

Gwarancje proceduralne na wypadek wydalenia cudzoziemca w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka

Wprowadzenie

Rozstrzygając „sprawy imigracyjne”, Europejski Trybunał Praw Człowieka (Trybunał) regularnie przypomina, że państwa-strony Europejskiej konwencji praw człowieka (EKPC)¹ – na straży której organ ten stoi – posiadają swobodę decydowania o wydaleniu cudzoziemców przebywających na ich terytorium. Władza ta musi być jednak wykonywana w taki sposób, by nie naruszyć praw tych osób, zawarowanych w Konwencji². Z jej art. 1 wynika bowiem, że adresatem konwencyjnych gwarancji są co do zasady wszystkie osoby pozostające pod jurysdykcją państw, które związały się tą umową, także te, które nie mają ich obywatelstwa.

Jednakowoż wpływ systemu EKPC³ na ramy prawne polityki imigracyjnej państw europejskich jest na tyle przemożny, że deklarowana

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 XI 1950 r., Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284, ze zm. wynikającymi z Protokołu nr 11 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dotyczącego przekształcenia mechanizmu kontrolnego ustanowionego przez Konwencję, sporządzonego w Strasburgu dnia 11 V 1994 r. (Dz.U. 1998 Nr 147, poz. 962) oraz z Protokołu nr 14 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zmieniającego system kontroli Konwencji, sporządzonego w Strasburgu dnia 13 V 2004 r. (Dz.U. 2010 Nr 90, poz. 587).

² Np. wyrok Trybunału z 12 II 2009 r. w sprawie *Nolan i K. przeciwko Rosji*, skarga nr 2512/04, niepublikowany, pkt 114.

³ Tworzy go obecnie Konwencja wraz z protokołami dodatkowymi o charakterze proceduralnym, które zostały wskazane w przypisie 1 oraz protokołami dodatkowymi o charakterze materialnymi, tj. Protokołem nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka

przez Trybunał swoboda jej kształtowania staje się coraz bardziej iluzoryczna⁴. Duży udział mają w tym gwarancje proceduralne, którym poświęcone jest niniejsze opracowanie. Są one częścią warstwy uprawieniowej Konwencji, pełniąc zarazem funkcję służebną w procesie urzeczywistniania innych praw i wolności tego systemu, a w pewnym zakresie także interesów nieucieleśnionych pod postacią tychże praw

i podstawowych wolności, sporządzonym w Paryżu dnia 20 III 1952 r. oraz Protokołem nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonym w Strasburgu dnia 16 IX 1963 r. (Dz.U. 1995 Nr 36, poz. 175); Protokołem nr 6 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dotyczącym zniesienia kary śmierci, sporządzonym w Strasburgu dnia 28 IV 1983 r. (Dz.U. 2001 Nr 23, poz. 266); Protokołem nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonym dnia 22 XI 1984 r. w Strasburgu (Dz.U. 2003 Nr 42, poz. 364); Protokołem nr 13 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności dotyczącym zniesienia kary śmierci we wszystkich okolicznościach, sporządzonym w Wilnie dnia 3 V 2002 r. (Dz.U. 2014, poz. 1155); Protokołem nr 12 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonym w Rzymie dnia 4 XI 2000 r., którego Polska nie ratyfikowała.

⁴ Szczegóły uzasadniające tę opinię rozproszone są po różnych częściach artykułu. W sposób sumaryczny najważniejsze stojące za nią argumenty można ująć następująco. Po pierwsze, w orzecznictwie Trybunału katalog uprawnień, których ryzyko naruszenia/rażącego naruszenia uniemożliwia wydalenie cudzoziemca, podlega stałemu poszerzaniu. Logicznym finałem tego procesu będzie uznanie za przeszkodę deportacyjną ryzyka naruszenia/rażącego naruszenia któregośkolwiek spośród praw chronionych w Konwencji i jej protokołach dodatkowych. Po drugie, wolność od tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania bądź karania, ale i inne prawa absolutne, przeważa nad wszelkimi względami przemawiającymi za wydalaniem cudzoziemca, w tym względami bezpieczeństwa państwowego. Państwo wydalaające ponosi przy tym odpowiedzialność nie tylko za wystawienie wydalanego na ryzyko złego traktowania ze strony władz państwa docelowego, ale również ze strony osób prywatnych, jeśli państwo docelowe nie jest w stanie lub nie chce zapewnić wydalaniem bezpieczeństwa. Wystarczającą przeszkodą dla wydalenia może się także okazać sama ogólna sytuacja przemocy w kraju docelowym, jeśli osiągnęła ona intensywność stwarzającą realne ryzyko naruszenia art. 3 Konwencji wobec wydalanego. To ten standard, oprócz kwestii praw wyborczych więźniów, doprowadził ówczesną minister spraw wewnętrznych Wielkiej Brytanii, a obecnie premier tego kraju, Theresę May, do wniosku o konieczności opuszczenia przez Zjednoczone Królestwo raczej systemu Konwencji niż Unii Europejskiej (<http://www.telegraph.co.uk/news/2016/04/25/eu-referendum-uk-eu-migration-free-for-all-michael-gove-brexit/>, dostęp: 31 VIII 2016). Po trzecie, zakaz zbiorowego wydalania cudzoziemców wymaga zindywidualizowanej oceny zasadności wydalania każdego z nich z osobna, również w przypadku cudzoziemców podjętych na morzu otwartym oraz zawróconych na granicy. Ze standardem tym sprzeczny jest więc wszelki automatyzm deportacyjny, co wyklucza nie tylko możliwość zastosowania australijskiego modelu rozwiązywania problemu nielegalnych imigrantów, ale także stawia pod znakiem zapytania dopuszczalność mechanizmu readmisji przewidzianego w porozumieniu zawartym między Unią Europejską a Turcją.

i wolności. Ich wspólnym mianownikiem jest ochrona cudzoziemców przed arbitralnym wydalaniem, które jest efektem pominięcia istotnych względów prawnych i faktycznych przemawiających przeciwko takiej decyzji.

Celem podejmowanego wysiłku badawczego jest przedstawienie rzeczonych gwarancji w całej ich złożoności, na którą składają się ich odmienne podstawy prawne, różnice w zakresach stosowania i treści oraz kwestia zbiegu tych gwarancji. Jest to obszar wart refleksji naukowej nie tylko ze względu na jego aktualność, związaną z obecną sytuacją migracyjną w Europie, ale przede wszystkim, z powodu niesatysfakcjonującej – w ocenie autora artykułu – odpowiedzi Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na teoretyczne problemy ujawniające się w procesie ich interpretacji i równoległego powoływania.

Na koniec tego wprowadzenia trzeba zaznaczyć, że w celu poprawienia komunikatywności wywodu w tekście stosowane jest – a znajduje to swoje odbicie również w tytule – pojęcie „wydalenie” w szerokim znaczeniu, obejmującym także zawrót i ekstradycję cudzoziemca. Jednocześnie, gdy ma to znaczenie dla ustalenia specyfiki danej gwarancji, dokonywane jest rozróżnienie między tymi terminami.

1. Podstawy prawne gwarancji

Przeglądu tego nie sposób rozpocząć od wskazania innej regulacji niż art. 1 Protokołu nr 7. Jest to bowiem jedyny przepis w całym systemie EKPC, który wymienia wprost pewne gwarancje proceduralne na wypadek wydalenia cudzoziemca, o czym informuje także jego nagłówek.

Poza tym unormowaniem Konwencja i pozostałe protokoły wspominają o wydaleniu lub ekstradycji cudzoziemca jeszcze dwukrotnie: w art. 5 ust. 1 pkt f pierwszej z tych umów oraz art. 4 Protokołu nr 4⁵.

Artykuł 5 ust. 1 określa zamknięty katalog sytuacji, w których można człowieka pozbawić wolności, zezwalając w pkt f na zatrzymanie lub aresztowanie osoby, przeciwko której toczy się postępowanie o wydalenie lub ekstradycję⁶. Osobie takiej służą gwarancje proceduralne przewidziane w ust. 2, 4 i 5 tego artykułu. Można je jednak stosować

⁵ Art. 3 Protokołu nr 4 zakazuje indywidualnego i zbiorowego wydalania oraz pozbawienia prawa wstępu na terytorium państwa, ale adresowany jest wyłącznie do obywateli.

⁶ Chodzi więc o ekstradycję zarówno obywatela, jak i cudzoziemca (apatrydy) oraz wydalenie tego ostatniego.

przeciwko pozbawieniu wolności, nie zaś wydaleniu czy ekstradycji. Przepisu tego nie należy wobec tego utożsamiać z podstawami prawnymi poszukiwanymi w niniejszym paragrafie.

Zgola odmienny wniosek dotyczy art. 4 Protokołu nr 4, zakazującego zbiorowego wydalania cudzoziemców. *Prima facie* może się on здаваć uprawnieniem zupełnie pozbawionym wymiaru proceduralnego, ale inaczej wygląda to w świetle orzecznictwa Trybunału. Przepis ten rozumiany jest bowiem jako powstrzymujący państwa „przed usuwaniem niektórych cudzoziemców bez zbadania ich osobistej sytuacji, a w konsekwencji, bez umożliwienia im przedstawienia argumentów przeciwko środkom podjętym przez odpowiednie władze”⁷. W istocie więc wymaga on przeprowadzenia odpowiedniego postępowania.

Zmiana perspektywy i spojrzenie na literę Konwencji i protokołów dodatkowych nie od strony regulacji poświęconych wydaleniom, lecz zobowiązań nakazujących ustanowienie w porządkach krajowych państw-stron gwarancji proceduralnych, których zastosowanie należałoby rozważyć także w przypadku wydalania cudzoziemców, prowadzi z kolei do art. 6 oraz art. 13 umowy rzymskiej.

Pierwszy z tych przepisów wyraża prawo do rzetelnego procesu sądowego. Służy ono jednak wyłącznie w sporach o prawa i obowiązki o charakterze cywilnym bądź o zasadność oskarżenia w sprawie karnej. Choć są to pojęcia autonomiczne Konwencji, Trybunał kwestionuje możliwość zaliczenia do ich desygnatów postępowań w przedmiocie wydalenia, zawrócenia⁸ lub ekstradycji⁹ cudzoziemca.

Artykuł 13 wymaga natomiast zapewnienia osobie, której uprawnienia konwencyjne zostały naruszone, „skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu krajowego”. Skorzystanie z jego ochrony możliwe będzie w przypadku wydalenia tylko wówczas, gdy naruszy ono którekolwiek z praw zawarowanych w Konwencji bądź protokołach dodatkowych lub też zagrazi ich naruszeniem¹⁰. W orzecznictwie

⁷ Wyrok Trybunału z 23 VII 2013 r. w sprawie *M.A. przeciwko Cyprowi*, skarga nr 41872/10, ECHR 2013 (extracts), pkt 245; por. też wyrok Trybunału z 5 II 2002 r. w sprawie *Čonka przeciwko Belgii*, skarga nr 51564/99, ECHR 2002-I, pkt 59 i 61.

⁸ Wyrok Trybunału z 5 X 2000 r. w sprawie *Maaouia przeciwko Francji*, skarga nr 39652/98, ECHR 2000-X, pkt 40; ostatnio np. wyrok Trybunału z 23 IV 2015 r. w sprawie *Khan przeciwko Niemcom*, skarga nr 38030/12, niepublikowany, pkt 58.

⁹ Decyzja Trybunału z 16 IV 2002 r. w sprawie *Peñaafiel Salgado przeciwko Hiszpanii*, skarga nr 65964/01, niepublikowana.

¹⁰ Mówiąc precyzyjniej, zastosowanie art. 13 Konwencji uzależnione jest od istnienia uzasadnionego twierdzenia (ang. *arguable claims*), że doszło do naruszenia uprawnień

strasburskim ukształtował się pogląd, że taka sytuacja może mieć miejsce w razie narażenia wydalanego na rzeczywiste ryzyko tortur (w kontekście art. 3)¹¹ oraz kary śmierci (w kontekście art. 2 oraz art. 1 Protokołu nr 13)¹², a także ryzyko rażącego naruszenia prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5) oraz prawa do rzetelnego procesu sądowego (art. 6)¹³. Przeszkodą dla wydalenia może być też ingerencja w życie prywatne oraz życie rodzinne dotkniętej nią osoby i jej bliskich¹⁴. We wszystkich tych przypadkach skuteczny środek odwoławczy z art. 13 Konwencji zyskuje zatem charakter gwarancji proceduralnej przeciwko wydaleniu.

Gwarancje tego rodzaju okazują się też wynikiem stosowania przez Trybunał wypracowanych przez niego koncepcji orzeczniczych. Chodzi tu o obowiązki pozytywne oraz testy legalności i konieczności.

Posiłkując się art. 1 Konwencji i sformułowanym tam nakazem „zapewnienia” przewidzianych w niej praw i wolności, Trybunał interpretuje tę umowę jako źródło obciążających państwa-strony obowiązków negatywnych, polegających na powstrzymaniu się przed ingerencjami w uprawnienia, ale też obowiązków pozytywnych, wymagających podejmowania pewnych działań pozytywnych na rzecz ich pełnej realizacji. Te ostatnie zwykle nie są wyrażone wprost w tekście Konwencji i jej protokołów dodatkowych, będąc owocem dobrze pojętej kreatywności Trybunału. Stosowanie tej koncepcji doprowadziło do ukształtowania bogatej judykatury także w przedmiocie obowiązków proceduralnych, a konkretnie obowiązków tworzenia w prawie krajowym i stosowania w praktyce odpowiednich – na tle danego uprawnienia – norm

skarżącego gwarantowanych w systemie EKPC; wyrok Trybunału z 25 III 1983 r. w sprawie *Silver i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, skargi nr 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, Series A no. 61, pkt 113.

¹¹ Wyrok Trybunału z 4 XI 2014 r. w sprawie *Tarakhel przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 29217/12, ECHR 2014 (extracts), pkt 93.

¹² Wyrok Trybunału z 2 III 2010 r. w sprawie *Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 61498/08, ECHR 2010, pkt 123. W grę muszą wchodzić także inne przypadki rzeczywistego ryzyka śmierci.

¹³ Wyrok Trybunału z 17 I 2012 r. w sprawie *Othman (Abu Qatada) przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 8139/09, ECHR 2012 (extracts) odpowiednio pkt 233 i 258; por. też wyrok Trybunału z 24 VII 2014 r. w sprawie *Al Nashiri przeciwko Polsce*, skarga nr 28761/11, niepublikowany, pkt 531 i 568.

¹⁴ Nie jest to z pewnością pełna lista uprawnień konwencyjnych, których ryzyko naruszenia mogłoby zostać wykorzystane przeciwko wydaleniu. Mowa tu w szczególności o uprawnieniach absolutnych – wolności od niewolnictwa i poddaństwa (art. 4 ust. 1 Konwencji) oraz zakazie karania bez podstawy prawnej (art. 7 Konwencji).

postępowania. Częścią tej judykatury są rozstrzygnięcia dotyczące proceduralnej ochrony cudzoziemców w kontekście wydalenia, zapadające do tej pory wyłącznie na gruncie art. 3 Konwencji, ale mające znacznie większy potencjał¹⁵.

Testy legalności i celowości są z kolei częścią mechanizmów ograniczających prawa człowieka, przede wszystkim klauzul limitacyjnych. Formułują one warunki, od których spełnienia zależy dopuszczalność ingerencji w dane uprawnienie. W przypadku pierwszego z nich chodzi o jej oparcie na prawie, które jest dostępne, przewidywalne i zapewnia efektywny środek kontroli¹⁶; w przypadku drugiego o to, by odpowiadała ona pilnej potrzebie społecznej i była proporcjonalna w stosunku do realizowanego celu prawowitego. Zarówno efektywny środek kontroli, jak i wymóg proporcjonalności implikują w orzecznictwie oczekiwania o charakterze proceduralnym, co wynika z szerszego założenia, że przenikająca cały system EKPC koncepcja legalności i rządów prawa w społeczeństwie demokratycznym nakazuje, by środki oddziaływające na fundamentalne prawa człowieka były poddane jakiejś formie postępowania kontradyktoryjnego (ang. *adversarial proceedings*) przed niezależnym organem¹⁷. W tym kontekście, na gruncie art. 8 Konwencji, a następnie art. 1 Protokołu nr 7, Trybunał zaczął formułować oczekiwania co do ochrony proceduralnej cudzoziemców wydalanych ze względu na bezpieczeństwo państwowe, a więc sferę, w której władze korzystają z szerokiej kompetencji dyskrecjonalnej¹⁸. Otóż, jego zdaniem, osoby takie powinny mieć zapewnioną możliwość kwestionowania twierdzeń władz przed niezależnym organem, który mógłby zareagować w razie, gdyby zarzuty kierowane wobec cudzoziemca nie miały żadnej podstawy w faktach bądź gdyby interpretacja bezpieczeństwa państwo-

¹⁵ Por. np. wyrok Trybunału z 21 X 2010 r. w sprawie *Gaforov przeciwko Rosji*, skarga nr 25404/09, niepublikowany, pkt 141–144, oraz wyrok Trybunału z 11 X 2011 r. w sprawie *Auad przeciwko Bułgarii*, skarga nr 46390/10, niepublikowany, pkt 106–108 oraz 117–123.

¹⁶ Szerzej na temat testu legalności zob. R. Mizerski, *Test legalności w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka*, Warszawa 2009.

¹⁷ Wyrok Trybunału z 20 VI 2002 r. w sprawie *Al-Nashif przeciwko Bułgarii*, skarga nr 50963/99, niepublikowany, pkt 123.

¹⁸ Chodzi konkretnie o ust. 2 art. 8 Konwencji, który przewiduje możliwość ingerencji w prawo do prywatności, pod warunkiem że jest ona m.in. „zgodna z prawem” i „konieczna w społeczeństwie demokratycznym”, oraz ust. 1 art. 1 Protokołu nr 7, który mówi o możliwości wydalenia cudzoziemca tylko „w wyniku decyzji podjętej zgodnie z prawem”; *Al-Nashif przeciwko Bułgarii...*, pkt 119, 122–124; wyrok Trybunału z 8 VI 2006 r. w sprawie *Lupsa przeciwko Rumunii*, nr skargi 10337/04, ECHR 2006-VII, pkt 51–61.

wego okazała się niezgodna z prawem lub sprzeczna z rozsądkiem i arbitralna¹⁹.

Katalog podstaw gwarancji proceduralnych na wypadek wydalenia cudzoziemca w systemie EKPC byłby niepełny, gdyby nie wspomnieć o art. 34 Konwencji. Wynika z niego gwarancja szczególna, bowiem jako jedyna niemająca charakteru gwarancji krajowej. Mimo że odnosi skutki w porządku krajowym, jest ona ordynowana nie przez organ krajowy, lecz przez Trybunał w ramach postępowania strasburskiego. Jej stosowanie jest więc powiązane ze skargą do Trybunału. Chodzi mianowicie o instytucję środków (zarządzeń) tymczasowych, aplikowanych „w interesie stron bądź prawidłowego przebiegu postępowania” – jak wyjaśnia art. 39 ust. 1 Regulaminu Trybunału²⁰. Sama Konwencja milczy na jej temat, ale w wyroku *Mamatkulov i Askarov* Trybunał przesądził jej moc wiążącą, orzekając, że niewykonanie środków tymczasowych oznacza naruszenie prawa do skargi indywidualnej, zagwarantowanego właśnie w art. 34 Konwencji²¹.

Trybunał sięga po tę instytucję, gdy istnieje bezpośrednio ryzyko poniesienia nieodwracalnej szkody (ang. *imminent risk of irreparable damage*) przez skarżącego, związane z naruszeniem pewnych uprawnień konwencyjnych, zwłaszcza zaś prawa do życia (art. 2 Konwencji) oraz wolności od tortur i niehumanitarnego traktowania (art. 3 Konwencji), a wyjątkowo także prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 Konwencji)²² oraz rażącego naruszenia prawa do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 Konwencji)²³. W większości dotychczasowych spraw ryzyko to wiązało się z wydaleniami, które pozwane państwo chciało przeprowadzić przed wydaniem wyroku przez Trybunał²⁴. Jeśli

¹⁹ *Al-Nashif przeciwko Bułgarii...*, pkt 124; wyrok Trybunał z 24 IV 2008 r. w sprawie *C.G. i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 1365/07, niepublikowany, pkt 40; wyrok Trybunału z 12 II 2013 r. w sprawie *Amie i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 58149/08, niepublikowany, pkt 92.

²⁰ Tekst Regulaminu, http://echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf (dostęp: 10 V 2016).

²¹ Wyrok Trybunału z 4 II 2005 r. w sprawie *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji*, skargi nr 46827/99, 46951/99, ECHR 2005-I, pkt 128.

²² *Ibidem*, pkt 104.

²³ *Othman (Abu Qatada) przeciwko Wielkiej Brytanii...*, pkt 290–291 (w kontekście sentencji wyroku).

²⁴ *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji...*, pkt 104; I. Kondak, *Zarządzenie tymczasowe* (art. 39 Regulaminu ETPCz), w: *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 2: *Komentarz do art. 19–59 oraz Protokołów dodatkowych*, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2011, s. 146.

więc ten ostatni wydał zarządzenie tymczasowe nakazujące wstrzymanie wykonania decyzji o deportacji lub ekstradycji, a państwo, do którego było ono adresowane, zlekceważyło je, nie będąc w stanie wykazać, że było to spowodowane jakimiś obiektywnymi przeszkodami, to tym samym naruszyło art. 34 Konwencji.

Z powyższych uwag wynika, że do podstaw prawnych gwarancji proceduralnych na wypadek wydalenia cudzoziemca należą w systemie EKPC: art. 1 Protokołu nr 7; art. 4 Protokołu nr 4; art. 13 i art. 34 Konwencji; oraz wykształcone w praktyce orzeczniczej Trybunału koncepcje obowiązków pozytywnych, a także efektywnego środka kontroli (jako elementu testów legalności i konieczności), wykraczające poza ramy konkretnych przepisów, stanowiących formalną podstawę tych gwarancji (odpowiednio art. 3 Konwencji oraz art. 8 Konwencji i art. 1 Protokołu nr 7).

2. Zakresy stosowania gwarancji

Elementem różnicującym omawiane gwarancje proceduralne są zakresy ich stosowania. Zakresy te związane są, po pierwsze, z poziomem ratyfikacji traktatów, w których znajdują się ich podstawy prawne. Dwie z omawianych gwarancji proceduralnych wywodzą się bowiem z protokołów dodatkowych do Konwencji, które wciąż nie uzyskały powszechnej akceptacji państw-stron Konwencji, a wobec tego nie mogą być powoływane wobec niektórych z nich²⁵. Po drugie, z podmiotowego punktu widzenia wyróżnić możemy te gwarancje, które adresowane są wyłącznie do cudzoziemców, oraz te, z których ochrony korzystać mogą też obywatele. Do pierwszej grupy należy art. 1 Protokołu nr 7 oraz art. 4 Protokołu nr 4. Pozostałe zakwalifikować należy do grupy drugiej²⁶,

²⁵ Protokołu nr 4 nie ratyfikowały: Grecja, Szwajcaria, Turcja i Wielka Brytania, a Protokołu nr 7: Niemcy, Holandia i ponownie Turcja oraz Wielka Brytania, <http://www.coe.int/pl/web/conventions/full-list> (dostęp: 21 I 2016).

²⁶ Jeśli gwarancje proceduralne przed wydaleniem służą cudzoziemcowi, to tym bardziej powinny służyć obywatelowi, jeśli jego wydalenie jest w pewnych okolicznościach możliwe (sformułowany w art. 3 Protokołu nr 4 zakaz wydalania obywateli nie obejmuje ekstradycji, *Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto*, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c92c0> (dostęp: 20 I 2016)), pkt 21; por. też okoliczności sprawy *Garabayev przeciwko Rosji* (wyrok Trybunału z 7 VI 2006 r., skarga nr 38411/02, niepublikowany) oraz sprawę *Rrapo przeciwko Albanii* (wyrok Trybunału z 25 IX 2012 r., skarga nr 58555/10, niepublikowany,

nawet jeśli gwarancje proceduralne będące konsekwencją testu legalności lub konieczności (efektywny środek kontroli) nie potwierdziły w praktyce ich szerokiego zastosowania, a okoliczności ich dotychczasowego stosowania – przeciw arbitralnemu wydaleniu ze względu na bezpieczeństwo państwowe – wydają się nie sprzyjać takiej możliwości w przyszłości²⁷. Niemniej nie istnieją strukturalne przeszkody, które uniemożliwiłyby zastosowanie tych gwarancji wobec obywateli, chyba że wyklucza to samo uprawnienie – jak ma to miejsce w przypadku art. 1 Protokołu nr 7 – w kontekście którego przeprowadzany jest test legalności czy konieczności. Co więcej, efektywny środek kontroli był już skutecznie powoływany w orzecznictwie w sprawach dotyczących obywateli dotkniętych innymi przejawami arbitralności państwa niż wydalenie²⁸. Po trzecie, bez większych wątpliwości należy przyjąć, że wszystkie gwarancje proceduralne na wypadek wydalenia cudzoziemca odnoszą się również do bezpaństwowców²⁹. Różnice pojawiają się natomiast co do statusu prawnego cudzoziemców, warunkującego korzystanie z tych gwarancji, i jest to czwarta okoliczność, którą należy wyróżnić.

Na gruncie art. 1 Protokołu nr 7 chronieni są wyłącznie cudzoziemcy legalnie przebywający na terytorium państwa³⁰, o czym informuje

pkt 70), dotycząca ekstradycji obywatela, w której Trybunał nawiązał do wynikającego z art. 3 Konwencji obowiązku rozważenia przez sądy krajowe ryzyka wystawienia osoby poddanej ekstradycji na praktyki sprzeczne z zakazem tortur.

²⁷ Trzeba jednak zauważyć, że obywatele mogą podlegać ekstradycji. Nie można też wykluczyć ich transferowania poza terytorium państwa ich obywatelstwa, z naruszeniem zakazu wydalania własnych obywateli z art. 3 Protokołu nr 4 (np. w połączeniu z ich niejawną detencją).

²⁸ Np. *Silver i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* (w której większość ze skarżących była obywatelami Wielkiej Brytanii) albo *Rotaru przeciwko Rumunii* (wyrok Trybunału z 4 V 2000 r., skarga nr 28341/95, ECHR 2000-V).

²⁹ Na tle art. 4 Protokołu nr 4 zob.: sprawozdanie wyjaśniające do Protokołu nr 4, *Explanatory Report to Protocol No. 4...*, pkt 32; na tle art. 13 Konwencji i obowiązków pozytywnych zob.: *Auad przeciwko Bułgarii...*; na tle testu legalności zob.: *Al-Nashif przeciwko Bułgarii...* Nie inaczej pojęcie cudzoziemca powinno być rozumiane na tle art. 1 Protokołu nr 7, zważywszy, że sytuacja prawna apatrydy na wypadek wydalenia będzie gorsza od sytuacji osoby posiadającej obywatelstwo innego państwa; por. art. 2b i 7 (wraz z komentarzem) projektu Komisji Prawa Międzynarodowego *Draft Articles on the Expulsion of Aliens*, Official Records of the General Assembly, Sixty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/69/10).

³⁰ O legalności pobytu decyduje prawo krajowe. Legalnie przebywać na terytorium państwa może nie tylko ten, kto dostał się na nie legalnie, ale również ten, kto zalegalizował swój pobyt, mimo że wkroczył na terytorium państwa nielegalnie. Naruszenie

ust. 1 tego przepisu i co potwierdza orzecznictwo³¹. Tymczasem art. 4 Protokołu nr 4 stosuje się także do cudzoziemców, którzy przebywają na tym terytorium nielegalnie³². To samo można powiedzieć o art. 13, oczywiście jest bowiem, że skuteczny środek odwoławczy musi służyć każdemu chronionemu przez Konwencję, a są nimi także nielegalni imigranci, jeśli w razie wydalenia grozi im rzeczywiste ryzyko naruszenia tak fundamentalnych dóbr jak życie czy wolność od tortur³³. Nie może być inaczej w przypadku rzeczywistego ryzyka naruszenia ich praw absolutnych z art. 4 ust. 1 oraz art. 7, a także groźby rażącego naruszenia wobec nich art. 5 i 6, a nawet możliwości pogwałcenia art. 8³⁴. Podobna konkluzja dotyczy ochrony proceduralnej będącej konsekwencją obowiązków pozytywnych³⁵. W zasadzie nie ma powodów, by była ona odmienna w odniesieniu do gwarancji proceduralnych z testu legalności lub konieczności, a z pewnością nie jest w przypadku środków tymczasowych³⁶.

Ponadto art. 1 Protokołu nr 7 adresuje przewidziane w nim gwarancje wyłącznie do cudzoziemców „przebywających”, czy raczej „zamieszkałych” (ang. *resident*, fr. *résidant*) na terytorium państwa-strony, co ma

warunków legalnego pobytu powoduje, że przestaje być on legalny; por. *Explanatory report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Council of Europe, Strasbourg 1985, pkt 9. Legalnie przebywa na terytorium państwa cudzoziemiec, który uzyskał zgodę na pobyt (np. wyrok Trybunału z 31 III 2011 r. w sprawie *Nowak przeciwko Ukrainie*, skarga nr 60846/10, niepublikowany, pkt 80). Wystąpienie o azyl albo prawo pobytu nie legalizuje przebywania, chyba że samo prawo krajowe je legalizuje na czas trwania postępowania (decyzja Trybunału z 14 III 2002 r. w sprawie *Sejdovic i Sulejmanovic przeciwko Włochom*, skarga nr 57575/00, niepublikowana, pkt 8; decyzja Trybunału z 16 VI 2009 r. w sprawie *A.M. przeciwko Szwecji*, skarga nr 38813/08, niepublikowana; wyrok Trybunału z 13 VII 2010 r. w sprawie *Ahmed przeciwko Rumunii*, skarga nr 34621/03, niepublikowany, pkt 46). Upływ ważności wizy delegalizuje pobyt (*Sejdovic i Sulejmanovic przeciwko Włochom...*, pkt 8; decyzja Trybunału z 20 IX 2007 r. w sprawie *Yildirim przeciwko Rumunii*, skarga nr 21186/02, niepublikowana, pkt 1), ale cofnięcie wizy na granicy bądź decyzja o wydaleniu nie pozbawiają legalności wcześniejszego pobytu (*Nolan i K. przeciwko Rosji...*, pkt 111).

³¹ Np. wyrok Trybunału z 3 VII 2014 r. w sprawie *Gruzja przeciwko Rosji (I)*, skarga nr 13255/07, ECHR 2014 (extracts), pkt 228–231.

³² Ibidem, pkt 168.

³³ Por. okoliczności sprawy *A.D. i inni przeciwko Turcji* (wyrok Trybunału z 22 VII 2014 r., skarga nr 22681/09, niepublikowany).

³⁴ Por. okoliczności sprawy *Jeunesse przeciwko Holandii* (wyrok Trybunału z 3 X 2014 r., skarga nr 12738/10, niepublikowany).

³⁵ Por. okoliczności sprawy *Auad przeciwko Bułgarii...*

³⁶ Por. okoliczności sprawy *Kamaliyov przeciwko Rosji* (wyrok Trybunału z 3 VI 2010 r., skarga nr 52812/07, niepublikowany).

wykluczyć tych z nich, którzy dotarli do granicy, ale nie przeszli odprawy granicznej albo zostali wpuszczeni w celach tranzytowych bądź innych, ograniczonych czasowo i niezwiązanymi z zamieszkiwaniem, w tym w celu rozpatrzenia ich wniosku pobytowego³⁷. Trybunał kojarzy to pojęcie z autonomiczną koncepcją „domu” rozwiniętą w orzecznictwie dotyczącym art. 8 Konwencji, przykładając wagę do istnienia wystarczającej i ciągłej więzi z określonym miejscem, nie zaś fizycznej obecności w nim³⁸.

Po piąte, różnice ujawniają się w zakresie rodzajów wydaleń, przed którymi chronią poszczególne gwarancje proceduralne. Te z art. 1 Protokołu nr 7 oraz art. 4 Protokołu nr 4 nie znajdują zastosowania do ekstradycji³⁹, czego nie można powiedzieć o pozostałych⁴⁰.

W kontekście pierwszej z tych gwarancji Trybunał podkreśla ponadto, że pojęcie „wydalenia” jest pojęciem autonomicznym Konwencji, niezależnym od znaczenia przypisywanego mu przez prawo krajowe i obejmuje wszelkie środki zmuszające cudzoziemca legalnie przebywającego na terytorium państwa-strony do jego opuszczenia lub blokujące jego powrót⁴¹.

Także „wydalenie”, o którym mówi art. 4 Protokołu nr 4, powinno być rozumiane w autonomiczny sposób. Ze sprawozdania wyjaśniającego do tej umowy wynika, że pojęcie to ma zwykłe znaczenie, odnoszące się do pozbycia się osoby z określonego miejsca⁴². Podobnie jak w przypadku art. 1 Protokołu nr 7, może przybrać ono formę niewpuszczenia cudzoziemca na terytorium państwa⁴³, co jednak niesie ze sobą znacznie poważniejsze konsekwencje, zważywszy, że dotyczy także nielegalnych imigrantów. Co więcej, wydaleniem jest też odstawienie

³⁷ *Explanatory report on Protocol No. 7...*, pkt 9.

³⁸ Z ochrony art. 1 Protokołu nr 7 nie są więc wyłączone osoby, które przebywały, w rozumieniu tego przepisu, w danym kraju, ale są w nim czasowo nieobecne; *Nolan i K. p. Rosji...*, pkt 110.

³⁹ *Ibidem*, pkt 112; *Explanatory Report to Protocol No. 4...*, pkt 21; wyrok Trybunału z 23 II 2012 r. w sprawie *Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom*, skarga nr 27765/09, ECHR 2012, pkt 174.

⁴⁰ *Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Wielkiej Brytanii...*, pkt 73 i 123; okoliczności sprawy *Gaforov przeciwko Rosji...*

⁴¹ Wyrok Trybunału z 5 X 2006 r. w sprawie *Bolat przeciwko Rosji*, skarga nr 14139/03, ECHR 2006-XI (extracts), pkt 79; *Nolan i K. przeciwko Rosji...*, pkt 112.

⁴² *Explanatory Report to Protocol No. 4...*, pkt 21; *Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom...*, pkt 174.

⁴³ Wyrok Trybunału z 21 X 2014 r. w sprawie *Sharifi i inni przeciwko Włochom i Grecji*, skarga nr 16643/09, niepublikowany, pkt 212.

do portu początkowego cudzoziemców podjętych na wodach międzynarodowych przez okręt pływający pod flagą państwa-strony Konwencji⁴⁴. Trybunał sugeruje jednocześnie, że takie rozumienie tego pojęcia byłoby niedopuszczalne w kontekście art. 1 Protokołu nr 7⁴⁵.

Z wyroku *Sharifi* można z kolei wywnioskować, że Trybunał definiuje zakres ochrony art. 4 Protokołu nr 4 z uwzględnieniem zakresu ochrony roztaczanej przez zasadę *non-refoulement*⁴⁶. Jeśli życiu lub wolności cudzoziemca zagraża jego wydalenie bądź zawrócenie do innego państwa⁴⁷, to fakt ten musi być zidentyfikowany w ramach procedury wynikającej z zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców. Tym samym to szerokie rozumienie wydalania rozciąga się na inne gwarancje proceduralne związane z zarzutem materialnego naruszenia art. 2, art. 3 i innych gwarancji absolutnych czy rażącego naruszenia art. 5 lub 6 Konwencji jako konsekwencji wydalania⁴⁸.

Po szóste, gwarancje proceduralne różnicuje także występowanie bądź nie związku między możliwością ich powołania a pogwałceniem innych uprawnień bądź innych aspektów tego samego uprawnienia, chronionych w systemie EKPC. I tak, zastosowanie skutecznego środka odwoławczego z art. 13 Konwencji warunkowane jest istnieniem uzasadnionego twierdzenia dotyczącego naruszenia któregoś z uprawnień zawartych w tej umowie bądź protokołach dodatkowych do niej. Nie wymaga to wcześniejszego orzeczenia przez Trybunał takiego naruszenia; istotnym wskazaniem w tym kierunku jest natomiast uznanie przez niego określonego zarzutu za dopuszczalny⁴⁹. Jeśli wydalenie cudzoziemca nie daje podstaw do twierdzenia, że wiąże się ono z pogwałceniem określonych konwencyjnych praw lub wolności, ochrona proceduralna art. 13 pozostaje nieaktywna. Pewnego podobieństwa można dopatrzeć się w środkach tymczasowych, których zastosowanie musi wynikać z zaistnienia ryzyka nieodwracalnej szkody związanej z naruszeniem określonych praw i wolności zawarowanych w Konwencji⁵⁰, ale które nie przesądza ostatecznego stwierdzenia ich naruszenia. Natomiast

⁴⁴ *Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom...*, pkt 178 i 180.

⁴⁵ *Ibidem*, pkt 173.

⁴⁶ *Sharifi i inni przeciwko Włochom i Grecji...*, pkt 210–213 i 52.

⁴⁷ Por. art. 33 Konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców (Dz.U. 1991 Nr 119, poz. 515).

⁴⁸ Por. np. *Sharifi przeciwko Włochom i Grecji...*, pkt 236–243.

⁴⁹ *A.D. i inni przeciwko Turcji...*, pkt 86.

⁵⁰ Zgodnie ze wskazówkami praktycznymi prezesa Trybunału z 5 III 2003 r. ze zm. *Requests for interim measures* (http://echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf,

w przypadku gwarancji proceduralnych wynikających z testu legalności bądź konieczności nie ulega wątpliwości, że ich zastosowanie warunkowane jest wcześniejszym stwierdzeniem przez Trybunał ingerencji w uprawnienie (przede wszystkim w art. 8 Konwencji), bowiem przeprowadzanie tych testów służy właśnie ocenie dopuszczalności ingerencji.

Warto zwrócić uwagę na pewną złożoność tego zagadnienia na tle zobowiązań pozytywnych. Otóż w sprawie *Šilih* Trybunał uznał autonomiczny status obowiązku przeprowadzenia skutecznego dochodzenia na wypadek nagłej śmierci człowieka. Możliwe jest więc stwierdzenie naruszenia proceduralnego aspektu art. 2 Konwencji, zawarowującego prawo do życia niezależnie od orzeczenia naruszenia jego aspektu materialnego, czyli uznania, że śmierć była zadana niezgodnie z Konwencją⁵¹. Odniesienie tego stanowiska do spraw ekstradycyjnych czy deportacyjnych oznaczałoby, że Trybunał mógłby stwierdzić naruszenie gwarancji proceduralnych cudzoziemca (zwłaszcza na gruncie art. 2 i 3) nawet wówczas, gdy nie stwierdził, iż jego wydalenie wystawiłoby go na rzeczywiste ryzyko śmierci albo tortur. Nie wydaje się jednak, by Trybunał był obecnie gotowy na odseparowanie od siebie tych kwestii inaczej niż z wykorzystaniem art. 13 Konwencji.

W opozycji do omówionych powyżej gwarancji proceduralnych gwarancje wynikające z art. 4 Protokołu nr 4 oraz art. 1 Protokołu nr 7 nie wymagają dla ich zastosowania ani naruszenia innych uprawnień konwencyjnych, ani istnienia samego uzasadnionego twierdzenia ich naruszenia.

3. Treść gwarancji

Pierwszym rozważanym przepisem jest art. 1 Protokołu nr 7, którego gwarancyjne walory tworzą: wymóg, by wydalenie było konsekwencją „decyzji podjętej zgodnie z prawem” (ust. 1)⁵², a także zapewnienie cudzoziemcowi możliwości „przedstawienia racji przeciwko wydaleniu” (ust. 1 pkt a), „rozpatrzenia jego sprawy” (ust. 1 pkt b)⁵³ oraz „bycia reprezentowanym dla tych celów przed właściwym organem albo osobą lub osobami wyznaczonymi przez ten organ” (ust. 1 pkt c).

dostęp: 27 V 2016) skarżący żądający wydania środków tymczasowych musi określić m.in. uprawnienia konwencyjne, którym zagraża naruszenie.

⁵¹ Wyrok Trybunału z 9 IV 2009 r. w sprawie *Šilih przeciwko Słowenii*, skarga nr 71463/01, niepublikowany, pkt 159.

⁵² W oficjalnym przekładzie „zgodnie z ustawą”.

⁵³ W oficjalnym przekładzie „wniesienia środków odwoławczych”.

Wszystkie te gwarancje, wymienione w ust. 1 art. 7, muszą być zrealizowane przed wydaleniem. Reguła ta nie znajduje zastosowania tylko w sytuacji wskazanej w ust. 2, tj. wówczas, gdy wydalenie było konieczne ze względu na porządek publiczny lub bezpieczeństwo publiczne⁵⁴. Cudzoziemiec wydany z tych powodów nie traci jednak gwarancji z ust. 1, ale mogą być mu one zapewnione już po deportacji⁵⁵.

Pierwszy ze sformułowanych wymogów egzemplifikuje test legalności z jego efektywnym środkiem kontroli, omówionym dalej. Wyodrębnienie drugiego miało z kolei na celu wskazanie, że cudzoziemiec ma mieć możliwość przedstawienia racji przeciwko wydaleniu także przed rozpatrzeniem jego sprawy⁵⁶, o którym mówi wymóg trzeci. Zapewne jednak częściej będzie się to odbywało w trakcie korzystania z gwarancji art. 1 ust. 1 pkt b Protokołu nr 7⁵⁷, w którą zresztą prawo do przedstawienia argumentów przeciwko wydaleniu jest wpisane *implicit*⁵⁸.

Obrońca przed wydaleniem zakłada, że cudzoziemiec będzie miał szansę ustosunkowania się do przemawiających za tym – zdaniem władzy – powodów. W konsekwencji powody te powinny być mu przedstawione w języku dla niego zrozumiałym i w okolicznościach pozwalających na odniesienie się do nich⁵⁹, np. z zachowaniem odpowiedniego czasu na przygotowanie odpowiedzi⁶⁰.

Istota prawa do rozpatrzenia sprawy leży natomiast w poddaniu jej rzeczywistej ocenie, prowadzonej w świetle powodów przemawiających przeciwko wydaleniu, której sprostać nie może kontrola o czysto formalnym charakterze⁶¹. Zatem odmowa dopuszczenia przez sąd krajowy dowodów przedłożonych przez cudzoziemca będzie naruszała ten przepis⁶². Elementami konstytutywnymi uprawnienia nie są natomiast ani dwuinstancyjność postępowania, ani gwarancja przesłuchania

⁵⁴ C.G. przeciwko Bułgarii..., pkt 75–76.

⁵⁵ Np. wyrok Trybunału z 12 X 2006 r. w sprawie *Kaya przeciwko Rumunii*, skarga nr 33970/05, niepublikowany, pkt 53.

⁵⁶ *Explanatory report on Protocol No. 7...*, pkt 13.1.

⁵⁷ Np. wyrok Trybunału z 12 VII 2011 r. w sprawie *Baltaji przeciwko Bułgarii*, skarga nr 12919/04, niepublikowany, pkt 57.

⁵⁸ Można to wywnioskować np. z wyroku *Lupsa przeciwko Rumunii...*, pkt 58–61.

⁵⁹ *Nowak przeciwko Ukrainie...*, pkt 82.

⁶⁰ *Lupsa przeciwko Rumunii...*, pkt 59.

⁶¹ *Explanatory report on Protocol No. 7...*, pkt 13.2; C.G. przeciwko Bułgarii..., pkt 74; wyrok Trybunału z 2 IX 2010 r. w sprawie *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 1537/08, niepublikowany, pkt 49.

⁶² Np. C.G. przeciwko Bułgarii..., pkt 78.

cudzoziemca (postępowanie może mieć w całości formę pisemną)⁶³. Cudzoziemiec nie ma też zapewnionego pozostania na terytorium państwa w trakcie całego postępowania, ale tylko do czasu zrealizowania praw sformułowanych w ust. 1⁶⁴.

Artykuł 1 ust. 1 pkt c Protokołu nr 7 sugeruje, że organem właściwym do rozpatrzenia sprawy wydalanego cudzoziemca nie musi być sąd. Rzeczywiście, może to być też organ administracyjny. Co więcej, nie musi mieć on kompetencji do decydowania o pozostaniu cudzoziemca na terytorium państwa-strony; dopuszczalna jest zatem procedura, w której wspomniany organ będzie formułował tylko głos doradczy⁶⁵. Nie zmienia to oczekiwań Trybunału co do jego niezależności i bezstronności – cech, których pozbawiony jest np. minister spraw wewnętrznych⁶⁶.

Punkt c gwarantuje cudzoziemcowi prawo do korzystania z pełnomocnika w wykonywaniu swoich uprawnień określonych w tym artykule. Choć sformułowane oddzielnie, to podobnie jak prawo do przedstawienia racji przeciwko wydaleniu, wydaje się ono stanowić nieodłączną część prawa do rozpatrzenia sprawy. Mimo to uprawnienie to nie jest rozumiane jako gwarantujące cudzoziemcom, co do zasady, pomoc prawną z urzędu⁶⁷.

Proceduralna natura kolejnego przepisu, tj. art. 4 Protokołu nr 4, wyraża się w wyływającym z niego obowiązku rozsądnego i obiektywnego zbadania (ang. *reasonable and objective examination*) indywidualnego przypadku każdego z wydalanych cudzoziemców⁶⁸. Chodzi zwłaszcza o to, by każdy z nich miał możliwość przedstawienia właściwym władzom argumentów przeciwko swojemu wydaleniu⁶⁹. Realizacja tego celu wymaga, po pierwsze, dokonania identyfikacji tych osób⁷⁰. Może być ona niemożliwa, jeśli cudzoziemcowi niewładającemu językiem państwa przyjmującego nie zapewni się pomocy tłumacza⁷¹. Po drugie, wydalani cudzoziemcy muszą uzyskać podstawowe informacje

⁶³ *Explanatory report on Protocol No. 7...*, pkt 14.

⁶⁴ *Ibidem*, pkt 13.2.

⁶⁵ *Ibidem*, pkt 13.3.

⁶⁶ *Baltaji przeciwko Bułgarii...*, pkt 58.

⁶⁷ Por. decyzję Trybunału z 14 II 2012 r. w sprawie *Ali przeciwko Norwegii*, skarga nr 22669/10, niepublikowana, pkt 69–70.

⁶⁸ *Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom...*, pkt 166.

⁶⁹ *Ibidem*, pkt 184.

⁷⁰ *Ibidem*, pkt 185; wyrok Trybunału z 1 IX 2015 r. w sprawie *Khlaifia i inni przeciwko Włochom*, skarga nr 16483/12, niepublikowany, pkt 155.

⁷¹ Por. wyrok Trybunału w sprawie *Sharifi i inni przeciwko Włochom i Grecji...*, pkt 215–218.

dotyczące procedur, w ramach których będzie rozpatrywany ich wniosek o pozostanie na terytorium państwa przyjmującego – ponownie, jeśli trzeba, przy udziale tłumacza⁷². Po trzecie, powinni być oni wysłuchani. W sprawie *Khlaifia* identyfikacja skarżących nie uczyniła zadość oczekiwaniom Trybunału, który wytknął pozwanemu państwu m.in. brak jakichkolwiek śladów w dokumentacji świadczących o tym, że przed wydaniem decyzji o deportacji tych cudzoziemców przeprowadzono z nimi wywiad dotyczący ich sytuacji osobistej⁷³. Po czwarte, cudzoziemcy powinni mieć prawo do korzystania z pomocy prawnika w takim postępowaniu. Utrudniony kontakt z tym ostatnim był jedną z przyczyn stwierdzenia przez Trybunał naruszenia art. 4 Protokołu nr 4 w sprawie *Čonka*⁷⁴. Po piąte, częścią omawianej procedury jest decyzja o wydaleniu odnosząca się do sytuacji indywidualnej wydalanych⁷⁵. Kiedy grupa cudzoziemców otrzymuje decyzje sformułowane w identyczny sposób, budzi to wątpliwości Trybunału⁷⁶. Po szóste, nie bez obciążającego władzę znaczenia jest także dokonanie wydalenia przed zakończeniem postępowania azylowego⁷⁷. W końcu, formalnie poprawne postępowanie, w którym nie ujawniły się braki w zakresie wymienionych wymogów, nie uchroni państwa od odpowiedzialności za naruszenie zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców, jeśli istnieją poważne wskazania, że za wydaleniami stała polityczna intencja ich przeprowadzenia nawet wbrew temu zakazowi⁷⁸. Jedyne ten ostatni argument wydaje się mieć wystarczającą moc, by samodzielnie przesądzić konkluzję Trybunału o pogwałceniu rzeczonego standardu; w przypadku pozostałych decyduje ich koincydencja i układ⁷⁹. Należy ponadto założyć, że oczekiwania dotyczące organu badającego sprawę wydalanych cudzoziemców nie będą przekraczały progu wyznaczonego przez art. 1 Protokołu nr 7, skoro ten ostatni przepis zabezpiecza interesy tylko legalnych imigrantów, a art. 4 Protokołu nr 4 także imigrantów nielegalnych.

⁷² Ibidem.

⁷³ *Khlaifia i inni przeciwko Włochom...*, pkt 156.

⁷⁴ *Čonka przeciwko Belgii...*, pkt 62.

⁷⁵ *Khlaifia i inni przeciwko Włochom...*, pkt 156.

⁷⁶ *Čonka przeciwko Belgii...*, pkt 62.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ *Gruzja przeciwko Rosji (I)...*, pkt 175–176.

⁷⁹ Por. sprawę *M.A. przeciwko Cyprowi...* (pkt 254), w której Trybunał nie stwierdził naruszenia art. 4 Protokołu nr 4 mimo niewypełnienia niektórych z wymienionych wymogów.

Oba wspomniane powyżej standardy mają charakter gwarancji specjalnych, stworzonych i stosowanych z myślą o pewnej kategorii spraw. Kolejny standard, jaki zostanie omówiony, jest od nich pod tym względem inny. Artykuł 13 Konwencji, bo o nim mowa, jest regulacją o znacznie szerszym zastosowaniu i z założenia ma oferować gwarancje proceduralne na wypadek naruszenia wszelkich praw i wolności zapewnionych w systemie EKPC. Kwestie związane z wydalaniem cudzoziemców są więc tylko jednym z wielu obszarów jego działania.

Na ogólną charakterystykę skutecznego środka odwoławczego (ang. *effective remedy*) z art. 13 składa się przede wszystkim jego zdolność do egzekwowania treści konwencyjnych uprawnień, bez względu na formę ich ochrony w prawie krajowym. Środek ten powinien stwarzać możliwość ustosunkowania się do istoty zarzutu dotyczącego naruszenia praw i wolności i zapewniać stosowne zadośćuczynienie. Jego skuteczność ma mieć potwierdzenie zarówno w prawie, jak i w praktyce, co oznacza, że korzystanie z tego środka nie może napotykać nieuzasadnionych przeszkód w działaniach lub zaniechaniach państwa, ale nie oznacza pewności osiągnięcia pożądanego wyniku jego zastosowania. Skuteczny środek odwoławczy ma być kierowany do właściwego organu państwowego, którym nie musi być organ sądowy. Jeśli jednak nie jest to sąd, Trybunał bada kompetencje tego organu i gwarancje, jakie oferuje skarżącemu, zwłaszcza zaś jego niezależność. W końcu, jeśli pojedynczy środek nie realizuje wymagań art. 13, nic nie stoi na przeszkodzie, by czynił to zespół krajowych środków odwoławczych⁸⁰.

W kontekście wydalania, którego skutkiem może być nieodwracalna szkoda, tak jak ma to miejsce zwłaszcza w przypadku wystawienia osoby wydalanej na rzeczywiste ryzyko tortur lub utraty życia⁸¹, Trybunał powtarza, że skuteczność środka odwoławczego wymaga od władz krajowych ścisłej kontroli takiej sprawy – kontroli, którą cechuje niezależność i wnikliwość w zakresie badania podstaw zarzutu wystąpienia wspomnianego ryzyka oraz rozsądna szybkość jej przeprowadzenia.

⁸⁰ Np. *Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom...*, pkt 197; por. też wyrok Trybunału z 13 XII 2012 r. w sprawie *De Souza Ribeiro przeciwko Francji*, skarga nr 22689/07, ECHR 2012, pkt 79, oraz wyrok Trybunału z 21 I 2011 r. w sprawie *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*, skarga nr 30696/09, ECHR 2011, pkt 290.

⁸¹ Można z dużą dozą pewności powiedzieć, że także rzeczywiste ryzyko naruszenia wolności od niewolnictwa i poddaństwa powinno prowadzić do automatycznego zawieszenia decyzji o deportacji. Wydaje się ponadto, że ten wniosek Trybunał byłby skłonny rozciągnąć również na rzeczywiste ryzyko naruszenia art. 7 Konwencji oraz rażącego naruszenia jej art. 5 i 6.

Co więcej, w tym przypadku środek odwoławczy musi mieć automatyczny skutek zawieszający. Podobnie, automatyczny skutek zawieszający musi towarzyszyć środkowi odwoławczemu w razie groźby złamania zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców⁸².

Przyglądając się wyrokowi, który ustanowił ten ostatni precedens (tj. odnoszący się do wymagań stawianych środkowi odwoławczemu w kontekście art. 4 Protokołu nr 4), można odnieść wrażenie, że Trybunał skłaniał się ku pogładowi, iż wykonanie każdej decyzji o wydaleniu powinno być zawieszane do czasu zrealizowania gwarancji odpowiadających standardowi art. 13 Konwencji. Podkreślił on bowiem, że w systemach prawnych, takich jak pozwanej w tej sprawie Belgii, w których zawieszenie decyzji o wydaleniu wymaga wniosku i ma charakter uznaniowy, nie można wykluczyć ryzyka błędnej odmowy jej zawieszenia, zwłaszcza gdy po merytorycznym rozpatrzeniu sprawy okaże się, że przeprowadzenie deportacji byłoby sprzeczne z Konwencją. Kwestia ta była jednym z powodów, które doprowadziły Trybunał do konkluzji o naruszeniu art. 13⁸³. Pogodzenie tego wyroku z późniejszym orzecznictwem wymaga jednak innej interpretacji, odwołującej się ponownie do kategorii nieodwracalnej szkody. W przypadku art. 4 Protokołu nr 4 chodziłoby o to, że niezbadanie indywidualnej sytuacji wydalanego samo w sobie rodzi potencjalne ryzyko powstania takiej szkody, bowiem może oznaczać, iż dojdzie do „ślepego” wydalania, dotyczącego także tych cudzoziemców, którzy mogą się stać w państwie docelowym ofiarami najcięższych naruszeń EKPC, takich jak np. tortury.

Takie rozumienie wyroku *Čonka* nie wchodzi w kolizję ze zdaniem Trybunału, że o ryzyku nieodwracalnej szkody nie można mówić, gdy przeciwko wydaleniu podnoszone są zarzuty naruszenia prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Wobec tego skuteczność środka odwoławczego w tego rodzaju sprawach nie jest równoznaczna z koniecznością zapewnienia automatycznego skutku zawieszającego decyzję o deportacji⁸⁴. Niemniej jednak cudzoziemiec, którego życie rodzinne może doznać uszczerbku wraz z wykonaniem decyzji o deportacji lub odmową przyznania prawa pobytu, powinien mieć realną możliwość kwestionowania takich decyzji w ramach postępowania, w którym niezależny i bezstronny organ zbada istotne aspekty jego

⁸² *De Souza Ribeiro przeciwko Francji...*, pkt 82.

⁸³ *Čonka przeciwko Belgii...*, pkt 82.

⁸⁴ *De Souza Ribeiro przeciwko Francji...*, pkt 83.

sprawy w sposób gruntowny i z zachowaniem wystarczających gwarancji proceduralnych⁸⁵.

Stosując art. 13 do spraw związanych z wydalaniem cudzoziemców, Trybunał podkreśla fundamentalne znaczenie praktycznej skuteczności oferowanych w porządku krajowym środków prawnych. Zwłaszcza w przypadku postępowań azylowych wagi nabierają takie kwestie, jak: utrudnienia w dostępie do procedury azylowej; niewystarczające informacje na jej temat; brak komunikacji między władzami a cudzoziemcem występującym o taką ochronę; brak tłumaczy i przeszkolonego personelu przeprowadzającego wywiady z ubiegającymi się o azyl cudzoziemcami; brak realnej pomocy prawnej, choć niekoniecznie pełnomocnika opłacanego ze środków publicznych; nadmiernie długie oczekiwanie na rozstrzygnięcie postępowania⁸⁶.

Zdecydowanie mniej wymowny jest Trybunał, gdy idzie o precyzowanie oczekiwań proceduralnych będących konsekwencją stosowania – w kontekście wydalania cudzoziemców – koncepcji obowiązków pozytywnych. Kwestie te pozostają w cieniu zasadniczego zagadnienia rozważanego w tym przypadku przez sędziów strasburskich, tj. istnienia materialnych przesłanek podważających dopuszczalność wydalania. Trybunał wymaga jedynie, by dotycząca tego refleksja każdorazowo była także udziałem organów krajowych podejmujących decyzję w tym przedmiocie. Jeśli jej zabraknie, naruszone zostaną obowiązki pozytywne o charakterze proceduralnym. Orzecznictwo, o którym tu mowa, rozwinęło się na gruncie art. 3 Konwencji, tj. zakazu tortur, w związku z czym dotyczy konieczności rozważenia w postępowaniu krajowym ryzyka wystawienia wydalanej osoby na tortury, nieludzkie lub poniżające traktowanie bądź karanie w państwie docelowym. By zadośćuczynić temu wymogowi, należy w szczególności przeprowadzić niezależne i rygorystyczne badanie istoty obaw wydalanego cudzoziemca⁸⁷. Nie można mówić o spełnieniu tego obowiązku, gdy organy krajowe odmawiają rozważenia informacji potwierdzających te obawy⁸⁸.

Kolejnym ze źródeł gwarancji proceduralnych na wypadek wydalania jest efektywny środek kontroli. Jak już wspomniano, Trybunał „odkrył”

⁸⁵ Np. *Al-Nashif przeciwko Bułgarii...*, pkt 133; *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 35.

⁸⁶ *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji...*, pkt 299–320; por. też decyzję Trybunału z 16 IX 2014 r. w sprawie *Abdi Ahmed i inni przeciwko Malcie*, skarga nr 43985/13, niepublikowana, pkt 61–76.

⁸⁷ *Auađ przeciwko Bułgarii...*, pkt 101 i 106.

⁸⁸ *Gaforov przeciwko Rosji...*, pkt 125–126.

go na potrzeby przeciwdziałania arbitralnym ingerencjom w prawa człowieka, wynikłym z dyskrecjonalnych działań władzy. W kontekście wydaleń koncepcja ta znalazła zastosowanie w sytuacji, gdy pozbycie się cudzoziemca motywowane jest względami bezpieczeństwa państwowego. Istotą efektywnego środka kontroli jest w tym wypadku możliwość skutecznego podważenia twierdzeń władzy dotyczących przyczyn wydalenia, w szczególności domniemanych zagrożeń ze strony wydanego. Wymaga to istnienia niezależnego organu, przeprowadzającego niezależne postępowanie, które rzeczywiście zmierza do zbadania, czy zarzuty władzy kierowane przeciw cudzoziemcowi oparte są na wystarczającej podstawie faktycznej i czy nie ujawniają takiej interpretacji bezpieczeństwa państwowego, która jest niezgodna z prawem lub sprzeczna z rozsądkiem i arbitralna⁸⁹.

Na potrzeby tego postępowania organ niezależny to niekoniecznie sąd. Niemniej musi być to organ strukturalnie uniezależniony od władzy wykonawczej, który prowadzi postępowanie według pewnej ustalonej procedury⁹⁰. Charakterystyce tej nie odpowiada minister spraw wewnętrznych⁹¹. Trybunał nie wykluczył natomiast, że mógłby nim być prokurator⁹², i nie miał wątpliwości, że takim ciałem jest brytyjska Special Immigration Appeals Commission⁹³.

Postępowanie, o jakim mowa, musi dotyczyć istoty problemu domniemanej ingerencji w prawa człowieka, tj. oceny, czy władze wykonawcze były w stanie przedstawić konkretne fakty służące jako podstawa twierdzenia, że cudzoziemiec stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa państwowego⁹⁴. Poza tym kontroli powinno być poddane także to, czy władze wykonawcze nie nadużywają kategorii bezpieczeństwa państwowego⁹⁵ oraz czy wydalenie może być uznane za ingerencję

⁸⁹ *Al-Nashif przeciwko Bułgarii...*, pkt 124–126; *C.G. i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 40; *Amie i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 92.

⁹⁰ *Al-Nashif przeciwko Bułgarii...*, pkt 125; *C.G. i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 40.

⁹¹ *Baltaji przeciwko Bułgarii...*, pkt 37.

⁹² *Al-Nashif przeciwko Bułgarii...*, pkt 125.

⁹³ Decyzja Trybunału z 28 I 2014 r. w sprawie *I.R. i G.T. przeciwko Wielkiej Brytanii*, skargi nr 14876/12 oraz 63339, niepublikowana, pkt 63.

⁹⁴ *C.G. i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 47; *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 31–32; wyrok Trybunału z 26 VII 2011 r. w sprawie *M. i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 41416/08, niepublikowany, pkt 98–99.

⁹⁵ *I.R. i G.T. przeciwko Wielkiej Brytanii...*, pkt 63. Trybunał uznaje swoją subsydiarną rolę oraz szeroki margines oceny służący państwom, gdy chodzi o bezpieczeństwo państwowe, dlatego też podkreśla znaczenie, jakie mają dla niego rozstrzygnięcia podejmowane w tym zakresie przez władze krajowe, zwłaszcza zaś sądy krajowe. Trybunał

proporcjonalną, zachowującą słuszną równowagę między interesem publicznym a interesem wydalanego i jego rodziny⁹⁶. Sąd bądź inny niezależny organ nie może się więc ograniczyć do czysto formalnej kontroli działań władz wykonawczych⁹⁷. Tu jednak pojawia się problem, bowiem w sprawach dotyczących bezpieczeństwa państwowego władze posługują się często informacjami ze źródeł operacyjnych, które z oczywistych względów muszą być chronione. Jak się okazuje, nie jest to jednak żadnym usprawiedliwieniem dla blankietowej akceptacji zarzutów kierowanych wobec wydalanego cudzoziemca.

Trybunał dopuszcza możliwość wykorzystania w postępowaniu materiałów tajnych (nawet jeśli utajnienie dotyczy wszystkich materiałów odnoszących się do tej kwestii), także częściowego utajnienia decyzji wydawanych w jego trakcie. Te ostatnie nie mogą być jednak całkowicie niejawne; niejawnosc może dotyczyć tylko tych ich fragmentów, których ujawnienie zagroziłoby bezpieczeństwu państwowemu lub bezpieczeństwu innych osób⁹⁸. Poza tym nie ulega wątpliwości, że sąd

uznaje także, że pojęcie „bezpieczeństwa państwowego” nie poddaje się precyzyjnemu zdefiniowaniu w prawie, że jest ono szerokie i że także z tego względu władze krajowe mają do odegrania kluczową rolę przy określaniu interesu bezpieczeństwa danego państwa – z natury rzeczy jego zagrożenie może mieć różny charakter i być nieprzewidywalne bądź trudne do przewidzenia. Jednocześnie jednak przypomina on, że granice tego pojęcia nie mogą być rozciągnięte poza jego naturalne znaczenie (wyrok Trybunału z 26 VII 2011 r. w sprawie *Liu przeciwko Rosji* (nr 2), skarga nr 29157/09, niepublikowana, pkt 85 i 88; wyrok Trybunału z 4 XII 2015 r. w sprawie *Roman Zakharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47143/06, ECHR 2015, pkt 247), wobec czego gotowy jest wchodzić w polemikę z organami krajowymi co do tej kwestii. Jak z tego wynika, strasburska koncepcja bezpieczeństwa państwowego kształtuje się *ad casum*. I tak, w sprawie *C.G. i inni przeciwko Bułgarii* (pkt 43) Trybunał miał wątpliwości, czy zaangażowanie w handel narkotykami może zagrażać bezpieczeństwu państwowemu, a z kolei w sprawie *Raza przeciwko Bułgarii* (wyrok Trybunału z 11 II 2010 r., skarga nr 31465/08, niepublikowana, pkt 53) nie zgodził się, że zaangażowanie w handel ludźmi dotyka „rzeczywistej kwestii bezpieczeństwa państwowego”. Z drugiej strony koncepcji bezpieczeństwa państwowego odpowiada wydalenie cudzoziemca zaangażowanego w działalność grup ekstremistycznych (*Kaushal i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 28), a tym bardziej w terroryzm (por. decyzja Trybunału z 24 VI 2014 r. w sprawie *Saeed przeciwko Danii*, skarga nr 53/12, niepublikowana, pkt 34).

⁹⁶ *I.R. i G.T. przeciwko Wielkiej Brytanii...*, pkt 63; *Liu przeciwko Rosji* (nr 2)..., pkt 94–95.

⁹⁷ *Lupsa przeciwko Rumunii...*, pkt 41; *C.G. i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 47; *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 31–32; *M. i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 98–99; por. też I.C. Kamiński, *Proceduralne gwarancje związane z wydalaniem cudzoziemca ze względów bezpieczeństwa państwa – uwagi na kanwie sprawy Chakiba Marakchiego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego” 2012, nr 10, s. 26.

⁹⁸ *Saeed przeciwko Danii...*, pkt 34; *I.R. i G.T. przeciwko Wielkiej Brytanii...*, pkt 63.

bądź inny niezależny organ musi mieć dostęp do dowodów – także tajnych – przesądzających o wydaleniu cudzoziemca. Bez tego trudno byłoby twierdzić, że jest kompetentny do zbadania sprawy⁹⁹. Z kolei dostęp do takich danych ze strony wydalanego może podlegać ograniczeniom, jednak przy zachowaniu kontrydiktoryjności postępowania (ang. *adversarial procedure*). Rozwiązaniem może być tu stosowana przez Brytyjczyków i innych Anglosasów instytucja specjalnych adwokatów, mających dostęp do materiałów tajnych i reprezentujących wydalanego w tej części postępowania, do której ani on, ani jego pełnomocnicy nie mają dostępu¹⁰⁰. W każdym bądź razie cudzoziemiec, któremu grozi wydalenie, musi mieć możliwość odniesienia się – osobistego bądź przez pełnomocnika – do stawianych mu zarzutów, czego warunkiem wstępnym jest ich znajomość¹⁰¹.

Dodajmy, że w kontekście art. 1 Protokołu nr 7 wymagającego, by wydalenie było wynikiem decyzji podjętej zgodnie z prawem – co można też wyinterpretować z warunku legalności ingerencji, o którym mówi art. 8 ust. 2 Konwencji – Trybunał orzekł, że deportacja, która miała miejsce przed rozpatrzeniem przez sąd wniosku o zawieszenie wykonania nakazującej jej decyzji i poinformowaniu o tym rozstrzygnięciu wydalanego, jest przejawem arbitralnego działania władzy publicznej, którego nie można pogodzić z zasadą rządów prawa¹⁰². Tym bardziej nie można uznać za wydalenie będące wynikiem decyzji podjętej zgodnie z prawem sytuacji, w której decyzji o wydaleniu nie podjął sąd, mimo że to właśnie on jest zgodnie z prawem krajowym kompetentny do jej podjęcia¹⁰³.

Ostatnia z badanych gwarancji, czyli środek tymczasowy, może mieć taką treść, jaką Trybunał uzna za konieczną dla zabezpieczenia przedmiotu toczącego się przed nim sporu. Chodzi więc zarówno o podjęcie przez państwo – do którego jest on zwykle adresowany – określonych działań lub powstrzymanie się od innych¹⁰⁴. W kontekście wydalenia sprowadza się to do nakazu nieprzeprowadzania deportacji lub ekstra-

⁹⁹ Por. *I.R. i G.T. przeciwko Wielkiej Brytanii...*, pkt 63; por. też decyzję Trybunału z 23 X 2012 r. w sprawie *F.A.K. przeciwko Holandii*, skarga nr 30112/09, niepublikowana, pkt 81–82.

¹⁰⁰ *I.R. i G.T. przeciwko Wielkiej Brytanii...*, pkt 63.

¹⁰¹ *Al-Nashif przeciwko Bułgarii...*, pkt 126.

¹⁰² Wyrok Trybunału z 17 I 2012 r. w sprawie *Takush przeciwko Grecji*, skarga nr 2853/09, niepublikowany, pkt 61.

¹⁰³ *Bolat przeciwko Rosji...*, pkt 82.

¹⁰⁴ Por. I. Kondak, op. cit., s. 145–146.

dycji obywatela bądź cudzoziemca, których mają one dotyczyć. W tym zatem przypadku istotą treści środka tymczasowego jest jego skutek zawieszający wydalenie.

4. Zbieg gwarancji

Omówione wyżej orzecznictwo strasburskie uwidocznilo daleko posunięte zbieżności między gwarancjami proceduralnymi wynikającymi z różnych podstaw prawnych, w tym między wymogami art. 1 Protokołu nr 7 oraz art. 4 Protokołu nr 4. Trzeba więc zaznaczyć, że cudzoziemcy legalnie przebywający na terytorium państw-stron tych protokołów i broniący się przed wydaleniem mają możliwość równoległego powoływania się na oba rzeczne przepisy. To z kolei rodzi pytanie o sens ich wspólnego stosowania i praktykę orzeczniczą w tym zakresie.

Do tej pory nie zapadł ani jeden wyrok, w którym Trybunał potwierdziłby wspólne stosowanie gwarancji proceduralnych wynikających z obu regulacji. Było to jednak spowodowane faktem, że w sporach, w których formułowano zarzuty dotyczące naruszenia zarówno art. 4 Protokołu 4, jak i art. 1 Protokołu nr 7, kwestionował on legalność pobytu wydalanych cudzoziemców, a tym samym kluczową przesłankę zastosowania drugiego z tych przepisów¹⁰⁵. W sprawie *Dorochenko*, zakończonej na etapie badania dopuszczalności skargi, Trybunał rozważył jednak zrealizowanie dyspozycji obu wspomnianych unormowań. Po stwierdzeniu oczywistej bezzasadności zarzutu naruszenia zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców, orzekł to samo na gruncie art. 1 Protokołu nr 7¹⁰⁶.

Taka kolejność wydaje się prawidłowa, ponieważ każde stwierdzenie naruszenia art. 4 Protokołu nr 4 oznacza, że w ramach postępowania krajowego nie doszło do zindywidualizowania sytuacji wydalanego cudzoziemca, a to przesądza także naruszenie art. 1 Protokołu nr 7 – w konsekwencji brak konieczności jego następczego badania. Z kolei niestwierdzenie naruszenia pierwszego z tych przepisów ze względu na

¹⁰⁵ Wyrok Trybunału z 20 IX 2007 r. w sprawie *Sultani przeciwko Francji*, skarga nr 45223/05, ECHR 2007-IV (extracts), pkt 87–89; *Gruzja przeciwko Rosji (I)*..., pkt 229–231. W tej drugiej sprawie Trybunał rozstrzygnął co prawda merytorycznie zarzut naruszenia art. 1 Protokołu nr 7, ale jedynym argumentem, jakiego użył, był fakt niepotwierdzenia legalności pobytu wydalanych cudzoziemców.

¹⁰⁶ Decyzja Trybunału z 5 I 2006 r. w sprawie *Dorochenko przeciwko Estonii*, skarga nr 10507/03, niepublikowana, pkt 7–8.

to, że wydalenie nie miało w sensie ilościowym charakteru grupowego, nie ma wpływu na rozstrzygnięcie, jakie zapadnie na tle art. 1 Protokołu nr 7, który odnosi się do wydaleń indywidualnych. Pozostaje ostatnia sytuacja, tj. niestwierdzenie naruszenia art. 4 Protokołu nr 4 z powodu zindywidualizowania sytuacji wydalanych osób. Czy taka konkluzja powinna być równoznaczna ze stwierdzeniem poszanowania art. 1 Protokołu nr 7? W ocenie autora artykułu orzecznictwo do art. 4 Protokołu nr 4 na tyle zbliżyło treść tego standardu do art. 1 Protokołu nr 7, że odpowiedź twierdząca staje się uprawniona. Trzeba jednak wskazać, że przeciwko temu wnioskowi można wytoczyć poważny argument w postaci ust. 2 art. 1 Protokołu nr 7. Przepis ten pozwala wydalić cudzoziemca bez zapewnienia mu gwarancji proceduralnych z ust. 1, jeśli jest to konieczne ze względu na porządek publiczny lub uzasadnione względami bezpieczeństwa państwowego. Tymczasem art. 4 Protokołu nr 4 nie przewiduje żadnych ograniczeń¹⁰⁷, a jednocześnie wymaga, by jego dyspozycja zrealizowana została przed wydalaniem cudzoziemca. Równocześnie względy systemowe nakazują, by standard ochrony oferowany imigrantom legalnym nie był niższy niż ten służący imigrantom nielegalnym.

Tę sprzeczność, która ma swoje korzenie w sposobie interpretacji zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców, odbiegającym coraz bardziej od tego, co było prawdopodobną intencją twórców Protokołu nr 4¹⁰⁸, rozwiązać można albo poprzez uznanie, że poziom proceduralnej ochrony cudzoziemców jest w art. 1 Protokołu nr 7 wyższy niż w art. 4 Protokołu nr 4 – czemu zdaniem autora niniejszego opracowania przeczy referowane w poprzednim paragrafie orzecznictwo, albo poprzez uznanie, że ust. 2 art. 1 Protokołu nr 7 się zdezaktualizował – czemu także przeczy orzecznictwo odwołujące się nadal do tego przepisu¹⁰⁹, albo poprzez zastosowanie do art. 4 Protokołu nr 4, wykorzystywanej przez Trybunał wobec niektórych sformułowanych w sposób absolutny uprawnień systemu EKPC, koncepcji ograniczeń dorozumianych (ang. *implied limitations*)¹¹⁰, tj. „odkrycie” ograniczalnej natury tego przepisu, przy jednoczesnym ukształtowaniu tych ograniczeń według

¹⁰⁷ Stosuje się jednak do niego – podobnie jak do art. 1 Protokołu nr 7 – klauzula derogacyjna; por. art. 15 Konwencji w zw. z art. 5 Protokołu nr 4 oraz art. 7 Protokołu nr 7.

¹⁰⁸ Por. zdanie częściowo odrębne sędziów Sajó i Vučinića do wyroku *Khlaifia i inni przeciwko Włochom...*, zwł. pkt 9 i 18.

¹⁰⁹ *C.G. i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 76–79; *Nolan i K. przeciwko Rosji...*, pkt 115.

¹¹⁰ Szerzej na ten temat: R. Mizerski, op. cit., s. 134–143.

orzecznictwa do ust. 2 art. 1 Protokołu nr 7. Trybunał zdaje się jednak wybierać inną drogę, szukając związków art. 4 Protokołu nr 4 raczej z pozostałymi gwarancjami proceduralnymi na wypadek wydalenia cudzoziemca niż z art. 1 Protokołu nr 7.

Podobnie jak art. 4 Protokołu nr 4, także art. 13 Konwencji może znaleźć zastosowanie w razie wydalenia cudzoziemca nielegalnie przebywającego na terytorium państwa-strony. W takim przypadku nie dojdzie do zbiegu tego przepisu z art. 1 Protokołu nr 7¹¹¹. Jeśli jednak wydalany jest imigrant legalny, w rozumieniu tego ostatniego artykułu, który będzie w stanie przedstawić uzasadnione twierdzenie, że doszło do naruszenia jego praw i wolności chronionych w Konwencji i protokołach dodatkowych, to taka sprawa może podlegać ocenie zarówno z punktu widzenia art. 13, jak i art. 1 Protokołu nr 7.

W tym miejscu nasuwa się pytanie, czy art. 13 może być skutecznie przywołany w związku z uzasadnionym twierdzeniem naruszenia art. 1 Protokołu nr 7. Stanowisko Trybunału wskazuje, że nie, ponieważ ten drugi przepis „przewiduje szczegółowe gwarancje proceduralne na wypadek wydalenia cudzoziemca, które sytuują się nad tymi z art. 13 Konwencji w zw. z art. 3 i 8”, a wobec tego nie ma potrzeby oddzielnego rozpatrywania zarzutu naruszenia art. 13 w zw. z art. 1 Protokołu nr 7, jeśli zarzut sformułowany tylko na tle tego drugiego przepisu jest lub może być uzasadniony („może być uzasadniony”, gdy – tak jak w cytowanej sprawie – ocena była dokonywana na etapie badania dopuszczalności skargi)¹¹².

Przytoczona wypowiedź Trybunału może sugerować, że jest on skłonny postrzegać generalnie art. 1 Protokołu nr 7 jako *lex specialis* w stosunku do art. 13. Potwierdza to uwaga poczyniona przez niego na marginesie wyводу w sprawie *Slivenko*¹¹³. Zdaje się to potwierdzać także stanowisko składu orzekającego w sprawie *Takush*, w której mimo podniesienia w skardze zarzutu braku skutecznego środka odwoławczego, tj. naruszenia art. 13 EKPC, sędziowie uznali za właściwsze rozstrzygnąć ją na gruncie art. 1 Protokołu nr 7 ze względu na to, że

¹¹¹ Por. jednak wyrok w sprawie *Gruzja przeciwko Rosji (I)*... (pkt 210–216 oraz 228–231), w którym Trybunał konkludował, że nie doszło do naruszenia art. 1 Protokołu nr 7, bowiem nie wykazano, by wśród deportowanych byli legalni imigranci.

¹¹² Decyzja Trybunału z 13 III 2007 r. w sprawie *C.G. i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 1365/07, niepublikowana, pkt B3.

¹¹³ Decyzja Trybunału z 23 I 2002 r. w sprawie *Slivenko i inni przeciwko Łotwie*, skarga nr 48321/99, niepublikowana, ECHR 2002-II (extracts), pkt 98.

skarżący zamierzał zakwestionować skuteczność procedury krajowej, która miała służyć ochronie jego praw¹¹⁴. Analogiczny pogląd obecny jest też w doktrynie¹¹⁵.

Przyjęcie jako zasady wypierania art. 13 przez art. 1 Protokołu nr 7 napotyka jednak na poważne przeszkody. Są nimi, po pierwsze, wymagania stawiane przez ten drugi przepis organowi krajowemu w postępowaniu, przed którym mają być zrealizowane wymienione w nim gwarancje proceduralne. Stojąc na gruncie sprawozdania wyjaśniającego do Protokołu nr 7 okazuje się, że może nim być także organ o kompetencjach doradczych, który nie ma mocy decydowania o dopuszczalności wydalenia cudzoziemca¹¹⁶. Środek prawny kierowany do takiego organu trudno uznać za skuteczny w rozumieniu art. 13 Konwencji, a wobec tego dopóki obowiązywać będzie ten standard, ocena sprawy dokonana z perspektywy art. 1 Protokołu nr 7 nie może zastąpić wniosków zrodzonych z zastosowania art. 13 Konwencji. Uwaga ta odnosi się z równą siłą do relacji między art. 1 Protokołu nr 7 a gwarancjami proceduralnymi stanowiącymi część testu legalności (bądź konieczności), jak również gwarancjami wynikającymi ze zobowiązań pozytywnych państw-stron.

Co więcej, jeśli wydalaniem cudzoziemcowi grozi nieodwracalna szkoda (zwłaszcza utrata życia lub tortury), środek prawny spełniający wymogi art. 13 musi mieć automatyczny skutek zawieszający decyzję o wydaleniu, tymczasem ust. 2 art. 1 Protokołu nr 7 pozwala na wydalenie cudzoziemca bez uprzedniego skorzystania przez niego z gwarancji wymienionych w ust. 1.

W końcu w sprawach, w których art. 13 stosowany jest w zw. z art. 8 EKPC, Trybunał wymaga, by organy krajowe oceniły, czy ingerencja w życie rodzinne cudzoziemca, również ta związana z jego wydalaniem, odpowiadała pilnej potrzebie społecznej i była proporcjonalna do realizowanego przez władze celu prawowitego, np. bezpieczeństwa państwowego¹¹⁷. Stanowisko to ma swoje solidne oparcie w brzmieniu ust. 2 art. 8. Oczywiście, do warunków ingerencji w życie rodzinne nie

¹¹⁴ *Takush przeciwko Grecji...*, pkt 50–51.

¹¹⁵ Por. A. Wróbel, *Artykuł 1 Protokołu nr 7, w: Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 624; W. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford 2015, s. 1126.

¹¹⁶ Zob. przypis 66.

¹¹⁷ *C.G. i inni przeciwko Bułgarii...* (wyrok), pkt 62–63; *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 39–41.

nawiązuje art. 1 Protokołu nr 7, Trybunał nie formułuje więc analogicznego obowiązku w kontekście tego ostatniego przepisu.

Wszystko to prowadzi do wniosku, że to raczej gwarancje proceduralne z art. 13 powinny mieć pierwszeństwo przed art. 1 Protokołu nr 7, nie zaś na odwrót. W tej sytuacji miejsce na stosowanie tego ostatniego przepisu pojawia się w sprawach, w których skarżący nie może przedstawić uzasadnionego twierdzenia, że doszło do naruszenia praw i wolności zawarowanych w systemie EKPC. Status art. 1 Protokołu nr 7 jako normy specjalnej powinien przejawiać się tylko w tym, że uzasadnione twierdzenie naruszenia tego artykułu nie dawałoby prawa do powołania art. 13 Konwencji jako konsekwencja założenia, iż ochrona proceduralna cudzoziemca przed wydaleniem, którego skutki nie zagrażają jego konwencyjnym uprawnieniom, powinna być niższa niż w sytuacji przeciwnej.

Jak pokazuje praktyka Trybunału strasburskiego, możliwe jest za to powołanie art. 13 w związku z uzasadnionym twierdzeniem naruszenia art. 4 Protokołu nr 4. Można to traktować jako dowartościowanie komponentu materialnego tej normy, co prawda, słabo widocznego w obecnym orzecznictwie, ale w art. 1 Protokołu nr 7 nieobecnego w ogóle.

Niestety, nie można powiedzieć, by Trybunał wypracował spójne *modus procedendi* na wypadek zbiegu zarzutów z art. 4 Protokołu nr 4 oraz art. 13 Konwencji w zw. z art. 4 Protokołu nr 4. Zdaje się, że zaspokaja go rozstrzygnięcie tego problemu *ad casum*. I tak, w sprawie *Gruzja przeciwko Rosji*, po wcześniejszym stwierdzeniu naruszenia art. 4 Protokołu nr 4, Wielka Izba Trybunału uznała, iż to ustalenie „oznacza samo w sobie, że zabrakło skutecznego i dostępnego środka odwoławczego”, a wobec tego, że nie istnieje potrzeba odrębnego badania zarzutu naruszenia art. 13 w zw. z art. 4 Protokołu nr 4¹¹⁸. Takie podejście wydaje się nie tylko prawidłowe w tym przypadku, ale i nadające się do zastosowania także w zbiegu art. 4 Protokołu nr 4 z art. 13 w zw. z innymi artykułami Konwencji odgrywającymi rolę w razie wydaleń (np. art. 3) – brak zindywidualizowania sytuacji wydalanego zawsze będzie oznaczać, że nie mógł on skorzystać z satysfakcjonującej z punktu widzenia art. 13 ochrony proceduralnej¹¹⁹.

¹¹⁸ *Gruzja przeciwko Rosji (I)*..., pkt 212.

¹¹⁹ W sprawie *Shamayev i inni przeciwko Gruzji i Rosji* (wyrok Trybunału z 12 IV 2005 r., skarga nr 36378/02, ECHR 2005-III, pkt 466–467) Trybunał zaprezentował odmienne podejście, orzekając naruszenie art. 13 w zw. z art. 2 i 3 Konwencji, a następnie stwierdzając,

Niemniej w sprawie *Sharifi*, po stwierdzeniu naruszenia art. 4 Protokołu nr 4 przez jedno z pozwanych państw, Trybunał badał następnie dochowanie przez nie wymogów art. 13 w związku z zakazem zbiorowego wydalania cudzoziemców, dochodząc oczywiście do niekorzystnego dla tego państwa wniosku. Jego podstawą była obserwacja, że skarżący cudzoziemcy zostali skutecznie pozbawieni dostępu do procedury azylowej czy jakiegokolwiek innej, odpowiadającej standardowi art. 13¹²⁰. Ten sam argument zaważył w sprawie *Hirsi Jaama*¹²¹, w której też nastąpiło uprzednie orzeczenie pogwałcenia art. 4 Protokołu nr 4.

W tym ostatnim sporze Trybunał podniósł również, że dostępne dla skarżących procedury krajowe nie miały skutku zawieszającego ich wydalenie¹²². Taka sama ułomność środka prawnego miała decydujące znaczenie dla stwierdzenia naruszenia art. 13 w zw. z art. 4 Protokołu nr 4 również w sprawach *Čonka i Khlaifia*¹²³. W stosunku do kwestii badanych przez Trybunał w ramach rozpatrywania naruszenia samego art. 4 Protokołu nr 4 rzeczony element jest nowy. Ponadto właśnie na gruncie art. 13 wymóg skutku zawieszającego został sformułowany i był stosowany w orzecznictwie strasburskim. Wszystko to świadczyłoby o słuszności opisywanej praktyki Trybunału. Pytanie tylko, czy coś stoi na przeszkodzie, by tę kwestię rozważyć na tle art. 4 Protokołu nr 4. Zdaniem autora artykułu byłoby to zgodne z logiką dotychczasowej interpretacji tego przepisu, który, jak się zdaje, jest coraz bardziej postrzegany przez Trybunał jako norma mająca zapobiec wydaleniom czy też zawróceniu cudzoziemców, których życie lub wolność byłyby wskutek tego zagrożone. Z drugiej strony konkluzji takiej nie sprzyja niski standard wymagań stawianych organowi, przed którym ma się toczyć postępowanie realizujące gwarancje art. 4 Protokołu nr 4 – ustalony jako konsekwencja próby pogodzenia wykładni tego artykułu z wykładnią art. 1 Protokołu nr 7 – który odbiega *in minus* od wymagań decydujących o skuteczności środka odwoławczego z art. 13 Konwencji. Być może standard ten musi się wewnętrznie zdywersyfikować, równając w górę w sprawach dotyczących wydaleń, których efektem może być naruszenie konwencyjnych praw i wolności, i pozostając na

że w związku z powyższym nie ma potrzeby badania pogwałcenia Konwencji z punktu widzenia art. 4 Protokołu nr 4.

¹²⁰ *Sharifi i inni przeciwko Włochom i Grecji...*, pkt 242.

¹²¹ *Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom...*, pkt 205.

¹²² *Ibidem*, pkt 206.

¹²³ *Čonka przeciwko Belgii...*, pkt 83; *Khlaifia i inni przeciwko Włochom...*, pkt 172.

niezmienionym poziomie w sprawach, których stawką są inne interesy wydalanych cudzoziemców.

Nie mniej kontrowersji może budzić sposób orzekania Trybunału w przypadku zbiegu zarzutów z art. 1 Protokołu nr 7 z efektywnym środkiem kontroli będącym konsekwencją stosowania testu legalności z ust. 2 art. 8 Konwencji. Regułą jest, że w takiej sytuacji Trybunał bada skargę na obu podstawach, rozpoczynając od tego drugiego przepisu. Jeżeli stwierdzi on, że prawo krajowe nie zapewniło wydalaniem cudzoziemcowi właściwych środków ochrony przed arbitralnym zachowaniem władzy wykonawczej, a w konsekwencji, że prawo to nie odpowiadało strasburskiemu standardowi jakości, to zrozumiałe jest, że następnie, na podstawie art. 1 Protokołu nr 7, formułuje konkluzję, iż wydalenie nie było wynikiem decyzji podjętej zgodnie z prawem, czego wymaga ust. 1 tegoż artykułu¹²⁴. W kilku sprawach, w podobnych okolicznościach, wniosek dotyczący naruszenia art. 1 Protokołu nr 7 przybrał nieco zmodyfikowaną postać, mianowicie postać stwierdzenia, że deportacja była wynikiem decyzji podjętej zgodnie z prawem, ale prawo to nie spełniało wymagań jakościowych¹²⁵. To rozdzielenie obowiązków stosowania prawa i kształtowania go w sposób odpowiadający strasburskim standardom jakości, ewidentnie nawiązujące do brzmienia ust. 1 art. 1 Protokołu nr 7, może sugerować odrębność testu legalności z tego przepisu w stosunku do testu legalności z art. 8 ust. 2 Konwencji. Tymczasem na gruncie obu tych przepisów naruszeniem warunku legalności jest zarówno wydalenie, do którego doszło niezgodnie z prawem krajowym, jak i wydalenie zgodne z prawem krajowym, tyle że niespełniającym wymogów jakościowych.

Uznanie, że wydalenie było niezgodne z prawem, nie musi oznaczać zakończenia badania naruszenia art. 1 Protokołu nr 7. Trybunał czuje się bowiem zobowiązany do skonfrontowania okoliczności faktycznych sprawy z pozostałymi gwarancjami proceduralnymi art. 1 ust. 1 Protokołu nr 7, wymienionymi w punktach a–c. Tylko pozornie ta skrupulatność jest działaniem racjonalnym. Okazuje się bowiem, że wszystkie te gwarancje współformują także standard efektywnego środka kontroli z art. 8 ust. 2. Jeśli więc Trybunał, badając zarzut z art. 8, stwierdzi, że wydalenie było niezgodne z prawem z powodu braku takiegoż środka kontroli w prawie krajowym, to znaczy, że nie tylko

¹²⁴ *Baltaji przeciwko Bułgarii...*, pkt 38 i 56; *C.G. i inni przeciwko Bułgarii...* (wyrok), pkt 73; *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 48.

¹²⁵ *Lupsa przeciwko Rumunii...*, pkt 55–57; *Kaya przeciwko Rumunii...*, pkt 57.

było ono niezgodne z prawem także w rozumieniu art. 1 Protokołu nr 7, ale również, że w dotyczącym go postępowaniu nie zapewniono przynajmniej jednej z wymienionych w art. 1 Protokołu nr 7 gwarancji proceduralnych. O trafności tego wniosku przekonuje zestawienie na gruncie obu unormowań argumentów przemawiających, zdaniem Trybunału, za orzeczeniem naruszenia Konwencji i Protokołu nr 7¹²⁶. Lepszym rozwiązaniem jest zatem podejście składu orzekającego ze sprawy *Takush*, w której w analogicznej sytuacji ograniczono się do zbadania, czy decyzja deportacyjna była wydana zgodnie z prawem, i już nie podejmowano oddzielnie kontroli odwołującej się do punktów a–c ust. 1¹²⁷.

Generalnie rzecz biorąc, w przypadku zbiegu zarzutu niezapewnienia efektywnego środka kontroli z art. 8 ust. 2 z zarzutem pogwałcenia gwarancji proceduralnych z art. 1 Protokołu nr 7 wystarczyłoby ograniczenie się Trybunału do stwierdzenia naruszenia art. 8 w tym zakresie, bez konieczności merytorycznego rozważania sprawy z punktu widzenia drugiego z wymienionych przepisów. W orzecznictwie można także znaleźć przykład sporu, w którym na etapie rozważania dopuszczalności skargi sędziowie strasburscy przyjęli *a priori* przewagę badania jej pod kątem zrealizowania efektywnego środka kontroli zamiast gwarancji proceduralnych z art. 1 Protokołu nr 7. Rozwiązanie to motywowano okolicznościami sprawy, tj. faktem, że skarżący cudzoziemiec otrzymał w międzyczasie zgodę na pobyt, ale na gruncie krajowym toczą się postępowania dotyczące m.in. oceny zagrożenia, jakie on jakoby stanowił dla bezpieczeństwa państwowego, co miało uzasadnić jego deportację¹²⁸.

Charakter spraw, w których Trybunał zajmuje się zarzutem niezapewnienia efektywnego środka kontroli, wydaje się nie sprzyjać ich równoległemu rozpatrywaniu z punktu widzenia art. 4 Protokołu nr 4. Przypuszczenie to znajduje potwierdzenie w praktyce strasburskiej, w której nie można się doszukać przeciwnych przykładów. Takie sprawy dotyczą bowiem konkretnych cudzoziemców, którym stawiane są indywidualne zarzuty narażenia bezpieczeństwa państwowego, czego praktykowanie wobec szerszej grupy osób byłoby kłopotliwe dla władzy i niechybnie prowadziło do obniżenia efektywności wydaleń. Gdyby

¹²⁶ Por. np. pkt 47 i 74 uzasadnienia wyroku Trybunału w sprawie *C.G. przeciwko Bułgarii...* oraz pkt 31 i 49 uzasadnienia wyroku *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii...*

¹²⁷ *Takush przeciwko Grecji...*, pkt 60–63.

¹²⁸ *Saeed przeciwko Danii...*, pkt 29–30.

jednak do takiego zbiegu doszło, wówczas stwierdzenie zaistnienia zbiorowego wydalenia musiałyby prowadzić także do stwierdzenia, że wydalany cudzoziemcom nie zapewniono efektywnego środka kontroli z art. 8 ust. 2 Konwencji.

Oczekujących spójnej praktyki orzeczniczej może rozczarować sposób, w jaki Trybunał rozwiązuje problem zbiegu efektywnego środka kontroli z art. 13 Konwencji. W precedensowym – z punktu widzenia zastosowania koncepcji efektywnego środka kontroli do „spraw deportacyjnych” – sporze *Al-Nashif przeciwko Bułgarii* skład orzekający rozpatrzył oddzielnie zarzuty formułowane na obu podstawach. Jeśli jednak przeanalizujemy argumenty, które doprowadziły go do konkluzji o naruszeniu zarówno art. 8 Konwencji, jak i jej art. 13 w zakresie ochrony proceduralnej wydalanego cudzoziemca, to okaże się, że są one w istocie tożsame¹²⁹.

Istnieją jednak rozstrzygnięcia, w których widać różnicę argumentacji używanej przez Trybunał w obu kontekstach normatywnych. Zdaje się z nich wynikać, że art. 13 jest wzorcem prawnym o szerszym znaczeniu niż efektywny środek kontroli, w tym sensie, że ten drugi formułuje wymogi tylko ściśle odnoszące się do gwarancji przeciwko arbitralnemu wykonywaniu kompetencji dyskrecjonalnych przez władze wykonawcze w związku z wydaleniem cudzoziemca ze względu na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwowego, podczas gdy dla urzeczywistnienia prawa do skutecznego środka odwoławczego z art. 13 Konwencji konieczne jest istnienie i stosowanie środka prawnego pozwalającego na rozpatrzenie całości zarzutu naruszenia uprawnienia. W kontekście art. 8 Konwencji – czyli w ramach badania art. 13 w zw. z art. 8 – oznacza to, że w postępowaniu krajowym musi być wyjaśnione, czy dana ingerencja odpowiadała pilnej potrzebie społecznej i czy była proporcjonalna do celu prawowitego, który miała osiągnąć. We wspomnianych sprawach zaniechania państwa w tym względzie nie były natomiast rozpatrywane z punktu widzenia efektywnego środka kontroli¹³⁰.

Ta prawidłowość sprawdzić się może jedynie w kontekście testu legalności. Gdy kwestia arbitralności wydalenia wypływa – co zdarza się rzadziej – na gruncie konieczności ingerencji, zapewnienie efektywnego środka kontroli będzie oznaczało także zbadanie przez organy krajowe jej proporcjonalności. W takiej sytuacji Trybunał może uznać,

¹²⁹ *Al-Nashif przeciwko Bułgarii...*, pkt 117–129 oraz 132–138.

¹³⁰ *C.G. i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 43–50 oraz 61–65; *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii...*, pkt 23–43.

że rozstrzygnięcie zarzutu naruszenia art. 13 w zw. z art. 8 Konwencji nie jest konieczne¹³¹.

Efektywny środek kontroli ma niewątpliwie charakter środka specjalnego w zestawieniu z ogólniejszymi gwarancjami art. 13. Jeśli więc tylko okoliczności skargi wskazują, że istota zarzutu dotyczy niezapewnienia przez państwo ochrony przed arbitralnością władzy, powinien on stanowić podstawę rozstrzygnięcia sprawy¹³².

Zbieg gwarancji proceduralnych na wypadek wydalenia cudzoziemców, które mają swoje praktyczne źródło w koncepcji obowiązków pozytywnych, z gwarancjami tego rodzaju wynikającymi z art. 13 Konwencji widzieć należy na szerszym tle konkurowania obu podstaw w sferze ochrony proceduralnej systemu EKPC. Trybunał ma problem z ustaleniem przejrzystych reguł precedencji w tego rodzaju sprawach, co zaobserwować można także w „sprawach deportacyjnych”. Większość z nich rozstrzygana jest na podstawie art. 13 Konwencji, bez żadnego nawiązywania do gwarancji proceduralnych wynikających ze zobowiązań pozytywnych¹³³. Zdarzają się jednak wyroki przeciwnie, w których centralne miejsce zajmuje wspomniana koncepcja, a Trybunał oświadcza, że nie ma potrzeby rozpatrywania skargi z punktu widzenia art. 13. Wskazać też można sprawy, w których kwestia właściwej ochrony proceduralnej przed wydaleniem badana jest równolegle na obu podstawach.

Dla problematyki poruszanej w tym miejscu interesujące są dwie ostatnie grupy orzeczeń, bowiem w ich przypadku można założyć, że Trybunał świadomie ustosunkowywał się do problemu zbiegu gwarancji proceduralnych. Pierwsza z nich dotyczy ryzyka poddania wydalanego cudzoziemca praktykom sprzecznym z Konwencją, zwłaszcza torturom, co nakłada na państwo-stronę obowiązek jego gruntownego rozważenia. Gdy w postępowaniu krajowym zabraknie tego kluczowego elementu, a Trybunał dojdzie do wniosku, że groźba tortur w kraju docelowym była rzeczywista, stwierdzenie naruszenia art. 3 Konwencji jest nieuniknione¹³⁴. Można tylko domniemywać, że przyczyną, dla której

¹³¹ *Liu przeciwko Rosji (nr 2)*..., pkt 95–97 oraz 100.

¹³² Por. *Saeed przeciwko Danii*..., pkt 29–30.

¹³³ Np. *Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom*..., pkt 122–138 oraz 201–207; *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*..., pkt 344–360 oraz 385–397.

¹³⁴ Wyrok Trybunału z 29 X 2015 r. w sprawie *A.L. (X.W.) przeciwko Rosji*, skarga nr 44095/14, niepublikowany, pkt 65–67; *Gaforov przeciwko Rosji*..., pkt 123–127 oraz 141–144; wyrok Trybunału z 16 X 2012 r. w sprawie *Makhmudzhan Ergashev przeciwko Rosji*, skarga nr 49747/11, niepublikowany, pkt 70, 77–79; wyrok Trybunału z 18 IX 2012 r. w sprawie *Umirow przeciwko Rosji*, skarga nr 17455/11, niepublikowany, pkt 120 oraz

sędziowie strasburscy byli skłonni oprzeć tego rodzaju rozstrzygnięcia raczej na koncepcji obowiązków pozytywnych z art. 3 niż na braku skutecznego środka odwoławczego z art. 13, jest ścisły związek między elementem materialnym zarzutu naruszenia art. 3, tj. ryzykiem narażenia wydalanego na tortury, a jego elementem proceduralnym, tj. nierozważeniem przez organy krajowe tego ryzyka jako przeszkody deportacyjnej. Nie chodziło więc o takie czy inne detale procedury, lecz o niezrealizowanie jej głównego celu.

Przedstawicielem drugiej grupy spraw jest spór *Auad przeciwko Bułgarii*, w którym także pojawił się argument nierozważenia przez organy krajowe ryzyka tortur, na które wystawiony mógłby zostać skarżący bezpieczeństwa w razie jego wydalenia. Stał się on najpierw podstawą stwierdzenia przez Trybunał, że prawo krajowe nie zapewniło właściwych gwarancji proceduralnych wymaganych przez art. 3, a następnie zaważył na stwierdzeniu naruszenia art. 13¹³⁵. Jednak w tym drugim kontekście istotny był także fakt, że skarżący nie miał dostępu do środka prawnego z automatycznym skutkiem zawieszającym¹³⁶. Przywołuje to na myśl praktykę orzeczniczą Trybunału stosowaną w razie zbiegu zarzutów z art. 4 Protokołu nr 4 i art. 13 Konwencji w zw. z art. 4 Protokołu nr 4. Nie ma jednak żadnych strukturalnych przeszkód, by gwarancję proceduralną, o której tu mowa, wydobyć także z koncepcji obowiązków pozytywnych.

Na koniec zauważmy, że w przypadku ewentualnego zbiegu gwarancji proceduralnych wynikających ze zobowiązań pozytywnych z pozostałymi omówionymi gwarancjami proceduralnymi na wypadek wydalenia cudzoziemca – co w każdej ze wspomnianych konfiguracji jest możliwe, ale z pewnością nie stanowi istotnego elementu praktyki – stosować się odpowiednio powinny reguły dotyczące zbiegu tych gwarancji ze skutecznym środkiem odwoławczym z art. 13 Konwencji.

Poza problemem zbiegu gwarancji pozostają natomiast środki tymczasowe, choć ich gwarancyjny efekt, sprowadzający się do zawieszenia wydalenia, koresponduje z treścią niektórych innych gwarancji, tworząc pozornie płaszczyznę do konkurowania z nimi. Środki tymczasowe są jednak środkami z innego poziomu niż pozostałe gwarancje. Znajdują one zastosowanie tylko wówczas, gdy skutek zawieszający tych drugich

123–126; wyrok Trybunału z 20 V 2010 r. w sprawie *Khaydarov przeciwko Rosji*, skarga nr 21055/09, niepublikowany, pkt 112–115 oraz 156.

¹³⁵ *Auad przeciwko Bułgarii*..., pkt 101, 104, 107 oraz 120–123.

¹³⁶ *Ibidem*, pkt 120–123.

nie został zrealizowany, narażając cudzoziemca na wydalenie niosące ze sobą ryzyko nieodwracalnej szkody. Dlatego też jednym z warunków wydania przez Trybunał zarządzenia tymczasowego jest wcześniejsze wykorzystanie przez skarżącego środków przewidzianych przez prawo krajowe, które mogą doprowadzić do zawieszenia wydalenia¹³⁷, a wydalenie wbrew temu zarządzeniu jest naruszeniem Konwencji niezależnie od tego, czy Trybunał po rozpoznaniu sprawy uzna ostatecznie, że były podstawy do jego wydania.

Podsumowanie

W systemie EKPC można wyróżnić dwie grupy gwarancji proceduralnych chroniących cudzoziemców przed arbitralnym wydaleniem. Pierwsza z nich ma swoje podstawy prawne w art. 4 Protokołu nr 4 oraz art. 1 Protokołu nr 7. Są to jedyne unormowania ograniczające *expressis verbis* swobodę wydalenia cudzoziemców. Zawarte w nich gwarancje są jedynymi niestosującymi się do ekstradycji, a przede wszystkim jedynymi chroniącymi przed wydalaniem, które zagrażają także innym interesom wydalanych niż te wyrażone w katalogu praw i wolności Konwencji i protokołów dodatkowych.

Pozostałe gwarancje proceduralne wykształciły się w praktyce orzeczniczej organów strasburskich na tle art. 13 i 34 Konwencji, koncepcji obowiązków pozytywnych oraz testów legalności i konieczności (efektywny środek kontroli). Było to możliwe dzięki uznaniu odpowiedzialności państw-stron za pozaterytorialne skutki ich działań i zaniechań¹³⁸. Wydalenie stało się więc aktem potencjalnie godzącym w konwencyjne uprawnienia, a w związku z tym podlegającym reżimowi konwencyjnemu. W połączeniu z zasadami subsydiarności, efektywności i legalności, przenikającymi cały system EKPC, dało to podstawy do formułowania oczekiwań o charakterze proceduralnym.

W tym gronie – ale też w stosunku do art. 4 Protokołu nr 4 oraz art. 1 Protokołu nr 7 – wyraźną odrębnością wykazują się środki tymczasowe z art. 34 Konwencji, które jako jedyne nie posiadają charakteru gwarancji krajowej, mając na celu zapewnienie skutecznego korzystania z prawa do skargi strasburskiej i w praktyce sprowadzając się do zawieszenia wydalenia.

¹³⁷ Wskazówki praktyczne Prezesa Trybunału...

¹³⁸ Por. np. *Umirow przeciwko Rosji*..., pkt 92.

Pomimo pewnej specyfiki każdej z trzech pozostałych podstaw gwarancji proceduralnych, ze szczególnym zaznaczeniem specyfiki efektywnego środka kontroli stosowanego przeciwko nadużywaniu dyskrecyjnych kompetencji władzy w sprawach wydań motywowanych względami bezpieczeństwa państwowego, możemy mówić o kształtowaniu się w istocie wspólnego standardu wymogów proceduralnych na wypadek wydalenia cudzoziemca. Składa się nań prawo do informacji w zrozumiałym dla cudzoziemca języku o konkretnych przyczynach wydalenia, dostępnych środkach prawnych i możliwości uzyskania pomocy prawnej, prawo do przedstawienia argumentów przeciwko wydaleniu, w tym kwestionowania jego przyczyn wskazywanych przez władze, prawo do bycia reprezentowanym, ale tylko wyjątkowo do pełnomocnika z urzędu, oraz prawo do rzetelnego rozpatrzenia jego sprawy – obejmującego istotę zarzutu przeciw wydaleniu – przez niezależny od władzy wykonawczej i bezstronny organ krajowy, który jest kompetentny do podjęcia wiążącej decyzji w tym przedmiocie.

W sprawach, w których wydalenie może prowadzić do nieodwracalnej szkody po stronie cudzoziemca, powyższy standard uzupełnia automatyczny skutek zawieszający środka prawnego użytego przeciwko wydaleniu, co oznacza, że wszystkie wymienione gwarancje muszą być ostatecznie zrealizowane przed wykonaniem dotyczącej go decyzji. Jeśli zaś takiej groźby nie ma, wystarczy, gdy wspomniane gwarancje zostaną w pełni zrealizowane po fakcie wydalenia.

Na zbliżenie się do siebie gwarancji wyrastających z różnych podstaw duży wpływ wywarły dwa czynniki: po pierwsze, okoliczność, że omawianemu standardowi nie musi odpowiadać pojedyncze postępowanie, ale całokształt postępowań krajowych; po drugie, że jego elementem nie jest dwuinstancyjność postępowania¹³⁹.

Te same czynniki ułatwiają przenikanie drogą orzecniczą wymogów wynikających z rzeczonego standardu na łono drugiej grupy gwarancji proceduralnych, reprezentowanej przez art. 4 Protokołu nr 4 oraz art. 1 Protokołu nr 7. Proces ten musi jednak budzić zastrzeżenia. Nie wydaje się bowiem celowe zrównywanie ochrony proceduralnej na wypadek wydalenia, które może skutkować naruszeniem konwencyjnych praw i wolności, z gwarancjami służącymi także w przypadku zagrożenia innych interesów wydalanego. Trudno byłoby to też pogodzić z uwidocznionym w sprawozdaniu wyjaśniającym do Protokołu nr 7 założeniem, że wymogi art. 1 spełnić może postępowanie przed organem

¹³⁹ Por. np. *Lupsa przeciwko Rumunii...*, pkt 64.

doradczym, nie zaś decyzyjnym. Ze względu na sposób interpretowania art. 4 Protokołu nr 4 jako normy w istocie proceduralnej, która ponadto adresowana jest do szerszego grona podmiotów (także nielegalnych imigrantów, nie zaś wyłącznie legalnych jak w art. 1 Protokołu nr 7), należy ten niższy standard odnieść również do tego protokołu.

W tej sytuacji wydaje się uzasadnione postulowanie stosowania art. 1 Protokołu nr 7 tylko w sprawach, w których wydalenie nie wiąże się z naruszeniem uprawnień systemu EKPC, a więc w których nie może być on wyparty przez gwarancje wynikające z art. 13, zobowiązań pozytywnych czy testów legalności lub konieczności. Z kolei orzecznictwo do art. 4 Protokołu nr 4 powinno wzmocnić jego komponent materialny¹⁴⁰, co pozwoliłoby mu zyskać większą specyfikę w zetknięciu z innymi normami proceduralnymi chroniącymi cudzoziemców przed arbitralnymi wydaleniami.

PROCEDURAL GUARANTEES IN THE EVENT OF AN EXPULSION OF AN ALIEN IN THE SYSTEM OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Summary

The author discusses the legal basis, the scope of application, the content and the concurrence of procedural guarantees in the event of an expulsion of an alien under the European Convention. These guarantees stem from Article 1 of Protocol No. 7, Article 4 of Protocol No. 4, Articles 13 and 34 of the Convention as well as from the concepts of positive obligations and tests of legality and necessity, developed in the case law of the Strasbourg Court. Guarantees under Article 1 of Protocol No. 7 and Article 4 of Protocol No. 4 are the only ones that are applicable regardless of whether an expulsion results in the violation of an alien's rights or the limitation of the freedoms arising from the Convention. Moreover, they do not apply to extradition proceedings, whereas the other guarantees do. However, in the context of the guarantees resulting from Article 13 of the Convention and the concepts of positive obligations as well as the tests of legality and necessity, a common standard of procedural requirements in an event of an expulsion of an alien seems to have emerged. It includes the alien's right to information on the specific reasons for expulsion; available remedies and a possibility of obtaining legal assistance; the right to submit arguments against expulsion; the right to be represented; the right to have the case reviewed; the right to an independent and impartial authority

¹⁴⁰ To jest doprecyzować, kiedy mamy do czynienia z grupą cudzoziemców w sensie ilościowym i przede wszystkim, jakie są kryteria kwalifikowania się do niej poza byciem cudzoziemcem.

competent to decide in the case. In the event where an expulsion puts an alien in danger of irreversible damage to his/her rights, the person concerned should have, in addition, access to a remedy with automatic suspensive effect. This standard is also quite common to guarantees stemming from Articles 1 of Protocol No. 7 and Article 4 of Protocol No. 4. However, since “competent authority” under Article 1 of Protocol No. 7 need not be the authority with whom the final decision on expulsion rests and because it is possible to expel an alien before the exercise of his/her rights under this Article, the author is of the opinion that the latter should apply only to expulsions that do not threaten conventional rights.

Keywords: European Convention on Human Rights – European Court of Human Rights – procedural guarantees – expulsion – extradition