



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 października 2022 r.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku

w składzie następującym:

Przewodniczący	sędzia WSA Marek Leszczyński (spr.)
Sędziowie	sędzia WSA Elżbieta Lemańska
	sędzia WSA Małgorzata Roleder

po rozpoznaniu w Wydziale II na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 października 2022 r.

w trybie uproszczonym

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

uchyla zaskarżone postanowienie



Na oryginalne właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem

Starszy sekretarz sądowy

Krzysztof Derewońko

UZASADNIENIE

Komendant Placówki Straży Granicznej w Bobrownikach (dalej: Komendant, Organ) postanowieniem z dnia 29 grudnia 2021 r. o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nr 03-105/269/D-POP/2021: (1) nakazał [REDAKTOWANE] opuszczenie terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; (2) orzekł o zakazie ponownego wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i innych państw obszaru Schengen na okres 3 lat.

Skargę na powyższe postanowienie, do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku, złożył Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: Rzecznik, Skarżący), w której zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

1) art. 7, art. 77 § 1 i art. 80 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”), poprzez niepodjęcie przez Organ żadnych czynności niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy, zwłaszcza czynności zmierzających do ustalenia, czy [REDAKTOWANE] był małoletnim cudzoziemcem przebywającym na terytorium RP bez opieki, niezebranie w tym zakresie w sposób wyczerpujący (a w konsekwencji również nierozpatrzenie) całego materiału dowodowego, a następnie - na podstawie niekompletnego materiału dowodowego - uznanie za udowodnione okoliczności, jakoby:

a) [REDAKTOWANE] pozostawał pod opieką obywatela Syrii, [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE], podczas gdy była to dla małoletniego [REDAKTOWANE] osoba całkowicie obca, a fakt, że obaj cudzoziemcy zostali zatrzymani w tym samym miejscu i czasie był przypadkowy i nie świadczył o sprawowaniu przez [REDAKTOWANE] opieki prawnej czy nawet faktycznej nad małoletnim;

b) do zatrzymania wyżej wskazanych cudzoziemców doszło niezwłocznie po przekroczeniu granicy, podczas gdy faktycznie zostali oni zatrzymani ok. 60 km w linii prostej od linii granicy, a więc niewątpliwie nie stało się to niezwłocznie po jej przekroczeniu;

c) wyżej wskazani cudzoziemcy nie wyrazili chęci ubiegania się o udzielenie im ochrony międzynarodowej na terytorium RP, czemu przeczy fakt, że [REDACTED] [REDACTED] po tym jak ponownie przedostał się na terytorium RP w dniu 31 grudnia 2021 r., zgłosił zamiar ubiegania się o taką ochronę i w dniu 10 stycznia 2022 r., po ustanowieniu małoletniemu kuratora, złożył stosowny wniosek;

d) poza tym - niepoczynienie żadnych ustaleń odnośnie do stanu zdrowia [REDACTED] chorego [REDACTED]; zaś powyższe stanowi rażące naruszenie prawa w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.

2) art. 10 § 1 k.p.a., w przypadku małoletniego [REDACTED] 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”), poprzez uniemożliwienie [REDACTED] wzięcia udziału w postępowaniu administracyjnym oraz wypowiedzenia się co do dowodów, materiałów oraz żądań, o czym świadczy także fakt niezapewnienia cudzoziemcom dostępu do tłumacza, potwierdzony brakiem jakiegokolwiek wzmianki o obecności tłumacza w protokole przekroczenia granicy Rzeczypospolitej Polskiej oraz w pozostałych dokumentach pochodzących w tej sprawie od Organu, wobec czego niewątpliwie nie doszło do wysłuchania cudzoziemców, 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;

w konsekwencji powyższych naruszeń, w stosunku do małoletniego [REDACTED] [REDACTED] przebywającego w Polsce bez opieki, zaskarżonemu postanowieniu zarzucił również naruszenie:

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 poprzez niewystąpienie do sądu z wnioskiem o wyznaczenie przedstawiciela dla małoletniego [REDACTED] pozostającego w Polsce bez opieki i niezdolnego do czynności prawnych, co w konsekwencji spowodowało skierowanie zaskarżonego

postanowienia do osoby, która nie mogła być stroną w nin. sprawie, co z kolei wypełniło przesłankę art. 145 § 1 pkt 2 p.p.s.a. w zw. z art. 156 § 1 pkt 4 k.p.a., oraz spowodowało 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 poprzez faktyczne pozbawienie [REDAKTOWANA] dostępu do dwuinstancyjnego postępowania, jako że:

a) ponad wszelką wątpliwość [REDAKTOWANA] nie miał faktycznej możliwości wniesienia zażalenia na nin. postanowienie, ponieważ postanowienie to podlegało natychmiastowemu wykonaniu, a cudzoziemiec został zmuszony do opuszczenia terytorium RP i udania się na terytorium Białorusi, gdzie nie miał dostępu do pomocy prawnej, nie mógł skorzystać z usług operatora pocztowego, a prawdopodobnie nie miał nawet przyborów piśmienniczych, z czego Organ powinien zdawać sobie sprawę, jako że dysponował wiedzą o sytuacji cudzoziemców zawracanych na terytorium Białorusi i przebywających tam w strefie przygranicznej pod ścisłym nadzorem białoruskich służb granicznych, ewentualnie mógł i powinien był tę wiedzę pozyskać z ogólnie dostępnych źródeł (w tym mediów);

b) [REDAKTOWANA], poza okolicznościami opisanymi powyżej, nie miał prawnej możliwości dochodzenia swoich praw, jako że [REDAKTOWANA], będący stroną postanowienia obejmującego małoletniego, nie był jego opiekunem prawnym i w żaden sposób nie był zobligowany do działania w interesie i na rzecz małoletniego, zaś Organ zawrócił małoletniego na białoruską stronę granicy i zaniechał wystąpienia do sądu z wnioskiem o wyznaczenie przedstawiciela dla małoletniego pozostającego bez opieki i niezdolnego do czynności prawnych;

zaś niezależnie od powyższych naruszeń zaskarżonemu postanowieniu zarzucił naruszenie:

5) art. 123 § 2 k.p.a., poprzez samo wydanie w nin. sprawie postanowienia, które rozstrzyga 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, zaś powyższe stanowi rażące naruszenie prawa w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.;

zaś niezależnie od powyższego zarzucił naruszenie:

6) 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 niewskazanie podstawy faktycznej jego wydania, co przyczyniło się do pozbawienia skarżących prawa do skutecznego środka odwoławczego, jako że nie byli oni w stanie poznać powodów, z których postanowienie to zostało wydane.

II. W konsekwencji wskazanych naruszeń prawa procesowego, na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. a p.p.s.a., zaskarżonemu postanowieniu zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

7) art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2021 r., poz. 2354 ze zm., dalej: „u.o.c”) 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”), a także w zw. z

b) art. 18 i art. 19 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE.C z 2007 r., nr 303 s. 1; dalej: „KPPUE”) oraz

c) w stosunku do małoletniego [REDAKTOWANE] art. 3 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 2, art. 37 Konwencji o prawach dziecka, także w zw. z

d) art. 3 EKPC, art. 4 Protokołu nr 4 i art. 13 EKPC w zw. z art. 4 Protokołu nr 4,

poprzez niezasadne zastosowanie ww. przepisów u.o.c. i wydanie w stosunku do [REDAKTOWANE] postanowienia o opuszczeniu terytorium RP, a następnie jego wykonanie w sytuacji, gdy cudzoziemcy nie zostali zatrzymani niezwłocznie po przekroczeniu granicy, na co wskazuje miejsce ich ujęcia oddalone od linii granicy o 60 km, oraz gdy [REDAKTOWANE] był małoletnim pozostającym bez opieki, chorym na [REDAKTOWANE] poszukującym ochrony międzynarodowej na terytorium RP, przez co wydanie i wykonanie zaskarżonego postanowienia stanowiło zagrożenie dla jego zdrowia i życia, a także naraziło go na nieludzkie lub poniżające traktowanie, a także stanowiło zbiorowe wydalenie cudzoziemca w rozumieniu 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: „u.u.c.o.”) w zw. z:

a) art. 6 ust. 1 i 2 oraz art. 9 ust. 1 Dyrektywy Proceduralnej i w zw. z

b) art. 18 i art. 19 KPPUE i w zw. z

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”) i w zw. z

d) art. 4 Protokołu nr 4, a także w zw. z

e) art.3EKPC

poprzez ich niezastosowanie i uniemożliwienie cudzoziemcom złożenia wniosków o udzielenie im ochrony międzynarodowej, pomimo istnienia po ich stronie woli, w przypadku małoletniego ██████████ wysoce uprawdopodobnionej jego kolejnymi działaniami, ubiegania się o udzielenie takiej ochrony w Polsce, która to wola nie została przez funkcjonariuszy SG odnotowana z winy leżącej po stronie Organu - tzn. naruszenia wskazanych przepisów postępowania, w tym zwłaszcza art. 10 k.p.a. - mimo że powyższe przepisy ustawy zobowiązują Organ do przyjęcia od cudzoziemca deklarującego zamiar ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową wniosku o udzielenie takiej ochrony, zaś działając w ten sposób Organ naraził małoletniego ██████████ na nieludzkie lub poniżające traktowanie;

lub, alternatywnie w stosunku do zarzutu oznaczonego numerem 8, w przypadku uznania przez Sąd za nieudowodnione istnienia po stronie cudzoziemców zamiaru ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową:

9) art. 302 ust. 1 pkt 10 u.o.c. i art. 348 pkt 1 lit. a i b oraz pkt 3 u.o.c. 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, poprzez ich niezastosowanie i odstąpienie od wszczęcia postępowania administracyjnego w przedmiocie zobowiązania cudzoziemców do powrotu w sytuacji, gdy cudzoziemcy nie zostali zatrzymani niezwłocznie po przekroczeniu granicy, czego konsekwencją było odstąpienie od badania przesłanek udzielenia ██████████ zgody na pobyt w Polsce ze względów humanitarnych, co jest koniecznością w postępowaniu o zobowiązanie do powrotu,

zaś powyższe miało istotne znaczenie ze względu na fakt, że w przypadku [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] stan jego zdrowia [REDAKTOWANO] wskazywały, że spełnione mogły zostać przesłanki udzielenia mu takiej zgody, natomiast zignorowanie tych przesłanek przez Organ naraziło małoletniego na poniżające i nieludzkie traktowanie w rozumieniu EKPC i zagrażało jego zdrowiu i życiu.

Podnosząc powyższe zarzuty, Skarżący wniósł o:

- na podstawie art. 79 § 1 p.p.s.a., wniósł o ustanowienie dla [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] kuratora, albowiem miejsce jego obecnego pobytu nie jest znane, jako że nieznane są jego losy po zawróceniu do linii granicy;

a ponadto:

- na podstawie art. 145 § 1 pkt 2 p.p.s.a. w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. w zw. z art. 126 k.p.a. wniósł o stwierdzenie nieważności zaskarżonego postanowienia w całości jako wydanego z rażącym naruszeniem prawa;

ewentualnie, gdyby Sąd stwierdził, że nie doszło do rażącego naruszenia prawa,

1. na podstawie art. 145 § 1 pkt 2 p.p.s.a. w zw. z art. 156 § 1 pkt 4 k.p.a. w zw. z art. 126 k.p.a. wniósł o stwierdzenie nieważności zaskarżonego postanowienia w części, w jakiej dotyczy ono małoletniego pozostającego bez opieki - [REDAKTOWANO]

2. na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. a i c p.p.s.a wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia w pozostałym zakresie;

ewentualnie

3. na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. a i c p.p.s.a wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia w całości.

W uzasadnieniu skargi Rzecznik wskazał, że działając na podstawie art. 12 pkt 1 ustawy o RPO, wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie, zaś niniejszą skargę wniósł pomimo niewyczerpania środków zaskarżenia, do czego uprawnia go art. 52 § 1 p.p.s.a. Skarga została wniesiona z zachowaniem terminu określonego w art. 53 § 3 p.p.s.a.

Dalej Skarżący opisał stan faktyczny polegający na tym, że małoletni [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] wraz z kilkoma innymi cudzoziemcami, w tym [REDAKTOWANO] zostali ujęci w dniu 29 grudnia 2021 r. przez funkcjonariuszy Komendy Miejskiej Policji w Białymstoku, w miejscowości Zalesiany. 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 nieznanых przyczyn, małoletni ██████████ uznany został przez Straż Graniczną za podopiecznego ██████████ (jedynego spośród ujętych cudzoziemców, który nie posiadał dokumentu podróży, ani dokumentu potwierdzającego tożsamość). Wyżej wskazana osoba nie jest ani rodzicem, ani też opiekunem prawnym ██████████ ██████████. Nie sprawowała ona 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 ██████████ choruje ██████████, 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 ██████████ był opiekunem ██████████. Tymczasem kuratorka ██████████ stwierdziła, że z informacji uzyskanych od małoletniego wynika, że ██████████ 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 ██████████ należałoby odwołać się też do treści art. 12 ust. 1 i 2 Konwencji o prawach dziecka, z których to przepisów wynika, że państwa-strony są zobowiązane zapewnić małoletnim prawo do swobodnego wyrażania własnych poglądów we wszystkich sprawach ich dotyczących, przyjmując je z należyłą wagą stosownie do wieku oraz dojrzałości dziecka, zaś w tym celu muszą w szczególności zapewnić możliwość wypowiadania się w każdym postępowaniu sądowym i administracyjnym ich dotyczącym - bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela bądź odpowiedniego organu. Nie ulega wątpliwości, że obowiązkom tym 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. Wydaje się wyjątkowo mało prawdopodobne, by ██████████ świadomie i dobrowolnie zrezygnował z takiej możliwości, skoro już w dniu 10 stycznia 2022 r., po ponownym przekroczeniu granicy i po ustanowieniu małoletniemu kuratora, wniosek taki został przez niego złożony. Ponadto prawdziwość stanowiska przedstawianego przez Straż Graniczną może podważać również treść wniosku Fundacji Polskie Forum Migracyjne, przesłanego SG w dniu ujęcia małoletniego, tj. 31 grudnia 2021 r., w którym wskazano, że małoletni przebywa na terytorium RP i obawia się powrotu do kraju pochodzenia ze względu na grożące mu poważne naruszenia praw człowieka. Małoletni obawia się również zawrócenia na terytorium Białorusi i przemocy, która jest tam powszechnie stosowana wobec cudzoziemców usiłujących dostać się do Polski. Małoletni potwierdził też, że prosi o ochronę międzynarodową w Polsce. Powyższe oznacza, że Organ nie wykonał obowiązku, jaki wynika z przepisu 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 u.o.c, 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. Warto odnotować, że dopiero w

dniu 3 stycznia 2022 r., po ponownym przekroczeniu granicy przez ██████████ Organ wystąpił do Sądu Rejonowego w Białymstoku z wnioskiem o ustanowienie małoletniemu pieczy zastępczej oraz ustanowienie mu kuratora.

Dalej skarżący wskazał, że cudzoziemcy, a zwłaszcza ██████████ pozbawieni zostali jakiegokolwiek możliwości podważenia wydanego w ich sprawie postanowienia. Zostało ono bowiem wykonane natychmiast (w dniu jego wydania) w ten sposób, że cudzoziemców doprowadzono do linii granicy państwa i nakazano im udanie się na stronę białoruską. Odwołując się ponownie do wiedzy notoryjnej, stwierdzić należy z dozą prawdopodobieństwa graniczącą z pewnością, że na terytorium Białorusi cudzoziemcy nie mieli możliwości uzyskania jakiegokolwiek porady prawnej w zakresie polskiego prawa, nie mogli skorzystać z pomocy tłumacza, ani nawet nie mogli skorzystać z usługi pocztowej w zakresie nadania zażalenia. Małoletni ██████████ posiadający ograniczoną zdolność do czynności prawnych, nie mógłby też samodzielnie wnieść skutecznego środka zaskarżenia. W ten sposób obaj cudzoziemcy, choć z częściowo różnych powodów, zostali pozbawieni prawa do skutecznego środka odwoławczego (skarga wniesiona w niniejszej sprawie nie może zostać uznana za taki środek w rozumieniu EKPC, albowiem nie pochodzi ona od cudzoziemców, lecz od Rzecznika Praw Obywatelskich; co więcej - nawet wyrok pomyślny dla cudzoziemców nie zmieni tego, że doszło już do opisanych w dalszej części skargi naruszeń postanowień EKPC). W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) wskazuje się, że do naruszenia art. 13 EKPC dochodzi wówczas, gdy naruszony został inny przepis EKPC (w niniejszej sprawie takim przepisem jest art. 4 Protokołu nr 4), zaś podmiot, którego prawo zostało naruszone, nie ma rzeczywistej (a nie jedynie pozornej) możliwości skorzystania ze środka na poziomie państwowym, który umożliwiłby temu podmiotowi dochodzenie swoich praw. Jeśli więc środek taki istnieje tylko w teorii, tj. na podstawie przepisów prawa istnieje co prawda możliwość wniesienia takiego środka, jednak w konkretnej, indywidualnej sytuacji z przyczyn obiektywnych dana osoba nie jest w stanie z tej możliwości skorzystać (choćby dlatego, że została postawiona w takiej sytuacji, w której oczywiste było, iż niezależne od niej okoliczności faktyczne uniemożliwią jej wniesienie środka odwoławczego), to wówczas ETPC może orzec naruszenie art. 13 EKPC. 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, gdyż po wydaniu postanowienia zostali natychmiast zawróceni do linii granicy i poinstruowani o konieczności przejścia na stronę białoruską, gdzie - co wynika z wiedzy notoryjnej - przebywając w chronionej strefie przygranicznej, pod ścisłym nadzorem białoruskich służb, nie mieli szansy na sporządzenie i wniesienie środka odwoławczego.

W ocenie Skarżącego zaskarżone postanowienie rozstrzyga co do istoty sprawy. Podstawą prawną jego wydania był przepis u.o.c. wprowadzony do tego aktu w październiku 2021 r. Tymczasem 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. Stwierdzić wobec tego należy, że samym wydaniem postanowienia w nin. sprawie Organ naruszył 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. Niewątpliwie więc postanowienie to jest w istocie quasi decyzją administracyjną. Organ nie mógł więc stosować art. 303b u.o.c. bezpośrednio i literalnie, natomiast winien dokonać wykładni prawa, która by nie naruszała przepisów k.p.a. Ponadto przedmiotowe postanowienie nie spełnia nawet wymogów formalnych określonych w art. 124 § 2 k.p.a., gdyż nie zawarto w nim choćby szcążkowego, jednozdaniowego nawet uzasadnienia - ani prawnego, ani faktycznego. Adresat nie miał więc możliwości poznania rozumowania, które doprowadziło do wydania zaskarżonego postanowienia. Nie ma wątpliwości, że działając w ten sposób Organ naruszył ww. przepis k.p.a., gdyż ustawa przewiduje możliwość odstąpienia od sporządzenia uzasadnienia jedynie w określonych wypadkach, które w niniejszej sprawie nie wystąpiły (art. 126 w zw. z art. 107 § 4 i 5 k.p.a.).

Zdaniem Rzecznika Organ naruszył również przepisy prawa materialnego. Przepisy art. 303b ust. 1-3 i art. 303 ust. 1 pkt 9a u.o.c. budzą poważne wątpliwości co do ich zgodności z prawem krajowym oraz z postanowieniami prawa międzynarodowego. Cudzoziemcy, wobec których wydano postanowienie na podstawie wskazanej normy prawnej, pozbawieni zostali gwarancji zbliżonej do tej, którą w postępowaniu o zobowiązanie do powrotu stwarza art. 303 ust. 4 u.o.c., dotyczącej niewszczywania postępowania powrotowego po złożeniu wniosku o

udzielenie ochrony międzynarodowej, czy art. 305 u.o.c, na podstawie którego wszczęte już postępowanie powrotowe ulega zawieszeniu po złożeniu przez cudzoziemca wspomnianego wniosku. Zastosowanie przez Organ art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a u.o.c. w niniejszej sprawie, a także we wszystkich podobnych sprawach, pozbawia cudzoziemców możliwości legalnego pozostawania w Polsce po zadeklarowaniu zamiaru ubiegania się o ochronę międzynarodową i po złożeniu stosownego wniosku o taką ochronę. To zaś sprawia, że regulację art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a u.o.c., 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), który stanowi, że żadne państwo - strona Konwencji (ewentualnie KPPUE) nie wydałi lub nie zawróci w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne. Natomiast w oczywisty sposób wolności, a także i życiu cudzoziemców w niniejszej sprawie zagrażało niebezpieczeństwo na Białorusi. Białoruskie służby nie zezwalały cudzoziemcom na powrót do ich krajów ojczystych, lecz zmuszały ich do koczowania w lasach przy granicy i do podejmowania kolejnych prób jej przekroczenia wbrew przepisom prawa. Niejednokrotnie, o czym donosiły media i co wynikało z licznych relacji cudzoziemców, służby białoruskie stosowały wobec cudzoziemców przemoc.

Zastosowanie art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a u.o.c. 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. Wynikający z art. 303b ust. 1-3 u.o.c. automatyzm w wydawaniu i de facto w wykonywaniu postanowień o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a przede wszystkim wymuszone tą regulacją odstępianie od oceny indywidualnej sytuacji cudzoziemca sprawiają, że każde zastosowanie ww. przepisu i wydanie postanowienia o opuszczeniu terytorium RP narusza zakaz zbiorowego wydalania cudzoziemców, ustanowiony w art. 4 Protokołu nr 4 do EKPC.

Do takiego naruszenia bez wątplenia doszło również w niniejszej sprawie. Obaj cudzoziemcy, a wraz z nimi inne osoby, zostali zmuszeni do opuszczenia terytorium RP i przejście na białoruską stronę granicy. Organ nie umożliwił im zaprezentowania swoich argumentów przeciwko zawróceniu na Białoruś. Nie zbadał też sytuacji faktycznej i prawnej tych osób. Nie ustalił nawet, czy cudzoziemcy mają jakikolwiek tytuł prawny do pobytu na terytorium Białorusi, dokąd zostali zawróceni. W ten sposób spełnione zostały wszystkie wskazane wyżej przesłanki, aby wydalenie (zawrócenie) cudzoziemców na Białoruś uznać za zbiorowe. Nie ma zatem wątpliwości, że doszło w tym zakresie do naruszenia art. 4 Protokołu nr 4.

Zdaniem Skarżącego opisane wyżej okoliczności faktyczne wskazują również, że wydanie zaskarżonego postanowienia nastąpiło z naruszeniem art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka. Przepis ten wymaga, aby we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną było najlepsze zabezpieczenie interesów 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 zabezpieczyły 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 (zob. wyrok TSUE w sprawie C-104/10 - Patrick Kelly przeciwko National University of Ireland, University College, Dublin, § 35). Przepis art. 303b u.o.c. narusza tę zasadę. Zgodnie bowiem z art. 6 ust. 2 Dyrektywy Proceduralnej, państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić, aby osoba, która „wystąpiła z wnioskiem” o udzielenie ochrony międzynarodowej (czyli w polskim porządku prawnym „zadeklarowała zamiar złożenia wniosku”) miała możliwość jak najszybszego jego złożenia. Tymczasem, w ocenie Rzecznika, art. 303b u.o.c. stanowi właśnie przykład legislacji, która uniemożliwia lub znacząco utrudniała dostęp do praw gwarantowanych przez prawodawstwo UE, w tym przede wszystkim

wynikającego z art. 18 KPPUE, prawa do azylu, i uniemożliwia wykonanie Dyrektywy Proceduralnej poprzez faktyczne pozbawienie cudzoziemców dostępu do procedury udzielania ochrony międzynarodowej i możliwości legalnego pozostawania na terytorium Polski do czasu rozpoznania ich wniosków o taką ochronę. Konsekwencją zastosowania przez Organ przepisu art. 303b u.o.c, który z założenia ogranicza dostęp do procedury uchodźczej, było praktyczne uniemożliwienie cudzoziemcom złożenia wniosków o udzielenie im ochrony międzynarodowej.

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 wyrazili 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.

Natomiast, zdaniem Skarżącego, organ Straży Granicznej winien zapewnić cudzoziemcom możliwość złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej. Nie ulega wątpliwości, że to funkcjonariusz Straży Granicznej podejmujący jakiegokolwiek czynności wobec cudzoziemca, który deklaruje zamiar złożenia wniosku o ochronę międzynarodową, jest, zgodnie z art. 6 ust. 2 Dyrektywy Proceduralnej w zw. z jej motywami 26 i 27, zobowiązany do zapewnienia, aby cudzoziemiec ten miał rzeczywistą możliwość jak najszybszego złożenia takiego wniosku. Uniemożliwiając cudzoziemcom złożenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej Organ naruszył więc ww. przepisy u.u.c.o.

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 u.u.c.o., niewątpliwie należy uznać, że w takim wypadku Organ naruszył art. 302 ust. 1 pkt 10 u.o.c. 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 u.o.c. Odstąpienie od takiego działania na rzecz wydania zaskarżonego postanowienia nie znajdowało w stanie faktycznym niniejszej sprawy uzasadnienia.

Na koniec Skarżący wskazał, że jedynie na marginesie przypomnieć należy, że sytuacja cudzoziemców - w tym fakt, czy obecnie przebywają oni na terytorium RP, czy nie - nie wpływa na ocenę zgodności zaskarżonego postanowienia z prawem, albowiem ocenie podlega działanie Organu, które doprowadziło do jego wydania, i wraz z jego wydaniem kończy się zakres czasowy oceny jego prawidłowości.

W odpowiedzi na skargę Organ wniósł o jej oddalenie i wyjaśnił, że nieco inaczej przedstawia się stan faktyczny sprawy niż to przedstawił Rzecznik. I tak 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 [REDAKTOWANO] wynikało, że celem podróży były Niemcy. Wbrew temu co twierdzi RPO, celem podróży cudzoziemców nie było poszukiwanie ochrony w Polsce, lecz dostanie się do Niemiec. Sąd Rejonowy w Białymstoku IV Wydział Rodzinny i Nieletnich postanowił w dniu 4 stycznia 2022 r. ustanowić dla małoletniego cudzoziemca [REDAKTOWANO] kuratora w osobie adw. [REDAKTOWANO], 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 m. 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.

Organ nie zgodził się ze stanowiskiem skarżącego, że cudzoziemcy z pewnością deklarowali chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową na terytorium RP. Niestety bowiem statystyki przedstawiają zgoła inny obraz. W okresie od 1 sierpnia 2021 r. do 18 lipca 2022 r. funkcjonariusze PSG w Bobrownikach przyjęli ogółem 44 wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej na terytorium RP w związku z ujawnieniem nielegalnego przekroczenia granicy. W 13 przypadkach wnioskodawców nie umieszczono w Strzeżonych Ośrodkach dla Cudzoziemców w związku z zastosowaniem wobec nich alternatywnych środków do detencji lub udzieleniu im pomocy instytucjonalnej. Spośród cudzoziemców, wobec których zastosowano środki alternatywne do detencji lub pomoc instytucjonalną aż 12 z nich w niedługim czasie samowolnie opuściło miejsca, w których mieli przebywać, a następnie oddalili się w nieznanym kierunku i do dnia dzisiejszego nie jest znane miejsce ich pobytu. W jednym przypadku odpowiedzialność za rozpatrzenie wniosku o ochronę międzynarodową przejęło inne państwo członkowskie Unii Europejskiej. Powyższe oznacza, że cudzoziemcy, którzy nielegalnie przedostali się na terytorium Polski co do zasady (wyjątki stanowią promil przypadków) podróżują na zachód Europy najczęściej do Niemiec, tym samym nie poszukują ochrony w Polsce, ponieważ każde złożenie wniosku zamknęłoby drogę do ubiegania się o taką ochronę np. w Niemczech. Ci, którzy wnioski składają, mają nadzieję na umieszczenie ich w otwartym ośrodku Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców, w konsekwencji czego mają otwartą drogę do dalszej podróży na zachód Europy bez oczekiwania na rozstrzygnięcie co do udzielenia ochrony międzynarodowej. Taka sytuacja miała także miejsce i tym razem. Małoletni w chwili obecnej przebywa na terytorium Niemiec, gdzie udał się po ucieczce z Domu Dziecka w ████████, w którym został umieszczony na mocy postanowienia Sądu Rejonowego w Białymstoku IV Wydział Rodzinny i Nieletnich Sygn. akt IV Nsm 5/22 z dnia 4 stycznia 2022 r. o umieszczeniu w instytucjonalnej pieczy zastępczej. Fakt ucieczki podważa argumentację RPO 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. Ucieczka w zasadniczy sposób podważa także wiarygodność cudzoziemca. Cel jego

podróży potwierdza notatka z dnia 3 stycznia 2022 r., sporządzona z rozmowy z cudzoziemcem przy udziale tłumacza podczas realizacji czynności służbowych w związku ze złożeniem deklaracji złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, gdzie sam małoletni stwierdził, że jego celem podróży były Niemcy. Tym samym chybiony jest także argument, że fakt złożenia przez cudzoziemca deklaracji o chęci ubiegania się o ochronę na terytorium RP w dniu 1 stycznia 2022 r. świadczy jednoznacznie, że taką deklarację składał w dniu 29 grudnia 2021. Organy Straży Granicznej przyjmują wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej, gdy taka deklaracja zostanie złożona, co potwierdzają wyżej przytoczone statystyki. Niezbędne jednak jest uzewnętrznienie chęci ubiegania się o ochronę. W przedmiotowej sprawie w dniu 29 grudnia 2021 r. żaden z cudzoziemców takiej deklaracji nie składał.

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).

Odnosząc się do stanu zdrowia małoletniego, organ wyjaśnił, że nie zgłaszał on, że źle się czuje lub że jest chory. Nic także nie wskazywało, że jest chory na [REDAKTOWANE]. Jego dobry stan zdrowia potwierdził także lekarz w dniu 31 grudnia 2021 r., który odmówił jego hospitalizacji. Z pewnością gdyby cudzoziemiec przekazał taką informację, zostałby objęty odpowiednią opieką.

Organ przyznał natomiast rację skarżącemu, że błędnie uznał, że małoletni cudzoziemiec pozostawał pod opieką ob. Syrii [REDAKTOWANE]. Faktycznie osoba wskazana jako opiekun nie posiadała dokumentu tożsamości ani dokumentu potwierdzającego, że jest opiekunem małoletniego ob. 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, poprzez uniemożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu administracyjnym oraz

wypowiedzeniu się co do dowodów, materiałów oraz żądań, o czym świadczy także fakt niezapewnienia cudzoziemcom dostępu do tłumacza. W jego ocenie przedmiotowe postępowanie w związku z zatrzymaniem cudzoziemca niezwłocznie po przekroczeniu granicy nie jest postępowaniem skomplikowanym, nie wymaga złożonego „dowodzenia”. Cudzoziemcy mają świadomość, że przekroczyli nielegalnie granicę, że ich krajem docelowym były Niemcy oraz, że chcieli dotrzeć do Niemiec samochodem, który został zatrzymany przez Policję. Wbrew temu co twierdzi RPO, otrzymali stosowne pouczenie w języku dla nich zrozumiałym. Ponadto, jak już wcześniej wspomniano, funkcjonariusze w razie potrzeby korzystają z dostępnych translatorów, tak więc w przedmiotowej sprawie nie ma mowy o naruszeniu wspomnianych przepisów. Skoro więc Organ uznał, że małoletni ob. Syrii jest pod faktyczną opieką [REDAKTOWANE], w związku z tym nie było potrzeby ustanawiania przedstawiciela małoletniemu. W związku z tym nie naruszono 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 poprzez niewystąpienie do sądu z wnioskiem o wyznaczenie przedstawiciela dla małoletniego [REDAKTOWANE]

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. Organowi znane są liczne przypadki wnoszenia zażaleń zarówno przez pełnomocników cudzoziemców, jak i samych cudzoziemców przebywających na terytorium Białorusi. Natomiast proceder dostania się pod granicę RP realizowany i inspirowany jest przez służby białoruskie. Zarówno służby białoruskie, jak i sami cudzoziemcy, mają zbieżne cele. Służby białoruskie zarabiają na nielegalnej migracji, zaś cudzoziemcy chcą dostać się do krajów zachodnich UE. Przebywający na Białorusi mają dostęp do telefonów i mogą się komunikować z rodziną z kraju pochodzenia. Gdyby pobyt na Białorusi wiązał się z realnym ryzykiem, cudzoziemcy z pewnością przekazaliby taką informację do kraju pochodzenia. Tak się jednak nie dzieje i presja migracyjna mimo wszystko się utrzymuje.

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 u.o.c. jest samoistną podstawą i w sposób jasny określa jak powinien postąpić organ w przypadku zatrzymania cudzoziemców po przekroczeniu granicy i w jakiej formie. W odróżnieniu od RPO, organ nie ma bezpośrednio wpływu na uchwalane prawo, lecz je stosuje.

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 zgodnie z art. 128 w zw. z art. 144 k.p.a., nie wymagało szczegółowego uzasadnienia.

Zdaniem Organu niezasadne są też zarzuty, dotyczące naruszenia art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust 1 pkt. 9a u.o.c. w związku z innymi przywołanymi przez RPO przepisami poprzez niezasadne zastosowanie ww. przepisów u.o.c. oraz niezastosowanie przepisów (w szczególności art. 302 ust 1 pkt. 10 i art. 348 pkt 1 lit a i b u.o.c.) 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. Zatrzymanie cudzoziemców nastąpiło niezwłocznie po przekroczeniu granicy, w związku z tym także i ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Organ odniósł się też do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1, art. 26 ust. 1 i art. 28 ust. 1,3 i 6 ustawy dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP (Dz. U. z 2021 r., poz. 1108 ze zm., dalej : „u.u.c.o.”) w związku z innymi przepisami wskazanymi w zarzucie, poprzez ich niezastosowanie i uniemożliwienie cudzoziemcom złożenia wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej, pomimo istnienia po ich stronie woli ubiegania się o udzielenie ochrony w Polsce, która to wola nie została przez funkcjonariuszy SG odnotowana. W jego ocenie zarzut ten jest niezasadny. Cudzoziemcy ci nie wyrażali bowiem woli ubiegania się o ochronę w Polsce. Gdyby taką wolę wyrazili, to takie deklaracje

zostałyby przyjęte. Niczego w tej mierze nie zmienia fakt, że małoletni złożył taką deklarację w późniejszym okresie, bowiem oddalił się z miejsca, w którym miał przebywać w trakcie procedury uchodźczej i dokonując ponownie nielegalnego przekroczenia granicy RP, tym razem udał się do Niemiec, gdzie obecnie przebywa. Fakt ucieczki jednoznacznie podważa wiarygodność małoletniego cudzoziemca, szczególnie w kontekście poszukiwania ochrony na terytorium RP.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku zważył, co następuje:

Skarga zasługuje na uwzględnienie, chociaż nie wszystkie podniesione w niej zarzuty są zasadne.

Zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 137) oraz art. 3 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 329; dalej: „p.p.s.a.”) sąd administracyjny sprawuje kontrolę działalności administracji publicznej pod względem zgodności z prawem, stosując środki przewidziane w ustawie. Natomiast stosownie do art. 134 § 1 p.p.s.a. sąd rozstrzyga w granicach sprawy, nie będąc związany zarzutami i wnioskami skargi oraz powołaną podstawą prawną. Na mocy art. 119 pkt 2 i 3 p.p.s.a. sprawa została rozpoznana w trybie uproszczonym.

Na samym początku zauważenia wymaga, że został uwzględniony wniosek Skarżącego o ustanowienie, na podstawie art. 78 i 79 p.p.s.a., [REDAKTURA] kuratora, albowiem miejsce jego obecnego pobytu nie jest znane (por. postanowienie z dnia 3 sierpnia 2022 r.)

Przedmiotem kontroli dokonywanej przez Sąd w niniejszej sprawie, z punktu widzenia kryterium legalności, jest zaskarżone postanowienie Komendanta z dnia 29 grudnia 2021 r. o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nr 03-105/269/D-POP/2021, w którym nakazano [REDAKTURA] opuszczenie terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz orzeczono o zakazie ponownego wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i innych państw obszaru Schengen na okres 3 lat.

Materialnoprawną podstawę wydania zaskarżonego postanowienia stanowiły przepisy art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (t.j. Dz.U. z 2021, poz. 2354; dalej: u.o.c.).

Stosownie do postanowień art. 303 ust. 1 pkt 9a u.o.c, w przypadkach, o których mowa w art. 302 ust. 1 u.o.c., nie wszczyna się postępowania w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, a wszczęte postępowanie w tej sprawie umarza się, jeżeli cudzoziemiec został zatrzymany niezwłocznie po przekroczeniu granicy wbrew przepisom prawa, stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu art. 2 pkt 2 kodeksu granicznego Schengen. W przypadku, o którym mowa w art. 303 ust. 1 pkt 9a u.o.c., zgodnie z art. 303b ust. 1 u.o.c., komendant placówki Straży Granicznej właściwy ze względu na miejsce przekroczenia granicy sporządza protokół przekroczenia granicy oraz wydaje postanowienie o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Na postanowienie o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przysługuje zażalenie do Komendanta Głównego Straży Granicznej. Złożenie zażalenia nie wstrzymuje wykonania postanowienia. Natomiast zgodnie z art. 303b ust. 2 pkt 1 i 2 u.o.c., w postanowieniu, o którym mowa w ust. 1 określa się nakaz opuszczenia przez cudzoziemca terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (pkt 1) oraz orzeka się zakaz ponownego wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i innych państw obszaru Schengen wraz z określeniem okresu tego zakazu (pkt 2).

Zdaniem Sądu, zaskarżone postanowienie podlega uchyleniu, gdyż zasadny jest zarzut skargi dotyczący naruszenia art. 7 k.p.a., art. 77 § 1 k.p.a. i art. 80 k.p.a. polegający na niewyjaśnieniu stanu faktycznego, które to naruszenie w rozumieniu art. 145 § 1 pkt 1 lit. c) p.p.s.a., 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 w rozumieniu art. 145 § 1 pkt 1 lit. a) p.p.s.a., miało wpływ na wynik sprawy.

W stanie faktycznym niniejszej 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 do konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonego w Paryżu dnia 20 marca 1952 r.

oraz sporządzonego w Strasburgu dnia 16 września 1963 r. (Dz. U. z 1995 r., Nr 36, poz. 1752 ze zm.), 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, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526) poprzez uniemożliwienie małoletniemu wzięcia czynnego udziału w postępowaniu, w tym m.in. w zakresie wniesienia zażalenia. Zauważenia też wymaga, 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.

Podkreślenia również wymaga, że jak wynika z akt sprawy, taki przedstawiciel w postaci kuratora został małoletniemu [REDAKTOWANE] ustanowiony dopiero przez IV Wydział Rodzinny i Nieletnich 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 podziela przy tym stanowiska Organu, że jego zaniedbania w zakresie prawidłowego ustalenia stanu faktycznego i brakiem 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, a także o konsekwencjach złożenia takiego wniosku, zadeklarował on chęć złożenia takiego wniosku i że chciałby pozostać w Polsce w obawie przed powrotem na Białoruś lub do kraju pochodzenia (vide notatka urzędowa z dnia 3 stycznia 2022 r. – k. 27 akt). Podkreślenia więc wymaga, że Sąd w niniejszym postępowaniu ocenia legalność

działań Organu podjętych w dniu 29 grudnia 2021 r. a nie w dniu 31 grudnia 2021 r. Z racji wskazanych zaś powyżej, działania z dnia 29 grudnia 2021 r. były nieprawidłowe.

W tym miejscu zauważenia wymaga, że z art. 304 u.o.c. wynika, że organ prowadzący postępowanie w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu poucza cudzoziemca o możliwości złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej. Wprawdzie z mocy art. 303 ust. 1 pkt 9a u.o.c. w przypadkach, o których mowa w art. 302 ust. 1, nie wszczyna się postępowania w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, a wszczęte postępowanie w tej sprawie umarza się, jeżeli cudzoziemiec został zatrzymany niezwłocznie po przekroczeniu granicy wbrew przepisom prawa stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu art. 2 pkt 2 kodeksu granicznego Schengen, to jednak w ocenie Sądu, z racji na obowiązującą, z mocy 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) oraz z mocy art. 19 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE.C z 2007 r. nr 303, s. 1; dalej: KPPUE), tzw. zasadę non-refoulement, 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. Zasada ta zaś stanowi, że żadne państwo - strona Konwencji (ewentualnie KPPUE) nie wydali lub nie zawróci w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne. Jak zatem trafnie wskazuje się w orzecznictwie sądów administracyjnych (por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 czerwca 2022 r., sygn. akt IV SA/Wa 488/22), przepisy ustawy o cudzoziemcach, które stanowiły podstawę wydania zaskarżonego postanowienia, nie zawierają postanowień, które pozwoliłyby uznać, że wyłączają one obowiązywanie zasady non-refoulement, a tym bardziej, ściśle związanych z tą zasadą, praw podstawowych w postaci prawa każdego do godności, życia i zdrowia, a także zakazu poddawania kogokolwiek torturom, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu.

W ocenie niniejszego składu orzekającego, 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 sprawie niniejszej ani z Protokołu przekroczenia granicy Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 grudnia 2021 r. (k. 24 akt), ani z Postanowienia o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 grudnia 2021 r. (k. 25 akt) 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 Organu, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie mają zatem większego znaczenia ani wywody Organu przedstawione w odpowiedzi na skargę ani stanowisko Skarżącego w skardze co do oceny ogólnej sytuacji imigrantów na Białorusi, w tym zagrożeń dla życia i zdrowia zatrzymanych cudzoziemców w sprawie niniejszej. Mają one bowiem jedynie charakter rozważań teoretycznych i abstrakcyjnych. Skoro bowiem Organ nie poinformował cudzoziemców o możliwości ubiegania się o udzielenie ochrony międzynarodowej i ich w tym przedmiocie nie wysłuchał, to mogło być zarówno tak, że cudzoziemcy ci chcieli objęcia ich tą ochroną (jak twierdzi Rzecznik) albo jej nie chcieli (jak twierdzi Organ). Niemniej jednak wykazane naruszenia dają podstawę do przyjęcia, że sprawa nie została prawidłowo wyjaśniona, a to mogło mieć istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie.

Sąd nie podziela natomiast zarzutów skargi odnośnie naruszenia przepisu art. 10 § 1 k.p.a. w zakresie braku tłumacza podczas przeprowadzanych z cudzoziemcami czynności. W tej mierze uznać należy, 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. – k. 26 akt. Z racji na charakter postępowania określonego w art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a u.o.c., taki sposób komunikacji wydaje się być wystarczający. Tym bardziej, 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.

Niezasadny jest także, w ocenie Sądu, zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 123 § 2 k.p.a. Przywołany przepis reguluje, że postanowienia dotyczą poszczególnych kwestii wynikających w toku postępowania, lecz nie rozstrzygają o

istocie sprawy, chyba że przepisy kodeksu stanowią inaczej. W orzecznictwie sądów administracyjnych przyjmuje się, że sformułowanie „chyba że przepisy kodeksu stanowią inaczej” dotyczy również przepisów innych ustaw (por. wyrok NSA z dnia 22 marca 2007 r., sygn. akt II GSK 248/06). W tej mierze zauważenia więc wymaga, że to z woli ustawodawcy rozstrzygnięcie na podstawie art. 303b ust. 1 u.o.c. 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 podziela 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 u.o.c. 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.

Z treści przedmiotowego postanowienia widać, że wskazano w nim 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 u.o.c. 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.

Dla powyższej konstatacji, w ocenie Sądu, nie bez znaczenia jest cel uchwalenia przepisów art. 303b i 303 ust. 1 pkt 9a u.o.c. ustawą z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2021 r., poz. 1918). Jak podkreśla Magdalena Kumela-Romańska w:

Ustawa o cudzoziemcach. Komentarz, wyd. II, Opublikowano: LEX/el. 2022, komentowana regulacja została wprowadzona w bardzo szczególnym stanie faktycznym, związanym z masowym napływem cudzoziemców na terytorium UE w 2015 i 2016 r. Masowość napływu migrantów zbiegła się w czasie ze wzrostem zagrożenia terrorystycznego. Rząd w uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy o cudzoziemcach z 14 października 2021 r. zwrócił uwagę na konieczność wielokierunkowości zmian. Z jednej strony w celu zapewnienia cudzoziemcom dostępu do właściwych procedur udzielania ochrony międzynarodowej, a z drugiej w celu zapewnienia bezpieczeństwa państwa oraz ochrony zewnętrznej granicy UE przez zapewnienie wykrywania i zwalczania przemytu ludzi, nadużywania procedur uchodźczych przez migrantów ekonomicznych oraz zradykalizowanych przedstawicieli różnych kultur i religii.

Ponadto, zdaniem Sądu, 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 (por. przywołany już wyrok WSA w Warszawie w sprawie IV SA/Wa 488/22).

W ocenie Sądu niezasadny jest także co do zasady zarzut skargi dotyczący przyjęcia przez Organ, że do zatrzymania cudzoziemców doszło niezwłocznie po przekroczeniu granicy. Przede wszystkim bowiem 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 bądź 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, jak już wskazywano powyżej, winny się sprowadzić 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, w ocenie Sądu, które uniemożliwiły 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. W postępowaniu sądowoadministracyjnym w pierwszej kolejności przeprowadzona jest bowiem kontrola aktów administracyjnych z punktu widzenia ewentualnego istnienia wad powodujących ich nieważność lub dających podstawę do ich uchylenia. Przyjęcie takiej kolejności badania zgodności z prawem aktu uzasadnione jest tym, że ustalenie którejkolwiek z wad aktu powodujących stwierdzenie jego nieważności lub dających podstawę do jego uchylenia czyni dalszą kontrolę nie tylko zbędną, ale i niedopuszczalną (por. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi; Komentarze, T. Woś, H. Knysiak- Molczyk, M. Romańska, WP LexisNexis; W-wa 2005, str. 461).

Jako niezasadny należy uznać zarzut z pkt 28 skargi (wyrażony w uzasadnieniu skargi), usytuowany pośród zarzutów dotyczących naruszenia prawa materialnego, że przepisy art. 303b ust. 1-3 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a u.o.c. budzą poważne wątpliwości co do ich zgodności z prawem krajowym oraz z postanowieniami prawa międzynarodowego. Jak już bowiem wyżej wskazano, w aktualnym orzecznictwie ETCZP, 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 zwracanie nielegalnych migrantów próbujących przekroczyć granicę zewnętrzną Unii Europejskiej w miejscu do tego nieprzeznaczonym (por. przywołany już wyrok

WSA w Warszawie w sprawie IV SA/Wa 488/22 oraz wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 maja 2022 r., sygn. akt IV SA/Wa 615/22). Ponadto w przywołanych orzeczeniach sąd ten nie znalazł także podstaw do zwrócenia się w trybie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniami prawnymi sformułowanymi w skardze. Sąd w składzie niniejszym przychyliła się do powyższego stanowiska i podziela argumentację tam wyrażoną, że 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 nr II. 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 nr II. pkt 8 skargi, bo wbrew stanowisku Skarżącego, w sprawie nie ustalono, że cudzoziemcy mieli wolę złożenia wniosków o udzielenie im ochrony międzynarodowej. Twierdzenia Skarżącego, 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, bo jak słusznie wskazał Organ, złożenie takiego wniosku zamykałoby tym cudzoziemcom legalną drogę do wyjazdu z Polski do Niemiec.

To samo dotyczy naruszenia przepisów wskazanych w zarzucie nr II. 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 u.o.c., która wyłącza zastosowanie procedury z art. 303b ust. 1 w zw. z art. 303 ust. 1 pkt 9a u.o.c. Jak już jednak wyżej wskazano, 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 (wielokrotnie już wyżej omawiane) również nie pozwalają, zdaniem Sądu, na jednoznaczną ocenę, która procedura winna być w sprawie zastosowana.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy, organ weźmie pod uwagę argumentację przedstawioną przez Sąd w niniejszym wyroku, a przy wydawaniu rozstrzygnięcia zobowiązany będzie uwzględnić dokonaną wykładnię omawianych przepisów.

Mając powyższe na uwadze, na mocy art. 145 § 1 pkt 1 lit. a) i c) p.p.s.a., należało orzec jak w sentencji.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem

Starszy sędzią sądowy

Katarzyna Derewońko