

Ireneusz C. Kamiński*

**PROCEDURALNE GWARANCJE ZWIĄZANE
Z WYDALENIEM CUDZOZIEMCA
ZE WZGLĘDÓW BEZPIECZEŃSTWA PAŃSTWA
– UWAGI NA KANWIE SPRAWY
CHAKIBA MARAKCHIEGO**

I. Urodzony w 1979 r. Chakib Marakchi, obywatel Maroka, przyjechał do Polski w 2001 r. w celu podjęcia studiów wyższych. Studiował na Politechnice Krakowskiej, którą ukończył w styczniu 2009 r. Na tej samej uczelni został następnie przyjęty na studia doktoranckie, a w roku akademickim 2009/2010 miał odbyć roczne studia podyplomowe we Francji na Uniwersytecie Monteskiusza w Bordeaux IV.

Ze względu na studia w Polsce oraz zawarcie w 2004 r. związku małżeńskiego z polską obywatelką Marakchi kilkakrotnie uzyskiwał zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony. Wystąpił wreszcie (w 2007 r.) o zezwolenie na osiedlenie się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W toku postępowania związanego z tym wnioskiem władze administracyjne ustaliły jednak, że małżeństwo faktycznie przestało istnieć, a małżonkowie podjęli decyzję o rozwodzie. W konsekwencji Wojewoda Małopolski nie udzielił zezwolenia na osiedlenie się (decyzja z 29 maja 2008 r., nr SO.V.5142-1-145-07).

Marakchi wystąpił następnie (marzec 2009 r.) o wydanie mu kolejnego zezwolenia na zamieszkanie w Polsce na czas oznaczony, co uzasadniał studiami podyplomowymi i przeprowadzaniem postępowania rozwodowego. Zgodnie z art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach¹ przed podjęciem decyzji Wojewoda Małopolski zwrócił się do Komendanta Karpackiego Oddziału Straży Granicznej w Nowym Sączu, Komendanta Wojewódzkiego Policji w Krakowie i Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego – Delegatury w Krakowie o przekazanie informacji, czy pobyt Marakchiego w Polsce nie stanowi zagrożenia „dla obronności lub bezpie-

* Dr hab. Ireneusz C. Kamiński – profesor nadzwyczajny w Instytucie Nauk Prawnych PAN. Wykłada również na Uniwersytecie Jagiellońskim.

¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 264, poz. 1573 z późn. zm.

czeństwa państwa albo ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego”. Wcześniej żaden z tych podmiotów nie podnosił jakichkolwiek zastrzeżeń wobec osoby Marokańczyka. Tym razem informacje o zagrożeniach powodowanych przez Marakchiego wpłynęły z Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Danym towarzyszyła jednak klauzula poufności (związana z tajemnicą służbową), więc nie udostępniono ich ani cudzoziemcowi, ani jego pełnomocnikowi prawnemu.

Na podstawie informacji z Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego Wojewoda Małopolski wydał 5 maja 2009 r. decyzję (nr SO.V.5141-1-682-09) odmawiającą zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, gdyż przemawiały za tym „względny bezpieczeństwa państwa”². Wojewoda określił ponadto siedmiodniowy termin na opuszczenie terytorium Polski od daty doręczenia, nadając rozstrzygnięciu rygor natychmiastowej wykonalności (na mocy art. 97 ust. 2 ustawy o cudzoziemcach w związku z art. 108 § 1 k.p.a.).

Decyzja Wojewody Małopolskiego stała się podstawą do umieszczenia Marakchiego na trzy lata w wykazie cudzoziemców, których wjazd i pobyt na terytorium Polski są niepożądane (podstawą wpisu był art. 128 ust. 1 i 2 oraz art. 134a ustawy o cudzoziemcach). Wpis do wykazu skutkował następnie wprowadzeniem danych Marokańczyka do Systemu Informacyjnego Schengen (SIS), uniemożliwiając mu wjazd do któregośkolwiek z państw stron układu o zniesieniu kontroli na granicach wewnętrznych. Marakchi nie mógł więc do 28 maja 2012 r. nie tylko powrócić do Polski, ale i wjechać do Francji, by w Bordeaux rozpocząć studia podyplomowe, na które został przyjęty.

II. Marakchi opuścił Polskę w nakazanym terminie. Złożył jednocześnie odwołanie do Szefa Urzędu do spraw Cudzoziemców (Urząd), wnosząc też o wstrzymanie rygoru natychmiastowej wykonalności. W tej ostatniej kwestii Szef Urzędu przyznał mu rację ze względu na długotrwały pobyt w Polsce i konieczność uregulowania spraw rodzinnych (postanowienie z 24 czerwca 2009 r., nr DL-I-4100-2123/09/14). Po tym orzeczeniu Marakchi wystąpił o wydanie mu wizy wjazdowej do Polski, by móc uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym dotyczącym odmowy zezwolenia na zamieszkanie w Polsce na czas oznaczony i przebywać w naszym kraju do czasu uzyskania ostatecznego rozstrzygnięcia. Wizy jednak nie uzyskał, bo jego dane figurowały już w wykazie cudzoziemców niepożądanych na terytorium Polski.

W głównej kwestii, czyli zasadności odmowy zezwolenia na zamieszkanie, Szef Urzędu do spraw Cudzoziemców utrzymał w mocy zaskarżoną decyzję, uznając, że usprawiedliwiała ją konieczność ochrony „bezpieczeństwa i porządku publicznego” (decyzja z 15 stycznia 2010 r., nr DL-I-4100-2123/09/11)³. Odstąpiono jedno-

² Artykuł 57 ust. 1 pkt 5 ustawy o cudzoziemcach określa, że cudzoziemcowi odmawia się zezwolenia na pobyt na czas oznaczony, jeśli wymagają tego „względny obronności lub bezpieczeństwa państwa albo ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub interes Rzeczypospolitej Polskiej”.

³ W innym miejscu decyzji wskazano na „zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa i ochrony porządku publicznego”. Różnica w uzasadnieniach decyzji organów pierwszej i drugiej instancji będzie następnie przywoływana w skargach do sądów administracyjnych.

częście od uzasadnienia tego rozstrzygnięcia (na mocy art. 8 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach).

Marakchi podjął również dwa inne postępowania prawne. Po pierwsze, wystąpił o wykreślenie jego danych z wykazu cudzoziemców, których wjazd i pobyt na terytorium Polski jest niepożądany, jak i z Systemu Informacyjnego Schengen. Artykuł 131 ustawy o cudzoziemcach określa, że cudzoziemiec może złożyć wniosek o udzielenie informacji o wpisaniu jego danych do wykazu bądź SIS, o sprostowanie jego danych, jeśli są one nieprawdziwe, oraz o wykreślenie tych danych, które znalazły się w wykazie w następstwie błędu (ust. 3). Każdy taki wniosek podlega rozpoznaniu zgodnie z przepisami kodeksu postępowania administracyjnego o zaświadczeniach (są to art. 217–220).

Zgodnie z art. 131 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach informacja udzielana cudzoziemcowi przez Szefa Urzędu do spraw Cudzoziemców jest ograniczona do tej o wpisaniu danych osobowych cudzoziemca do wykazu lub SIS i o terminie obowiązywania wpisu. Informację o podstawie faktycznej wpisu cudzoziemiec może natomiast uzyskać jedynie w przypadkach, o których mówi art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2. Te dwa ustępy nie odnoszą się jednak do okoliczności, które stanowiły podstawę decyzji w sprawie Marakchiego. Skoro podstawy faktyczne związane z sytuacją, gdy „wjazd lub pobyt cudzoziemca są niepożądane ze względu na zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa albo bezpieczeństwa i porządku publicznego albo mogłyby naruszyć interes Rzeczypospolitej Polskiej” (art. 128 ust. 1 pkt 6) nie podlegają ujawnieniu, cudzoziemiec nie może też wystąpić o ich sprostowanie lub wykreślenie. Takie uzasadnienie znalazło się w postanowieniu Szefa Urzędu do spraw Cudzoziemców z 5 października 2009 r. o odmowie wydania zaświadczenia o treści żądanej, utrzymanym w mocy postanowieniem z 27 października 2009 r. (nr DL-II-4161/5589/09).

Ponadto Marakchi kwestionował wyłączenie z jawnej części akt sprawy materiałów mających adnotacje „poufne” i „tajne” (ta ostatnia, związana z dokumentacją, która została objęta tajemnicą państwową, pojawiła się w kontekście dodatkowych materiałów przesłanych przez ABW Szefowi Urzędu do spraw Cudzoziemców). W postanowieniu z 23 października 2009 r. (nr DL-I-4107-3780/09/12) Szef Urzędu utrzymał w mocy swoje wcześniejsze postanowienia z 20 sierpnia i 4 września 2009 r. o odmowie przeglądania przez skarżącego (jego pełnomocników prawnych) akt objętych tajemnicą służbową i państwową.

III. Od niekorzystnych dla siebie decyzji administracyjnych Marakchi odwołał się do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skardze dotyczącej głównego rozstrzygnięcia prawnego, a więc odmowy zezwolenia na zamieszkanie, towarzyszył wniosek o wstrzymanie wykonania decyzji do czasu rozpoznania sprawy przez sąd. Chociaż co do zasady wniesienie skargi nie wstrzymuje wykonania aktu lub czynności administracyjnej (art. 61 § 1 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁴), to sąd może jednak wydać posta-

⁴ Tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 270.

nowienie o wstrzymaniu wykonania w całości lub w części, gdy zachodzi niebezpieczeństwo wystąpienia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków (§ 3). Istnienia takich właśnie wyjątkowych okoliczności dopatrył się WSA w przypadku Marakchiego (postanowienie z 16 kwietnia 2010 r., V SA/Wa 535/10). Powołując się na wcześniejszy judykant Naczelnego Sądu Administracyjnego⁵, WSA wskazał, że wyjazd z Polski pozbawiał Marokańczyka osobistego uczestniczenia w postępowaniu sądowym, a przyznanie mu tymczasowej ochrony jest konieczne w kontekście standardów rzetelnej procedury i realizacji prawa do sądu.

W odniesieniu do właściwego zagadnienia (odmowy zezwolenia na zamieszkanie w Polsce) Marakchi podniósł, że do wydania niekorzystnej dla niego decyzji doszło bez wyjaśnienia we wszechstronny sposób stanu faktycznego, a organy administracyjne oparły się wyłącznie na informacjach uzyskanych od ABW. Zdaniem skarżącego negatywna o nim informacja, którą mieli rzekomo sfinżować funkcjonariusze ABW, stanowiła odwet za niezgodę na podjęcie współpracy z tą służbą. Marakchi, który był przewodniczącym Stowarzyszenia Studentów Marokańskich w Polsce i kilkakrotnie występował jako tłumacz ambasadora Maroka, konsekwentnie miał odrzucać próby werbunku. Ostrzegano go, że niezgodą na współpracę spowoduje, że „pożegna się z Polską”. W związku z czynnościami podejmowanymi przez ABW Marakchi złożył zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa określonego w art. 231 § 1 k.k. (przekroczenie uprawnień przez funkcjonariusza publicznego)⁶.

W skardze do WSA argumentowano, że organy administracyjne nie zweryfikowały prawdziwości informacji ABW o rzekomym zagrożeniu dla bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego, a Marakchi i jego pełnomocnik prawny nie mogli się zapoznać z tymi informacjami oraz odnieść do zarzutów. Sąd uznał jednak, zapoznawszy się z dokumentami przekazanymi przez ABW, że decyzje o odmowie zezwolenia na pobyt zostały wydane po analizie treści tych dokumentów. Organom administracyjnym nie można więc zarzucić bezpodstawnego użycia klauzuli zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Natomiast brak dostępu do informacji opatrzonej klauzulą „poufne” i „tajne” nie pozbawiał konstytucyjnie chronionych praw i wolności. Wskazano przy tym, że „względy obronności i bezpieczeństwa państwa” są nadrzędne wobec chęci zawarcia związku małżeńskiego czy kontynuowania studiów doktoranckich (wyrok z 21 lipca 2010 r., V SA/Wa 535/10).

Należy podkreślić, że organy administracyjne i WSA odwoływały się do różnych przesłanek określających, dlaczego pobyt Marakchiego na terytorium Polski był niepożądany. Artykuł 57 ust. 1 pkt 5 ustawy o cudzoziemcach identyfikuje trzy samodzielne okoliczności uzasadniające odmowę udzielenia zezwolenia na pobyt na czas oznaczony. Są to:

- względy obronności lub bezpieczeństwa państwa;
- względy bezpieczeństwa i ochrony porządku publicznego;
- interes Rzeczypospolitej Polskiej.

⁵ Wyrok z 14 grudnia 2005 r., II OZ 1330/05, niepubl.

⁶ Zawiadomienie zostało złożone 9 grudnia 2009 r. Prokuratura Rejonowa w Krakowie w postanowieniu z 31 grudnia 2009 r. odmówiła wszczęcia postępowania.

Pośród tych okoliczności Wojewoda Małopolski powołał się na bezpieczeństwo państwa, Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców dodał do tej przesłanki także związaną z ochroną porządku publicznego, a WSA w różnych miejscach uzasadnienia swojego wyroku wskazywał na zagrożenia bądź dla „bezpieczeństwa kraju” (s. 5), bądź dla „państwa i ochrony porządku publicznego” (s. 6), bądź dla „bezpieczeństwa i porządku publicznego” (s. 7).

Pełnomocnik Marakchiego wnosił, by rozpoznanie skargi związanej z odmową zezwolenia na zamieszkanie zostało połączone ze skargami w sprawie odmowy wydania zaświadczenia o treści żądanej (V SA/Wa 40/10) i w sprawie odmowy przeglądania dokumentów objętych klauzulą tajemnicy służbowej i państwowej (V SA/Wa 201/10). W wyroku wydanym po rozpoznaniu skargi dotyczącej odmowy wydania zaświadczenia WSA orzekł, że nie zachodziła konieczność połączenia postępowań (wyrok z 7 lipca 2010 r.). Uznano także, iż w postępowaniu o wydanie zaświadczenia Szef Urzędu do spraw Cudzoziemców nie był zobowiązany do przeprowadzenia postępowania dowodowego co do istnienia okoliczności stanowiących zagrożenie dla dóbr określonych w art. 128 ust. 1 pkt 6, bo podlegało to weryfikacji w innym postępowaniu (dotyczącym zezwolenia na zamieszkanie).

IV. Do zakończenia postępowań w Polsce potrzebna była tylko skarga do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Utrzymanie przez NSA rozstrzygnięć organów administracyjnych, zaakceptowanych przez WSA w Warszawie, otwierałoby Marakchiemu drogę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu.

Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej jako Trybunał lub ETPC) kilkakrotnie zajmował się skargami, w tle których znalazło się wydalenie cudzoziemca ze względu na powodowane przez niego zagrożenia dla bezpieczeństwa państwowego. Zazwyczaj takie sprawy były analizowane jako ingerencja w prawo do życia rodzinnego i prywatnego, tj. w oparciu o art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej jako Konwencja)⁷, gdyż osoba podlegająca wydaleniowi miała lub zbudowała już w danym kraju „życie rodzinne”. Aby pozostawać w zgodzie z Konwencją, każda ingerencja w prawo gwarantowane na mocy art. 8 musi spełniać, w konsekwencji klauzuli limitacyjnej zawartej w ustępie 2 art. 8, trzy cechy:

- być legalna („przewidziana przez prawo”);
- celowa (chronić pewne interesy lub dobra publiczne bądź indywidualne);
- oraz konieczna w demokratycznym społeczeństwie.

Pośród interesów uzasadniających ingerencję (jej celowość) w prawo do życia rodzinnego znalazły się bezpieczeństwo państwowe i bezpieczeństwo publiczne. Co ważne, podczas analizy wymogu legalności, którego składową – obok adekwatnej dostępności prawa – jest też nakaz formułowania krajowych reguł prawnych z dostateczną precyzją, Trybunał przyznał, że ze względu na swoją immanentną naturę (*the nature of things*) zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa mogą być zróżnicowane co do charakteru, trudne do przewidzenia bądź wcześniejszego zdefiniowania. Dlatego

⁷ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

nie można wymagać od państwa strony Konwencji, by stworzyła przepisy określające w szczegółowy i wyczerpujący sposób wszelkie sytuacje, które uprawniają do wydania decyzji o wydaleniu jednostki ze względów bezpieczeństwa⁸. Ale równocześnie państwo musi wprowadzić zabezpieczenia zapewniające, że uprawnienia władz publicznych są realizowane niearbitralnie i bez nadużyć⁹.

W swoim orzecznictwie Trybunał wskazał, że nawet jeśli pojęcie bezpieczeństwa państwa nie poddaje się ścisłej definicji, to nie może wykraczać poza „naturalne granice znaczeniowe”. Dlatego Trybunał zakwestionował użycie klauzuli bezpieczeństwa państwowego do cudzoziemca, który został wydany ze względu na podejrzenia dotyczące związków z osobami podejrzanymi o sprowadzanie i handel narkotykami¹⁰. Przed nadużyciem klauzuli bezpieczeństwa państwa ma chronić jednak przede wszystkim istnienie „pewnej formy postępowania spornego/kontradiktoryjnego” (*some form of adversarial proceedings*) przed niezależnym organem uprawnionym do dokonania kontroli przesłanek decyzji o wydaleniu oraz zgromadzonego materiału dowodowego¹¹. Wymaganego standardu kontroli nie spełnia procedura, która poprzestaje jedynie na weryfikacji, czy decyzja organu administracyjnego nie naruszała normy kompetencyjnej i była formalnie poprawna¹². Konwencyjnego standardu nie realizuje również krajowa procedura odwoławcza, w której nie dochodzi do ponownej analizy merytorycznych podstaw decyzji organu państwowego, a instytucja odwoławcza poprzestaje wyłącznie na ogólnym powołaniu się na potrzebę ochrony bezpieczeństwa państwowego¹³.

Chociaż Trybunał akceptował, że w ramach wymaganej „procedury spornej” mogą zostać wprowadzone „pewne stosowne ograniczenia” dotyczące informacji objętych klauzulą tajności, to jednocześnie podkreślał, że z konwencyjnym standardem nie koresponduje procedura, w ramach której nie zapoznano ani osoby deportowanej, ani jej reprezentanta prawnego z przyczynami wydalenia (poza ogólnym wskazaniem na zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa). W konsekwencji cudzoziemiec nie mógł przedstawić swojego stanowiska i podjąć próby zakwestionowania ustaleń dokonanych przez odpowiednie władze publiczne; jednostka została wówczas pozbawiona „sprawiedliwości proceduralnej”¹⁴.

⁸ Wyrok ETPC z 20 czerwca 2001 r. w sprawie *Al-Nashif i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 50963/99, par. 121.

⁹ Tamże, par. 122.

¹⁰ Wyrok ETPC z 24 kwietnia 2008 r. w sprawie *C.G. i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 1365/07, par. 43.

¹¹ Wyrok ETPC w sprawie *Al-Nashif i inni przeciwko Bułgarii*, par. 123.

¹² Np. wyrok ETPC z 26 lipca 2011 r. w sprawie *M. i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 41416/08, par. 98; wyrok ETPC z 12 lutego 2009 r. w sprawie *Nolan i K. przeciwko Rosji*, skarga nr 2512/04, par. 72.

¹³ Wyrok ETPC z 8 czerwca 2006 r. w sprawie *Lupsa przeciwko Rumunii*, skarga nr 10337/04, par. 41.

¹⁴ Tamże, par. 38; wyrok ETPC z 6 grudnia 2007 r. w sprawie *Liu przeciwko Rosji* (nr 1), skarga nr 42086/05, par. 62.

Dodatkowo w sprawie *Chahal przeciwko Wielkiej Brytanii*¹⁵ Trybunał wskazał, że istnieją rozwiązania prawne, które jednocześnie gwarantują zachowanie poufności danych związanych z bezpieczeństwem państwa oraz efektywne korzystanie z prawa do obrony przez deportowaną osobę (sprawa dotyczyła prawa do skutecznego środka odwoławczego, a więc art. 13 Konwencji). Przykładowo, na mocy kanadyjskiej ustawy o imigracji i ochronie uchodźców z 1976 r. (*Immigration and Refugee Protection Act*) sędzia przeprowadza rozprawę z wyłączeniem jawności, podczas której dochodzi do merytorycznego przeglądu całości materiału dowodowego, a osoba poddawana deportacji zostaje zapoznana w najpełniejszym zakresie z zarzutami, ma prawo do bycia reprezentowaną przez pełnomocnika prawnego i do wnioskowania oraz przedkładania dowodów. Chociaż analiza materiałów dotyczących bezpieczeństwa państwa odbywa się bez udziału deportowanego i jego pełnomocnika prawnego, to ich miejsce w postępowaniu zajmuje specjalny prawnik posiadający certyfikat dostępu do informacji poufnych (*security-cleared counsel*), który jest uprawniony do przesłuchiwania świadków i bierze udział w weryfikacji zarzutów. W każdym przypadku podsumowanie dowodów uzyskanych podczas postępowania jest przedstawiane deportowanemu (i jego prawnikowi), z ewentualnymi pominięciami, które są uzasadnione racjami bezpieczeństwa państwa (par. 131 i 144).

Warto dodać, że wykonując wyrok w sprawie *Chahal*, Wielka Brytania wprowadziła do swojego systemu prawnego instytucję tzw. specjalnego adwokata (*special advocate*), który ma dostęp do materiałów objętych klauzulą tajności i występuje w sprawach, gdzie decyzje były uzasadniane ochroną bezpieczeństwa państwa. Stało się to w 1997 r. na mocy artykułu (*section*) 6 ustawy o specjalnych komisjach odwoławczych w sprawach imigracyjnych (*Special Immigration Appeals Commissions Act 1997*). Obecnie uprawnienia takiego prawnika, polegające na przedkładaniu wniosków, w tym dowodowych, przesłuchiowaniu świadków i prezentowaniu komisji odwoławczej stanowisk prawnych na piśmie, określa reguła 35 regulaminu proceduralnego specjalnych komisji odwoławczych w sprawach imigracyjnych z 2003 r. (*Special Immigration Appeals Commissions Procedure Rules 2003*)¹⁶. W praktyce specjalnemu prawnikowi udawało się podważyć decyzje organów imigracyjnych jako nieoparte wystarczającymi dowodami¹⁷. Treść brytyjskiej regulacji i związana z nią praktyka posłużyła następnie Sądowi Najwyższemu Kanady w sprawie *Charkaoui* z 2007 r. jako argument do zakwestionowania – w kontekście Kanadyjskiej Karty Praw i Wolności – zbyt wąsko określonych uprawnień procesowych prawnika posiadającego certyfikat bezpieczeństwa¹⁸.

¹⁵ Wyrok Wielkiej Izby z 15 listopada 1996 r., skarga nr 22414/93, RJD 1996-V.

¹⁶ Analizy brytyjskiego rozwiązania dokonuje J. Ip, *The rise and spread of the special advocate*, Public Law 2008, s. 717–741.

¹⁷ Np. decyzja z 8 marca 2004 r. sprawie *M. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), podtrzymane przez Sąd Apelacyjny, All E.R. 2004, t. 2, s. 863.

¹⁸ Wyrok z 23 lutego 2007 r. w sprawie *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, 2007 SCC 9. Zob. także J. Chlebny, *Udostępnianie stronie akt sprawy*

Analogiczne rozwiązanie prawne jak w Wielkiej Brytanii zostało także przyjęte w Nowej Zelandii¹⁹.

Wracając do strasburskiego kontekstu, należy stwierdzić, że dostęp w postępowaniu odwoławczym przez prawnika osoby wydalanej (lub innego „specjalnego prawnika” mającego zapewnić obronę interesów takiej osoby i rzeczywistą weryfikację dowodów) do materiałów poufnych (tajnych) nie stanowi przesłanki wystarczającej w celu realizacji konwencyjnych nakazów. Kluczowym wymogiem jest merytoryczna weryfikacja faktycznych podstaw do wydalenia, a więc kontrola, czy istniało dostatecznie zindywidualizowane i należyście wykazane przez organy państwa zagrożenie dla bezpieczeństwa państwowego²⁰. Udział w postępowaniu pełnomocnika prawnego (*resp.* „specjalnego prawnika”) stwarza jednak rzeczywistą możliwość kwestionowania ustaleń organów państwa oraz wnioskowania i przedstawiania dowodów korzystnych dla wydalanego. Należy też zauważyć, że jeśli brak dostępu do poufnych (tajnych) materiałów i łącząca się z tym niemożność zakwestionowania (zweryfikowania) ustaleń danej decyzji dotyczyły „prawa o cywilnym charakterze”, skutkowało to możliwością podniesienia zarzutu złamania prawa do rzetelnego procesu sądowego i potwierdzeniem zasadności takiego zarzutu w wyroku Trybunału²¹.

W konsekwencji wskazanego powyżej standardu ETPC w licznych wyrokach stwierdzał naruszenie art. 8 Konwencji, uznając, że wymóg legalności nie został spełniony, ponieważ „właściwe prawo, procedury i praktyka” nie zapewniały ochrony przed arbitralnymi działaniami władz publicznych²².

administracyjnej a prawo do sądu, Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego 2008, z. 3, s. 66 i n.

¹⁹ Stało się to w ustawie imigracyjnej z 2009 r. (Immigration Act 2009). Katalizatorem decyzji o zmianie prawa była sprawa Ahmeda Zaoui z 2003 r. Sądowe rozstrzygnięcia wydane w postępowaniach odwoławczych to: *Zaoui v. Attorney-General*, [2004] 2 NZLR 339 (HC); *Zaoui v. Attorney-General* (No. 2), [2005] 1 NZLR 690 (CA), *Zaoui v. Attorney-General* (No. 2), [2006] 1 NZLR 289 (SC). Zob. też S. Glazebrook, *Refugees, security and human rights: working out the balance*, dostępne na: <http://www.courtsofnz.govt.nz/speechpapers/Refugee%20Paper%20-%20Sydney%20-%202011%2003%2010%20Final.pdf>.

²⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Nolan i K. przeciwko Rosji*, par. 72.

²¹ Np. wyrok ETPC z 21 maja 2008 r. w sprawie *Dağtekin i inni przeciwko Turcji*, skarga nr 70516/01, par. 34.

²² Wyroki ETPC: w sprawie *Al-Nashif i inni przeciwko Bułgarii*; z 11 stycznia 2007 r. w sprawie *Musa i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 61259/00; z 14 czerwca 2007 r. w sprawie *Hasan przeciwko Bułgarii*, skarga nr 54323/00, z 14 czerwca 2007 r. w sprawie *Bashir i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 65028/01; z 24 kwietnia 2008 r. w sprawie *C.G. i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 1365/07; z 11 lutego 2010 r. w sprawie *Raza przeciwko Bułgarii*, skarga nr 31465/08; z 2 września 2010 r. w sprawie *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 1537/08; z 12 lipca 2011 r. w sprawie *Baltaji przeciwko Bułgarii*, skarga nr 12919/04; w sprawie *Lupsa przeciwko Rumunii*; z 12 października 2006 r. w sprawie *Kaya przeciwko Rumunii* skarga nr 33970/05; z 24 maja 2011 r. w sprawie *Abou Amer przeciwko Rumunii*, skarga nr 14521/03; w sprawie *Liu przeciwko Rosji* (nr 1); w sprawie *Nolan i K. przeciwko Rosji*; z 26 lipca 2011 r. w sprawie *Liu przeciwko Rosji* (nr 2), skarga nr 29157/09.

V. Marakchi nie zbudował jednak w Polsce „życia rodzinnego”, co wyklucza możliwość użycia w jego przypadku art. 8 (i ewentualnie postawienie towarzyszącego zarzutu złamania art. 13 Konwencji, który wymaga istnienia skutecznego środka odwoławczego). Czy zatem w jego sytuacji Konwencja nie znajdzie w ogóle zastosowania? Okazuje się, że Marakchi będzie mógł się powołać na art. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji, który dotyczy proceduralnych gwarancji związanych z wydalaniem cudzoziemców²³.

Zarzut naruszenia art. 1 Protokołu nr 7 towarzyszył jako dodatkowy wielu wcześniej przywołanym skargom dotyczącym ingerencji w życie rodzinne. Podczas analizy Trybunał odwoływał się do ustaleń poczynionych w związku art. 8 Konwencji.

Artykuł 1 Protokołu nr 7 stanowi, że:

„1. Cudzoziemiec legalnie przebywający na terytorium jakiegokolwiek państwa nie może być z niego wydalony, chyba że w wyniku podjętej zgodnie z prawem decyzji. Powinien on mieć możliwość:

- a) przedstawienia argumentów przeciwko wydaleniu;
- b) rozpatrzenia jego sprawy oraz
- c) bycia reprezentowanym dla tych celów przed właściwym organem albo osobą lub osobami wyznaczonymi przez ten organ.

2. Cudzoziemiec może być wydalony bez uprzedniego skorzystania ze swoich praw wymienionych w ustępie 1 a), b), c) niniejszego artykułu, jeżeli jest to konieczne z uwagi na porządek publiczny lub uzasadnione względami bezpieczeństwa państwowego”.

Do dozwolonego w ust. 2 odstępiania od gwarancji określonych w ust. 1 może dojść jedynie przed wydalaniem uzasadnianym względami porządku publicznego lub bezpieczeństwa państwowego. Już jednak po wydaleniu, gdy jednostka kwestionuje zasadność podjętej wobec niej decyzji, mają zastosowanie gwarancje z ust. 1²⁴.

Chociaż przepis art. 1 Protokołu nr 7 nie zawiera wprost klasycznej klauzuli limitacyjnej, ze strasburskiego orzecznictwa jednoznacznie wynika, że również każda ingerencja w prawo zapisane w art. 1 Protokołu nr 7 musi posiadać kumulatywnie cechy legalności, celowości i konieczności. Co ważne, gdy w danej skardze rozpoznawanej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka były stawiane równocześnie – obok zarzutu dotyczącego art. 1 Protokołu nr 7 – także zarzuty związane z przepisem zawierającym klauzulę limitacyjną (zazwyczaj był to art. 8 głównego tekstu Konwencji), Trybunał przywoływał swoją analizę przeprowadzaną w kontekście takiego przepisu (rygor ingerencji) i wykorzystywał ją – nie odpowiednio, lecz wprost – w odniesieniu do ingerencji w prawo zapisane w art. 1 Protokołu nr 7²⁵.

W celu realizacji gwarancji zawartych w ust. 1 pkt (a) i (b), tj. przedstawienia argumentów przeciwko wydaleniu i rozpatrzenia sprawy wydalania (a więc ustalenia przez organ kontrolny, czy wydalenie było uzasadnione), osoba podlegająca wyda-

²³ Protokół nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzony 22 listopada 1984 r. w Strasburgu, Dz. U. z 2003 r. Nr 42, poz. 364.

²⁴ Punkt 15 raportu wyjaśniającego do Protokołu nr 7 i np. wyrok ETPC w sprawie *Lupsa przeciwko Rumunii*, par. 53; wyrok ETPC w sprawie *Ahmed przeciwko Rumunii*, par. 50.

²⁵ Np. wyrok ETPC w sprawie *Lupsa przeciwko Rumunii*, par. 56.

leniu musi mieć możliwość poznania przyczyn swojego wydalenia w sposób na tyle sprecyzowany, by mogła się do nich odnieść. Co ważne, w raporcie wyjaśniającym do Protokołu nr 7 (pkt 15) dokonano odróżnienia sytuacji, gdy wydalenie – dokonywane z pominięciem gwarancji zapisanych w ustępie 1 art. 1 Protokołu – jest uzasadniane ochroną bezpieczeństwa państwowego od sytuacji, gdy chodzi o porządek publiczny. W drugiej z sytuacji władze publiczne muszą wykazać, że wydalenie, określane w raporcie jako środek wyjątkowy (*exceptional measure*), było konieczne ze względu na okoliczności danego przypadku. Z drugiej strony bezpieczeństwo państwowe jest traktowane jako stanowiące dostateczne (wystarczające) uzasadnienie dla wydalenia cudzoziemca. Równocześnie jednak pojęcie bezpieczeństwa publicznego – choć nie poddaje się ścisłej definicji – nie może wykraczać poza swoje „naturalne granice znaczeniowe”. Dlatego Trybunał zakwestionował, na co wskazywałem już wcześniej, użycie klauzuli bezpieczeństwa publicznego w stosunku do cudzoziemca, który został wydany ze względu na podejrzenia dotyczące związków z osobami podejrzewanymi o sprowadzanie i handel narkotykami²⁶.

Artykuł 1 Protokołu nr 7 wymaga, by już na poziomie dozwolonego na mocy ust. 2 wydalenia mającego miejsce przed zakończeniem postępowania doszło do sprecyzowania przez organ państwowy, jakie przyczyny związane z ochroną porządku publicznego istniały w przypadku osoby podlegającej wydaleniu. Jeśli pierwotnie natychmiastowe wydalenie jest dokonywane ze wskazaniem na przesłankę bezpieczeństwa państwa (niewymagającą rygorystycznego uzasadnienia w decyzji o wydaleniu), a w postępowaniu odwoławczym dochodzi do wskazania na przesłankę porządku publicznego, powstają wątpliwości dotyczące możliwości nadużycia konstrukcji bezpieczeństwa państwa. W takim przypadku zweryfikowanie zasadności wydalenia będzie wymagało aktywnego udziału osoby wydalanej (jej reprezentanta prawnego bądź „specjalnego prawnika”) w postępowaniu odwoławczym wraz z dostępem do zastrzeżonych dokumentów.

W świetle orzecznictwa strasburskiego uprawniony jest krytyczny pogląd, że w polskim prawie brakuje rozwiązań proceduralnych, które zapewniłyby osobie poddanej wydaleniu (jej reprezentantowi prawnemu) podjęcie skutecznej obrony. Związane to jest z odmową dostępu do akt objętych klauzulą tajności (i poufności) oraz z odstępniem od (dostatecznie precyzyjnego) uzasadniania decyzji (orzeczeń)²⁷. Taka praktyka może prowadzić do stwierdzenia przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, że doszło do złamania art. 1 Protokołu nr 7, a także – jeśli będą to uzasadniać okoliczności sprawy (istnienie prawa o cywilnym charakterze, ingerencji w prawo do życia rodzinnego) – art. 6, 8 i 13 Konwencji.

²⁶ Wyrok ETPC w sprawie *C.G. i inni przeciwko Bułgarii*, par. 43.

²⁷ Krytykiem różnych aspektów polskich rozwiązań jest przede wszystkim J. Chlebny, zob. tegoż: *Udostępnianie stronie...; Ochrona interesu publicznego a prawo cudzoziemca do pobytu w Polsce*, Europejski Przegląd Sądowy 2007, nr 10; *Ocena ustawodawstwa o uchodźcach w świetle orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Przegląd Legislacyjny 2002, nr 4; *Sądowa kontrola administracji w świetle rekomendacji Rady Europy*, Państwo i Prawo 2005, z. 12; *Deficyty ochrony praw człowieka* (tekst niepublikowany).

VI. Wyrokiem z 14 grudnia 2011 r. Naczelny Sąd Administracyjny uchylił wyrok WSA w sprawie dotyczącej odmowy wydania Marakchiemu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony. Jednocześnie wskazał, że rozstrzygnięcie w tej kwestii powinno zostać połączone ze sprawą dotyczącą odmowy wydania zaświadczenia o treści żądanej. W ustnym uzasadnieniu (pisemne nie zostało jeszcze sporządzone w czasie składania niniejszego artykułu do druku) NSA zauważył, że zagadnienia związane z dostępem przez Marakchiego (jego pełnomocnika) do materiałów postępowania opatrzonej klauzulą poufności i tajności powinny stać się przedmiotem analizy WSA. Być może więc w kontekście polskiego prawa uzasadnione jest pytanie, czy dotyczący wpisów do Systemu Informacyjnego Schengen art. 131a w związku z art. 128 ust. 1 pkt 6 ustawy o cudzoziemcach jest – w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości zapoznania się przez cudzoziemca z podstawami faktycznymi wpisu (zwłaszcza z aktami objętymi klauzulą tajności), a także w zakresie, w jakim nie zapewnia prawa do obrony ze strony pełnomocnika procesowego (bądź „specjalnego prawnika” posiadającego certyfikat dostępu do informacji niejawnych) – zgodny z art. 45, art. 47 i art. 51 ust. 3 i 4 w związku z art. 2 Konstytucji oraz w związku z art. 8 Konwencji i art. 1 Protokołu nr 7 do tej Konwencji. To zagadnienie mogłoby się stać przedmiotem pytania prawnego skierowanego do Trybunału Konstytucyjnego. Być może na taki krok zdecydują się sądy administracyjne rozpoznające sprawę Marakchiego.

Niezależnie od podniesionych wcześniej zastrzeżeń prawnych należy też pamiętać, że postępowania w sprawie Marakchiego nie zakończyły się przed upływem okresu, na jaki dane Marokańczyka zostały umieszczone w wykazie osób niepożądanych (20 maja 2012 r.). Taka sytuacja może również rodzić wątpliwości w kontekście skutecznych gwarancji proceduralnych przeciwko wydaleni.

SUMMARY

PROCEDURAL SAFEGUARDS RELATING TO EXPULSION OF AN ALIEN FOR REASONS OF NATIONAL SECURITY – SOME COMMENTS ON THE CASE OF CHAKIB MARAKCHI

The article analyses the case of the Moroccan citizen Chakib Marakchi who was expelled from Poland in 2009 on security grounds and his personal data were inserted into the Schengen Information System. The expulsion decision, which had been upheld by the administrative organ of second instance and the Regional Administrative Court in Warsaw, was eventually quashed by the Supreme Administrative Court in December 2011 and the case was remitted for rehearing. Marakchi and his legal counsel attempted to have access to the reasons given for the expulsion. The article explores which legal measures are available under Polish law (including the Constitution) and the European Convention on Human Rights to the expelled individual. In the context of the European Convention of special importance is Article 1 of Protocol no. 7 and the relevant case-law of the European Court of Human Rights. The Strasbourg Court requires that the reasons

given for expulsion order are verified by the appeal organs (or/and courts). Furthermore, in some states there exists a special lawyer who may access classified documents (security-cleared counsel in Canada and special advocate in the UK and New Zealand). No such measures are known in Polish law.