



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa,

Adam Bodnar

XI.543.3.2019.MS

**Pan
Joachim Brudziński
Minister Spraw Wewnętrznych
i Administracji**

W nawiązaniu do pisma z dnia 5 lutego 2019 r. (nr DP-WLM-0231-11/2017/MM), informującego o trwających obecnie pracach nad projektem ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw (UC91), na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2018 r., poz. 2179) przedstawiam Panu Ministrowi swoje uwagi na temat niektórych, proponowanych w tym projekcie regulacji. Pozwolę sobie również przypomnieć, że stanowisko w sprawie pierwotnej wersji ww. projektu przedstawiłem w wystąpieniu z dnia 13 lutego 2017 r. Następnie, w korespondencji skierowanej w dniu 20 czerwca 2017 r. do Dyrektora Departamentu Analiz i Polityki Migracyjnej MSWiA, potrzymałem te spośród zgłoszonych wcześniej uwag, które w zmienionej wersji projektu nie zostały uwzględnione (korespondencja prowadzona była pod nr XI.543.10.2017.MS).

Zastrzeżenia i uwagi przedstawione w niniejszym wystąpieniu odnoszą się przede wszystkim do wprowadzanych w projekcie koncepcji *bezpiecznego kraju trzeciego* i *bezpiecznego kraju pochodzenia* oraz *trybu granicznego rozpatrywania wniosków o ochronę międzynarodową*. Samą propozycję ustanowienia nieznanego dotąd prawu polskiemu trybu granicznego traktuję przy tym jako reakcję resortu spraw wewnętrznych na sytuację panującą w ostatnich latach na wschodniej granicy Rzeczypospolitej Polskiej, zwłaszcza na kolejowym przejściu granicznym między Polską i Białorusią w Terespolu.

Przypomnę, że przez to przejście graniczne do Polski bezskutecznie próbują dostać się cudzoziemcy, pochodzący głównie z Czeczenii i Tadżykistanu, którzy nie posiadają dokumentów uprawniających ich do przekroczenia granicy, ale, jak wynika z licznych skarg kierowanych również do mojego Biura, zamierzają ubiegać się w Polsce o ochronę międzynarodową. Według relacji skarżących, **funkcjonariusze Straży Granicznej prowadzący odprawę na przejściu granicznym nie przyjmują od cudzoziemców deklaracji świadczących o zamiarze ubiegania się o ochronę**, a tym samym nie dopuszczają do złożenia formalnych wniosków o jej udzielenie i w konsekwencji, na podstawie decyzji o odmowie prawa wjazdu do Polski, zwracają cudzoziemców na terytorium Białorusi.

Sytuację na przejściu granicznym w Terespolu szczegółowo przedstawiłem w skierowanym do Pana Ministra wystąpieniu z dnia 24 września 2018 r. (nr XI.543.13.2018.MS). Opisałem wówczas wyniki dwóch wizytacji przeprowadzonych na wspomnianym przejściu granicznym przez przedstawicieli mojego Biura¹, a także **postulowałem wprowadzenie do obowiązujących przepisów prawa istotnej zmiany, polegającej na ustanowieniu zasady protokolowania rozmów przeprowadzanych z cudzoziemcami w ramach kontroli granicznej II linii, przy jednoczesnym wprowadzeniu jednolitych formularzy protokołów, zawierających obligatoryjne pytanie o zamiar ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową**. W mojej ocenie tylko taka forma dokumentowania tej kluczowej dla cudzoziemców rozmowy, z obowiązkiem odczytania protokołu w języku zrozumiałym i przedłożenia go cudzoziemcowi do podpisu, stanowić może rzeczywistą gwarancję, że każda wypowiedź świadcząca o zamiarze wystąpienia z wnioskiem o ochronę międzynarodową zostanie utrwalona w dokumentacji Straży Granicznej i wywoła skutek w postaci przyjęcia od cudzoziemca wniosku o udzielenie mu ochrony. Dopiero ustanowienie takich gwarancji w akcie prawa powszechnie obowiązującego będzie oznaczać realizację obowiązku zapewnienia cudzoziemcom skutecznego dostępu do procedur rozpatrzenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, wynikającego z motywu 25 preambuły oraz art. 6 ust. 2 dyrektywy 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (wersja przekształcona, Dz.U.UE.L.2013.18.60 z późn. zm.; dalej dyrektywa 2013/32). Niestety, postulat ten nie został uwzględniony. W projekcie ustawy zaproponowano natomiast wprowadzenie trybu granicznego rozpatrywania wniosków o ochronę międzynarodową, który w dalszym ciągu nie zapewnia skutecznej realizacji prawa do wystąpienia z wnioskiem o taką ochronę na granicy.

¹ Wizytacje odbyły się w dniach 11 sierpnia 2016 r. i 15 maja 2018 r.

I. Wprowadzenie i stosowanie w postępowaniu o udzielenie ochrony międzynarodowej listy bezpiecznych krajów trzecich i listy bezpiecznych krajów pochodzenia – art. 39a, art. 38 ust. 2 pkt 5 i ust. 3a oraz art. 39 ust. 1 pkt 6 i ust. 4 projektu ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Zgodnie z art. 39a projektowanej ustawy, Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia i na okres dwóch lat, *listę bezpiecznych krajów pochodzenia* i *listę bezpiecznych krajów trzecich*, które to listy stosowane będą w postępowaniu o udzielenie ochrony międzynarodowej. Przepis ten wymienia też przesłanki oraz, przykładowo, źródła informacji, które Rada Ministrów powinna uwzględnić przy sporządzaniu obu list. Ostatecznie jednak zawartość tych list zależeć będzie od woli politycznej Rady Ministrów. Trudno wobec tego przewidzieć, czy istnieć będą realne możliwości zakwestionowania dokonanego przez Radę Ministrów wyboru. Obawa ta zyskuje na znaczeniu w świetle napływających do Biura RPO sygnałów wskazujących na duże prawdopodobieństwo umieszczenia na *liście bezpiecznych krajów trzecich* Białorusi, przez którą, o czym wspomniałem wyżej, do Polski docierają cudzoziemcy usiłujący potem, z różnym skutkiem, złożyć na polskiej granicy wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej.

1. Uwagi dotyczące przyjęcia w projekcie ustawy koncepcji bezpiecznego kraju trzeciego.

Na podstawie art. 38 ust. 2 pkt 5 projektowanej ustawy, złożony przez cudzoziemca wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej będzie traktowany jako niedopuszczalny, jeżeli państwo niebędące państwem członkowskim UE, znajdujące się na *liście bezpiecznych krajów trzecich*, uznane zostanie w odniesieniu do cudzoziemca za bezpieczny kraj trzeciego. Dodany w projekcie ustawy ust. 3a omawianego przepisu precyzuje przy tym, że państwo niebędące państwem członkowskim UE, znajdujące się na *liście bezpiecznych krajów trzecich*, będzie uważane za bezpieczny kraj trzeciego w stosunku do wnioskodawcy, jeżeli istnieć będzie uzasadnione przypuszczenie, że wnioskodawca ten będzie mógł bezpiecznie i legalnie przemieścić się na jego terytorium i tam zamieszkać oraz gdy w tym państwie jego życie i wolność nie będą zagrożone z powodu rasy, religii, narodowości, przekonań politycznych lub przynależności do grupy społecznej, nie będzie zachodzić ryzyko doznania przez cudzoziemca poważnej krzywdy, przestrzegana będzie zasada *non-refoulement*, przestrzegany będzie zakaz wydalania, gdy byłoby ono sprzeczne z prawem do wolności od tortur oraz okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania i w którym istnieć będzie możliwość ubiegania się i uzyskania ochrony międzynarodowej, zgodnie z przepisami Konwencji dotyczącej statusu uchodźców, sporządzonej w Genewie w dniu 28 lipca 1951 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515; dalej: Konwencja genewska).

Koncepcja bezpiecznego kraju trzeciego ma swoje źródło w art. 38 dyrektywy 2013/32. Przywołany wyżej **art. 38 ust. 2 pkt 5 i ust. 3a projektowanej ustawy nie stanowi jednak pełnej implementacji przepisu prawa unijnego**. Zgodnie bowiem z art. 38 ust. 2 pkt a dyrektywy 2013/32, 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. Takiego przepisu projektowana ustawa nie zawiera. Z pewnością nie wypełnia dyspozycji dyrektywy 2013/32 fragment art. 38 ust. 3a projektowanej ustawy, zgodnie z którym państwo będzie uważane za bezpieczny kraj trzeci w stosunku do cudzoziemca, jeżeli istnieć będzie uzasadnione przypuszczenie, że cudzoziemiec może bezpiecznie i legalnie przemieścić się na jego terytorium i tam zamieszkać. **Możliwość bezpiecznego i legalnego przemieszczenia się cudzoziemca do państwa trzeciego i zamieszkania na jego terytorium nie jest bowiem tożsama z uznaniem, że między cudzoziemcem a danym państwem istnieje związek i że z punktu widzenia cudzoziemca przemieszczenie takie jest 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.

Z uwagi na powyższe wątpliwości postuluje, aby zrezygnować z wprowadzenia do ustawy koncepcji *bezpiecznego kraju trzeciego*.

2. Uwagi dotyczące przyjęcia w projekcie ustawy koncepcji bezpiecznego kraju pochodzenia.

Zgodnie z art. 39 ust. 1 pkt 6 projektowanej ustawy, wniosek cudzoziemca o udzielenie mu ochrony międzynarodowej rozpatrzony zostanie w trybie przyspieszonym w przypadku, gdy wnioskodawca pochodzić będzie z bezpiecznego kraju pochodzenia, znajdującego się na ustalonej przez Radę Ministrów *liście bezpiecznych krajów pochodzenia*. Stosownie do art. 39 ust. 4 projektu ustawy, państwo niebędące państwem członkowskim, znajdujące się na *liście bezpiecznych krajów pochodzenia*, będzie w stosunku do wnioskodawcy uznawane za bezpieczny kraj pochodzenia wówczas, gdy wnioskodawca posiadać będzie obywatelstwo tego państwa lub nie będzie posiadał żadnego obywatelstwa, ale będzie miał w tym państwie miejsce zwykłego pobytu i nie poda żadnych poważnych podstaw do nieuznawania tego państwa za bezpieczny kraj pochodzenia,

odnoszących się do jego szczególnej sytuacji oraz do udzielenia mu ochrony międzynarodowej.

Koncepcja bezpiecznego kraju pochodzenia, podobnie jak koncepcja bezpiecznego kraju trzeciego, również ma swoje źródło w przepisach dyrektywy 2013/32: o możliwości wprowadzenia takiej koncepcji, także na poziomie krajowym, przesądzają art. 36 i art. 37 tego aktu. Nie wyklucza to jednak powziętych przez Rzecznika **wątpliwości, czy wprowadzenie do polskiego porządku prawnego koncepcji bezpiecznego kraju pochodzenia, zakładającej odmienne traktowanie cudzoziemców pochodzących z państw wpisanych na listę bezpiecznych krajów pochodzenia, nie będzie pozostawać w sprzeczności z zasadą niedyskryminacji cudzoziemców ubiegających się o status uchodźcy, wyrażoną w art. 3 Konwencji genewskiej.** Po wejściu w życie projektowanych obecnie art. 39 ust. 1 pkt 6 i art. 39 ust. 4 ustawy, cudzoziemiec ubiegający się o ochronę międzynarodową i pochodzący z kraju, który znajdzie się na opracowanej przez Radę Ministrów liście, aby uniknąć rozpatrzenia wniosku w trybie przyspieszonym będzie musiał wykazać, obok istnienia uzasadnionej obawy przed prześladowaniem w tym kraju, że kraj ten w jego przypadku z ważnych powodów nie może być traktowany jako bezpieczny kraj pochodzenia. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 39 ust. 4 projektu, poważne podstawy do nieuznawania danego państwa za bezpieczny kraj pochodzenia muszą bowiem odnosić się zarówno do szczególnej sytuacji cudzoziemca, jak i do przesłanek udzielenia mu ochrony międzynarodowej. **Przepis nie daje zatem jednoznacznej odpowiedzi, jaką argumentacją, poza odnoszącą się do prześladowania w kraju pochodzenia, powinien posłużyć się cudzoziemiec aby wykazać, że jego kraj pochodzenia, wpisany przez Radę Ministrów na odpowiednią listę, nie jest dla niego krajem bezpiecznym.** Z treści projektowanej regulacji nie wynika też, na jakim etapie procedury uchodźczej cudzoziemiec będzie mógł wskazać poważne podstawy do nieuznawania jego kraju za bezpieczny kraj pochodzenia, skoro samo stwierdzenie wystąpienia którejkolwiek z przesłanek rozpatrzenia wniosku w trybie przyspieszonym obligować będzie Szefa Urzędu ds. Cudzoziemców do wydania postanowienia o zastosowaniu tego trybu, od którego to postanowienia stronie nie będzie przysługiwać zażalenie (art. 39 ust. 5 i ust. 6 projektu ustawy).

Z uwagi na powyższe wątpliwości, zwłaszcza w zakresie naruszenia zasady równego traktowania, postuluję, aby zrezygnować z wprowadzenia do ustawy koncepcji *bezpiecznego kraju pochodzenia*.

II. Wprowadzenie trybu granicznego rozpatrywania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej – art. 39b projektu ustawy.

1. Postanowienie o zastosowaniu trybu granicznego.

Zgodnie z art. 39b ust. 1 projektowanej ustawy, Szef Urzędu ds. Cudzoziemców zobowiązany będzie ustalić, w drodze postanowienia na które nie przysługuje zażalenie, czy wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej zostanie rozpatrzony w trybie granicznym. Obowiązkiem Szefa Urzędu będzie zatem każdorazowe wydanie postanowienia albo o zastosowaniu trybu granicznego, albo o jego niestosowaniu. Obowiązek ten dotyczyć będzie spraw zainicjowanych wnioskiem o udzielenie ochrony, złożonym w przejściu granicznym przez osoby nie dysponujące prawem wjazdu do Polski.

2. Przesłanki stosowania trybu granicznego.

Tryb graniczny, zgodnie z art. 39b ust. 2 projektowanej ustawy, znajdzie zastosowanie w stosunku do cudzoziemca, który nie spełniając warunków wjazdu i pobytu na terytorium Polski stawi się do odprawy na przejściu granicznym i złoży tam wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej, a ponadto:

- poda inne przyczyny złożenia wniosku niż obawa przed prześladowaniem w kraju pochodzenia z powodu rasy, religii, narodowości, przekonań politycznych lub przynależności do określonej grupy społecznej, inne niż ryzyko doznania poważnej krzywdy, albo nie poda żadnych informacji o okolicznościach związanych z obawą przed prześladowaniem lub wspomnianym ryzykiem (art. 39b ust. 2 pkt 1 projektu ustawy),
- wprowadzi organ rozpatrujący wniosek w błąd przez zatajenie informacji lub dokumentów, bądź przedstawienie fałszywych informacji czy dokumentów, dotyczących tożsamości lub obywatelstwa, przy czym informacje te będą miały istotne znaczenie dla nadania statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej (art. 39b ust. 2 pkt 2 projektu ustawy),
- przedstawi wyraźnie niespójne, sprzeczne lub nieprawdopodobne wyjaśnienia na potwierdzenie faktu prześladowania lub ryzyka doznania poważnej krzywdy, które będą sprzeczne ze sprawdzonymi informacjami dotyczącymi kraju pochodzenia (art. 39b ust. 2 pkt 3 projektu ustawy),
- pochodzić będzie z bezpiecznego kraju pochodzenia lub państwo niebędące państwem członkowskim będzie uznane za bezpieczny kraj trzeci w odniesieniu do cudzoziemca (art. 39b ust. 2 pkt 4 projektu ustawy),
- złoży kolejny wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej w sytuacji, gdy nie zaistnieją, ani nie zostaną przedstawione przez cudzoziemca, żadne nowe dowody ani

okoliczności faktyczne lub prawne, znacząco zwiększające prawdopodobieństwo udzielenia mu ochrony międzynarodowej (art. 39b ust. 1 pkt 5 projektu ustawy),

- stanowić będzie zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, ewentualnie z powodu takiego zagrożenia w przeszłości został wydalony z terytorium Polski lub zobowiązany do powrotu (art. 39b ust. 2 pkt 6 projektu ustawy),
- zniszczył dokument tożsamości lub dokument podróży bądź pozbył się ich, jeżeli te dokumenty pomogłyby w ustaleniu jego tożsamości lub obywatelstwa (art. 39b ust. 1 pkt 7 projektu),
- odmawia wywiązania się z obowiązku poddania się pobraniu odcisków linii papilarnych (art. 39b ust. 2 pkt 8 projektu ustawy).

Dyrektywa 2013/32, w art. 43 ust. 1, dopuszcza możliwość wprowadzenia przez państwo członkowskie tzw. procedur granicznych, pozwalających na podejmowanie na granicach lub w strefach tranzytowych decyzji co do dopuszczalności wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, a nawet decyzji odnoszących się do merytorycznej treści takiego wniosku. Art. 31 ust. 8 dyrektywy enumeratywnie wymienia przy tym przesłanki zastosowania trybu granicznego w sytuacji, gdy zgodnie z wolą państwa członkowskiego w procedurze granicznej wydawane mają być decyzje merytoryczne. Taki właśnie model przyjęty został w omawianym projekcie ustawy. Jest zatem oczywiste, że **zaproponowane w tym projekcie przesłanki stosowania trybu granicznego muszą być zgodne z przesłankami opisanymi w dyrektywie 2013/32. Porównanie treści art. 31 ust. 8 dyrektywy 2013/32 i art. 39b ust. 2 projektu ustawy ujawnia natomiast pewne rozbieżności w tym zakresie.**

Art. 31 ust. 8 pkt b dyrektywy 2013/32 dopuszcza możliwość zastosowania procedury granicznej w przypadku, gdy wnioskodawca pochodzi z bezpiecznego kraju pochodzenia. Odpowiadający temu przepisowi art. 39b ust. 2 pkt 4 projektu ustawy wykracza jednak poza tę regulację: przewiduje bowiem zastosowanie trybu granicznego nie tylko wobec wnioskodawców pochodzących z bezpiecznego kraju pochodzenia, ale też wobec cudzoziemców, w odniesieniu do których państwo niebędące państwem członkowskim będzie uważane za bezpieczny kraj trzeci. **Rozszerzenie omawianej przesłanki zastosowania trybu granicznego o koncepcję bezpiecznego kraju trzeciego jest, w świetle przepisów unijnych, nieuprawnione.** Warto przy tym zauważyć, że przyjęte w projekcie rozwiązanie będzie miało poważne konsekwencje w przypadku, gdy na *liście bezpiecznych krajów trzecich* Rada Ministrów zdecyduje się umieścić Białoruś. W tej sytuacji tryb graniczny będzie mógł znaleźć zastosowanie wobec wszystkich tych

cudzoziemców, którzy dopuszczeni zostaną do złożenia wniosku o ochronę międzynarodową na przejściu granicznym między Polską i Białorusią w Terespolu.

Zgodnie z art. 31 ust. 8 pkt d dyrektywy 2013/32, procedura graniczna znaleźć może zastosowanie również wówczas, gdy okaże się prawdopodobne, że wnioskodawca w złej wierze zniszczył lub pozbył się dokumentu tożsamości lub dokumentu podróży, który pomógłby w ustaleniu jego tożsamości bądź obywatelstwa. **Art. 39b ust. 2 pkt 7 projektu ustawy, wprowadzając analogiczną przesłankę zastosowania trybu granicznego pomija wskazane w dyrektywie kryterium złej wiary.** Oznacza to, że w razie wejścia w życie projektowanych przepisów w trybie granicznym rozpatrywane będą wnioski również tych cudzoziemców, którzy pozbyli się dokumentu podróży lub dokumentu tożsamości z przyczyn uzasadnionych ich sytuacją osobistą, np. w obliczu zagrożenia życia w kraju pochodzenia.

Art. 31 ust. 8 pkt j dyrektywy 2013/32 przewiduje stosowanie procedury granicznej także wobec osób, które z poważnych powodów uznane zostaną za zagrożenie dla bezpieczeństwa lub porządku publicznego państwa członkowskiego lub z poważnych powodów, związanych z bezpieczeństwem lub porządkiem publicznym, były już wcześniej przymusowo wydalone z państwa członkowskiego. **Z brzmienia przepisu dyrektywy wynika zatem, że do wdrożenia trybu granicznego nie może wystarczyć samo uznanie cudzoziemca za osobę stwarzającą zagrożenie dla wymienionych wartości lub samo stwierdzenie, że wcześniej, dla ochrony tych wartości, przymusowo opuścił on terytorium Polski. Zarówno powody, z których uznano cudzoziemca za stwarzającego zagrożenie, jak i powody wcześniejszej deportacji lub zobowiązania do powrotu muszą bowiem spełniać dodatkowe kryterium odpowiedniej wagi. To kryterium nie zostało natomiast uwzględnione w art. 39b ust. 2 pkt 6 projektu ustawy.** Projektowany przepis za przesłankę zastosowania trybu granicznego uznaje samo zagrożenie dla bezpieczeństwa lub porządku publicznego, jakie stwarza lub w przeszłości stwarzał cudzoziemiec, bez względu na to, czy powód takiego zagrożenia może być uznany za poważny.

W związku z powyższym postuluję, aby w art. 39b ust. 2 projektowanej ustawy wprowadzić przesłanki stosowania trybu granicznego zgodne z art. 31 ust. 8 dyrektywy 2013/32.

3. Tryb graniczny rozpatrywania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej – jednoinstancyjna procedura administracyjna, pozbawienie Rady ds. Uchodźców funkcji organu odwoławczego w sprawach o udzielenie ochrony międzynarodowej, prowadzonych w trybie granicznym.

Zgodnie z art. 39b ust. 4 pkt 1 – 4 projektowanej ustawy, Szef Urzędu ds. Cudzoziemców, rozpatrujący wniosek o udzielenie cudzoziemcowi ochrony międzynarodowej w trybie granicznym, zobowiązany będzie do załatwienia sprawy niezwłocznie, nie później niż w terminie 20 dni od dnia złożenia przez cudzoziemca wniosku o ochronę. Decyzja wydana przez Szefa Urzędu w trybie granicznym będzie decyzją ostateczną, Rada ds. Uchodźców nie będzie rozpatrywać odwołań od takich rozstrzygnięć, a stronie pozostanie prawo do wniesienia skargi bezpośrednio do sądu administracyjnego, w terminie 7 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia w sprawie (o kompetencjach Rady przesądza art. 89p ust. 1 projektowanej ustawy). W razie wniesienia skargi do sądu wykonanie decyzji będzie mogło zostać wstrzymane przez Szefa Urzędu na wniosek cudzoziemca, jeżeli uprawdopodobni on, że zachodzi niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków (art. 39b ust. 4 pkt 5 projektu ustawy). Warto przy tym zauważyć, że zgodnie z art. 51a ust. 1 projektu ustawy, decyzja o odmowie przyznania ochrony międzynarodowej wydana w trybie granicznym, podobnie, jak inne decyzje o takiej treści wydawane w „zwykłym” trybie, zawierać będzie orzeczenie w sprawie udzielenia cudzoziemcowi zgody na pobyt ze względów humanitarnych, a w razie odmowy udzielenia takiej zgody, orzeczenie o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu do kraju pochodzenia i zakazie jego ponownego wjazdu na terytorium Polski.

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich **zachodzi poważna wątpliwość, czy projektowane regulacje są zgodne z art. 46 dyrektywy 2013/32, który gwarantuje prawo do skutecznego środka zaskarżenia, także od decyzji podjętych w trybie granicznym, oraz określa uprawnienia cudzoziemca korzystającego ze wspomnianego środka w zakresie pozostawania na terytorium państwa członkowskiego.** Art. 46 ust. 3 dyrektywy 2013/32 precyzuje, jakie warunki powinien spełniać środek zaskarżenia, aby w świetle przepisów dyrektywy mógł uchodzić za skuteczny. I tak, zgodnie z przywołanym przepisem, środek ten powinien zapewniać pełne rozpatrzenie sprawy *ex nunc*, zarówno pod kątem okoliczności faktycznych, jak i kwestii prawnych. Wypowiadając się na temat cechy skuteczności środka zaskarżenia, w rozumieniu art. 46 ust. 3 dyrektywy 2013/32, Trybunał Sprawiedliwości UE w swoich orzeczeniach podkreślał, że państwa członkowskie są zobowiązane do zorganizowania swego prawa krajowego tak, aby rozpoznawanie odnośnych skarg obejmowało również rozpatrzenie wszystkich okoliczności faktycznych,

które umożliwią przeprowadzenie zaktualizowanej oceny danego przypadku. Użyte w omawianym przepisie wyrażenie *ex nunc* oznacza, zdaniem Trybunału, że skuteczny środek zaskarżenia powinien zainicjować taką ocenę danej sprawy, która uwzględniać także będzie nowe okoliczności faktyczne, ujawnione już po wydaniu decyzji będącej przedmiotem skargi (por. wyrok z dnia 25 lipca 2018 r., C-585/16, w sprawie Alheto). W tym kontekście należy zatem ocenić, czy w polskich warunkach sąd administracyjny władny jest zbadać decyzję administracyjną, wydaną w trybie granicznym w sprawie o przyznanie ochrony międzynarodowej, zarówno pod kątem prawnym, jak i faktycznym i do tego *ex nunc*. W ocenie Rzecznika nie jest to oczywiste. Co do zasady bowiem, rolą sądu administracyjnego jest badanie, czy decyzja organu wydana została z naruszeniem prawa materialnego lub naruszeniem przepisów postępowania, które mogły mieć wpływ na wynik sprawy (art. 145 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. z 2018 r., poz. 1302 z późn. zm., dalej: p.p.s.a.). Sąd orzeka przy tym na podstawie materiału zgromadzonego przez organ wydający skarżoną decyzję, a sam może przeprowadzić postępowanie dowodowe wyłącznie w charakterze uzupełnienia i tylko z dokumentów, pod warunkiem, że jest to niezbędne do wyjaśnienia istotnych wątpliwości i nie spowoduje nadmiernego przedłużenia postępowania w sprawie (art. 106 § 3 p.p.s.a.). W konsekwencji, wobec ograniczonych kompetencji sądu administracyjnego w zakresie ustalania i badania stanu faktycznego sprawy, nie można w sposób niebudzący wątpliwości stwierdzić, że skarga do sądu rzeczywiście spełnia wymóg, o którym mowa w art. 46 ust. 3 dyrektywy 2013/32.

Analizowana regulacja nie zapewnia również cudzoziemcowi gwarancji pozostawania na terytorium Polski po tym, jak skorzysta on z przysługującego mu środka zaskarżenia. Zgodnie z przywołanym już wyżej art. 39b ust. 4 pkt 5 projektu ustawy, w razie wniesienia skargi od decyzji wydanej w trybie granicznym wykonanie tej decyzji będzie mogło zostać wstrzymane przez Szefa Urzędu na wniosek cudzoziemca, o ile uprawdopodobni on, że zachodzi niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków. Zawieszenie wykonania decyzji, która, co warto przypomnieć, może zawierać orzeczenie o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, nie jest zatem automatyczne, postanawia o tym Szef Urzędu ds. Cudzoziemców i to po spełnieniu wskazanych w przepisie przesłanek. Tymczasem, zgodnie z zasadą opisaną w art. 46 ust. 5 dyrektywy 2013/32, **państwo członkowskie powinno zezwolić wnioskodawcy na pozostawanie na jego terytorium do upływu terminu, w jakim może on skorzystać z prawa do skutecznego środka zaskarżenia, a jeśli z tego prawa we właściwym terminie skorzysta, do czasu rozpatrzenia wniesionego środka**. Wyjątek od tej zasady, odnoszący się do procedury granicznej, wprowadzony został w art. 46 ust. 6 dyrektywy 2013/32.

Stosownie do tego przepisu, w przypadku, gdy sprawa prowadzona jest w procedurze granicznej, o prawie wnioskodawcy do pozostania na terytorium państwa członkowskiego decyduje, z urzędu lub na wniosek cudzoziemca, sąd. W takim przypadku, na podstawie art. 46 ust. 8 omawianego aktu, państwo powinno zezwolić cudzoziemcowi na przebywanie na jego terytorium do momentu, aż sąd podejmie stosowną decyzję. Opisany wyjątek znajduje jednak zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy cudzoziemiec, którego sprawa rozpatrywana jest w trybie granicznym, ma dostęp do pomocy prawnej i niezbędnego tłumaczenia, a sąd, który rozpoznawać będzie sprawę cudzoziemca, będzie mógł zbadać decyzję odmowną organu pod względem faktycznym i prawnym. Jeżeli te warunki nie są spełnione, zastosowanie znajduje ogólna zasada wyrażona w art. 46 ust. 5 dyrektywy 2013/32, zgodnie z którą, co warto przypomnieć, cudzoziemcowi należy zezwolić na pozostawanie na terytorium państwa do upływu terminu na wniesienie środka zaskarżenia, a po jego wniesieniu - do czasu rozpoznania tego środka przez sąd.

Z uwagi na wątpliwości dotyczące uznania skargi do sądu administracyjnego za skuteczny środek zaskarżenia w rozumieniu art. 46 ust. 3 dyrektywy 2013/32, oraz brak kompetencji po stronie tego sądu do pełnego badania stanu faktycznego sprawy proponuję, aby do projektu ustawy wprowadzić tryb odwoławczy od decyzji wydawanych w procedurze granicznej i przekazać Radzie ds. Uchodźców kompetencje do rozpatrywania odwołań od decyzji wydawanych przez Szefa Urzędu, z zachowaniem prawa do zaskarżenia decyzji organu odwoławczego do sądu. Postuluję również, aby w przypadku decyzji o odmowie udzielenia ochrony międzynarodowej, wydawanych w trybie granicznym, obowiązywała zasada wyrażona w art. 46 ust. 5 dyrektywy 2013/32, a w konsekwencji, aby decyzja negatywna, zawierająca orzeczenie o zobowiązaniu do powrotu, nie była wykonalna do czasu upływu terminu do wniesienia skargi do sądu administracyjnego, a w przypadku złożenia takiej skargi – do czasu rozpatrzenia sprawy przez sąd. W przypadku nieuwzględnienia tego postulatu, do projektowanej ustawy jako minimum należy wprowadzić regulację zapewniającą cudzoziemcowi prawo do pozostania na terytorium Polski do czasu, aż sąd, na wniosek cudzoziemca lub z urzędu, wypowie się co do wstrzymania wykonania zaskarżonej przez cudzoziemca decyzji, stosownie do art. 46 ust. 8 dyrektywy 2013/32.

4. Przymusowe wykonywanie decyzji zawierających orzeczenie o zobowiązaniu do powrotu, wydawanych w trybie granicznym, jako skutek stwierdzenia prawdopodobieństwa ucieczki cudzoziemca.

Art. 51a ust. 4 projektu ustawy wprowadza wyjątki od zasady, zgodnie z którą w decyzjach wydawanych na podstawie przepisów projektowanego aktu, zawierających

orzeczenie o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, określany będzie termin dobrowolnego powrotu. I tak, wyjątkiem, w którym taki termin nie zostanie określony, będzie wystąpienie prawdopodobieństwa ucieczki cudzoziemca. Art. 51a ust. 5 projektu ustawy doprecyzowuje, jakie okoliczności organ powinien wziąć pod uwagę przy ocenie prawdopodobieństwa ucieczki. Stosownie do pkt 5 tego przepisu, taką okoliczność stanowić ma, między innymi, fakt przebywania cudzoziemca w ośrodku strzeżonym lub areszcie dla cudzoziemców, ewentualnie zastosowania wobec niego środków alternatywnych do detencji, w związku z prowadzonym postępowaniem w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej w trybie granicznym. Ponieważ, jak wynika z regulacji poddanych analizie w kolejnym punkcie niniejszego wystąpienia, stosowanie środków alternatywnych do detencji będzie regułą w postępowaniu wobec cudzoziemców, których wnioski o ochronę rozpatrywane będą w trybie granicznym, w każdej prowadzonej w tym trybie sprawie istnieć będzie przesłanka do stwierdzenia prawdopodobieństwa ucieczki cudzoziemca. **Zachodzi zatem ryzyko, że wydawane w trybie granicznym decyzje o odmowie udzielenia ochrony międzynarodowej, zawierające orzeczenie o zobowiązaniu do powrotu, co do zasady nie będą określały terminu dobrowolnego powrotu.** Zgodnie natomiast z art. 51l ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 3 projektu ustawy, decyzja zobowiązująca cudzoziemca do powrotu, w której nie określono terminu dobrowolnego powrotu, podlegać będzie przymusowemu wykonaniu, polegającemu na doprowadzeniu cudzoziemca do granicy, portu lotniczego lub morskiego, przez funkcjonariuszy wyznaczonej jednostki Straży Granicznej.

W mojej ocenie powyższe rozwiązanie nie powinno zostać wprowadzone. Nie znajduje racjonalnego uzasadnienia zaproponowane w projekcie ustawy powiązanie pobytu cudzoziemca w ośrodku strzeżonym lub areszcie dla cudzoziemców, czy zastosowania środków alternatywnych do detencji, z prawdopodobieństwem ucieczki. Nie ma również podstaw do tego, aby prawdopodobieństwo ucieczki cudzoziemca łączyć z samym faktem prowadzenia wobec niego postępowania o udzielenie ochrony międzynarodowej w trybie granicznym. Automatyczne odstępowanie od określania terminu dobrowolnego powrotu w wydawanych w trybie granicznym decyzjach zawierających zobowiązanie do powrotu może być też uznane za niezgodne z art. 7 ust. 4 w zw. z art. 3 pkt 7 oraz motywem 10 dyrektywy 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 z późn. zm.). Jak bowiem wynika z ww. przepisów dyrektywy, powrót dobrowolny należy przedkładać nad powrót przymusowy, a państwo członkowskie może się wstrzymać z określeniem terminu dobrowolnego wyjazdu cudzoziemca wyłącznie wówczas, gdy istnieją powody do

stwierdzenia, że określenie terminu godziłoby w cel procedury powrotu. Ryzyko ucieczki może rzecz jasna być takim powodem i może uzasadniać odstąpienie od określenia terminu dobrowolnego powrotu, ale ocena tego ryzyka w każdym przypadku powinna być zindywidualizowana. W mojej ocenie, **projektowane obecnie przepisy** takiego **zindywidualizowanego podejścia do oceny ryzyka ucieczki nie gwarantują.**

5. Stosowanie detencji / środków alternatywnych do detencji wobec cudzoziemców, których wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej rozpatrywane są w trybie granicznym.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pkt 6 projektu ustawy, cudzoziemiec, w przypadku którego Szef Urzędu ds. Cudzoziemców ustali, że wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej będzie rozpatrywany w trybie granicznym, będzie mógł zostać zatrzymany. Po zatrzymaniu, stosownie do art. 88 ust. 1 w zw. w ust. 3 pkt 2 projektowanej ustawy, wobec cudzoziemca orzekane będą, łącznie, wszystkie przewidziane w ustawie, alternatywne do detencji środki zabezpieczające postępowanie, czyli obowiązek zgłaszania się w określonych odstępach czasu do wskazanego organu, obowiązek wpłaty zabezpieczenia pieniężnego i obowiązek zamieszkiwania w wyznaczonym miejscu. Użyte w art. 87 ust. 3 pkt 2 projektu ustawy sformułowanie „orzeka się o zastosowaniu łącznie wszystkich środków” oznacza, że organ wydający postanowienie w sprawie środków alternatywnych, będzie tym przepisem związany.

W przypadku, gdy zastosowanie środków alternatywnych nie będzie możliwe, na podstawie art. 88a ust. 1 ustawy cudzoziemiec umieszczony zostanie w ośrodku strzeżonym, a w sytuacji, gdy istnieć będzie ryzyko, że nie podporządkuje się panującym tam zasadom, w areszcie dla cudzoziemców. Z projektowanych regulacji nie wynika przy tym, czy w przypadku cudzoziemca, którego wniosek rozpatrywany będzie w trybie granicznym, brak możliwości orzeczenia środków alternatywnych, skutkujący umieszczeniem w ośrodku strzeżonym lub areszcie, dotyczyć powinien, łącznie, wszystkich trzech środków, czy też do zastosowania detencji wystarczające będzie stwierdzenie braku możliwości orzeczenia jednego z nich.

W tym kontekście warto przypomnieć, że w świetle przepisów dyrektywy 2013/32 **wszelki automatyzm w stosowaniu detencji wobec cudzoziemców ubiegających się o ochronę międzynarodową jest niedopuszczalny.** Jedną z podstawowych zasad określonych w Rozdziale II dyrektywy 2013/32, znajdujących zastosowanie również w postępowaniach prowadzonych w trybie granicznym, jest zasada, zgodnie z którą państwa członkowskie nie mogą zatrzymać żadnej osoby wyłącznie na podstawie faktu, że złożyła ona wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej (art. 26 dyrektywy). Co istotne,

również art. 43 dyrektywy 2013/32/UE, ustanawiający procedury graniczne, w żaden sposób nie wiąże stosowania takich procedur z zatrzymywaniem, pozbawianiem czy nawet ograniczaniem wolności cudzoziemców, których wnioski o udzielenie ochrony w takich procedurach są rozpatrywane. Nawet gdyby uznać, że zatrzymanie cudzoziemca, którego wniosek o ochronę międzynarodową rozpatrywany jest w trybie granicznym, jest zgodne z art. 8 ust. 3 pkt c dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2013/33/UE z 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (wersja przekształcona, Dz.U.UE.L.2013.180.96, dalej: dyrektywa 2013/33), na podstawie którego cudzoziemca ubiegającego się o wspomnianą ochronę można zatrzymać w związku z prowadzonym postępowaniem mającym na celu podjęcie decyzji co do jego prawa do przybycia na terytorium państwa członkowskiego, to i tak zatrzymanie takie nie może następować automatycznie. Art. 8 ust. 2 dyrektywy 2013/33 wymaga bowiem od państwa członkowskiego, po pierwsze, indywidualnego zbadania każdej takiej sprawy, a po drugie, każdorazowej oceny, czy wobec zatrzymanego nie można zastosować łagodniejszych niż detencja środków przymusu.

Ww. regulacje powinny zatem zostać zmienione tak, aby sytuacja, w której wobec cudzoziemca nie można orzec łącznego zastosowania wszystkich przewidzianych w ustawie środków alternatywnych, nie prowadziła do automatycznego i obligatoryjnego stosowania detencji.

6. Miejsce stosowania detencji cudzoziemców, których wnioski o ochronę międzynarodową rozpatrywane są w trybie granicznym.

Nowoprojektowany art. 88b ust. 1b ustawy wskazuje, że sąd orzekający o umieszczeniu w ośrodku strzeżonym lub areszcie cudzoziemca, którego wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej rozpatrywany jest w trybie granicznym, powinien wskazać do wykonania detencji placówkę położoną możliwie najbliżej przejścia granicznego, w którym wnioskodawca złożył swój wniosek (omawiany przepis zawiera przy tym błąd redakcyjny: w treści odwołuje się do nieistniejącego art. 87 ust. 6). W tym kontekście warto zatem przypomnieć, że zgodnie z art. 43 ust. 1 dyrektywy 2013/32, **głównym założeniem procedury granicznej jest stworzenie warunków do wydawania decyzji w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej bezpośrednio na granicy lub w strefie tranzytowej państwa członkowskiego.** Umieszczenie wnioskodawcy w ośrodku strzeżonym lub areszcie na terytorium Polski oznaczać będzie, że wszystkie czynności z udziałem cudzoziemca, podejmowane przez organ w toku postępowania uchodźczego, odbywać się będą w danej placówce detencyjnej, a zatem poza granicą lub strefą

tranzytową. **Postępowanie o udzielenie ochrony międzynarodowej, prowadzone w warunkach detencji, nie będzie zatem odpowiadać podstawowym założeniom trybu granicznego**, wynikającym z art. 43 dyrektywy 2013/32.

7. Przedłużanie stosowania detencji cudzoziemców, których wnioski rozpatrywane są w trybie granicznym.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 projektu ustawy, sąd wydaje postanowienie o umieszczeniu cudzoziemca, którego wniosek o ochronę rozpatrywany jest w trybie granicznym, w ośrodku strzeżonym lub areszcie dla cudzoziemców na okres 28 dni. Stosownie do ust. 1a omawianego przepisu, w przypadku, gdy przed upływem tego okresu zaistnieje uzasadnione przypuszczenie, że wykonanie zobowiązania do powrotu orzeczonego w decyzji wydanej w trybie granicznym ulegnie przedłużeniu, okres stosowania detencji przedłużany będzie do 90 dni. **Projekt ustawy wyłącza przy tym możliwość orzeczenia wobec cudzoziemca środków wolnościowych, w miejsce przedłużanej przez sąd detencji** (wynika to wprost z treści art. 89 ust. 7 projektowanej ustawy). Rozwiązanie takie nie znajduje jednak uzasadnienia i pozostaje w sprzeczności z art. 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115, który przewiduje co prawda możliwość stosowania detencji wobec cudzoziemca pozostającego w procedurze powrotowej, w celu przygotowania go do wykonania decyzji orzekającej o powrocie lub wydaleniu, ale tylko wówczas, gdy w danej sprawie nie mogą zostać zastosowane wystarczające, lecz mniej represyjne środki (czyli środki wolnościowe).

W tym zakresie postuluję zatem zmianę przepisu, aby sąd rozstrzygający o przedłużeniu okresu stosowania detencji wobec cudzoziemca, w sprawie którego w postępowaniu prowadzonym w trybie granicznym wydana została decyzja orzekająca o zobowiązaniu do powrotu, mógł ocenić możliwość zastosowania środków zabezpieczających wykonanie tej decyzji, nie związanych z pobawieniem wolności.

III. Zawężenie przesłanki nieumieszczania cudzoziemca w ośrodku strzeżonym / areszcie dla cudzoziemców – art. 88a ust. 3 pkt 2 projektu ustawy.

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

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

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

IV. Wykonywanie decyzji zawierającej orzeczenie o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu w przypadku wniesienia skargi do sądu administracyjnego – uchylenie art. 331 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz.U. z 2018 r., poz. 2094 z późn. zm.).

Projektowana ustawa wprowadza także zmiany do obowiązującej ustawy o cudzoziemcach. Jedną z zaproponowanych zmian jest uchylenie art. 331 tego aktu, na podstawie którego w przypadku, gdy cudzoziemiec złożył skargę do wojewódzkiego sądu administracyjnego na decyzję o zobowiązaniu go do powrotu wraz z wnioskiem o wstrzymanie jej wykonania, termin dobrowolnego powrotu lub termin przymusowego

wykonania decyzji z mocy prawa przedłuża się do dnia wydania przez sąd postanowienia w sprawie tego wniosku. Uchylenie art. 331 ustawy o cudzoziemcach spowoduje zatem, że decyzje zobowiązujące cudzoziemca do powrotu do kraju pochodzenia będą wykonywane przed rozpatrzeniem przez sąd administracyjny złożonej przez cudzoziemca skargi, a nawet przed rozpoznaniem przez sąd wniosku cudzoziemca o wstrzymanie wykonania skarżonej decyzji. **Tak istotne ograniczenie suspensywności decyzji orzekających o zobowiązaniu do powrotu budzi poważne wątpliwości co do zgodności projektowanych regulacji z art. 47 Karty Praw Podstawowych UE, a także z art. 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności**, sporządzonej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.; zwanej też dalej Konwencją). Oba te przepisy gwarantują każdemu prawo do skutecznego środka zaskarżenia przed sądem. Użyte w art. 47 Karty Praw Podstawowych oraz w art. 13 Konwencji pojęcie „skuteczności” rozumieć przy tym należy podobnie. Skuteczny środek zaskarżenia, w rozumieniu obu tych przepisów, to środek „dostępny”, zarówno w sferze prawa, jak i w praktyce. Strona, która zamierza skorzystać z takiego środka, powinna nie tylko móc to uczynić, ale też w możliwie najszerszym zakresie powinna mieć możliwość kontrolowania przebiegu wszczętego tym środkiem postępowania i podejmowania działań zmierzających do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości co do uzasadnienia prawnego i faktycznego wydanego w jej sprawie rozstrzygnięcia. Środek zaskarżenia jest skuteczny, gdy jego wniesienie powoduje wszczęcie postępowania o cechach kontradyktoryjności, czyli takiego, w którym strona nie tylko będzie mogła zapoznać się ze zgromadzonymi w jej sprawie dowodami, ale też przedstawić w tym zakresie swoje uwagi (por. wyrok Trybunał Sprawiedliwości UE z dnia 4 czerwca 2013 r. w sprawie C-300/11, *ZZ przeciwko Secretary of State for the Home Department*, czy wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w takich sprawach, jak *C.G. i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 1365/07, *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 1537/08, a także *Al – Nashif przeciwko Bułgarii* skarga nr 50963/99, czy *Othman (Abu Qatada) przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 8139/09). Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie podkreślał, że to właśnie suspensywność decyzji orzekających o wydaleniu cudzoziemca jest konieczna do uznania środka odwoławczego za skuteczny. Gdyby bowiem skorzystanie z takiego środka nie wstrzymywało wykonania skarżonej decyzji, ochrona praw i wolności, gwarantowana Konwencją, byłaby bezprzedmiotowa – jakiegokolwiek gwarancje, po wykonaniu decyzji orzekającej o powrocie cudzoziemca do kraju jego pochodzenia, byłyby iluzoryczne wobec nieodwracalności skutków takiego powrotu. Skuteczność środka odwoławczego dla celów art. 13 Konwencji bezwzględnie wymaga zatem, by środek ten miał automatyczny skutek zawieszający w przypadku skarg dotyczących wydalenia, które wiążą się z rzeczywistym ryzykiem naruszenia praw i

wolności gwarantowanych w Konwencji (por. wyroki w sprawie *Jabari przeciw Turcji*, skarga nr 40035/98 oraz *Khlaifia i inni przeciwko Włochom*, skarga nr 16483/12).

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

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