

Analiza prawna sytuacji na polsko-białoruskiej granicy

Stan na dzień: 9 września 2021 r.

Autorka: Marta Górczyńska, współpraca: Jacek Białas, Daniel Witko

Główne tezy przedstawione w ramach niniejszej analizy:

- Działania funkcjonariuszy Straży Granicznej na polsko-białoruskiej granicy podejmowane są w ramach ochrony granic zewnętrznych UE, będącej elementem kontroli granicznej w rozumieniu przepisów krajowych i unijnych; w ramach tych czynności organy państw członkowskich UE zobowiązane są do poszanowania m. in. Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, prawa międzynarodowego, w tym Konwencji dotyczącej statusu uchodźców oraz zobowiązań związanych z dostępem do ochrony międzynarodowej, w szczególności zasady *non-refoulement*;
- Z dostępnych informacji wynika, że cudzoziemcy przebywający na polsko-białoruskiej granicy w miejscowości Usnarz Górny, a także przynajmniej niektórzy z cudzoziemców zatrzymanych na pozostałych odcinkach granicy i odesłanych do Białorusi, wystąpili wobec przedstawicieli polskich władz z wnioskami o udzielenie im ochrony międzynarodowej; zgodnie z przepisami prawa UE wystąpienie z takim wnioskiem skutkuje tym, że cudzoziemiec powinien być traktowany jako „wnioskodawca” zaś obowiązkiem władz jest zapewnienie mu możliwości formalnego złożenia wniosku; daje mu to również prawo do pozostania na terytorium państwa członkowskiego do czasu rozpatrzenia tego wniosku;
- Osoby poszukujące ochrony międzynarodowej mają prawo do wystąpienia ze stosownym wnioskiem do dowolnych funkcjonariuszy państwowych i w dowolnym miejscu, także poza przejściami granicznymi; wniosek taki nie musi mieć żadnej określonej formy;
- Wobec cudzoziemców stawiających się na przejściach granicznych, jak i tych przekraczających granicę w sposób nieuregulowany, na pozostałych jej odcinkach, w przypadku, gdy nie występują oni z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej, powinny być wszczynane postępowania: w sprawie odmowy wjazdu lub w sprawie zobowiązania do powrotu; ani prawo krajowe ani prawo unijne nie przewidują możliwości faktycznego odsyłania cudzoziemców poza granicę państwa, bez wydania odpowiedniej decyzji;
- Odmawianie cudzoziemcom deklarującym chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową prawa wjazdu do Polski lub odsyłanie ich z Polski, może prowadzić do naruszenia zakazu zbiorowych wydaleń cudzoziemców oraz złamania zasady *non-refoulement*; niezależnie od okoliczności przekroczenia granicy obowiązkiem władz jest zbadanie, w ramach odpowiedniej procedury, indywidualnej sytuacji cudzoziemca i nieodsyłanie go z Polski, gdyby prowadziło to do naruszenia jego praw;
- Przetrzymanie cudzoziemców na polsko-białoruskiej granicy w miejscowości Usnarz Górny, gdzie nie mają oni faktycznej możliwości opuszczenia zajmowanego obszaru w żadnym kierunku, może stanowić bezprawne pozbawienie wolności.

1. Stan faktyczny

Od początku sierpnia na polsko-białoruskiej granicy, będącej równocześnie granicą zewnętrzną UE, w miejscowości Usnarz Górny przebywa grupa cudzoziemców i cudzożemek z Afganistanu. Od strony białoruskiej cudzożemcy są odgradzeni kordonem białoruskiej Straży Granicznej, co skutkuje brakiem możliwości ich powrotu do Białorusi, natomiast od strony polskiej są otoczeni kordonem funkcjonariuszy polskiej Straży Granicznej, uniemożliwiającej im wjazd na terytorium Polski. Zgodnie ze stanowiskiem polskich władz, cudzożemcy znajdują się na terytorium Białorusi i nie przekroczyli granicy Polski. Pismo Komendanta Podlaskiego Oddziału SG do Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 18 sierpnia 2021 r. może jednak świadczyć o tym, że w rzeczywistości cudzożemcy ci przekroczyli niezgodnie z przepisami granicę Polski, a następnie zostali zawróceni na stronę białoruską przez polską Straż Graniczną¹. Potwierdzać to może także ta okoliczność, iż początkowo cudzożemcom umożliwiono kontakt m. in. z posłem na Sejm RP, który przekazał im śpiwory oraz pełnomocnictwa do reprezentacji prawnej², pracownikami Fundacji „Ocalenie”³ oraz przedstawicielami Rzecznika Praw Obywatelskich⁴. Wszystkie te wizyty miały miejsce 19 sierpnia 2021 r.

Z dostępnych informacji wynika, że każda z osób znajdujących się w tej grupie wielokrotnie, w sposób bezpośredni i w obecności polskich funkcjonariuszy, deklarowała chęć ubiegania się w Polsce o udzielenie ochrony międzynarodowej, jednak stosowne procedury w tym zakresie nie zostały wobec nich nigdy wszczęte⁵. Obecnie cudzożemcom uniemożliwiany jest jakikolwiek bezpośredni kontakt z osobami znajdującymi się po polskiej stronie granicy, tj. z pracownikami organizacji społecznych, prawnikami, dziennikarzami oraz lekarzami. Cudzożemcy pozbawieni są ponadto ze strony polskiej dostępu do pożywienia, odpowiedniego schronienia i pomocy lekarskiej, pomimo zgłoszenia przez nich potrzeb w tym zakresie.

W miejscu pobytu cudzożemców w dniu 24 sierpnia 2021 r. odbyła się wizytacja Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur, który ustalił, że warunki, w których przebywają cudzożemcy oraz fakt, iż odmawia się im możliwości realizacji najbardziej podstawowych, fizjologicznych potrzeb oraz dostępu do opieki lekarskiej, prawnej i procedury uchodźczej, noszą znamiona niehumanitarnego i poniżającego traktowania. W dniu 25 sierpnia 2021 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka, na wniosek prawników upoważnionych do reprezentowania cudzożemców, wydał zarządzenie tymczasowe nakazujące polskim władzom dostarczenie cudzożemcom żywności, odzieży, pomocy medycznej i – w miarę możliwości – tymczasowego schronienia⁶. Zarządzenie to nie

1 Komendant Podlaskiego Oddziału Straży Granicznej do Rzecznika Praw Obywatelskich: <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Odpowiedz%20Komendanta%20Podlaskiego%20SG%2018.08.2021.pdf>.

2 Maciej Konieczny z pomocą uchodźcom na polsko-białoruskiej granicy: <https://klub-lewica.org.pl/aktualnosci/1848-maciej-konieczny-z-pomoca-uchodzcom-na-granicy-polsko-bialoruskiej>.

3 Relacja Fundacji „Ocalenie” dostępna na: <https://www.facebook.com/FundacjaOcalenie/posts/4576743169026209>.

4 Nieprzyjmowanie wniosków o ochronę międzynarodową od cudzożemców przebywających w strefie przygranicznej w okolicach Usnarza stanowi naruszenie prawa. Wystąpienie RPO do Prezesa Rady Ministrów, dostępne na: <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/RPO-obywatele-afganistanu-deklaruje-zamiar-ubiegania-sie-o-ochron%C4%99-mi%C4%99dzynarodow%C4%85-na-terytorium-rp-premier>.

5 Nieprzyjmowanie wniosków o ochronę międzynarodową od cudzożemców przebywających w strefie przygranicznej w okolicach Usnarza stanowi naruszenie prawa. Wystąpienie RPO do Prezesa Rady Ministrów dostępne na: <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/RPO-obywatele-afganistanu-deklaruje-zamiar-ubiegania-sie-o-ochron%C4%99-mi%C4%99dzynarodow%C4%85-na-terytorium-rp-premier>.

6 Komunikat prasowy ETPCz dostępny na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22%3A%22003-7100942-9612632%22%7D>.

zostało do dzisiaj wykonane. Według stanowiska rządu nie jest to możliwe, gdyż cudzoziemcy znajdują się na terytorium Białorusi.

Jednocześnie, według relacji dziennikarzy, aktywistów i pracowników organizacji społecznych, na pozostałych odcinkach polsko-białoruskiej granicy od co najmniej kilku tygodni Straż Graniczna zatrzymuje i odsyła do Białorusi cudzoziemców przekraczających granicę Polski w sposób niezgodny z przepisami, czyli przez tzw. „zieloną granicę”. Z dostępnych informacji wynika, że wobec cudzoziemców tych nie są wszczynane żadne procedury, a odsyłanie do Białorusi odbywa się nie przez oficjalne przejścia graniczne, ale poprzez pozostawianie cudzoziemców w środku lasu w strefie przygranicznej. W przynajmniej części tych przypadków udokumentowano, że pomimo, że cudzoziemcy deklarowali chęć ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową w obecności funkcjonariuszy polskiej SG, stosowne wnioski nie zostały od nich przyjęte⁷.

Z oficjalnych komunikatów Straży Granicznej wynika, że każdego dnia „udaremniane” są próby nielegalnego przekroczenia granicy przez grupy cudzoziemców (m.in. obywateli Iraku, Afganistanu, Somalii, Syrii, Tadżykistanu czy Demokratycznej Republiki Kongo). Z informacji podawanych przez SG nie wynika, jaka jest podstawa prawna tych działań i w jaki sposób oraz przez jakie przejścia graniczne osoby te zwracane są do Białorusi, zwłaszcza w obliczu tego, że Białoruś wstrzymała obowiązywanie zawartej z UE umowy o readmisji. Według informacji podanej przez Podlaski Oddział Straży Granicznej, łączna liczba cudzoziemców usiłujących przekroczyć polsko-białoruską granicę w sposób niezgodny z prawem wyniosła w sierpniu 2021 r. 3,5 tys. osób, z czego 2,5 tys. tych prób zostało udaremnionych przez funkcjonariuszy SG⁸.

W sierpniu 2021 r. weszły w życie dwie zmiany w prawie krajowym, mające wpływ na sytuację na polsko-białoruskiej granicy. Po pierwsze, rozporządzeniem z dnia 13 sierpnia 2021 r. zmienione zostało Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 24 kwietnia 2015 r. w sprawie strzeżonych ośrodków dla cudzoziemców i aresztów dla cudzoziemców, pozwalając na umieszczanie cudzoziemców w celach mieszkalnych, których powierzchnia wynosi 2 m² na jednego mieszkańca. Tym samym, umożliwiono umieszczanie dwukrotnie większej liczby cudzoziemców w ośrodkach strzeżonych niż dotychczas. Po drugie, Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 sierpnia 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych, wprowadziło przepisy, zgodnie z którymi osoby nieuprawnione do wjazdu do Polski, poucza się o obowiązku niezwłocznego opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i zwraca do linii granicy państwowej.

23 sierpnia 2021 r. wpłynął do Sejmu rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Projekt przewiduje wprowadzenie nowej instytucji: zarządzenia o przekroczeniu granicy wbrew przepisom prawa. Ma ono być wydawane w sytuacji zatrzymania cudzoziemca bezpośrednio po niezgodnym z prawem przekroczeniu granicy zewnętrznej UE i natychmiast wykonalne. Przepisy te dają podstawę do wydalenia cudzoziemca z Polski, nawet gdy wystąpi on z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej. Projekt wprowadza także możliwość pozostawienia bez rozpoznania

7 Np. relacja Testigo Documentary:

<http://testigo.pl/pushback.pdf?fbclid=IwAR0QcZ0fvIvH9rtZpgu0lM68YScGT8lDcl6YM9182uLiXzgXSn5jFnHGWh8>.

8 POSG, na polsko-białoruskiej granicy: <https://www.podlaski.strazgraniczna.pl/pod/aktualnosci/42586.Na-polsko-bialoruskiej-granicy.html>.

wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, gdy został on złożony przez cudzoziemca zatrzymanego niezwłocznie po przekroczeniu granicy zewnętrznej UE wbrew przepisom prawa⁹.

2 września 2021 r. na obszarze części województwa podlaskiego oraz lubelskiego wprowadzono stan wyjątkowy. Rozporządzeniem Prezydenta RP ograniczono możliwość przebywania we wskazanych w treści aktu miejscowościach, znajdujących się w bezpośrednim sąsiedztwie granicy z Białorusią. Wśród osób wyłączonych z obowiązywania tego zakazu nie znaleźli się dziennikarze ani pracownicy organizacji monitorujących. Rozporządzenie, uzasadnione „szczególnym zagrożeniem bezpieczeństwa obywateli oraz porządku publicznego, związanym z obecną sytuacją na granicy państwowej Rzeczypospolitej Polskiej z Republiką Białorusi” wprowadziło także zakaz fotografowania określonych obiektów granicznych oraz dostęp do informacji publicznej dotyczącej czynności prowadzonych na obszarze objętym stanem wyjątkowym w związku z ochroną granicy państwowej oraz zapobieganiem i przeciwdziałaniem nielegalnej migracji. Zdaniem organizacji pozarządowych i aktywistów pomagających cudzoziemcom na granicy stan wyjątkowy został wprowadzony w celu usunięcia ich oraz mediów z terenów przygranicznych, tak, aby służby miały pełną swobodę działania, bez świadków¹⁰.

2. Stan prawny

2.1. Kontrola graniczna na zewnętrznych granicach UE

Polsko-białoruska granica jest zarazem zewnętrzną granicą UE, a zatem w odniesieniu do kontroli granicznej dokonywanej na tej granicy zastosowanie znajdują, oprócz przepisów krajowych, także przepisy unijne, w tym zwłaszcza przepisy kodeksu granicznego Schengen (dalej: kgS)¹¹. Art. 2 pkt 2 kgS stanowi, że „granice zewnętrzne” oznaczają granice lądowe, w tym granice na rzekach i jeziorach, oraz granice morskie państw członkowskich, a także ich porty lotnicze, porty rzeczne, porty morskie i porty na jeziorach, pod warunkiem, że nie stanowią one granic wewnętrznych. Art. 1 kgS wskazuje, że akt ten określa zasady regulujące kontrolę graniczną osób przekraczających granice zewnętrzne państw członkowskich Unii, a zatem działania Straży Granicznej podejmowane na polsko-białoruskiej granicy niewątpliwie są regulowane przez jego przepisy.

Zgodnie z art. 2 pkt 10 kodeksu granicznego Schengen, „kontrola graniczna” oznacza działania podejmowane na granicy zgodnie z tym rozporządzeniem i do celów w nim określonych, wyłącznie w odpowiedzi na zamiar przekroczenia tej granicy lub na akt jej przekroczenia, bez względu na wszelkie inne okoliczności, składające się z odprawy granicznej oraz ochrony granicy. Na kontrolę graniczną składają się dwa elementy:

1. „odprawa graniczna” (art. 2 pkt 11 kgS), czyli czynności kontrolne przeprowadzane na przejściach granicznych w celu zapewnienia, aby można było zezwolić na wjazd osób, w tym ich środków transportu oraz przedmiotów będących w ich posiadaniu, na terytorium państw członkowskich lub aby można było zezwolić na opuszczenie przez nie tego terytorium;

⁹ Projekt jest dostępny na stronie:

<https://sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=CD900BBA567B12CAC12587420034332B>. Patrz również: Projekt nowelizacji ustaw o cudzoziemcach i o udzielaniu im ochrony lamie zasady unijnego prawa azylowego – opinia prawna HFPC: <https://www.hfhr.pl/ustawa-o-cudzoziemcach-lamie-zasady-ue/>.

¹⁰ Stanowisko HFPC w sprawie wprowadzenia stanu wyjątkowego: <https://www.hfhr.pl/stanowisko-hfpc-w-sprawie-wprowadzenia-stanu-wyjatkowego>

¹¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/399 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie unijnego kodeksu zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen).

2. „ochrona granicy” (art. 2 pkt 12 kgS), czyli ochrona granic pomiędzy przejściami granicznymi oraz ochrona przejść granicznych poza ustalonymi godzinami otwarcia w celu uniemożliwienia uniknięcia przez osoby odprawy granicznej i zniechęcenia ich do tego.

Należy podkreślić, że kgS zawiera wyraźne odniesienia do przepisów dotyczących praw człowieka, w tym regulujących sytuację uchodźców. W art. 3 wskazuje, że ma on zastosowanie do każdej osoby przekraczającej granicę wewnętrzną lub zewnętrzną państw członkowskich, bez uszczerbku dla praw uchodźców i osób ubiegających się o ochronę międzynarodową, w szczególności w odniesieniu do zasady *non-refoulement*. Art. 4 kgS stanowi, że decyzje na jego podstawie podejmuje się w sposób indywidualny. Przepis ten stanowi również, że przy jego zastosowaniu państwa członkowskie w pełni przestrzegają m. in. Karty praw podstawowych UE (zwanej dalej „Kartą”), prawa międzynarodowego, w tym Konwencji dotyczącej statusu uchodźców, zobowiązań związanych z dostępem do ochrony międzynarodowej, w szczególności zasady *non-refoulement*, oraz praw podstawowych.

Warto również podkreślić, że motyw 26 kgS stanowi, że „[m]igracji ani przekraczania granic zewnętrznych przez dużą liczbę obywateli państw trzecich nie powinno się uznawać *per se* za zagrożenie porządku publicznego lub bezpieczeństwa wewnętrznego.”

Przechodząc na grunt przepisów krajowych, należy przede wszystkim wskazać, że zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (dalej: uogp), granicą Rzeczypospolitej Polskiej jest powierzchnia pionowa przechodząca przez linię graniczną, oddzielająca terytorium państwa polskiego od terytoriów innych państw i od morza pełnego. Za ochronę granicy na lądzie i na morzu oraz kontrolę ruchu granicznego, w zakresie określonym w odrębnych przepisach, odpowiada minister właściwy do spraw wewnętrznych, a jego zadania w tym zakresie wykonuje Komendant Główny Straży Granicznej (zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 uogp).

Zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (dalej: usg), Straż Graniczna jest jednolitą, umundurowaną i uzbrojoną formacją przeznaczoną do ochrony granicy państwowej, kontroli ruchu granicznego oraz zapobiegania i przeciwdziałania nielegalnej migracji. Sposób wykonywania działań przez organy SG został szczegółowo określony w ww. ustawie. Oprócz kontroli ruchu granicznego i ochrony granic, do zadań SG należy także m.in. realizowanie zadań określonych w ustawie z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (dalej: uoc) oraz wykonywanie zadań określonych w innych ustawach (art. 1 ust. 2 pkt 14 usg). Na tej podstawie SG zobowiązana jest również do wykonywania zadań określonych w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: uuco). Ponadto, na podstawie art. 1 ust. 2b usg Straż Graniczna realizuje zadania wynikające z przepisów prawa Unii Europejskiej oraz umów i porozumień międzynarodowych na zasadach i w zakresie w nich określonych. Jednocześnie ustawa wskazuje, że w toku wykonywania wszelkich czynności służbowych, funkcjonariusze tej formacji mają obowiązek respektowania godności oraz przestrzegania wolności i praw człowieka i obywatela (art. 9 ust. 5 usg).

W polskim prawie krajowym brak jest legalnej definicji pojęcia „kontrola graniczna”. W kwestii warunków dokonywania kontroli granicznej, uwzględniającej m.in. formy i sposoby jej przeprowadzania, prawo krajowe odsyła do prawa unijnego, a konkretniej do kodeksu granicznego Schengen. Wynika to bezpośrednio z §1 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 2 lipca 2019 r. w sprawie kontroli granicznej, a także z art. 15 ust. 1 uogp, który stanowi, że osoby przekraczające granicę państwową stanowiącą granicę zewnętrzną w rozumieniu przepisów kodeksu granicznego Schengen są obowiązane poddać się kontroli granicznej, w zakresie określonym kodeksem granicznym Schengen oraz innymi przepisami odrębnymi, wykonywanej przez funkcjonariuszy Straży Granicznej.

2.2. Postępowania prowadzone wobec cudzoziemców w ramach kontroli granicznej

Jak wskazano wyżej, działania Straży Granicznej prowadzone na granicy, podejmowane są w ramach kontroli granicznej, na którą składa się m.in. ochrona granicy. Zgodnie z art. 13 ust. 1 kgS, głównym celem ochrony granicy jest zapobieganie niedozwolonemu przekraczaniu granicy, zwalczanie przestępczości transgranicznej oraz podejmowanie środków w stosunku do osób, które przekroczyły granicę nielegalnie. Przepis ten wyraźnie stanowi, że „osoba, która nielegalnie przekroczyła granicę i która nie ma prawa przebywać na terytorium danego państwa członkowskiego, zostaje zatrzymana i poddana procedurom spełniającym wymogi dyrektywy 2008/115/WE” (tzw. dyrektywa powrotowa).

Dyrektywa powrotowa określa normy i procedury stosowane przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich. Normy te powinny być stosowane zgodnie z prawami podstawowymi, w tym z obowiązkami w zakresie ochrony uchodźców oraz praw człowieka (art. 1 dyrektywy). Zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywa nie narusza unijnych przepisów azytowych, które mogą być korzystniejsze dla cudzoziemca. Dyrektywa zawiera szereg szczegółowych warunków, które muszą być spełnione przez państwa członkowskie w procesie wydalenia cudzoziemców. W motywie 6 tej dyrektywy wskazano, że państwa członkowskie powinny zapewnić, aby zakończenie nielegalnego pobytu obywateli państw trzecich odbywało się w ramach sprawiedliwej i przejrzystej procedury, a zgodnie z ogólnymi zasadami prawa UE decyzje w tym względzie powinny być podejmowane indywidualnie, na podstawie obiektywnych kryteriów, co oznacza, że pod uwagę powinien być brany nie tylko sam fakt nielegalnego pobytu. Dyrektywa przewiduje w tym celu szereg gwarancji, które przysługują osobie, wobec której prowadzona jest procedura powrotowa, w tym m.in. prawo do otrzymania pisemnej decyzji wraz z uzasadnieniem i pouczeniem o środkach odwoławczych (art. 12 ust. 1), prawo do dobrowolnego wyjazdu (art. 7 ust. 1), prawo do wstrzymania wydalenia w przypadku ryzyka naruszenia zasady *non-refoulement* (art. 9 ust. 1 lit. a), a także prawo do skorzystania ze środków odwoławczych (art. 13 ust. 1).

Z kolei w przypadku cudzoziemca, który usiłuje przekroczyć granicę zewnętrzną UE nie spełniając wszystkich warunków wjazdu ustanowionych w kgS, wydaje się decyzję o odmowie wjazdu. Decyzja ta musi być uzasadniona, tj. wskazywać na dokładne przyczyny odmowy i jest ona natychmiastowo wykonalna (art. 14 kgS). Kodeks stanowi jednak wyraźnie, że przepis ten pozostaje bez uszczerbku dla stosowania szczególnych przepisów dotyczących prawa do azylu i ochrony międzynarodowej. Ponadto kgS, na zasadzie odstępstwa od generalnych wymogów dotyczących wjazdu, daje cudzoziemcowi możliwość uzyskania zezwolenia państwa członkowskiego na wjazd na jego terytorium ze względów humanitarnych, ze względu na interes narodowy lub zobowiązania międzynarodowe (art. 6 ust. 5 lit. c).

Także polskie przepisy krajowe nakazują wydawanie wobec cudzoziemców, którzy nie posiadają prawa do wjazdu lub pobytu na terytorium Polski, jednej z dwóch decyzji administracyjnych: decyzji o odmowie wjazdu (art. 28 ust. 1 uoc) lub decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu (art. 302 ust. 1 uoc). Obie te decyzje wydawane są przez odpowiednie organy Straży Granicznej. Pierwsza z nich dotyczy sytuacji, w której cudzoziemiec usiłuje wjechać do Polski nie spełniając warunków wjazdu, natomiast druga wydawana jest cudzoziemcom, którzy przebywają na terytorium Polski, a zachodzą wobec nich przesłanki wydalenia ich z tergo terytorium, m.in. związane z brakiem prawa do legalnego pobytu. Obie decyzje wydawane są na podstawie przepisów postępowania administracyjnego.

Przepisy prawa krajowego stanowią równocześnie, że w przypadku złożenia przez cudzoziemca wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej nie wydaje się decyzji o odmowie wjazdu (art. 28 ust. 2 pkt 2 uoc). Także postępowanie w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu nie może być wszczęte, jeżeli toczy się postępowanie w sprawie udzielenia temu cudzoziemcowi ochrony międzynarodowej (art. 303 ust. 4 uoc). Natomiast jeśli cudzoziemiec złoży wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej w trakcie toczącego się postępowania powrotowego, wówczas ulega ono zawieszeniu (art. 305 ust. 1 uoc). Co więcej, przepisy stanowią, że organ prowadzący postępowanie w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu poucza go o możliwości złożenia wniosku o udzielenie mu ochrony (art. 304 uoc).

2.3. Postępowanie o udzielenie cudzoziemcowi ochrony międzynarodowej

Artykuł 18 Karty praw podstawowych UE (zwanej dalej „Kartą”) gwarantuje prawo do azylu z poszanowaniem zasad Konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców oraz zgodnie z Traktatami. Z kolei Traktat o Funkcjonowaniu UE stanowi, że polityką Unii jest przyznanie ochrony każdemu obywatelowi państwa trzeciego jej wymagającemu. Daje on również podstawę do przyjęcia szczegółowych przepisów dotyczących procedur ubiegania się o ochronę międzynarodową (art. 78 ust. 1 i 2 TFUE). Procedury te zostały uregulowane w dyrektywie 2013/32/UE, czyli tzw. dyrektywie proceduralnej¹².

Zgodnie z dyrektywą proceduralną, aplikowanie o udzielenie ochrony międzynarodowej na terytorium UE składa się z trzech etapów:

a) wystąpienie z wnioskiem

Zgodnie z motywem 27 oraz art. 2 lit. c dyrektywy, za wnioskodawcę uznaje się cudzoziemca, który wyraził chęć wystąpienia o udzielenie mu ochrony międzynarodowej (*wystąpił* z wnioskiem o udzielenie mu ochrony międzynarodowej). Według prawa UE i orzecznictwa, wystąpienie z wnioskiem może nastąpić w dowolnej formie i w dowolnym miejscu: na granicy, na terytorium państwa oraz w strefie tranzytowej (art. 3 ust. 1 dyrektywy proceduralnej, wyrok TSUE w sprawie Komisja Europejska p. Węgrom, C-808/18, pkt 95 - 104). Wskazuje na to również Podręcznik graniczny Schengen¹³. Należy podkreślić, że już od momentu *wystąpienia* z wnioskiem cudzoziemcowi przysługuje szereg praw, w tym prawo pozostawania na terytorium danego państwa członkowskiego (art. 9 ust. 1 dyrektywy proceduralnej). Wnioskodawcy objęci zostają także od tego momentu uprawnieniami wynikającymi z tzw. dyrektywy recepcyjnej¹⁴, przyznającej im m.in. prawo do swobodnego przemieszczania się w obrębie terytorium danego państwa (art. 7 ust. 1) oraz świadczenia materialne i opieki zdrowotną (art. 17).

b) złożenie wniosku

Zgodnie z dyrektywą proceduralną, obowiązkiem państwa członkowskiego jest zapewnienie, aby każda osoba, która wystąpiła z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej, miała rzeczywistą możliwość jak najszybszego *złożenia* takiego wniosku. Państwa mogą wymagać, aby

12 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (wersja przekształcona).

13 Zalecenie Komisji ustanawiające wspólny “Praktyczny podręcznik dla straży granicznej (podręcznik Schengen) przeznaczony dla właściwych organów państw członkowskich prowadzących kontrolę graniczną osób na granicach”: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15010-2006-INIT/pl/pdf>

14 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (wersja przekształcona).

wnioski takie były składane osobiście lub w określonym miejscu. Wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej uznaje się za złożony w momencie, gdy formularz przedłożony przez wnioskodawcę dotrze do właściwych organów danych państw członkowskich (art. 6 ust. 2–4 dyrektywy).

Pomimo, że dyrektywa umożliwia wprowadzenie obowiązku złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w wyznaczonym miejscu (art. 6 ust. 3 dyrektywy), przepisy prawa krajowego (uuco) takiego obowiązku nie przewidują. Należy zatem uznać polskie przepisy za korzystniejsze w tym względzie, co zgodne jest z art. 5 dyrektywy. Co więcej, państwa mogą ograniczyć jedynie *składanie* wniosków do określonych miejsc, a nie samo *występowanie* z takimi wnioskami (zob. pkt 96 wyroku TSUE w sprawie C-808/18). Potwierdza to, że wystąpić z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej, czyli wyrazić taką wolę w obecności władz danego państwa, można w dowolnym miejscu.

c) rejestracja wniosku

Dyrektywa proceduralna wskazuje, że *rejestracja* wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej powinna nastąpić nie później niż trzy dni robocze po wystąpieniu z wnioskiem. Jeżeli wystąpiono z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej do innych organów mogących przyjmować takie wnioski, które nie są właściwe do ich rejestrowania zgodnie z prawem krajowym, wówczas rejestracja wniosku powinna nastąpić nie później niż sześć dni roboczych po wystąpieniu z takim wnioskiem (art. 6 ust. 1 dyrektywy).

Wyróżnienie tych trzech etapów jest o tyle istotne, że samo wystąpienie z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej (a więc pierwszy etap aplikowania o ochronę) nie może wiązać się z obowiązkiem spełnienia przez cudzoziemca lub cudzoziemkę żadnych określonych wymogów. Podkreślił to Trybunał Sprawiedliwości UE (dalej: „TSUE”) w wyroku C-808/18, wskazując, że „[u]waża się (...), że z takim wnioskiem wystąpiono w chwili, gdy zainteresowana osoba zgłosiła jednemu z organów, o których mowa w art. 6 ust. 1 dyrektywy 2013/32, swój zamiar ubiegania się o ochronę międzynarodową, przy czym zgłoszenie tego zamiaru nie może podlegać żadnym formalnościom administracyjnym [zob. podobnie wyrok z dnia 25 czerwca 2020 r., Ministerio Fiscal (Organ, który może otrzymać wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej), C-36/20 PPU, EU:C:2020:495, pkt 93, 94].”

Zgodnie z prawem krajowym, w celu zainicjowania postępowania o udzielenie ochrony międzynarodowej, cudzoziemiec składa wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej osobiście (art. 26 ust. 1 uuco) do wskazanego organu SG, tj. do komendanta oddziału SG albo komendanta placówki SG właściwego ze względu na miejsce jego pobytu. Ten sam organ rejestruje wniosek (art. 24 ust. 1 i art. 28 ust. 3 uuco). Zgodnie z art. 5a usg, komendanci oddziałów, komendanci placówek oraz komendanci dywizjonów wykonują swoje zadania przy pomocy podległych im urzędów - komend oddziałów, placówek i dywizjonów. Z kolei komendant oddziału Straży Granicznej może upoważnić podległych funkcjonariuszy pełniących służbę w terytorialnym zasięgu działania oddziału lub pracowników do załatwiania spraw w jego imieniu w określonym zakresie (art. 5aa usg). W celu wykonywania zadań, o których mowa w art. 1 ust. 2 usg, funkcjonariusze SG mogą być mianowani do pełnienia odpowiednich funkcji pełnomocników granicznych (art. 9 ust. 6 usg).

Odwołując się do prawa UE należy wskazać, że nawet jeśli poszczególni funkcjonariusze SG nie posiadają upoważnienia do przyjmowania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej, to na podstawie art. 6 ust. 1 akapit drugi dyrektywy proceduralnej są oni przynajmniej odpowiedzialni

za ich przekazanie organom właściwym do ich rejestrowania. Kwestia ta została rozstrzygnięta przez TSUE, który w jednej ze spraw uznał, że sędzia śledczy, niebędący zgodnie z prawem hiszpańskim organem uprawnionym do przyjmowania wniosków uchodźczych, powinien był przekazać taki wniosek, złożony przez cudzoziemca podczas rozprawy, właściwym organom. Co więcej, powinien był on poinformować nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich o możliwych sposobach złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej. W wydanym wyroku TSUE wskazał, że „odnosząc się do pojęcia „innych organów mogących [otrzymywać] takie wnioski [o ochronę międzynarodową], ale [które] nie są właściwe do ich rejestrowania zgodnie z prawem krajowym”, art. 6 ust. 1 akapit drugi tej dyrektywy w żaden sposób nie odsyła do prawa krajowego, a zatem nie zobowiązuje państw członkowskich do wskazania tych „innych organów” (wyrok w sprawie C-36/20 PPU, pkt 56).” Fakt ten, iż funkcjonariusze SG nieposiadający uprawnień do przyjmowania wniosków nie są wymienieni w polskim prawie krajowym jako „inne organy mogące takie wnioski otrzymywać” nie wyklucza zatem tego, że zgodnie z prawem UE, do takich organów one należą. Tym bardziej, że art. 6 ust. 1 akapit trzeci, wymienia straż graniczną w przykładowym katalogu takich właśnie „innych organów”.

2.4. Zakaz zbiorowych wydaleń cudzoziemców i zasada non-refoulement w świetle obowiązującego Polskę prawa międzynarodowego

Analizując sytuację na polsko-białoruskiej granicy należy odnieść się także do obowiązującego Polskę prawa międzynarodowego, a w szczególności do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wraz z Protokołami podpisanej w Rzymie 4 listopada 1950 r. (dalej: Europejska Konwencja Praw Człowieka lub EKPCz) oraz Konwencji genewskiej z 28 lipca 1951 roku i Protokołu z 31 stycznia 1967 roku dotyczących statusu uchodźców (dalej: Konwencja genewska).

Artykuł 1 EKPCz stanowi, że prawa i wolności w niej określone przysługują każdemu człowiekowi podlegającemu jurysdykcji danego państwa. W związku z tym, że funkcjonariusze SG, dokonując kontroli granicznej wobec cudzoziemców, wykonują w stosunku do nich czynności służbowe, wpływające na ich sytuację prawną, należy uznać, że wykonują nad nimi jurysdykcję. Jurysdykcja Polski wobec osób znajdujących się na polsko-białoruskiej granicy nie budzi zatem wątpliwości (zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (Wielka Izba) w sprawie Hirsi Jamaa i inni p. Włochom, skarga nr 27765/09, para. 81-82, gdzie stwierdzono jurysdykcję włoską wobec cudzoziemców znajdujących się na włoskim statku na pełnym morzu czy wyrok w sprawie M.K. i inni p. Polsce, skargi nr 40503/17, 42902/17 i 43643/17, para. 130-132, gdzie ETPCz uznał Polskę winną odsyłania uchodźców spod polskich granic, pomimo iż nie zostali oni formalnie na to terytorium dopuszczeni).

W sytuacji braku identyfikacji i indywidualnego rozpatrzenia każdej ze spraw cudzoziemców znajdujących się na granicy lub ją przekraczających, istnieje ryzyko naruszenia art. 4 Protokołu 4 Konwencji, a zatem zbiorowego wydalenia cudzoziemców. Zgodnie z wykładnią dokonaną przez ETPCz, poprzez wydalenie należy rozumieć nie tylko deportację cudzoziemca obecnego na terytorium danego państwa, ale także niewpuszczenie go na to terytorium. Do naruszenia tego zakazu dochodzi wówczas, gdy państwo usunęło ze swojego terytorium cudzoziemców jako grupę, nie podejmując jednocześnie środków celem racjonalnego i obiektywnego zbadania indywidualnej sprawy każdego z nich (zob. np. decyzje w sprawach Becker p. Danii, skarga nr 7011/75 oraz Andric p. Szwecji, skarga nr 45917/99).

Przy badaniu, czy doszło do zbiorowego wydalenia Trybunał bierze pod uwagę określone czynniki, m. in. czy przed zawróceniem cudzoziemcom zapewniono skuteczną możliwość ubiegania się o azyl, czy w decyzjach o zawróceniu skarżących odnoszono się do ich wniosku o udzielenie

ochrony, czy skarżący mieli możliwość kontaktu z adwokatem, a także czy właściwe organy polityczne zapowiedziały tego rodzaju operacje (M.K., para. 198-203). ETPCz wielokrotnie podkreślał, że celem art. 4 Protokołu 4 Konwencji jest zapewnienie każdemu cudzoziemcowi prawa do oceny przez państwo związane przepisami Konwencji prezentowanych przez niego powodów przeciwko wydaleniu, zwłaszcza w celu uniknięcia potencjalnego naruszenia zakazu tortur (Khlaifia i inni p. Włochom, skarga nr 16483/12, para. 238; N.D. i N.T. p. Hiszpanii, skargi nr 8675/15 i 8697/15, para. 171). Zdaniem ETPCz, indywidualne rozpoznanie sprawy każdego z wydalanych cudzoziemców i zagwarantowanie im możliwości przedstawienia argumentów przeciwko wydaleniu, stanowi warunek poszanowania zasady *non-refoulement* (N.D. i N.T., para. 198-199). Zasada ta, będąca podstawową zasadą międzynarodowego prawa uchodźczego została zawarta w art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej. Jest także powtórzona w art. 19 ust. 2 Karty. Z uwagi na doniosłość tych gwarancji, ETPCz wymaga od państw wykazania się w tym względzie aktywną postawą. Państwa powinny powstrzymać się od wydalenia cudzoziemca w każdej sytuacji, w której systematyczne łamanie praw człowieka w tym państwie, do którego cudzoziemiec ma być odesłany, jest faktem powszechnie znanym. W takiej sytuacji nie jest nawet konieczne poproszenie o azyl przez samego cudzoziemca (Hirsi Jamaa, para. 133 i cyt. tam orzecznictwo).

Jak wskazano wyżej, w sprawach dotyczących zbiorowego wydalania cudzoziemców, istotne są także polityczne motywacje stojące za takimi decyzjami. Zarówno w sprawie M.K. (para. 209), jak i w sprawach Čonka p. Belgii (skarga nr 51564/99) oraz Gruzja (I) p. Rosji (skarga nr 13255/07), ETPCz doszedł do wniosku, że decyzja dotycząca postępowania przez władze państwowe z określoną grupą cudzoziemców umotywowana była politycznie, co pośrednio potwierdzało niezgodną z prawem praktykę. Bez względu na to, czy decyzja ta została podjęta oficjalnie, jak w sprawie Čonka, czy nieoficjalnie, jak w sprawie M.K., może mieć to ogromne znaczenie dla oceny potencjalnego naruszenia zakazu zbiorowych wydań.

3. Sytuacja prawna cudzoziemców na polsko-białoruskiej granicy

3.1. Status prawny cudzoziemców przebywających w Usnarzu Górnym

Sytuacja, z jaką mamy do czynienia w Usnarzu Górnym, stanowi faktyczną odmowę cudzoziemcom prawa wjazdu na terytorium Polski, a co za tym idzie – prawa wjazdu na terytorium UE. Działania podejmowane przez funkcjonariuszy polskiej SG, dokonywane w odpowiedzi na zamiar przekroczenia przez cudzoziemców granicy lub na akt jej przekroczenia, stanowią kontrolę graniczną w rozumieniu przepisów kgS. W tym kontekście nie ma znaczenia czy cudzoziemcy formalnie znaleźli się na terytorium Polski czy też przebywają na terytorium Białorusi. W związku z tym, że cudzoziemcy znajdują się poza przejściem granicznym, działania SG polegają na „ochronie granicy” w rozumieniu art. 2 pkt 12 kgS, będącej częścią kontroli granicznej. W toku tych czynności cudzoziemcy mają prawo do wystąpienia z wnioskiem o udzielenie im ochrony międzynarodowej.

Z udokumentowanych źródeł oraz relacji przedstawicieli RPO¹⁵ wynika, że cudzoziemcy zadeklarowali w obecności polskich funkcjonariuszy chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową, czyli wystąpili z odpowiednim wnioskiem. W związku z powyższym należy uznać ich za „wnioskodawców” w rozumieniu dyrektywy proceduralnej. Rodzi to określone obowiązki po stronie polskich władz, w tym przede wszystkim umożliwienie tym osobom wjazdu na terytorium RP oraz umożliwienie im formalnego złożenia wniosków, zarejestrowanie ich i

15 Nieprzyjmowanie wniosków o ochronę międzynarodową od cudzoziemców przebywających w strefie przygranicznej w okolicach Usnarza stanowi naruszenie prawa. Wystąpienie RPO do Prezesa Rady Ministrów: <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/RPO-obywatele-afganistanu-deklaruje-zamiar-ubiegania-sie-o-ochron%C4%99-mi%C4%99dzynarodow%C4%85-na-terytorium-rp-premier>.

przekazanie do Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców. Osobom tym należy także zapewnić świadczenia socjalne, określone w dyrektywie 2013/33/UE (m.in. zakwaterowanie, wyżywienie oraz pomoc medyczną)

Zgodnie z przytoczonymi wyżej przepisami kgS, wobec cudzoziemców poddawanych kontroli granicznej, powinny być ponadto wszczęte odpowiednie postępowania administracyjne. Tymczasem, jak wynika z ogólnodostępnych informacji, cudzoziemcom tym nie zostały wydane ani decyzje o odmowie wjazdu (art. 28 ust. 1 uoc) ani decyzje o zobowiązaniu do powrotu (art. 302 ust. 1 uoc). Z uwagi na zawieszenie przez Białoruś zawartej z UE umowy o readmisji nie mogły być wobec nich zastosowane także przepisy o przekazaniu do państwa trzeciego na podstawie umowy międzynarodowej, zgodnie z art. 303 ust. 1 pkt 9 w zw. z art. 303 ust. 7 uoc. Działania SG wobec tej grupy cudzoziemców, polegające na uniemożliwianiu im wjazdu do Polski, nie mają zatem podstawy w postaci odpowiedniej decyzji administracyjnej.

Reasumując, od co najmniej czterech tygodni SG zaniedbuje obowiązek wszczęcia odpowiednich procedur administracyjnych oraz przyjęcia od cudzoziemców z Usnarza Górnego wniosków o udzielenie im ochrony międzynarodowej w związku z zadeklarowaniem przez nich takiej woli. Odmowa przyjęcia takich wniosków tudzież bezczynność organów w tym zakresie, pozostaje bez wpływu na status prawny tych osób, a powoduje jedynie odpowiedzialność państwa polskiego za niedopełnienie obowiązków wynikających z prawa unijnego. Zgodnie z prawem krajowym oraz prawem unijnym SG nie ma prawa podejmowania działań faktycznych polegających na uniemożliwianiu cudzoziemcom wjazdu do Polski, bez jednoczesnego zainicjowania odpowiednich procedur administracyjnych zmierzających do zawrócenia cudzoziemców z terytorium Polski. Zgodnie z przepisami kgS działania SG stanowią kontrolę graniczną, która powinna zakończyć się wydaniem wobec cudzoziemców odpowiednich decyzji i umożliwieniem im złożenia wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej.

Działania polskich władz mogą prowadzić także do naruszenia międzynarodowego prawa uchodźczego, w tym zwłaszcza zasady *non-refoulement* i zakazu zbiorowych wydaleń cudzoziemców. Żaden z cudzoziemców przebywających na polsko-białoruskiej granicy w miejscowości Usnarz Górny nie został bowiem indywidualnie zidentyfikowany przez organy państwowe i nie zostało wobec niego wszczęte indywidualne postępowanie. Cudzoziemcom uniemożliwia się wjazd do Polski jako grupie, w sposób zbiorowy. W takiej sytuacji nie jest możliwe odparcie przez polskie władze argumentu o potencjalnym naruszeniu proceduralnego aspektu zakazu tortur czy zasady *non-refoulement*, albowiem władzom nieznane są indywidualne historie poszczególnych osób. Tymczasem z ogólnodostępnych źródeł wynika, że Afganistan, będący krajem pochodzenia cudzoziemców nie może być uznany za kraj bezpieczny. Istnieją podstawy, aby uznać, że również Białoruś nie jest krajem bezpiecznym. W swoim orzecznictwie ETPCz uznał, że Białoruś nie ma skutecznego systemu azylowego (M.K., para. 116-117), zaś z doniesień prasowych wynika, że białoruskie służby zmuszają cudzoziemców do przekroczenia granicy oraz uniemożliwiają im powrót na terytorium Białorusi¹⁶.

Ponadto, biorąc pod uwagę wypowiedzi medialne przedstawicieli polskiego rządu z ostatnich tygodni, a także wprowadzone i planowane zmiany w przepisach prawa, można przypuszczać, że działania w Usnarzu Górnym są elementem polityki niewpuszczania uchodźców do Polski, prowadzonej dość otwarcie przez obecny rząd. Należy podkreślić, że ostatnie wypowiedzi polskich

16 Imigranci utknęli na granicy Polski z Białorusią: <https://www.bankier.pl/wiadomosc/Imigranci-utkneli-na-granicy-Polski-z-Bialorusia-8172542.html>; Pat na polsko-białoruskiej granicy. Około 50 osób nie ma dokąd się udać: <https://www.euractiv.pl/section/migracje/news/bialorus-migranci-granica-polska-lukaszka/>.

władz dotyczące sytuacji na granicy są analogiczne do tych, które doprowadziły ETPCz do uznania naruszenia przez Polskę zakazu zbiorowych wydaleń w poprzednich sprawach¹⁷.

Na marginesie warto wskazać, że sytuacja, z jaką mamy do czynienia w Usnarzu Górnym może być ponadto traktowana jako faktyczne pozbawienie cudzoziemców wolności. Nie mają oni bowiem rzeczywistej możliwości przemieszczenia się: ani na stronę białoruską ani polską. W tym kontekście istotny jest fakt wystąpienia przez cudzoziemców z wnioskiem o udzielenie im przez Polskę ochrony międzynarodowej. Dyrektywa 2013/33/UE stanowi bowiem, że sam fakt bycia wnioskodawcą nie jest podstawą do pozbawienia wolności (art. 8-11 dyrektywy). Dopuszczalne przypadki pozbawienia wnioskodawcy wolności zostały wymienione w dyrektywie. Dyrektywa nakazuje również, aby pozbawianie cudzoziemców wolności następowało zawsze na podstawie decyzji, która powinna podlegać kontroli sądowej. Ponadto, detencja powinna trwać możliwie krótko i odbywać się w odpowiednich warunkach. Regulacje krajowe dotyczące pozbawienia wolności cudzoziemców, którzy ubiegają się o ochronę międzynarodową zawarte zostały w rozdziale 6 uuc.

W opinii TSUE, „zatrzymanie osoby ubiegającej się o udzielenie ochrony międzynarodowej w rozumieniu art. 2 lit. h) dyrektywy 2013/33 stanowi środek przymusu, który pozbawia tę osobę swobody przemieszczania się i izoluje ją od pozostałej części populacji, zobowiązując ją do pozostawania na stałe w ograniczonym i zamkniętym obszarze.” (wyrok C-924/19 PPU i C-925/19 PPU). Ponadto, obowiązek stałego przebywania przez cudzoziemca na ograniczonym i zamkniętym obszarze, którego nie może on zgodnie z prawem opuścić według własnej woli w żadnym kierunku, stanowi pozbawienie wolności, jakie cechuje „środek detencyjny” lub „zatrzymanie” w rozumieniu dyrektywy 2013/33. Europejska Konwencja Praw Człowieka w art. 5 ust. 1 lit. f) wskazuje z kolei na wyłączne przesłanki pozwalające na pozbawienie cudzoziemca wolności. Należą do nich: zapobieżenie nielegalnemu wjazdowi oraz zabezpieczenie postępowania o wydalenie. Zgodnie z orzecnictwem ETPCz, jeżeli prawo krajowe (a w niniejszej sprawie – także prawo unijne) zezwala cudzoziemcowi, który wystąpił z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej na pobyt na terytorium tego państwa, wówczas pierwsza z tych przesłanek nie ma zastosowania (wyrok ETPCz w sprawie Suso Musa p. Malcie, skarga nr 42337/12, para. 97).

Biorąc pod uwagę sytuację w Usnarzu Górnym należy stwierdzić, że przebywający tam cudzoziemcy, wnioskujący o udzielenie im w Polsce ochrony międzynarodowej, są faktycznie pozbawieni wolności. Nie mają bowiem możliwości powrotu do Białorusi, a jednocześnie uniemożliwia im się wjazd do Polski. Wobec braku odpowiedniej decyzji sądowej oraz zbadania istnienia przesłanek do pozbawienia wolności, jak również wobec niezapewnienia im odpowiednich warunków, należy uznać, że pozbawienie wolności, któremu cudzoziemcy są poddawani, jest bezprawne.

3.2. Sytuacja pozostałych grup cudzoziemców nielegalnie przekraczających polską granicę i zawracanych do Białorusi przez funkcjonariuszy polskiej SG

Z informacji przekazywanych przez dziennikarzy, pracowników organizacji pozarządowych i aktywistów wynika, że na pozostałych odcinkach polsko-białoruskiej granicy dochodzi do odsyłania do Białorusi także innych grup cudzoziemców i cudzoziemek przekraczających polską granicę w sposób nieuregulowany¹⁸. Wobec tych osób nie są wszczynane przewidziane prawem

17 M.in. Mariusz Błaszczak: nie pozwolimy na stworzenie szlaku przerzutu migrantów przez Polskę, dostępny na: <https://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2021-08-23/konferencja-mariusza-blaszczaka/>.

18 Uchodźcy nadal przekraczają granicę. "Byli zmarznięci, część nie miała butów": <https://www.onet.pl/informacje/onetwiadomosci/stan-wyjatkowy-uchodzcy-nadal-przekraczaja-granice-byli-zmarznienci/t9fmgcd,79cfc278>.

procedury, a działania te są najczęściej prowadzone w ukryciu i skutkują pozostawianiem tych cudzoziemców w lasach strefy przygranicznej. Z dostępnych nagrań i doniesień osób monitorujących sytuację na miejscu wynika, że działania te są prowadzone także w przypadku składania przez cudzoziemców, w obecności dokonujących ich zatrzymania funkcjonariuszy SG, deklaracji o zamiarze ubiegania się w Polsce o udzielenie im ochrony międzynarodowej. W oficjalnych komunikatach SG informuje o „udaremnianych” próbach nielegalnego przekroczenia granicy przez grupy cudzoziemców, przy czym z informacji tych nie wynika, jaka jest podstawa prawna tych działań.

Także i w tej sytuacji działania SG, będące w istocie odpowiedzią na akt nielegalnego przekroczenia granicy, należy uznać za ochronę granicy, będącą elementem kontroli granicznej zdefiniowanej w art. 2 pkt 10 kgS, w ramach której władze powinny wydać indywidualne decyzje o odmowie wjazdu lub zobowiązaniu do powrotu. Osoby, które niezgodnie z prawem przekroczyły polsko-białoruską granicę i które nie mają prawa przebywać na terytorium Polski, powinny zostać zatrzymane i poddane procedurom spełniającym wymogi dyrektywy powrotowej. Z art. 6 ust. 1 i art. 8 dyrektywy jasno wynika, że faktyczne wydalenie może nastąpić tylko w sytuacji wcześniejszego wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu. Jednocześnie nie można uznać, żeby obecnie możliwe było przekazywanie cudzoziemców do Białorusi na podstawie art. 303 ust. 1 pkt 9 w zw. z art. 303 ust. 7 uoc, gdyż Białoruś poinformowała o zawieszeniu obowiązywania zawartej z UE umowy o readmisji.

Działania SG polegające na zawracaniu cudzoziemców do Białorusi, bez wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu, nie tylko stanowią samo w sobie naruszenie prawa, ale pozbawiają cudzoziemców gwarancji wynikających z dyrektywy powrotowej. W toku postępowania powrotowego, cudzoziemcy powinni być poinformowani o możliwości złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej (art. 305 uoc), a każdy taki wniosek powinien być przyjęty i zarejestrowany. Mają oni także prawo do indywidualnego zbadania swojej sytuacji, uzyskania uzasadnienia wydanej decyzji, złożenia odwołania, itd. Należy także podkreślić, że w art. 5 dyrektywy wskazano wprost, że państwa członkowskie muszą należycie uwzględnić zasadę *non-refoulement*, a w motywie 9 podkreślono, że obywatela państwa trzeciego, który wystąpił o azyl w państwie członkowskim, nie należy uznawać za osobę nielegalnie przebywającą na terytorium tego państwa członkowskiego, dopóki nie wejdzie w życie decyzja odmowna w sprawie wniosku o azyl lub decyzja o odebraniu mu prawa do pobytu jako osobie ubiegającej się o azyl. Złożenie wniosku o udzielenie ochrony powoduje zatem, że taki cudzoziemiec nie może zostać wydany w trakcie tego postępowania.

Tak, jak w przypadku grupy cudzoziemców z Usnarza Górnego, tak i w tym przypadku, działania polskich władz na pozostałych odcinkach polsko-białoruskiej granicy powodują ryzyko naruszenia zasady *non-refoulement* i zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców.

3.3. Wpływ przepisów wprowadzonych w związku z pandemią COVID-19 na sytuację na polsko-białoruskiej granicy

W dniu 13 marca 2020 r. Minister Spraw Wewnętrznych, na mocy Rozporządzenia w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych, ograniczył możliwość przekraczania granic Polski na kierunku wjazdowym do wymienionych w treści rozporządzenia grup cudzoziemców. Na liście tej znaleźli się m.in. małżonkowie polskich obywateli, zagraniczni pracownicy oraz osoby posiadające zezwolenia pobytowe. Nie znalazły się na niej natomiast osoby poszukujące ochrony międzynarodowej. Na

lukę w tym zakresie wskazywał wielokrotnie Rzecznik Praw Obywatelskich¹⁹ oraz organizacje pozarządowe, domagając się od Ministra uwzględnienia tej kategorii podróżnych w treści Rozporządzenia zgodnie z art. 56 ust. 2 Konstytucji RP, obowiązującymi ustawami oraz ratyfikowanymi przez Polskę umowami międzynarodowymi. Pomimo jednak, że Rozporządzenie było wielokrotnie nowelizowane poprzez dodawanie kolejnych grup cudzoziemców do katalogu osób uprawnionych do wjazdu, osoby poszukujące ochrony nie zostały w nim aż po dziś dzień wprost wymienione.

W dniu 20 sierpnia 2021 r. zostało przyjęte Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 sierpnia 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych, które weszło w życie następnego dnia. Na mocy tego Rozporządzenia wprowadzono przepisy, zgodnie z którymi osoby, nienależące do kategorii osób wymienionych w treści Rozporządzenia jako osoby uprawnione do wjazdu do Polski, poucza się o obowiązku niezwłocznego opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Ponadto, w przypadku ujawnienia takich osób w przejściu granicznym, na którym ruch graniczny został zawieszony lub ograniczony oraz poza zasięgiem terytorialnym przejścia granicznego, osoby takie zwraca się do linii granicy państwowej.

Przepisy wprowadzone Rozporządzeniem z 20 sierpnia 2021 r. należy uznać nie tylko za niezgodne z prawem międzynarodowym, w tym zwłaszcza zasadą non-refoulement²⁰, ale także za niezgodne z prawem unijnym. Z przepisów kodeksu granicznego Schengen wynika bowiem, że w przypadku ujawnienia nielegalnego przekroczenia granicy przez cudzoziemca poza przejściem granicznym, należy wdrożyć wobec niego odpowiednie postępowanie administracyjne zmierzające do zobowiązania cudzoziemca do powrotu zgodnie z gwarancjami przewidzianymi w dyrektywie 2008/115/WE. Natomiast w przypadku stawienia się cudzoziemca do odprawy granicznej na wyznaczonym przejściu granicznym, jeżeli nie spełnia on warunków wjazdu, należy wydać wobec niego decyzję o odmowie wjazdu. W obu tych przypadkach cudzoziemiec ma możliwość złożenia wniosku o udzielenie mu ochrony międzynarodowej, co powinno skutkować zawieszeniem, umorzeniem lub odstąpieniem od przeprowadzenia wszczętych procedur, przyjęciem od cudzoziemca wniosku i umożliwieniem mu wjazdu do Polski celem uczestniczenia w procedurze uchodźczej. Kodeks graniczny Schengen nie przewiduje możliwości zawrócenia cudzoziemca do linii granicy państwowej bez wszczęcia wobec niego formalnego postępowania, na podstawie samego pouczenia, co przewiduje Rozporządzenie.

W związku z powyższym, Rozporządzenie - jako niezgodne z bezpośrednio obowiązującym prawem UE – nie powinno być stosowane. Obowiązek odstąpienia od stosowania przepisów Rozporządzenia spoczywa w tym wypadku na funkcjonariuszach SG. Jak wskazał bowiem TSUE w wyroku C-924/19 PPU i C-925/19 PPU, „[o]bowiązek odstąpienia w razie potrzeby od stosowania ustawodawstwa krajowego sprzecznego z przepisem prawa Unii wywołującym bezpośredni skutek spoczywa nie tylko na sądach krajowych, lecz również na wszystkich organach państwa, w tym na organach administracyjnych, którym powierzono stosowanie prawa Unii w ramach ich odpowiednich kompetencji (zob. podobnie wyroki: z dnia 22 czerwca 1989 r., Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, pkt 30, 31; z dnia 4 grudnia 2018 r., Minister for Justice and Equality i Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, pkt 38; z dnia 21 stycznia 2020 r., Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, pkt 78).” (pkt 183).

19 Rzecznik Praw Obywatelskich do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji:

<https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Wystapienie%20do%20MSWiA%20ws%20sytuacji%20na%20granicach,%2012.05.2020.pdf>

20 Zmiany w rozporządzeniu w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego są sprzeczne z Konwencją Genewską i Konstytucją RP. Wystąpienie generalne RPO do MSWiA:

<https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-mswia-granice-azyl-ochrona-cudzoziemcy>

4. Podsumowanie

Z dostępnych informacji wynika, że zarówno w przypadku grupy cudzoziemców z Usnarza Górnego, jak i w przypadku cudzoziemców zatrzymywanych na pozostałych odcinkach granicy polsko-białoruskiej, organy SG nie wykonują podstawowych obowiązków wynikających z przepisów prawa, tj. nie przeprowadzają zindywidualizowanego postępowania wobec każdego cudzoziemca, przekraczającego granicę Polski, będącą jednocześnie zewnętrzną granicą UE. Odsyłanie cudzoziemców do Białorusi, bez wszczęcia wobec nich stosownych postępowań i bez wydania wobec nich zaskarżalnych w świetle polskiego prawa decyzji, uniemożliwia dokonanie indywidualnej oceny sytuacji każdego z nich i pozbawia cudzoziemców przysługujących im gwarancji proceduralnych, w tym najważniejszej z nich – prawa do ubiegania się o udzielenie ochrony międzynarodowej.

W przypadku zadeklarowania w obecności polskich funkcjonariuszy chęci ubiegania się o ochronę międzynarodową, taka osoba musi być traktowana jako „wnioskodawca” zgodnie z prawem UE. Od tego momentu przysługuje jej szereg praw z tym związanych, w tym prawo do przyjęcia wniosku i jego rejestracji oraz pozostania na terytorium Polski na czas procedury. Wnioski takie mogą być składane w dowolnym miejscu, a zatem także poza oficjalnymi przejściami granicznymi. W tej mierze na funkcjonariuszach SG ciąży obowiązek odstąpienia od stosowania przepisów krajowych niezgodnych z prawem UE i ograniczających możliwość ubiegania się o ochronę międzynarodową, w tym zwłaszcza przepisów Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 13 marca 2020 r. w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych.

Na końcu należy podkreślić, że praktyka polegająca na celowym uniemożliwianiu cudzoziemcom dostępu do procedur azytowych została potępiona przez TSUE w sprawie C-808/18. W wyroku tym TSUE podkreślił, że „państwa członkowskie mają generalnie obowiązek rejestrowania każdego objętego zakresem stosowania tej dyrektywy wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, z którym obywatel państwa trzeciego lub bezpaństwowiec wystąpił do organów krajowych, i w rezultacie powinny zapewnić, żeby zainteresowane osoby miały rzeczywistą możliwość jak najszybszego złożenia wniosku.” (pkt 93).