

Sygn. akt II OSK 165/23



ODPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 stycznia 2024 r.

Naczelnny Sąd Administracyjny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia NSA	Małgorzata Miron (spr.)
Sędzia NSA	Arkadiusz Despot – Mładanowicz
Sędzia WSA (del.)	Grzegorz Rząsa
Protokolant	starszy asystent sędziego Małgorzata Mańkowska

po rozpoznaniu w dniu 9 stycznia 2024 r.
na rozprawie w Izbie Ogólnoadministracyjnej
skargi kasacyjnej Rzecznika Praw Obywatelskich
od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku
z dnia 27 października 2022 r. sygn. akt II SA/Bk 558/22
w sprawie ze skargi Rzecznika Praw Obywatelskich
na postanowienie Komendanta Placówki Straży Granicznej w Bobrownikach
z dnia 29 grudnia 2021 r. nr 03-105/269/D-POP/2021
w przedmiocie opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej
oddala skargę kasacyjną.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem
Bernadetta Pręgowska
starszy sekretarz sądowy

UZASADNIENIE

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku wyrokiem z dnia 27 października 2022 r. sygn. akt II SA/Bk 558/22, po rozpoznaniu sprawy ze skargi Rzecznika Praw Obywatelskich na postanowienie Komendanta Placówki Straży Granicznej w Bobrownikach z dnia 29 grudnia 2021 r. nr 03-105/269/D-POP/2021 w przedmiocie opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, uchylił zaskarżone postanowienie.

Wyrok ten został wydany w następującym stanie faktycznym i prawnym sprawy.

Komendant Placówki Straży Granicznej w Bobrownikach (dalej: Komendant) postanowieniem z dnia 29 grudnia 2021 r. o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nr 03-105/269/D-POP/2021: (1) nakazał ██████████ opuszczenie terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; (2) orzekł o zakazie ponownego wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i innych państw obszaru Schengen na okres 3 lat. Decyzją objęto również małoletniego ██████████ ujawnionego razem z ww. cudzoziemcem. Rozstrzygnięcie wydano na podstawie art. 303b ust. 1-3 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz.U. z 2020 r., poz. 35 ze zm.; dalej: ustawa o cudzoziemcach).

Skargę na powyższe postanowienie wniósł Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: Rzecznik), w której zarzucił naruszenie następujących przepisów postępowania i prawa materialnego:

- 1) art. 7, art. 77 § 1 i art. 80 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r., poz. 735 ze zm.; dalej: k.p.a.) w zw. z art. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej: EKPC), a także art. 4 Protokołu nr 4 do EKPC (Dz. U. z 1995 r. Nr 36, poz. 1752 ze zm.; dalej: Protokół nr 4), co doprowadziło m.in. do rażącego naruszenia prawa w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.;
- 2) art. 10 § 1 k.p.a. w przypadku małoletniego ██████████ również w zw. z art. 12 ust. 1 i 2 Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526, dalej: Konwencja o Prawach Dziecka);

- 3) art. 34 § 1 w zw. z art. 30 § 1 i 2 k.p.a. i w zw. z art. 12 ust. 1 i 2 oraz art. 22 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka, a także art. 4 Protokołu nr 4, a wskutek powyższego spełniona została przesłanka z art. 145 § 1 pkt 2 p.p.s.a. w zw. z art. 156 § 1 pkt 4 k.p.a. oraz stanowiło to rażące naruszenie prawa w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.;
- 4) art. 15 k.p.a. w zw. z art. 13 EKPC w zw. z art. 4 Protokołu nr 4;
- 5) art. 123 § 2 k.p.a., co stanowi rażące naruszenie prawa w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.;
- 6) art. 124 § 2 k.p.a. w zw. z art. 13 EKPC w zw. z art. 4 Protokołu nr 4;
- 7) art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy p cudzoziemcach w zw. z:
 - a) art. 6 ust. 1 i 2 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 z 2013 r., nr 180, s. 60; dalej: Dyrektywa Proceduralna),
 - b) art. 18 i art. 19 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE.C z 2007 r., nr 303 s. 1; dalej: KPPUE),
 - c) w stosunku do małoletniego ██████████: art. 3 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 2, art. 37 Konwencji o prawach dziecka,
 - d) art. 3 EKPC, art. 4 Protokołu nr 4 i art. 13 EKPC w zw. z art. 4 Protokołu nr 4,
- 8) art. 24 ust. 1, art. 26 ust. 1 i art. 28 ust. 1, 3 i 6 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2021 r., poz. 1108 ze zm.; dalej: ustawa o ochronie) w zw. z:
 - a) art. 6 ust. 1 i 2 oraz art. 9 ust. 1 Dyrektywy Proceduralnej,
 - b) art. 18 i art. 19 KPPUE,
 - c) art. 33 ust. 1 Konwencji dotyczącej statusu uchodźców, podpisanej w Genewie w dniu 28 lipca 1951 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515; dalej: Konwencja genewska),
 - d) art. 4 Protokołu nr 4,
 - e) art.3 EKPC
- 9) art. 302 ust. 1 pkt 10 i art. 348 pkt 1 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy cudzoziemcach w zw. z art. 3 ust. 1 i 2, art. 22 ust. 1 i 2, art. 37 Konwencji o prawach dziecka, a także w zw. art. 3 EKPC, art. 13 EKPC w zw. z art. 4 Protokołu nr 4 i art. 4 Protokołu nr 4.

Podnosząc powyższe zarzuty Rzecznik wniósł o stwierdzenie nieważności zaskarżonego postanowienia w całości, ewentualnie o stwierdzenie nieważności zaskarżonego postanowienia w części dotyczącej małoletniego pozostającego bez opieki [REDAKTOWANE] i uchylenie zaskarżonego postanowienia w pozostałym zakresie, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego postanowienia w całości.

W uzasadnieniu skargi Rzecznik opisał stan faktyczny sprawy. Małoletni [REDAKTOWANE] wraz z kilkoma innymi cudzoziemcami, w tym [REDAKTOWANE] zostali ujęci w dniu 29 grudnia 2021 r. w miejscowości Zalesiany przez funkcjonariuszy Komendy Miejskiej Policji w Białymstoku. Następnie cudzoziemcy przekazani zostali funkcjonariuszom Placówki Straży Granicznej w Bobrownikach. Jeszcze tego samego dnia w stosunku do każdego z ujętych cudzoziemców wydane zostały postanowienia o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Z nieznanych przyczyn małoletni [REDAKTOWANE] został uznany przez Straż Graniczną za podopiecznego [REDAKTOWANE] (jedynego spośród ujętych cudzoziemców, który nie posiadał dokumentu podróży ani dokumentu potwierdzającego tożsamość). Wyżej wskazana osoba nie jest ani rodzicem, ani też opiekunem prawnym [REDAKTOWANE]. Nie sprawował on też nad małoletnim opieki faktycznej. Do momentu wydania postanowień o opuszczeniu terytorium RP wszyscy ujęci cudzoziemcy przebywali w Placówce Straży Granicznej w Bobrownikach. Mimo że [REDAKTOWANE] choruje na [REDAKTOWANE], nie został poddany konsultacjom lekarskim – prawdopodobnie z uwagi na barierę językową i brak dostępu do tłumacza nie miał nawet możliwości poinformowania funkcjonariuszy SG o swojej chorobie.

W ocenie skarżącego organ nie zebrał praktycznie żadnego materiału dowodowego w sprawie. Protokół przekroczenia granicy RP, sporządzony razem z zaskarżonym postanowieniem, zawiera jedynie wzmiankę, że „cudzoziemcy przebywają na terytorium RP nielegalnie w związku z przekroczeniem granicy wbrew przepisom na terenie podległości służbowej PSG w Bobrownikach”. Nie sposób przy tym ocenić wiarygodności tego zapisu, gdyż do ujęcia cudzoziemców doszło w odległości 60 km od linii granicy, przez co jednoznaczne ustalenie miejsca i czasu przekroczenia granicy z pewnością było utrudnione, o ile nie niemożliwe.

Ponadto, zdaniem skarżącego, podczas wykonywania czynności z wyżej wskazanymi cudzoziemcami Straż Graniczna nie zapewniła dostępu do tłumacza. Zatem zebrany przez organ materiał nie dawał dostatecznych podstaw do racjonalnego przypuszczania, by [REDAKTOWANE] był opiekunem [REDAKTOWANE]

Tymczasem kuratorka [REDAKTOWANE] stwierdziła, że z informacji uzyskanych od małoletniego wynika, że [REDAKTOWANE] jest osobą obcą dla niego, małoletni nie zna wskazanej osoby, nie jest z nią w żadnym stopniu spokrewniony i nie pozostaje on jego prawnym opiekunem. Powyższe wskazuje więc na to, że organ błędnie ustalił stan faktyczny, a to miało wpływ na treść rozstrzygnięcia.

W ocenie skarżącego organ zobowiązany był do przywołania tłumacza mającego odpowiednią wiedzę z zakresu zagadnień występujących w sprawie, który byłby zdolny do przetłumaczenia pracownikowi organu i stronie treści wzajemnych wypowiedzi. Natomiast w stosunku do małoletniego [REDAKTOWANE] i należałoby odwołać się też do treści art. 12 ust. 1 i 2 Konwencji o prawach dziecka. Obowiązkiem wynikającym z tych przepisów organ w niniejszym postępowaniu nie sprostał, albowiem w ogóle nie wysłuchał małoletniego, a jedynie ustalił jego tożsamość.

Zdaniem skarżącego w okolicznościach sprawy, ze względu na brak tłumacza, organ nie mógł przesądzić, czy cudzoziemcy w momencie ich ujęcia, czy też podczas pobytu w Placówce SG wyrażali chęć złożenia wniosku o udzielenie im ochrony międzynarodowej. Powyższe oznacza, że organ nie wykonał obowiązku wynikającego z art. 34 § 1 k.p.a. w zw. z art. 30 § 1 i 2 k.p.a. Małoletniemu winien być ustanowiony przedstawiciel, a skoro nie został ustanowiony, to postanowienie o opuszczeniu terytorium RP, o którym mowa w art. 303b ustawy o cudzoziemcach, nie mogło zostać w stosunku do niego wydane. Niezastosowanie art. 34 § 1 k.p.a. spowodowało zaś, że zaskarżone postanowienie jest skierowane w części do osoby, która nie jest i nie mogła być stroną postępowania. Powoduje to jego nieważność opisaną w art. 156 § 1 pkt 4 k.p.a. Dopiero w dniu 3 stycznia 2022 r., po ponownym przekroczeniu granicy przez [REDAKTOWANE], organ wystąpił do Sądu Rejonowego w Białymstoku z wnioskiem o ustanowienie małoletniemu pieczy zastępczej oraz ustanowienie mu kuratora.

Dalej skarżący wskazał, że w niniejszej sprawie naruszony został więc przepis art. 13 EKPC w zw. z art. 4 Protokołu nr 4. Wydanie i wykonanie zaskarżonego postanowienia niewątpliwie stanowiło bowiem zbiorowe wydalenie cudzoziemców, zaś jego adresaci nie mieli faktycznej możliwości skorzystania ze środka odwoławczego.

W ocenie skarżącego zaskarżone postanowienie rozstrzyga co do istoty sprawy. Art. 123 § 2 k.p.a. umożliwia wydanie postanowienia rozstrzygającego sprawę co do istoty wyłącznie wówczas, gdy zezwala na to inny przepis kodeksu, a

nie przepis jakiegokolwiek innej ustawy. Samym wydaniem postanowienia w niniejszej sprawie organ naruszył zatem art. 123 § 2 k.p.a. – wydanie postanowienia rozstrzygającego co do istoty sprawy było bowiem niedopuszczalne, gdyż żaden przepis kodeksu postępowania administracyjnego na to nie zezwalał. Ponadto przedmiotowe postanowienie nie spełnia nawet wymogów formalnych określonych w art. 124 § 2 k.p.a., gdyż nie zawarto w nim choćby szczątkowego, jednozdaniowego nawet uzasadnienia prawnego ani faktycznego.

Zdaniem Rzecznika organ naruszył również przepisy prawa materialnego. Przepisy art. 303b ust. 1-3 i art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy o cudzoziemcach budzą poważne wątpliwości co do ich zgodności z prawem krajowym oraz z postanowieniami prawa międzynarodowego. Regulacje tych przepisów, a także każdy przypadek jej zastosowania uznać należy za sprzeczne z zakazem wydalania lub zawracania cudzoziemców, wynikającym wprost z art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej (tzw. zasada non-refoulement – w europejskim porządku prawnym zasadę tę wyrażono również w art. 19 KPPUE). Zastosowanie art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy o cudzoziemcach prowadzi również do naruszenia art. 9 ust. 1 Dyrektywy Proceduralnej, zgodnie z którym osobom wnioskującym o ochronę międzynarodową należy zezwolić na pozostawanie w państwie członkowskim, na potrzeby procedury uchodźczej, do czasu podjęcia przez organ rozstrzygający decyzji zgodnie z procedurami obowiązującymi w pierwszej instancji. Do takiego naruszenia bez wątplenia doszło również w niniejszej sprawie.

Zdaniem skarżącego opisane wyżej okoliczności faktyczne wskazują również, że wydanie zaskarżonego postanowienia nastąpiło z naruszeniem art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka. W niniejszej sprawie, choćby ze względu na stan zdrowia ██████████ oraz prawdopodobne uniemożliwienie mu złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w Polsce, nie można uznać, że działania organu w jakikolwiek sposób zabezpieczały interes małoletniego.

Rzecznik zwrócił również uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE), państwa członkowskie muszą powstrzymać się od wprowadzania legislacji, która uniemożliwiałaby lub znacząco utrudniałaby dostęp do praw gwarantowanych przez prawodawstwo UE. Nie może więc uchylać i stosować przepisów, które mogą zagrozić skuteczności Dyrektywy Proceduralnej. Przepis art. 303b ustawy o cudzoziemcach narusza tę zasadę.

Ze względu na zaniechania procesowe organu nie jest obecnie możliwe ustalenie treści komunikatów, które kierowane były przez małoletniego i innych ujętych z nim cudzoziemców do funkcjonariuszy organu. Nie jest więc możliwe stwierdzenie, że cudzoziemcy nie wyrażali woli złożenia wniosków o udzielenie im ochrony międzynarodowej, zaś mając na uwadze, że małoletni ██████████ w końcu taki wniosek złożył, mało prawdopodobne wydaje się, by dopiero za drugim razem chciał o taką ochronę międzynarodową.

Zdaniem Rzecznika, alternatywnie jednak, gdyby Sąd nie uznał za udowodnione, że cudzoziemcy deklarowali zamiar ubiegania się o ochronę międzynarodową i tym samym stwierdził, że nie doszło do naruszenia przepisów ustawy o ochronie, niewątpliwie należy uznać, że w takim wypadku organ naruszył art. 302 ust. 1 pkt 10 ustawy o cudzoziemcach. Błędnie bowiem ustalono okoliczności faktyczne, tj., że cudzoziemcy mieli zostać zatrzymani niezwłocznie po przekroczeniu granicy, podczas gdy zostali oni zatrzymani po dłuższym czasie po jej przekroczeniu i po przebyciu znaczącego dystansu. To zaś spowodowało niezasadne odstępianie od wszczęcia postępowania w sprawie zobowiązania cudzoziemców do powrotu na podstawie art. 302 ust. 1 pkt 10 ustawy o cudzoziemcach.

W odpowiedzi na skargę organ wniósł o jej oddalenie i wyjaśnił, że nieco inaczej przedstawia się stan faktyczny sprawy niż to przedstawił Rzecznik.

Według organu cudzoziemcy wraz z grupą innych osób dokonali przekroczenia granicy państwowej wbrew przepisom prawa i w dniu 29 grudnia 2021 r. zostali ujawnieni przez funkcjonariuszy KMP Policji w Białymstoku w rejonie miejscowości Zalesiany. Cudzoziemcy ci dokonali przekroczenia granicy w sposób zorganizowany, podróżowali pojazdem kierowanym przez obywatela Gruzji, który został zatrzymany przez funkcjonariuszy Policji. Z informacji uzyskanych od ██████████ ██████████ wynikało, że celem podróży były Niemcy. Wbrew temu, co twierdzi Rzecznik, celem podróży cudzoziemców nie było poszukiwanie ochrony w Polsce, lecz dostanie się do Niemiec. Sąd Rejonowy w Białymstoku IV Wydział Rodzinny i Nieletnich postanowieniem z dnia 4 stycznia 2022 r. ustanowił dla małoletniego cudzoziemca ██████████ kuratora w osobie ██████████, która posiada także pełnomocnictwo rodziny małoletniego do jego reprezentowania. Postanowienie o opuszczeniu terytorium RP zostało wydane w dniu 29 grudnia 2021 r., więc pełnomocnik miał czas na wniesienie stosownego środka zaskarżenia, z czego jednak nie skorzystał.

Organ odniósł się do wszystkich zarzutów skargi i stwierdził, że są one niezasadne. W jego ocenie stan faktyczny przedmiotowej sprawy nie wymagał „zaawansowanych” czynności dowodowych. Organ w ramach prowadzonych czynności ustalił tożsamość cudzoziemców oraz okoliczności, w jaki sposób dostali się do Polski i do miejsca, w którym zostali zatrzymani przez Policję. Organ ustalił, że cudzoziemcy dokonali przekroczenia granicy na odcinku służbowej odpowiedzialności PSG w Bobrownikach i zostali zatrzymani w miejscowości Zalesiany. Zostali oni zatrzymani niezwłocznie, gdyż termin ten oznacza „bez zbędnej zwłoki”. Podróżowali oni samochodem w kierunku Niemiec od momentu przekroczenia granicy, a zatem mimo, że przebyli dystans 60 km, to nie mogło im to zająć dużo czasu.

Odnosząc się do zarzutów skargi organ wskazał, że małoletni w chwili obecnej przebywa na terytorium Niemiec, gdzie udał się po ucieczce z Domu Dziecka w [REDAKTOWANE], w którym został umieszczony na mocy postanowienia Sądu Rejonowego w Białymstoku z dnia 4 stycznia 2022 r. Fakt ucieczki podważa argumentację Rzecznika co do celu podróży, jakim było poszukiwanie ochrony w Polsce, gdyż była ona tylko krajem tranzytowym. Cudzoziemiec nie szukał ochrony w Polsce i pomimo złożonego wniosku o ochronę nie szuka jej na terytorium naszego kraju.

Dalej organ wyjaśnił, że w sytuacji, gdy cudzoziemiec nie włada językiem zrozumiałym, funkcjonariusze korzystają z dostępnych translatorów, co miało miejsce także w tym przypadku. Gdyby więc cudzoziemcy deklarowali chęć ubiegania o ochronę w Polsce, to z pewnością takie wnioski zostałyby przyjęte. Natomiast postanowienie zostało przetłumaczone na język dla nich zrozumiały, także w części dotyczącej pouczenia (przy pomocy tłumacza).

Organ przyznał natomiast rację skarżącemu, że błędnie uznał, że małoletni cudzoziemiec pozostawał pod opieką obywatela Syrii [REDAKTOWANE]. Faktycznie osoba wskazana jako opiekun nie posiadała dokumentu tożsamości ani dokumentu potwierdzającego, że jest opiekunem małoletniego obywatela Syrii. Organ oparł swoje stanowisko na doświadczeniu oraz zaobserwowanych relacjach pomiędzy cudzoziemcami, które przejawiały się wzajemną troską, uznając tym samym, że niespełna 17-latek znajduje się pod faktyczną opieką [REDAKTOWANE]. Wobec tego organ nie zgodził się z zarzutem, że naruszył art. 10 § 1 k.p.a., a w przypadku małoletniego również w zw. z art. 12 ust. 1 i 2 Konwencji o prawach dziecka.

Organ nie zgodził się także z zarzutem naruszenia art. 15 k.p.a. w zw. z art. 13 EKPC w zw. z art. 4 Protokołu nr 4 poprzez faktyczne pozbawienie cudzoziemców dostępu do dwuinstancyjnego postępowania. W jego ocenie nie wiadomo, na czym Rzecznik opiera swoje przekonanie, że cudzoziemcy nie mogli skutecznie skorzystać z możliwości wniesienia zażalenia. Także małoletni miał ustanowionego kuratora/pełnomocnika, a więc skutecznie mógł dochodzić swoich praw.

Organ nie podzielił także zarzutu naruszenia art. 123 k.p.a. poprzez wydanie postanowienia, które rozstrzyga co do istoty sprawy. W jego ocenie ustawa o cudzoziemcach jest regulacją szczególną w stosunku do kodeksu postępowania administracyjnego. Art. 303b ustawy o cudzoziemcach jest samoistną podstawą i w sposób jasny określa, jak powinien postąpić organ w przypadku zatrzymania cudzoziemców po przekroczeniu granicy i w jakiej formie.

Organ nie zgodził się też z zarzutem naruszenia art. 124 § 2 k.p.a. w zw. z art. 13 EKPC w zw. z art. 4 Protokołu nr 4 poprzez zaniechanie sporządzenia uzasadnienia zaskarżonego postanowienia oraz niewskazania podstaw faktycznych jego wydania. Cudzoziemcy znali powody wydania postanowienia o opuszczeniu terytorium RP. Wiedzieli też, że przekraczanie granicy jest nielegalne i postanowienie o opuszczeniu terytorium RP jest tego konsekwencją. Mogli wnieść zażalenie, które nie wymaga szczegółowego uzasadnienia.

Zdaniem organu niezasadne są też zarzuty, dotyczące naruszenia art. 303b ust. 1 -3 w zw. z art. 303 ust 1 pkt. 9a ustawy o cudzoziemcach w związku z innymi przywołanymi przepisami poprzez niezasadne zastosowanie ww. przepisów ustawy oraz niezastosowanie przepisów (w szczególności art. 302 ust 1 pkt. 10 i art. 348 pkt 1 lit a i b ustawy o cudzoziemcach) w związku z tym, że cudzoziemcy nie zostali zatrzymani niezwłocznie po przekroczeniu granicy, lecz ujęto ich w odległości 60 km od linii granicy. Nie sam dystans bowiem, lecz także okoliczności zatrzymania mają w tym zakresie znaczenie.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku przywołanym na wstępie wyrokiem uchylił zaskarżone postanowienie, na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. a i c ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2022 r., poz. 329; dalej: p.p.s.a.). W ocenie Sądu skarga zasługuje na uwzględnienie, chociaż nie wszystkie podniesione w niej zarzuty są zasadne.

Zdaniem Sądu zaskarżone postanowienie podlega uchyleniu, gdyż zasadny jest zarzut skargi dotyczący naruszenia art. 7, art. 77 § 1 i art. 80 k.p.a. polegający na niewyjaśnieniu stanu faktycznego, które to naruszenie mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, oraz naruszenie przepisów z zarzutu nr 7 skargi polegające na nieuwzględnieniu faktu, że [REDAKTOWANE] jest osobą małoletnią, które to naruszenie miało wpływ na wynik sprawy.

Skarżący zasadnie zarzucił, że organ błędnie przyjął, iż małoletni [REDAKTOWANE] jest dzieckiem [REDAKTOWANE], który wobec tego jest uprawniony do jego reprezentowania (tak wynika z postanowienia) i w związku z tym wydał w stosunku do nich obydwu jedno postanowienie. Działanie takie narusza przede wszystkim art. 4 Protokołu Nr 4, zgodnie z którym zbiorowe wydalenie cudzoziemców jest zabronione.

Ponadto trafnie Rzecznik podnosi, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy małoletni winien mieć ustanowionego przedstawiciela, który by go reprezentował w tym postępowaniu. Brak ustanowienia kuratora spowodował, że naruszono art. 12 ust. 1 i 2 Konwencji o prawach dziecka poprzez uniemożliwienie małoletniemu wzięcia czynnego udziału w postępowaniu, w tym m.in. w zakresie wniesienia zażalenia. Sąd zwrócił uwagę, że przedmiotowe postanowienie zostało doręczone tylko [REDAKTOWANE], a nie doręczono go [REDAKTOWANE]. Jest to kolejna nieprawidłowa konsekwencja uznania małoletniego za dziecko drugiego z cudzoziemców, która miała niewątpliwie wpływ na możliwość obrony swoich praw przez małoletniego.

Przedstawiciel w postaci kuratora został małoletniemu [REDAKTOWANE] ustanowiony dopiero postanowieniem Sądu Rejonowego w Białymstoku w dniu 4 stycznia 2021 r., jednakże stało się to nie w związku z przekroczeniem przez małoletniego granicy z Polską w dniu 29 grudnia 2021 r., tylko w związku z ponownym przekroczeniem tej granicy w dniu 31 grudnia 2021 r. Sąd nie podzielił przy tym stanowiska organu, że jego zaniedbania w zakresie prawidłowego ustalenia stanu faktycznego i brak podjęcia stosownych czynności względem małoletniego z dnia 29 grudnia 2021 r. zostały sanowane przez fakt ustanowienia małoletniemu kuratora w dniu 4 stycznia 2022 r., który mógł wnieść zażalenie na postanowienie z dnia 29 grudnia 2021 r. Kurator został ustanowiony małoletniemu w związku z jego ponownym przekroczeniem granicy w dniu 31 grudnia 2021 r., a nie w związku z przekroczeniem w dniu 29 grudnia 2021 r. Jak wynika z akt sprawy, w dniu 31

grudnia 2021 r. małoletni znalazł się w szpitalu i po pouczeniu go o możliwości złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej na terytorium RP zadeklarował on chęć jego złożenia i że chciałby pozostać w Polsce w obawie przed powrotem na Białoruś lub do kraju pochodzenia. Sąd wyjaśnił, że w niniejszym postępowaniu ocenie podlega legalność działań organu podjętych w dniu 29 grudnia 2021 r., a nie w dniu 31 grudnia 2021 r. Działania z dnia 29 grudnia 2021 r. były zaś nieprawidłowe.

Sąd przywołał przepisy art. 304 i art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy o cudzoziemcach. Przyjął, że ze względu na zasadę non-refoulement, obowiązującą na mocy art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej oraz art. 19 KPPUE, organ w niniejszym postępowaniu winien także pouczyć zatrzymanych cudzoziemców o możliwości złożenia przez nich wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej oraz dodatkowo zbadać ich sytuację w kontekście zagrożeń opisanych w tej zasadzie. Aby urzeczywistnić realizację zasady non-refoulement, przede wszystkim należy poinformować zainteresowane strony o przysługujących im uprawnieniach oraz wypytać je o dotyczące ich ewentualne zagrożenia. Tymczasem w niniejszej sprawie ani z Protokołu przekroczenia granicy Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 grudnia 2021 r., ani z Postanowienia o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 grudnia 2021 r. nie wynika, aby obaj zatrzymani cudzoziemcy zostali o powyższym uprawnieniu poinformowani, ani też że w jakikolwiek sposób ich wysłuchano. Tłumaczenia organu, że mogli takie wnioski zgłosić, gdyby chcieli, pozostaje, zdaniem Sądu, bez wpływu na ocenę prawidłowości działania organu w tym przedmiocie. W kontekście powyższego naruszenia Sąd uznał, że stanowisko organu i Rzecznika co do oceny ogólnej sytuacji imigrantów na Białorusi, w tym zagrożeń dla życia i zdrowia zatrzymanych cudzoziemców w sprawie niniejszej, mają jedynie charakter rozważań teoretycznych i abstrakcyjnych.

Sąd nie podzielił natomiast zarzutów skargi odnośnie do naruszenia przepisu art. 10 § 1 k.p.a. w zakresie braku tłumacza podczas przeprowadzanych z cudzoziemcami czynności. Uznał, że pracownicy organu komunikowali się z osobami zatrzymanymi przy użyciu tzw. translatorów, czego wyrazem jest choćby przetłumaczone na język arabski postanowienie z dnia 29 grudnia 2021 r. Z racji na charakter postępowania określonego w art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy o cudzoziemcach, taki sposób komunikacji wydaje się być wystarczający. Sąd podkreślił, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie mamy do czynienia ze

stanowiskiem samych cudzoziemców, z którego by wynikało, że nie rozumieli oni treści kierowanego do nich postanowienia.

W ocenie Sądu niezasadny jest także zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 123 § 2 k.p.a. To z woli ustawodawcy bowiem rozstrzygnięcie na podstawie art. 303b ust. 1 ustawy o cudzoziemcach ma postać postanowienia, a nie decyzji, co oznacza, że ten ostatni przepis należy traktować jako *lex specialis* względem art. 123 § 2 k.p.a.

Sąd nie podzielił także zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 124 § 2 k.p.a. w związku z art. 13 EKPC w zw. z art. 4 Protokołu nr 4 polegającego na zaniechaniu sporządzenia uzasadnienia zaskarżonego postanowienia oraz niewskazania podstawy faktycznej jego wydania. Art. 303b ustawy o cudzoziemcach został skonstruowany w ten sposób, że ma zastosowanie do sytuacji, gdy cudzoziemiec został zatrzymany niezwłocznie po przekroczeniu granicy wbrew przepisom prawa stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu art. 2 pkt 2 kodeksu granicznego Schengen, a dodatkowo w ust. 2 pkt 1 i 2 tego przepisu uregulowano, co jest jego przedmiotem. W treści przedmiotowego postanowienia wskazano m.in. przepisy, które zostały przez cudzoziemców naruszone oraz miejsce ujawnienia przekroczenia lub usiłowania przekroczenia Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom prawa przez cudzoziemca, a także zawarte są w nim nakaz i zakaz, o których mowa w art. 303b ust. 2 pkt 1 i 2 ww. ustawy. Dodatkowo w pkt 5 Pouczenia wskazano, jak będzie liczony okres zakazu ponownego wjazdu na terytorium Unii Europejskiej i państw stowarzyszonych w ramach Schengen w związku z wydanym postanowieniem. Zważywszy więc na fakt, że cudzoziemcy nielegalnie przekroczyli granicę Polski z Białorusią, czego niewątpliwie mieli świadomość i niezwłocznie (w strefie przygranicznej) zostali zatrzymani podczas przejazdu do Niemiec, trudno twierdzić, że nie wiedzieli, czego dotyczy postanowienie. Wobec powyższego uprawnione jest twierdzenie, że treść powyższego postanowienia (właściwie druk) co do opisu stanu faktycznego jak i prawnego jest wystarczająca.

Uzasadniając powyższe stanowisko Sąd odwołał się również do celu uchwalenia przepisów art. 303b i art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy o cudzoziemcach. Regulacja została bowiem wprowadzona w bardzo szczególnym stanie faktycznym, związanym z masowym napływem cudzoziemców na terytorium UE w 2015 i 2016 r. Ponadto za uproszczoną formą przedmiotowego postanowienia przemawia także to, że również w aktualnym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka,

wydanym na gruncie przepisów Konwencji Rzymskiej odpowiadających co do zasady postanowieniom zawartym w Karcie (zob. też 52 ust. 3 KPP), dopuszcza się, pod pewnymi warunkami, niezwłoczne zawracanie nielegalnych migrantów próbujących przekroczyć granicę zewnętrzną Unii Europejskiej w miejscu do tego nieprzeznaczonym.

W ocenie Sądu niezasadny jest także co do zasady zarzut skargi dotyczący przyjęcia przez organ, że do zatrzymania cudzoziemców doszło niezwłocznie po przekroczeniu granicy. Sąd przyjął, że to nie odległość miejsca zatrzymania od granicy świadczy o tej niezwłoczności. W stanie faktycznym niniejszej sprawy cudzoziemców zatrzymano w odległości ok. 60 km od granicy, z tym, że poruszali się oni pojazdem kierowanym przez osobę trzecią. Zatem odległość tę mogli przebyć zarówno w ciągu 1 godziny, co świadczyłoby o zatrzymaniu niezwłocznie po przekroczeniu granicy. Mogli też granicę przekroczyć w niewiadomym czasie, a tylko być zatrzymanym o godz. 08:02 w dniu 29 grudnia 2021 r. podczas przejazdu pojazdem w kierunku Niemiec. W każdym razie organ nie poczynił w tej mierze żadnych ustaleń, chociaż w protokole przekroczenia granicy Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 grudnia 2021 r. jest miejsce na opis ustalonych okoliczności. Ustalenia te winny sprowadzić się co najmniej do zapytania cudzoziemców o okoliczności nielegalnego znalezienia się przez nich na terenie RP, ale również mogą być czynione w oparciu o wszelkie środki dowodowe, nie wyłączając instytucji domniemań faktycznych związanych z miejscem i czasem ujawnienia pobytu cudzoziemca.

Stwierdzone wyżej naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na prawidłowość ustalonego stanu faktycznego sprawy czyni, w ocenie Sądu, przedwczesną ocenę zaskarżonego postanowienia z punktu widzenia prawidłowości zastosowania przepisów prawa materialnego. W szczególności dotyczy to braków, które uniemożliwiały dokonanie oceny pod kątem podniesionego przez skarżącego zarzutu uniemożliwienia cudzoziemcom złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej oraz tego, czy wydanie przedmiotowego postanowienia nie narusza zasady non-refoulement z uwagi na grożące skarżącym na terytorium Białorusi ryzyko naruszenia jego praw podstawowych.

Jako niezasadny uznano także zarzut, że przepisy art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy o cudzoziemcach budzą poważne wątpliwości co do ich zgodności z prawem krajowym oraz z postanowieniami prawa międzynarodowego. W

aktualnym orzecznictwie ETPC dopuszcza się bowiem, pod pewnymi warunkami, niezwłoczne zawracanie nielegalnych migrantów próbujących przekroczyć granicę zewnętrzną Unii Europejskiej w miejscu do tego nieprzeznaczonym. Zdaniem Sądu w niniejszej sprawie nie jest zasadne zwrócenie się z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości, gdyż decyzja w kwestii wykładni prawa unijnego nie jest niezbędna do wydania rozstrzygnięcia w sprawie.

Z przyczyn niewyjaśnienia przez organ stanu faktycznego poza rozważaniami pozostają pozostałe zarzuty skargi dotyczące naruszenia przepisów prawa materialnego.

I tak, nie można w stanie faktycznym sprawy mówić o naruszeniu przepisów z zarzutu z pkt 7, skoro organ nie ustalił okoliczności (czasu) związanych z przekroczeniem granicy przez cudzoziemców. Sama odległość miejsca zatrzymania od granicy, przy założeniu, że podróżowali oni samochodem, nie daje podstaw wbrew twierdzeniom skarżącego, że nie mogli oni tej granicy przekroczyć niezwłocznie.

Podobnie nie można mówić o naruszeniu przepisów wskazanych w zarzucie pkt 8 skargi, bo wbrew stanowisku skarżącego w sprawie nie ustalono, że cudzoziemcy mieli wolę złożenia wniosków o udzielenie im ochrony międzynarodowej. Twierdzenia Rzecznika, że wola taka była, a tylko z winy leżącej po stronie funkcjonariuszy organu nie została odnotowana, nie są poparte żadnym przekonującym dowodem. Cudzoziemcy ci mogli bowiem chcieć złożyć takie wnioski, ale też mogli nie chcieć tego zrobić, bowiem złożenie takiego wniosku zamykałoby tym cudzoziemcom legalną drogę do wyjazdu z Polski do Niemiec.

To samo dotyczy naruszenia przepisów wskazanych w zarzucie pkt 9 skargi. Skarżący zarzut ten buduje w oparciu o stanowisko, że jakoby za udowodnione należy przyjąć, że cudzoziemcy nie zostali zatrzymani niezwłocznie po przekroczeniu granicy, a zatem należało wobec nich zastosować procedurę z art. 302 ust. 1 pkt 10 ustawy o cudzoziemcach, która wyłącza zastosowanie procedury z art. 303b ust. 1 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a tj. ustawy. Zdaniem Sądu w sprawie nie można przyjąć za udowodnioną przedmiotowej okoliczności, gdyż organ nie poczynił w tej mierze stosownych wyjaśnień. Szczupłość zgromadzonego materiału dowodowego oraz niewyjaśnione okoliczności również nie pozwalają na jednoznaczną ocenę, która procedura winna być w sprawie zastosowana.

Na koniec Sąd wskazał, że przy ponownym rozpoznaniu sprawy organ weźmie pod uwagę argumentację przedstawioną przez Sąd, a przy wydawaniu rozstrzygnięcia zobowiązany będzie uwzględnić dokonaną wykładnię omawianych przepisów.

Skargę kasacyjną od tego wyroku wywiódł Rzecznik. Wyrok zaskarżył w całości.

Skarżący kasacyjnie zarzucił Sądowi naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy:

- art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy o cudzoziemcach poprzez dokonanie błędnej wykładni ww. przepisów i uznanie, że cudzoziemcy zostali zatrzymani niezwłocznie po przekroczeniu granicy, a zatem, że zaistniała podstawa do wydania wobec nich postanowienia określonego w art. 303b ust. 1 - 3 ustawy o cudzoziemcach zamiast zastosowania procedury z art. 302 ust. 1 pkt 10 tej ustawy, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 145 § 1 pkt 1 lit. c w zw. z § 3 w zw. z art. 134 § 2 p.p.s.a. z uwagi na to, że Sąd nie umorzył tego postępowania, choć powinien, ponieważ organ nie miał podstawy prawnej do jego prowadzenia.

Zarzucono ponadto naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy:

- art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a. w zw. z art. 10 § 1 k.p.a., w przypadku małoletniego ██████████ również w zw. z art. 12 ust. 1 i 2 Konwencji o Prawach Dziecka poprzez błędne przyjęcie, że komunikowanie się funkcjonariuszy Placówki Straży Granicznej w Bobrownikach z ██████████ ██████████ za pomocą tzw. translatorów, czego wyrazem miałyby być przetłumaczenie na język arabski postanowienia określonego w art. 303b ust. 1 - 3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy o cudzoziemcach, umożliwiło cudzoziemcom wzięcie czynnego udziału w postępowaniu administracyjnym oraz wypowiedzenie się co do dowodów, materiałów oraz żądań, podczas gdy żaden przepis obowiązującego prawa nie zwalniał organu ze stosowania przepisów k.p.a. i z obowiązku zapewnienia cudzoziemcom niewładającym językiem polskim pomocy tłumacza w celu umożliwienia im swobodnej, nieskrępowanej wypowiedzi, zaś wysłuchanie wyżej wymienionych cudzoziemców umożliwiłoby prawidłowe i wyczerpujące ustalenie okoliczności faktycznych, co było niezbędne do prawidłowego załatwienia sprawy;

- art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a. w zw. z art. 123 § 2 k.p.a. poprzez niezasadne uznanie, że w niniejszej sprawie można było wydać wobec cudzoziemców postanowienie rozstrzygające co do istoty sprawy, mimo że postanowienie w postępowaniu administracyjnym nie powinno co do zasady zawierać takiego rozstrzygnięcia, a brak jest w k.p.a. przepisów, które w tym zakresie ustanawiałyby wyjątek od tej zasady;
- art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a. w zw. z art. 124 § 2 k.p.a. w zw. z art. 13 EKPC w zw. z art. 4 Protokołu nr 4 poprzez błędne stwierdzenie, że powołanie w postanowieniu przepisów, które miały zostać naruszone przez cudzoziemców, wskazanie miejsca ujawnienia przekroczenia lub usiłowania przekroczenia granicy RP wbrew przepisom prawa, a także zawarte w postanowieniu nakaz i zakaz, o których mowa w art. 303b ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy o cudzoziemcach są wystarczające do uznania, że postanowienie spełnia wymogi co do treści uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Jednocześnie zarzucono naruszenie art. 141 § 4 w zw. z art. 153 p.p.s.a. poprzez prawidłowe uchylenie ww. postanowienia z jednoczesnym naruszeniem interesu prawnego [REDAKTOWANE] i małoletniego [REDAKTOWANE] poprzez błędną ocenę prawną wyrażoną przez Sąd w części uzasadnienia wyroku.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący kasacyjnie wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i umorzenie postępowania, na podstawie art. 189 p.p.s.a., oraz o rozpoznanie skargi kasacyjnej na rozprawie.

Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje:

Jak stanowi art. 183 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2023 r., poz. 1634 ze zm., dalej: p.p.s.a.) Naczelny Sąd Administracyjny rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej, biorąc z urzędu pod uwagę jedynie nieważność postępowania. Jeżeli w sprawie nie wystąpiły przesłanki nieważności postępowania wymienione w art. 183 § 2 powołanej ustawy, a taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowej sprawie, to Sąd rozpoznający sprawę związany jest granicami kasacji.

Rozpoznając w powyższych granicach wniesioną skargę kasacyjną należało uznać, że zawiera ona częściowo usprawiedliwione podstawy, tym niemniej wobec tego, że wyrok odpowiada prawu, skarga kasacyjna podlegała oddaleniu. Należy

przy tym podkreślić, że wnoszący skargę kasacyjną Rzecznik w jej uzasadnieniu (str. 11) podkreślił, że nie kwestionuje zasadności uchylecia zaskarżonego postanowienia. Wątpliwości Rzecznika budzą jedynie kwestie prawidłowości oceny dokonanej przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w kwestiach podniesionych w skardze kasacyjnej. A zatem zarzuty skargi kasacyjnej koncentrują się wokół trafności motywów zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Podstawą prawną zaskarżonego do Sądu pierwszej instancji rozstrzygnięcia był art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy o cudzoziemcach. Zgodnie z jego treścią (zdanie pierwsze) w przypadku, o którym mowa w art. 303 ust. 1 pkt 9a (cudzoziemiec został zatrzymany niezwłocznie po przekroczeniu granicy wbrew przepisom prawa stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu art. 2 pkt 2 kodeksu granicznego Schengen), komendant placówki Straży Granicznej właściwy ze względu na miejsce przekroczenia granicy sporządza protokół przekroczenia granicy oraz wydaje postanowienie o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Przepis ten został wprowadzony do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U z 2021, poz. 1918). Ze zmianą tą ściśle wiąże się dodanie ust. 1a do art. 33 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2023 r., poz. 1504), zgodnie z którym Szef Urzędu może pozostawić bez rozpoznania wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej, który został złożony przez cudzoziemca zatrzymanego niezwłocznie po przekroczeniu granicy wbrew przepisom prawa stanowiącej granicę zewnętrzną (...), chyba że cudzoziemiec ten przybył bezpośrednio z terytorium, na którym jego życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo prześladowania lub ryzyko wyrządzenia poważnej krzywdy, oraz przedstawił wiarygodne przyczyny nielegalnego wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i złożył wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej niezwłocznie po przekroczeniu granicy.

W doktrynie podkreśla się, że budzi co najmniej zdziwienie przejęta przez ustawodawcę forma rozstrzygnięcia w obu wprowadzonych przepisach, odpowiednio: postanowienie i zarządzenie zamiast decyzji administracyjnej. Jak bowiem słusznie podnosi skarżący kasacyjnie forma postanowienia jest zarezerwowana w Kodeksie postępowania administracyjnego głównie dla kwestii procesowych, które wyniknęły w toku postępowania (tak: J. Chlebny, Zawrócenie cudzoziemca na granicy, Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego z 2023 r., nr 5 (110), str. 9 i nast.). Jak

jednak wynika z uzasadnienia projektu do ustawy wprowadzającej ww. przepisy, zmiana ta miała na celu „dostosowanie przepisów prawa krajowego do aktualnej sytuacji migracyjnej występującej na granicy zewnętrznej (...) projekt ustawy zawiera rozwiązania mające służyć przeciwdziałaniu nadużywania instytucji ochrony międzynarodowej przez cudzoziemców, którzy dla osiągnięcia innych celów niż ochrona przed prześladowaniem lub doznaniem poważnej krzywdy, przez złożenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej uzyskują przysługujące wnioskodawcom prawa, w tym prawo do przekroczenia granicy i pobytu na terytorium państwa, co służy ominięciu konieczności spełnienia warunków przekraczania granicy zewnętrznej Unii Europejskiej, określonych w kodeksie granicznym Schengen”. Wskazano również, że wprowadzenie ww. przepisów „ma na celu zapewnienie sprawności i efektywności prowadzonych postępowań w sprawie przekroczenia granicy wbrew przepisom prawa” (Druk sejmowy nr 1507). W świetle powyższego należy przyjąć, że wprowadzony przepis i określony w nim tryb postępowania ma na celu odformalizowanie i przyspieszenie postępowań prowadzonych w sprawie zobowiązania do powrotu.

Taki uproszczony tryb zawracania cudzoziemca do granicy jest także dopuszczalny w świetle przepisów unijnych, w szczególności art. 2 ust. 1 lit. a dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (tzw. dyrektywa powrotowa). Przepis ten stanowi jednak, że Państwa członkowskie mogą postanowić, że nie będą stosować dyrektywy do obywateli państw trzecich, którzy: (...) zostali zatrzymani lub ujęci przez właściwe organy w związku z nielegalnym przekraczaniem lądowej, morskiej lub powietrznej zewnętrznej granicy tego państwa członkowskiego. Taka wykładnia została dopuszczona również w orzecznictwie TSUE, w tym m.in. w wyroku z 19 marca 2019 r., C-444/17; Arib, ECLI:EU:C:2019:220.

W tej sytuacji należało uznać, że wprowadzenie możliwości przeprowadzenia uproszczonego postępowania pozwala również na jego zakończenie w formie postanowienia. Należy jednak podkreślić, że uproszczona procedura zawracania cudzoziemca do granicy stanowi wyjątek od zasady rozstrzygania istoty sprawy w formie decyzji administracyjnej, a co za tym idzie, winna być stosowana wyjątkowo, jedynie w sytuacjach, w których pomimo uproszczonego postępowania wyjaśniającego ustalony stan faktyczny nie budzi wątpliwości co do sposobu wjazdu i

celu pobytu cudzoziemca. Taka teza jest tym bardziej usprawiedliwiona, że jak trafnie zauważył Sąd pierwszej instancji i co nie jest kwestionowane przez strony postępowania, przeprowadzenie uproszczonego postępowania nie może prowadzić do naruszenia zasady non refoulement (art. 9 ust. 2 lit. a dyrektywy powrotowej).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że okoliczności sprawy nie pozwalały na jednoznaczną ocenę, czy organ był uprawniony do przeprowadzenia uproszczonej procedury zakończonej wydaniem postanowienia. Dla stwierdzenia dopuszczalności takiego procedowania niezbędne jest wszak przeprowadzenie postępowania i jego udokumentowanie w taki sposób, aby rozstrzygnięcie takie mogło podlegać ocenie sądu. Tymczasem, jak słusznie zarzucił skarżący kasacyjnie, kontrolowane przez Sąd pierwszej instancji rozstrzygnięcie zostało pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, jak i prawnego. Wbrew twierdzeniom Sądu wskazanie podstawy prawnej rozstrzygnięcia oraz informacja dotycząca miejsca ujawnienia przekroczenia lub usiłowania przekroczenia granicy wbrew przepisom prawa nie jest wystarczające do uznania, że cudzoziemiec poznał podstawę faktyczną wydanego w stosunku do niego rozstrzygnięcia. Tym bardziej takie „uzasadnienie” nie pozwala ani na kontrolę instancyjną orzeczenia (w sytuacji złożenia zażalenia), ani tym bardziej sądową. Nie może ulegać wątpliwości, że okoliczności umożliwiające kwalifikowanie zachowania cudzoziemca w sposób określony w art. 303b ustawy o cudzoziemcach, który wyłącza stosowanie względem niego postanowień dyrektywy 2008/115/WE, a w konsekwencji procedury zobowiązania do powrotu z uwagi na zaistnienie przesłanki określonej w art. 302 ust. 1 pkt 10 in principio, powinny być z uwagi na gwarancyjny charakter tychże postanowień na płaszczyźnie dowodowej ściśle wykazane.

Nie może też ująć uwadze, że sam fakt możliwości przeprowadzenia uproszczonego postępowania nie zwalnia organu od uzasadnienia rozstrzygnięcia. Przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego również nie zawierają takiego zwolnienia, co więcej – art. 124 § 2 k.p.a. stanowi, że postanowienie powinno zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne, jeżeli służy na nie zażalenie lub skarga do sądu administracyjnego oraz gdy wydane zostało na skutek zażalenia. Takie stanowisko, wskazujące na konieczność sporządzenia uzasadnienia takiego postanowienia, prezentowane jest również w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego (tak m.in. wyrok z 10 maja 2023 r., II OSK 1735/22; CBOSA).

Konkludując, wbrew ocenie Sądu pierwszej instancji zaskarżone postanowienie zostało wydane z naruszeniem art. 124 § 2 k.p.a. w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik sprawy, co powinno stanowić dodatkową przyczynę – poza wymienionymi przez Sąd pierwszej instancji – uchylecia zaskarżonego rozstrzygnięcia. Tym samym, jako uzasadniony należało uznać zarzut naruszenia art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a. w zw. z art. 124 § 2 k.p.a. i art. 13 EKPC w zw. z art. 4 Protokołu nr 4.

Natomiast jako przedwczesny należało ocenić zarzut naruszenia art. 123 § 2 k.p.a. w zw. z art. 145 § 1 pkt 1 lit. c. p.p.s.a. oraz związany z nim zarzut naruszenia przepisu prawa materialnego – art. 303b ust. 1 – 3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy o cudzoziemcach. Naruszenia tego przepisu skarżący kasacyjnie upatruje w: po pierwsze, wydaniu rozstrzygnięcia w formie postanowienia, zaś po drugie, nawet gdyby uznać formę tę za prawidłową – na jej zastosowaniu będącym skutkiem błędnego uznania przez Sąd, że do zatrzymania cudzoziemca doszło niezwłocznie po przekroczeniu granicy.

Odnosząc się do tak określonego zarzutu stwierdzić należy, że jak zostało wyżej wskazane, trudno znaleźć przekonujące argumenty za prawidłowością stanowiska Rzecznika sprowadzającego się do kwestionowania, co do zasady, formy zakończenia uproszczonego postępowania w zakresie zawrócenia do granicy. Skoro przepis taki dodano do porządku prawnego i nie jest on sprzeczny z normami i dyrektywami unijnymi, to mimo iż, co do zasady, rozstrzygnięcie istoty sprawy winno nastąpić w formie decyzji administracyjnej, to w wyjątkowych sytuacjach, przy spełnieniu przesłanek z art. 303b w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy o cudzoziemcach, prawidłową jest forma postanowienia.

Natomiast inną kwestią jest to, czy okoliczności niniejszej sprawy pozwalały na zastosowanie takiej uproszczonej formy procedowania i ostatecznie zakończenia postępowania w formie postanowienia.

Odpowiadając na to pytanie należy przypomnieć, że niezależnie od trybu postępowania i formy rozstrzygnięcia jego wydanie musi być poprzedzone przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego. Zakres tego postępowania i jego przedmiot jest determinowany przepisami prawa materialnego, to bowiem z norm prawa materialnego znajdujących zastosowanie w danej sprawie wynika, jakie okoliczności stanu faktycznego mają znaczenie dla jej rozstrzygnięcia. Stosując zatem jako podstawę prawną rozstrzygnięcia art. 303b ust. 1 ustawy o

cudzoziemcach organ winien wykazać, że spełniona została podstawowa przesłanka umożliwiająca zastosowanie tego przepisu, a mianowicie zatrzymanie niezwłoczne po przekroczeniu granicy wbrew przepisom prawa. Z dokonania tej czynności (przekroczenia granicy) właściwy organ winien sporządzić protokół. Jednocześnie ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „niezwłocznie”, co oznacza, że należy poszukiwać jego znaczenia w słowniku języka polskiego. W języku polskim termin ten oznacza „bez zwłoki”, „bez zwlekania”, „natychmiast”. Powyższe wskazuje zatem, że ocena, czy w danej sprawie doszło do „niezwłocznego” zatrzymania, jest uzależniona od jej okoliczności, przy czym ocena ta winna się odbywać zarówno na przestrzeni „czasowej”, jak i „przestrzennej”. Innymi słowy, można sobie wyobrazić sytuację, gdy pomimo zatrzymania cudzoziemca w znacznej odległości terytorialnej od granicy będzie ono nosiło znamiona „niezwłocznego” (np. w sytuacji bezpośredniego pościgu), jak i sytuację, iż mimo zatrzymania w bliskiej odległości od granicy zatrzymanie nie będzie nosiło cech niezwłoczności (np. na skutek ustalenia, że do przekroczenia granicy doszło wiele dni wcześniej).

W niniejszej sprawie cudzoziemiec – co nie jest sporne – został zatrzymany w odległości ok. 60 km od granicy. Jednocześnie jednak to odpowiedź na skargę, a nie akta postępowania administracyjnego dały informację o tym, że cudzoziemiec został zatrzymany wraz z innymi cudzoziemcami, w samochodzie kierowanym przez obywatela Gruzji, w rejonie miejscowości Zalesiany. Organ zarzucił Rzecznikowi, który wywiódł skargę na postanowienie z dnia 29 grudnia 2021 r., że nie wspomniał, „że cudzoziemcy dokonali przekroczenia granicy w sposób zorganizowany, cudzoziemcy podróżowali samochodem kierowanym przez obywatela Gruzji, który został zatrzymany przez funkcjonariusza Policji”. Tymczasem to nie rolą skarżącego (niezależnie, czy jest nim Rzecznik Praw Obywatelskich, czy cudzoziemiec zawrócony do granicy), a organu jest takie udokumentowanie dokonanej czynności, aby nie budziły one wątpliwości co do jej przebiegu. Akta sprawy zawierają natomiast jedynie protokół przekroczenia granicy, w którym zapisano, oprócz wymienienia danych personalnych cudzoziemców, że zostali zatrzymani o godzinie 8.02 na terenie służbowej odpowiedzialności PSG w Bobrownikach niezwłocznie po przekroczeniu granicy i że przebywają na terytorium RP nielegalnie. Tymczasem wiarygodność tego protokołu musi budzić wątpliwości, skoro, jak zostało wskazane wyżej, de facto cudzoziemców ujawniono 60 km od granicy i bez wskazania miejsca i czasu jej przekroczenia. Nie może także ująć uwadze, że z protokołu tego wynika, iż

został on sporządzony w Bobrownikach dnia 29 grudnia 2021 r., tymczasem czynności zakończono dnia 30 grudnia 2021 r. o godzinie 9.00 (zapis protokołu). Brak rzetelności protokołu uzasadnia ocenę, że okoliczności przekroczenia granicy nie zostały należycie udokumentowane.

Powyższe wskazuje, że stan faktyczny w niniejszej sprawie nie został należycie wyjaśniony, na co trafnie wskazał Sąd pierwszej instancji. Ocena taka uzasadnia twierdzenie, że zarzut naruszenia art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a. w zw. z art. 123 § 2 k.p.a. oraz art. 303b ust. 1 - 3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy o cudzoziemcach należało uznać za przedwczesny. Bez należytego wyjaśnienia i udokumentowania w formie protokołu okoliczności przekroczenia granicy i zatrzymania cudzoziemca nie można ocenić czy jego zatrzymanie spełniało przesłankę niezwłoczności i w konsekwencji, czy organ uprawniony był do przeprowadzenia uproszczonego postępowania.

Natomiast nietrafny jest zarzut naruszenia art. 145 § 1 pkt 1 lit. c w zw. z art. 134 § 2 p.p.s.a., którego to naruszenia skarżący kasacyjnie upatruje w nieumorzeniu przez Sąd pierwszej instancji postępowania administracyjnego. Podkreślić należy, że jeżeli Naczelny Sąd Administracyjny prawidłowo odkodował intencję Rzecznika w zakresie ww. zarzutu, to zawiera on wadę konstrukcyjną uniemożliwiającą jego rozpoznanie. Taki zarzut musiałby bowiem wiązać się z koniecznością wskazania na naruszenie art. 145 § 1 pkt 1 lit. c i art. 145 § 3 p.p.s.a. w zw. z art. 105 § 1 k.p.a., których zabrakło w niniejszej skardze kasacyjnej. Niezależnie jednak od powyższej wady wskazać należy, że umorzenie postępowania administracyjnego jest prawem, a nie obowiązkiem sądu administracyjnego, a zatem brak rozstrzygnięcia w tym zakresie nie może stanowić o takiej wadzie, która miałaby istotny wpływ na wynik sprawy. Natomiast z całą pewnością Wojewódzki Sąd Administracyjny nie naruszył art. 134 § 2 p.p.s.a., zgodnie z którym sąd nie może wydać orzeczenia na niekorzyść skarżącego, chyba że stwierdzi naruszenie prawa skutkujące stwierdzeniem nieważności zaskarżonego aktu lub czynności.

Nie zasługiwał także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a. w zw. z art. 10 § 1 k.p.a. i art. 12 ust. 1 i 2 Konwencji o prawach dziecka, którego to naruszenia Rzecznik upatruje w wadliwym przyjęciu przez Sąd pierwszej instancji, że dopuszczalne jest komunikowanie się funkcjonariuszy Straży Granicznej z cudzoziemcem za pomocą tłumaczy.

W ocenie tut. Sądu, co do zasady, przeprowadzenie postępowania w trybie uproszczonym daje podstawę do skrócenia i uproszczenia także procedury w zakresie komunikowania się z cudzoziemcem. Skoro celem wprowadzenia takiej procedury było uproszczenie postępowania, to – biorąc pod uwagę racjonalność ustawodawcy i cel, jakiemu miała służyć zmiana ustawy, należało przyjąć, że taka forma komunikacji nie narusza prawa, o ile nie budzi wątpliwości, że cudzoziemiec i porozumiewający się z nim funkcjonariusz wzajemnie się rozumieją. Trudno bowiem oczekiwać, aby w każdym takim wypadku dla należytego wyjaśnienia okoliczności niezbędny był tłumacz obcego języka. Należy však podkreślić, że w praktyce wezwanie tłumacza zwłaszcza języka mniej powszechnego, który jest zrozumiały dla cudzoziemca, napotykać może trudności (w praktyce sądowej znane są sytuacje, gdy cudzoziemiec władał jedynie określonym dialektem), które zniweczyłyby sens i cel uproszczonego postępowania. Z okoliczności niniejszej sprawy nie wynika, aby strony miały problemy z porozumieniem się na pomocą translatorów. Obowiązki organu w zakresie pouczenia cudzoziemca o przysługujących mu prawach i obowiązkach i jego formy (pisemna/ustana) zostały wymienione w ustawie o cudzoziemcach i dotyczą ściśle określonych w tych przepisach postępowań. Art. 303b tejże ustawy nie zawiera tego rodzaju obostrzeń co do pouczeń i obecności tłumacza przy każdej czynności.

Natomiast nie można odmówić słuszności twierdzeniom Rzecznika, iż ten sposób porozumiewania się cudzoziemca z funkcjonariuszami winien być należycie udokumentowany, aby nie było wątpliwości co do przebiegu czynności.

Konkludując, zarzuty skargi kasacyjnej jedynie częściowo zasługują na uwzględnienie i nie zmieniały oceny co do konieczności uchylecia kontrolowanego przez Sąd pierwszej instancji rozstrzygnięcia. Rozpoznając ponownie sprawę organ uwzględni dodatkowo przedstawioną wyżej ocenę.

Mając powyższe na uwadze, w oparciu o art. 184 p.p.s.a., Naczelny Sąd Administracyjny orzekł jak w sentencji.



Za oryginalne właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem
Bernadetta Pręgoska
starszy sekretarz sądowy