

Sygn. akt II SA/Bk 664/23



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 stycznia 2024 r.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w składzie następującym:

Przewodniczący	sędzia NSA Elżbieta Trykoszko (spr.)
Sędziowie	asesor sądowy WSA Anna Bartłomiejczuk sędzia WSA Małgorzata Roleder
Protokolant	st. sekretarz sądowy Sylwia Tokajuk

po rozpoznaniu w Wydziale II na rozprawie w dniu 18 stycznia 2024 r.
sprawy ze skargi [REDAKTED]
na czynność Komendanta Placówki Straży Granicznej w Białowieży
z dnia 16 maja 2023 r.
w przedmiocie zawrócenia cudzoziemca do linii granicy państwowej

stwierdza bezskuteczność zaskarżonej czynności.



Na oryginale właściwe podpisy

Za zgodność z oryginałem

Sekretarz sądowy

Natalia Paulina Janowicz

Sygn. akt II SA/Bk 664/23

UZASADNIENIE

Skarżący [REDAKTOWANE] obywatel Syrii, reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, wniósł w dniu 31 lipca 2023r. do tutejszego sądu administracyjnego skargę na czynność materialno-techniczną podjętą 16 maja 2023 r. przez organ Straży Granicznej - komendanta Placówki SG w Białowieży i działających z jego upoważnienia funkcjonariuszy Straży Granicznej - polegającą na zawróceniu do linii granicy państwowej, po ujawnieniu pobytu na obszarze Polski. Wnosząc o stwierdzenie bezskuteczności wymienionej czynności zarzucił jej naruszenie:

1. art. 24 ust. 1, art. 26 ust. 1 i art. 28 ust. 1, 3 i 6 ustawy z 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2022 r., poz. 1264 ze zm., dalej: "u.u.c.o.") w zw. z:

a) art. 7, art. 56 ust. 2 oraz art. 87 ust. 1 Konstytucji RP, a także w zw. z

b) art. 6 ust. 1 i 2 oraz art. 9 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (Dz. U. UE. L z 2013 r., nr 180, s. 60, dalej: Dyrektywa Proceduralna) i w zw. z:

c) art. 18 i art. 19 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE.C z 2007r., nr 303 s. 1, dalej: "KPP") i w zw. z:

d) art. 33 ust. 1 Konwencji dotyczącej statusu uchodźców, podpisanej w Genewie w dniu 28 lipca 1951 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515; dalej: "Konwencja genewska") i w zw. z

e) art. 4 protokołu nr 4 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (odpowiednio: Dz. U. z 1995 r., nr 36, poz. 1752 ze zm., dalej: Protokół nr 4; Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm., dalej: "EKPC"), a także w zw. z

f) art. 3 EKPC

poprzez ich niezastosowanie, a zamiast tego zastosowanie w ich miejsce norm o randze rozporządzenia, a zatem norm hierarchicznie niższych, mimo że organ Straży

Granicznej zobowiązany był w pierwszej kolejności zastosować przepisy ustawy, które to przepisy zobowiązują organy Straży Granicznej do przyjęcia od cudzoziemca deklarującego zamiar ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową wniosku o udzielenie takiej ochrony; zaś wykonując czynność materialno - techniczną zawrócenia do linii granicy, bez zapewnienia warunków do złożenia deklaracji o zamiarze złożenia wniosku o ochronę, funkcjonariusze organu SG dokonali zbiorowego wydalenia skarżącego w rozumieniu art. 4 Protokołu nr 4 do EKPC oraz narazili go na niehumanitarne lub poniżające traktowanie w rozumieniu art. 3 EKPC; ewentualnie, w przypadku, gdyby sąd uznał za nieudowodniony fakt, że w momencie ujęcia w dniu 16 maja 2023 r. skarżący deklarował funkcjonariuszom Straży Granicznej chęć ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową, za naruszającą: 2. art. 302 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy z 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2021 r., poz. 2354 ze zm., dalej: "u.o.c.") w zw. z:

a) art. 7 Konstytucji RP,

b) art. 87 ust. 1 Konstytucji RP oraz w zw. z

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

poprzez ich niezastosowanie, a w ich miejsce zastosowanie norm o randze rozporządzenia, a zatem norm hierarchicznie niższych, mimo że organ Straży Granicznej zobowiązany był w pierwszej kolejności zastosować przepisy o randze ustawy, tj. przepisy u.o.c., które, w przypadku ujawnienia pobytu na terytorium Polski cudzoziemca, który przekroczył granicę wbrew przepisom prawa oraz przebywa na terytorium Polski bez ważnego dokumentu uprawniającego do wjazdu i pobytu na tym terytorium, obligowały organ do przeprowadzenia kontroli legalności pobytu, wszczęcia postępowania w przedmiocie zobowiązania cudzoziemca do powrotu do kraju pochodzenia, a następnie, w zależności od poczynionych w takim postępowaniu ustaleń, wydania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu lub odmowie takiego zobowiązania i udzieleniu cudzoziemcowi zgody na pobyt w Polsce ze względów humanitarnych bądź zgody na pobyt tolerowany; zaś odstąpienie od wszczęcia wspomnianego postępowania pozbawiło skarżącego statusu strony w postępowaniu administracyjnym i związanych z tym praw, w tym prawa do skutecznego środka odwołania w rozumieniu art. 13 EKPC, natomiast wykonanie czynności materialno - technicznej zawrócenia cudzoziemca do linii granicy, a w konsekwencji zawrócenia na terytorium Białorusi, bez przeprowadzenia

jakiegokolwiek postępowania nosiło znamiona zbiorowego wydalenia w rozumieniu art. 4 Protokołu nr 4 do EKPC oraz naraziło cudzoziemca na nieludzkie lub poniżające traktowanie;

3. § 3 ust. 2b rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 13 marca 2020 r. w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 435 ze zm., dalej; "rozporządzenie graniczne") w zw. z:

a) art. 7, art. 56 ust. 1 i 2 oraz art. 87 ust. 1 Konstytucji oraz w zw. z

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

poprzez jego zastosowanie, tj. zawrócenie skarżącego do linii granicy państwowej, mimo istniejących norm hierarchicznie wyższych (wymienionych w zarzutach 1 i 2 skargi), które nie przewidywały możliwości wykonania takiego zawrócenia, a wręcz obligowały organ SG do (-) przyjęcia od cudzoziemca wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej ewentualnie (-) do wszczęcia wobec cudzoziemca postępowania administracyjnego w przedmiocie zobowiązania go do powrotu; zaś działania takie ostatecznie doprowadziło do pozbawienia skarżącego statusu strony w postępowaniu administracyjnym i związanych z nim praw, w tym prawa do skutecznego środka odwołania w rozumieniu art. 13 EKPC, a także skutkowało zbiorowym wydaleniem cudzoziemca w rozumieniu art. 4 Protokołu nr 4 do EKPC oraz naraziło go na nieludzkie lub poniżające traktowanie;

4. § 3 ust. 2 b rozporządzenia granicznego w zw. z:

a) art. 7 Konstytucji RP

b) art. 6 K.p.a.

poprzez jego zastosowanie, mimo że § 3 ust. 2b Rozporządzenia Granicznego, ani żaden inny przepis tego aktu, nie wskazują w sposób wyraźny i jednoznaczny organu Straży Granicznej jako organu upoważnionego do realizacji czynności zawrócenia cudzoziemca do linii granicy, przy czym istnienia po stronie tego organu kompetencji do wykonania czynności administracyjnej zawrócenia, skierowanej do indywidualnego podmiotu i dotyczącej bezpośrednio jego praw i wolności, nie można domniemywać ani wyinterpretować z innych przepisów prawa;

5. art. 6, art. 7, art. 8 § 1 i 2, art. 9, art. 11, art. 14 § 1a, art. 15 i art. 77 § 1 K.p.a. w zw. z:

a) art. 7 Konstytucji oraz w zw. z

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

poprzez niezapewnienie cudzoziemcowi możliwości złożenia deklaracji o zamiarze ubiegania się w Polsce o ochronę międzynarodową, a następnie wystąpienia z wnioskiem o ochronę i wszczęcia w tej sprawie postępowania, ewentualnie odstąpienia od wszczęcia postępowania w przedmiocie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, co było działaniem nie na podstawie przepisów prawa, wiązało się z nieuwzględnieniem interesu strony i doprowadziło do zaniechania czynności niezbędnych do wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy, godziło w zaufanie strony do organów władzy publicznej, naruszało obowiązek poinformowania strony o podstawach i przesłankach podjęcia wobec niej czynności, zaniechaniem prowadzenia sprawy w formie pisemnej i uniemożliwieniem skarżącemu wniesienia jakiegokolwiek środka odwoławczego, a więc załatwieniem sprawy w jednej tylko instancji, oraz odstąpieniem od zebrania jakiegokolwiek materiału dowodowego w sprawie.

Pełnomocnik skarżącego podniósł, że wszystkie wskazane naruszenia przepisów miały istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż doprowadziły do wykonania przez organ Straży Granicznej i działających w jego imieniu funkcjonariuszy czynności materialno – technicznej zawrócenia skarżącego do linii granicy mimo braku przepisu prawa , który upoważniałby organ do wykonania takiej czynności a także bez ustalenia stanu faktycznego sprawy i niezapewnienia cudzoziemcowi możliwości złożenia deklaracji o zamiarze ubiegania się o ochronę międzynarodową.

Pełnomocnik skarżącego wniósł o rozpatrzenie skargi jako wniesionej w terminie 30 dni od dnia, kiedy skarżący i jego pełnomocnik faktycznie dowiedział się o rodzaju i charakterze prawnym czynności podjętej wobec skarżącego w dniu 16 maja 2023r. alternatywnie o przyjęcie skargi do rozpoznania pomimo jej wniesienia po upływie 30 dni od wykonania przez Straż Graniczną czynności materialno – technicznej zawrócenia do linii granicy z uwagi na brak winy skarżącego w uchybieniu terminu.

Pełnomocnik wniósł także o dopieszczenie dowodu z dokumentów dołączonych do skargi.

W uzasadnieniu skargi wskazano następujący stan faktyczny sprawy.

W dniu 16 maja 2023 r. około godziny 14.30 skarżący przekroczył granicę polsko – białoruską, w sześciuosobowej grupie obywateli Syrii. Grupa pokonała

zaporę przy użyciu drabiny, którą otrzymali po białoruskiej stronie granicy płacąc za nią po 100 dolarów od osoby. Zaraz po przekroczeniu granicy grupa została zatrzymana przez funkcjonariuszy Straży Granicznej. Wszystkich cudzoziemców poproszono o przedstawienie paszportów, wsadzono do samochodu i przewieziono do linii granicy na wysokości słupka granicznego 354. Tam zmuszono cudzoziemców do przejścia na terytorium Białorusi. Wcześniej, bez powodu, użyto wobec cudzoziemców środka przymusu bezpośredniego w postaci gazu. Każdy z cudzoziemców miał także zostać uderzony przedmiotem przypominającym pałkę. Mimo, że cudzoziemcy sygnalizowali funkcjonariuszom powody wyjazdu z kraju pochodzenia z uwagi na wojnę, ich prośby o niedokonywanie zawrócenia zostały zignorowane. Nie zostało wszczęte wobec cudzoziemców postępowanie o udzielenie ochrony międzynarodowej ani postępowanie o zobowiązanie do powrotu. Całe zdarzenie od momentu zatrzymania cudzoziemców do zawrócenia na terytorium Białorusi trwało nie dłużej niż 45 minut. Cudzoziemcy nie zostali odwiezieni do Placówki Straży Granicznej, nie otrzymali żadnych dokumentów i nie żądano od nich żadnych podpisów. Wobec cudzoziemców zrealizowana została czynność opisana § 3 ust. 2b Rozporządzenia Granicznego, co zostało przyznane w odpowiedzi na skargę.

Uzasadnienie skargi zawiera szeroką argumentację prawną.

Organ w odpowiedzi na skargę w pierwszej kolejności wniósł o jej odrzucenie z uwagi na uchybienie terminowi na wniesienia skargi ewentualnie wniósł o jej oddalenie. Wskazał, że cała skarga opiera się jedynie na twierdzeniach skarżącego i nie jest poparta żadnymi dowodami ani poszlakami. Opiera się na domniemaniach, tezach wykreowanych przez niektóre organizacje pozarządowe, zniekształconych doniesieniach medialnych, nadinterpretacji a wręcz insynuacjach. Brak jest dowodów, że skarżący w ogóle przebywał na terytorium Białorusi, brak dowodów, że przebywał w strefie przygranicznej po stronie białoruskiej przez 5 dni, brak dowodów, że przekroczył linię zasieków po białoruskiej stronie w sześciuosobowej grupie, brak dowodów na zatrzymanie przez funkcjonariuszy Straży Granicznej i zmuszenie do przejścia na terytorium Białorusi. Brak jest też dowodów, gdzie zostało podpisane pełnomocnictwo do sporządzenia i wniesienia skargi. Zdaniem organu, pełnomocnik skarżącego bezpodstawnie wywodzi, że z raportu z granicy polsko – białoruskiej z

17.05.2023r. wynika, że doszło do przekroczenia granicy i ujęcia jakichkolwiek cudzoziemców.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku zważył co następuje.

Skarga zasługuje na uwzględnienie.

I. Przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie jest czynność Komendanta Placówki Straży Granicznej w Białowieży z 16 maja 2023 r. polegająca na zawróceniu do linii granicy państwowej skarżącego – [REDACTED] obywatela Syrii.

W pierwszej kolejności odnosząc się do najdalej idącego wniosku organu o odrzucenie skargi jako spóźnionej, sąd stwierdza, że nie znalazł podstaw do przyjęcia, że skarżący zawinił temu, że skargę na czynność dokonaną 16 maja 2023r. wniósł dopiero 31 lipca 2023r.

Podstawą prawną zaskarżonej czynności stanowił § 3 ust. 2b rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu granicznego na określonych przejściach granicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 435 z późn. zm., dalej: rozporządzenie graniczne). Przepis ten został dodany na mocy rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 sierpnia 2021 r. (Dz. U. z 2021 r., poz. 1536) zmieniającego z dniem 21 sierpnia 2021 r. rozporządzenie graniczne. Zgodnie z treścią § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego, w przypadku ujawnienia osób, o których mowa w ust. 2a (nienależących do kategorii osób uprawnionych do przekroczenia granicy państwowej, wymienionych w ust. 2) w przejściu granicznym, na którym ruch graniczny został zawieszony lub ograniczony oraz poza zasięgiem terytorialnym przejścia granicznego, osoby takie zawraca się do linii granicy państwowej.

Zaskarżona czynność spełnia kryteria czynności z zakresu administracji publicznej dotyczącej uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, o której mowa w art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2023 r., poz. 1634 ze zm.; dalej: p.p.s.a.). W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że o akcie lub czynności w rozumieniu art. 3 § 2 pkt 4 p.p.s.a. można mówić wówczas, gdy akt (czynność)

podjęty jest w sprawie indywidualnej, skierowany do oznaczonego podmiotu administrowanego, dotyczy uprawnienia lub obowiązku tego podmiotu, zaś samo uprawnienie lub obowiązek, którego akt (czynność) dotyczy, są określone w przepisie prawa powszechnie obowiązującego. Jak stwierdził NSA w sprawie II OSK 3330/19 (postanowienie z 26 maja 2020 r.), "kategoria ta, chociaż trudna do zdefiniowania, charakteryzuje się określonymi cechami. Zalicza się do niej akty, które: 1) nie są decyzją ani postanowieniem; 2) mają charakter zewnętrzny, tj. są skierowane do podmiotu niepodporządkowanego organizacyjnie ani służbowo organowi; 3) są skierowane do indywidualnego podmiotu, a więc nie mają charakteru generalnego; 4) mają charakter publicznoprawny (należą do materii z zakresu administracji publicznej i mają charakter władczy); 5) dotyczą uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa; 6) podejmowane są przez podmiot wykonujący administrację publiczną. Te elementy określa się jako konstytuujące pojęcie aktu lub czynności z art. 3 § 2 pkt 4 p.p.s.a." (orzeczenie dostępne na orzeczenia.nsa.gov.pl). Z uwagi na powyższe należy przyjąć, że czynność zaskarżona w sprawie niniejszej jest czynnością materialno-techniczną podlegającą kognicji sądów administracyjnych (por. też postanowienie z 19 maja 2022 r., II SA/Bk 240/22 oraz wyrok w sprawie II SA/Bk 145/23 i powołaną tam argumentację).

Zaskarżalność czynności komendantów placówek straży granicznej polegających na zawracaniu do linii granicy państwowej cudzoziemców, którzy nielegalnie przedostali się na terytorium Polski, potwierdzona została przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku we wcześniejszych orzeczeniach tj. w wyrokach wydanych w sprawach o sygn. II SA/Bk 492/22, II SA/Bk 493/22, II SA/Bk 494/22, II SA/Bk 244/23 i II SA/Bk 145/23 oraz w postanowieniach wydanych w sprawach o sygn. II SA/Bk 655/23 i II SA/Bk 656/23.

Termin na wniesienie skargi na czynność materialno-techniczną został określony w art. 53 § 2 p.p.s.a. Stanowi on, że skargę na akty lub czynności, o których mowa w art. 3 §2 pkt 4 p.p.s.a. wnosi się w terminie trzydziestu dni od dnia, w którym skarżący dowiedział się o wydaniu aktu lub podjęciu innej czynności. Sąd po wniesieniu skargi może uznać, że uchybienie tego terminu nastąpiło bez winy skarżącego i rozpoznać skargę. Brzmienie tego przepisu jest jasne. Co do zasady mamy do czynienia z terminem trzydziestodniowym, a wyjątkowo w granicach uznania sąd może – bez konieczności uprzedniego prowadzenia odrębnego

postępowania wpadkowego w przedmiocie przywrócenia terminu – rozpoznać merytorycznie skargę spóźnioną, gdy stwierdzi istnienie ku temu podstaw polegających na braku zawinienia skarżącego.

Jak wynika z treści skargi, zawrót do granicy państwowej miało mieć miejsce 16 maja 2023 r. Jest to data, w której skarżący dowiedział się o czynności materialno-technicznej (tzw. push-back) podlegającej zaskarżeniu, gdyż był jej uczestnikiem. Jednak dowiedzenie się o przedmiocie zaskarżenia nie musi być równoznaczne z powzięciem wiedzy przez cudzoziemca nie posługującego się językiem polskim o kwalifikacji prawnej tej czynności w świetle polskiego porządku prawnego i możliwościach jej zaskarżenia do polskiego sądu. Te okoliczności mogą być rozważone w kontekście wystąpienia zawinienia w spóźnionym wniesieniu skargi. Bezsprzeczne w sprawie jest, że skarżący dopiero w dniu 4 lipca 2023r. udzielił profesjonalnemu pełnomocnikowi pełnomocnictwa do reprezentowania go przed sądami administracyjnymi a to umożliwiło pełnomocnikowi sporządzenie skargi i jej wniesienie. Bezsprzeczne jest także to, że profesjonalny pełnomocnik działając w oparciu o udzielone pełnomocnictwo, skargę wniósł w dniu 31 lipca 2023r. a zatem przed upływem 30 dni od daty udzielenia pełnomocnictwa.

W okolicznościach sprawy należało zatem przyjąć, że dopiero z momentem ustanowienia profesjonalnego pełnomocnika skarżący, będący obywatelem Syrii, zyskał możliwość podejmowania skutecznych działań prawnych przed polskim sądem a działania te zostały podjęte przy zachowaniu 30 dniowego terminu od otwarcia możliwości sporządzenia i wywiedzenia w języku polskim skargi do sądu. Powyższe, zdaniem sądu, jest wystarczające do przyjęcia, że niezachowanie 30 dniowego terminu do wniesienia skargi licząc ten termin od daty zawrót skarżącego do linii granicy państwowej, nie było zawinione przez skarżącego.

II. Od strony merytorycznej zarzutem organu najdalej idącym był zarzut braku jurysdykcji państwa polskiego oparty na twierdzeniu, że nie ma dowodów na fakt przebywania skarżącego w dniu 16 maja 2023r. na terytorium Polski. Nie ulega przy tym wątpliwości, że placówki straży granicznej nie prowadzą rejestru cudzoziemców zawracanych do linii granicy państwowej, w stosunku do których nie podjęto formalnych czynności związanych z objęciem procedurą ochrony międzynarodowej. Powyższe wynika z dołączonego do skargi pisma Komendanta Głównego Straży Granicznej z 9 lutego 2023r. skierowanego do Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka.

Z pisma Komendanta Głównego Straży Granicznej z 9 lutego 2023 r. jednoznacznie wynika, że w trybie udostępnienia informacji publicznej, na pytanie dotyczące ilu cudzoziemców zostało zawróconych do granicy państwowej w 2022 r. na podstawie rozporządzenia z 20 sierpnia 2021 r. udzielono odpowiedzi, że Komenda Główna Straży Granicznej nie gromadzi zestawień statystycznych umożliwiających wyszczególnienie liczby cudzoziemców, którzy zostali zawróceni na podstawie tego rozporządzenia, posiada jedynie liczbę osób wobec których zapobieżono pggwp w 2022 r. - 12.155 osób. Wyjaśniono przy tym, że zapobieżenie dotyczy osoby próbującej dokonać przekroczenia granicy państwa, wobec której udało się zapobiec przekroczenia bezpośrednio na granicy (np. podczas próby pokonywania zasieków), ale wobec tej osoby nie udało się podjąć żadnych czynności karno-administracyjnych (np. osoba ta uciekła na stronę sąsiada) lub taką osobę pouczone i zawrócono zgodnie z rozporządzeniem granicznym. Z powyższego wynika, że nie prowadzi się odrębnie rejestrów dotyczących tylko czynności zawrócenia do granicy państwowej. Powyższą okoliczność przyznawał też wprost na rozprawach we wcześniej rozpoznawanych sprawach pełnomocnik organu wyjaśniając, że nie są formalnie rejestrowane czynności zawracania cudzoziemców do granicy państwowej.

Oczywiście brak prowadzenia rejestrów nie może być interpretowany na niekorzyść skarżącego. Nie jest to bowiem okoliczność, która wyklucza twierdzenie skarżącego, że przekroczenie granicy miało miejsce. Pełnomocnik organu nie przedstawił żadnego przeciwdowodu wobec twierdzeń i dowodów skarżącego przedłożonych dla wykazania, że 16 maja 2023r. przekroczył on nielegalnie granicę polsko-białoruską a następnie został przez służby straży granicznej zawrócony do linii granicy.

Jurysdykcja państwa oznacza kompetencję państwa do władczego kształtowania sytuacji faktycznej i prawnej osób i rzeczy i przede wszystkim jest warunkowana terytorialnym zwierzchnictwem państwa, przy czym jurysdykcja państwa jest domniemana, chyba, że na skutek wyjątkowych okoliczności istnieją powody do jej wzruszenia (koncepcja domniemania kompetencji)

Skarżący w skardze przedstawił szczegółowo opis okoliczności, w jakich w dniu 16 maja 2023r. przekroczył granicę polsko –białoruską. Z opisu tego wynikało, że w tym dniu około godziny 14.30 skarżący przekroczył granicę polsko –białoruską w sześciuosobowej grupie obywateli Syrii. Grupa pokonała zaporę przy

użyciu drabiny, którą otrzymali po białoruskiej stronie granicy płacąc za nią po 100 dolarów od osoby. Zaraz po przekroczeniu granicy grupa została zatrzymana przez funkcjonariuszy Straży Granicznej. Wszystkich cudzoziemców poproszono o przedstawienie paszportów, wsadzono do samochodu i przewieziono do linii granicy na wysokości słupka granicznego 354. Tam zmuszono cudzoziemców do przejścia na terytorium Białorusi. Wcześniej, bez powodu, użyto wobec cudzoziemców środka przymusu bezpośredniego w postaci gazu. Każdy z cudzoziemców miał także zostać uderzony przedmiotem przypominającym pałkę. Mimo, że cudzoziemcy sygnalizowali funkcjonariuszom powody wyjazdu z kraju pochodzenia z uwagi na wojnę, ich prośby o niedokonywanie zawrócenia zostały zignorowane. Nie zostało wszczęte wobec cudzoziemców postępowanie o udzielenie ochrony międzynarodowej ani postępowanie o zobowiązanie do powrotu. Całe zdarzenie od momentu zatrzymania cudzoziemców do zawrócenia na terytorium Białorusi trwało nie dłużej niż 45 minut. Cudzoziemcy nie zostali odwiezieni do Placówki Straży Granicznej, nie otrzymali żadnych dokumentów i nie żądano od nich żadnych podpisów. Wobec cudzoziemców zrealizowana została czynność opisana § 3 ust. 2b Rozporządzenia Granicznego, co zostało przyznane w odpowiedzi na skargę.

Opis okoliczności zatrzymania skarżącego przez służby straży granicznej został uszczegółowiony przez pełnomocnika skarżącego przed sądem na rozprawie w dniu 9 listopada 2023r., co zostało odnotowane w protokole (k. 85 odwrót akt sądowych). Skarżący poprzez pełnomocnika podał, że zapamiętał także numer słupka granicznego na wysokości którego przekroczył granicę tj. numer 368 oraz powtórzył, że zapamiętał numer słupka granicznego (354), przy którym nastąpiła czynność zawrócenia na stronę Białorusi. Podał, że funkcjonariusze straży granicznej nie mieli na mundurach identyfikatorów ani się nie przedstawili. Dodał, że został przekazany funkcjonariuszom straży granicznej po zatrzymaniu przez mężczyzn ubranych na czarno i w kominiarkach. Grupą funkcjonariuszy straży granicznej dowodziła stanowcza kobieta.

Dla wykazania wiarygodności faktu przedostania się do Polski w dniu 16 maja 2023r. skarżący przedłożył:

- kopie zrzutów ekranu swego telefonu, przedstawiających zapis konwersacji prowadzonej z grupą przyjaciół w dniach 11 i 15 maja 2023r. wraz z tłumaczeniem na język polski, potwierdzających, że na krótko przed przekroczeniem granicy tj.

około 9.30 rano przebywał pod współrzędnymi 52.6706204, 23.8857693, zaś o godz. 12.52 po południu pod współrzędnymi 52.682806, 23.901864;

- kopie zrzutów ekranu z mapy internetowej z zaznaczonymi współrzędnymi 52.6706204, 23.8857693, 52.682806, 23.901864 dla wykazania, że lokalizacja podana przez grupę, w której przebywał skarżący znajduje się w pobliżu granicy z Polską na odcinku właściwości Komendanta Placówki Straży Granicznej w Białowieży, co uprawdopodobnia fakt, że mógł zapamiętać numer słupka granicznego 354 również leżący na odcinku granicy właściwym dla Komendanta Placówki Straży Granicznej w Białowieży.

Okoliczność ujawnienia w dniu 16 maja 2023r. przez placówki straży granicznej w Narewce, Białowieży, Czeremsze i Mielniku 75 cudzoziemców usiłujących nielegalnie przedostać się do Polski z wielu państw, w tym także z Syrii, potwierdza dołączony do skargi wydruk raportu z granicy polsko - białoruskiej opublikowanego na stronie internetowej straży granicznej w dniu 17 maja 2023r. Informacja powyższa podaje także, że w 2023r. do daty wystawienia raportu funkcjonariusze Podlaskiego Oddziału Straży Granicznej odnotowali już ponad 9,5 tysiąca prób nielegalnego przekroczenia polsko - białoruskiej granicy a migranci pochodzili z 42 krajów.

Dysponowanie twierdzeniami skarżącego, popartymi screenami z jego telefonu, przedstawiającymi zapis lokalizacji w dniu przekraczania granicy polsko – białoruskiej oraz ujawniona treść korespondencji sms- owej tego telefonu, a także powszechnie znane informacje o nielegalnym przedostawaniu się cudzoziemców z Białorusi do Polski, raportowane przez straż graniczną i brak przeciw dowodów wobec twierdzeń skarżącego, pozwoliły sądowi uznać twierdzenia skarżącego za wiarygodne a w konsekwencji za wykazaną okoliczność, że zaskarżona czynność zawrócenia skarżącego w dniu 16 maja 2023r. do linii granicy państwowej miała miejsce.

III. Przechodząc do oceny prawnej zaskarżonej czynności, sąd na wstępie wskazuje, że jest to ocena zbieżna z ocenami prawnymi wcześniejszych czynności komendantów placówek podlaskiej straży granicznej zawrócenia do linii granicy państwowej obywateli Iraku (sprawy o sygn. II SA/Bk 492/22, II SA/Bk 493/22, II SA/Bk 494/22), obywatela Jemenu (sprawa o sygn. II SA/Bk 145/23) i obywatela Etiopii (sprawa o sygn. II SA/Bk 244/23). Na datę orzekania w sprawie niniejszej

wszystkie wyroki wydane w wymienionych wyżej sprawach, stwierdzające bezskuteczność czynności zawrócenia cudzoziemców do linii granicy państwowej, były prawomocne.

Przede wszystkim sąd stwierdza, że jest nieskuteczne prawnie powoływanie się przez organ na § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego jako na ważną podstawę prawną czynności zawrócenia cudzoziemca do linii granicy państwowej.

Przepis powyższy jest bowiem niezgodny z treścią upoważnienia ustawowego zawartego w art. 16 ust. 3 pkt 2 ustawy z 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (Dz.U 2022, poz. 295), a nadto sama ustawa upoważniająca nie reguluje sytuacji prawnej cudzoziemców i zasad udzielania im ochrony. Upoważnienie zawarte w art. 16 ust. 3 pkt 2 ustawy o ochronie granicy państwowej zawiera umocowanie dla ministra właściwego do spraw wewnętrznych do zarządzenia, w drodze rozporządzenia, czasowego zawieszenia lub ograniczenia ruchu na określonych przejściach granicznych, z uwzględnieniem konieczności zapewnienia bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa publicznego albo ochrony przez zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, a także zapobiegania szerzeniu się chorób zwierząt. Zakres przedmiotowy tego upoważnienia obejmuje zawieszenie lub ograniczenie ruchu na określonych przejściach granicznych. Tymczasem w § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego, dodanym nowelizacją z 20 sierpnia 2021r przewidziano zawracanie do linii granicy państwowej osób nie należących do kategorii wymienionych w ust. 2, znajdujących się na przejściu granicznym (na których ruch został zawieszony lub ograniczony) a także poza zasięgiem terytorialnym przejścia granicznego. Znowelizowane rozporządzenia reguluje zatem materię, która nie została zamieszczona w treści upoważnienia ustawowego zawartego w art. 16 ust. 3 pkt 2 ustawy o ochronie granicy państwowej tj. materię czynności podejmowanych poza zasięgiem terytorialnym przejścia granicznego. Powyższe wprost wskazuje na kolizję przepisu wykorzystywanego jako podstawa prawna zaskarżonej czynności z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP

Regulacja w § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego nie stanowi podstawy do wprowadzenia jakiegokolwiek procedury związanej z zawracaniem cudzoziemców do linii granicy państwowej, ujawnionych poza zasięgiem terytorialnym przejścia granicznego. W konsekwencji, wbrew dyspozycji art. 92 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP

przepis ten nie może być uznany za spełniający cel wykonania ustawy zawierającej delegację do jego wydania, bowiem wykracza poza tę delegację.

Co więcej, jak przyjęto w prawomocnych wyrokach w sprawach o sygn. II SA/Bk 492/22, II SA/Bk 493/22, II SA/Bk 494/22, II SA/Bk 145/23 i II SA/Bk 244/23 i tę oceną prawną sąd podziela w sprawie niniejszej, przepis § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego sprzeczny jest z obowiązującymi ustawami, prawem unijnym oraz postanowieniami wiążących Polskę umów międzynarodowych. Po ujawnieniu bowiem przez funkcjonariuszy SG nielegalnego przekroczenia przez skarżącego granicy RP (będącej jednocześnie granicą zewnętrzną UE) właściwy organ SG powinien był – w zależności od zaistniałej sytuacji – albo wszcząć postępowanie w sprawie zobowiązania skarżącego do powrotu, albo umożliwić mu jak najszybsze formalne złożenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej. Niezależnie od tego, które z ww. postępowań administracyjnych zostałyby wszczęte, skarżący uzyskałaby w nim status strony, a tym samym gwarancje procesowe, w tym prawo do czynnego udziału w postępowaniu, obejmujące m.in. prawo do zainicjowania instancyjnej kontroli wydanego aktu. Dopiero po wyczerpaniu drogi odwoławczej (ewentualnie skargowej), zakończonej finalnie wydaniem ostatecznej decyzji o zobowiązaniu skarżącego do powrotu (niezależnie od tego, czy postępowanie to byłoby poprzedzone negatywnie zakończonym postępowaniem o udzielenie skarżącej ochrony międzynarodowej) oraz stwierdzeniem, że nie opuścił on dobrowolnie terytorium RP w określonym w decyzji terminie, decyzja ta mogłaby podlegać przymusowemu wykonaniu (art. 329 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach), co oznaczałoby hipotetyczną możliwość usunięcia (wydalenia) skarżącego z terytorium RP.

Z twierdzeń skarżącego zamieszczonych w skardze wynika, że sygnalizował on funkcjonariuszom straży granicznej powody wyjazdu z kraju pochodzenia (Syrii) wskazując na toczącą się wojnę ale sygnały te zostały zignorowane. Nie zostało formalnie wszczęte wobec skarżącego czy to postępowanie o udzielenie ochrony międzynarodowej czy też postępowanie o zobowiązanie do powrotu. Podkreślić przy tym należy, że zgodnie z wytycznymi Komendy Głównej Straży Granicznej (dołączonymi do skargi) cudzoziemiec powinien być uznany za wnioskodawcę w postępowaniu uchodźczym nawet wówczas, gdy nie zgłosił zamiaru poszukiwania

ochrony międzynarodowej wprost, a jedynie w sposób skryty czy dorozumiany wyraził obawę przed powrotem do kraju pochodzenia.

Obowiązkiem zatem organu było uznanie skarżącego za wnioskującego o udzielenie ochrony oraz umożliwienie mu złożenia wniosku na formularzu, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z 13 czerwca 2003r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (dalej jako u.u.c.o.). O ile wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej powinien zostać złożony przez cudzoziemca osobiście (art. 26 ust. 1 u.u.c.o.) wobec Szefa UdSC za pośrednictwem komendanta oddziału SG albo komendanta placówki SG (art. 24 ust. 1 u.u.c.o.), to sama deklaracja złożenia takiego wniosku powinna zostać przyjęta przez funkcjonariusza SG, który jako pierwszy wchodzi w kontakt z cudzoziemcem. Jakkolwiek przepisy krajowe stanowią (w odniesieniu do deklaracji zamiaru złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, odpowiadającej "wystąpieniu z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej" na gruncie dyrektywy 2013/32) jedynie, że w przypadku gdy z przyczyn leżących po stronie organu SG nie jest możliwe przyjęcie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej na formularzu w dniu, w którym cudzoziemiec stawiał się osobiście w siedzibie tego organu i zadeklarował zamiar złożenia takiego wniosku, organ SG informuje cudzoziemca w języku dla niego zrozumiałym o terminie i miejscu przyjęcia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej oraz sporządza protokół z tej czynności (art. 28 ust. 1 u.u.c.o.), a następnie rejestruje tę deklarację w rejestrze, o którym mowa w art. 119 ust. 1 pkt 1 u.u.c.o. (art. 28 ust. 6 u.u.c.o.), to ze względu na brzmienie art. 6 ust. 2 dyrektywy 2013/32 (nakazującego państwom członkowskim zapewnić, aby osoba, która wystąpiła z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej, miała rzeczywistą możliwość jak najszybszego złożenia wniosku), a także motyw 27 tej dyrektywy (uznający obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców, którzy wyrazili chęć wystąpienia o udzielenie ochrony międzynarodowej za wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową oraz nakładający na państwa członkowskie powinność jak najszybszego zarejestrowania tego faktu), uznać należy, że cudzoziemiec deklarujący na terytorium, w tym na granicy państw członkowskich lub w ich strefach tranzytowych (art. 3 ust. 1 dyrektywy 2013/32), funkcjonariuszowi SG zamiar złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, powinien mieć zapewnioną możliwość jak najszybszego formalnego złożenia takiego wniosku oraz być traktowany jak

wnioskodawca. Tym samym powinien podlegać ochronie, w tym zakazowi wydalenia - oznaczającego na gruncie prawa krajowego zakaz wykonania zobowiązania do powrotu (według art. 303 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach - dalej jako u.o.c.) nie wszczynają się postępowania w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, jeżeli toczy się postępowanie w sprawie udzielenia temu cudzoziemcowi ochrony międzynarodowej, chyba że cudzoziemiec złożył kolejny wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej, zaś według art. 330 ust. 1 pkt 1 i 8 u.o.c. decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu nie wykonuje się gdy wobec cudzoziemca toczy się postępowanie w sprawie udzielenia mu ochrony międzynarodowej oraz gdy cudzoziemiec zadeklarował zamiar złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w przypadku, o którym mowa m.in. w art. 28 ust. 1 u.u.c.o.).

Od momentu wystąpienia z wnioskiem, tj. złożenia deklaracji o zamiarze złożenia przedmiotowego wniosku, cudzoziemiec ma więc prawo pozostania na terytorium państwa członkowskiego. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: "TSUE") wskazuje się, że deklaracja taka nie tylko może zostać złożona w dowolnym miejscu (tj. na terytorium państwa członkowskiego, na granicy lub w strefie tranzytowej) ale również nie może podlegać żadnym formalnościom administracyjnym (wyrok TSUE z 17 grudnia 2020 r., Komisja Europejska p. Węgrom, C-808/18, pkt 96-97; czy powołany tam wyrok TSUE z 25 czerwca 2020 r., VL przy udziale Ministerio Fiscal, C-36/20 PPU, pkt 93- 94). Przeciwnie wnioskowanie uniemożliwiłoby zapewnienie cudzoziemcowi skutecznego dostępu do podstawowych zasad i gwarancji przewidzianych w dyrektywie 2013/32, implementowanej do polskiego porządku prawnego m.in. przepisami u.u.c.o. znowelizowanymi w dniu 10 września 2015 r. (Dz.U. 2015, poz. 1607), a także stanowiłoby brak poszanowania prawa do azylu, zagwarantowanego nie tylko na mocy art. 56 ust. 1 Konstytucji RP, ale również na mocy art. 18 KPP, będącej dokumentem prawnie wiążącym państwa członkowskie (a tym samym i jego organy publiczne - zarówno centralne, jak i regionalne oraz lokalne) w zakresie, w jakim stosują one prawo UE (art. 51 ust. 1 KPP).

W przypadku natomiast założenia, że skarżący nie zadeklarował względem funkcjonariuszy SG zamiaru ubiegania się o ochronę międzynarodową, podstawowym ustawowym obowiązkiem funkcjonariuszy SG było przeprowadzenie kontroli legalności pobytu skarżącego na terytorium RP, w celu ustalenia stanu

faktycznego w zakresie przestrzegania przepisów dotyczących warunków wjazdu cudzoziemców na to terytorium i pobytu na nim, o czym stanowi art. 289 ust. 1 u.o.c. W przypadku zaś gdyby po przeprowadzeniu ww. kontroli okazało się, że pobyt skarżącego jest niezgodny z tymi przepisami, funkcjonariusze SG winni byli sporządzić protokół kontroli legalności pobytu skarżącego na terytorium RP, o którym mowa w art. 296 ust. 1 pkt 1 u.o.c., a którego elementy zostały wyszczególnione w art. 297 ust. 1 u.o.c. W dalszej kolejności, obowiązkiem organu SG było wszczęcie postępowania administracyjnego w sprawie zobowiązania skarżącego do powrotu. Zgodnie bowiem art. 302 ust. 1 pkt 1 i 10 u.o.c. cudzoziemcowi, który przebywa lub przebywał na terytorium RP bez ważnej wizy lub innego ważnego dokumentu uprawniającego go do wjazdu na to terytorium i pobytu na nim, jeżeli dokumenty takie są lub były wymagane (pkt 1), lub który przekroczył lub usiłował przekroczyć granicę wbrew przepisom prawa i nie zachodzą okoliczności o których mowa w art. 303 ust. 1 pkt 9a (pkt 10), komendant oddziału SG lub komendant placówki SG, który stwierdził istnienie przesłanki uzasadniającej wydanie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu (art. 310 ust. 1 pkt 1 u.o.c.), wydaje z urzędu decyzję o zobowiązaniu do powrotu. Przepis art. 303 ust. 1 pkt 9a u.o.c. został dodany nowelizacją z 26 października 2021 r. Regulacja ta stanowi wyjątek od obowiązku wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu. Wynika z niej, że decyzji takiej się wydaje w sytuacji, gdy cudzoziemiec został zatrzymany niezwłocznie po przekroczeniu granicy wbrew przepisom prawa stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu art. 2 pkt 2 kodeksu granicznego Schengen. W takiej sytuacji zgodnie z art. 303b ust. 1 u.o.c. komendant placówki Straży Granicznej właściwy ze względu na miejsce przekroczenia granicy sporządza protokół przekroczenia granicy oraz wydaje postanowienie o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Na postanowienie o opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przysługuje zażalenie do Komendanta Głównego Straży Granicznej. Złożenie zażalenia nie wstrzymuje wykonania postanowienia. W postanowieniu tym określa się nakaz opuszczenia przez cudzoziemca terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i orzeka się zakaz ponownego wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i innych państw obszaru Schengen wraz z określeniem okresu tego zakazu (ust. 2 pkt 1 i 2 art. 303b u.o.c.). Podkreślić należy, że przed wykonaniem decyzji o zobowiązaniu skarżącego do powrotu, organ SG miałby obowiązek zbadania z urzędu przesłanek

warunkujących udzielenie mu zgody na pobyt na terytorium RP ze względów humanitarnych, wymienionych w art. 348 u.o.c., zaś w przypadku gdyby zachodziły okoliczności do odmowy udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych, musiałby rozważyć, czy względem skarżącego zachodzą warunki udzielenia zgody na pobyt tolerowany (art. 351 pkt 1 u.o.c.). Obie te instytucje (tj. zgoda na pobyt ze względów humanitarnych i zgoda na pobyt tolerowany) są bezpośrednio powiązane z postępowaniem o zobowiązanie cudzoziemca do powrotu i wraz z instytucją ochrony uzupełniającej (uregulowanej w art. 15 u.u.c.o.), której przesłanki rozpatrywane są z urzędu w przypadku niespełnienia wymogów niezbędnych do nadania statusu uchodźcy (a więc w postępowaniu o udzielenie ochrony międzynarodowej), stanowią trzy formy tzw. ochrony subsydiarnej, będącej ochroną dodatkową względem ochrony wynikającej z Konwencji genewskiej.

Według art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej żadne umawiające się państwo nie wydali lub nie zawróci w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne. W powyższym przepisie została ujęta zasada non-refoulement (zakaz refoulement), stanowiąca jedną z najistotniejszych zasad szeroko rozumianego międzynarodowego prawa uchodźczego, a także główny element systemu praw podstawowych UE. Podkreślić przy tym należy, że państwo będące stroną Konwencji genewskiej obowiązane jest stosować się do zakazu refoulement tam, gdzie rozciąga się jego jurysdykcja, a więc wszędzie, gdzie dana jednostka znajduje się pod efektywną kontrolą jego organów (M. Grześkowiak, Transpozycja zasady non-refoulement do polskiego systemu ochrony uchodźców, *Studia Iuridica LXXVI*, s. 202). Nie ma bowiem znaczenia, gdzie dana sytuacja ma miejsce, a jedynie to, czy dane działanie można przypisać określonemu państwu. Wskazuje na to literalna wykładnia ww. przepisu, zapewniająca najszerszą możliwą formułę ochrony, stanowiąc, że "państwo nie wydali ani nie zawróci w żaden sposób uchodźcy. Nie ulega zatem wątpliwości, że w zakres znaczeniowy tej hipotezy wchodzi również zakaz odmowy wjazdu na granicy (B. Mikołajczyk, *Osoby ubiegające się o status uchodźcy: ich prawa i standardy traktowania*, Katowice 2004, s. 112). Wyjaśnić przy tym należy, że osobą chronioną na gruncie art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej jest osoba zdefiniowana w hipotezie art. 1A ust. 2 Konwencji genewskiej

zmodyfikowanego przez art. 1 ust. 2 Protokołu sporządzonego w Nowym Jorku dnia 31 stycznia 1967 r. (Dz.U.1991.119.517, dalej: "Protokół nowojorski"), bez względu na to, czy uzyskała ona oficjalny status uchodźcy w danym państwie, czy też nie.

Wracając do trzech uprzednio wspomnianych instytucji ochrony subsydiarnej, zauważyć należy, że mają one zapewniać osobie, której w razie odesłania groziłoby niebezpieczeństwo określone w przesłankach przewidzianych w przepisach ustanawiających zakres ochrony subsydiarnej, że nie zostanie względem niej wykonana decyzja zobowiązująca ją do powrotu. Instytucje te uznaje się za realizujące zasadę non-refoulement w polskim systemie prawnym, zaś obecny ich kształt jest rezultatem implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/95/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony (Dz.Urz. UE L 337/9 z 20 grudnia 2011 r.). Podkreślić przy tym należy, że przesłanki każdej z trzech form ochrony subsydiarnej, odwołują się do prawa do życia oraz zakazu tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, zaś przesłanki ochrony udzielanej w powiązaniu z postępowaniem o zobowiązanie cudzoziemca do powrotu, odwołują się dodatkowo do: prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, zakazu pracy przymusowej, prawa do rzetelnego procesu sądowego i zakazu karania bez podstawy prawnej, a także (w przypadku zgody na pobyt ze względów humanitarnych) prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Brzmienie art. 348 pkt 1 i 2 oraz art. 351 pkt 1 u.o.c. stanowi wprost, że przesłanki te należy interpretować w świetle postanowień Konwencji (art. 1-8).

Konieczność przestrzegania zasady non-refoulement przez państwa członkowskie wybrzmiewa nie tylko na gruncie czynności ustawodawczych związanych z implementacją dyrektyw (vide np. art. 4 ust. 4 lit. b. w zw. z art. 2 ust. 2 lit. a., czy art. 5 dyrektywy 2008/115/WE wdrożonej do polskiego porządku prawnego przepisami u.o.c.), lecz wynika wprost z prawa pierwotnego UE. Art. 19 ust. 2 KPP wyraźnie formułuje bowiem zakaz refoulement, w brzmieniu zbliżonym do art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej. Stanowi on bowiem, że: nikt nie może być usunięty z terytorium państwa, wydalony lub wydany w drodze ekstradycji do państwa, w którym istnieje poważne ryzyko, iż może być poddany karze śmierci, torturom lub innemu

nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu. Jakkolwiek art. 19 ust. 2 KPP wymienia jedynie takie formy "powrotowe" jak: usunięcie, wydalenie lub wydanie w drodze ekstradycji, to niewątpliwie przepis ten należy odczytywać w świetle Konwencji genewskiej wyznaczającej minimalny standard ochrony uchodźców, z którym unijny system ich ochrony musi pozostawać spójny - wszystkie państwa członkowskie są bowiem stronami Konwencji genewskiej. Należy zatem przyjąć, że formy wydalenia wymienione w art. 19 ust. 2 KPP nie mają charakteru enumeratywnego, zaś odesłanie (w tym zawrócenie) uchodźcy na terytorium, na którym groziłoby mu niebezpieczeństwo określone zarówno w tym przepisie, jak i w art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej, zawsze jest zakazane i to niezależnie od prawnej formy tego odesłania (M. Grześkowiak, Transpozycja zasady non-refoulement do polskiego systemu ochrony uchodźców, *Studia Iuridica LXXVI*, s. 208-209; A. M. Potyrała, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 682.). Co więcej art. 18 KPP w sposób bezpośredni odwołuje się do Konwencji genewskiej, stanowiąc, że: gwarantuje się prawo do azylu z poszanowaniem zasad Konwencji genewskiej i Protokołu nowojorskiego oraz zgodnie z Traktatem o Unii Europejskiej i Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Również prawo wtórne EU o randze rozporządzenia (a więc o zasięgu ogólnym, wiążące w całości i bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich), wprost nakazuje poszanowanie zasady non-refoulement w trakcie stosowania regulacji dotyczących przepływu osób przez zewnętrzne i wewnętrzne granice państw członkowskich (vide: art. 3 lit. b KG Schengen, stanowiący, że akt ten stosuje się do każdej osoby przekraczającej granice wewnętrzne lub zewnętrzne państw członkowskich, bez uszczerbku dla praw uchodźców i osób ubiegających się o ochronę międzynarodową, w szczególności w odniesieniu do zasady non-refoulement). Art. 4 KG Schengen w sposób wyraźny nakazuje wszystkim państwom członkowskim, przy jego stosowaniu, przestrzeganie odpowiednich przepisów prawa Unii - w tym KPP, prawa międzynarodowego - w tym Konwencji genewskiej, zobowiązań związanych z dostępem do ochrony międzynarodowej, w szczególności zasady non-refoulement oraz praw podstawowych.

Wobec powyższego sąd stwierdził, że ani krajowy przepis prawa, ani okoliczności faktyczne (w tym kryzys migracyjny na granicy zewnętrznej UE

wywołany przez czynniki zewnętrzne) nie mogą wyłączyć nakazu stosowania przez państwo członkowskie zasady non-refoulement, nawet względem cudzoziemców przekraczających granice RP w sposób nielegalny. Wykładnia zasady non-refoulement na gruncie krajowym powinna zmierzać zaś do równowagi między koniecznością ochrony granicy państwowej, a przestrzeganiem praw cudzoziemców, wynikających z powołanych wyżej przepisów prawa międzynarodowego i unijnego. W konsekwencji jakakolwiek procedura, na podstawie której państwo członkowskie dopuszcza możliwość przymusowego wydalenia cudzoziemca (lub inną formę jego usunięcia) z terytorium tego państwa, musi uwzględniać nie tylko interesy państwa, ale również jego międzynarodowe zobowiązania z zakresu ochrony cudzoziemców. Na gruncie kontrolowanej sprawy oznacza to, że § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego, stanowiący wyłączną podstawę prawną zaskarżonej czynności, nie może być stosowany automatycznie i autonomicznie, tj. ad hoc oraz z pominięciem ww. przepisów prawa międzynarodowego i unijnego, a także z ujednolicenymi z tymi przepisami, normami prawa krajowego, rangi ustawowej, zawierającymi kompleksowy zbiór zasad postępowania w przypadku ujawnienia na terytorium RP nielegalnego pobytu cudzoziemca. W związku zaś z tym, że ww. przepis dopuszcza arbitralne i przymusowe zawrótanie cudzoziemca do linii granicy państwowej (co w praktyce skutkuje niejako "automatycznym" usunięciem cudzoziemca z terytorium RP) bez uprzedniego wdrożenia procedur opisanych w u.o.c. lub u.u.c.o., a tym samym bez zagwarantowania mu prawa do azylu oraz bez poszanowania dla zasady non-refoulement, nie powinien być mieć zastosowania. Pozostaje on bowiem w sprzeczności z normami rangi ustawowej, a także z art. 56 ust. 1 Konstytucji RP - gwarantującym cudzoziemcom korzystanie z prawa do azylu w RP na zasadach określonych w ustawie.

W konsekwencji sąd uznał tak jak w sprawach o sygn. o sygn. II SA/Bk 492/22, II SA/Bk 493/22, II SA/Bk 494/22, II SA/Bk 145/23 i II SA/Bk 244/23, że zastosowanie przez organ przepisu niższego rzędu, przy jednoczesnym pominięciu, nie dających się z nim pogodzić, regulacji ustawowych, prawa unijnego oraz postanowień umów międzynarodowych, stanowi istotne naruszenie prawa, uzasadniające stwierdzenie bezskuteczności zaskarżonej czynności.

Usunięcie skarżącego z terytorium RP, które przybrało postać czynności materialno-technicznej organu polegającej na zawróceniu go do linii granicy

państwowej, na podstawie § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego, skutkowało w praktyce uniemożliwieniem mu ubiegania się o ochronę międzynarodową (niezależnie od tego, czy o ochronę taką skarżący wówczas faktycznie wystąpił), a finalnie potencjalnym narażeniem go na niebezpieczeństwa opisane w art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej oraz art. 19 ust. 2 KPP, stanowiącym istotne naruszenie zasady non-refoulement. Właściwy organ SG nie zweryfikował bowiem w żaden sposób indywidualnej sytuacji skarżącego, ani też nie ustalił jego pozycji prawnej oraz stanu faktycznego sprawy (brak w tym względzie jakiegokolwiek materiału dowodowego). Podejmując zaskarżoną czynność organ nie dysponował zatem żadnymi spersonifikowanymi informacjami pozwalającymi na jednoznaczne ustalenie, że jej skutkiem nie będzie narażenie skarżącego na powyższe niebezpieczeństwa, co oznacza, że czynność ta została podjęta arbitralnie, wyłącznie na podstawie stwierdzenia przez organ, że skarżący nie należy do kategorii osób wymienionych w § 3 ust. 2 rozporządzenia granicznego oraz bez umożliwienia skarżącemu wypowiedzenia się. Indywidualne rozpoznanie sprawy każdego z wydalanych cudzoziemców i zagwarantowanie im możliwości przedstawienia argumentów przeciwko wydaleniu, stanowi warunek poszanowania zasady non-refoulement. Organ pominął przy tym zaistniałą wówczas na polsko-białoruskim pograniczu sytuację związaną z masowym napływem cudzoziemców do RP, a także specyfikę operowania służb białoruskich, polegającą na uniemożliwieniu im przemieszczenia się w głąb terytorium Białorusi, a nawet przetrzymywania w pasie granicznym niezależnie od warunków atmosferycznych, pory dnia, stanu zdrowia, czy wieku. Tym bardziej więc zachodziła konieczność przeprowadzenia rzetelnego postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy usunięcie skarżącego z terytorium RP w kierunku Białorusi, nie będzie narażało go na niebezpieczeństwa opisane w art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej i art. 19 ust. 2 KPP, w szczególności zaś na nieludzkie lub poniżające traktowanie. Jedyne zastosowanie którejkolwiek z uprzednio opisanych procedur unormowanych w u.u.c.o. i u.o.c., umożliwiłoby organowi wywiązanie się z tego obowiązku.

Zaniechania poczynione przez organ w niniejszej sprawie, a zamiast tego automatyczne i arbitralne zastosowanie wyłącznie przepisu niższego rzędu (o randze rozporządzenia), który nie wyłącza ani przepisów ustaw krajowych, ani prawa unijnego, ani postanowień umów międzynarodowych wiążących RP, ani przede

wszystkim Konstytucji RP, stanowi w ocenie sądu, w pierwszym rzędzie istotne naruszenie art. 7, art. 87 ust. 1 i art. 91 ust. 1-3 Konstytucji RP. Naruszenie to skutkowało z kolei naruszeniem art. 56 ust. 1 Konstytucji RP, art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej, art. 18 i art. 19 ust. 1 i 2 KPP, art. 13 ust. 1 zd. 2 KG Schengen, art. 4 Protokołu nr 4 oraz powołanych wyżej przepisów u.u.c.o. lub u.o.c., które wprost zakazują takich działań, jakie miało miejsce w kontrolowanej sprawie.

Zgodzić się należy z pełnomocnikiem skarżącego, że zaskarżona czynność (a przy tym i sama regulacja stanowiąca jej podstawę prawną) narusza art. 13 Konwencji stanowiący, że każdy, czyje prawa i wolności zawarte w Konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe. Wskutek zaniechania przez organ oceny indywidualnej sytuacji skarżącego, w tym warunków bytowych jakie skarżący zastanie po powrocie na Białoruś, w szczególności w kontekście zaistniałego w owym czasie kryzysu migracyjnego, nie można w pełni wykluczyć, że w chwili dokonania zaskarżonej czynności, nie istniało niebezpieczeństwo narażenia go na nieludzkie lub poniżające traktowanie, o którym mowa w art. 3 Konwencji (stanowiącym, że nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu). To zaś implikowało konieczność zapewnienia skarżącemu prawa do skutecznego środka odwoławczego, którego ustawodawca nie przewidział w odniesieniu do czynności opisanej w § 3 ust. 2b rozporządzenia granicznego. Wobec zaś nieuzasadnionego zaniechania wszczęcia odpowiedniej procedury unormowanej w u.u.c.o. lub u.o.c., organ pozbawił skarżącego tego prawa, zagwarantowanego ww. regulacjami.

Sąd podziela przy tym argumentację zawartą w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 16 lutego 2010 r. (P 16/09, Lex nr 558683), w którym wskazano, że akt wykonawczy do ustawy nie może w sposób samoistny zmieniać ani modyfikować treści norm zawartych w aktach hierarchicznie wyższych. Zmiana albo modyfikacja taka jest możliwa jedynie wówczas, gdy jest to wyraźnie wyrażone w przepisie upoważniającym. Rozporządzenie nie może uzupełniać ustawy, rozbudowywać przesłanek zrealizowania jakiejś normy prawnej określonej w ustawie lub takich elementów procedury, które nie odpowiadają jej ustawowym założeniom.

Jego wykonawczy charakter oznacza, że przepisy tego aktu muszą pozostawać w związku merytorycznym i funkcjonalnym z rozwiązaniami ustawowymi.

Z powyższych względów sąd stwierdził bezskuteczność zaskarżonej czynności materialno-technicznej, działając na zasadzie art. 146 § 1 P.p.s.a., o czym orzekł w wyroku. O zwrocie kosztów postępowania od organu na rzecz skarżącego sąd nie orzekł albowiem pełnomocnik strony skarżącej nie zgłosił do zamknięcia rozprawy wniosku o zasądzenie od organu kosztów postępowania sądowego.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem

Sekretarz sądowy

Natalia Paulina Janowicz