



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 03-10-2021 r.

Marcin Wiącek

XI.543.13.2018

**Pan
Tomasz Grodzki
Marszałek Senatu
Rzeczypospolitej Polskiej**

Szanowny Panie Marszałku!

W związku z przekazaniem do rozpatrzenia przez Senat uchwalonej przez Sejm RP na 37. posiedzeniu w dniu 17 września 2021 r. **ustawy o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw** (druk nr 497) – w wyniku rozpatrzenia przedłożenia Rady Ministrów procedowanego w trybie pilnym (druk sejmowy nr 1507) – pozwolę sobie przedstawić swoje **wątpliwości odnośnie do przepisów ww. ustawy, w szczególności co do zgodności jej przepisów z prawem Unii Europejskiej oraz Konwencją dotyczącą statusu uchodźców**, podpisaną w Genewie w dniu 28 lipca 1951 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515; dalej: Konwencja genewska). Należy podkreślić, że przepisy prawa międzynarodowego, w tym unijnego, są – w świetle art. 91 Konstytucji – nadrzędne względem ustaw. Chciałbym jednocześnie zwrócić uwagę Wysokiej Izby na istniejące od lat trudności w realizacji prawa cudzoziemców do ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową i przypomnieć, iż prawo to, wśród innych wolności i praw osobistych, gwarantuje cudzoziemcom art. 56 ust. 2 Konstytucji RP.

Obecna, trwająca już kilka tygodni sytuacja na granicy polsko-białoruskiej, a także zmiany w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych (Dz. U. poz. 435, z późn. zm.), które dopuszczają możliwość zawracania cudzoziemców do linii granicznej bez weryfikacji ich sytuacji oraz ustalenia przyczyn i okoliczności opuszczenia kraju pochodzenia pokazują, że **dostęp do procedury uchodźczej w Polsce, zwłaszcza w warunkach wzmożonego ruchu**

migracyjnego na wschodnich granicach RP, staje się coraz bardziej utrudniony. Przypomnę, że sprawę cudzoziemców z okolic Usnarza Górnego poruszyłem już w wystąpieniach skierowanych do Prezesa Rady Ministrów¹ oraz Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji². Krytyczne uwagi co do wspomnianego rozporządzenia przedstawiłem natomiast w wystąpieniu przesłanym Ministrowi Spraw Wewnętrznych i Administracji³. Kopie ww. wystąpień pozwolę sobie załączyć do nin. pisma.

Zgodnie z publicznie dostępnymi informacjami w ostatnich miesiącach zdecydowanie wzrosła liczba zatrzymań cudzoziemców, którzy przekroczyli granicę polsko-białoruską wbrew obowiązującym przepisom prawa. Z informacji przekazanych mi przez Komendanta Głównego Straży Granicznej⁴ wynika, że tylko w okresie od 7 czerwca do 7 sierpnia 2021 r. w związku z przekroczeniem granicy państwowej wbrew przepisom Straż Graniczna zatrzymała łącznie 625 cudzoziemców, w tym 183 osoby małoletnie. Jednocześnie, w tym samym przedziale czasowym, aż 933 cudzoziemców, w tym 167 obywateli Afganistanu, złożyło wnioski o udzielenie im ochrony międzynarodowej, co potwierdzać może przypuszczenia, że **część cudzoziemców zatrzymywanych przez Straż Graniczną po przekroczeniu granicy w miejscu niedozwolonym, niezależnie od tego, czy przedostanie się na polską stronę granicy ułatwiają im służby białoruskie, jest zainteresowana ubieganiem się w Polsce o nadanie statusu uchodźcy.** Nie sposób przy tym nie wspomnieć o osobach zawracanych do granicy państwa na podstawie wspomnianego wyżej rozporządzenia MSWiA w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych, które poprzez wprowadzoną w tym akcie procedurę pozbawiane są szans na skuteczne złożenie wniosku o ochronę międzynarodową.

W świetle nowego trendu migracyjnego, z którym musi się zmierzyć nasze państwo i społeczeństwo, tym bardziej należy pochylić się nad kwestią faktycznego dostępu cudzoziemców do procedury rozpatrywania wniosków o ochronę międzynarodową. Trzeba również podkreślić, że zmiany zawarte w opiniowanej ustawie nie są z formalnego punktu widzenia powiązane z wprowadzeniem stanu wyjątkowego w drodze rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 2 września 2021 r. w sprawie wprowadzenia stanu wyjątkowego na obszarze części województwa podlaskiego oraz części województwa lubelskiego (Dz. U. poz. 1612). Będą one więc obowiązywały – o ile wejdą w życie – również w „normalnych” warunkach, po zakończeniu stanu wyjątkowego.

¹ Wystąpienie z dnia 20 sierpnia 2021 r., ozn. XI.543.29.2021.AS.

² Wystąpienie z dnia 25 sierpnia 2021 r., ozn. KMP.572.1.2021.MZ.

³ Wystąpienie z dnia 25 sierpnia 2021 r. ozn. XI.540.9.2020.AS.

⁴ Pismo Komendanta Głównego Straży Granicznej z 17 sierpnia 2021 r., nr KG-CU-ZSS.072.9.2021.

Należy zauważyć, że **pierwsze, niepokojące sygnały świadczące o trudnościach w dostępie do procedur udzielania ochrony międzynarodowej docierały do Biura RPO już w 2015 r.** i dotyczyły postępowania Straży Granicznej z osobami zgłaszającymi zamiar ubiegania się o taką ochronę podczas odprawy granicznej, do której przystępowały mimo braku dokumentów uprawniających do wjazdu na terytorium Polski. Sygnalizowane wówczas problemy w zdecydowanej większości skupiały się na kolejowym przejściu granicznym między Polską i Białorusią w Terespolu. Od tamtej pory, w zasadzie nieprzerwanie do momentu, kiedy w związku z pandemią COVID-19 kluczowe przejścia graniczne na wschodniej granicy zostały zamknięte, do Biura RPO wpływały skargi opisujące podobny stan faktyczny. Według skarżących, funkcjonariusze SG prowadzący odprawę graniczną nie reagowali na deklaracje cudzoziemców co do zamiaru ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową i nie odnotowywali tych deklaracji w żadnej, nawet wewnętrznej dokumentacji służbowej. W efekcie cudzoziemcom odmawiano prawa wjazdu na terytorium RP, a tym samym – prawa do ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową⁵.

Obowiązujące przepisy prawa nie pozostawiały wówczas – i nie pozostawiają nadal – wątpliwości, że każda osoba, która na granicy zgłosi chęć ubiegania się o wspomnianą ochronę, powinna zostać – tymczasowo, na czas trwania postępowania w sprawie rozpatrzenia wniosku – wpuszczona na terytorium Polski, a funkcjonariusze właściwej miejscowo Placówki Straży Granicznej zobowiązani są przyjąć od niej odpowiedni wniosek. Wynika to jednoznacznie z art. 9 ust. 1 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; dalej: dyrektywa 2013/32/UE). Takie działanie zapewnić ma możliwość faktycznej realizacji postanowień Konwencji genewskiej. O prawie do uzyskania azylu, czyli statusu uchodźcy według terminologii stosowanej w polskim porządku prawnym, wspomina też art. 18 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U.UE.C.2007.303.1 z późn. zm.). Dyrektywa 2013/32/UE w motywie 25 preambuły precyzuje, że każdy wnioskodawca powinien mieć zapewniony skuteczny dostęp do procedur rozpatrywania wniosku o ochronę międzynarodową. Tę ogólną zasadę uszczegóławia art. 6 ust. 2 dyrektywy 2013/32/UE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia osobom zamierzającym wystąpić z takim wnioskiem możliwości jak najszybszego jego złożenia.

⁵ Por. komunikat: <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/wizytacja-kolejowego-przejscia-granicznego-w-terespolu-wrzesien-2019>.

W sprawie gwarancji dostępu do procedur uchodźczych w Polsce dwukrotnie wypowiedział się Europejski Trybunał Praw Człowieka: w ostatecznym już wyroku z dnia 23 lipca 2020 r. w sprawie M.K. i inni przeciwko Polsce (skargi nr 40503/17, 42902/17, 43643/17) oraz w wyroku z dnia 8 lipca 2021 r. w sprawie D.A. i inni przeciwko Polsce (skarga nr 51246/17).

W pierwszej z ww. spraw Trybunał orzekł jednogłośnie, że Polska dopuściła się naruszenia 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; dalej: EKPC), w związku z **odmówieniem skarżącym dostępu do procedury uchodźczej oraz narażeniem ich na ryzyko nieludzkiego i poniżającego traktowania oraz tortur w kraju pochodzenia**, art. 4 Protokołu nr 4 do EKPC, **zakazującego zbiorowego wydalania cudzoziemców**, art. 13 Konwencji w związku z art. 3 EKPC oraz art. 4 Protokołu nr 4 do EKPC, poprzez **brak zapewnienia skarżącym skutecznego środka odwoławczego ze skutkiem zawieszającym** oraz art. 34 EKPC, poprzez **niezastosowanie środków tymczasowych** wskazanych w regule 39 Regulaminu Trybunału.

Natomiast w sprawie D.A. i inni przeciwko Polsce Trybunał wyraźnie podkreślił, że **nieprzyjmowanie od cudzoziemców wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej na granicy polsko-białoruskiej było częścią tej samej szerszej polityki państwa, ustalonej wcześniej w wyroku w sprawie M.K. i inni przeciwko Polsce**. Trybunał po analizie sprawy orzekł o naruszeniu szeregu przepisów EKPC, w tym ponownie art. 3 Konwencji, ze względu na narażenie skarżących na ryzyko nieludzkiego i poniżającego traktowania, jak również tortur w kraju pochodzenia, oraz brak dostępu do procedury azylowej, art. 4 Protokołu nr 4 do EKPC, zakazującego zbiorowego wydalania cudzoziemców, które to naruszenie przejawiać się miało tym, że funkcjonariusze Straży Granicznej wydając indywidualne decyzje o odmowie wjazdu nie uwzględnili oświadczeń skarżących dotyczących chęci ubiegania się przez nich o ochronę międzynarodową, art. 13 Konwencji w zw. z art. 3 EKPC oraz art. 4 Protokołu nr 4 do EKPC poprzez brak zapewnienia skutecznego środka odwoławczego ze skutkiem zawieszającym oraz art. 34 EKPC w zw. z art. 39 Regulaminu Trybunału, poprzez niezastosowanie przez polskie władze wydanego przez Trybunał środka tymczasowego.

Warto przy tym wspomnieć, że na problem braku dostępu do procedury uchodźczej na kolejowym przejściu granicznym w Terespolu zwrócił również uwagę **Specjalny Sprawozdawca ONZ ds. praw człowieka w odniesieniu do migrantów** w raporcie nt. trudności w dostępie do procedury uchodźczej i ich wpływu na prawa człowieka

migrantów⁶. Dokument ten, zaprezentowany na 47. Sesji Rady Praw Człowieka ONZ, odwołuje się do ww. wyroku Trybunału, a także wskazuje na rekomendacje⁷ Rzecznika Praw Obywatelskich przedstawiane po wizytacjach prowadzonych przez pracowników Biura RPO na przejściach granicznych w latach 2016 – 2019.

Z niepokojem stwierdzam, że ani rekomendacje RPO poprzedniej kadencji, ani wydawane przez Trybunał wyroki, czy stanowisko Specjalnego Sprawozdawcy ONZ nie przyczyniły się, jak dotąd, do jakichkolwiek zmian w obowiązujących przepisach prawa, które zwiększałyby gwarancje skutecznego dostępu do procedur udzielania ochrony międzynarodowej. Procedowany obecnie w Senacie, uchwalony przez Sejm rządowy projekt zmiany ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw nie tylko nie zmienia tego stanu rzeczy, ale zawiera wręcz propozycje, które w przypadku wejścia w życie dodatkowo ograniczą dostęp do ochrony międzynarodowej w Polsce.

Zwracam uwagę Wysokiej Izby, iż 27 sierpnia 2021 r. zwróciłem się do Biura Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka (ODIHR) Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie o wydanie, w trybie pilnym, oficjalnej opinii w sprawie zgodności ze standardami międzynarodowymi omawianej ustawy (w brzmieniu druku sejmowego nr 1507), a także rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 sierpnia 2021 r. zmieniającego rozporządzenie z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych. W swojej opinii ODIHR wyraziło wątpliwości i obawy wskazując m.in., że **ustanawiana ustawą procedura administracyjna** (przewidziana w art. 1 i 2 druku nr 1507, obecnie art. 1) **nie zapewnia wymaganych gwarancji**, w tym ze względu na ograniczenie podstaw ubiegania się o ochronę międzynarodową i brak indywidualnej oceny ryzyka w przypadku osób zgłaszających się do Straży Granicznej, a tym samym może prowadzić do naruszenia zakazu pośredniego refoulement. ODIHR stwierdza również, że projektowane **zmiany w nieuzasadniony sposób ograniczą prawo do skutecznego środka odwoławczego dla osób ubiegających się o ochronę międzynarodową i azyl w Polsce** (będąc w drodze lub na terytorium Polski) przez ograniczenie możliwości wystąpienia z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej oraz niezapewnienie skutecznego prawa do dochodzenia roszczeń i odwołania. Pełną treść opinii ODIHR, przetłumaczoną na język polski, załączam do niniejszego wystąpienia⁸.

⁶ Raport z dnia 12 maja 2021 r. dostępny pod adresem: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/HRC/47/30>.

⁷ Pismo z dnia 14 lutego 2017 roku oraz pismo z dnia 25 września 2018 roku.

⁸ Opinia ODIHR w języku polskim i języku angielskim dostępna także pod adresem: <https://bip.brpo.gov.pl/index.php/pl/content/projekt-zmian-prawa-dotyczacego-imigrantow-opinia-obweodihhr>

Dla porządku trzeba zwrócić uwagę, że w pewnych – absolutnie wyjątkowych okolicznościach – dopuszczalne może być zawrócenie do granicy osób, które przekroczyły ją niezgodnie z prawem, bez zbadania indywidualnych okoliczności sprawy. W tej kwestii wypowiedział się ETPCz w wyroku Wielkiej Izby z dnia 13 lutego 2020 r. w sprawie N.D. i N.T. przeciwko Hiszpanii (skargi nr 8675/15 i 8697/15). Trybunał w Strasburgu określił jednak precyzyjnie, w jakich okolicznościach dopuszczalne jest zastosowanie tego typu środków. Chodzi w szczególności o konieczność ustalenia, czy osoby, które nielegalnie przekroczyły granicę, miały prawną i faktyczną możliwość poszukiwania ochrony międzynarodowej w sposób zgodny z prawem. Opiniowana ustawa nie uwzględnia tego standardu.

Poniżej przedstawiam swoje uwagi i wątpliwości co do treści uchwalonej przez Sejm 17 września 2021 r. ustawy, z prośbą o rozważenie w toku prac w Senacie.

1. Uwagi dotyczące wprowadzenia do ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP art. 33 ust. 1a (art. 3 ustawy).

Zgodnie z ustawą, do obowiązującej obecnie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP dodany zostanie art. 33 ust. 1a, który stworzy możliwość pozostawienia bez rozpoznania wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w przypadku, gdy przedmiotowy wniosek zostanie złożony przez cudzoziemca, zatrzymanego w pobliżu granicy zewnętrznej UE niezwłocznie po jej przekroczeniu wbrew przepisom prawa, chyba że 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 mojej ocenie takie rozwiązanie nie znajduje oparcia w przepisach wspomianej już wyżej dyrektywy 2013/32/UE. Pośrednio spowoduje również, że do polskiego porządku prawnego wprowadzona zostanie koncepcja bezpiecznego kraju trzeciego.

• Przesłanki pozostawienia wniosku bez rozpoznania.

Wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej pozostawiony zostanie bez rozpoznania, gdy wnioskodawca przekroczy granicę zewnętrzną UE w sposób niezgodny z prawem i zostanie zatrzymany niezwłocznie po wjeździe do Polski, nie poda wiarygodnych przyczyn nielegalnego wjazdu oraz nie złoży wniosku o ochronę niezwłocznie po

przekroczeniu granicy państwa. Nie może jednak ująć uwadze, że tożsame przesłanki znaleźć można w dyrektywie 2013/32/UE, ale w innym kontekście. Otóż art. 31 ust. 8 lit. h) tej dyrektywy odnosi takie przesłanki do zastosowania przyspieszonego lub tzw. granicznego trybu rozpatrywania wniosków o ochronę międzynarodową. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, państwa członkowskie mogą przewidzieć, że procedura rozpatrywania wniosku prowadzona jest w trybie przyspieszonym lub przeprowadzana na granicy bądź w strefach tranzytowych w przypadku, gdy wnioskodawca wjechał nielegalnie na terytorium państwa członkowskiego (...) oraz bez ważnego powodu nie zgłosił się do organów, albo nie złożył wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w najkrótszym możliwym terminie, zważywszy na takie okoliczności jego wjazdu. Stosownie do art. 31 ust. 8 dyrektywy nawet w przypadku, w którym zastosowanie znajduje którakolwiek z ww. procedur, wniosek powinien jednak zostać rozpatrzony zgodnie z podstawowymi zasadami i gwarancjami dla wnioskodawcy, tj. po odpowiednim rozpatrzeniu, z zachowaniem indywidualnego podejścia do sprawy, z zapewnieniem bezstronności i obiektywizmu (por. art. 10 ust. 3 dyrektywy).

Podsumowując, w stanie faktycznym, w którym dyrektywa 2013/32/UE przewiduje zastosowanie trybu uproszczonego rozpatrywania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej i gwarantuje wnioskodawcy zachowanie podstawowych praw przysługujących stronie postępowania, analizowany projekt dopuszcza pozostawienie wniosku bez rozpoznania. **W tym zakresie proponowana regulacja pozostaje sprzeczna z przepisami dyrektywy.**

- **Przesłanka negatywna pozostawienia wniosku bez rozpoznania – wyjątek wprowadzający koncepcję bezpiecznego kraju trzeciego.**

Omawiany przepis wprost nie odwołuje się do koncepcji bezpiecznego kraju trzeciego. Pośrednio jednak koncepcja ta wynika ze sposobu, w jaki sformułowany został wyjątek od zasady pozostawienia bez rozpoznania wniosku złożonego przez cudzoziemca zatrzymanego niezwłocznie po przekroczeniu zewnętrznej granicy strefy Schengen wbrew przepisom prawa. Zgodnie z tym wyjątkiem, wniosek o udzielenie ochrony nie zostanie pozostawiony bez rozpoznania, jeśli wnioskodawca przybył bezpośrednio z terytorium państwa, w którym jego życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo prześladowania lub ryzyko wyrządzenia poważnej krzywdy. Odczytując ten wyjątek *a contrario*: bez rozpoznania będą pozostawiane wnioski o ochronę międzynarodową, złożone przez cudzoziemców zatrzymanych we wskazanych wyżej okolicznościach, którzy przybyli bezpośrednio z kraju, w którym nie istniały wskazane w przepisie zagrożenia.

Odnosząc się do proponowanej regulacji przypomnieć zatem należy, że koncepcja bezpiecznego kraju trzeciego ma swoje źródło w art. 38 dyrektywy 2013/32/UE, zgodnie z którym państwa członkowskie mogą stosować tę koncepcję jedynie w przypadku, gdy właściwe organy upewniły się, że osoba ubiegająca się o ochronę międzynarodową będzie traktowana w danym państwie trzecim zgodnie z wymienionymi w dyrektywie zasadami, czyli jej życie i wolność nie będą zagrożone z powodu rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub poglądów politycznych, nie zachodzi ryzyko doznania przez nią tzw. poważnej krzywdy⁹, przestrzegana jest zasada *non refoulement* zgodnie z Konwencją genewską, przestrzegany jest ustanowiony w prawie międzynarodowym zakaz wydalania, gdy jest on sprzeczny z prawem do wolności od tortur oraz okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania, istnieje możliwość ubiegania się o nadanie statusu uchodźcy i, jeśli status taki zostanie przyznany, uzyskania ochrony zgodnie z Konwencją genewską. Co więcej, zastosowanie koncepcji bezpiecznego kraju trzeciego w sprawie indywidualnej cudzoziemca powinno podlegać przepisom prawa krajowego, które wymagają istnienia związku między cudzoziemcem a danym państwem trzecim, i na podstawie których możliwa byłaby ocena, czy udanie się do tego państwa – z punktu widzenia samego cudzoziemca – będzie rozsądne. Dyrektywa 2013/32 nie definiuje w żaden sposób pojęcia „związku” między cudzoziemcem a krajem trzecim. Z pewnością jednak o istnieniu takiego związku nie może świadczyć wyłącznie to, że cudzoziemiec przed dotarciem do państwa członkowskiego przebywał na terytorium danego państwa trzeciego, jeżeli jego pobyt tam miał charakter tranzytowy.

Na marginesie warto zauważyć, że również art. 39 dyrektywy 2013/32/UE, dotyczący koncepcji europejskiego bezpiecznego kraju trzeciego, która dopuszcza odstępianie od rozpatrzenia lub rozpatrzenia w całości wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej oraz oceny kwestii bezpieczeństwa wnioskodawcy, który próbował wjechać lub wjechał nielegalnie na terytorium państwa członkowskiego z bezpiecznego kraju trzeciego, określa warunki, w jakich koncepcja ta może znaleźć zastosowanie. Jednym z tych warunków jest ratyfikacja, ale też przestrzeganie przez tzw. bezpieczny kraj trzeci postanowień EKPC (art. 39 ust. 2 pkt c dyrektywy 2013/32/UE).

Powyższe regulacje dyrektywy 2013/32/UE odczytywać należy przez pryzmat jej motywów (44) i (45). Pierwszy motyw dopuszcza, aby państwa członkowskie nie były zobowiązane do merytorycznej oceny wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w

⁹ Zgodnie ze znaczeniem, jakie pojęciu temu nadaje art. 15 dyrektywy 2011/95/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony (Dz.U.UE.L.2011.337.9).

przypadku, gdy można zasadnie oczekiwać, że wnioskodawca z powodu wystarczającego związku z państwem trzecim, określonego prawem krajowym, może poszukiwać ochrony w tym państwie oraz że zachodzą okoliczności wskazujące, że wnioskodawca zostanie tam przyjęty. Państwa członkowskie powinny jednak postępować według tej zasady jedynie wówczas, gdy można przyjąć, że **wnioskodawca będzie bezpieczny w danym państwie trzecim**. Zgodnie natomiast z motywem (45) dyrektywy, państwa członkowskie mogą odstąpić od rozpatrywania lub rozpatrywania w całości wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej w przypadku wnioskodawców, którzy wjechali na ich terytorium z europejskiego państwa trzeciego pod warunkiem jednak, że jest to państwo, w którym **przestrzega się szczególnie wysokich norm w zakresie praw człowieka i ochrony uchodźców**.

Nowego brzmienia art. 33 ust. 1a ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP nie sposób analizować w oderwaniu od sytuacji panującej na granicy polsko – białoruskiej, a omawianego wyżej wyjątku od pozostawienia wniosku bez rozpoznania, nawiązującego pośrednio do koncepcji bezpiecznego kraju trzeciego, nie można odczytywać inaczej, jak w odniesieniu do Białorusi. Dlatego też raz jeszcze warto podkreślić, że przepisy dyrektywy 2013/32/UE dopuszczają stosowanie koncepcji bezpiecznego kraju trzeciego, podobnie jak europejskiego bezpiecznego kraju trzeciego, pod warunkiem, że w kraju, który ma zyskać taki status, panują odpowiednio wysokie standardy przestrzegania praw i wolności człowieka. O tym, czy za taki kraj można i należy uznać Białoruś moim zdaniem przesądza już sam fakt, że tylko w tym roku od obywateli Białorusi przyjęto w Polsce ponad 1180 wniosków o ochronę międzynarodową¹⁰.

- **Pozostawienie wniosku o udzielenie ochrony bez rozpoznania a przesłanki niedopuszczalności wniosku.**

Czynność pozostawienia wniosku bez rozpoznania porównać można, co do powodowanych skutków, do postępowania z wnioskiem uznanym za niedopuszczalny, w stosunku do którego, na podstawie art. 33 ust. 1 dyrektywy 2013/32/UE, państwo członkowskie może odstąpić od merytorycznej oceny przesłanek udzielenia wnioskodawcy ochrony. Sama dyrektywa zawężyła jednak możliwość uznania wniosku za niedopuszczalny do kilku sytuacji, enumeratywnie wymienionych w art. 33 ust. 2 tego aktu. Wśród nich jest m.in. uznanie kraju, z którego przybył wnioskodawca za bezpieczny kraj trzeciego (art. 33 ust. 2 lit. c dyrektywy). Przepis ten transponowany został do polskiego porządku prawnego, z pominięciem koncepcji bezpiecznego kraju trzeciego, w art. 38 ustawy o udzielaniu

¹⁰ Za stroną: www.migracje.gov.pl, dostęp: 09.09.2021.

cudzoziemcom ochrony na terytorium RP. Warto zauważyć, że zgodnie z wolą polskiego ustawodawcy, nawet w przypadku uznania niedopuszczalności wniosku organ nie pozostawia go bez rozpoznania, a wydaje decyzję o uznaniu wniosku za niedopuszczalny. I choć skutkiem wydania takiej decyzji jest odstąpienie od merytorycznego rozpoznania przez organ przesłanek udzielenia ochrony międzynarodowej to jednak sytuacja procesowa wnioskodawcy, jako strony decyzji, wydaje się korzystniejsza, niż w przypadku pozostawienia wniosku bez rozpoznania.

2. Uwagi dotyczące wprowadzenia do ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach art. 303b, ustanawiającego obowiązek sporządzania protokołu przekroczenia granicy oraz wydania postanowienia o opuszczeniu terytorium RP (art. 1 ustawy).

Moje wątpliwości budzi też wprowadzenie do ustawy o cudzoziemcach nowego instrumentu prawnego w postaci wydawania przez komendanta placówki Straży Granicznej „postanowienia o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. Instrument ten ma zostać ustanowiony poprzez dodanie art. 303b w ustawie o cudzoziemcach. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku, gdy cudzoziemiec został zatrzymany niezwłocznie po przekroczeniu granicy zewnętrznej UE wbrew przepisom prawa, komendant placówki Straży Granicznej właściwy ze względu na miejsce przekroczenia granicy sporządza protokół przekroczenia granicy oraz wydaje postanowienie o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W postanowieniu określany ma być nakaz opuszczenia przez cudzoziemca terytorium RP oraz zakaz ponownego wjazdu na to terytorium oraz na obszar Schengen wraz z określeniem okresu tego zakazu (od 6 miesięcy do 3 lat). Zgodnie z projektem, na zarządzenie przysługiwać ma zażalenie do Komendanta Głównego Straży Granicznej, którego złożenie nie będzie jednak wstrzymywać wykonania zarządzenia. Z treści projektowanych przepisów nie wynika też, aby na wykonanie postanowienia wpływać miał fakt złożenia przez cudzoziemca wniosku o udzielenie w Polsce ochrony międzynarodowej. Tym samym cudzoziemiec, wobec którego wydano ww. postanowienie lub wszczęto taką procedurę, prawdopodobnie zostanie pozbawiony gwarancji zbliżonych do tych, które w postępowaniu o zobowiązanie do powrotu stwarzają art. 303 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach, dotyczący niewszczywania postępowania powrotowego po złożeniu wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, czy art. 305 tej ustawy, na podstawie którego wszczęte już postępowanie powrotowe ulega zawieszeniu po złożeniu przez cudzoziemca wspomnianego wniosku. Brak jakichkolwiek gwarancji, że cudzoziemiec, wobec którego podjęto czynności w kierunku wydania omawianego postanowienia będzie mógł pozostać na terytorium Polski do czasu rozpatrzenia złożonego wniosku o ochronę

międzynarodową sprawia, iż ww. regulacje uznać należy za sprzeczne z zakazem wydalania lub zawracania cudzoziemców, wynikającym wprost z art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej. Projektowane przepisy godzą też w art. 9 ust. 1 dyrektywy 2013/32/UE, zgodnie z którym osobom wnioskującym o ochronę międzynarodową należy zezwolić na pozostawanie w państwie członkowskim, na potrzeby procedury, do czasu podjęcia przez organ rozstrzygający decyzji zgodnie z procedurami obowiązującymi w pierwszej instancji.

Wydaje się oczywiste, że wprowadzone w ustawie postanowienie jest *de facto* decyzją administracyjną. Mimo nazwania tego aktu administracyjnego postanowieniem, zdaje się on spełniać wszystkie cechy decyzji administracyjnej – jego bezpośrednim skutkiem jest regulacja sfery indywidualnych praw i obowiązków, poprzez powstanie obowiązku opuszczenia terytorium RP. Skutkiem pośrednim zaś jest odebranie uprawnienia do złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, mimo że – zgodnie z normami dyrektywy 2013/32/UE – samo przekroczenie granicy wbrew przepisom prawa nie jest wystarczającą przesłanką do pozostawienia wniosku o udzielenie ochrony bez rozpoznania (może to być co najwyżej przesłanka do rozpoznania sprawy w trybie przyspieszonym lub na granicy lub w strefach tranzytowych, zgodnie z art. 31 ust. 8 lit. h dyrektywy).

Tym bardziej budzi moje zastrzeżenia fakt, że zgodnie z ustawą rozpatrzenie zażalenia na postanowienie będzie spoczywało na Komendancie Głównym Straży Granicznej, który jest przełożonym funkcjonariuszy Straży Granicznej, a nie na Szefie Urzędu ds. Cudzoziemców, jak jest w przypadku rozpatrzenia odwołania od decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu. Takie ukształtowanie zależności służbowej organów I i II instancji może rodzić pytania o ich systemową niezależność jako organów rozpatrujących tę samą sprawę w dwóch instancjach. Inną, niepokojącą kwestią jest wspomniany już wyżej brak możliwości zapewnienia stronie postępowania wniesienia środka odwoławczego ze skutkiem zawieszającym, co będzie prowadzić do sytuacji, w której zażalenie na wydane zarządzenie będzie rozpatrywane bez fizycznej obecności skarżącego na terytorium RP. **Przyjęcie takiej regulacji godzić zatem będzie w prawo do skutecznego środka odwoławczego** gwarantowane przez art. 13 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (Dz.U.UE.L.2008.348.98) oraz art. 47 Karty Praw Podstawowych.

Należy również zwrócić uwagę na fakt, że przy wydawaniu postanowienia przez właściwego komendanta placówki Straży Granicznej nie przewidziano konieczności rozpatrywania sytuacji faktycznej cudzoziemca pod kątem ewentualnego udzielenia mu zgody na pobyt ze względów humanitarnych lub zgody na pobyt tolerowany, co **może prowadzić do naruszenia zasady *non-refoulement***, wyrażonej w art. 33 Konwencji genewskiej oraz art. 19 Karty Praw Podstawowych, zgodnie z którą nikt nie może być usunięty z terytorium państwa, wydalony lub wydany w drodze ekstradycji do państwa, w którym istnieje poważne ryzyko, iż może być poddany karze śmierci, torturom lub innemu nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu. Możliwy automatyzm w wydawaniu postanowień o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a przede wszystkim odstąpienie od oceny indywidualnej sytuacji cudzoziemca rodzą też poważne **ryzyko naruszenia zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców**, ustanowionego w art. 4 Protokołu nr 4 do EKPC.

Na koniec chciałbym też zwrócić uwagę na wątpliwości dotyczące relacji między procedurą wydawania postanowień o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i obowiązującą procedurą zobowiązania cudzoziemca do powrotu. Nowe przepisy pozostają niejasne co do tego, w jakiej konkretnie sytuacji wobec cudzoziemca będzie wszczynana procedura zobowiązania do powrotu, a kiedy będzie wydawane wspomniane postanowienie. Przesłanka zatrzymania dokonanego niezwłocznie po przekroczeniu granicy, która warunkuje zastosowanie drugiej z wymienionych procedur, wydaje się bowiem nieostra. Powstaje też pytanie, czy w przypadku wejścia projektowanych przepisów w życie w obrocie prawnym pozostaną przepisy rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych, które przewidują możliwość zawrócenia do granicy cudzoziemców przekraczających tę granicę w sposób niezgodny z prawem. W przypadku nieuchylenia odpowiednich przepisów rozporządzenia istnieć będzie ryzyko, że w tożsamym stanie faktycznym, tj. w każdym przypadku zatrzymania cudzoziemca po przekroczeniu granicy w sposób niezgodny z prawem, możliwe będzie zastosowanie wobec niego jednej z trzech procedur, przy czym wybór będzie należał do SG i będzie miał charakter arbitralny.

3. Uwagi dotyczące wprowadzenia do ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej nowego przepisu karnego (art. 2 ustawy).

Poważne wątpliwości budzi zarówno sposób procedowania artykułu 2 ustawy, wprowadzającego do ustawy o ochronie granicy państwowej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1776) przepis karny, jak również sama jego treść. Zwraca uwagę, że pierwotny projekt

analizowanej ustawy nie zawierał tego przepisu – pojawił się on dopiero na etapie prac w Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych, po pierwszym czytaniu. Tym samym zaproponowano wprowadzenie do porządku prawnego pozornie nowego przestępstwa, stanowiącego jednak, jak się zdaje, typ kwalifikowany przestępstw stypizowanych obecnie w art. 277 lub art. 288 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1444, ze zm.). Samo umieszczenie projektowanego przepisu karnego w ustawie o ochronie granicy państwowej nie zmienia jego kodeksowego charakteru.

W mojej ocenie, nie nasuwa zastrzeżeń sama koncepcja wprowadzenia kwalifikowanego typu przestępstwa w analizowanym zakresie. Jednak z uwagi na fakt, że przepis dotyczy w istocie zaostrzenia sankcji karnej za przestępstwa stypizowane w obowiązującym Kodeksie karnym, **pierwsze czytanie analizowanej ustawy powinno nastąpić**, zgodnie z art. 37 ust. 2 *in fine* Uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. – Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. z 2021 r. poz. 483, t.j.; dalej: „Regulamin Sejmu”), **na posiedzeniu Sejmu**, co nie miało jednak miejsca. Co więcej, **do takiej zmiany zastosowanie powinny mieć przepisy Rozdziału 4 Działu II Regulaminu Sejmu** (Postępowanie z projektami kodeksów), przewidujące m.in. dłuższy termin pomiędzy doręczeniem posłom druku projektu a pierwszym czytaniem. Fakt niedochowania tego trybu może skutkować niekonstytucyjnością projektowanej zmiany ze względu na jej niezgodność z art. 2, art. 112 i art. 119 ust. 1 Konstytucji RP. Wprowadzenie nowego przestępstwa poprzez wprowadzenie poprawki do projektu ustawy po jej pierwszym czytaniu niewątpliwie powoduje wykroczenie poza pierwotny zakres tego projektu. Nie będzie więc mowy o wymaganych przez art. 119 Konstytucji trzech czytaniach. Niezależnie od niedochowania właściwego trybu legislacyjnego, **wątpliwości budzi również nieskierowanie projektu nowego przepisu karnego do konsultacji publicznych**, czego wymagałby § 36 ust. 1 Uchwały nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów (M.P. z 2016 r. poz. 1006, t.j.).

Poważna wątpliwość wiąże się ponadto z treścią omawianego przepisu karnego. Nie jest bowiem jasne, co zawiera się w zakresie znaczeniowym terminu „infrastruktura znajdująca się w strefie nadgranicznej i przeznaczona do ochrony granicy państwowej”. Nie wiadomo np., czy elementem takiej infrastruktury będą także znaki graniczne, sprzęt techniczny ustawiony w ostatnich tygodniach przy granicy z Białorusią, o którym donosiła prasa¹¹, czy namioty stawiane dla funkcjonariuszy SG na tym samym odcinku granicy. Pamiętając, że normy muszą pozostać abstrakcyjne i generalne, nie można zapomnieć, że

¹¹ Zob.

https://www.onet.pl/?utm_source=www.komputerswiat.pl_viasg_komputerswiat&utm_medium=referral&utm_campaign

zwłaszcza przepisy karne wymagają maksymalnej precyzji. Obowiązek precyzyjnego formułowania przepisów ciąży natomiast na ustawodawcy. Analizowany przepis budzi więc wątpliwości z punktu widzenia zasady *nullum crimen sine lege certa*, wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2020 r. poz. 627, z późn. zm.), przekazuję powyższe uwagi Panu Marszałkowi z uprzejmą prośbą o przekazanie ich członkiniom i członkom Wysokiej Izby oraz ich uwzględnienie w procesie legislacyjnym. Liczę, że przedstawione uwagi i wątpliwości spotkają się z zainteresowaniem Wysokiej Izby.

Z poważaniem

Marcin Wiącek

Rzecznik Praw Obywatelskich

/-podpisano elektronicznie/

Do wiadomości:

- Pan Senator Aleksander Pociąg, Przewodniczący Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji Senatu RP
- Pan Senator Zygmunt Frankiewicz, Przewodniczący Komisji Samorządu Terytorialnego i Administracji Państwowej Senatu RP

Załączniki:

1. opinia OBWE / ODIHR z dnia 10 września, ozn. MIG-POL /438/2021 [JB];
2. wystąpienie RPO z dnia 20 sierpnia, ozn. XI.543.29.2021.AS;
3. wystąpienie RPO z dnia 25 sierpnia 2021 r., ozn. KMP.572.1.2021.MZ;
4. wystąpienie RPO z dnia 25 sierpnia 2021 r., ozn. XI.540.9.2020.AS.

[n=leo_automatyczny&src=ucs&pid=a10a57b2-5076-4c1f-9694-c9108266acc9&sid=07372b08-f780-4b33-9df9-1b765bfb7d0f&utm_v=2](https://www.sejm.gov.pl/sejmoweb.nsf/leao_automatyczny?src=ucs&pid=a10a57b2-5076-4c1f-9694-c9108266acc9&sid=07372b08-f780-4b33-9df9-1b765bfb7d0f&utm_v=2), dostęp z 22.09.2021 r.