencji**. W sprawie tej nie wszystkie zastrzeżenia Rzecznika zostały uwzględnione przez sąd, stąd też, mimo uchylecia postanowienia, Rzecznik zdecydował się na wniesienie skargi kasacyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Skarga została oddalona wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 stycznia 2024 r., sygn. akt II OSK 165/23. Niemniej w wyroku tym NSA przedstawił jasne stanowisko co do wad procedury opisanej w art. 303b ustawy o cudzoziemcach. W pierwszej kolejności NSA wyraził zdziwienie przyjętą przez ustawodawcę formą postanowienia przy orzekaniu obowiązku opuszczenia przez cudzoziemca Polski. Co do zasady bowiem, forma postanowienia w procedurze administracyjnej zarezerwowana jest dla tzw. wypadkowych kwestii procesowych, które wyniknęły w toku postępowania właściwego (a to powinno zostać zakończone decyzją administracyjną). Tutaj jednak NSA uwzględnił intencję ustawodawcy, jaką było utworzenie przyspieszonej procedury zobowiązania cudzoziemca do powrotu, oraz fakt, że taki uproszczony tryb jest dopuszczalny w prawie unijnym, np. w art. 2 ust. 1 lit. A Dyrektywy Powrotowej. NSA zaznaczył jednocześnie, że **uproszczona procedura powinna stanowić wyjątek od zasady rozstrzygnięcia istoty sprawy w drodze decyzji administracyjnej**, a także winna być stosowana „jedynie w sytuacjach, w których pomimo uproszczonego postępowania wyjaśniającego ustalony stan faktyczny nie budzi wątpliwości co do sposobu wjazdu i celu pobytu cudzoziemca”. Do tego

„przeprowadzenie uproszczonego postępowania **nie może prowadzić do naruszenia zasady *non-refoulement*** (art. 9 ust. 2 lit. a Dyrektywy Powrotowej)”. Zdaniem NSA, możliwość przeprowadzenia uproszczonej procedury nie zwalnia też organu od uzasadnienia wydanego rozstrzygnięcia – każde postanowienie powinno zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne, jeżeli służy na nie zażalenie lub skarga do sądu administracyjnego (art. 124 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego). Oznacza to, że **organ SG orzekający w uproszczonej procedurze nadal zobowiązany jest do wskazania w wydanym rozstrzygnięciu faktów, które uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej**. Naczelny Sąd Administracyjny nie pozostawił ponadto wątpliwości, że **niezależnie od uproszczonego trybu i przyjętej formy orzekania wydanie postanowienia zawsze musi być poprzedzone przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego**, którego zakres determinowany jest przepisami prawa materialnego.

2. Zmiany art. 303b ustawy o cudzoziemcach – konieczność zachowania standardów prawa międzynarodowego i uwzględnienia orzecznictwa sądów administracyjnych

Fundacja przyjmuje do wiadomości zapowiedzi Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji dotyczące nowelizacji art. 303b ustawy o cudzoziemcach, której skutkiem ma być zachowanie w polskim prawie uproszczonej procedury wydalania cudzoziemców z terytorium Polski, z jednoczesnym dostosowaniem tej procedury do standardów prawa krajowego i międzynarodowego. Niemniej Fundacja stoi na stanowisku, że to procedura zobowiązania do powrotu do kraju pochodzenia, opisana w art. 302 i dalej ustawy o cudzoziemcach, jako że stwarza gwarancje poszanowania praw strony postępowania (i tak ograniczone w wyniku ostatnich nowelizacji) oraz ochrony niektórych praw i wolności człowieka (choć naruszanych często w praktyce), powinna pozostać jedynym, przewidzianym w prawie trybem zobowiązania cudzoziemców do opuszczenia terytorium Polski. Dlatego też, **w pierwszej kolejności, Fundacja postuluje uchylenie art. 303b i związanego z nim art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy o cudzoziemcach**.

Jeżeli jednak wolą Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji pozostanie nowelizacja art. 303b ustawy to, w ocenie Fundacji, przy konstruowaniu nowego przepisu i nowej procedury należy uwzględnić wnioski płynące z dotychczasowego orzecznictwa sądów administracyjnych oraz wziąć pod uwagę standardy prawa międzynarodowego, w tym konieczność przestrzegania zasady *non-refoulement* oraz zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców. W przypadku uproszczonych procedur wydalania cudzoziemców należy także odpowiednio wdrożyć art. 2 ust. 2 lit. a w zw. z art. 4 ust. 4 Dyrektywy Powrotowej. Przede wszystkim jednak, wykonanie orzeczonego w takiej procedurze zobowiązania do opuszczenia Polski **nie może polegać na zawróceniu cudzoziemca na Białoruś, która – jak zostało wskazane wyżej – nie może być uznana za państwo bezpieczne dla wydalanych cudzoziemców**.

a. Uproszczona procedura zobowiązania cudzoziemców do opuszczenia Polski nie może być realizowana poprzez zawracanie cudzoziemców na Białoruś

Białoruś nie jest krajem bezpiecznym dla migrantów. Kryzys humanitarny na polsko-białoruskiej granicy państwowej został wywołany przez władze białoruskie w celu destabilizacji granicy Unii Europejskiej i wywarcia presji w relacjach międzynarodowych. Do tych celów wykorzystywani są migranci, którzy najpierw zachęceni są do przyjazdu na Białoruś ułatwieniami wizowymi i korzystnymi ofertami białoruskich przewoźników, potem, zwłaszcza gdy docierają już do strefy przygranicznej, traktowani są w sposób instrumentalny, poddawani przemocy, a służby białoruskie ryzykują ich życiem, zmuszając ich do przekraczania granicy w miejscach i warunkach stwarzających dla nich zagrożenie. Potwierdzają to liczne relacje osób migrujących przekazywane osobiście grupom i osobom świadczącym pomoc prawną i humanitarną na granicy. Potwierdza to także raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ, opublikowany w maju 2023 roku.¹¹ Wiele relacji opisuje przypadki przemocy, narażania bezpieczeństwa migrantów poprzez odbieranie im wody, jedzenia i telefonów przed wysłaniem na granicę, a także poprzez wybór miejsca przekroczenia granicy. Na marginesie należy zwrócić uwagę, że zarzuty dotyczące niszczenia mienia (w tym paszportów) migrantów są aktualnie badane przez prokuraturę.¹²

Na krytyczną sytuację migrantów na Białorusi wskazują też raporty organizacji pozarządowych. Według raportu organizacji Human Constanta pt. „Kryzys humanitarny na Białorusi i na granicy z Unią Europejską w 2022 r.”, opublikowanego w marcu 2023 r., w roku 2022 doszło do pogorszenia sytuacji w zakresie poszanowania praw człowieka na Białorusi. Trwające represje, w tym na tle konfliktu zbrojnego w Ukrainie, nieefektywny system ochrony międzynarodowej, a także działania władz białoruskich mające na celu stworzenie napięcia na granicy negatywnie wpłynęły zwłaszcza na sytuację cudzoziemców i bezpaństwowców. Zdaniem autorów raportu, sytuacja w dziedzinie przymusowej migracji na Białorusi nadal jest niekorzystna dla osób ubiegających się o ochronę międzynarodową. Nie ma systematycznego wsparcia humanitarnego i medycznego ze strony władz i organizacji, nie istnieje też system pomocy prawnej. Human Constanta otrzymywała doniesienia o osobach w ciężkim stanie fizycznym, które utknęły w lasach na obszarach przygranicznych. Jak wynikało z tych doniesień, ze względu na fatalne warunki egzystencji, zastraszanie i bicie przez straż graniczną po obu stronach granicy, zaostrzenie chorób przewlekłych, osoby migrujące często nie były w stanie poruszać się samodzielnie i wymagały pomocy medycznej. Często były przy tym odmowy ewakuacji ludzi z lasów ze strony załóg karetek pogotowia lub białoruskiej straży granicznej.

Human Constanta zwraca też uwagę na nieskuteczny system azylowy na Białorusi. Procedura rozpatrywania wniosków o przyznanie ochrony jest złożona i nieprzejrzysta,

¹¹ Visit to Belarus - Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Felipe González Morales (A/HRC/53/26/Add.2): <https://reliefweb.int/report/belarus/visit-belarus-report-special-rapporteur-human-rights-migrants-felipe-gonzalez-morales-ahrc5326add2-enarruzh>.

¹² Sprawę opisała Gazeta Wyborcza: <https://bialystok.wyborcza.pl/bialystok/7,35241,30753974,kryzys-na-granicy-polsko-bialoruskiej-kilkadziesiat-zniszczonych.html>.

bez domniemania zaufania do wnioskodawców. Wnioskodawcy często spotykają się z nieprofesjonalnym podejściem urzędników migracyjnych, z dyskryminacją i brakiem woli politycznej do ustanowienia skutecznego systemu ochrony międzynarodowej na Białorusi. Odnotowuje się przypadki odmowy nadania statusu uchodźcy i wydalania do krajów, w których toczą się konflikty zbrojne, gdzie istnieje bezpośrednie zagrożenie karą śmierci, torturami i pozasądowymi prześladowaniami (np. Iran, Afganistan). W listopadzie 2021 r. polskie media opisywały sprawę kurdyjskiego dziennikarza, który został deportowany z Białorusi do Iraku natychmiast po tym, jak zwrócił się do biura UNHCR w Mińsku w celu uzyskania ochrony międzynarodowej.¹³

Podobną ocenę niskiego stanu ochrony praw człowieka na Białorusi znaleźć można w corocznych raportach na temat sytuacji praw człowieka na świecie, sporządzanych przez Amnesty International. AI wielokrotnie stwierdzała, że Białoruś nie ma funkcjonującego systemu ochrony praw człowieka. Kraj ten wielokrotnie dokonywał ekstradycji lub deportacji osób potrzebujących ochrony międzynarodowej do państw, w których osoby te były narażone na realne ryzyko tortur lub innych form znęcania się.

Podobną opinię co do stanu przestrzegania praw człowieka na Białorusi przedstawił Specjalny Sprawozdawca Narodów Zjednoczonych ds. praw człowieka migrantów, Felipe González Morales, który odwiedził Białoruś w dniach 16-20 lipca 2022 r. i również informował o doniesieniach o ludziach, którzy utknęli w lesie po białoruskiej stronie granicy. **W wyniku praktyk przyjętych przez oba państwa, Polskę i Białoruś, setki migrantów, w tym rodziny i dzieci, pozostawały uwięzione na granicy między dwoma krajami, nie mogąc dostać się na terytorium Polski i jednocześnie nie mogąc wydostać się ze strefy przygranicznej.** Byli oni zmuszani do przebywania w lasach, czasami w ukryciu, przez kilka tygodni, gdzie byli narażeni na ekstremalne zimno i obfite opady śniegu w okresie zimowym, bez dostępu do żywności, schronienia, czystej wody, ciepłej odzieży, urządzeń sanitarnych, usług opieki zdrowotnej lub jakiegokolwiek innej formy pomocy. Sprawozdawca wyraził zaniepokojenie sytuacją migrantów, którzy nadal pozostają na Białorusi. W szczególności zwracał uwagę na zwiększone trudności w udzielaniu pomocy osobom o nieuregulowanej sytuacji, w tym osobom, które nie mogą otrzymać statusu uchodźcy, ale które wyrażają obawy przed powrotem do kraju pochodzenia, osobom, które nie chcą ubiegać się o azyl, ponieważ obawiają się zatrzymania, przemocy lub deportacji ze strony władz białoruskich, oraz osobom, które nie kwalifikują się do żadnych istniejących programów pomocowych.

Sprawozdawca był szczególnie zaniepokojony doniesieniami o stosowaniu przemocy przez straż graniczną zarówno Białorusi, jak i Polski. Zebrane przez Sprawozdawcę informacje dotyczyły użycia armatek wodnych, niszczenia telefonów migrantów i innych urządzeń elektrycznych, używania psów, popychania, grożenia bronią i zastraszania. Chociaż oba państwa zaprzeczały, że stosują przemoc, **Sprawozdawca zebrał zeznania i dowody w obu krajach i poza nimi oraz był świadkiem skutków przemocy wobec migrantów, które obejmowały obrażenia fizyczne i konsekwencje dla zdrowia psychicznego, takie jak stres i trauma.** Pomimo zebranych dowodów, obie strony, polska i białoruska, zaprzeczyły zarzutom

¹³ Np. PolskieRadio24: <https://polskieradio24.pl/artukul/2849143,kurdyjski-dziennikarz-przylecial-na-bialorus-i-zostal-natychmiast-deportowany-dostalem-paralizatorem>.

o nadużyciach i brutalnych praktykach stosowanych przez ich własne służby graniczne. Sytuacja ta, w ocenie Sprawozdawcy, spowodowała **brak wewnętrznych dochodzeń, stworzyła kulturę bezkarności i przyczyniła się do ponownego wystąpienia przemocy.**

Zasada *non-refoulement*, stanowiąca bezwzględnie obowiązującą normę prawa międzynarodowego, zakazuje zwracania cudzoziemców do granic państw, w których mogłoby im grozić niebezpieczeństwo.¹⁴ Należy przy tym zauważyć, że Europejski Trybunał Praw Człowieka interpretuje tę zasadę przez pryzmat artykułu 3 EKPC, co nadaje jej zdecydowanie szerszy zakres. W przeciwieństwie do Konwencji genewskiej, artykuł 3 EKPC nie zawiera bowiem żadnych wyłączeń w stosowaniu tej zasady. Zakaz wyrażony w art. 3 Konwencji dotyczy przy tym wszystkich osób zagrożonych torturami lub nieludzkim traktowaniem, a nie tylko osób poszukujących ochrony międzynarodowej i spełniających kryteria określone w Konwencji genewskiej. Co istotne, do naruszenia tak rozumianej zasady *non-refoulement* może dojść zarówno w przypadku odesłania cudzoziemca do kraju, który nie będzie respektował jego praw wynikających z art. 3 Konwencji, jak i w przypadku odesłania go do kraju, który następnie arbitralnie go odeśle do innego kraju, w którym prawa te mogą zostać naruszone (tak zwane wydalenie „pośrednie” lub „łańcuchowe”). Trybunał wyjaśnił, że obowiązkiem państwa dokonującego zawrócenia jest upewnienie się, że kraj „pośredniczący” oferuje wystarczające gwarancje uniemożliwiające wydalenie danej osoby do jej kraju pochodzenia bez właściwej oceny istniejącego tam ryzyka (wyrok w sprawie *Hirsi Jamaa przeciwko Włochom*, § 147).

W dotychczasowych wyrokach w sprawach przeciwko Polsce Trybunał ustalił już, że Białoruś nie jest krajem bezpiecznym (*M.K. i inni p. Polsce*, § 178; *D.A. i inni p. Polsce*, § 64). Trybunał dostrzegł, że Białoruś nie posiada skutecznego systemu azylowego, a ponadto nie jest stroną Konwencji, co każe ją traktować z dużą ostrożnością. Poza tym, zdaniem Trybunału, w przypadku wydalenia do Białorusi istnieje duże ryzyko wystąpienia tzw. wydalenia łańcuchowego. Białoruś nie udziela bowiem wystarczającej ochrony osobom, które obawiają się powrotu do kraju pochodzenia. W ostatnich latach udokumentowane zostały przypadki przeprowadzonych przez władze białoruskie bezprawnych deportacji czeczeńskich uchodźców do Rosji czy kurdyjskich uchodźców do Iraku. Bez wątplenia sytuacja na Białorusi uległa dalszemu pogorszeniu w związku z kryzysem humanitarnym i instrumentalnym traktowaniem cudzoziemców przez białoruskie władze oraz wojną w Ukrainie, w której Białoruś, choć biernie, występuje po stronie agresora. Nie ma zatem wątpliwości, że **każde zawrócenie na Białoruś rodzi potencjalne ryzyko naruszenia artykułu 3 Konwencji. To zaś nakłada na Polskę zarówno prawny, jak i etyczny obowiązek bezwzględnego powstrzymania się od zwracania na terytorium tego kraju jakiegokolwiek osoby.** Uzasadniona jest zatem teza, że żaden pushback, czyli żadne zawrócenie cudzoziemca na Białoruś i wydanie go w ręce białoruskich służb, nie może być uznane za etyczne.

¹⁴ Zdaniem większości przedstawicieli doktryny zasada *non-refoulement* stanowi obecnie bezwzględnie wiążącą normę zwyczajowego prawa międzynarodowego. Zob. J. Allain, *The jus cogens nature of non-refoulement*, *International Journal of Refugee Law* 2011, vol. 13, issue 4, s. 533–558.

b. Konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, przestrzegania zasady prawdy obiektywnej i poszanowania zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców

W przywołanych wyżej wyrokach sądy administracyjne zwróciły uwagę, że obecna procedura wydawania postanowień o opuszczeniu terytorium Polski nie realizuje ani zasady oficjalności postępowania, ani zasady prawdy obiektywnej, wyrażonej w art. 7 Kodeksu postępowania administracyjnego i zobowiązującej organ do podjęcia wszelkich kroków niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy. Nowa procedura powinna zatem uwzględniać wszystkie ww. zasady postępowania. Organ prowadzący postępowanie uproszczone nadal powinien być zobowiązany do zebrania i rozpatrzenia materiału dowodowego w sposób, który pozwoli na ustalenie stanu faktycznego sprawy zgodnie z rzeczywistością. Obowiązek ten musi uwzględniać konieczność wszechstronnej oceny okoliczności konkretnego przypadku na podstawie analizy całego materiału dowodowego, co potem powinno znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu wydanego rozstrzygnięcia. Jednym ze stałych elementów procedury powinien być dowód z przesłuchania strony w obecności tłumacza, dokumentowany protokołem, skorelowany z realizacją prawa strony do bycia wysłuchaną i przedstawienia swojego stanowiska lub ewentualnych dowodów. Dowodu z przesłuchania strony nie można zastąpić żadnym innym środkiem dowodowym, zwłaszcza oświadczeniem przedkładanym stronie do podpisu, co obecnie praktykowane jest przez niektóre Placówki Straży Granicznej. Potwierdzają to wyroki sądów administracyjnych, w tym Naczelnego Sądu Administracyjnego, zapadłe na skutek skarg składanych przez cudzoziemców, którym odmówiono prawa do złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej na przejściu granicznym Terespol-Brześć.¹⁵

Powyższe standardy wynikają również z orzecznictwa ETPC. Aby cudzoziemiec był skutecznie chroniony przed zbiorowym wydalaniem, na państwie ciąży obowiązek nie tylko jego identyfikacji, ale także zapewnienia mu odpowiednich gwarancji proceduralnych w toku postępowania. W sprawie włoskiej z 2012 roku Trybunał wskazał, że konieczne elementy procedury wydalania, których brak przesądził o uznaniu Włoch za winne złamania zakazu zbiorowych wydaleń, to: (1) procedura identyfikacyjna wobec każdej osoby, (2) przeszkolenie personelu dokonującego wydaleń do prowadzenia indywidualnych wywiadów z cudzoziemcami, i (3) zapewnienie wsparcia językowego i prawnego wydalanych osobom (*Hirsi Jamaa i inni p. Włochom*, § 185).

Co istotne, ryzyko związane z nieprzestrzeganiem przez państwo zakazu zbiorowych wydaleń dotyczy nie tylko ewentualnej odmowy dostępu do procedur azylowych. Zbiorowe wydalenia mogą skutkować uniemożliwieniem cudzoziemcom dostępu także do innych praw, wynikających z ratyfikowanych traktatów międzynarodowych. Na przykład, biorąc pod uwagę nierozzerwalny związek pomiędzy

¹⁵ Zob. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawach o sygn. akt: II OSK 345/18, II OSK 829/18, II OSK 830/18, II OSK 890/18, II OSK 962/18, II OSK 1025/18, II OSK 1062/18, II OSK 1532/18, II OSK 1627/18, II OSK 1674/18, II OSK 1675/18, II OSK 1713/18, II OSK1965/18, II OSK 2003/18, II OSK 2109/18, II OSK 2766/17.

przemytem a zjawiskiem handlu ludźmi, jedynie indywidualna ocena sytuacji danej osoby pozwoli na ustalenie, czy którykolwiek z zatrzymanych cudzoziemców jest ofiarą handlu ludźmi wymagającą szczególnej ochrony, chociażby na mocy Konwencji Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi.¹⁶ Ponadto, wśród osób przekraczających granicę mogą znajdować się dzieci, którym należy zapewnić szczególną ochronę, niezależnie od tego, czy podróżują w towarzystwie członków rodziny, czy samotnie. W takich przypadkach postępowanie wobec małoletnich musi być prowadzone w zgodzie z przepisami Konwencji ONZ o prawach dziecka, a to możliwe jest wyłącznie przy indywidualnym podejściu do sprawy i po wnikliwej ocenie sytuacji prawnej i faktycznej każdego dziecka i towarzyszących mu opiekunów.¹⁷

Szczególną uwagę należy rzecz jasna zwrócić na wszelkie ryzyka związane z potencjalnym naruszeniem zakazu tortur lub niehumanitarnego traktowania. Każda wyrażona przez cudzoziemca obawa, że wydalenie mogłoby go narazić na traktowanie zabronione na mocy artykułu 3 Konwencji, musi zostać poddana rygorystycznej analizie ze strony organu (por.: wyrok ETPC w sprawie *Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom*). Analiza ta, co wynika już z wytycznych płynących z orzecznictwa polskich sądów administracyjnych, powinna znaleźć odzwierciedlenie w treści uzasadnienia wydanego rozstrzygnięcia. Cudzoziemiec musi przy tym mieć zapewnioną możliwość skutecznego podniesienia argumentów przeciwko swojemu wydaleniu. Także organ prowadzący postępowanie musi przyjąć aktywną rolę w ocenie przewidywalnych konsekwencji wydalenia, co z kolei na gruncie prawa polskiego wynika z zasady prawdy obiektywnej. Jest to pozytywny obowiązek organu, który powinien obejmować przynajmniej zbadanie sytuacji w państwie, do którego dana osoba ma być przekazana.

¹⁶ Zgodnie z art. 10 ust. 2 Konwencji Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi, której Polska jest stroną, „Każda Strona podejmie takie działania ustawodawcze lub inne, jakie mogą okazać się konieczne, dla identyfikacji ofiar, stosownie do okoliczności we współpracy z innymi Stronami i odpowiednimi organizacjami wspierającymi. Każda ze Stron zapewni, że w wypadku, jeżeli właściwe organy mają uzasadnione podstawy, aby przypuszczać, że dana osoba jest ofiarą handlu ludźmi, osoba ta nie zostanie wydalona z jej terytorium, dopóki proces jej identyfikacji jako ofiary przestępstwa, określonego w artykule 18 niniejszej Konwencji, nie zostanie zakończony przez właściwe organy i zapewni także, że osoba ta będzie korzystać z pomocy przewidzianej w artykule 12 ustęp 1 i 2”. Artykuł 12 Konwencji określa środki ochronne, jakie należy zapewnić ofiarom handlu ludźmi, obejmujące m.in. bezpieczne zakwaterowanie, pomoc psychologiczną i materialną, a także dostęp do doraźnej opieki medycznej. Skala zjawiska handlu ludźmi na polsko-białoruskiej granicy nie jest znana ze względu na brak skutecznych mechanizmów przeciwdziałania handlowi ludźmi. W związku jednak z wysokim ryzykiem występowania tego zjawiska oraz ujawnieniem tego proceduru w przynajmniej kilku przypadkach, należy wziąć powyższe przepisy pod uwagę.

¹⁷ Zgodnie z art. 22 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka, „Państwa-Strony podejmą właściwe kroki dla zapewnienia, aby dziecko, które ubiega się o status uchodźcy, bądź jest uważane za uchodźcę w świetle odpowiednich przepisów prawa międzynarodowego lub wewnętrznego stosowanego postępowania, w przypadku gdy występuje samo lub towarzyszą mu rodzice bądź inna osoba, otrzymało odpowiednią ochronę i pomoc humanitarną przy korzystaniu z odpowiednich praw zawartych w niniejszej konwencji lub innych międzynarodowych aktach dotyczących praw człowieka oraz innych dokumentach w sprawach humanitarnych, których wspomniane Państwa są Stronami”. Ponadto niektóre postanowienia Konwencji zobowiązują państwa do respektowania prawa dziecka do zachowania więzi rodzinnych (art. 8 ust. 1) oraz prawa do nierozłączania z rodzicami (art. 9 ust. 1). Co więcej, wniosek złożony przez dziecko o wjazd do Państwa-Strony w celu połączenia z rodziną musi zostać rozpatrzony w sposób pozytywny, ludzki i szybki (art. 10 ust. 1).

Ocena ta powinna obejmować co najmniej istniejące na miejscu warunki materialne, ryzyko traktowania sprzecznego z artykułem 3 Konwencji oraz istnienie skutecznego systemu azylowego, który zapobiegałby naruszeniu zasady *non-refoulement*.

c. Poszanowanie prawa do skutecznego środka odwoławczego

Jednym z obowiązków ciężących na państwie, które dokonuje wydalenia cudzoziemca, jest zapewnienie mu rzeczywistej możliwości przedstawienia argumentów przeciwko wydaleniu. Argumenty te muszą następnie zostać należycie ocenione w obiektywnym postępowaniu. W swoim orzecznictwie Trybunał wielokrotnie podkreślał, że w przypadku ryzyka naruszenia zakazu zbiorowych wydań, środek odwoławczy w rozumieniu artykułu 13 Konwencji musi mieć skutek zawieszający (*Čonka p. Belgii*, § 79, *M.K. i inni p. Polsce*, § 143). Ze względu na możliwy związek między zbiorowym wydaleniem a naruszeniem artykułu 3, w każdej sprawie, w której pojawia się takie ryzyko, odwołanie od decyzji o wydaleniu musi automatycznie wstrzymać wykonanie decyzji (*Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom*, § 200). Trybunał wielokrotnie podkreślał także wagę prawa do informacji, tzn. konieczność poinformowania cudzoziemca o wszczętym wobec niego postępowaniu, możliwości złożenia wniosku o udzielenie ochrony w toku takiej procedury i procedurach odwoławczych, z których cudzoziemiec mógłby skorzystać, aby uniknąć powrotu (*Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom*, § 203–204). W pięciu dotychczas rozpoznanych sprawach przeciwko Polsce, **Trybunał uznał Polskę za winną naruszenia artykułu 13 Konwencji poprzez wydanie skarżącym natychmiast wykonalnych decyzji o odmowie wjazdu**. Pomimo, że skarżący mieli prawo się od tych decyzji odwołać, złożenie odwołania nie powodowało wstrzymania ich wydalenia.

VII. Odpowiedzialność za śmierci na granicy. Ratyfikacja Konwencji ONZ o ochronie wszystkich osób przed przymusowymi zaginięciami.

Działania państwa na granicy mogą prowadzić także do uznania odpowiedzialności za naruszenie prawa do życia. Do takich wniosków doszedł Europejski Trybunał Praw Człowieka we wspomianej już wyżej sprawie *M.H. i inni przeciwko Chorwacji*, dopatrując się możliwego związku pomiędzy śmiercią 6-letniej afgańskiej dziewczynki, do której doszło na terytorium Serbii, a działaniami chorwackiej straży granicznej, która wcześniej zawróciła rodzinę dziewczynki z terytorium Chorwacji (*M.H. i inni p. Chorwacji*, § 127–131). Z punktu widzenia Polski niezwykle istotna jest także niedawna sprawa *Alhowais przeciwko Węgrom* (skarga nr 59435/17), dotycząca utonięcia obywatela Syrii w rzece płynącej wzdłuż węgierskiej granicy. Trybunał uznał, że biorąc pod uwagę presję migracyjną, z jaką Węgry mierzą się już od kilku lat i wiedzę na temat przekraczania przez cudzoziemców granicy w niebezpiecznych miejscach, władze węgierskie powinny były opracować plany operacyjne, mające za zadanie przeciwdziałać wypadkom i śmierciom na pograniczu, oraz zorganizować działania poszukiwawczo-ratunkowe, w celu ochrony życia osób próbujących przekroczyć granicę (*Alhowais przeciwko Węgrom*, § 135-145). Zdaniem Trybunału, brak takich działań przyczynił się ostatecznie do śmierci Syryjczyka, co przesądziło o uznaniu Węgier za winne naruszenia art. 2 EKPC.

W dniu 25 czerwca 2013 r. Polska podpisała Konwencję ONZ z 20 grudnia 2006 r. w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem. Dokument ten do dnia dzisiejszego nie został ratyfikowany.

Zgodnie z zawartą w tym akcie definicją, wymuszonym zaginięciem jest zatrzymanie, aresztowanie, uprowadzenie lub jakakolwiek inna forma pozbawienia osoby wolności, dokonana przez przedstawicieli państwa albo przez osoby lub grupy osób działające z upoważnieniem, pomocą lub milcząca zgodą państwa, po którym następuje odmowa przyznania faktu pozbawienia wolności lub ukrywanie losów bądź miejsca pobytu takiej osoby, co powoduje, że znajduje się ona poza ochroną prawa.

Wskazując na związek, jaki może zachodzić pomiędzy zjawiskiem wymuszonych zaginięć a zjawiskiem migracji jako takim oraz działaniami służb na granicach państwa, należy stwierdzić, że ratyfikacja Konwencji w pozytywny sposób wpłynie na podwyższenie standardów przestrzegania praw człowieka, a w szczególności ochrony osób zaginionych i członków ich rodzin.

Po wielu dekadach Polska stała się krajem imigracji, w związku z czym powinna wypracować narzędzia odpowiednie do nowych wyzwań i problemów. Należy pamiętać, że w Polsce przebywa wiele rodzin ofiar wymuszonych zaginięć (są to głównie rodziny ukraińskie czy białoruskie). Komitet ONZ ds. wymuszonych zaginięć wskazuje zaś na konieczność zapewnienia wszystkim krewnym zaginionych osób oraz ich przedstawicielom, a także wszystkim innym mającym w tym uzasadniony interes, żeby bez względu na miejsce zamieszkania byli w stanie otrzymać wsparcie w bezzwłocznym uzyskaniu dostępu do informacji i wziąć udział we wszystkich etapach poszukiwań czy śledztw dotyczących zaginionych bliskich.

Podniesienie standardów ochrony jest jednocześnie związane z możliwością usprawnienia samego mechanizmu prowadzenia poszukiwań na terenie Polski i współpracy z organami międzynarodowymi. Ratyfikacja i współpraca z Komitetem ONZ ds. wymuszonych zaginięć umożliwi wsparcie w zakresie prac nad lokalnymi mechanizmami prowadzenia poszukiwań i śledztw, również w kontekście kryzysu humanitarnego trwającego na polsko-białoruskiej granicy.

Standardy międzynarodowe odnoszą się także do sytuacji, w której państwa będące stronami Konwencji są zobowiązane wykorzystywać wszelkie dostępne informacje i kontakty międzynarodowe, stosować nowe technologie i dotychczas opracowane mechanizmy poszukiwań (por.: Komentarz Ogólny w sprawie wymuszonych zaginięć i migracji).¹⁸ Te standardy mogą poprawić procedury poszukiwania zaginionych cudzoziemców i utrzymywania kontaktu z ich rodzinami, które obecnie są regulowane jedynie na poziomie ogólnym w Zarządzeniu nr 48 Komendanta Głównego Policji, wydanym w roku 2018.

Podsumowując – ze względu na intresekcyjny związek, jaki zachodzi pomiędzy wymuszonymi zaginięciami i zapowiadanymi pracami nad polską polityką migracyjną, należy stwierdzić, że polityka ta powinna być spójna ze standardami prawa

¹⁸https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2FC%2FGC%2F1&Lang=en.

międzynarodowego również w tym zakresie. **Postulat ratyfikacji Konwencji koresponduje przy tym z publicznymi zapowiedziami przedstawicieli resortu spraw wewnętrznych, dotyczącymi większego i systemowego zaangażowania się państwa w działania poszukiwawczo-ratownicze na granicy.**

Mam nadzieję, że niniejsza opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka spotka się z zainteresowaniem, a podnoszone postulaty, w formie kolejnych kroków prowadzących do przywrócenia praworządności i przestrzegania praw człowieka po polskiej stronie granicy, będą brane pod uwagę przy podejmowaniu tak bieżących, jak i strategicznych decyzji dotyczących prawa i polityki migracyjnej.

w imieniu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka

Maciej Nowicki

Prezes Zarządu

/podpisano elektronicznie/