



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 13 lutego 2017 r.

Adam Bodnar

XI.543.10.2017.MS

Pan
Mariusz Błaszczak
Minister Spraw Wewnętrznych
i Administracji

W odpowiedzi na pismo z dnia 30 stycznia 2017 r. (nr DP-WLM-0231011/2017/MM), kierujące do konsultacji projekt ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw, na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2014 r., poz. 1648 z późn. zm.) przedstawiam Panu Ministrowi swoje uwagi na temat niektórych, proponowanych w tym projekcie regulacji. W związku z tym, że projektowane zmiany w obowiązujących przepisach prawa uzasadniane są sytuacją panującą na wschodniej granicy Polski, pozwolę sobie również przedstawić Panu Ministrowi swoje stanowisko w tej sprawie.

Od kilku miesięcy grupa kilkuset cudzoziemców, pochodzących głównie z Czeczenii, Tadżykistanu i Armenii, bezskutecznie próbuje wjechać na terytorium Polski przez przejścia graniczne na granicy z Białorusią i Ukrainą. Docierające do mojego Biura informacje wskazują, że część spośród tych osób chce przyjechać do Polski, jako pierwszego na ich drodze bezpiecznego kraju, po to, aby ubiegać się tutaj o ochronę międzynarodową. Oczekując na wpuszczenie do Polski, w ciągłej nadziei, że w końcu przekroczą granicę, cudzoziemcy ci żyją w przygranicznych miejscowościach na Białorusi lub Ukrainie, często w dramatycznych warunkach, bez wsparcia materialnego i środków do życia.

Trudna sytuacja, w jakiej znajduje się wspomniana grupa cudzoziemców, skłoniła mnie do szczegółowego i krytycznego przyjrzenia się warunkom przekraczania granicy na wybranych przejściach granicznych, a także przepisom prawa, z których wynikają obowiązki funkcjonariuszy Straży Granicznej prowadzących odprawę graniczną oraz uprawnienia tych cudzoziemców, którzy poszukują ochrony przed prześladowaniami w kraju swojego pochodzenia. Ważnym etapem prowadzonego w tym zakresie

postępowania wyjaśniającego były wizytacje przejść granicznych: kolejowego w Terespolu i pieszego w Medyce, które odbyły się w dniach 11 sierpnia oraz 6 i 7 października 2016 r. W moim Biurze na bieżąco badane są też sprawy indywidualne zgłaszane przez cudzoziemców, którym komendanci Placówek Straży Granicznej w Terespolu bądź w Medyce odmawiają prawa wjazdu na terytorium Polski. Opisywane w tych skargach przypadki oraz stawiane przez skarżących zarzuty są podobne. Skarżący zwykle od kilku do kilkudziesięciu razy bezskutecznie próbują wjechać na terytorium Polski i za każdym razem podczas odprawy zgłaszają funkcjonariuszom Straży Granicznej zamiar ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową. Według relacji skarżących, funkcjonariusze Straży Granicznej deklaracji takich nie przyjmują do wiadomości i bezpodstawnie nie dopuszczają do złożenia wniosku o wspomnianą ochronę. W konsekwencji, ponieważ skarżący nie dysponują żadnym dokumentem uprawniającym ich do przekroczenia granicy, odmawia się im prawa wjazdu na terytorium Polski i zawraca na terytorium Białorusi lub Ukrainy. Pomimo odmowy, większość cudzoziemców, zwykle z takim samym skutkiem, ponawia próby przekroczenia granicy.

Niezależnie od prezentowanej wielokrotnie przez Pana Ministra oceny intencji cudzoziemców, którzy w opisany wyżej sposób próbują wjechać na terytorium Polski, czy też pojawiających się sugestii, że podejmowane przez nich kolejne próby przekroczenia granicy mają za cel „otwarcie nowego szlaku migracyjnego do Europy”, pozwolę sobie przypomnieć, że prawo do ubiegania się w Polsce o status uchodźcy, zgodnie z postanowieniami Konwencji dotyczącej statusu uchodźców podpisanej w Genewie w dniu 28 lipca 1951 r. (Dz.U. z 1991 r., Nr 119, poz. 515 z późn. zm.), jest prawem konstytucyjnym, gwarantowanym w art. 56 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Prawo to mieści się w konstytucyjnym katalogu praw i wolności człowieka i - jako takie - nie może być w swej istocie ograniczane, ani przepisami ustaw, ani tym bardziej działaniem lub zaniechaniem ze strony organów państwa. Podobną gwarancję prawa do azylu zawiera też art. 18 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U.UE.C.2007.303.1 z późn. zm.), który choć posługuje się pojęciem azylu, to w swej treści odwołuje się wprost do przywołanej wyżej Konwencji genewskiej o statusie uchodźców. Prawo dostępu do procedury pozwalającej na uzyskanie statusu uchodźcy, lub ochrony uzupełniającej jako innej formy ochrony międzynarodowej, wynika też z przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (wersja przekształcona, Dz.U.UE.L.2013.180.60), zwanej dalej dyrektywą 2013/32/UE. Motyw 25 preambuły tej dyrektywy stanowi, że każdy wnioskodawca powinien mieć skuteczny dostęp do procedur rozpatrywania wniosku o ochronę międzynarodową. Tę ogólną zasadę uszczegóławia następnie art. 6 ust. 2 dyrektywy, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia osobom występującym z wnioskiem o ochronę możliwości jak najszybszego

złożenia takiego wniosku. Wszystkie wskazane wyżej normy wyznaczają zatem granice swobody państwa w regulowaniu procedur składania i rozpatrywania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej, a także w kształtowaniu polityki migracyjnej wobec osób poszukujących ochrony przed prześladowaniami w kraju pochodzenia.

Wspomniany na wstępie projekt ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw przygotowany został w podległym Panu Ministrowi resorcie, jak się wskazuje, w reakcji na sytuację panującą na wschodniej granicy. Projekt ten przewiduje istotne zmiany w obowiązującym stanie prawnym, zwłaszcza w zakresie stosowania detencji wobec cudzoziemców składających wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej na przejściach granicznych, którzy nie spełniają warunków wjazdu i pobytu na terytorium Polski. Projekt wprowadza też tzw. tryb graniczny, pozwalający na przyspieszone rozpatrywanie wspomnianych wniosków, a także przywraca znane już wcześniej prawu polskiemu rozwiązanie, polegające na orzekaniu o zobowiązaniu do powrotu do kraju pochodzenia w decyzjach o odmowie udzielenia ochrony międzynarodowej. Niepokojącą zmianą, dotyczącą postępowań prowadzonych zarówno w sprawach przyznania ochrony międzynarodowej, jak i zobowiązania cudzoziemców do powrotu do kraju pochodzenia, jest rezygnacja z zasady wstrzymywania, z mocy prawa, wykonania decyzji orzekających o zobowiązaniu do powrotu, które zostały przez strony zaskarżone do sądu administracyjnego i w których skarżący wystąpili o wstrzymanie wykonania negatywnego dla nich rozstrzygnięcia. Pewne obawy budzi też zastąpienie Rady do Spraw Uchodźców Radą do Spraw Cudzoziemców której, w mojej ocenie i wbrew intencjom twórców projektu, nie sposób uznać za niezawisły organ sądowy.

Poniżej pozwolę sobie przedstawić wątpliwości co do zgodności niektórych zaproponowanych w projekcie rozwiązań z wymienionymi wyżej aktami prawnymi. Z przykrością muszę też zauważyć, że analizowany projekt nie ustanawia żadnych gwarancji dostępu do procedury rozpatrzenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej dla osób, które deklarują zamiar złożenia takiego wniosku podczas odprawy na przejściu granicznym. Stworzenie takich właśnie gwarancji uważam natomiast za konieczne, choćby z perspektywy sytuacji panującej na wschodniej granicy Polski.

1. BRAK GWARANCJI PRZYJĘCIA WNIOSKU O UDZIELENIE OCHRONY MIĘDZYNARODOWEJ NA GRANICY.

Wspomniane już wyżej wizytacje na przejściach granicznych w Terespolu i Medyce ujawniły swoistą lukę prawną w przepisach dotyczących, z jednej strony, praw cudzoziemców przystępujących do odprawy granicznej, zainteresowanych ubieganiem się

w naszym kraju o ochronę międzynarodową, a z drugiej obowiązków funkcjonariuszy Straży Granicznej w zakresie przyjęcia od cudzoziemca deklaracji o zamiarze wystąpienia z wnioskiem o taką ochronę, a następnie umożliwienia cudzoziemcowi złożenia samego wniosku. Żaden z obowiązujących przepisów prawa nie reguluje bowiem formy, w jakiej funkcjonariusz Straży Granicznej, prowadzący odprawę na przejściu granicznym, powinien odnotować fakt zgłoszenia przez cudzoziemca zamiaru ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową. Co istotne, praktyka istniejąca w tym zakresie na wizytowanych przejściach granicznych w Terespolu i Medyce znacznie się różni.

Na obu przejściach granicznych, z cudzoziemcami przystępującymi do odprawy, którzy nie spełniają warunków do wjazdu i pobytu na terytorium naszego kraju, prowadzone są rozmowy zmierzające do ustalenia okoliczności i celu ich przyjazdu do Polski. Na tym etapie odprawy, osoby rozpytywane nie są uznawane za osoby poszukujące ochrony międzynarodowej, ani tym bardziej nie przypisuje się im statusu wnioskodawcy w postępowaniu o udzielenie takiej ochrony. To jednak w trakcie tych rozmów cudzoziemcy mogą zadeklarować zamiar ubiegania się o wspomnianą ochronę lub złożyć wyjaśnienia, które pośrednio wskażą na taki właśnie cel przyjazdu do Polski. Tymczasem, jak pokazała wizytacja przejścia granicznego w Terespolu, nie wszystkie informacje podawane przez cudzoziemców w trakcie prowadzonego rozpytania były odnotowywane przez funkcjonariuszy w dokumentacji podręcznej i nie wszystkie były potem przetwarzane w notatkach służbowych, które na tym przejściu stanowiły jedyną formę dokumentowania przebiegu rozpytania. Zdarzało się, czego świadkami byli wizytujący, że w dokumentacji nie odnotowywano istotnych wypowiedzi cudzoziemców, świadczących, w sposób wyraźny lub dorozumiany, o zamiarze ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową. Brak jakiegokolwiek potwierdzenia, że w trakcie odprawy granicznej taka deklaracja ze strony cudzoziemca padła, nie tylko skutkowałam wydaniem przez komendanta Placówki Straży Granicznej decyzji o odmowie prawa wjazdu, ale też pozbawiał cudzoziemca realnych szans na skuteczne odwołanie się od takiej decyzji. Zupełnie odmienną praktykę przyjęto natomiast w Placówce Straży Granicznej w Medyce. Na tamtejszym przejściu granicznym rozmowy z cudzoziemcami przystępującymi do odprawy granicznej bez dokumentów uprawniających do wjazdu i pobytu w Polsce były protokołowane. W tych przypadkach, w których wszczynane były postępowania w sprawie odmowy prawa wjazdu na terytorium Polski, protokoły traktowane były jako dowód z przesłuchania strony w postępowaniu administracyjnym. Zastosowanie znajdowały tym samym przepisy art. 68 i 69 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2016 r., poz. 23 z późn. zm.), także w zakresie obowiązku odczytywania i przedkładania tego dokumentu stronom do podpisu. Praktyka ta minimalizowała zatem prawdopodobieństwo wystąpienia sytuacji, w której składana przez cudzoziemca deklaracja o zamiarze ubiegania się

o ochronę międzynarodową, nie zostałyby odnotowane w dokumentacji prowadzonej przez funkcjonariuszy Straży Granicznej.

W mojej ocenie, przeprowadzone wizytacje wskazały na konieczność ujednoczenia sposobu postępowania funkcjonariuszy Straży Granicznej w opisanych wyżej sytuacjach. Wykonywanie obowiązków związanych z prowadzoną odprawą graniczną w tak różny sposób wobec osób znajdujących się w porównywalnej sytuacji faktycznej pozostaje bowiem w sprzeczności z zasadą równego traktowania przez władze publiczne, wyrażoną w art. 32 ust. 1 zd. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Ujednoczenie praktyki polegać przy tym powinno na ustanowieniu zasady protokołowania omówionych wyżej rozpytań, wprowadzeniu jednolitych formularzy protokołów, a także uwzględnieniu w tych formularzach obligatoryjnego pytania o zamiar ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową. Tylko taka forma dokumentowania czynności rozpytania, z jednoczesnym obowiązkiem odczytania protokołu i przedłożenia go cudzoziemcowi do podpisu, stanowić będzie rzeczywistą gwarancję, że każda wypowiedź cudzoziemca świadcząca w sposób wyraźny lub dorozumiany o zamiarze wystąpienia z wnioskiem o ochronę międzynarodową zostanie utrwalona w dokumentacji służbowej i wywoła skutek w postaci przyjęcia od cudzoziemca formalnego wniosku o udzielenie ochrony. Ustanowienie takich gwarancji, na poziomie samej ustawy lub rozporządzenia wykonawczego, stanowić będzie realizację obowiązku zapewnienia cudzoziemcom skutecznego dostępu do procedur rozpatrzenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, wynikającego z przywołanych już wyżej motywu 25 preambuły do dyrektywy 2013/32/UE oraz art. 6 ust. 2 tego aktu.

2. STOSOWANIE DETENCJI WOBEC CUDZOZIEMCÓW SKŁADAJĄCYCH WNIOSEK O UDZIELENIE OCHRONY MIĘDZYNARODOWEJ NA PRZEJŚCIU GRANICZNYM, KTÓRZY NIE SPEŁNIAJĄ WARUNKÓW WJAZDU NA TERYTORIUM POLSKI.

Projektowana ustawa przewiduje uzupełnienie art. 87 ust. 1 obecnie obowiązującej ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2016 r., poz. 1236) o dodatkową przesłankę zatrzymania osoby ubiegającej się o udzielenie ochrony międzynarodowej. Zgodnie z analizowanym projektem, do istniejącego przepisu dopisany zostanie pkt 6, na podstawie którego cudzoziemiec wnioskujący o taką ochronę będzie mógł zostać zatrzymany w celu rozpatrzenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, w przypadku gdy wniosek ten został złożony w przejściu granicznym a wnioskodawca nie będzie spełniał warunków wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i pobytu na tym terytorium. Zgodnie

z proponowanym w projekcie ustawy brzmieniem art. 88a ust. 1 pkt 2, cudzoziemiec zatrzymany na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 6 ustawy, co do zasady, będzie umieszczany w ośrodku strzeżonym lub areszcie dla cudzoziemców, przy czym wyłączona zostanie możliwość zastosowania wobec niego któregokolwiek ze środków alternatywnych do detencji, wymienionych, podobnie, jak w obowiązującej obecnie wersji ustawy, w art. 88 ust. 1 tego aktu.

Wobec cudzoziemców zatrzymanych w związku ze złożeniem wniosku o ochronę międzynarodową na granicy przy niespełnianiu warunków wjazdu na terytorium Polski, sąd orzekać będzie o umieszczeniu w ośrodku strzeżonym (areszcie dla cudzoziemców) na okres 28 dni (art. 89 ust. 1 pkt 2 projektowanej ustawy). Jeżeli w tym okresie cudzoziemcowi nie zostanie doręczona decyzja Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców w przedmiocie udzielenia ochrony międzynarodowej lub organ rozpatrujący odwołanie od decyzji kończącej postępowanie przed organem pierwszej instancji, wydanej w trybie granicznym, wstrzyma jej wykonanie, albo też w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że okres wykonania decyzji kończącej postępowanie prowadzone w trybie granicznym ulegnie przedłużeniu, sąd przedłuży okres pobytu cudzoziemca w ośrodku strzeżonym (lub areszcie dla cudzoziemców) do 60 dni.

Jeżeli wniosek złożony przez cudzoziemca będzie rozpatrywany w trybie granicznym, a sprawa nie zostanie załatwiona w terminie 20 dni od dnia złożenia wniosku (tj. w terminie, o którym mowa w art. 39b ust. 2 pkt 1 projektowanej ustawy), Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców będzie mógł, w drodze postanowienia, zwolnić cudzoziemca z detencji. Warto jednak zauważyć, że zgodnie literalnym brzmieniem art. 89b ust. 2 pkt 2 projektowanej ustawy, w takim przypadku Szef Urzędu będzie jedynie mógł, a nie musiał, orzec o zwolnieniu cudzoziemca z ośrodka strzeżonego (lub aresztu).

Opisane wyżej regulacje, których wprowadzenie skutkować będzie w zasadzie obligatoryjnym stosowaniem detencji wobec wszystkich tych cudzoziemców, którzy złożą wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej podczas odprawy na przejściu granicznym i nie będą dysponować innym tytułem do wjazdu i pobytu w Polsce, budzą moje poważne zastrzeżenia. Projektowane w tym zakresie przepisy pozostają bowiem w sprzeczności z zasadą, zgodnie z którą państwa członkowskie nie mogą zatrzymać żadnej osoby wyłącznie ze względu na fakt, że wnioskuje ona o udzielenie ochrony międzynarodowej, wyrażoną w art. 26 ust. 1 zd. 1 dyrektywy 2013/32/UE oraz art. 8 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (wersja przekształcona, Dz.U.UE.L.2013.180.96), zwanej dalej dyrektywą 2013/33/UE. Drugi z przywołanych wyżej przepisów, w ust. 2 dopuszcza co prawda, w drodze wyjątku, możliwość zatrzymania wnioskodawcy, ale wyłącznie w enumeratywnie wymienionych

w przepisach przypadkach, po indywidualnym zbadaniu każdej sprawy oraz po rozważeniu, czy wobec wnioskodawcy nie można skutecznie zastosować łagodniejszych środków przymusu. Wyczerpujący wykaz przesłanek, które uzasadniać mogą zatrzymanie przez państwo członkowskie osoby wnioskującej o ochronę międzynarodową, zawarty został w art. 8 ust. 3 dyrektywy 2013/33/UE. Wśród przesłanek tych znajdują się, między innymi, konieczność ustalenia lub weryfikacji tożsamości cudzoziemca, potrzeba uzyskania informacji, na których opiera się wniosek i których uzyskanie nie byłoby możliwe bez zatrzymania wnioskodawcy, prowadzenie postępowania mającego na celu podjęcie decyzji w sprawie prawa wnioskodawcy do przybycia na terytorium państwa członkowskiego, czy też konieczność ochrony bezpieczeństwa narodowego i porządku publicznego. Proponowane w analizowanym projekcie ustawy regulacje daleko wykraczają zatem poza dopuszczalne przez prawo UE przesłanki stosowania detencji wobec osób ubiegających się o ochronę międzynarodową. W sposób sprzeczny z art. 8 ust. 2 dyrektywy 2013/33/UE, projektowane przepisy całkowicie wyłączają również możliwość zastosowania wobec osób wnioskujących o ochronę międzynarodową środków alternatywnych, łagodniejszych niż pozbawienie wolności.

Stosowanie detencji wyłącznie na tej podstawie, że cudzoziemiec złożył wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej na przejściu granicznym i nie dysponuje dokumentem uprawniającym do wjazdu i pobytu w Polsce, należy również uznać za rodzaj nieuzasadnionej sankcji, pozostającej w sprzeczności z art. 31 ust. 1 Konwencji genewskiej o statusie uchodźców. Zgodnie z tym przepisem, państwa – strony Konwencji nie mogą nakładać kar za nielegalny wjazd lub pobyt na ich terytorium osób starających się o status uchodźcy, jeżeli przybywają one bezpośrednio z terytorium, na którym ich życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo.

3. ZAWĘŻENIE JEDNEJ Z PRZESŁANEK WYŁĄCZAJĄCYCH STOSOWANIE DETENCJI WOBEC CUDZOZIEMCÓW UBIEGAJĄCYCH SIĘ O OCHRONĘ MIĘDZYNARODOWĄ.

Projekt ustawy w sposób istotny zawęży jedną z okoliczności wyłączających możliwość zastosowania detencji wobec osoby zatrzymanej. Zgodnie z zaproponowanym w projekcie ustawy nowym brzmieniem art. 88a ust. 3 pkt 2, osób wnioskujących o ochronę międzynarodową nie umieszcza się w ośrodku strzeżonym ani nie stosuje się wobec nich aresztu dla cudzoziemców w przypadku, gdy ich stan psychofizyczny może uzasadniać domniemanie, że były ofiarami tortur lub innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania. Tymczasem obecnie obowiązująca wersja tego przepisu wyłącza

stosowanie detencji wobec wszystkich tych cudzoziemców, których stan psychofizyczny może uzasadniać domniemanie, że byli poddani przemocy.

Ustawa o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ani w wersji obecnie obowiązującej, ani w wersji projektowanej, nie zawiera definicji tortur ani niehumanicznego i poniżającego traktowania czy karania. Definicja tortur zaproponowana natomiast została w Konwencji ONZ w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanicznego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjęta w dniu 10 grudnia 1984 r. (Dz.U. z 1989 r., Nr 63, poz. 378). Zgodnie z art. 1 ust. 1 tej Konwencji, określenie "tortury" oznacza takie działanie, którym jakiegokolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub z ich polecenia albo za wyraźną lub milczącą zgodą. Niewątpliwie zatem tortury, podobnie jak niehumaniczne lub poniżające traktowanie i karanie, stanowią kwalifikowaną formę przemocy. Pojęcie tortur, niehumanicznego i okrutnego traktowania lub karania jest wobec tego węższe, niż pojęcie przemocy. W konsekwencji, po wejściu w życie projektowanych zmian, nie każda doświadczona przemoc, niezależnie od stopnia jej wpływu na stan psychofizyczny zatrzymanego cudzoziemca, będzie uznawana za przesłankę wyłączającą możliwość zastosowania detencji. To zaś oznacza, że w ustawie brak będzie podstawy prawnej do tego, aby sąd orzekający w przedmiocie zastosowania detencji odmówił umieszczenia w ośrodku strzeżonym lub areszcie dla cudzoziemców ofiar przemocy innej, niż tortury i nie mieszczącej się w definicji niehumanicznego czy okrutnego traktowania lub karania (np. ofiar przemocy domowej). Dlatego też, w mojej ocenie, art. 88a ust. 3 pkt 2 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej powinien zachować swoje dotychczasowe brzmienie.

4. TRYB GRANICZNY ROZPATRYWANIA WNIOSKÓW O UDZIELENIE OCHRONY MIĘDZYNARODOWEJ.

a. Przesłanki zastosowania trybu granicznego rozpatrywania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej.

Projekt ustawy, w art. 39b, wprowadza tzw. tryb graniczny rozpatrywania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej. Tryb ten, zgodnie z założeniami projektodawcy,

znajdzie zastosowanie w stosunku do cudzoziemca, który nie spełniając warunków wjazdu i pobytu na terytorium Polski stawi się do odprawy na przejściu granicznym i złoży tam wniosek o udzielenie wspomnianej ochrony, a ponadto:

- poda inne przyczyny złożenia wniosku, niż obawa przed prześladowaniem w kraju pochodzenia z powodu rasy, religii, narodowości, przekonań politycznych lub przynależności do określonej grupy społecznej czy też ryzyko doznania poważnej krzywdy, albo nie poda żadnych informacji o okolicznościach związanych z obawą przed prześladowaniem lub wspomnianym ryzykiem (art. 39b ust. 1 pkt 1 projektu ustawy),
- wprowadzi organ rozpatrujący wniosek w błąd przez zatajenie informacji lub dokumentów, bądź przedstawienie fałszywych i informacji czy dokumentów, dotyczących tożsamości lub obywatelstwa, przy czym informacje te będą miały istotne znaczenie dla nadania statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej (art. 39b ust. 1 pkt 2 projektu ustawy),
- przedstawi wyraźnie niespójne, sprzeczne lub nieprawdopodobne wyjaśnienia na potwierdzenie faktu prześladowania lub ryzyka doznania poważnej krzywdy, które będą sprzeczne ze sprawdzonymi informacjami dotyczącymi kraju pochodzenia (art. 39b ust. 1 pkt 3 projektu ustawy),
- złożył kolejny wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej i nie zaistniały ani nie zostały przedstawione przez cudzoziemca żadne nowe dowody ani okoliczności faktyczne lub prawne, znacząco zwiększające prawdopodobieństwo udzielenia ochrony międzynarodowej (art. 39b ust. 1 pkt 5 projektu ustawy),
- prawdopodobnie w złej wierze zniszczył dokument tożsamości lub dokument podróży lub pozbył się ich, jeżeli te dokumenty pomogłyby w ustaleniu jego tożsamości lub obywatelstwa (art. 39b ust. 1 pkt 7 projektu).

Poza wymienionymi wyżej przesłankami, tryb graniczny rozpatrywania wniosku o udzielenie ochrony znajdzie zastosowanie w sprawach cudzoziemców składających wnioski o ochronę na granicy, którzy pochodzą z bezpiecznego kraju pochodzenia lub przybywają z państwa, które w odniesieniu do nich, jako wnioskodawców, będzie uważane za bezpieczny kraj trzeci (art. 39b ust. 1 pkt 4 projektu), stanowią zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego albo z tego powodu byli w przeszłości wydaleny z terytorium RP bądź zostali zobowiązani do powrotu (art. 39b ust. 1 pkt 6 projektu), albo odmówili wywiązania się z obowiązku pobrania odcisków linii papilarnych (art. 39b ust. 1 pkt 8 projektu).

Tryb graniczny nie będzie mógł zostać zastosowany w przypadku osób, których umieszczenie w ośrodku strzeżonym lub areszcie dla cudzoziemców mogłoby spowodować

niebezpieczeństwo dla zdrowia i życia, których stan psychofizyczny może uzasadniać domniemanie, że były ofiarami tortur, okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania lub karania, a także w przypadku osób małoletnich bez opieki i osób niepełnosprawnych (art. 39b ust. 4 projektu).

Nie budzi moich wątpliwości fakt, że dyrektywa 2013/32/UE, w art. 43 ust. 1, dopuszcza możliwość wprowadzenia przez państwo członkowskie tzw. procedur granicznych, pozwalających na podejmowanie na granicach lub w strefach tranzytowych decyzji dotyczących dopuszczalności wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej lub nawet merytorycznej treści takiego wniosku. Jeżeli zgodnie z wolą państwa członkowskiego w procedurze granicznej mają być wydawane decyzje co do merytorycznej treści wniosku, a tak przewiduje projektowana ustawa, zastosowanie tej procedury dopuszczalne jest jednak wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek enumeratywnie wymienionych w art. 31 ust. 8 dyrektywy. Przesłanki zastosowania trybu granicznego, określone w art. 39b ust. 1 projektowanej ustawy, nie mogą zatem różnić się od przesłanek wymienionych w przywołanym wyżej przepisie dyrektywy w sposób, który sprawi że omawiany tryb znajdzie zastosowanie w przypadkach nie przewidzianych w prawie UE. Tymczasem porównanie treści obu przepisów wskazuje na pewne rozbieżności w tym zakresie. I tak, treść projektowanego art. 39b ust. 1 pkt 4 ustawy, zgodnie z którym w trybie granicznym rozpatrywane będą wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej, złożone przez cudzoziemców pochodzących z bezpiecznego kraju pochodzenia lub cudzoziemców, w odniesieniu do których państwo niebędące państwem członkowskim będzie uważane za bezpieczny kraj trzeci, wykracza poza odpowiadającą mu normę art. 31 ust. 8 pkt b dyrektywy. Przepis dyrektywy dopuszcza bowiem stosowanie procedury granicznej wobec cudzoziemców pochodzących z bezpiecznego kraju pochodzenia, ale nie obejmuje swym zakresem wnioskodawców, w stosunku do których inny kraj może być uznany za bezpieczny kraj trzeci. Tym samym, z art. 39b ust. 1 pkt 4 projektowanej ustawy należy usunąć fragment odnoszący się do koncepcji bezpiecznego kraju trzeciego. Również art. 39b ust. 1 pkt 6 projektu ustawy, na podstawie którego w trybie granicznym rozpatrzony zostanie wniosek cudzoziemca, który stanowić będzie zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego albo który był z tego powodu wydany z terytorium Polski bądź zobowiązany do powrotu, rozszerza przesłankę stosowania omawianego trybu w stosunku do analogicznego art. 38 ust. 1 pkt j dyrektywy. Przepis dyrektywy przewiduje stosowanie procedury granicznej wyłącznie wobec tych osób, które z poważnych powodów uznane zostaną za zagrożenie dla bezpieczeństwa lub porządku publicznego państwa członkowskiego lub z poważnych powodów, związanych z bezpieczeństwem lub porządkiem publicznym, były już wcześniej przymusowo wydalone z państwa członkowskiego. Z brzmienia przepisu dyrektywy wynika zatem, że do wdrożenia trybu granicznego nie może wystarczyć samo uznanie cudzoziemca za osobę stwarzającą

zagrożenie dla wymienionych wartości lub samo stwierdzenie, że wcześniej, dla ochrony tych wartości, przymusowo opuścił on terytorium Polski. Zarówno powody, z których uznano cudzoziemca za stwarzającego zagrożenie, jak i powody wcześniejszej deportacji lub zobowiązania do powrotu muszą bowiem spełniać dodatkowe kryterium odpowiedniej wagi. Kryterium to należy wobec tego w sposób wyraźny uwzględnić w treści art. 39b ust. 1 pkt 6 projektu ustawy.

b. Możliwość stosowania detencji wobec cudzoziemców, których wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej rozpatrywane będą w trybie granicznym.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 dyrektywy 2013/32/UE, decydując się na wprowadzenie trybu granicznego państwo członkowskie musi uwzględnić podstawowe zasady i gwarancje dla wnioskodawców, określone w Rozdziale II tej dyrektywy. Wśród tych zasad mieści się również wspomniana już wyżej zasada, zgodnie z którą państwa członkowskie nie mogą zatrzymać żadnej osoby wyłącznie na podstawie faktu, że złożyła ona wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej (art. 26 dyrektywy). W mojej ocenie oznacza to, że samo zastosowanie trybu granicznego nie może w sposób automatyczny prowadzić do zatrzymania cudzoziemca i umieszczenia go w placówce detencyjnej. Warto przy tym zauważyć, że art. 43 dyrektywy 2013/32/UE w żaden sposób nie wspomina o możliwości zatrzymania cudzoziemca, którego wniosek rozpatrywany jest w trybie granicznym. Nawet w ust. 3 omawianego artykułu, który odnosi się do sytuacji nadzwyczajnych, związanych z przyjazdem dużej liczby cudzoziemców składających na granicy wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej, mowa jest jedynie o tym, że procedury graniczne mogą być stosowane, gdy cudzoziemcy są „normalnie zakwaterowani” w miejscach znajdujących się w pobliżu granicy lub stref tranzytowych.

Jeśliby nawet uznać, że zatrzymanie cudzoziemca, którego wniosek o ochronę rozpatrywany jest w trybie granicznym, jest zgodne z art. 8 ust. 3 pkt c dyrektywy 2013/33/UE, na podstawie którego wnioskodawcę zatrzymać można w związku z prowadzonym postępowaniem mającym na celu podjęcie decyzji w sprawie jego prawa do przybycia na terytorium państwa członkowskiego, to i tak zatrzymanie takie nie może następować automatycznie. Art. 8 ust. 2 wspomnianej dyrektywy wymaga bowiem od państwa członkowskiego, po pierwsze, indywidualnego zbadania każdej takiej sprawy, a po drugie, każdorazowej oceny, czy wobec zatrzymanego nie można zastosować łagodniejszych niż detencja środków przymusu. Tymczasem, o czym była już mowa wyżej, projekt ustawy całkowicie wyłącza możliwość zastosowania wobec cudzoziemców składających wnioski o ochronę międzynarodową na przejściach granicznych, bez tytułu

uprawnającego ich do wjazdu do Polski, możliwość zastosowania środków alternatywnych do detencji.

c. Wykonywanie decyzji wydawanych w trybie granicznym.

Zgodnie z art. 39b ust. 2 pkt 3 i pkt 4 projektu ustawy, decyzja w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej, wydana w trybie granicznym, podlegać będzie natychmiastowemu wykonaniu, a termin na złożenie odwołania wynosić będzie 7 dni od dnia jej doręczenia. Dopiero w przypadku, gdy wraz z odwołaniem cudzoziemiec złoży wniosek o wstrzymanie wykonania decyzji, decyzja nie będzie podlegać wykonaniu do czasu wydania przez Radę do Spraw Cudzoziemców postanowienia w przedmiocie tego wniosku. Z tej perspektywy istotne znaczenie ma zmiana wprowadzona w art. 51a ust. 1 projektowanej ustawy, zgodnie z którą przedmiotem postępowania w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej, w przypadku odmowy przyznania tej ochrony, będzie udzielenie cudzoziemcowi zgody na pobyt ze względów humanitarnych, a następnie, w razie stwierdzenia braku przesłanek do udzielenia tej zgody, zobowiązanie cudzoziemca do powrotu do kraju pochodzenia. Ponieważ decyzje wydane w trybie granicznym, orzekające o takim zobowiązaniu, nie będą określały terminu dobrowolnego powrotu, ich wykonanie odbywać się będzie w trybie przymusowym (art. 51a ust. 4 pkt 3 w zw. z art. 51l ust. 2 pkt 1 projektu ustawy).

W projektowanym stanie prawnym, decyzja wydana w procedurze granicznej, zawierająca orzeczenie o zobowiązaniu do powrotu, będzie zatem wykonalna, i to w trybie przymusowym, już w chwili jej doręczenia, bez względu na bieg siedmiodniowego terminu do wniesienia odwołania. W praktyce można zatem przewidzieć sytuacje, w których jedyną szansą na wstrzymanie wykonania takiej decyzji będzie złożenie odwołania, razem z wnioskiem o wstrzymanie wykonania decyzji, dokładnie w momencie doręczenia stronie rozstrzygnięcia w jej sprawie.

Możliwość przymusowego wykonania decyzji wydanej w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej przed upływem terminu do wniesienia przez wnioskodawcę środka zaskarżenia pozostaje w sprzeczności z art. 46 ust. 5 dyrektywy 2013/32/UE. Zgodnie z tym przepisem, państwa członkowskie powinny bowiem zezwalać wnioskodawcom na pozostawanie na ich terytorium do upływu terminu, w jakim mogą oni skorzystać z prawa do skutecznego środka zaskarżenia, a jeśli z tego prawa skorzystają, nawet do czasu rozpatrzenia tego środka. Zasada suspensywności decyzji, w takim rozumieniu, nie dotyczy co prawda decyzji wydawanych w procedurze granicznej, w których wniosek cudzoziemca uznany został za oczywiście bezzasadny lub niedopuszczalny. Zgodnie jednak z art. 46 ust. 6 i ust. 8 dyrektywy, w takich przypadkach

sąd, działając na wniosek lub z urzędu, powinien rozstrzygnąć, czy wnioskodawca może pozostać na terytorium państwa członkowskiego do czasu rozpatrzenia wniesionego środka zaskarżenia. Do chwili zakończenia postępowania mającego na celu rozstrzygnięcie, czy wnioskodawca może pozostać na terytorium państwa członkowskiego, państwo to powinno jednak zezwolić wnioskodawcy na pobyt na tym terytorium. Proponowany w projekcie ustawy tryb wykonywania decyzji wydawanych w procedurze granicznej powinien zatem zostać dostosowany do zasad określonych w art. 46 ust. 5, 6 i 8 dyrektywy 2013/32/UE.

5. WĄTPLIWOŚCI DOTYCZĄCE STATUSU RADY DO SPRAW CUDZOZIEMCÓW.

Projektowana ustawa przewiduje istotną zmianę instytucjonalną, polegającą na ustanowieniu, w miejsce obecnej Rady do Spraw Uchodźców, nowego organu kolegialnego, jakim ma być Rada do Spraw Cudzoziemców. Z uzasadnienia projektu ustawy wynika, że w założeniu, organ ten pełnić ma funkcję organu o cechach sądu w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Tymi cechami, w ocenie projektodawcy, są między innymi niezależność, bezstronność i stałość.

Analiza przepisów ustanawiających Radę do Spraw Cudzoziemców prowadzi jednak do wniosku, że organ ten, w projektowanym kształcie, nie może być uznany za sąd w rozumieniu art. 47 Karty Praw Podstawowych UE, a tym samym art. 46 ust. 1 dyrektywy 2013/32/UE. Mimo wprowadzenia w projekcie ustawy nowego, kontradyktoryjnego trybu orzekania, jakim jest rozprawa administracyjna (art. 89 zf i niżej projektu ustawy), postępowanie przed Radą nie ma cech postępowania sądowego i nadal pozostaje postępowaniem administracyjnym, prowadzonym na podstawie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, które kończy decyzja administracyjna. Sam organ w dalszym ciągu pełni funkcję organu wyższego stopnia w rozumieniu tego Kodeksu (art. 89p ust. 1 projektu ustawy). Mimo formalnej niezawisłości członków składów orzekających Rady, wynikającej z art. 89s ust. 2 projektu ustawy, także faktyczna niezawisłość tego organu budzi poważne wątpliwości choćby z uwagi na fakt, że członków organu powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów (art. 89p ust. 4 projektu), a w ramach stosunku pracy podlegają oni ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych (art. 89z ust. 1 projektu ustawy). Tymczasem właśnie cecha „niezawisłości” ma istotne znaczenie dla uznania danego organu za sąd. Pojęcie „niezawisłości”, także w kontekście art. 47 Karty Praw Podstawowych UE, analizowane było przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej m.in. w wyroku wydanym w dniu 31 stycznia 2013 r. sprawie C-175/11 (*H.I.D. i B.A. przeciwko Refugee Applications Commissioner i inni*). Zdaniem Trybunału, gwarancja niezawisłości wymaga przede wszystkim istnienia zasad dotyczących, w szczególności, składu organu, mianowania, kadencyjności, a także, co szczególnie

istotne, powodów wyłączenia i odwołania członków organu, które w odczuciu podmiotów prawa pozwolą wykluczyć powstanie jakiegokolwiek uzasadnionej wątpliwości co do niezależności tego organu od czynników zewnętrznych oraz co do neutralności w odniesieniu do wchodzących w grę interesów. Przepisy projektowanej ustawy takiej gwarancji nie zawierają, czego dowodem może być treści art. 89zb ust. 1 omawianego projektu, który formułuje niejasne zasady ponoszenia przez członków Rady odpowiedzialności dyscyplinarnej. Zgodnie bowiem z tym przepisem, członek Rady ponosi odpowiedzialność za naruszenie swoich obowiązków i uchybienie godności zawodowej, za co może ponieść karę dyscyplinarną, także w postaci usunięcia z zajmowanej funkcji lub wykluczenia ze składu Rady (art. 89zb ust. 2 pkt 2 i pkt 3 projektu). W innym wyroku, wydanym w sprawie C-24/92 (*Pierre Corbiau vs. AdC*), Trybunał zauważył również, że o uznaniu organu za organ sądowy przesądzać powinny jego cechy ustrojowe, a w szczególności jego umocowanie jako władzy zewnętrznej wobec organu, który wydał skarżoną decyzję. Tymczasem Rada do Spraw Cudzoziemców nie będzie miała waloru władzy zewnętrznej w stosunku do Szefa Urzędu ds. Cudzoziemców, którego decyzje będzie badać w trybie odwoławczym. Rada nie będzie przynależać do władzy sądowniczej, instytucjonalnie nie mieści się bowiem w kategorii wymiaru sprawiedliwości, za to, podobnie jak Szef wspomnianego Urzędu, pozostanie częścią egzekutywy.

W mojej ocenie, nawet po wejściu w życie projektowanej ustawy, sądem, w rozumieniu art. 47 Karty Praw Podstawowych UE oraz art. 46 ust. 1 dyrektywy 2013/32/UE, pozostanie sąd administracyjny, a prawo do skutecznego środka zaskarżenia, o którym mowa w obu przepisach, będzie tożsame z prawem do zaskarżenia decyzji Rady ds. Cudzoziemców do sądu administracyjnego.

6. WYKONYWANIE DECYZJI ZAWIERAJĄCYCH ORZECZENIE O ZOBOWIĄZANIU CUDZOZIEMCA DO POWROTU W PRZYPADKU WNIESIENIA SKARGI DO SĄDU.

Zgodnie z art. 89zo ust. 1 projektowanej ustawy, wniesienie przez cudzoziemca skargi do sądu administracyjnego na decyzję Rady do Spraw Cudzoziemców, zawierającej orzeczenie o zobowiązaniu do powrotu, nie będzie z mocy prawa wstrzymywało wykonania skarżonej decyzji. Rada będzie natomiast mogła wstrzymać, na wniosek cudzoziemca, wykonanie decyzji wówczas, gdy cudzoziemiec uprawdopodobni, że jej wykonanie spowoduje nieodwracalne skutki, sprzeczne ze zobowiązaniami międzynarodowymi Rzeczypospolitej Polskiej. Po przekazaniu skargi sądowi administracyjnemu także sąd będzie mógł, na wniosek skarżącego, wydać postanowienie o wstrzymaniu wykonania skarżonej decyzji, pod warunkiem, że skarżący uprawdopodobni, że jej wykonanie

spowoduje nieodwracalne skutki, sprzeczne z zobowiązaniami międzynarodowymi RP (art. 89zo ust. 5 projektu).

Równocześnie, art. 4 pkt 15 projektowanej ustawy uchyla art. 331 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz.U. z 2016 r., poz. 1990). Obecnie, na mocy tego przepisu, w przypadku gdy cudzoziemiec złoży skargę do wojewódzkiego sądu administracyjnego na decyzję o zobowiązaniu go do powrotu wraz z wnioskiem o wstrzymanie jej wykonania, termin dobrowolnego powrotu lub termin przymusowego wykonania tej decyzji z mocy prawa przedłuża się do dnia wydania przez sąd postanowienia w sprawie tego wniosku. Uchylenie art. 331 ustawy o cudzoziemcach spowoduje tym samym, że również decyzje zobowiązujące cudzoziemca do powrotu do kraju pochodzenia, wydawane na podstawie przepisów ustawy o cudzoziemcach, będą mogły być wykonywane przed rozpatrzeniem przed sądem administracyjnym złożonej przez cudzoziemca skargi, a nawet przed rozpoznaniem przez sąd złożonego przez cudzoziemca wniosku o wstrzymanie wykonania skarżonej decyzji.

Obie, wspomniane wyżej zmiany spowodują zatem istotne ograniczenia w suspensywności decyzji orzekających o zobowiązaniu do powrotu, wydawanych tak w postępowaniu o udzielenie ochrony międzynarodowej, jak i w postępowaniu powrotowym, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy o cudzoziemcach. Tak daleko idące ograniczenie zasady suspensywności decyzji budzi moje poważne wątpliwości co do zgodności projektowanych regulacji z wielokrotnie przywoływanym już art. 47 Karty Praw Podstawowych UE, a także z art. 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.; zwanej też dalej Konwencją). Warto przypomnieć, że art. 13 Konwencji gwarantuje dostęp do skutecznego środka każdemu, czyje prawa i wolności zawarte w Konwencji zostały naruszone. Nie budzi przy tym wątpliwości fakt, że każda decyzja zobowiązująca cudzoziemca do powrotu do kraju pochodzenia narusza jego prawo do życia prywatnego, gwarantowane w art. 8 Konwencji, a także może godzić w chronione tym samym przepisem prawo do życia rodzinnego, jak też w inne prawa wymienione w tym akcie, jak np. prawo do życia (art. 2 Konwencji), prawo do wolności i bezpieczeństwa (art. 5 Konwencji) i inne.

Użyte w art. 47 Karty Praw Podstawowych oraz w art. 13 Konwencji pojęcie „skuteczności” rozumieć należy podobnie. Skuteczny środek zaskarżenia, w rozumieniu obu tych przepisów, to środek „odpowiedni” i „dostępny”, zarówno w sferze prawa, jak i w praktyce. Strona, która zamierza skorzystać z takiego środka, powinna nie tylko móc to uczynić, ale też w możliwie najszerszym zakresie powinna mieć możliwość kontrolowania przebiegu wszczętego tym środkiem postępowania i podejmowania działań zmierzających do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości co do uzasadnienia prawnego i faktycznego

wydanego w jej sprawie rozstrzygnięcia. W wyrokach wydanych w sprawach *C.G. i inni przeciwko Bułgarii* (wyrok z 24 kwietnia 2008 r., skarga nr 1365/07), *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii* (wyrok z 2 września 2010 r., skarga nr 1537/08) w sprawie *Al – Nashif przeciwko Bułgarii* (wyroku z dnia 20 czerwca 2002 r.) i sprawie *Othman (Abu Qatada) przeciwko Wielkiej Brytanii* (wyroku z 17 lipca 2012 r.) Europejski Trybunał Praw Człowieka, choć wypowiadał się w kontekście odmowy dostępu do zgromadzonych w sprawie informacji chronionych, zasugerował, że środek zaskarżenia jest skuteczny, gdy jego wniesienie powoduje wszczęcie postępowania o cechach kontradiktoryjności. Kontradiktoryjnym, w takim rozumieniu, będzie takie postępowanie, w którym strona nie tylko może zapoznać się ze zgromadzonymi w jej sprawie dowodami, ale też przedstawić w tym zakresie swoje uwagi. O kontradiktoryjności postępowania, w podobnym kontekście jak Trybunał Praw Człowieka, wspomniał też Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 4 czerwca 2013 r. w sprawie C-300/11 (*ZZ przeciwko Secretary of State for the Home Department*). Także w tym przypadku Trybunał stwierdził, że skuteczność środka zaskarżenia oznacza, iż postępowanie wszczęte takim środkiem w możliwie najszerszym zakresie szanuje zasadę kontradiktoryjności, aby zapewnić stronie możliwość zakwestionowania powodów, na których podstawie wydano sporną decyzję, oraz przedstawienia uwag w przedmiocie zebranych przeciwko niej dowodów. Nawet potrzeba ochrony bezpieczeństwa państwa nie może, zdaniem Trybunału, skutkować całkowitym pozbawieniem zainteresowanego prawa do bycia wysłuchanym w toczącym się postępowaniu.

W swoich wyrokach Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie podkreślał, że suspensywność decyzji orzekających o wydaleniu cudzoziemca jest konieczna do uznania środka odwoławczego za skuteczny, w rozumieniu art. 13 Konwencji. Gdyby bowiem skorzystanie z takiego środka nie wstrzymywało wykonania skarżonej decyzji, ochrona praw i wolności, gwarantowana Konwencją, byłaby bezprzedmiotowa – jakiegokolwiek gwarancje, po wykonaniu decyzji orzekającej o powrocie cudzoziemca do kraju jego pochodzenia, byłyby iluzoryczne wobec nieodwracalności skutków takiego powrotu. Takie stanowisko Trybunał zajął m.in. w sprawie *Jabari przeciw Turcji* (w wyroku z 11 lipca 2000 r.). Trybunał wprost uznał wówczas, że z uwagi na nieodwracalność skutków, jakie może pociągnąć rzeczywiste ryzyko tortur i niehumanitarnego traktowania, pojęcie skutecznego środka odwoławczego wymaga nie tylko dokładnego zbadania podnoszonych zarzutów, ale też wstrzymania wykonania zaskarżonej decyzji. Podobne stanowisko Trybunał przedstawił w wyroku w sprawie *Khlaifia i inni przeciwko Włochom* (wyrok z 1 września 2015 r.). Także w tym orzeczeniu Trybunał uznał, że skuteczność środka odwoławczego dla celów art. 13 Konwencji bezwzględnie wymaga, by środek ten miał automatyczny skutek zawieszający w przypadku skarg dotyczących wydalenia, które

wiążą się z rzeczywistym ryzykiem naruszenia praw i wolności gwarantowanych w art. 2 (prawo do życia) i art. 3 Konwencji (zakaz stosowania tortur).

Konieczność zapewnienia środkom zaskarżenia waloru skuteczności, zgodnie z przytoczonym powyżej orzecznictwem, wymaga zatem, aby wstrzymanie wykonania decyzji kończącej administracyjny tok instancji, tak w sprawach o udzielenie ochrony międzynarodowej, jak i w postępowaniach powrotowych, następowało z mocy prawa, przynajmniej do czasu rozpatrzenia przez sąd wniosku o wstrzymanie wykonania decyzji, złożonego razem ze skargą.

7. OGRANICZENIE PRAWA DO SĄDU.

Wynikająca z art. 89zo projektowanej ustawy możliwość wykonania decyzji zawierającej orzeczenie o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu przed rozpatrzeniem sprawy przez sąd administracyjny, czy nawet przed tym, jak sąd wypowie się co do wstrzymania wykonania takiej decyzji, narusza prawo cudzoziemca do sądu, gwarantowane w art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Ten sam zarzut dotyczy uchylecia art. 331 ustawy o cudzoziemcach. Art. 45 ust. 1 Konstytucji każdemu gwarantuje prawo do rozpatrzenia sprawy przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Tylko sąd, spełniający kryteria niezależności, bezstronności i niezawisłości, jest zatem organem, który w sposób ostateczny władny jest decydować o prawach i wolnościach jednostki, a zwłaszcza o ograniczeniach podstawowych praw i wolności człowieka. Takim organem, z przyczyn wskazanych przeze mnie w pkt 5 niniejszego wystąpienia, nie będzie projektowana Rada do Spraw Cudzoziemców. Tym samym prawo do sądu, przyznane w Konstytucji RP każdemu, a zatem także cudzoziemcom, realizowane może być wyłącznie w postępowaniu przed dwuinstancyjnym sądem administracyjnym. Do postępowania sądowo - administracyjnego należy zatem odnieść wszystkie omówione w punkcie poprzednim wytyczne Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dotyczące warunku skuteczności środka zaskarżenia. Wszczęcie postępowania przed sądem administracyjnym powinno zatem wstrzymywać wykonanie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, jako decyzji niosącej nieodwracalne skutki, a samo postępowanie musi spełniać warunek kontradyktoryjności, interpretowanej jako prawo strony do osobistego i czynnego udziału we wszystkich stadiach postępowania. Jakiegokolwiek ograniczenia w tym zakresie naruszać będą prawo cudzoziemca do sądu. Warto przy tym zauważyć, że twierdzenie o tym, iż przymusowe opuszczenie terytorium Polski przez cudzoziemca przed rozpatrzeniem złożonej przez niego skargi narusza przysługujące mu prawo do sądu, utrwaliło się już w orzecznictwie polskich sądów. Naczelny Sąd Administracyjny wypowiadał się już niejednokrotnie, że przymusowe opuszczenie Polski

uniemożliwia skarżącemu (cudzoziemcowi) skorzystanie w pełnym zakresie z prawa do sądu, pozbawia go możliwości osobistego udziału w postępowaniu, ale też sprawia, że w razie uwzględnienia skargi, ochrona sądowa okaże się iluzoryczna.¹

Mam nadzieję, że przedstawione wyżej uwagi spotkają się z zainteresowaniem ze strony Pana Ministra i zostaną uwzględnione w dalszych pracach legislacyjnych nad nową ustawą o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Byłbym zobowiązany, gdyby zechciał Pan Minister ustosunkować się do tych uwag w odpowiedzi na moje wystąpienie.

(-) [*Adam Bodnar*]

¹ Por. orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawach o sygn. akt II OZ 1330/05 i II OZ 1115/09 [za:] pismo Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do Komendanta Głównego Straży Granicznej z 30 listopada 2012 r. (http://beta.hfhr.pl/wp-content/uploads/2012/12/HFPC_SIP_wystapienie_30_listopada_2012.pdf).