

ZALECENIA

ZALECENIE KOMISJI (UE) 2017/2338

z dnia 16 listopada 2017 r.

ustanawiające wspólny „Podręcznik dotyczący powrotów” przeznaczony do stosowania przez właściwe organy państw członkowskich wykonujące zadania związane z powrotami

KOMISJA EUROPEJSKA,

uwzględniając Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności jego art. 292,

a także mając na uwadze, co następuje:

- (1) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE ⁽¹⁾ określa wspólne normy i procedury stosowane przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich.
- (2) Należy zapewnić, aby te wspólne normy i procedury były wdrażane we wszystkich państwach członkowskich w sposób jednolity, dlatego na mocy zalecenia Komisji C(2015) 6250 z dnia 1 października 2015 r. ⁽²⁾ ustanowiono wspólny „Podręcznik dotyczący powrotów” przewidujący wspólne wytyczne, najlepsze praktyki i zalecenia, które mają być wykorzystywane przez właściwe organy państw członkowskich w trakcie wykonywania zadań związanych z powrotami. „Podręcznik dotyczący powrotów” należy zaktualizować ze względu na zmiany, jakie zachodzą w temacie powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich.
- (3) Zalecenie Komisji C(2017) 1600 z dnia 7 marca 2017 r. ⁽³⁾ zawiera wskazówki na temat tego, w jaki sposób należy wykorzystać przepisy dyrektywy 2008/115/WE do zapewnienia bardziej skutecznych procedur powrotu, oraz wzywa państwa członkowskie do podjęcia niezbędnych środków w celu usunięcia prawnych i praktycznych przeszkód utrudniających powroty. W „Podręczniku dotyczącym powrotów” należy zatem uwzględnić powyższe zalecenie.
- (4) W „Podręczniku dotyczącym powrotów” należy uwzględnić najnowsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnoszące się do dyrektywy 2008/115/WE.
- (5) „Podręcznik dotyczący powrotów” należy skierować do wszystkich państw członkowskich związanych dyrektywą 2008/115/WE.
- (6) Należy używać „Podręcznika dotyczącego powrotów” jako głównego narzędzia do wykonywania zadań związanych z powrotami i w celach szkoleniowych, aby usprawnić jednolite wdrażanie wspólnych unijnych norm w zakresie powrotów,

PRZYJMUJE NINIEJSZE ZALECENIE:

1. „Podręcznik dotyczący powrotów” określony w załączniku powinien zastąpić „Podręcznik dotyczący powrotów” określony w załączniku do zalecenia Komisji C(2015) 6250.
2. Państwa członkowskie powinny przekazać „Podręcznik dotyczący powrotów” swoim organom krajowym właściwym do wykonywania zadań związanych z powrotami i zalecić im korzystanie z niego jako głównego narzędzia podczas wykonywania tych zadań.

⁽¹⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (Dz.U. L 348 z 24.12.2008, s. 98).

⁽²⁾ Zalecenie Komisji C(2015) 6250 z dnia 1 października 2015 r. ustanawiające wspólny „Podręcznik dotyczący powrotów” przeznaczony do stosowania przez właściwe organy państw członkowskich wykonujące zadania związane z powrotami.

⁽³⁾ Zalecenie Komisji C(2017) 1600 z dnia 7 marca 2017 r. w sprawie zapewnienia większej skuteczności powrotów przy wdrażaniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE.

3. „Podręcznik dotyczący powrotów” powinien być wykorzystywany na potrzeby szkolenia pracowników, którym powierza się zadania związane z powrotami, a także ekspertów biorących udział w mechanizmie oceny i monitorowania ustanowionym rozporządzeniem Rady (UE) nr 1053/2013 ⁽¹⁾ w celu weryfikacji stosowania dorobku Schengen w państwach członkowskich.

Sporządzono w Brukseli dnia 16 listopada 2017 r.

W imieniu Komisji
Dimitris AVRAMOPOULOS
Członek Komisji

⁽¹⁾ Rozporządzenie Rady (UE) nr 1053/2013 z dnia 7 października 2013 r. w sprawie ustanowienia mechanizmu oceny i monitorowania w celu weryfikacji stosowania dorobku Schengen oraz uchylecia decyzji komitetu wykonawczego z dnia 16 września 1998 r. dotyczącej utworzenia Stałego Komitetu ds. Oceny i Wprowadzania w Życie Dorobku Schengen (Dz.U. L 295 z 6.11.2013, s. 27).

ZAŁĄCZNIK

PODRĘCZNIK DOTYCZĄCY POWROTÓW

1.	DEFINICJE	87
1.1.	Obywatel państwa trzeciego	87
1.2.	Nielegalny pobyt	88
1.3.	Powrót	90
1.4.	Decyzja nakazująca powrót	90
1.5.	Nakaz wydalenia	91
1.6.	Ryzyko ucieczki	91
1.7.	Dobrowolny wyjazd	93
1.8.	Osoby wymagające szczególnego traktowania	94
2.	ZAKRES ZASTOSOWANIA	94
2.1.	Przypadki graniczne – art. 2 ust. 2 lit. a)	95
2.2.	Specjalne gwarancje mające zastosowanie do przypadków granicznych	96
2.3.	Prawo karne i przypadki ekstradycji	97
3.	KORZYSTNIEJSZE POSTANOWIENIA	98
4.	SANKCJE Z TYTUŁU NARUSZANIA PRZEPISÓW MIGRACYJNYCH	98
5.	ZATRZYMANIE I OBOWIĄZEK WYDANIA DECYZJI NAKAZUJĄCEJ POWRÓT	100
5.1.	Zatrzymanie w trakcie kontroli wyjazdowej	102
5.2.	Osoby, w odniesieniu do których inne państwo członkowskie wydało decyzję nakazującą powrót	102
5.3.	Związek z przepisami dublińskimi	103
5.4.	Nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego uprawniony do pobytu w innym państwie członkowskim	104
5.5.	Nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego objęty obowiązującymi umowami dwustronnymi zawartymi między państwami członkowskimi	106
5.6.	Nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego, któremu wydano zgodę/zezwoleńie na pobyt ze względów humanitarnych (lub innych)	107
5.7.	Nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego objęty toczącą się procedurą przedłużenia zezwolenia na pobyt/innego zezwolenia	107
5.8.	Szczegółowe przepisy zawarte w dyrektywach w sprawie legalnej migracji dotyczące readmisji między państwami członkowskimi w przypadkach mobilności wewnętrznej	108
6.	DOBROWOLNY WYJAZD	108
6.1.	Przedłużony termin dobrowolnego wyjazdu	109
6.2.	Obowiązki w oczekiwaniu na dobrowolny wyjazd	110
6.3.	Przeciwwskazania	110
6.4.	Praktyczna zgodność – tranzyt drogą lądową	111
6.5.	Praktyczna zgodność – tranzyt drogą powietrzną	112
6.6.	Rejestrowanie dobrowolnego wyjazdu	113
7.	WYDALENIE	113
7.1.	Wydalenie drogą powietrzną	115
7.2.	Tranzyt drogą powietrzną	118
7.3.	Wspólne operacje wydalenia drogą powietrzną	118
7.4.	Operacje powrotowe koordynowane przez Europejską Agencję Straży Granicznej i Przybrzeżnej	119
8.	MONITOROWANIE PRZYMUSOWYCH POWROTÓW	119
9.	WSTRZYMANIE WYDALENIA	120

10.	POWRÓT MAŁOLETNICH BEZ OPIEKI	121
10.1.	Pomoc odpowiednich organów	122
10.2.	Powrót do członka rodziny, wyznaczonego opiekuna lub odpowiedniej struktury przyjmującej	123
11.	ZAKAZY WJAZDU	123
11.1.	Skutek obejmujący całą UE	124
11.2.	Wykorzystywanie SIS II	125
11.3.	Kwestie proceduralne	125
11.4.	Powody wydania zakazu wjazdu	125
11.5.	Czas trwania zakazów wjazdu	126
11.6.	Cofanie, skracanie i zawieszanie zakazów wjazdu	127
11.7.	Sankcje za nieprzestrzeganie zakazu wjazdu	128
11.8.	Konsultacje między państwami członkowskimi	128
11.9.	„Wcześniejsze” zakazy wjazdu	129
12.	GWARANCJE PROCEDURALNE	130
12.1.	Prawo do dobrej administracji i prawo do bycia wysłuchanym	130
12.2.	Decyzje dotyczące powrotu	131
12.3.	Formy decyzji i tłumaczenia	133
12.4.	Środki odwoławcze	134
12.5.	Pomoc językowa i nieodpłatna pomoc prawna	135
13.	GWARANCJE W OCZEKIWANIU NA POWRÓT	137
13.1.	Pismne potwierdzenie	138
13.2.	Sytuacje, w których przez dłuższy czas występują nieprawidłowości	138
14.	ZASTOSOWANIE ŚRODKA DETENCYJNEGO	139
14.1.	Okoliczności uzasadniające zastosowanie środka detencyjnego	139
14.2.	Forma i wstępna kontrola środka detencyjnego	142
14.3.	Regularna kontrola przetrzymywania	142
14.4.	Zaprzestanie stosowania środka detencyjnego	143
14.4.1.	Brak rozsądnych perspektyw wydalenia	144
14.4.2.	Określanie maksymalnego okresu stosowania środka detencyjnego	144
14.5.	Ponowne zastosowanie środka detencyjnego wobec osób powracających	146
14.6.	Zastosowanie łagodniejszych środków przymusu po zakończonym okresie stosowania środka detencyjnego	146
15.	WARUNKI STOSOWANIA ŚRODKA DETENCYJNEGO	146
15.1.	Początkowy areszt policyjny	146
15.2.	Korzystanie ze specjalnych ośrodków jako zasada ogólna	147
15.3.	Oddzielenie od zwykłych więźniów	148
15.4.	Materialne warunki pobytu w ośrodku detencyjnym	148
16.	STOSOWANIE ŚRODKA DETENCYJNEGO WOBEC MAŁOLETNICH I RODZIN	153
17.	SYTUACJE NADZWYCZAJNE	155
18.	TRANSPOZYCJA, INTERPRETACJI I USTALENIA PRZEJŚCIOWE	156
19.	ŹRÓDŁA I DOKUMENTY REFERENCYJNE	157
20.	SKRÓTY	159

PRZEDMOWA

Celem niniejszego „Podręcznika dotyczącego powrotów” jest udzielenie wskazówek organom krajowym właściwym do wykonywania zadań związanych z powrotami, w tym policji, straży granicznej, organom ds. migracji, pracownikom ośrodków detencyjnych i organom monitorującym.

Niniejszy podręcznik zawiera normy i procedury stosowane przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich i opiera się na instrumentach prawnych Unii regulujących tę kwestię, w szczególności na dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE⁽¹⁾ („dyrektywa powrotowa”). W praktyce procedury powrotu często wiążą się z innymi rodzajami procedur (procedury azylowe, procedury kontroli granicznej, procedury prowadzące do powstania prawa do wjazdu, pobytu lub zamieszkania) regulowanych innymi odpowiednimi przepisami unijnymi i krajowymi. W takich przypadkach państwa członkowskie powinny zapewnić ścisłą współpracę między różnymi organami zaangażowanymi w te procedury.

Pierwsza wersja podręcznika została przyjęta w październiku 2015 r.⁽²⁾ Obecnie obowiązująca wersja, zaktualizowana w 2017 r., opiera się na zaleceniu Komisji z dnia 7 marca 2017 r.⁽³⁾ i zawiera dodatkowe wskazówki dla organów krajowych co do tego, w jaki sposób należy stosować przepisy dyrektywy powrotowej, aby zwiększyć skuteczność systemów powrotów, zapewniając jednocześnie pełne poszanowanie praw podstawowych.

Oprócz odpowiednich norm i procedur podstawą skutecznego systemu powrotów jest sprawna i dobrze zintegrowana organizacja kompetencji na poziomie krajowym. Oznacza to możliwość mobilizacji i koordynacji działań wszystkich podmiotów zaangażowanych w procedury związane z powrotami (na przykład organów ścigania i organów imigracyjnych, lecz także organów sądowiczych, organów odpowiedzialnych za ochronę dzieci, służb medycznych i socjalnych, pracowników ośrodków detencyjnych), zgodnie z pełnionymi przez nie funkcjami i zakresem ich kompetencji w celu zapewnienia szybkiej i odpowiedniej multidyscyplinarnej reakcji na potrzeby zarządzania poszczególnymi przypadkami powrotów. Krajowe systemy powrotów muszą liczyć na wsparcia ze strony wystarczającej liczby wyszkolonych i kompetentnych pracowników, którzy mogą reagować szybko, w razie potrzeby 24 godziny na dobę i 7 dni w tygodniu, zwłaszcza w obliczu coraz większego obciążenia w związku z organizacją powrotów, oraz których, w razie potrzeby, można oddelegować na granicę zewnętrzną Unii w celu podjęcia natychmiastowych działań w odpowiedzi na presję migracyjną. W tym celu krajowe systemy powrotów powinny zapewniać stałą wymianę informacji operacyjnych z innymi państwami członkowskimi oraz z Europejską Agencją Straży Granicznej i Przybrzeżnej i wykorzystywać wsparcie techniczne i operacyjne, jakie może ona zapewnić.

Aby systemy powrotów były w stanie sprostać wyzwaniom, państwa członkowskie powinny w optymalny sposób wykorzystać elastyczność, którą zapewnia dyrektywa powrotowa, i regularnie dokonywać przeglądów i dostosowywać swoje struktury i zdolności w zakresie powrotów, tak aby odpowiadały one faktycznym potrzebom i tym samym zachowywały skuteczność.

W niniejszym podręczniku nie zawarto żadnych prawnie wiążących zobowiązań wobec państw członkowskich, ani też nie ustanowiono żadnych nowych praw i obowiązków. Podręcznik opiera się w dużej mierze na pracach prowadzonych przez państwa członkowskie i Komisję w ramach komitetu kontaktowego ds. dyrektywy powrotowej 2008/115/WE w latach 2009–2017. Zebrano w nim w sposób usystematyzowany i w skróconej formie dyskusje, które miały miejsce na tym forum, co niekoniecznie odzwierciedla konsensus pomiędzy państwami członkowskimi w sprawie wykładni aktów prawnych.

Część podręcznika dotycząca wykładni aktów prawnych uzupełniono wskazówkami dotyczącymi pojawiających się nowych kwestii (takich jak nowe wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, normy międzynarodowe). Moc wiążącą mają wyłącznie akty prawne, na których opiera się lub do których odwołuje się niniejszy podręcznik, i tylko na te akty można powoływać się przed sądami krajowymi. Dokonywanie prawnie wiążącej wykładni prawa Unii leży wyłącznie w gestii Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

1. DEFINICJE

1.1. Obywatel państwa trzeciego

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 3 pkt 1; kodeks graniczny Schengen⁽⁴⁾ – art. 2 pkt 5

Każda osoba niebędąca obywatelem Unii w znaczeniu art. 17 ust. 1 Traktatu i niebędąca osobą korzystającą z unijnego prawa do swobodnego przemieszczania się, określona w art. 2 pkt 5 kodeksu granicznego Schengen.

⁽¹⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (Dz.U. L 348 z 24.12.2008, s. 98).

⁽²⁾ C(2015) 6250.

⁽³⁾ C(2017) 1600 final.

⁽⁴⁾ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/399 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie unijnego kodeksu zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen) (Dz.U. L 77 z 23.3.2016, s. 1).

Następujące kategorie osób nie są uważane za „obywateli państw trzecich”:

- osoby będące obywatelami Unii w rozumieniu art. 20 ust. 1 TFUE (poprzednio art. 17 ust. 1 traktatu WE) = osoby posiadające obywatelstwo państwa członkowskiego UE ⁽¹⁾,
- osoby posiadające obywatelstwo państwa EOG/CH,
- *członkowie rodzin* obywateli Unii korzystający z prawa do swobodnego przemieszczania się na podstawie art. 21 TFUE lub dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady ⁽²⁾,
- *członkowie rodzin* obywateli EOG/CH korzystający z prawa do swobodnego przemieszczania się równoważnego z prawem obywateli Unii.

Wszystkie inne osoby, w tym bezpaństwowcy ⁽³⁾, mają być uznawane za „obywateli państwa trzeciego”.

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Członkami rodzin obywateli UE/EOG/CH, mającymi w związku z takim statusem prawo do wjazdu i prawo pobytu wraz z obywatelami Unii w przyjmującym państwie członkowskim bez względu na narodowość, są:
 - a) małżonek obywatela UE/EOG/CH i partner, z którym obywatel UE/EOG/CH zawarł zarejestrowany związek partnerski, jeżeli związek taki zawarto zgodnie z prawodawstwem państwa członkowskiego i jest on uznawany przez prawodawstwo przyjmującego państwa członkowskiego za równoważny ze związkiem małżeńskim;
 - b) zstępni, którzy nie ukończyli 21 roku życia, lub osoby pozostające na utrzymaniu, w tym zstępni małżonka lub zarejestrowanego partnera;
 - c) wstępni pozostający na utrzymaniu, w tym wstępni współmałżonka lub zarejestrowanego partnera.

Oprócz kategorii członków rodziny, o których mowa w lit. a)–c), pozostali członkowie rodziny również mogą w pewnych okolicznościach posiadać prawo do swobodnego przemieszczania się na mocy prawa Unii – w szczególności, jeżeli przyznano im prawo do wjazdu i prawo pobytu na podstawie prawa krajowego zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38/WE.

- Za obywateli państw trzecich można uznać obywateli państw trzecich, których zapewnienie, że są członkiem rodziny obywatela Unii korzystającymi z unijnego prawa do swobodnego przemieszczania się na mocy art. 21 TFUE lub dyrektywy 2004/38/WE zostało odrzucone przez państwo członkowskie. Takie osoby mogą zatem zostać objęte zakresem stosowania dyrektywy powrotowej i należy wobec nich stosować normy minimalne, procedury i prawa w niej przewidziane. Jeżeli chodzi jednak o możliwość odwołania się od decyzji, zgodnie z którą dana osoba nie jest objęta zakresem stosowania dyrektywy 2004/38/WE, Komisja uważa, że dana osoba będzie nadal – na podstawie korzystniejszego postanowienia przewidzianego w art. 4 dyrektywy powrotowej – mogła korzystać z gwarancji proceduralnych przewidzianych w rozdziale VI dyrektywy 2004/38/WE (np. jeżeli chodzi o notyfikację i uzasadnienie decyzji, termin dobrowolnego opuszczenia terytorium, procedury odwoławcze itd.).

1.2. Nielegalny pobyt

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 3 pkt 2; kodeks graniczny Schengen – art. 6

Obecność na terytorium państwa członkowskiego obywatela państwa trzeciego, który nie spełnia lub przestał spełniać warunki wjazdu do państwa członkowskiego, określone w art. 5 kodeksu granicznego Schengen, albo innych warunków wjazdu, pobytu lub zamieszkania w tym państwie członkowskim.

Ta bardzo obszerna definicja obejmuje każdego obywatela państwa trzeciego, któremu nie przysługuje prawo do legalnego pobytu w państwie członkowskim. Każdy obywatel państwa trzeciego fizycznie obecny na terytorium państwa członkowskiego UE przebywa legalnie albo nielegalnie. Nie istnieje trzecia możliwość.

⁽¹⁾ Ze względu na specjalny przepis zawarty w traktacie akcesyjnym Zjednoczonego Królestwa obywatele brytyjscy, którzy są „obywatelami Zjednoczonego Królestwa w rozumieniu prawa Unii Europejskiej”, są również obywatelami Unii Europejskiej.

⁽²⁾ Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG (Dz.U. L 158 z 30.4.2004, s. 77).

⁽³⁾ Zgodnie z art. 1 ust. 1 Konwencji dotyczącej statusu bezpaństwowców z 1954 r. bezpaństwowiec to „osoba, która nie jest uznawana za obywatela żadnego Państwa w zakresie obowiązywania jego prawa”.

Fikcje prawne w prawie krajowym, według których osoby fizycznie przebywające w specjalnie wyznaczonych częściach terytorium państwa członkowskiego (np. w strefach tranzytowych lub niektórych strefach przygranicznych), za „nieprzebywające na tym terytorium”, uznaje się w tym kontekście za nieistotne, ponieważ zakłóciłoby to harmonijne stosowanie dorobku prawnego UE w zakresie powrotów. Państwa członkowskie mogą jednak podjąć decyzję, że nie będą stosować wobec tej kategorii osób niektórych przepisów dorobku w zakresie powrotów (zob. sekcja 2 poniżej).

Po ujednoczeniu tekstu kodeksu granicznego Schengen w 2016 r., odesłanie do art. 5 kodeksu w art. 3 pkt 2 dyrektywy powrotowej odczytuje się jako odesłanie do obecnie obowiązującego art. 6 kodeksu.

Obywateli państw trzecich zaliczonych do poniższych kategorii uważa się na przykład za nielegalnie przebywających w danym państwie członkowskim:

- posiadaczy nieważnego dokumentu pobytowego lub nieważnej wizy,
- posiadaczy wycofanego dokumentu pobytowego lub wycofanej wizy,
- osób ubiegających się o azyl, których wnioski zostały odrzucone,
- osób ubiegających się o azyl, które otrzymały decyzję o odebraniu im prawa pobytu jako osobom ubiegającym się o azyl,
- osób, którym odmówiono wjazdu na granicy,
- osób ujętych w związku z nielegalnym przekroczeniem granicy,
- migrantów o nieuregulowanym statusie zatrzymanych na terytorium państwa członkowskiego,
- osób ujętych podczas podróży tranzytem przez terytorium jednego państwa członkowskiego, próbujących przedostać się do innego państwa członkowskiego bez podstawy prawnej,
- osób, którym nie przysługuje prawo pobytu w państwie członkowskim zatrzymania (choć posiadają prawo do przebywania w innym państwie członkowskim),
- osób obecnych na terytorium państwa członkowskiego w terminie dobrowolnego wyjazdu,
- osób podlegających wstrzymanemu wydaleniu.

Osób należących do następujących kategorii nie uważa się za osoby przebywające nielegalnie, gdyż przysługuje im prawo do pobytu (które może mieć jedynie charakter tymczasowy) w danym państwie członkowskim:

- osób ubiegających się o azyl przebywających w państwie członkowskim, w którym przysługuje im prawo do pobytu w oczekiwaniu na prowadzoną wobec nich procedurę azylową,
- bezpaństwowców przebywających w państwie członkowskim, w którym – zgodnie z prawem krajowym – przysługuje im prawo do pobytu w oczekiwaniu na przeprowadzenie procedury przyznawania statusu bezpaństwowca,
- osób przebywających w państwie członkowskim, w którym posiadają oficjalny status pobytu tolerowanego (pod warunkiem że taki status zgodnie z prawem krajowym uważa się za „legalny pobyt”),
- posiadaczy dokumentu pobytowego uzyskanego na podstawie fałszywych informacji, o ile dokument pobytowy nie został unieważniony lub wycofany i jest wciąż uznawany za ważny.

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Osoby oczekujące na rozpatrzenie wniosku o wydanie dokumentu pobytowego mogą przebywać legalnie lub nielegalnie, w zależności od tego, czy posiadają ważną wizę lub inne prawo do pobytu, czy też nie.
- W przypadku nielegalnego pobytu nie ma znaczenia ani okres pobytu ani zamiar nielegalnego przebywania na terytorium danego państwa członkowskiego ze strony obywatela państwa trzeciego – zob. wyrok ETS w sprawie C-47/15, Affum⁽¹⁾ (pkt 48).
- Osoby ubiegające się o przedłużenie ważności wygasłego już dokumentu pobytowego przebywają nielegalnie, o ile prawo krajowe danego państwa członkowskiego nie stanowi inaczej (zob. również sekcja 5.7).

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 czerwca 2016 r. w sprawie C-47/15, Affum, ECLI:EU:C:2016:408.

- Obywatele państw trzecich, w stosunku do których zastosowano procedurę powrotu ustanowioną w dyrektywie powrotowej i którzy dalej przebywają nielegalnie na terytorium państwa członkowskiego bez uzasadnionego powodu przemawiającego za zastosowaniem zasady *non-refoulement* (scenariusz, o którym mowa w pkt 48 wyroku ETS w sprawie C-329/11⁽¹⁾, Achoughbaban), przebywają nielegalnie. Szczególne odniesienie ETS w sprawie Achoughbaban dotyczy jedynie zgodności krajowych środków prawa karnego z dyrektywą powrotową. W wyroku tym nie ma mowy na temat zakresu i stosowania dyrektywy powrotowej, a zatem zastosowanie ma w dalszym ciągu ogólna zasada określona w art. 2 ust. 1: „A albo B”, co oznacza, że dana osoba albo przebywa nielegalnie i zastosowanie ma dyrektywa powrotowa, albo danej osobie przysługuje prawo pobytu i dyrektywa powrotowa nie ma zastosowania.

1.3. Powrót

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 3 pkt 3

Oznacza powrót obywatela państwa trzeciego – wynikający z dobrowolnego lub przymusowego wykonania zobowiązania do powrotu – do:

- 1) jego/jej państwa pochodzenia; lub
- 2) kraju tranzytu, zgodnie ze wspólnotowymi lub dwustronnymi umowami o readmisji lub z innymi porozumieniami; lub
- 3) innego państwa trzeciego, do którego dany obywatel państwa trzeciego zdecyduje się dobrowolnie powrócić i przez które zostanie przyjęty.

W powyższej definicji zawarto ograniczenia dotyczące tego, co można uznać za „powrót” i tego, czego nie można uznać za „powrót” do celów wykonania dyrektywy powrotowej. Przekazania nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich innemu państwu członkowskiemu nie można uznać za „powrót” w świetle prawa Unii. Tego typu działanie może jednak być możliwe w wyjątkowych przypadkach w ramach dwustronnych umów o readmisji lub zasad dublińskich, w związku z czym nie zaleca się stosowania w takiej sytuacji określenia „powrót”, a raczej „przekazanie” lub „przeniesienie”.

Definicja ta oznacza również, że państwa członkowskie muszą zorganizować powrót do państwa trzeciego tylko w przypadkach wymienionych w sposób wyczerpujący w jednym z trzech tiret definicji. W związku z tym na przykład nie można wydać osoby powracającej bez zgody tej osoby do państwa trzeciego, które nie jest ani państwem jej pochodzenia, ani krajem tranzytu.

Dodatkowe wyjaśnienia:

- „Państwo pochodzenia” wspomniane w tiret pierwszym dotyczy państwa trzeciego, którego dana osoba jest obywatelem. W przypadku bezpaństwowców za państwo pochodzenia zazwyczaj można uznać państwo poprzedniego miejsca zwykłego pobytu danej osoby.
- „Kraj tranzytu” w tiret drugim dotyczy tylko państw trzecich niebędących państwami członkowskimi UE.
- „Wspólnotowe lub dwustronne umowy o readmisji lub inne porozumienia” w tiret drugim odnoszą się jedynie do umów z państwami trzecimi. Dwustronne umowy o readmisji między państwami członkowskimi są w tym kontekście nieistotne. Tego rodzaju porozumienia między państwami członkowskimi mogą jednak w niektórych przypadkach dopuszczać przekazywanie migrantów o nieregulowanym statusie innym państwom członkowskim na podstawie art. 6 ust. 3 dyrektywy powrotowej (zob. sekcja 5.5 poniżej).
- Określenie „zdecyduje się dobrowolnie powrócić” w tiret trzecim nie jest równoznaczne z dobrowolnym wyjazdem. „Dobrowolnie” w tym kontekście odnosi się do wyboru kraju docelowego przez osobę powracającą. Taki dobrowolny wybór kraju docelowego może również mieć miejsce w trakcie przygotowania do operacji wydalenia: mogą wystąpić przypadki, w których osoba powracająca woli zostać wydalona do innego państwa trzeciego niż do państwa tranzytu lub państwa pochodzenia.
- Określenie kraju powrotu w przypadku wydalenia: jeżeli wyznaczono termin dobrowolnego wyjazdu, wówczas osoba powracająca jest zobowiązana upewnić się, że wywieże się ze zobowiązania do powrotu w wyznaczonym terminie, i w zasadzie w takim przypadku określenie kraju powrotu nie jest konieczne. Określenie, do jakiego państwa trzeciego zostanie wydalona dana osoba, jest konieczne tylko w przypadku, gdy państwa członkowskie muszą zastosować środki przymusu (wydalenie) (zob. sekcja 1.5).

1.4. Decyzja nakazująca powrót

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 3 pkt 4 i art. 6 ust. 6

Decyzja administracyjna lub orzeczenie sądowe, w których stwierdza się lub uznaje, że obywatel państwa trzeciego przebywa w państwie członkowskim nielegalnie, oraz nakłada się lub stwierdza zobowiązanie do powrotu.

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 grudnia 2011 r. w sprawie C-329/11, Achoughbaban, ECLI:EU:C:2011:807.

W definicji „decyzji nakazującej powrót” skoncentrowano się na dwóch zasadniczych elementach. Decyzja nakazująca powrót musi:

- 1) zawierać oświadczenie w sprawie nielegalności pobytu; oraz
- 2) nakładać zobowiązanie do powrotu.

Decyzja nakazująca powrót może zawierać dodatkowe elementy, takie jak zakaz wjazdu, termin dobrowolnego wyjazdu, wskazanie kraju powrotu; jeżeli kraj powrotu nie zostanie wskazany, państwa członkowskie muszą zapewnić poszanowanie zasady *non-refoulement* zgodnie z art. 5 dyrektywy powrotowej.

Państwa członkowskie mają dużą swobodą uznania w odniesieniu do formy (decyzje administracyjne lub orzeczenia sądowe), w jakiej można przyjąć decyzję nakazującą powrót.

Decyzje nakazujące powrót można wydawać w formie osobnego aktu prawnego lub osobnej decyzji bądź łącznie z innymi decyzjami, takimi jak nakaz wydalenia lub decyzja o odebraniu prawa do legalnego pobytu (zob. sekcja 12.1 poniżej).

W decyzji nakazującej powrót stwierdza się nielegalność pobytu w tym państwie członkowskim, które wydało decyzję, stwierdzając jednocześnie obowiązek opuszczenia terytorium państw członkowskich UE i państw stowarzyszonych w ramach Schengen. Ponadto należy podkreślić, że zgodnie z art. 11 decyzjom nakazującym powrót mogą towarzyszyć zakazy wjazdu mające skutek ogólnounijny (obowiązujące wszystkie państwa związane dyrektywą powrotową).

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Elastyczna definicja pojęcia „decyzji nakazującej powrót” nie wyklucza możliwości podjęcia decyzji nakazującej powrót w formie orzeczenia sądowego w sprawie karnej i w ramach procesu karnego – zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-430/11, Sagor ⁽¹⁾ (pkt 39).

1.5. Nakaz wydalenia

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 3 pkt 5 i art. 8 ust. 3

Decyzja administracyjna lub orzeczenie sądowe nakazujące wykonanie zobowiązania do powrotu, czyli fizyczny przewóz osoby poza terytorium państwa członkowskiego.

Nakaz wydalenia można wydać wraz z decyzją nakazującą powrót (procedura jednoetapowa) lub oddzielnie (procedura dwuetapowa). W przypadkach, w których decyzja nakazująca powrót i nakaz wydalenia wydane zostają razem w procedurze jednoetapowej, należy jasno określić – w tych przypadkach, w których wyznaczono termin dobrowolnego wyjazdu – że wydalenie nastąpi dopiero wówczas, gdy niewykonane zostanie zobowiązanie do powrotu w terminie dobrowolnego wyjazdu.

Ze względu na ciężący na państwach członkowskich obowiązek przestrzegania w każdej sytuacji zasady *non-refoulement* wydalenie (fizyczny przewóz osoby poza terytorium państwa członkowskiego) nie wiąże się z nieokreślonym krajem docelowym, a jedynie z określonym krajem powrotu. Należy z wyprzedzeniem poinformować osobę powracającą o miejscu przeznaczenia operacji wydalenia, aby mogła ona podać wszelkie powody uzasadniające przypuszczenie, że wydalenie do proponowanego kraju przeznaczenia byłoby sprzeczne z zasadą *non-refoulement* oraz aby miała ona możliwość skorzystania z prawa do odwołania. Komisja zaleca, aby określano kraj powrotu w oddzielnej decyzji o wydaleniu (procedura dwuetapowa), lub aby określano kraj, do którego dana osoba zostanie wydalona w przypadku niezastosowania się do zobowiązania do powrotu, w połączonej decyzji nakazującej powrót i wydalenie (procedura jednoetapowa), lub aby informowano obywatela państwa trzeciego w drodze innej decyzji lub innego aktu prawnego.

1.6. Ryzyko ucieczki

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 3 pkt 7; motyw 6

Istnienie w indywidualnych przypadkach powodów, opartych na obiektywnych kryteriach określonych przez prawo, pozwalających sądzić, że obywatel państwa trzeciego, który jest objęty procedurą powrotu, może uciec.

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie C-430/11, Sagor, ECLI:EU:C:2012:777.

Istnienie (lub brak) „ryzyka ucieczki” ma decydujące znaczenie dla ustalenia, czy należy wyznaczyć termin dobrowolnego wyjazdu, czy nie, oraz czy należy podjąć decyzję o konieczności zastosowania środka detencyjnego.

Państwa członkowskie muszą opierać swoją ocenę co do istnienia ryzyka ucieczki na obiektywnych kryteriach ustanowionych w przepisach krajowych. Pośrednio zostało to potwierdzone w wyroku ETS w sprawie C-528/15, *Al Chodor* ⁽¹⁾, dotyczącym definicji pojęcia „ryzyka ucieczki” w art. 2 lit. n) ⁽²⁾ rozporządzenia dublińskiego, której tekst zasadniczo odpowiada tekstowi definicji określonej w art. 3 pkt 7 dyrektywy powrotowej. W wyroku tym Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że tego rodzaju obiektywne kryteria muszą być wyraźnie określone w wiążących przepisach o charakterze generalnym, a utrwalone orzecznictwo krajowe potwierdzające utrwaloną praktykę administracyjną nie jest wystarczające. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził również, że jeżeli wiążące przepisy o charakterze generalnym nie określają takich obiektywnych kryteriów, środek detencyjny należy uznać za niegodny z prawem.

Chociaż państwa członkowskie mają dużą swobodą uznania pod względem określania takich kryteriów, powinny one jednak należycie uwzględnić następujące kryteria, traktując je jako przesłanki, że nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego może zbiec:

- brak dokumentów,
- brak miejsca pobytu, brak miejsca stałego pobytu lub wiarygodnego adresu,
- niezgłoszenie się do odpowiednich organów,
- wyraźne wyrażenie zamiaru nieprzestrzegania środków związanych z powrotami (na przykład decyzji nakazującej powrót, środków uniemożliwiających ucieczkę),
- istnienie wyroku skazującego za przestępstwo, w tym poważne przestępstwo popełnione w innym państwie członkowskim ⁽³⁾,
- toczące się dochodzenie i proces karny,
- niezastosowanie się do decyzji nakazującej powrót, w tym niewykonanie zobowiązania do powrotu w terminie dobrowolnego wyjazdu,
- uprzednie postępowanie (tj. ucieczka),
- brak zasobów finansowych,
- objęcie decyzją nakazującą powrót wydaną w innym państwie członkowskim,
- niewykonanie obowiązku udania się na terytorium innego państwa członkowskiego, które wydało ważny dokument pobytowy lub inne ważne zezwolenie upoważniające do pobytu,
- nielegalny wjazd na terytorium państw członkowskich UE i państw stowarzyszonych w ramach Schengen.

Przepisy krajowe mogą określać inne obiektywne kryteria w celu stwierdzenia istnienia ryzyka ucieczki.

Zgodnie z ogólnymi zasadami prawa Unii, a w szczególności z zasadą proporcjonalności, wszystkie decyzje podejmowane na podstawie dyrektywy powrotowej muszą być przyjmowane w oparciu o indywidualną ocenę każdego przypadku. Powyższy wykaz kryteriów należy uwzględnić na każdym etapie procedury powrotu jako element ogólnej oceny indywidualnej sytuacji, ale nie może on stanowić jedynej podstawy do automatycznego założenia występowania „ryzyka ucieczki”, gdyż często podstawę do stwierdzenia występowania takiego ryzyka stanowić będzie kilka wyżej wymienionych kryteriów. Należy unikać automatycznego wyciągania wniosków – na przykład, że nielegalny wjazd lub brak dokumentów oznacza istnienie ryzyka ucieczki. Wspomniana indywidualna ocena musi obejmować wszystkie istotne czynniki, takie jak wiek, stan zdrowia i sytuacja socjalna danej osoby, które to czynniki mogą mieć bezpośredni wpływ na ryzyko ucieczki danego obywatela państwa trzeciego, i może w niektórych przypadkach prowadzić do wniosku, że nie istnieje ryzyko ucieczki, nawet jeżeli spełnione zostało jedno lub więcej z kryteriów określonych w prawie krajowym.

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 marca 2017 r. w sprawie C-528/15, *Al Chodor i in.*, ECLI:EU:C:2017:213.

⁽²⁾ Art. 2 lit. n) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 604/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca (Dz.U. L 180 z 29.6.2013, s. 31): „ryzyko ucieczki» oznacza istnienie w indywidualnym przypadku przesłanek, opartych na obiektywnych, prawnie określonych kryteriach, wskazujących na to, że wnioskodawca lub obywatel państwa trzeciego lub bezpaństwowiec, który podlega procedurze przekazania, może zbiec”.

⁽³⁾ Takie informacje można uzyskać za pośrednictwem europejskiego systemu przekazywania informacji z rejestrów karnych ustanowionego decyzją ramową Rady 2009/315/WSiSW z dnia 26 lutego 2009 r. w sprawie organizacji wymiany informacji pochodzących z rejestru karnego pomiędzy państwami członkowskimi oraz treści tych informacji (Dz.U. L 93 z 7.4.2009, s. 23), i decyzją Rady 2009/316/WSiSW z dnia 6 kwietnia 2009 r. w sprawie ustanowienia europejskiego systemu przekazywania informacji z rejestrów karnych (ECRIS), zgodnie z art. 11 decyzji ramowej 2009/315/WSiSW (Dz.U. L 93 z 7.4.2009, s. 33). W dniu 19 stycznia 2016 r. Komisja przedstawiła wniosek COM(2016) 7 final dotyczący ułatwienia wymiany danych z rejestrów karnych na temat obywateli państw trzecich w UE.

Oprócz wyżej wymienionych kryteriów, które mogą świadczyć o istnieniu ryzyka ucieczki, oraz z poszanowaniem praw zainteresowanych obywateli państw trzecich do bycia wysłuchanymi i do skutecznego środka odwoławczego, w przepisach krajowych można uznać, że pewne obiektywne okoliczności stanowią wzruszalne domniemanie, że istnieje ryzyko ucieczki (tj. obywatel państwa trzeciego powinien obalić takie domniemanie, udowadniając, że pomimo zaistnienia poniższych okoliczności takie ryzyko nie występuje). Takie okoliczności mogą obejmować:

- odmowę współpracy w procesie identyfikacji, posługiwanie się fałszywymi lub podrobionymi dokumentami tożsamości, niszczenie lub inną formę usuwania istniejących dokumentów, lub odmowę złożenia odcisków palców,
- siłowy lub oparty na oszustwie sprzeciw wobec operacji powrotu,
- niezastosowanie się do środka mającego na celu zapobieżenie ucieczce (zob. sekcja 6.2),
- niezastosowanie się do istniejącego zakazu wjazdu,
- nielegalny wtórny przepływ do innego państwa członkowskiego.

Komisja zaleca, aby przepisy krajowe przewidywały tego rodzaju wzruszalne domniemania.

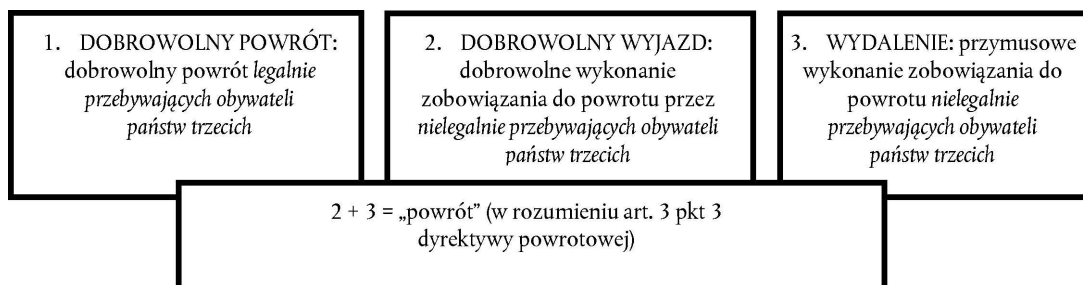
1.7. Dobrowolny wyjazd

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 3 pkt 8

Zastosowanie się do zobowiązania do powrotu w terminie, który został w tym celu określony w decyzji o zobowiązaniu do powrotu.

Dobrowolny wyjazd w kontekście dorobku prawnego UE w zakresie powrotów odnosi się do dobrowolnego wykonania zobowiązania do powrotu do państwa trzeciego. Określenie „dobrowolny wyjazd” nie obejmuje przypadków, w których *legalnie* przebywający obywatele państw trzecich sami podjęli decyzję o powrocie do swojej ojczyzny. Tego rodzaju „prawdziwie” dobrowolny powrót (scenariusz 1 na rysunku poniżej) nie jest objęty zakresem stosowania dyrektywy powrotowej, ponieważ dotyczy *legalnie* przebywających obywateli państw trzecich. Wyjazd *nielegalnie* przebywających obywateli państw trzecich, których jeszcze nie wykryto ani nie zatrzymano (np. osób nadmiernie przedłużających pobyt), można uznać za objęty definicją „dobrowolnego wyjazdu”. Osób tych dotyczy już „abstrakcyjne” zobowiązanie do powrotu na podstawie dyrektywy powrotowej i mogą one otrzymać decyzję nakazującą powrót, jak również zakaz wjazdu w momencie, gdy organy dowiedzą się o ich *nielegalnym* pobycie (najpóźniej w momencie kontroli wyjazdowej – zob. poniżej sekcja 5.1 i 11.3).

Dyrektywa powrotowa obejmuje zatem jedynie poniższe scenariusze 2 i 3:



Udania się z terytorium *krajowego* jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego zgodnie z art. 6 ust. 2 (patrz poniżej sekcja 5.4) nie można uznać za dobrowolny wyjazd. Obowiązkowym elementem definicji dobrowolnego wyjazdu zawsze jest wyjazd do państwa trzeciego. W sekcji 6.4 poniżej przedstawiono szczegółowe przepisy dotyczące tranzytu drogą lądową przez terytorium innych państw członkowskich w ramach dobrowolnego wyjazdu.

1.8. Osoby wymagające szczególnego traktowania

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 3 pkt 9

Małoletni, małoletni bez opieki, osoby niepełnosprawne, osoby starsze, kobiety w ciąży, osoby samotnie wychowujące małoletnie dzieci, ofiary tortur, zgwałcenia lub innych poważnych form przemocy psychicznej, fizycznej lub seksualnej.

W przeciwieństwie do definicji osób wymagających szczególnego traktowania zastosowanej w dorobku prawnym w dziedzinie azylu (zob. na przykład art. 21 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE⁽¹⁾ („dyrektywa w sprawie warunków przyjmowania”) lub art. 20 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/95/UE⁽²⁾ („dyrektywa w sprawie kwalifikowania”), definicję zawartą w dyrektywie powrotowej sporządzono w formie wyczerpującego wykazu.

Konieczność zwrócenia wyjątkowej uwagi na sytuację osób wymagających szczególnego traktowania i ich specyficznych potrzeb w tym kontekście nie ogranicza się jednak do kategorii osób wymagających szczególnego traktowania wyraźnie wymienionych w art. 3 ust. 9. Komisja zaleca, aby państwa członkowskie zwracały również uwagę na inne szczególnie wrażliwe sytuacje, takie jak sytuacje wymienione w dorobku prawnym w dziedzinie azylu: osoby będące ofiarami handlu ludźmi lub okaleczenia żeńskich narządów płciowych, ciężko chore lub z zaburzeniami psychicznymi.

Potrzeba zwrócenia szczególnej uwagi na sytuację osób wymagających szczególnego traktowania nie powinna ograniczać się do przypadków wyraźnie określonych w dyrektywie powrotowej (w okresie przed upływem terminu dobrowolnego wyjazdu, w okresie wstrzymanego powrotu oraz w okresie zastosowania środka detencyjnego). Komisja zaleca zatem, aby w ramach oceny indywidualnych okoliczności w poszczególnych przypadkach państwa członkowskie zwracały uwagę na potrzeby osób wymagających szczególnego traktowania na wszystkich etapach procedury powrotu.

2. ZAKRES ZASTOSOWANIA

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 2 i art. 4 ust. 4

Zakres zastosowania dyrektywy powrotowej jest szeroki i obejmuje każdego obywatela państwa trzeciego przebywającego nielegalnie na terytorium państwa członkowskiego. Następujące państwa członkowskie są obecnie związane dyrektywą powrotową:

- wszystkie państwa członkowskie UE, z wyjątkiem Zjednoczonego Królestwa i Irlandii,
- Szwajcaria, Norwegia, Islandia i Liechtenstein.

Państwa członkowskie mogą podjąć decyzję, że nie będą stosować niniejszej dyrektywy do niektórych kategorii obywateli państw trzecich:

- w „przypadkach granicznych” zgodnie z art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy powrotowej (zob. sekcja 2.1), oraz
- w „przypadkach podlegających prawu karnemu” zgodnie z art. 2 ust. 2 lit. b) dyrektywy powrotowej (zob. sekcja 2.2 poniżej).

Decyzja, czy dane państwo członkowskie będzie korzystać z tego odstępstwa i nie będzie stosować dyrektywy do „przypadków granicznych” lub „przypadków objętych prawem karnym” musi zostać wyraźnie i z wyprzedzeniem określona w krajowych przepisach wykonawczych⁽³⁾, w przeciwnym wypadku nie będzie ona miała żadnych skutków prawnych. Nie istnieją żadne specjalne wymagania formalne w kwestii upublicznienia takiej decyzji. Istotne jest jednak, aby z przepisów krajowych jasno wynikało – bezpośrednio lub pośrednio – czy i w jakim zakresie państwo członkowskie stosuje to odstępstwo.

Jeżeli dane państwo członkowskie nie podało z wyprzedzeniem swojej decyzji o zastosowaniu odstępstw przewidzianych w art. 2 ust. 2 lit. a) lub b) dyrektywy powrotowej do wiadomości publicznej, nie może ono wykorzystać wspomnianych przepisów jako uzasadnienia dla późniejszego niestosowania dyrektywy powrotowej w indywidualnych przypadkach.

⁽¹⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (Dz.U. L 180 z 29.6.2013, s. 96).

⁽²⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/95/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony (Dz.U. L 337 z 20.12.2011, s. 9).

⁽³⁾ W przeciwieństwie do państw członkowskich UE, Szwajcaria, Norwegia, Islandia i Liechtenstein nie podlegają przepisom unijnych dyrektyw na podstawie art. 288 TFUE do momentu, w którym ich nie przyjmą, co następuje zgodnie z ogólnymi zasadami międzynarodowego prawa publicznego. Zatem w przeciwieństwie do państw członkowskich UE, Szwajcaria, Norwegia, Islandia i Liechtenstein nie są związane orzecznictwem ETS odnoszącym się do transpozycji dyrektyw do prawa krajowego i mają swobodę wyboru warunków transpozycji obowiązku przewidzianego w dyrektywie powrotowej (np. poprzez bezpośrednie odniesienie do tekstu dyrektywy) zgodnie z ich zobowiązaniami międzynarodowymi.

Nic nie stoi na przeszkodzie, aby państwa członkowskie ograniczyły stosowanie odstępstwa przewidzianego w art. 2 ust. 2 lit. a) lub art. 2 ust. 2 lit. b) dyrektywy powrotowej do niektórych kategorii osób (np.: jedynie odmowy wjazdu na granicach powietrznych lub morskich), pod warunkiem że zostało to wyraźnie wskazane w krajowych przepisach wykonawczych.

Państwa członkowskie mogą podjąć decyzję o stosowaniu tego odstępstwa na późniejszym etapie po wstępnej transpozycji dyrektywy powrotowej do przepisów krajowych. Nie może to jednak nieść ze sobą niekorzystnych skutków w odniesieniu do tych osób, które były już w stanie skorzystać ze skutków wywołanych przez dyrektywę powrotową (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-297/12, Filev i Osmani⁽¹⁾): „[...] tak długo jak państwo członkowskie nie skorzystało z tej możliwości [...] nie może ono powoływać się na ograniczenie podmiotowego zakresu stosowania tej dyrektywy na podstawie art. 2 ust. 2 lit. b) tego aktu wobec osób, do których mają już zastosowanie skutki wywołane przez ten akt”).

2.1. Przypadki graniczne – art. 2 ust. 2 lit. a)

W stosunku do osób, którym odmówiono wjazdu i które przebywają w strefie tranzytowej lub w strefie przygranicznej państwa członkowskiego, często mają zastosowanie specjalne przepisy w państwach członkowskich: ze względu na „fikcję prawną” osób tych czasami nie uważa się za „przebywające na terytorium państwa członkowskiego”, o którym mowa, i stosuje się wobec nich przepisy szczególne. W dyrektywie powrotowej nie podtrzymano tego stanowiska i uznano, że każdy obywatel państwa trzeciego przebywający na terytorium państwa członkowskiego jest objęty zakresem jej stosowania.

Państwa członkowskie mogą jednak podjąć decyzję, że nie będą stosować dyrektywy do „przypadków granicznych” – termin ten obejmuje obywateli państw trzecich, którzy:

- *podlegają zakazowi wjazdu zgodnie z art. 13 kodeksu granicznego Schengen⁽²⁾, lub*
- *zostali zatrzymani lub ujęci przez właściwe organy w związku z nielegalnym przekraczaniem lądowej, morskiej lub powietrznej zewnętrznej granicy tego państwa członkowskiego oraz którzy nie otrzymali następnie zezwolenia na pobyt lub prawa do pobytu w tym państwie członkowskim.*

Korzystanie z tego odstępstwa może być przydatne na przykład w przypadku państw członkowskich pierwszej linii borykających się ze znaczną presją migracyjną, jeżeli w ten sposób można zapewnić bardziej skuteczne procedury. W takich przypadkach Komisja zaleca skorzystanie z takiego odstępstwa.

Krajowe przepisy dotyczące „przypadków granicznych” muszą respektować ogólne zasady przewidziane w prawie międzynarodowym i prawa podstawowe zainteresowanych obywateli państw trzecich, a także nie mogą naruszać gwarancji określonych w art. 4 ust. 4 dyrektywy powrotowej (zob. sekcja 2.2).

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Art. 2 ust. 2 lit. a) oznacza istnienie bezpośredniego związku czasowego i przestrzennego z przekroczeniem granicy zewnętrznej. Przepis ten dotyczy zatem obywateli państw trzecich, którzy zostali zatrzymani lub ujęci przez właściwe organy w chwili nielegalnego przekraczania granicy zewnętrznej lub w pobliżu granicy już po jej przekroczeniu – zob. wyrok ETS w sprawie C-47/15, Affum (pkt 72).
- Przykładowo zakresem definicji „zatrzymani lub ujęci przez właściwe organy w związku z nielegalnym przekraczaniem [...] zewnętrznej granicy” objęte są osoby należące do następujących kategorii, ponieważ nadal istnieje BEZPOŚREDNI związek z czynnością nielegalnego przekroczenia granicy:
 - osoby przybywające nielegalnie łodzią zatrzymane po lub tuż po przyjeździe,
 - osoby zatrzymane przez policję po wspięciu się na ogrodzenie graniczne,
 - osoby nielegalnie wjeżdżające na terytorium Unii, które opuszczają pociąg/autobus, który przywiózł ich bezpośrednio na terytorium państwa członkowskiego (bez wcześniejszego zatrzymania się na terytorium państwa członkowskiego).
- Zakresem definicji „zatrzymani lub ujęci przez właściwe organy w związku z nielegalnym przekraczaniem [...] zewnętrznej granicy” nie są objęte osoby należące do następujących kategorii, ponieważ nie istnieje bardziej BEZPOŚREDNI związek z aktem nielegalnego przekroczenia granicy:
 - osoby nielegalnie wjeżdżające na terytorium Unii, zatrzymane w obrębie terytorium państwa członkowskiego w określonym terminie po nielegalnym wjeździe,
 - migranci o nieuregulowanym statusie zatrzymani w rejonie przygranicznym, chyba że wciąż istnieje bezpośredni związek z aktem nielegalnego przekroczenia granicy,

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 września 2013 r. w sprawie C-297/12, Filev i Osmani, ECLI:EU:C:2013:569.

⁽²⁾ Po ujednoczeniu tekstu kodeksu granicznego Schengen w 2016 r., odesłanie do art. 13 kodeksu odczytuje się jako odesłanie do art. 14 rozporządzenia (UE) 2016/399.

- migranci o nieuregulowanym statusie opuszczający autobus przyjeżdżający z państwa trzeciego, jeżeli autobus zatrzymał się już na kilku przystankach na terytorium UE,
 - migranci o nieuregulowanym statusie, którzy po wydaleniu przy innej okazji naruszają nadal obowiązujący zakaz wjazdu (chyba że zostali zatrzymani w bezpośrednim związku z nielegalnym przekroczeniem granicy),
 - migranci o nieuregulowanym statusie przekraczający granicę wewnętrzną – zob. wyrok ETS w sprawie C-47/15, Affum (pkt 69), art. 2 ust. 2 dyrektywy dotyczący granic zewnętrznych oraz art. 14 kodeksu granicznego Schengen stosowany na granicach zewnętrznych,
 - nielegalnie przebywający obywatele państw trzecich, którzy opuszczają terytoria państw członkowskich i państw stowarzyszonych w ramach Schengen – zob. wyrok ETS w sprawie C-47/15, Affum (pkt 71).
- Praktyczne przykłady obywateli państw trzecich objętych klauzulą „oraz którzy nie otrzymali następnie zezwolenia na pobyt lub prawa do pobytu w tym państwie członkowskim”, do których nie ma zastosowania przedmiotowe odstępstwo:
- osoby nielegalnie wjeżdżające na terytorium Unii, które zostały zatrzymane na granicy zewnętrznej, a następnie uzyskały prawo do pobytu jako osoby ubiegające się o azyl. Nawet jeżeli po ostatecznym odrzuceniu wniosku o udzielenie azylu ponownie stają się one osobami „przebywającymi nielegalnie”, nie można ich wykluczyć z zakresu zastosowania dyrektywy jako „przypadki graniczne”,
 - obywatel państwa trzeciego, któremu odmówiono wjazdu i który przebywa w strefie tranzytowej portu lotniczego (a zatem może być wyłączony z zakresu zastosowania dyrektywy), zostaje przeniesiony do szpitala z powodów zdrowotnych i przyznane mu zostaje krajowe zezwolenie krótkoterminowe (a nie jedynie wstrzymanie wydalenia na podstawie art. 9 ust. 2 lit. a) obejmujące okres hospitalizacji.
- Forma i treść decyzji oraz środki odwoławcze od decyzji wydawanych w sprawie obywateli państw trzecich wyłączonych z zakresu zastosowania dyrektywy powrotowej na mocy art. 2 ust. 2 lit. a) są objęte prawem krajowym.
- Decyzje o odmowie wjazdu zgodnie z art. 14 kodeksu granicznego Schengen obejmują wszystkich, którzy nie spełniają warunków wjazdu zgodnie z art. 6 ust. 1 kodeksu granicznego Schengen.
- Osoby, którym odmówiono wjazdu w strefie tranzytowej portu lotniczego lub na przejściu granicznym znajdującym się na terytorium państwa członkowskiego, są objęte zakresem stosowania dyrektywy powrotowej (ponieważ są już fizycznie obecne na terytorium danego państwa). Państwa członkowskie mogą jednak skorzystać z odstępstwa przewidzianego w art. 2 ust. 2 lit. a), który stanowi, że państwa członkowskie mogą postanowić, że nie będą stosować przedmiotowej dyrektywy we wspomnianych przypadkach.
- Wyjątki dotyczące przypadków granicznych określonych w art. 2 ust. 2 lit. a) mają zastosowanie jedynie w przypadkach zatrzymania na granicach zewnętrznych, a nie na granicach wewnętrznych – zob. wyrok ETS w sprawie C-47/15, Affum.
- Tymczasowe przywrócenie kontroli na granicach wewnętrznych nie prowadzi do ponownego przekształcenia granic wewnętrznych w granice zewnętrzne. Nie wpływa to zatem na zakres zastosowania dyrektywy powrotowej.
- „Przypadki graniczne” i sprawy „podobne do przypadków granicznych”, które mogą zostać wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy zgodnie z art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy nie są tożsame z przypadkami wymienionymi w art. 12 ust. 3 te same dyrektywy (procedura uproszczona w przypadku nielegalnego wjazdu): nielegalny wjazd (wyrażenie użyte w art. 12 ust. 3) nie jest synonimem przypadków „granicznych i przypadków podobnych do przypadków granicznych” opisanych w art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy powrotowej. Przykład: nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego, który zostanie zatrzymany na terytorium państwa członkowskiego po upływie trzech miesięcy od nielegalnego wjazdu, nie jest objęty zakresem stosowania art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy powrotowej, ale może być objęty zakresem stosowania art. 12 ust. 3 te same dyrektywy.

2.2. Specjalne gwarancje mające zastosowanie do przypadków granicznych

Jeżeli państwa członkowskie zdecydują, że nie będą stosować dyrektywy do przypadków granicznych, muszą jednak przestrzegać zasady *non-refoulement* i zapewnić, zgodnie z art. 4 ust. 4 dyrektywy powrotowej, poziom ochrony osób wyłączonych z zakresu stosowania dyrektywy, który nie będzie mniej korzystny niż zostało to określone w przepisach dyrektywy dotyczących:

- ograniczeń w stosowaniu środków przymusu,
- wstrzymania wydalenia,
- opieki zdrowotnej w nagłych wypadkach i niezbędnego leczenia w przypadku choroby, z uwzględnieniem potrzeb osób wymagających szczególnego traktowania, oraz
- warunków zastosowania środka detencyjnego.

Ponadto należy podkreślić, że wybór dokonany przez państwa członkowskie, by nie stosować dyrektywy powrotowej do przypadków granicznych, w żadnym wypadku nie prowadzi do rezygnacji z gwarancji przewidzianych w dorobku prawnym UE w dziedzinie azylu (zwłaszcza na przykład w kwestii dostępu do procedury azylowej). Zobowiązania wynikające z dorobku prawnego UE w dziedzinie azylu obejmują w szczególności zobowiązanie państw członkowskich do:

- informowania obywateli państw trzecich, którzy mogą chcieć złożyć wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej, o możliwości złożenia takiego wniosku,
- zapewnienia, aby straż graniczna i inne właściwe organy miały dostęp do odpowiednich informacji, a ich personel przeszedł szkolenie na wymaganym poziomie w zakresie rozpoznawania wnioskodawców oraz otrzymał instrukcje w zakresie informowania wnioskodawców o miejscu i sposobie składania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej,
- zapewnienia możliwości skorzystania z pomocy tłumaczy w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do ułatwienia dostępu do procedury,
- zapewnienia, aby organizacje i osoby świadczące pomoc i doradztwo wnioskodawcom miały rzeczywisty dostęp do wnioskodawców obecnych na przejściach granicznych, w tym w strefach tranzytowych, na granicach zewnętrznych.

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Praktyczne zastosowanie tego przepisu w przypadku odmowy wjazdu na granicy: istnieją dwie możliwości: albo dana osoba jest fizycznie obecna na terytorium państwa członkowskiego po odmowie wjazdu na granicy (np. w strefie tranzytowej portu lotniczego), albo osoba nie jest fizycznie obecna na terytorium państwa członkowskiego (np. osoba, której odmówiono wjazdu przez granicę lądową, a która wciąż fizycznie przebywa na terytorium państwa trzeciego). W pierwszym przypadku mają zastosowanie gwarancje określone w art. 4 ust. 4 dyrektywy powrotowej, natomiast w drugim przypadku art. 4 ust. 4 nie ma zastosowania.
- Poszanowanie zasady *non-refoulement*, uznanej w art. 4 ust. 4 lit. b) dyrektywy powrotowej i zawartej w art. 19 ust. 2 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej oraz w art. 3 europejskiej konwencji praw człowieka („EKPC”), ma charakter bezwzględny i zasady tej nie można w żaden sposób ograniczać, nawet jeżeli cudzoziemcy stanowią zagrożenie dla porządku publicznego lub dopuścili się szczególnie poważnego przestępstwa. Takie osoby mogą zostać pozbawione statusu uchodźcy lub osoby potrzebującej ochrony uzupełniającej, ale mimo to nie można ich zawrócić do miejsca, w którym mogą zostać poddane torturom lub zabite.

2.3. Prawo karne i przypadki ekstradycji

Państwa członkowskie mogą podjąć decyzję, że nie będą stosować dyrektywy do obywateli państw trzecich, którzy:

- *podlegają sankcji karnej, która przewiduje zobowiązanie do powrotu, zgodnie z prawem krajowym,*
- *podlegają sankcji karnej, której skutkiem jest zobowiązanie do powrotu, zgodnie z prawem krajowym, lub*
- *podlegają ekstradycji.*

Dodatkowe wyjaśnienia:

- W krajowych porządkach prawnych państw członkowskich przypadki objęte prawem karnym przewidziane w tym przepisie zwykle traktuje się jak przestępstwa.
 - W sprawie C-297/12, *Filev i Osmani*, Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie wyjaśnił, że odstępstwo może mieć zastosowanie do sytuacji takich jak naruszenie przepisów prawa krajowego o środkach odurzających i wyroki skazujące za nielegalny obrót środkami odurzającymi.
 - W sprawie C-329/11, *Achoughbadian*, Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że odstępstwa tego nie można stosować, pod rygorem pozbawienia dyrektywy powrotowej celu i mocy wiążącej, w odniesieniu do obywateli państw trzecich, którzy dopuścili się jedynie wykroczenia polegającego na nielegalnym pobycie.
 - Drobne naruszenia prawa związane z migracją, takie jak zwykły nielegalny wjazd lub pobyt, nie mogą uzasadniać stosowania takiego odstępstwa.
- Procedury ekstradycyjne nie muszą wiązać się z procedurami powrotu. Europejska konwencja o ekstradycji z 1957 r. ⁽¹⁾ określa ekstradycję jako wydawanie „wszystkich osób ściganych za popełnienie przestępstwa albo poszukiwanych w celu wykonania kary lub środka zabezpieczającego, orzeczonych przez właściwe organy Strony wzywającej”. Procedury te mogą się jednak pokrywać i niniejsze odstępstwo ma na celu wyjaśnienie, że państwa członkowskie mają możliwość odstąpienia od stosowania gwarancji proceduralnych zawartych w dyrektywie powrotowej przy prowadzeniu działań dotyczących powrotu w ramach procedury ekstradycyjnej.

⁽¹⁾ Rada Europy, Europejska konwencja o ekstradycji z 1957 r.

3. KORZYSTNIEJSZE POSTANOWIENIA

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 4

Chociaż dyrektywa powrotowa ma na celu ujednoczenie obowiązujących w państwach członkowskich procedur powrotu, specjalnie nie wprowadzono za jej pośrednictwem zmian w korzystniejszych postanowieniach zawartych w dwustronnych lub wielostronnych umowach międzynarodowych (art. 4 ust. 1).

Ponadto dyrektywa powrotowa nie narusza „żadnych przepisów dorobku Wspólnoty w dziedzinie polityki imigracyjnej i azylowej, które mogą być korzystniejsze dla obywatela państwa trzeciego” (art. 4 ust. 2), ani też „praw państw członkowskich do przyjęcia lub zachowania przepisów korzystniejszych dla osób objętych jej zakresem zastosowania, o ile przepisy te są zgodne z niniejszą dyrektywą” (art. 4 ust. 3).

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Zważywszy, że dyrektywa powrotowa ma na celu zapewnienie wspólnych minimalnych norm w zakresie poszanowania praw podstawowych jednostek w ramach procedur powrotu, „korzystniejsze” zawsze należy interpretować jako „korzystniejsze dla osoby powracającej”, a nie jako korzystniejsze dla wydalającego państwa.
- Państwa członkowskie nie mogą dowolnie stosować bardziej rygorystycznych norm w dziedzinach regulowanych przez dyrektywę powrotową: zob. wyrok ETS w sprawie C-61/11, El Dridi ⁽¹⁾ (pkt 33): „[...] dyrektywa 2008/115/WE [...] nie zezwala tym państwom na stosowanie norm surowszych w obszarze, który reguluje”.
- Nakładanie grzywny zamiast wydawania decyzji nakazującej powrót: w dyrektywie powrotowej nie zezwolono na wprowadzenie mechanizmu przewidującego w przypadku nielegalnego pobytu obywatela państwa trzeciego na terytorium państwa członkowskiego, w zależności od okoliczności, albo nałożenie kary grzywny, albo orzeczenie wydalenia, których to środków nie można ze sobą łączyć (zob. wyrok ETS w sprawie C-38/14, Zaizoune ⁽²⁾).
- Zastosowanie części dyrektywy powrotowej do osób wyłączonych z zakresu jej stosowania na podstawie art. 2 ust. 2 lit. a) i b) jest zgodne z dyrektywą i można uznać, że jest objęte zakresem stosowania art. 4 ust. 3, gdyż taka praktyka byłaby korzystniejsza z punktu widzenia danego obywatela państwa trzeciego.

4. SANKCJE Z TYTUŁU NARUSZANIA PRZEPISÓW MIGRACYJNYCH

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości w sprawach C-61/11, El Dridi; C-329/11, Achughbaban; C-430/11, Sagar; C-297/12, Filev i Osmani; C-38/14, Zaizoune; C-290/14, Celaj; C-47/15, Affum.

Państwa członkowskie mogą ustanawiać skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające sankcje, w tym karę pozbawienia wolności jako sankcję karną, w odniesieniu do naruszeń przepisów migracyjnych, pod warunkiem że takie środki nie naruszają stosowania dyrektywy powrotowej i zapewniają pełne poszanowanie praw podstawowych, w szczególności praw podstawowych zagwarantowanych w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej, interpretowanych zgodnie z odpowiednimi przepisami EKPC. Określenie, jakie rodzaje naruszeń przepisów migracyjnych są objęte sankcjami, należy do zakresu prawa krajowego.

Nic nie stoi na przeszkodzie, aby państwa członkowskie w swoich krajowych przepisach prawa karnego rozwiązywały problemy i uwzględniały naruszenia przepisów migracyjnych, jakie mają miejsce również w innych państwach członkowskich:

Niezastosowanie się do zakazu wjazdu: państwa członkowskie mogą przyjmować sankcje karne wobec nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, którzy zostali wydalen i którzy ponownie wjeżdżają na terytorium państwa członkowskiego z naruszeniem zakazu wjazdu. Taka sankcja karna jest dopuszczalna wyłącznie pod warunkiem że zakaz wjazdu wydany wobec danego obywatela państwa trzeciego jest zgodny z przepisami dyrektywy. Tego rodzaju sankcje karne muszą zapewniać pełne poszanowanie praw podstawowych i konwencji genewskiej z 1951 r. ⁽³⁾, w szczególności art. 31 ust. 1 ⁽⁴⁾ (zob. wyrok ETS w sprawie C-290/14, Celaj ⁽⁵⁾).

- Dyrektywa powrotowa nie wyklucza nakładania sankcji karnych, zgodnie z krajowym kodeksem postępowania karnego, na obywateli państw trzecich, wobec których bezskutecznie zastosowano procedury powrotu ustanowione w dyrektywie powrotowej i którzy przebywają nielegalnie na terytorium państwa członkowskiego, gdy nie istnieją uzasadnione powody zastosowania zasady *non-refoulement*. Wymierzanie sankcji karnych mających zniechęcać takie osoby powracające do dalszego nielegalnego pobytu musi odbywać się z pełnym poszanowaniem praw podstawowych, w szczególności praw zagwarantowanych w EKPC (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-329/11, Achughbaban, pkt 48 i 49), oraz zgodnie z zasadą proporcjonalności.

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 kwietnia 2011 r. w sprawie C-61/11 PPU, El Dridi, ECLI:EU:C:2011:268.

⁽²⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie C-38/14, Zaizoune, ECLI:EU:C:2015:260.

⁽³⁾ Organizacja Narodów Zjednoczonych, Konwencja z 1951 r. dotycząca statusu uchodźców.

⁽⁴⁾ Art. 31 ust. 1 Konwencji dotyczącej statusu uchodźców: „1. Umawiające się Państwa nie będą nakładały kar za nielegalny wjazd lub pobyt na uchodźców przebywających bezpośrednio z terytorium, na którym ich życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo w rozumieniu art. 1, i weszli lub przebywają na ich terytorium bez zezwolenia, pod warunkiem że zgłoszą się bezzwłocznie do władz i przedstawią wiarygodne przyczyny swojego nielegalnego wjazdu lub pobytu”.

⁽⁵⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 1 października 2015 r. w sprawie C-290/14, Skerdjan Celaj, ECLI:EU:C:2015:640.

- Komisja zaleca, aby w przepisach krajowych państwa członkowskie przewidziały skuteczne, proporcjonalne i odstraszające sankcje (np. grzywny, zajęcie dokumentów, ograniczenie/odmowę świadczeń/zasiłku, odmowę wydania zezwolenia na pracę) wobec obywateli państw trzecich, którzy umyślnie utrudniają procedurę powrotu (np. poprzez zniszczenie dokumentu podróży, posługiwanie się fałszywą tożsamością, uniemożliwienie identyfikacji, ponawianą odmowę opuszczenia terytorium kraju), pod warunkiem że takie sankcje nie utrudniają osiągnięcia celu dyrektywy powrotowej, a ich wymierzanie odbywa się z pełnym poszanowaniem praw podstawowych.
- Kryminalizacja zwykłego nielegalnego pobytu: państwa członkowskie nie mogą nakładać kary pozbawienia wolności na podstawie krajowego prawa karnego jedynie z powodu nielegalnego pobytu przed przystąpieniem do procedury powrotu lub w jej trakcie, gdyż działanie takie opóźniłoby powrót (zob. wyrok ETS w sprawie C-61/11, El Dridi). Dyrektywa powrotowa nie wyklucza możliwości stosowania przez państwa członkowskie sankcji w postaci kary pozbawienia wolności za popełnienie innych przestępstw niż przestępstwa związane z samym tylko faktem nielegalnego pobytu, również w sytuacjach, gdy procedury powrotu nie zostały jeszcze zakończone (zob. wyrok ETS w sprawie C-47/15, Affum, pkt 65).
- Kary finansowe: wprowadzenie (proporcjonalnej) kary finansowej za nielegalny pobyt na podstawie krajowego prawa karnego nie jest samo w sobie sprzeczne z celami dyrektywy powrotowej, ponieważ zastosowanie takiej kary nie stoi na przeszkodzie wydaniu i wykonaniu decyzji nakazującej powrót w pełnym poszanowaniu warunków określonych w tej dyrektywie (zob. wyrok ETS w sprawie C-430/11, Sagor). Przepisy krajowe, w których w przypadku nielegalnego pobytu przewidziano grzywnę albo wydalenie, są niezgodne z dyrektywą powrotową, ponieważ środków tych nie można ze sobą łączyć, gdyż narusza to w skuteczność teże dyrektywy (zob. wyrok ETS w sprawie C-38/14, Zaizoun).
- Zgodnie z art. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/52/WE⁽¹⁾ („dyrektywa w sprawie kar wobec pracodawców”) pracodawcy, którzy zatrudniają nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich bez zezwolenia, podlegają karze finansowej obejmującej koszty powrotu w przypadkach, w których przeprowadzane są procedury powrotu. Państwa członkowskie mogą zdecydować, aby kary finansowe odzwierciedlały co najmniej średnie koszty powrotu.
- Natychmiastowe wydalenie na podstawie krajowego prawa karnego (w przypadkach, których nie wyłączono z zakresu stosowania dyrektywy powrotowej na podstawie art. 2 ust. 2 lit. b) – zob. pkt 2.3 powyżej): dopuszcza się wyłącznie w takim zakresie, w jakim wyrok, na mocy którego nakładana jest kara, spełnia wszystkie gwarancje określone w dyrektywie powrotowej (w tym dotyczące formy decyzji nakazujących powrót, gwarancji prawnych oraz wcześniejszego rozważenia możliwości dobrowolnego wyjazdu) (zob. ETS w sprawie C-430/11, Sagor).
- Areszt domowy na podstawie krajowego prawa karnego: areszt domowy na podstawie krajowego prawa karnego jest możliwy jedynie w przypadku istnienia gwarancji, że nie utrudnia on powrotu oraz że dobiegnie końca z chwilą, gdy możliwy będzie fizyczny przewóz danej osoby poza granice tego państwa członkowskiego (zob. wyrok ETS w sprawie C-430/11, Sagor).

Dodatkowe wyjaśnienia:

- „Uzasadnionymi powodami zastosowania zasady *non-refoulement*” mogą być:
 - powody *niezależne* od osoby powracającej (np. opóźnienia w uzyskiwaniu od państw trzecich niezbędnej dokumentacji spowodowane złą współpracą ze strony organów państw trzecich; wystąpienie w kraju powrotu sytuacji kryzysowej, uniemożliwiającej bezpieczny powrót; zapewnienie powracającym osobom należącym do określonych kategorii formalnego wstrzymania powrotu), lub
 - powody *dotyczące osoby powracającej*, które uznaje się za uzasadnione lub usprawiedliwione w świetle prawa unijnego lub krajowego (np. problemy zdrowotne lub względy rodzinne prowadzące do wstrzymania wydalenia; trwające postępowanie odwoławcze ze skutkiem zawieszającym; podjęcie decyzji o współpracy z władzami w charakterze świadka). Samego subiektywnego pragnienia pozostania w UE nie można nigdy traktować jako „uzasadnionego powodu”.
- „Nieuzasadnionymi powodami zastosowania zasady *non-refoulement*” mogą być powody *zależne* od osoby powracającej, których nie uznaje się za uzasadnione ani usprawiedliwione w świetle prawa unijnego lub krajowego (takie jak: brak współpracy przy pozyskiwaniu dokumentów podróży, brak współpracy przy ujawnianiu tożsamości, niszczenie dokumentów, ucieczka, utrudnianie działań zmierzających do wydalenia).

⁽¹⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/52/WE z dnia 18 czerwca 2009 r. przewidująca minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich (Dz.U. L 168 z 30.6.2009, s. 24). Dania, Szwajcaria, Norwegia, Islandia i Liechtenstein nie są związane tą dyrektywą.

5. ZATRZYMANIE I OBOWIĄZEK WYDANIA DECYZJI NAKAZUJĄCEJ POWRÓT

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 6 ust. 1

Państwa członkowskie wydają decyzję nakazującą powrót każdemu obywatelowi państwa trzeciego nielegalnie przebywającemu na ich terytorium.

Państwa członkowskie mają obowiązek wydania decyzji nakazującej powrót w odniesieniu do każdego nielegalnie przebywającego na ich terytorium obywatela państwa trzeciego, chyba że w prawie Unii przewidziano wyraźne odstępstwo (zob. poniżej wykaz wyjątków). W praktyce państwa członkowskie nie mogą tolerować obecności nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich na swoim terytorium bez wszczęcia procedury powrotu albo bez udzielenia zezwolenia na pobyt. Spoczywający na państwach członkowskich obowiązek dotyczący wszczęcia procedur powrotu albo udzielenia zezwolenia na pobyt ma na celu ograniczenie „szarych stref”, uniknięcie wyzysku nielegalnie przebywających osób i zwiększenie pewności prawa w odniesieniu do wszystkich zainteresowanych.

Państwa członkowskie muszą wydać decyzję nakazującą powrót niezależnie od tego, czy dany obywatel państwa trzeciego posiada ważny dokument tożsamości lub ważny dokument podróży, oraz niezależnie od tego, czy możliwa jest jego readmisja do państwa trzeciego.

Decyzje nakazujące powrót powinny mieć nieograniczony okres ważności. Właściwe organy krajowe powinny mieć możliwość wyegzekwowania decyzji nakazujących powrót bez konieczności ponownego wszczęcia procedury po upływie określonego czasu (na przykład po roku), pod warunkiem że nie nastąpiła istotna zmiana sytuacji faktycznej lub prawnej danego obywatela państwa trzeciego (np. nie doszło do zmiany statusu prawnego lub zmiany pod względem ryzyka odesłania), oraz nie naruszając prawa do bycia wysłuchanym oraz prawa do skutecznego środka odwoławczego.

Co do zasady właściwym kryterium służącym określeniu państwa członkowskiego odpowiedzialnego za przeprowadzenie procedur powrotu jest miejsce zatrzymania. Przykład: jeżeli migrant o nieuregulowanym statusie wjechał na terytorium UE przez państwo członkowskie A (i nie został wykryty), następnie przejechał przez państwa członkowskie B i C (i nie został wykryty), a następnie został zatrzymany w państwie członkowskim D, państwo członkowskie D jest odpowiedzialne za przeprowadzenie procedury powrotu. Tymczasowe przywrócenie kontroli na granicach wewnętrznych między państwami strefy Schengen nie ma wpływu na stosowanie tej zasady. Wyjątki od tej ogólnej zasady określono w sekcjach 5.2, 5.3, 5.4, 5.5 i 5.8 poniżej.

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Przewidzianą w prawie krajowym karę administracyjną z tytułu nielegalnego pobytu można nałożyć równoległe z wydaniem decyzji nakazującej powrót. Nałożenie takiej kary administracyjnej nie może jednak zastąpić zobowiązania państw członkowskich do wydania decyzji nakazującej powrót oraz przeprowadzenia wydalenia (zob. wyrok ETS w sprawie C-38/14, Zaizoune).
- Decyzje nakazujące powrót muszą zawierać pouczenie o obowiązku opuszczenia przez obywatela państwa trzeciego terytorium państwa członkowskiego, które wydało decyzję, w celu udania się do państwa trzeciego zgodnie z definicją „powrotu” (zob. sekcja 1.3), czyli, innymi słowy, o obowiązku opuszczenia przez obywatela państwa trzeciego terytoriów państw członkowskich UE i państw stowarzyszonych w ramach Schengen. Brak jasności co do obowiązku spoczywającego na obywatelu państwa trzeciego może w sposób niezamierzony powodować ryzyko nielegalnych wtórnych przepływów.
- Zgodnie z dyrektywą powrotową decyzje nakazujące powrót należy wydawać również w przypadku, gdy procedurę powrotu przeprowadza się z zastosowaniem umowy o readmisji: stosowanie umów o readmisji zawartych z państwem trzecim (obejmujących stosunki pomiędzy państwami członkowskimi UE a państwami trzecimi) nie wpływa na pełne i integralne zastosowanie dyrektywy powrotowej (obejmującej związek pomiędzy państwem przeprowadzającym procedurę wydalenia a osobą powracającą) w odniesieniu do każdego indywidualnego przypadku powrotu. W praktyce zastosowanie umowy o readmisji zakłada wcześniejsze wydanie decyzji nakazującej powrót.
- Ustawodawstwo krajowe może przewidywać, że obywatel państwa trzeciego jest zobowiązany do opuszczenia terytorium Unii, jeżeli jego pobyt jest nielegalny. Takie abstrakcyjne zobowiązanie prawne nie stanowi decyzji nakazującej powrót. Takie zobowiązanie należy w każdym przypadku potwierdzić indywidualną decyzją nakazującą powrót.
- Właściwe organy krajowe powinny w pełni wykorzystywać odpowiednie unijne systemy informatyczne, takie jak System Informacyjny Schengen drugiej generacji („SIS II”), Eurodac i wizowy system informacyjny („VIS”) celem wsparcia identyfikacji i indywidualnej oceny każdego przypadku oraz ułatwienia i wsparcia współpracy między państwami członkowskimi w ramach procedur powrotu i readmisji.
- W związku z koniecznością wykonania zobowiązania do wydania decyzji nakazujących powrót państwa członkowskie powinny wprowadzić wydajne i proporcjonalne środki służące lokalizacji, wykrywaniu i zatrzymywaniu przebywających nielegalnie na ich terytorium obywateli państw trzecich. W tym zakresie przypomina się, że art. 13 ust. 1 kodeksu granicznego Schengen stanowi, że państwa członkowskie zatrzymują i poddają procedurom powrotu obywateli państw trzecich, którzy nielegalnie przekroczyli granice zewnętrzne i którzy nie mają prawa przebywać na terytorium UE. Ponadto art. 14 dyrektywy w sprawie kar wobec pracodawców stanowi, że państwa członkowskie zapewniają, aby na ich terytorium przeprowadzane były skuteczne i odpowiednie kontrole mające na celu kontrolę zatrudniania nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich.

Praktyki w zakresie zatrzymań – poszanowanie praw podstawowych

Zobowiązanie państw członkowskich do wydania decyzji nakazującej powrót w odniesieniu do obywatela państwa trzeciego przebywającego nielegalnie na ich terytorium wymaga poszanowania praw podstawowych, w tym zasady proporcjonalności (motyw 24). Zgodny z prawem cel zwalczania nielegalnej migracji można rozważać w kontekście innych zgodnych z prawem interesów państwa, takich jak ogólne kwestie dotyczące zdrowia publicznego, interes państwa w zwalczaniu przestępczości, interes polegający na prowadzeniu kompletnego rejestru urodzeń, poszanowanie dobra dziecka (wyraźnie podkreślone w motywie 22), konwencji genewskiej (wyraźnie podkreślone w motywie 23) oraz innych istotnych praw podstawowych uznanych w karcie praw podstawowych.

Komisja odsyła do ustaleń zawartych w dokumencie Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 2012 r. „Zatrzymywanie migrantów w nielegalnej sytuacji – rozważania na temat praw podstawowych” (dokument Rady nr 13847/12), które należy traktować jako wskazówki dotyczące stosowania praktyk w zakresie zatrzymań w sposób zapewniający zarówno poszanowanie praw podstawowych przysługujących obywatelom państw trzecich, jak i skuteczne procedury powrotu. Można uznać, że praktyki stosowane przez państwa członkowskie, w ramach których wskazówki te są przestrzegane, nie naruszają obowiązku wydania decyzji nakazujących powrót w odniesieniu do przebywających nielegalnie obywateli państw trzecich na podstawie art. 6 ust. 1 dyrektywy powrotowej:

Dostęp do opieki zdrowotnej:

Migrantów o nieregulowanym statusie zwracających się o pomoc medyczną nie należy zatrzymywać w placówkach medycznych ani w pobliżu tych placówek.

Nie należy wymagać od placówek medycznych, aby udostępniały dane osobowe migrantów imigracyjnym organom ścigania do celów ewentualnego powrotu.

Dostęp do edukacji:

Migrantów o nieregulowanym statusie nie należy zatrzymywać w szkole ani w pobliżu szkoły, do której uczęszczają dzieci tych migrantów.

Nie należy wymagać od szkół, aby udostępniały dane osobowe migrantów imigracyjnym organom ścigania do celów ewentualnego powrotu.

Wolność religii:

Migrantów o nieregulowanym statusie nie należy zatrzymywać w uznanych obiektach religijnych ani w ich pobliżu podczas uczestniczenia w obrządkach religijnych.

Rejestracja urodzenia:

Migranci o nieregulowanym statusie powinni mieć możliwość rejestracji urodzenia i mieć możliwość otrzymania aktów urodzenia swoich dzieci bez zagrożenia zatrzymaniem.

Nie można wymagać od Urzędów Stanu Cywilnego wydających akty urodzenia, aby udostępniały dane osobowe migrantów imigracyjnym organom ścigania do celów ewentualnego powrotu.

Dostęp do wymiaru sprawiedliwości:

W interesie zwalczania przestępczości państwa członkowskie mogą rozważyć wprowadzenie dla ofiar i świadków możliwości zgłaszania przestępstw bez obawy, że zostaną zatrzymani. W tym celu można uwzględnić następujące dobre praktyki:

- wprowadzenie możliwości anonimowego lub częściowo anonimowego zgłaszania lub innych skutecznych mechanizmów zgłaszania,
- oferując ofiarom i świadkom poważnych przestępstw możliwość zwrócenia się do policji za pośrednictwem osób trzecich (takich jak rzecznik praw obywatelskich ds. imigrantów, specjalnie wyznaczeni urzędnicy; lub podmioty świadczące pomoc humanitarną lub prawną),
- określenie warunków, na jakich ofiary lub świadkowie przestępstw, w tym przemocy domowej, mogliby otrzymać dokumenty pobytowe, w oparciu o normy określone w dyrektywie Rady 2004/81/WE⁽¹⁾ oraz dyrektywie 2009/52/WE,

⁽¹⁾ Dyrektywa Rady 2004/81/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentu pobytowego wydawanego obywatelom państw trzecich, którzy są ofiarami handlu ludźmi lub wcześniej byli przedmiotem działań ułatwiających nielegalną imigrację, którzy współpracują z właściwymi organami (Dz.U. L 261 z 6.8.2004, s. 19).

- uwzględnienie potrzeby oddzielenia statusu imigracyjnego ofiar przemocy od posiadacza głównego zezwolenia, który jest jednocześnie sprawcą,
- opracowanie we współpracy z inspekcją pracy lub innymi właściwymi podmiotami ulotek w celu systematycznego i obiektywnego informowania migrantów zatrzymanych w miejscu pracy o dostępnych możliwościach wnoszenia skarg przeciw ich pracodawcom w oparciu o dyrektywę 2009/52/WE oraz podejmowanie kroków w tym kontekście w celu zabezpieczenia odpowiednich dowodów.

Migrantów o nieregulowanym statusie zwracających się o pomoc prawną nie należy zatrzymywać w siedzibach związków zawodowych lub innych jednostek oferujących takie wsparcie ani w ich pobliżu.

Ponadto Komisja zaleca, aby przebywających nielegalnie obywateli państw trzecich chcących uzyskać dostęp do miejsc, w których świadczone są usługi publiczne polegające na rejestracji wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej lub o uzyskanie statusu bezpaństwowca, nie zatrzymywać w takich obiektach ani w ich pobliżu.

Szczególne przypadki

5.1. Zatrzymanie w trakcie kontroli wyjazdowej

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 6

Decyzję nakazującą powrót można również wydać w pewnych okolicznościach, po przeprowadzeniu analizy poszczególnych przypadków oraz z poszanowaniem zasady proporcjonalności, jeżeli nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego zostanie zatrzymany na granicy zewnętrznej UE podczas opuszczania terytorium UE. Może być to uzasadnione w przypadkach, w których podczas kontroli wyjazdowych wykryto znaczne przekroczenie dozwolonego okresu pobytu lub nielegalny pobyt. W takich przypadkach państwa członkowskie mogą wszcząć procedurę powrotu z chwilą uzyskania informacji o nielegalnym pobycie oraz kontynuować procedurę prowadzącą do wydania decyzji nakazującej powrót, której towarzyszy zakaz wjazdu wystawiony zaocznie z zachowaniem gwarancji proceduralnych określonych w sekcji 11.3 i 12 poniżej.

Chociaż w takiej szczególnej sytuacji osoba i tak zamierza opuścić UE, wydanie decyzji nakazującej powrót może mieć sens, ponieważ jej wydanie umożliwia państwom członkowskim wydanie również zakazu wjazdu i w ten sposób zapobiega kolejnemu wjazdowi oraz potencjalnemu ryzyku nielegalnego pobytu.

Komisja wzywa państwa członkowskie, aby na potrzeby takich szczególnych sytuacji ustanowiły procedury w zakresie wydawania decyzji nakazujących powrót i, w razie potrzeby, zakazów wjazdu bezpośrednio w portach lotniczych, na innych przejściach przez granice zewnętrzne, lub, w przypadku zakazów wjazdu, w postępowaniu zaocznym (zob. sekcja 11.3).

Jeżeli obywatel państwa trzeciego przekroczył dozwolony w wizie lub zezwoleniu okres pobytu w pierwszym państwie członkowskim i opuszcza terytorium Unii przez drugie państwo członkowskie/państwo członkowskie tranzytu, decyzję nakazującą powrót i zakaz wjazdu będzie musiało wydać drugie państwo członkowskie („osoba nadmiernie przedłużająca pobyt” będzie również zazwyczaj osobą „przebywającą nielegalnie” w rozumieniu dyrektywy powrotowej w drugim państwie członkowskim).

5.2. Osoby, w odniesieniu do których inne państwa członkowskie wydało decyzję nakazującą powrót

Podstawa prawna: Dyrektywa 2001/40/WE ⁽¹⁾

Przypomnienie/wyjaśnienie: Skutek wydanej przez jedno państwo członkowskie decyzji nakazującej powrót w innym państwie członkowskim był tematem osobnego rozdziału V wniosku Komisji z 2005 r. dotyczącego dyrektywy powrotowej („Zatrzymanie w innych państwach członkowskich”). Rozdział ten, jak również art. 20 wniosku Komisji, w którym przewidziano uchylenie dyrektywy 2001/40/WE, zostały jednak usunięte podczas negocjacji, a dyrektywa 2001/40/WE pozostała w mocy. Dyrektywa 2001/40/WE jednoznacznie umożliwia uznanie decyzji nakazującej powrót wydanej przez właściwy organ jednego z państw członkowskich w stosunku do obywatela państwa trzeciego, który przebywa na terytorium innego państwa członkowskiego. W art. 6 dyrektywy powrotowej nie określono jednoznacznie przypadku, w którym drugie państwo członkowskie uznaje decyzję nakazującą powrót wydaną przez pierwsze państwo członkowskie zgodnie z dyrektywą 2001/40/WE. Dosłowna interpretacja art. 6, zgodnie z którą uznające państwo członkowskie również musiałyby wystawić kompletną drugą decyzję nakazującą powrót zgodnie z dyrektywą 2008/115/WE, pozbawiłaby dyrektywę 2001/40/WE wszelkiej wartości dodanej. Aby zapewnić skuteczność (*effet utile*) dalszego istnienia dyrektywy 2001/40/WE, konieczne było wypracowanie wykładni, która nadałaby praktyczne znaczenie dalszemu współistnieniu tych dwóch dyrektyw.

⁽¹⁾ Dyrektywa Rady nr 2001/40/WE z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie wzajemnego uznawania decyzji o wydalaniu obywateli państw trzecich (Dz.U. L 149 z 2.6.2001, s. 34).

Jeżeli państwo członkowskie A zatrzyma osobę, która została już objęta decyzją nakazującą powrót wydaną przez państwo członkowskie B, państwo członkowskie A może:

- a) wydać nową decyzję nakazującą powrót na podstawie art. 6 ust. 1 dyrektywy powrotowej; albo
- b) przekazać osobę z powrotem do państwa członkowskiego B na podstawie istniejącej umowy dwustronnej zgodnie z art. 6 ust. 3 dyrektywy powrotowej; albo
- c) uznać decyzję nakazującą powrót wydaną przez państwo członkowskie B zgodnie z dyrektywą 2001/40/WE.

Jeżeli państwo członkowskie A uzna decyzję nakazującą powrót wydaną przez państwo członkowskie B zgodnie z dyrektywą 2001/40/WE, to podczas wykonywania uznanej decyzji nakazującej powrót państwo to jest w dalszym ciągu zobowiązane do stosowania gwarancji związanych z wykonaniem obowiązku powrotu (wydalenia) przewidzianych w dyrektywie powrotowej.

W pewnych okolicznościach wzajemne uznawanie decyzji nakazujących powrót może przynieść istotną wartość dodaną – w szczególności w kontekście tranzytu osób powracających drogą lądową (zob. sekcja 6.4 poniżej). Komisja zachęca państwa członkowskie do korzystania z możliwości wzajemnego uznawania, jeżeli przyczynia się ono do przyspieszenia procedur powrotu oraz ograniczenia obciążenia administracyjnego.

5.3. Związek z przepisami dublińskimi

Podstawa prawna: Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 604/2013 ⁽¹⁾ („rozporządzenie dublińskie”) – art. 19 i 24

W art. 6 dyrektywy powrotowej nie wymieniono wyraźnie przypadku, w którym drugie państwo członkowskie korzysta z oferowanej w ramach rozporządzenia dublińskiego możliwości zwrócenia się do pierwszego państwa członkowskiego o przejęcie z powrotem nielegalnie przebywającego obywatela państwa trzeciego. Dosłowna interpretacja art. 6, zgodnie z którą wnioskuje (drugie) państwo członkowskie również musiałyby wydać kompletną decyzję nakazującą powrót zgodnie z dyrektywą 2008/115/WE, pozbawiałaby odnośnie przepisów dublińskie ich wartości dodanej. Treść rozporządzenia dublińskiego wyraźnie odnosi się do tej kwestii oraz przewiduje jasne zasady określające zastosowanie dyrektywy powrotowej oraz rozporządzenia dublińskiego.

Przypadki, w których obywatel państwa trzeciego wystąpił o azyl i uzyskał zezwolenie na pobyt jako osoba ubiegająca się o azyl w drugim państwie członkowskim, nie są objęte zakresem stosowania dyrektywy powrotowej, ponieważ obywatel państwa trzeciego posiada zezwolenie na pobyt jako osoba ubiegająca się o azyl, a więc nie można uznać tej osoby za przebywającą nielegalnie w drugim państwie członkowskim.

Z drugiej strony przypadki, w których obywatel państwa trzeciego nie wystąpił o azyl i nie uzyskał zezwolenia na pobyt jako osoba ubiegająca się o azyl w drugim państwie członkowskim są objęte zakresem stosowania dyrektywy powrotowej. Można rozważyć następujące sytuacje ⁽²⁾:

- a) Obywatel państwa trzeciego posiada status osoby ubiegającej się o azyl w pierwszym państwie członkowskim (postępowanie trwa, nie podjęto jeszcze ostatecznej decyzji): w tym przypadku rozporządzenie dublińskie ma zastosowanie w oparciu o podstawową zasadę stanowiącą, że w przypadku każdego obywatela państwa trzeciego składającego wniosek o udzielenie azylu w jednym z państw członkowskich, jedno państwo członkowskie powinno dokonać pełnej oceny potrzeb w zakresie ochrony międzynarodowej. Państwo członkowskie nie może nakazać temu obywatelowi państwa trzeciego powrotu do państwa trzeciego; zamiast tego może jedynie odesłać go do państwa członkowskiego odpowiedzialnego na podstawie rozporządzenia dublińskiego w celu rozpatrzenia jego wniosku;
- b) Obywatel państwa trzeciego wycofał swój wniosek o udzielenie azylu w pierwszym państwie członkowskim: jeżeli wycofanie wniosku *doprowadziło do odrzucenia wniosku* (na podstawie art. 27 lub 28 dyrektywy w sprawie procedur azylowych w wersji przekształconej), można stosować zasady przedstawione poniżej w lit. c) (wybór pomiędzy stosowaniem przepisów dublińskich lub dyrektywy powrotowej). Jeżeli wycofanie wniosku *nie doprowadziło do odrzucenia wniosku*, stosuje się rozporządzenie dublińskie (jako *lex specialis*) zgodnie z podstawową zasadą stanowiącą, że w przypadku każdego obywatela państwa trzeciego składającego wniosek o udzielenie azylu w jednym z państw członkowskich, jedno państwo członkowskie powinno dokonać pełnej oceny potrzeb w zakresie ochrony międzynarodowej.
- c) Obywatel państwa trzeciego otrzymał w pierwszym państwie członkowskim ostateczną decyzję o odrzuceniu jego wniosku o udzielenie azylu: w takim przypadku można dokonać wyboru pomiędzy stosowaniem rozporządzenia dublińskiego a stosowaniem dyrektywy powrotowej. W rozporządzeniu dublińskim możliwość dokonania takiego wyboru wyraźnie określono w art. 24 ust. 4 oraz dodano wyjaśnienie, że z chwilą gdy organy postanowią wystąpić z wnioskiem na podstawie przepisów dublińskich, stosowanie dyrektywy powrotowej oraz procedur powrotu zostaje zawieszane i zastosowanie mają wyłącznie przepisy dublińskie (zasada ta ma wpływ również na przepisy w sprawie środka detencyjnego i środków odwoławczych).

⁽¹⁾ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 604/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca (Dz.U. L 180 z 29.6.2013, s. 31).

⁽²⁾ Podane przykłady uproszczono do celów informacyjnych. W praktyce każdy przypadek należy oceniać na podstawie indywidualnych uwarunkowań.

d) Obywatel państwa trzeciego był już objęty z powodzeniem procedurą powrotu/wydalenia (po odrzuceniu lub wycofaniu wniosku o udzielenie azylu) z pierwszego państwa członkowskiego do państwa trzeciego: jeżeli obywatel państwa trzeciego ponownie wjeżdża na terytorium UE, art. 19 ust. 3 rozporządzenia dublińskiego wyraźnie określa, że pierwsze państwo członkowskie nie może już ponosić odpowiedzialności za danego obywatela państwa trzeciego (a zatem nie będzie istniała możliwość przekazania takiego obywatela temu państwu członkowskiemu). Zastosowanie będzie miała zatem dyrektywa powrotowa.

Praktyczne przykłady:

- Osoba ubiegająca się o udzielenie ochrony międzynarodowej w państwie członkowskim A podróżuje bez uprawnienia do sąsiadującego państwa członkowskiego B (przekraczając granice wewnętrzne), gdzie zostaje zatrzymana przez policję. Ponieważ taka osoba jest objęta zakresem stosowania rozporządzenia dublińskiego, zostaje odesłana z państwa członkowskiego B z powrotem do państwa członkowskiego A. Czy państwo członkowskie B powinno w tej sytuacji wydać decyzję nakazującą tej osobie powrót z tytułu nielegalnego pobytu na danym terytorium?
 - Nadrzędne zastosowanie mają przepisy rozporządzenia dublińskiego. Państwo członkowskie B nie może wydać żadnej decyzji nakazującej powrót.
- Czy państwo członkowskie A (w ramach opisanego wyżej scenariusza) może samodzielnie wydać decyzję nakazującą powrót (razem z zakazem wjazdu, który zostanie wstrzymany do momentu zakończenia procedury azylowej)?
 - Nie. Dopóki dana osoba posiada prawo pobytu jako osoba ubiegająca się o azyl w państwie członkowskim A, jej pobyt w państwie członkowskim A nie jest nielegalny w rozumieniu dyrektywy powrotowej, i w związku z tym państwo członkowskie A nie może wydać żadnej decyzji nakazującej powrót.
- Pobyt obywatela państwa trzeciego, któremu państwo członkowskie A przyznało ochronę międzynarodową, w państwie członkowskim B jest nielegalny (np. przekroczenie dozwolonego okresu pobytu o 90 dni). Czy dyrektywa powrotowa ma zastosowanie w takich sytuacjach? Jakie procedury będą miały zastosowanie, jeżeli osoba ta odmówi dobrowolnego powrotu do pierwszego państwa członkowskiego, które udzieliło jej ochrony?
 - Rozporządzenie dublińskie nie zawiera przepisów dotyczących przyjmowania z powrotem osób korzystających z ochrony międzynarodowej. Zatem zastosowanie ma „ogólny system” określony w art. 6 ust. 2 dyrektywy powrotowej. Oznacza to, że państwo członkowskie B będzie musiało poprosić taką osobę, aby wróciła do państwa członkowskiego A, a jeżeli osoba ta nie wykona tego zobowiązania dobrowolnie, państwo członkowskie B będzie musiało rozważyć wydanie decyzji nakazującej powrót, biorąc pod uwagę wszystkie gwarancje przewidziane w dyrektywie powrotowej, w tym w szczególności zasadę *non-refoulement*. W pewnych okolicznościach, jeżeli powrót lub wydalenie do państwa trzeciego są niemożliwe, a „przekazanie z powrotem” danej osoby do innego państwa członkowskiego może kwalifikować się jako korzystniejszy środek (zob. sekcja 3), państwo członkowskie B może przekazać taką osobę z powrotem państwu członkowskiemu A. procedury związane z „przekazaniem z powrotem” nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich do innego państwa członkowskiego reguluje prawo krajowe.
- Obywatel państwa trzeciego, od którego pobrano odciski palców po nielegalnym wjeździe do państwa członkowskiego A i który nie ubiegał się o udzielenie azylu w państwie członkowskim A, zostaje zatrzymany w państwie członkowskim B. Czy państwo członkowskie B może przekazać taką osobę z powrotem państwu członkowskiemu A zgodnie z przepisami dublińskimi?
 - Nie. Ponieważ nie istnieje żaden związek z procedurą azylową, rozporządzenie dublińskie nie ma zastosowania.

5.4. Nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego uprawniony do pobytu w innym państwie członkowskim

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 6 ust. 2

Obywatele państw trzecich nielegalnie przebywający na terytorium jednego z państw członkowskich oraz posiadający ważne zezwolenie na pobyt lub inne zezwolenie upoważniające ich do pobytu wydane przez inne państwo członkowskie, mają obowiązek natychmiast udać się na terytorium tego państwa członkowskiego. Jeżeli dany obywatel państwa trzeciego nie wypełni tego obowiązku lub gdy natychmiastowy wyjazd danego obywatela państwa trzeciego jest konieczny ze względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa narodowego, zastosowanie ma ust. 1.

Przepis ten – który zastępuje podobny przepis zawarty w art. 23 ust. 2 i 3 Konwencji wykonawczej do układu z Schengen⁽¹⁾ – stanowi, że nie należy wydawać decyzji nakazującej powrót w odniesieniu do nielegalnie przebywającego obywatela państwa trzeciego, który posiada ważne zezwolenie na pobyt w innym państwie członkowskim. W takich przypadkach dany obywatel państwa trzeciego powinien w pierwszej kolejności zostać zobowiązany do natychmiastowego powrotu do państwa członkowskiego, w którym jest upoważniony do pobytu. Decyzję nakazującą powrót wydaje się wyłącznie w przypadku, gdy wspomniana osoba nie zastosuje się do tego zobowiązania, lub w przypadku zagrożenia dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa narodowego.

⁽¹⁾ Konwencja wykonawcza do układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 roku między rządami Państw Unii Gospodarczej Beneluxu, Republiki Federalnej Niemiec oraz Republiki Francuskiej w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach (Dz.U. L 239 z 22.9.2000, s. 19).

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Forma, w jakiej wydawana jest decyzja stwierdzająca, że dana osoba ma obowiązek „natychmiast udać się na terytorium tego państwa członkowskiego”, powinna zostać ustalona zgodnie z prawem krajowym. Zaleca się, aby wydawać decyzje na piśmie, dołączając do nich uzasadnienie. Aby uniknąć nieporozumień, taka decyzja nie powinna być oznaczona jako „decyzja nakazująca powrót”.
- Okres wyznaczony na powrót do innego państwa członkowskiego: nie można wskazać w sposób ogólny czasu, jaki powinien upłynąć między zobowiązaniem danej osoby do udania się na terytorium innego państwa członkowskiego a momentem, w którym wydaje się decyzję nakazującą powrót zgodnie z art. 6 ust. 1. Należy wybrać odpowiednie ramy czasowe zgodne z prawem krajowym, biorąc pod uwagę indywidualne okoliczności, zasadę proporcjonalności i fakt, że w powyższym przepisie prawnym zostało zastosowane określenie „natychmiastowy”. Czas od momentu zobowiązania do udania się do innego państwa członkowskiego do momentu wydania decyzji nakazującej powrót zgodnie z art. 6 ust. 1 nie może być wliczany do okresu, w którym upływa termin dobrowolnego wyjazdu, ponieważ termin ten stanowi element decyzji nakazującej powrót, a jego bieg rozpoczyna się dopiero po wydaniu decyzji nakazującej powrót.
- Kontrola wyjazdu do innego państwa członkowskiego: w prawie Unii nie określa się, w jaki sposób należy kontrolować wykonanie obowiązku powrotu do innego państwa członkowskiego. Państwa członkowskie powinny zapewnić, zgodnie z prawem krajowym, aby po wydaniu przez nie decyzji podejmowane były odpowiednie działania następcze.
- Kontrola ważności dokumentów pobytowych/zezwoleń wydanych przez inne państwo członkowskie: obecnie nie istnieje żaden centralny system wymiany informacji w tej sprawie między państwami członkowskimi. Zachęca się państwa członkowskie do podejmowania dwustronnej współpracy i bezzwłocznego dostarczania sobie nawzajem odpowiednich informacji, zgodnie z prawem krajowym i porozumieniem dotyczącym dwustronnej współpracy. Istniejące krajowe punkty kontaktowe (np. wymienione w załączniku 2 do podręcznika Schengen ⁽¹⁾) mogą również zostać wykorzystane do tego celu.
- Pojęcie „zezwoleń na pobyt lub inne zezwolenie upoważniające do pobytu” ⁽²⁾ jest bardzo szerokie i obejmuje każdy status nadany przez państwo członkowskie lub zezwolenie przez nie wydane, które upoważnia do legalnego pobytu, a nie jedynie zatwierdzenie czasowego wstrzymania powrotu/wydalenia.

Termin ten obejmuje następujące dokumenty:

- wizę długoterminową (która przyznaje prawo do pobytu),
- tymczasową zgodę na pobyt ze względów humanitarnych (o ile taka zgoda upoważnia do pobytu, a nie stanowi jedynie zwykłego wstrzymania powrotu),
- dokument pobytowy, którego okres ważności dobiegł końca i który wydano na podstawie statusu ochrony międzynarodowej, który nie stracił jednak jeszcze swojej ważności (status ochrony międzynarodowej nie zależy od ważności dokumentu potwierdzającego, że dana osoba jest objęta tym statusem),
- ważną wizę w nieważnym dokumencie podróży (którego okres ważności dobiegł końca) – zgodnie z odpowiednimi przepisami Unii, nie dopuszcza się możliwości wydawania wizy o dłuższym okresie ważności niż okres ważności paszportu. Zatem w praktyce nigdy nie powinno dojść do sytuacji, w której w paszporcie, który stracił ważność, będzie znajdowała się ważna wiza. Jeżeli jednak dojdzie do takiej sytuacji, dany obywatel państwa trzeciego nie powinien być niesłusznie karany. Szczegółowe wytyczne dotyczące odpowiednich przepisów wizowych można znaleźć w zaktualizowanym podręczniku wizowym – część II, pkt 4.1.1 i 4.1.2 ⁽³⁾).

Termin ten nie obejmuje następujących dokumentów:

- dokumentu pobytowego, którego okres ważności dobiegł końca i który wydano na podstawie dokumentu przyznającego prawo pobytu, którego okres ważności dobiegł końca,
 - podrobionych, fałszywych i sfalszowanych paszportów lub dokumentów pobytowych,
 - dokumentu potwierdzającego tymczasowe wstrzymanie wydalenia,
 - pobytu tolerowanego (w zakresie, w jakim pobyt tolerowany nie oznacza uprawnień do legalnego pobytu).
- Wstrzymanie się od wydalania do innych państw członkowskich jako zasada ogólna: jeżeli obywatel państwa trzeciego nie zgadza się na dobrowolny powrót zgodnie z art. 6 ust. 2 do państwa członkowskiego, w którym posiada zezwolenie na pobyt, zastosowanie ma art. 6 ust. 1 i zostaje wydana decyzja nakazująca powrót, w której przewiduje się bezpośredni powrót do państwa trzeciego. Nie istnieje możliwość przymusowego przekazania takiej osoby z powrotem do tego innego państwa członkowskiego, chyba że taka możliwość została wyraźnie przewidziana w obowiązującej umowie dwustronnej zawartej między państwami członkowskimi, która

⁽¹⁾ Zalecenie Komisji C(2006) 5186 final z dnia 6 listopada 2006 r. ustanawiające wspólny „Praktyczny podręcznik dla straży granicznej (podręcznik Schengen)” przeznaczony dla właściwych organów państw członkowskich prowadzących kontrolę osób na granicach, z późniejszymi zmianami.

⁽²⁾ Pojęcie to jest wieloznaczne i obejmuje także wszystkie te przypadki, które są wyraźnie wyłączone z zakresu definicji „dokumentu pobytowego”, zgodnie z art. 2 pkt 16 lit. b) ppkt (i) i (ii) kodeksu granicznego Schengen.

⁽³⁾ Decyzja Komisji C(2010) 1620 z dnia 19 marca 2010 r. ustanawiająca podręcznik do rozpatrywania wniosków wizowych i zmieniania wydanych wiz, z późniejszymi zmianami.

obowiązywała już w dniu 13 stycznia 2009 r. (zob. sekcja 5.5), lub w pewnych okolicznościach, gdy powrót lub wydalenie do państwa trzeciego nie są możliwe, a państwo członkowskie, które wydało zezwolenie na pobyt, zgadza się przyjąć tę osobę z powrotem.

- Wstrzymanie się od wydawania zakazów wjazdu do UE przy stosowaniu przepisów art. 6 ust. 2: przy przekazywaniu z powrotem nielegalnie przebywającego obywatela państwa trzeciego do innego państwa członkowskiego na podstawie art. 6 ust. 2 nie można wydać żadnego zakazu wjazdu do UE na podstawie art. 11, ponieważ art. 11 ma zastosowanie wyłącznie w związku z wydawaniem decyzji nakazującej powrót, a nie ma zastosowania w przypadkach samego „przekazywania z powrotem” do innego państwa członkowskiego. Ponadto z praktycznego punktu widzenia wydawanie zakazu wjazdu do UE nie ma sensu w sytuacji, w której dana osoba będzie kontynuowała legalny pobyt w innym państwie członkowskim.
- Natychmiastowy wyjazd jest konieczny ze względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa narodowego: w sytuacjach wyjątkowych, o których mowa w art. 6 ust. 2 (zdanie drugie) (przypadek drugi), daną osobę należy natychmiast objąć decyzją nakazującą powrót i wydalic do państwa trzeciego. Należy poinformować o tym fakcie państwo członkowskie, w którym dana osoba jest uprawniona do pobytu.

Praktyczny przykład:

- Jakie przepisy dyrektywy powrotowej należy stosować względem obywateli państw trzecich wykrytych w państwie członkowskim A, którzy posiadają ważny dokument pobytowy wydany przez państwo członkowskie B i jednocześnie wobec których państwo członkowskie C dokonało wpisu do SIS (wydało zakaz wjazdu)?
 - Państwo członkowskie A powinno zastosować art. 6 ust. 2 dyrektywy i zobowiązać tę osobę do powrotu do państwa członkowskiego B. Jeżeli chodzi o współistnienie zakazu wjazdu wydanego przez państwo członkowskie C i zezwolenia na pobyt wydanego przez państwo członkowskie B, sytuacja ta musi zostać wyjaśniona dwustronnie między państwem członkowskim dokonującym wpisu (C) a państwem członkowskim, które wydało zezwolenie na pobyt (B), zgodnie z art. 25 ust. 2 Konwencji wykonawczej do układu z Schengen.

5.5. Nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego objęty obowiązującymi umowami dwustronnymi zawartymi między państwami członkowskimi

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 6 ust. 3

- Orientacyjny wykaz istniejących dwustronnych umów o readmisji zawartych między państwami członkowskimi można znaleźć na stronie: <http://rsc.eui.eu/RDP/research/analyses/ra/>

Państwa członkowskie mogą wstrzymać się od wydania decyzji nakazującej powrót wobec obywatela państwa trzeciego nielegalnie przebywającego na ich terytorium, jeżeli dany obywatel państwa trzeciego zostanie przyjęty przez inne państwo członkowskie na podstawie dwustronnych umów lub porozumień obowiązujących w chwili wejścia w życie niniejszej dyrektywy (tj. w dniu 13 stycznia 2009 r.). W takim przypadku państwo członkowskie, które przyjęło danego obywatela państwa trzeciego, stosuje ust. 1.

Przepis ten przewiduje – w drodze wyjątku i w formie „klauzuli zawieszającej” – możliwość przekazania przez państwa członkowskie migrantów o nieuregulowanym statusie z powrotem do innych państw członkowskich na podstawie dwustronnych umów lub porozumień obowiązujących w dniu 13 stycznia 2009 r.

Przypomnienie/wyjaśnienie kontekstu historycznego: przepis ten został włączony do tekstu dyrektywy powrotowej na późnym etapie negocjacji w wyniku zdecydowanego żądania ze strony niektórych państw członkowskich, aby dyrektywa powrotowa nie zobowiązywała ich do zmiany utrwalonych praktyk w zakresie powtórnego przyjmowania nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich z innych państw członkowskich/przekazywania ich z powrotem tym państwom członkowskim na podstawie umów dwustronnych.

Zasadą, na której opiera się dyrektywa powrotowa, jest bezpośredni powrót nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich z UE do państw trzecich. Art. 6 ust. 3 dyrektywy przewiduje zatem wyjątek, który dotyczący wyłącznie obowiązku wydania decyzji nakazującej powrót przez państwa członkowskie względem obywatela państwa trzeciego przebywającego na ich terytorium i zgodnie z którym taki obowiązek przechodzi na państwo członkowskie, które przyjmuje z powrotem danego obywatela państwa trzeciego. Artykuł ten *nie* określa wyjątku dotyczącego zakresu stosowania dyrektywy powrotowej, dodatkowego w stosunku do wyjątków określonych w art. 2 ust. 2 – zob. wyrok ETS w sprawie C-47/15, Affum (pkt 82–85).

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Późniejsze wykorzystanie umów dwustronnych zawartych między państwami członkowskimi A–B i B–C: w dyrektywie powrotowej, a w szczególności w jej art. 6 ust. 3, nie wprowadza się wyraźnego zakazu w odniesieniu do „efektu domino” w zakresie przyjmowania z powrotem w ramach obowiązujących porozumień dwustronnych. Ważne jest jednak, aby ostatecznie jedno państwo członkowskie przeprowadziło pełną procedurę powrotu, zgodnie z przedmiotową dyrektywą. Ponieważ tego rodzaju dalsze procedury są zarówno kosztowne dla administracji, jak i wiążą się z dodatkowymi niedogodnościami dla osoby powracającej, zachęca się państwa członkowskie do powstrzymania się od stosowania tej praktyki.

- Wstrzymanie się od wydawania zakazów wjazdu do UE przy stosowaniu przepisów art. 6 ust. 3: przekazując z powrotem nielegalnie przebywającego obywatela państwa trzeciego do innego państwa członkowskiego na podstawie art. 6 ust. 3, nie można wydać żadnego zakazu wjazdu do UE zgodnie z art. 11, ponieważ art. 11 ma zastosowanie wyłącznie w związku z wydawaniem decyzji nakazującej powrót, a nie ma zastosowania w przypadkach samego „przekazywania z powrotem” do innego państwa członkowskiego. Ponadto z praktycznego punktu widzenia wydawanie zakazu wjazdu do UE nie ma sensu w sytuacji, w której dana osoba nie opuszcza jeszcze UE. Jeżeli chodzi o możliwość wydawania wyłącznie krajowych zakazów wjazdu w wyjątkowych okolicznościach zgodnie z art. 25 ust. 2 Konwencji wykonawczej do układu z Schengen, zob. sekcja 11.8.
- Decyzja o przekazaniu obywatela państwa trzeciego do innego państwa członkowskiego: decyzja taka stanowi jeden ze środków przewidzianych w dyrektywie powrotowej w celu zakończenia nielegalnego pobytu obywatela państwa trzeciego, zaś jej wydanie – etap przygotowawczy do jego wydalenia z terytorium Unii. Państwa członkowskie muszą zatem wydać tę decyzję przy zachowaniu należytej staranności i w najkrótszym możliwym terminie, tak aby ów obywatel mógł jak najszybciej zostać przekazany państwu członkowskiemu odpowiedzialnemu za zastosowanie procedury powrotu – zob. wyrok ETS w sprawie C-47/15, Affum (pkt 87).
- Ponieważ pojęcie „powrót” zgodnie z dyrektywą powrotową zawsze oznacza powrót do państwa trzeciego, zaleca się oznaczanie tego rodzaju decyzji krajowych określeniem „decyzja o przekazaniu” lub „decyzja o przeniesieniu z powrotem”, a nie „decyzja nakazująca powrót”.
- Klauzula zawieszająca: art. 6 ust. 3 jest wyraźną klauzulą zawieszającą. Państwa członkowskie mogą korzystać z możliwości przewidzianej w art. 6 ust. 3 wyłącznie w związku z dwustronnymi porozumieniami o readmisji, które weszły w życie przed dniem 13 stycznia 2009 r. Obowiązujące umowy, które zostały renegotjowane lub odnowione po dniu 13 stycznia 2009 r., nadal mogą być objęte art. 6 ust. 3, jeżeli renegotjowana/odnowiona umowa stanowi zmianę obowiązującej już umowy i jest wyraźnie oznaczona jako taka zmiana. Jeżeli renegotjowana/odnowiona umowa jest umową *aliud* (całkowicie nową umową, inną co do istoty sprawy), wówczas art. 6 ust. 3 nie ma do niej zastosowania.
- Umowy o readmisji zawarte między państwami członkowskimi należącymi do strefy Schengen a Zjednoczonym Królestwem: do celów wykładni art. 6 ust. 3 Zjednoczone Królestwo należy traktować jak państwo członkowskie.

5.6. Nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego, któremu wydano zgodę/zezwoleńie na pobyt ze względów humanitarnych (lub innych)

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 6 ust. 4

Państwa członkowskie mogą w dowolnym momencie postanowić o wydaniu obywatelowi państwa trzeciego nielegalnie przebywającemu na ich terytorium, niezależnego zezwolenia na pobyt lub innego zezwolenia upoważniającego go do pobytu, ze względu na jego ciężką sytuację albo z przyczyn humanitarnych lub z innych przyczyn. W takim przypadku nie wydaje się decyzji nakazującej powrót. Jeżeli decyzja nakazująca powrót została już wydana, należy ją uchylić lub zawiesić na okres ważności wspomnianego zezwolenia na pobyt lub innego zezwolenia upoważniającego do pobytu.

Państwa członkowskie mogą w dowolnym momencie udzielić zezwolenia na pobyt lub prawa do pobytu nielegalnie przebywającemu obywatelowi państwa trzeciego. W takim przypadku wszelkie toczące się procedury powrotu zostają zakończone, a wydana już decyzja nakazująca powrót lub wydany już nakaz wydalenia muszą zostać uchylone lub zawieszane, w zależności od charakteru zezwolenia. Dotyczy to również przypadków, w których państwa członkowskie mają obowiązek przyznania prawa pobytu, np. w następstwie złożenia wniosku o udzielenie azylu.

To państwa członkowskie decydują o wyborze podejścia (wycofanie lub zawieszenie decyzji nakazującej powrót), biorąc pod uwagę charakter i prawdopodobny okres ważności przyznanego zezwolenia na pobyt lub prawa pobytu, a także konieczność zapewnienia skutecznych procedur powrotu. Zgodnie jednak z wyrokiem ETS w sprawie C-601/15, J.N. (1) (pkt 75–80), jeżeli państwo członkowskie przyznaje prawo do pozostania na terytorium państwa członkowskiego obywatelowi państwa trzeciego, który zwrócił się z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej i wobec którego wydano decyzję nakazującą powrót, zanim złożył on odośnośny wniosek, wówczas państwa członkowskie powinny zawiesić wykonanie decyzji nakazującej powrót (a nie ją uchylić) do momentu podjęcia decyzji w odpowiedzi na wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej (zob. również sekcja 7).

5.7. Nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego objęty toczącą się procedurą przedłużenia zezwolenia na pobyt/innego zezwolenia

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 6 ust. 5

Jeżeli wobec obywatela państwa trzeciego nielegalnie przebywającego na terytorium danego państwa członkowskiego toczy się procedura mająca na celu przedłużenie ważności zezwolenia na pobyt lub innego zezwolenia upoważniającego do pobytu, wspomniane państwo członkowskie rozważa wstrzymanie się od wydania decyzji nakazującej powrót aż do zakończenia toczącej się procedury, bez uszczerbku dla ust. 6.

Państwa członkowskie mogą wstrzymać się od wydania decyzji nakazującej powrót wobec nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, którzy czekają na decyzję w sprawie przedłużenia ważności ich zezwolenia. Przepis ten ma na celu ochronę obywateli państw trzecich, którzy przebywali legalnie w państwie członkowskim przez określony czas i którzy – z powodu opóźnień w procedurze prowadzącej do przedłużenia ich zezwolenia – czasowo stali się osobami

(1) Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 lutego 2016 r. w sprawie C-601/15 PPU, J.N., ECLI:EU:C:2016:84.

przebywającymi nielegalnie. Przepis ten dotyczy toczącej się procedury przedłużenia ważności zezwolenia na pobyt wyłącznie w państwie członkowskim zatrzymania („wspomniane państwo członkowskie”). Zachęca się państwa członkowskie do stosowania przepisu również w przypadkach, w których istnieje prawdopodobieństwo, że wniosek o przedłużenie ważności będzie pozytywnie rozpatrzony, oraz w celu zapewnienia, by zainteresowane osoby były traktowane co najmniej tak samo, jak osoby powracające w okresie przed upływem terminu dobrowolnego wyjazdu lub w okresie wstrzymanego powrotu.

Przepis ten nie obejmuje toczących się procedur przedłużenia ważności zezwolenia na pobyt w innym państwie członkowskim. Fakt, że dana osoba jest objęta toczącą się procedurą przedłużania ważności zezwolenia na pobyt w innym państwie członkowskim może jednak w określonych okolicznościach uzasadniać wstrzymanie powrotu zgodnie z art. 9 ust. 2 lub zastosowanie korzystniejszych środków zgodnie z art. 4 ust. 3.

5.8. Szczegółowe przepisy zawarte w dyrektywach w sprawie legalnej migracji dotyczące readmisji między państwami członkowskimi w przypadkach mobilności wewnątrzunijnej

Podstawa prawna: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/66/UE ⁽¹⁾ („dyrektywa w sprawie przeniesień wewnątrz przedsiębiorstwa”) – art. 23; dyrektywa Rady 2003/109/WE ⁽²⁾ („dyrektywa w sprawie rezydentów długoterminowych”) (zmieniona dyrektywą Rady 2011/51/UE ⁽³⁾) – art. 12 i 22; dyrektywa Rady 2009/50/WE ⁽⁴⁾ („dyrektywa w sprawie niebieskiej karty”) – art. 18

Przywołane powyżej dyrektywy zawierają szczegółowe przepisy dotyczące readmisji między państwami członkowskimi w przypadkach wewnątrzunijnej mobilności obywateli państw trzecich niektórych kategorii (osób objętych przeniesieniem wewnątrz przedsiębiorstwa; posiadaczy niebieskich kart UE; rezydentów długoterminowych). Przepisy te uznaje się za *leges speciales* (przepisy szczególne) i należy je stosować w pierwszej kolejności w przypadkach wyraźnie objętych wspomnianymi dyrektywami.

6. DOBROWOLNY WYJAZD

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 7 ust. 1

Bez uszczerbku dla wyjątków, o których mowa w ust. 2 i 4, w decyzji nakazującej powrót wyznacza się odpowiedni termin dobrowolnego wyjazdu, który wynosi od siedmiu do trzydziestu dni. Państwa członkowskie mogą określić w prawie krajowym, że termin ten jest wyznaczany jedynie na wniosek danego obywatela państwa trzeciego. W takim przypadku państwa członkowskie informują danych obywateli państw trzecich o możliwości złożenia takiego wniosku.

Propagowanie dobrowolnych wyjazdów jest jednym z głównych celów dyrektywy powrotowej. O ile nie istnieją powody do stwierdzenia, że dobrowolny wyjazd w ramach wykonania zobowiązania do powrotu godziłby w cel powrotu, taki dobrowolny wyjazd stanowi lepsze rozwiązanie niż wydalenie z trzech powodów: jest to godniejsza, bezpieczniejsza i często bardziej opłacalna opcja powrotu.

Chociaż w okresie przed upływem terminu dobrowolnego wyjazdu dany obywatel państwa trzeciego podlega zobowiązaniu do powrotu, to jednak wykonanie tego zobowiązania nie może zostać wyegzekwowane do czasu upłynięcia tego okresu, lub do momentu wystąpienia ryzyka ucieczki, lub zagrożenia dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego, lub do momentu odrzucenia wniosku o pozwolenie na legalny pobyt jako oczywiście bezzasadnego lub zawierającego fałszywe informacje (zob. sekcja 6.3). Zachęca się państwa członkowskie, aby oferowały możliwość dobrowolnego wyjazdu jak największej liczbie osób powracających oraz by odstępowały od niej jedynie w tych przypadkach, w których istnieje zagrożenie, że może to godzić w cel procedury powrotu.

Ostatnie zdanie w art. 7 ust. 1 umożliwia państwom członkowskim podjęcie decyzji, że termin dobrowolnego wyjazdu wyznacza się na wniosek obywateli państw trzecich. W takiej sytuacji informacje dotyczące możliwości ubiegania się o termin dobrowolnego wyjazdu należy przekazywać indywidualnie zainteresowanym obywatelom państw trzecich. Arkusze informacji ogólnych dostępne do wglądu publicznego (np. ogłoszenie możliwości złożenia takiego wniosku na stronie internetowej urzędów imigracyjnych lub wydrukowanie plakatów i umieszczenie ich na tablicach informacyjnych na terenie lokalnych organów imigracyjnych) mogą okazać się pomocne, ale powinno im towarzyszyć przekazanie informacji poszczególnym zainteresowanym osobom. W przypadku małoletnich, przekazując tego rodzaju informacje, należy przyjąć podejście dostosowane do dziecka i do konkretnej sytuacji, ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji małoletnich bez opieki.

Państwa członkowskie mogą również podjąć decyzję o wyznaczeniu terminu dobrowolnego wyjazdu na wniosek nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich należących do niektórych kategorii (np. osób, których wniosek o pozwolenie na legalny pobyt został odrzucony jako oczywiście bezzasadny lub zawierający fałszywe informacje), lub na wniosek o wsparcie (np. pomoc w zakresie reintegracji), a także mogą podjąć decyzję, że w pozostałych przypadkach wyznaczenie takiego terminu nie wymaga uprzedniego złożenia wniosku.

⁽¹⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/66/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie warunków wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich w ramach przeniesienia wewnątrz przedsiębiorstwa (Dz.U. L 157 z 27.5.2014, s. 1).

⁽²⁾ Dyrektywa Rady 2003/109/WE z dnia 25 listopada 2003 r. dotycząca statusu obywateli państw trzecich będących rezydentami długoterminowymi (Dz.U. L 16 z 23.1.2004, s. 44).

⁽³⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/51/UE z dnia 11 maja 2011 r. zmieniająca dyrektywę Rady 2003/109/WE w celu rozszerzenia jej zakresu na osoby objęte ochroną międzynarodową (Dz.U. L 132 z 19.5.2011, s. 1).

⁽⁴⁾ Dyrektywa Rady 2009/50/WE z dnia 25 maja 2009 r. w sprawie warunków wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich w celu podjęcia pracy w zawodzie wymagającym wysokich kwalifikacji (Dz.U. L 155 z 18.6.2009, s. 17).

Komisja zaleca wyznaczanie terminu dobrowolnego wyjazdu na wniosek zainteresowanych obywateli państw trzecich, z jednoczesnym zapewnieniem należytego i systematycznego przedstawiania obywatelom państw trzecich koniecznych informacji, które musi zawierać taki wniosek.

Programy wspomaganych dobrowolnych powrotów: chociaż dyrektywa powrotowa nie zobowiązuje państw członkowskich do wprowadzenia programu wspomaganych dobrowolnych powrotów, to jednak jej motyw 10 potwierdza, że „aby zachęcać do powrotów dobrowolnych, państwa członkowskie powinny zapewnić lepszą pomoc i doradztwo w tym zakresie oraz jak najlepiej wykorzystywać stosowne możliwości finansowania”. Państwa członkowskie zdecydowanie zachęca się zatem do udostępniania w ramach procedur programów wspomaganych dobrowolnych powrotów, stanowiących element działań promujących bardziej humanitarny i godny powrót oraz, w ujęciu ogólnym, zwiększających skuteczność procedury powrotu. Aby ułatwić dostęp do takich programów oraz zagwarantować podejmowanie świadomych decyzji przez zainteresowanych obywateli państw trzecich, państwa członkowskie powinny zapewnić odpowiednie rozpowszechnianie informacji na temat dobrowolnych powrotów i programów wspomaganych dobrowolnych powrotów, również we współpracy z organami krajowymi, które mogą mieć bezpośredni kontakt z obywatelami państw trzecich (np. organy świadczące usługi społeczne, zdrowotne i edukacyjne), organizacjami pozarządowymi i innymi organami. W przypadku małoletnich, przekazując tego rodzaju informacje, należy przyjąć podejście dostosowane do dziecka i do konkretnej sytuacji. Programy krajowe powinny być zgodne z niewiązującymi wspólnymi normami w zakresie programów wspomaganych dobrowolnych powrotów (i środków reintegracyjnych) realizowanych przez państwa członkowskie⁽¹⁾, opracowanymi przez Komisję we współpracy z państwami członkowskimi i zatwierdzonymi przez Radę ds. WSISW w jej konkluzjach z 9–10 czerwca 2016 r.⁽²⁾.

Grupa ekspertów ds. powrotów (REG) Europejskiej Sieci Migracyjnej (ESM) ma na celu usprawnienie pod względem praktycznym współpracy między państwami a zainteresowanymi stronami w dziedzinie powrotów oraz programów wspomaganych dobrowolnych powrotów i środków reintegracyjnych. Powinna ona być głównym narzędziem gromadzenia i wymiany informacji, a państwa członkowskie zachęca się do jej aktywnego wykorzystywania.

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Ramy czasowe 7–30 dni stanowią ogólnie przyjętą zasadę. Państwa członkowskie są zobowiązane do wyznaczenia terminu z poszanowaniem powyższych ram, chyba że szczególne okoliczności konkretnego przypadku uzasadniają przedłużenie tego terminu zgodnie z art. 7 ust. 2 dyrektywy powrotowej (zob. sekcja 6.1).
- Przyznanie terminu 60 dni w ramach ogólnej zasady byłoby niezgodne z ujednoliceniem i wspólną dyscypliną przewidzianymi w dyrektywie powrotowej, aby ramy czasowe wynosiły 7–30 dni, a zatem nie można uznać tego postanowienia za korzystniejsze na podstawie art. 4 ust. 3. Okresy wynoszące od 30 do 60 dni (przekraczające zakres ujednolicony w ust. 1), które można wyznaczać wyłącznie w szczególnych okolicznościach (o których mowa w ust. 2), są jednak objęte zakresem stosowania art. 7 ust. 2 dyrektywy powrotowej.
- Zgodnie z wymogami wynikającymi z prawa do bycia wysłuchanym, zapisanego w art. 41 ust. 2 Karty praw podstawowych, państwa członkowskie powinny zapewnić osobie powracającej możliwość określenia indywidualnych okoliczności i potrzeb, które należy uwzględnić przy wyznaczaniu terminu, który ma zostać przyznany, zarówno w przypadkach, w których termin dobrowolnego wyjazdu wyznacza się z urzędu, jak i w przypadkach, w których termin ten wyznacza się na wniosek osoby powracającej.
- Chociaż dyrektywa powrotowa zakazuje przymusowego wykonania zobowiązania do powrotu nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich w okresie przed upływem terminu dobrowolnego wyjazdu, to jednak nie wyklucza ona wszczęcia przez państwa członkowskie w tym okresie niezbędnych procedur administracyjnych w związku z ewentualnym wykonaniem decyzji nakazującej powrót (np. nawiązania kontaktów z organami państw trzecich w celu uzyskania dokumentów podróży, logistycznej organizacji operacji wydalenia).

Na podstawie indywidualnej oceny sytuacji obywatela państwa trzeciego i uwzględniając w szczególności perspektywę powrotu i skłonność danego obywatela państwa trzeciego do współpracy z właściwymi organami, Komisja zaleca, aby państwa członkowskie wyznaczały krótszy termin dobrowolnego wyjazdu potrzebny na organizację i przeprowadzenie operacji powrotu. Okres przekraczający siedem dni należy wyznaczać wyłącznie wówczas, gdy dany obywatel państwa trzeciego czynnie współpracuje w toku procedury powrotu.

6.1. Przedłużony termin dobrowolnego wyjazdu

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 7 ust. 2

Jeżeli jest to konieczne, państwa członkowskie przedłużają termin dobrowolnego wyjazdu, uwzględniając w danym przypadku szczególne okoliczności, takie jak długość pobytu, obecność dzieci uczęszczających do szkoły oraz istnienie innych związków rodzinnych i społecznych.

⁽¹⁾ Dokument Rady nr 8829/16.

⁽²⁾ Dokument Rady nr 9979/16.

Nie istnieje z góry ustalony maksymalny termin, jeżeli chodzi o przedłużenie terminu dobrowolnego wyjazdu, i każdy przypadek należy traktować indywidualnie zgodnie z krajowymi przepisami wykonawczymi i praktyką administracyjną. Państwa członkowskie mają duży margines swobody w podejmowaniu decyzji w kwestii, czy ewentualne przedłużenie terminu dobrowolnego wyjazdu byłoby „odpowiednie”. Mając na uwadze odniesienie w tekście do dzieci uczęszczających do szkoły, można przedłużyć termin dobrowolnego wyjazdu tak, aby upływał on po zakończeniu danego semestru lub roku szkolnego lub aby obejmował okres do jednego roku szkolnego, pod warunkiem że służy to dobru dziecka i uwzględniono wszystkie istotne okoliczności sprawy.

Przedłużenie terminu powyżej 30 dni można przyznać już od samego początku (w momencie, gdy wydaje się decyzję nakazującą powrót), jeżeli takie przedłużenie jest uzasadnione na podstawie indywidualnej oceny okoliczności sprawy. Nie ma potrzeby przyznawania najpierw 30-dniowego terminu i późniejszego przedłużania go.

Określenie „jeżeli jest to konieczne” odnosi się do okoliczności zarówno powiązanych z osobą powracającą, jak i dotyczących państwa, do którego osoba powraca. Państwa członkowskie mają swobodę uznania odnośnie do treści, jak i zakresu jakie będą regulowane przez krajowe przepisy wykonawcze w tej kwestii.

W krajowych przepisach wykonawczych i praktyce administracyjnej należy wyraźnie respektować trzy odrębne okoliczności wymienione w art. 7 ust. 2 (długość pobytu, dzieci uczęszczające do szkoły oraz związki rodzinne). Przepisy administracyjne państwa członkowskiego mogą być bardziej szczegółowe i uwzględniać także inne powody przedłużenia, ale nie powinny być mniej precyzyjne, co miałoby mieć negatywny wpływ na ujednoczenie przepisów.

6.2. Obowiązki w oczekiwaniu na dobrowolny wyjazd

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa - art. 7 ust. 3

Niektóre obowiązki mające na celu uniknięcie ryzyka ucieczki, takie jak regularne zgłaszanie się do danego organu, wpłacenie odpowiedniej kaucji, dostarczenie dokumentów lub obowiązek przebywania w określonym miejscu, mogą zostać nałożone na czas trwania okresu, w którym ma nastąpić dobrowolny wyjazd.

Obowiązki wymienione w art. 7 ust. 3 dyrektywy powrotowej można nałożyć, jeżeli zachodzi potrzeba uniknięcia ryzyka ucieczki. Jeżeli z indywidualnej oceny wynika, że nie zachodzą żadne specjalne okoliczności, nałożenie takich obowiązków jest nieuzasadnione – zob. wyrok ETC w sprawie C-61/11, El Dridi (pkt 37): „Z art. 7 ust. 3 i 4 omawianej dyrektywy wynika, że tylko w szczególnych okolicznościach, takich jak istnienie ryzyka ucieczki, państwa członkowskie mogą, po pierwsze, zobowiązać adresata decyzji nakazującej powrót do regularnego zgłaszania się do danego organu, wpłacenia odpowiedniej kaucji, dostarczenia dokumentów lub przebywania w określonym miejscu albo, po drugie, wyznaczyć termin krótszy niż siedem dni, a nawet wstrzymać się od wyznaczenia takiego terminu dobrowolnego wyjazdu”. Komisja zaleca, aby państwa członkowskie korzystały z takiej możliwości, jeżeli zachodzi potrzeba uniknięcia ryzyka ucieczki w okresie przed upływem terminu dobrowolnego wyjazdu.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że możliwość nakładania pewnych obowiązków przez państwa członkowskie może okazać się korzystna dla osoby powracającej, ponieważ dzięki temu może zostać wyznaczony termin dobrowolnego wyjazdu w przypadkach, które w przeciwnym razie nie zakwalifikowałyby się do takiego traktowania.

Nie jest możliwe podanie powszechnie stosowanej wysokości kwoty stanowiącej „odpowiednią kaucję”. W każdym przypadku należy przestrzegać zasady proporcjonalności, tzn. kwota powinna uwzględniać indywidualną sytuację osoby powracającej. W świetle obecnych praktyk stosowanych przez państwa członkowskie przewiduje się, że będzie ona wynosić od 200 EUR do 5 000 EUR.

Jeżeli jest to wymagane w konkretnym przypadku, obowiązki, o których mowa w art. 7 ust. 3, można nałożyć w sposób kumulatywny.

Nakładając obowiązki na podstawie art. 7 ust. 3, państwa członkowskie powinny brać pod uwagę indywidualną sytuację osoby powracającej i zapewnić pełne przestrzeganie zasady proporcjonalności. Państwa członkowskie powinny unikać nakładania obowiązków, które nie mogą być faktycznie spełnione (np. jeżeli dana osoba nie posiada paszportu, nie będzie mogła go przedłożyć).

6.3. Przeciwwskazania

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 7 ust. 4

Jeżeli istnieje ryzyko ucieczki lub jeżeli wniosek o pozwolenie na legalny pobyt został odrzucony jako oczywiście bezzasadny lub zawierający fałszywe informacje, lub jeżeli dana osoba stanowi zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego, państwo członkowskie może wstrzymać się od wyznaczenia terminu dobrowolnego wyjazdu, lub może wyznaczyć termin krótszy niż siedem dni.

Państwa członkowskie mogą powstrzymać się od wyznaczenia terminu dobrowolnego wyjazdu w przypadkach wyczerpująco wymienionych w art. 7 ust. 4 dyrektywy powrotowej, w których istnieje „przeciwwskazanie”, tj. jeżeli w przypadku danego obywatela państwa trzeciego istnieje ryzyko ucieczki (zob. sekcja 1.6) lub jeżeli stanowi on zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego (o czym mogą świadczyć np. wcześniejsze wyroki skazujące za poważne przestępstwa popełnione również w innych państwach członkowskich) oraz jeżeli wniosek o pozwolenie na legalny pobyt (np. wniosek o udzielenie azylu, wniosek o udzielenie zezwolenia na pobyt lub o przedłużeniu okresu ważności takiego zezwolenia) został odrzucony jako oczywiście bezzasadny lub zawierający fałszywe informacje.

Jeżeli na podstawie indywidualnej oceny można uznać, że w danym przypadku istnieją tego typu „przeciwwskazania”, nie należy wyznaczać terminu dobrowolnego wyjazdu, a termin krótszy niż 7 dni powinien zostać wyznaczony wyłącznie wówczas, gdy nie uniemożliwia to organom krajowym przeprowadzenia procedury wydalenia.

Państwa członkowskie mogą jednak zmienić swoją ocenę sytuacji w dowolnym momencie (a osoba powracająca, która wcześniej nie współpracowała, może zmienić swoje nastawienie i przyjąć propozycję wspomaganego dobrowolnego powrotu) i wyznaczyć termin dobrowolnego wyjazdu, mimo że pierwotnie istniało ryzyko ucieczki.

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Nie można odbierać wszystkim osobom nielegalnie wjeżdżającym na terytorium Unii możliwości uzyskania terminu dobrowolnego wyjazdu. Tego typu ogólna zasada przeczyłaby definicji ryzyka ucieczki, zasadzie proporcjonalności i obowiązki przeprowadzenia oceny poszczególnych przypadków oraz godziłaby w skuteczność (*effet utile*) art. 7 (upowszechnianie dobrowolnego wyjazdu).
- Możliwe jest wyłączenie na podstawie art. 7 ust. 4. obywateli państw trzecich, którzy przedstawili wnioski stanowiące nadużycie. Zakres stosowania art. 7 ust. 4 wyraźnie obejmuje wnioski, które są oczywiście bezzasadne lub fałszywe. Wnioski stanowiące nadużycie zwykle wiążą się z wyższym stopniem nagannych zachowań niż wnioski oczywiście bezzasadne, w związku z czym art. 7 ust. 4 należy interpretować jako obejmujący również wnioski stanowiące nadużycie.
- Możliwe jest również wykluczenie osób, które stanowią zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego. W sprawie C-554/13, Zh. i O. (¹), Trybunał Sprawiedliwości wyjaśnił w tym względzie, że zasadniczo państwa członkowskie posiadają swobodę w określeniu – zgodnie z krajowymi potrzebami – wymogów porządku publicznego. Pojęcie ryzyka ucieczki jest pojęciem odrębnym od pojęcia zagrożenia dla porządku publicznego. Pojęcie zagrożenia dla porządku publicznego oznacza istnienie – oprócz zakłócenia porządku społecznego, z jakim wiąże się każde naruszenie prawa – rzeczywistego i dostatecznie poważnego zagrożenia godzącego w jeden z podstawowych interesów społeczeństwa. Państwo członkowskie nie może uznać, że obywatel państwa trzeciego stanowi zagrożenie dla porządku publicznego tylko dlatego, że ów obywatel jest podejrzewany o popełnienie czynu podlegającego w prawie krajowym karze jako występki lub zbrodnia lub został skazany za popełnienie takiego czynu. Inne elementy, takie jak rodzaj lub waga tego czynu, czas, jaki upłynął od jego popełnienia, i wszelkie sprawy odnoszące się do wiarygodności podejrzenia, że dany obywatel państwa trzeciego popełnił zarzucany mu czyn uznawany za przestępstwo, również mają znaczenie z punktu widzenia indywidualnej oceny poszczególnych przypadków, którą należy przeprowadzić w każdej sprawie.

6.4. Praktyczna zgodność – tranzyt drogą lądową

Załącznik 39 do podręcznika Schengen „Standardowy formularz uznania decyzji nakazującej powrót do celów tranzytu drogą lądową”

Mapa uczestniczących państw członkowskich (dostępna jako ankieta *ad hoc* rozesłana przez ESM w sprawie powrotu, 2015 r., zamieszczona na stronie internetowej ESM Europa)

Przypomnienie/wyjaśnienie: osobie powracającej, która zamierza opuścić terytorium UE drogą lądową w terminie dobrowolnego wyjazdu i która nie posiada ważnej wizy lub innego zezwolenia na tranzyt przez inne państwa członkowskie do jej kraju powrotu, grozi ryzyko zatrzymania przez policję w drodze i państwo członkowskie tranzytu może w stosunku do niej wydać drugą decyzję nakazującą powrót. Jest to sprzeczne z celem polityki dyrektywy powrotowej, jakim jest zapewnianie skutecznych powrotów, w tym dzięki dobrowolnym wyjazdom.

Wydanie wizy tranzytowej osobie powracającej stanowiłoby nieodpowiednie i niewystarczające rozwiązanie, ponieważ wydanie wizy nielegalnie przebywającym obywatelom krajów trzecich, którzy mają obowiązek opuszczenia kraju byłoby sprzeczne z przepisami UE w sprawie wiz. Ponadto wydaje się, że państwa członkowskie tranzytu nie mają żadnej motywacji do wydawania tego rodzaju wiz (ze względu na ryzyko ucieczki lub koszty wydalenia), a zatem w praktyce często odmawiałyby wydania wizy. Zapewnienie osobie powracającej „unijnego dokumentu *laissez-passer*” również nie stanowi rozwiązania: przy braku jasno określonego charakteru prawnego i skutków prawnych wspomnianego dokumentu *laissez-passer* osobę powracającą – ze ściśle prawnego punktu widzenia – ciągle uznawano by za „przebywającą nielegalnie” w danym państwie członkowskim tranzytu i mogłaby ona zatem podlegać nowej decyzji nakazującej powrót zgodnie z art. 6 ust. 1.

(¹) Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 czerwca 2015 r. w sprawie C-554/13. Zh. i O., ECLI:EU:C:2015:377.

Jednym ze sposobów na uniknięcie tego problemu jest propagowanie bezpośredniego powrotu do państw trzecich drogą powietrzną. Dla osoby powracającej może to być jednak kosztowne i niepraktyczne.

Podejściem wyraźnie zalecanym przez Komisję jest uznanie przez państwa członkowskie tranzytu decyzji nakazującej powrót wydanej przez pierwsze państwo członkowskie zgodnie z załącznikiem 39 do podręcznika Schengen „standardowy formularz uznania decyzji nakazującej powrót do celów tranzytu lądowego” wydanym przez Komisję we wrześniu 2011 r. po konsultacjach z zainteresowanymi państwami członkowskimi na szczeblu technicznym i po dyskusji na forum działającej przy Radzie Unii Europejskiej Grupy roboczej ds. migracji i wydaleń.

Zgodnie z tym podejściem państwa członkowskie tranzytu mogą uznać decyzję nakazującą powrót włącznie z terminem dobrowolnego wyjazdu wyznaczonym przez pierwsze państwo członkowskie i pozwolą osobie powracającej na tranzyt na podstawie uznanej decyzji i uznanego terminu dobrowolnego wyjazdu. Podejście to ma tę zaletę, że państwo członkowskie tranzytu nie jest zobowiązane do wydania nowej decyzji nakazującej powrót i może zwrócić się do pierwszego państwa członkowskiego w sprawie zwrotu całości kosztów związanych z wydalaniem, jeżeli wystąpi jakiś błąd i osobę powracającą będzie trzeba wydalic na koszt państwa tranzytu (na podstawie decyzji Rady 2004/191/WE ⁽¹⁾).

Te państwa członkowskie, które wciąż niechętnie wykorzystują ten dobrowolny wariant (jako wysyłające bądź przyjmujące państwo członkowskie), zachęca się do udziału i do informowania Komisji i pozostałych państw członkowskich o uczestnictwie.

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Forma uznania: bardzo szerokie i ogólne brzmienie dyrektywy 2001/40/WE przewiduje swobodę uznania w odniesieniu do praktycznych zasad (szczegółów proceduralnych) dotyczących wzajemnego uznawania zgodnie z praktycznymi potrzebami i przepisami krajowymi. Formularz zaproponowany w załączniku 39 do podręcznika Schengen jest jednym z możliwych, lecz nie jedynym sposobem postępowania.
- Z prawnego punktu widzenia wszystkie istotne elementy decyzji nakazującej powrót wydanej przez państwo członkowskie A są uznawane przez państwo członkowskie B, w tym uznanie stwierdzenia, że obywatel państwa trzeciego przebywa nielegalnie i wykorzystuje termin dobrowolnego wyjazdu – ze skutkiem na terytorium uznającego państwa członkowskiego B.
- Uznające państwo członkowskie ma zapewnione trzy różne „gwarancje”:
 - 1) stosowanie standardowego formularza zawartego w załączniku 39 jedynie na zasadzie dobrowolności; to zawsze daje państwom członkowskim możliwość nieuwzględnienia decyzji nakazującej powrót wydanej w innym państwie członkowskim w konkretnym przypadku;
 - 2) pierwsze państwo członkowskie może jedynie zapewnić termin dobrowolnego wyjazdu zgodnie z art. 7 dyrektywy powrotowej, jeżeli nie ma „przeciwskazania” takiego jak ryzyko ucieczki. Ocena sytuacji osobistej osoby powracającej zgodnie z art. 7, którą ma przeprowadzić pierwsze państwo członkowskie, może stanowić pomocne zapewnienie uznania przez państwo członkowskie tranzytu;
 - 3) w razie problemów osobę powracającą należy wydalic na koszt państwa tranzytu; na podstawie decyzji 2004/191/WE pierwsze państwo członkowskie może być zobowiązane do pokrycia wszystkich kosztów związanych z wydalaniem.

6.5. Praktyczna zgodność – tranzyt drogą powietrzną

W dyrektywie Rady 2003/110/WE ⁽²⁾ w sprawie pomocy w przypadkach tranzytu do celów deportacji drogą powietrzną zapewniono ramy prawne dla współpracy między właściwymi organami w tranzytowych portach lotniczych państw członkowskich w odniesieniu do deportacji drogą powietrzną pod eskortą lub bez eskorty. Pojęcie „deportacja bez eskorty” we wspomnianej dyrektywie (przyjętej pięć lat przed dyrektywą powrotową) można interpretować jako pojęcie obejmujące również „dobrowolny wyjazd” w rozumieniu dyrektywy powrotowej ⁽³⁾. Komisja zaleca systematyczne korzystanie z dyrektywy 2003/110/WE w przypadku organizowania tranzytu drogą powietrzną w kontekście dobrowolnego wyjazdu (zob. również sekcja 7.2).

⁽¹⁾ Decyzja Rady 2004/191/WE z dnia 23 lutego 2004 r. określająca kryteria oraz uzgodnienia praktyczne dotyczące rekompensaty dysproporcji finansowych wynikających ze stosowania dyrektywy 2001/40/WE w sprawie wzajemnego uznawania decyzji o wydalaniu obywateli państw trzecich (Dz.U. L 60 z 27.2.2004, s. 55).

⁽²⁾ Dyrektywa Rady 2003/110/WE z dnia 25 listopada 2003 r. w sprawie pomocy w przypadkach tranzytu do celów deportacji drogą powietrzną (Dz.U. L 321 z 6.12.2003, s. 26).

⁽³⁾ Uwaga: taka interpretacja nie oznacza, że deportacja bez eskorty jest synonimem dobrowolnego wyjazdu. Pojęcie deportacji bez eskorty może również obejmować przypadki przymusowego powrotu (deportacji) bez eskorty policyjnej.

6.6. Rejestrowanie dobrowolnego wyjazdu

Obecnie w UE nie istnieje centralny system śledzenia dobrowolnych wyjazdów. W przypadku tranzytu drogą lądową osób powracających zgodnie z zaleceniem przedstawionym w załączniku 39 do podręcznika Schengen straż graniczna przesyła faksem potwierdzenie państwu członkowskiemu, które wydało decyzję nakazującą powrót. W innych przypadkach osoby powracające niekiedy stawiają się w konsulatach państw członkowskich w państwach trzecich. Czasem wyjazdy są również rejestrowane przez funkcjonariuszy straży granicznej dokonujących odpraw wyjazdowych. Brak centralnego unijnego systemu śledzenia dobrowolnych wyjazdów stanowi lukę zarówno pod względem kontroli egzekwowania prawa, jak i pod względem statystycznym. Wniosek Komisji dotyczący rozporządzenia w sprawie użytkowania Systemu Informacyjnego Schengen do celów powrotu nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich⁽¹⁾ ma na celu rozwiązanie tego problemu.

W perspektywie krótkoterminowej państwa członkowskie powinny wdrożyć środki w celu sprawdzenia, czy obywatel państwa trzeciego opuścił Unię, w tym w terminie dobrowolnego wyjazdu oraz bez pomocy, aby zapewnić skuteczne działania następcze w przypadku niezgodności. Państwa członkowskie zachęca się do jak najlepszego wykorzystania dostępnych kanałów informacji i w związku z tym do:

- 1) systematycznego zachęcania osób powracających, którym wyznaczono termin dobrowolnego wyjazdu, do informowania organów, które wydały decyzję nakazującą powrót (oraz zakaz wjazdu), o ich pomyślnym wyjeździe. Osoba powracająca może zgłosić swój wyjazd straży granicznej w momencie wyjazdu, w przedstawicielstwie konsularnym państwa członkowskiego w jej kraju pochodzenia po powrocie lub nawet pisemnie, dołączając wystarczający dowód. W celu rozpowszechniania tej praktyki do decyzji nakazującej powrót lub dokumentu podróży można systematycznie załączać arkusz informacyjny zawierający imię i nazwisko oraz inne dane identyfikujące obywatela państwa trzeciego, instrukcje oraz dane kontaktowe organu wydającego, by funkcjonariusz straży granicznej mógł go podstemplować przy wyjeździe i odesłać organowi wydającemu jako dowód wyjazdu. W tego rodzaju arkuszu informacyjnym można byłoby również wskazać korzyści dla danej osoby powracającej wynikające z powiadomienia władz o pomyślnym wyjeździe;
- 2) zwrócenia się do funkcjonariuszy straży granicznej przeprowadzających odprawy wyjazdowe, aby z chwilą gdy dowiedzą się o wyjeździe migranta o nieuregulowanym statusie, pytali taką osobę powracającą, czy podlega decyzji nakazującej powrót określającej termin dobrowolnego wyjazdu, i systematycznie informowali w takim przypadku władze o tym, kto wydał decyzję nakazującą powrót o wyjeździe tej osoby;
- 3) stosowania załącznika 39 (zob. sekcja 6.4) w celu potwierdzenia wyjazdu nielegalnie przebywających obywateli państwa trzeciego przejeżdżających drogą lądową tranzytem przez terytorium państwa członkowskiego innego niż państwo, które wydało decyzję nakazującą powrót.

Państwa członkowskie powinny również rozważyć nawiązanie kontaktów z liniami lotniczymi w celu uzyskania informacji, czy obywatele państwa trzeciego, którzy powrócili bez eskorty, znajdowali się na pokładzie samolotu w chwili planowanego wyjazdu.

7. WYDALENIE

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 8 ust. 1–4

1. Państwa członkowskie podejmują wszelkie środki niezbędne do wykonania decyzji nakazującej powrót jeżeli żaden termin dobrowolnego wyjazdu nie został wyznaczony zgodnie z art. 7 ust. 4 lub jeżeli zobowiązanie do powrotu nie zostało wykonane w terminie dobrowolnego wyjazdu, zgodnie z art. 7.
2. Jeżeli państwo członkowskie wyznaczyło termin dobrowolnego wyjazdu zgodnie z art. 7, decyzja nakazująca powrót może być wykonana dopiero po wygaśnięciu tego terminu, chyba że pojawi się w tym okresie ryzyko, o którym mowa w art. 7 ust. 4.
3. Państwo członkowskie może wydawać odrębne decyzje administracyjne lub orzeczenia sądowe nakazujące wydalenie.
4. Jeżeli państwa członkowskie stosują – w ostateczności – środki przymusu w celu przeprowadzenia wydalenia obywatela państwa trzeciego, który sprzeciwia się temu wydaleniu, środki te muszą być proporcjonalne i nie mogą obejmować użycia siły przekraczającego rozsądne granice. Są one stosowane w sposób przewidziany w prawie krajowym, z poszanowaniem praw podstawowych i należnym szacunkiem dla godności i netykalności cielesnej danego obywatela państwa trzeciego.

W dyrektywie powrotowej wyznaczono cel („wykonanie decyzji nakazującej powrót”), który należy osiągnąć w sposób skuteczny i proporcjonalny przy zastosowaniu „wszelkich niezbędnych środków”, przy czym konkretne metody („sposób”) pozostawiono w gestii ustawodawstwa państw członkowskich i praktyk administracyjnych – zob. wyrok ETS w sprawie C-329/11, Achughabian, pkt 36: „[...] zawarte w nim wyrażenia »środki« oraz »środki przymusu« odnoszą się do każdej interwencji, która prowadzi w sposób skuteczny i proporcjonalny do powrotu zainteresowanego”.

⁽¹⁾ COM(2016) 881 final.

Niezależnie od obowiązków obywateli państwa trzeciego dotyczących współpracy w zakresie ich identyfikacji oraz zwracania się o wszelkie niezbędne dokumenty do ich organów krajowych, zobowiązanie państwa członkowskiego do podjęcia „wszelkich niezbędnych środków” obejmuje również zwrócenie się w odpowiednim terminie do państwa trzeciego dokonującego readmisji o wydanie ważnego dokumentu tożsamości lub dokumentu podróży lub zwrócenie się o zaakceptowanie korzystania z europejskiego dokumentu podróży wydawanego do celów powrotu nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich⁽¹⁾, jeżeli jest to przewidziane w obowiązujących umowach lub porozumieniach z państwem trzecim, aby umożliwić fizyczny przewóz obywatela państwa trzeciego poza terytorium państwa członkowskiego. Należy w dalszym ciągu wspierać korzystanie z europejskiego dokumentu podróży wydawanego do celów powrotu nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich w ramach negocjacji i wykonywania dwustronnych i unijnych umów o readmisji oraz innych porozumień z państwami trzecimi. Procedury administracyjne z udziałem państw trzecich, mające na celu przygotowanie operacji wydalenia (przykładowo uzyskanie koniecznych dokumentów podróży oraz zezwoleń na podróż), można wszcząć w terminie dobrowolnego wyjazdu, nie narażając danego obywatela państwa trzeciego na ryzyko (zob. również sekcja 6).

Aby ograniczyć skutki potencjalnych nadużyć, w szczególności dotyczących bezzasadnych i wielokrotnych wniosków o udzielenie azylu, a także wniosków składanych w ostatniej chwili, jak również bezzasadnych odwołań od decyzji azylowych lub decyzji związanych z powrotami, wniesionych w wyłącznym celu opóźnienia lub udaremnienia wykonania decyzji nakazujących powrót, Komisja zaleca, by państwa członkowskie podejmowały środki w celu przeprowadzenia procedury rozpatrywania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej w trybie przyspieszonym lub w stosownych przypadkach w trybie procedury granicznej zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE⁽²⁾ („dyrektywa w sprawie procedur azylowych”).

Granica między dobrowolnym wyjazdem a wydaleniem: powrót jest pojęciem bardzo szerokim i obejmuje proces powrotu (dobrowolnego lub przymusowego) do państwa trzeciego zgodnie z zobowiązaniem do powrotu. Znaczenie pojęcia wydalenia jest znacznie węższe. Termin ten oznacza wykonanie zobowiązania do powrotu, czyli fizyczny przewóz osoby poza terytorium państwa członkowskiego. Już w orzeczeniach w sprawie C-61/11, El Dridi (pkt 41) oraz w sprawie C-329/11, Achoughbaban, Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że w dyrektywie powrotowej przewidziano „gradację środków” od dobrowolnych do przymusowych. W praktyce często występują przypadki, które obejmują zarówno elementy przymusowego powrotu (środek detencyjny), jak i dobrowolności (późniejszy dobrowolny przejazd bez konieczności użycia siły fizycznej). Zachęca się państwa członkowskie do korzystania – na wszystkich etapach procedury – z najmniej inwazyjnych środków. Jeżeli osoby powracające podlegające wydaleniu/zastosowaniu środka detencyjnego zmieniają swoje nastawienie i wykażą chęć współpracy i dobrowolnego powrotu, zachęca się i uprawnia państwa członkowskie do przyjmowania elastycznego podejścia.

Wykonanie decyzji nakazującej powrót po odrzuceniu wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej: w wyroku w sprawie C-601/15, J.N. (pkt 75–76, 80) Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że po oddaleniu w pierwszej instancji wniosku o udzielenie azylu procedura wykonania uprzednio wydanej decyzji nakazującej powrót nie może być ponownie podjęta na etapie, na którym została przerwana, oraz że procedury powrotu nie należy wszczynać na nowo: „[...] skuteczność (*effet utile*) dyrektywy 2008/115/WE wymaga w każdym razie, aby procedura wszczęta na mocy tej dyrektywy, w ramach której wydano decyzję nakazującą powrót, wraz z [...] ustanowieniem zakazu wjazdu, mogła zostać ponownie podjęta na etapie, na którym została przerwana ze względu na złożenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, w momencie kiedy wniosek ten został oddalony w pierwszej instancji [...]. W tym względzie zarówno z obowiązku lojalnej współpracy państw członkowskich ustanowionego w art. 4 ust. 3 TUE i przypomnianego w pkt 56 wyroku El Dridi [...], jak i z wymogów skuteczności [...] wynika, że nałożony na mocy art. 8 tej dyrektywy na państwa członkowskie obowiązek wykonania środka w postaci wydalenia, przy założeniach określonych w ust. 1 tego przepisu, powinien zostać spełniony w najszybszym możliwym terminie [...]. Tymczasem obowiązek ten nie będzie spełniony, jeśli wydalenie zostanie opóźnione ze względu na fakt, że – po oddaleniu w pierwszej instancji wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej – procedura [...] nie może być ponownie podjęta na etapie, na którym została przerwana, lecz musi zostać wszczęta na nowo”.

Kara pozbawienia wolności jako środek prawnokarny wymierzany z tytułu nielegalnego pobytu w żadnym razie nie może stanowić „niezbędnego środka” w rozumieniu art. 8 ust. 1 dyrektywy powrotowej (zob. sekcja 4). Zgodnie z art. 6 Karty praw podstawowych dotyczącej prawa do wolności interpretowanym w świetle art. 5 EKPC pozbawienie wolności w kontekście powrotu jest dopuszczalne wyłącznie w celu wydalenia na mocy art. 15 dyrektywy powrotowej – zob. wyrok ETS w sprawie C-329/11, Achoughbaban (pkt 37): „[...] nałożenie i wykonanie kary pozbawienia wolności w trakcie postępowania w sprawie powrotu przewidzianego dyrektywą 2008/115/WE nie przyczynia się do realizacji wydalenia z terytorium, które jest celem tego postępowania, czyli fizycznego przewozu zainteresowanego poza terytorium państwa członkowskiego. Kara taka nie stanowi zatem »środka« czy »środka przymusu« w rozumieniu art. 8 dyrektywy 2008/115/WE”.

Państwa członkowskie należycie uwzględniają stan zdrowia obywateli państwa trzeciego podczas wdrażania dyrektywy powrotowej zgodnie z art. 5 lit. c); ponadto wykonując decyzje nakazujące powrót zgodnie z art. 8 ust. 1 dyrektywy, zapewniają należyte poszanowanie godności i integralności cielesnej obywateli państwa trzeciego. W pełnym poszanowaniu prawa do zdrowia oraz biorąc pod uwagę, że w dyrektywie nie nałożono obowiązku systematycznego

⁽¹⁾ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1953 z dnia 26 października 2016 r. w sprawie ustanowienia europejskiego dokumentu podróży do celów powrotu nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich oraz uchylające zalecenie Rady z dnia 30 listopada 1994 r. (Dz.U. L 311 z 17.11.2016, s. 13).

⁽²⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (Dz.U. L 180 z 29.6.2013, s. 60).

przeprowadzania kontroli lekarskich lub wydania zaświadczenia o zdolności do lotu w odniesieniu do wszystkich obywateli państwa trzeciego podlegających wydaleniu, Komisja zaleca, by państwa członkowskie podjęły środki mające na celu zapobieganie ewentualnym nadużyciom związanym z fałszywymi zaświadczeniami lekarskimi złożonymi przez obywateli państwa trzeciego, których skutkiem byłoby bezpodstawne uniemożliwienie wydalenia lub jego zawieszenie ze względów medycznych (zob. również sekcja 12.4), przykładowo dzięki zapewnieniu dostępności wykwalifikowanego personelu medycznego wyznaczonego przez właściwy organ krajowy w celu wydania niezależnej i obiektywnej opinii medycznej w konkretnej sprawie.

7.1. Wydalenie drogą powietrzną

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 8 ust. 5; wspólne wytyczne w sprawie postanowień dotyczących bezpieczeństwa w odniesieniu do wspólnych wydań drogą powietrzną, załączone do decyzji Rady 2004/573/WE ⁽¹⁾; rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1624 ⁽²⁾ – art. 28 ust. 3

Jeżeli wydalenie następuje drogą powietrzną, państwa członkowskie uwzględniają wspólne wytyczne w sprawie postanowień dotyczących bezpieczeństwa w odniesieniu do wspólnych wydań drogą powietrzną, załączone do decyzji 2004/573/WE.

Zgodnie z dyrektywą powrotową państwa członkowskie uwzględniają wspólne wytyczne w sprawie postanowień dotyczących bezpieczeństwa w odniesieniu do wspólnych wydań drogą powietrzną załączone do decyzji 2004/573/WE w kontekście wszystkich wydań drogą powietrzną, a nie tylko – jak pierwotnie przewidziano w tej decyzji – w kontekście wspólnych wydań.

Ze względu na charakter niektórych części wspomnianych wytycznych, takich jak zasady dotyczące roli i podziału zadań organizujących i uczestniczących państw członkowskich, części te uwzględnia się wyłącznie w odniesieniu do wspólnych lotów, a zatem nie można ich rozpatrywać wyłącznie w kontekście krajowym. Wszystkie pozostałe części wytycznych (zob. najważniejsze fragmenty w polu poniżej) powinny jednak zostać uwzględnione również w operacjach wydalenia o wyłącznie krajowym charakterze.

WSPÓLNE WYTYCZNE W SPRAWIE POSTANOWIEŃ DOTYCZĄCYCH BEZPIECZEŃSTWA W ODNIESIENIU DO WSPÓLNYCH WYDAŃ DROGĄ POWIETRZNĄ

(fragmenty)

1. ETAP PRZED POWROTEM

1.1.2. Stan zdrowia i dokumentacja medyczna

Organizujące państwo członkowskie i wszystkie uczestniczące państwa członkowskie muszą zadbać o to, aby osoby powracające, za które odpowiadają, były w odpowiednim stanie pod względem zdrowia, umożliwiającym ich bezpieczne – z prawnego i faktycznego punktu widzenia – wydalenie drogą powietrzną. Należy dostarczyć dokumentację medyczną osób powracających, które uprzednio zdiagnozowano, lub w przypadku gdy wymagane jest objęcie takich osób opieką medyczną. Taka dokumentacja medyczna musi zawierać wyniki badań lekarskich, diagnozę i wyszczególnienie ewentualnie potrzebnych leków w celu umożliwienia zastosowania niezbędnych środków medycznych. [...]

1.1.3. Dokumentacja

Organizujące państwo członkowskie i wszystkie uczestniczące państwa członkowskie zapewniają dostępność ważnych dokumentów podróży i innych niezbędnych dodatkowych dokumentów, zaświadczeń lub innego rodzaju dokumentacji w odniesieniu do wszystkich osób powracających. Uprawniona osoba przechowuje dokumentację do momentu przyjazdu do kraju przeznaczenia [...].

1.2.3. Wykorzystanie członków eskorty udostępnionych przez sektor prywatny

Jeżeli uczestniczące państwo członkowskie wykorzystuje pracowników eskortujących zapewnionych przez sektor prywatny, organy tego państwa członkowskiego muszą przewidzieć obecność co najmniej jednego oficjalnego przedstawiciela na pokładzie lotu.

⁽¹⁾ Decyzja Rady 2004/573/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie organizacji wspólnych lotów w celu deportacji, z terytoriów dwóch lub większej liczby państw członkowskich, obywateli państw trzecich, którzy podlegają indywidualnym nakazom deportacji (Dz.U. L 261 z 6.8.2004, s. 28).

⁽²⁾ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1624 z dnia 14 września 2016 r. w sprawie Europejskiej Straży Granicznej i Przybrzeżnej oraz zmieniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/399 i uchylające rozporządzenie (WE) nr 863/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady, rozporządzenie Rady (WE) nr 2007/2004 i decyzję Rady 2005/267/WE (Dz.U. L 251 z 16.9.2016, s. 1).

1.2.4. Umiejętności i szkolenie członków eskorty

Członkowie eskorty wyznaczonej na wspólny lot muszą przejść uprzednio specjalne szkolenie w celu wykonywania takich misji; należy im zapewnić niezbędną pomoc medyczną w zależności od misji.

[...]

1.2.5. Kodeks postępowania członków eskorty

Członkowie eskorty nie mogą być uzbrojeni. Mogą nosić ubranie cywilne z widocznym emblematem do celów identyfikacji. Inne należycie akredytowane osoby towarzyszące również muszą nosić charakterystyczny emblemat.

Członkowie eskorty muszą zostać strategicznie rozmieszczeni na statku powietrznym w celu zapewnienia optymalnego bezpieczeństwa. Ponadto muszą siedzieć obok osób powracających, za które są odpowiedzialni.

1.2.6. Uzgodnienia dotyczące liczby członków eskorty

Liczbę członków eskorty ustala się w poszczególnych przypadkach po przeprowadzeniu analizy potencjalnych zagrożeń i wzajemnych konsultacji. W większości przypadków zaleca się, by było ich co najmniej tyle samo, co osób powracających na pokładzie. W stosownych przypadkach dostępna jest jednostka wsparcia zapewniająca pomoc (np. w przypadkach znacznie oddalonych krajów docelowych).

2. ETAP PRZED ODLOTEM W PORTACH LOTNICZYCH WYLOTU LUB MIĘDZYŁĄDOWAŃ

2.1. Przewóz do portu lotniczego i pobyt w porcie lotniczym

W odniesieniu do przewozu do portu lotniczego i pobytu w porcie lotniczym stosuje się następujące zasady:

- a) członkowie eskorty i osoby powracające powinny zasadniczo przybyć do portu lotniczego co najmniej na trzy godziny przed odlotem;
- b) osoby powracające należy poinformować o zastosowaniu wobec nich wydalenia oraz o tym, że w ich interesie leży pełna współpraca z członkami eskorty. Należy wyjaśnić, że żadne zachowanie w celu przeszkodzenia lotowi nie będzie tolerowane i nie doprowadzi do przerwania operacji wydalenia;

[...]

2.2. Odprawa, wejście na pokład i kontrola bezpieczeństwa przed startem

Obowiązują następujące uzgodnienia w odniesieniu do odprawy, wejścia na pokład i kontroli bezpieczeństwa przed startem:

- a) członkowie eskorty państwa członkowskiego danego miejsca odpowiadają za odprawę i pomoc w przejściu stref kontroli;
- b) wszystkie osoby powracające zostają w staranny sposób przeszukane przed wejściem na pokład wspólnego lotu. Wszelkie przedmioty, które mogą stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa osób i bezpieczeństwa wspólnego lotu, należy zatrzymać i umieścić w luku bagażowym;
- c) bagażu osoby powracającej nie można umieszczać w kabinie pasażerskiej. Wszelkie bagaże umieszczone w luku należy poddać kontroli bezpieczeństwa i oznaczyć nazwiskiem właściciela. Wszelkie przedmioty uznane za niebezpieczne zgodnie z zasadami Organizacji Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego (ICAO) muszą zostać usunięte z bagażu;
- d) pieniądze i przedmioty wartościowe należy umieścić w przezroczystym opakowaniu i oznaczyć nazwiskiem właściciela. Osoby powracające należy poinformować o procedurze dotyczącej przedmiotów i pieniędzy, które usunięto z bagażu;

[...]

3. PROCEDURA LOTU

[...]

3.2. Stosowanie środków przymusu

Środki przymusu należy stosować w następujący sposób:

- a) środki przymusu należy wdrażać z należytym poszanowaniem indywidualnych praw osób powracających;
- b) przymus można zastosować wobec osób, które odmawiają wydalenia lub sprzeciwiają się wydaleniu. Wszelkie środki przymusu muszą być proporcjonalne i nie mogą przekraczać rozsądnych granic. Nie wolno naruszać godności i integralności cielesnej osoby powracającej. W związku z tym w razie wątpliwości należy wstrzymać operację wydalenia, w tym stosowanie przymusu prawnego w oparciu o sprzeciw osoby powracającej i zagrożenie przez nią stwarzane, zgodnie z zasadą „wydalenie, ale nie za wszelką cenę”;

- c) żadne środki przymusu nie powinny utrudniać lub zagrażać możliwości normalnego oddychania przez osobę powracającą. W przypadku użycia siły należy zapewnić, by klatka piersiowa osoby powracającej pozostawała w pozycji pionowej i by nic nie wywierało na nią ucisku i utrudniało utrzymanie prawidłowej funkcji oddychania;
- d) stawiające opór osoby powracające można unieruchomić za pomocą środków przymusu bezpośredniego, które nie naruszają ich godności i integralności cielesnej.
- e) organizujące państwo członkowskie i wszystkie uczestniczące państwa członkowskie uzgadniają wykaz dozwolonych środków przymusu bezpośredniego przed operacją wydalania. Zastosowanie leków uspokajających w celu ułatwienia wydalania jest zakazane, przy czym zakaz ten pozostaje bez uszczerbku dla środków stosowanych w sytuacjach wyjątkowych w celu zapewnienia bezpieczeństwa lotu;
- f) wszyscy członkowie eskorty zostają poinformowani i pouczeni o dozwolonych i zakazanych środkach przymusu bezpośredniego;
- g) obezwładnione osoby powracające pozostają pod stałym nadzorem podczas całego lotu;
- h) decyzję o tymczasowym wstrzymaniu stosowania środka przymusu bezpośredniego podejmuje kierujący operacją wydalania lub jego zastępca.

3.3. Personel medyczny i tłumacze ustni

Obowiązują następujące uzgodnienia w odniesieniu do personelu medycznego i tłumaczy ustnych:

- a) we wspólnym locie powinien uczestniczyć co najmniej jeden lekarz;
- b) lekarz powinien mieć dostęp do wszelkiej istotnej dokumentacji medycznej osób powracających, przy czym przed odlotem należy go poinformować o osobach wydalanych, którym postawiono konkretną diagnozę lekarską. Upřednio niezdiagnozowane choroby, które zostały rozpoznane bezpośrednio przed odlotem i które mogą wpływać na wykonanie obowiązku powrotu, należy ocenić we współpracy z odpowiedzialnymi organami;
- c) wyłącznie lekarz może podawać leki osobom powracającym po postawieniu precyzyjnej diagnozy medycznej. Leki, które należy podać osobie powracającej podczas lotu, muszą znajdować się na pokładzie;
- d) każda osoba powracająca może się zwrócić do lekarza lub członka eskorty bezpośrednio lub za pośrednictwem tłumacza ustnego w języku, którym się posługuje;
- e) organizujące państwa członkowskie zapewniają dostępność właściwego personelu medycznego i językowego podczas operacji wydalania.

3.4. Dokumentacja i monitorowanie operacji wydalania

3.4.1. Zapisy i obserwatorzy będący osobami trzecimi

Wszelkie filmowanie, dokonywanie nagrań dźwiękowych lub monitorowanie wspólnych lotów przez obserwatorów będących osobami trzecimi jest regulowane upřednią umową między organizującym państwem członkowskim a uczestniczącymi państwami członkowskimi.

[...]

5. ETAP PRZYBYCIA

Po przybyciu:

[...]

- c) organizujące państwo członkowskie i wszystkie uczestniczące państwa członkowskie przekazują osoby powracające, za które odpowiadają, organom kraju przeznaczenia, wraz z ich bagażem i wszystkimi przedmiotami, które zostały zatrzymane przed wejściem na pokład. Dowodzący przedstawiciele organizujących i uczestniczących państw członkowskich będą odpowiedzialni za przekazanie osób powracających organom lokalnym po przybyciu. Członkowie eskorty zazwyczaj nie opuszczają statku powietrznego;
- d) w stosownych przypadkach oraz jeżeli jest to wykonalne, organizujące i uczestniczące państwa członkowskie powinny zaprosić personel konsularny, urzędników łącznikowych ds. imigracji lub grupy przygotowawcze zainteresowanych państw członkowskich w celu ułatwienia przekazania osób powracających organom lokalnym, o ile jest to zgodne z krajowymi praktykami i krajową procedurą;
- e) podczas przekazywania organom lokalnym osoby powracające nie powinny być zakute w kajdanki ani nie należy wobec nich stosować żadnych środków przymusu bezpośredniego;
- f) przekazanie osób powracających następuje poza statkiem powietrznym (na końcu przejścia albo w odpowiednich pomieszczeniach portu lotniczego – w zależności od tego, który wariant zostanie uznany za właściwy). O ile to możliwe, należy uniemożliwić przedstawicielom organów lokalnych wejście na pokład statku powietrznego;
- g) czas spędzony w porcie lotniczym kraju docelowego należy skrócić do niezbędnego minimum;
- h) do obowiązków organizującego państwa członkowskiego i wszystkich uczestniczących państw członkowskich należy dokonanie uzgodnień dotyczących sytuacji awaryjnych w odniesieniu do członków eskorty i przedstawicieli (oraz osób powracających, na których readmisję nie zezwolono) w przypadku opóźnienia odlotu statku powietrznego po opuszczeniu pokładu przez osoby powracające. Uzgodnienia te powinny obejmować w razie potrzeby zapewnienie zakwaterowania na nocleg.

6. NIEPOWODZENIE OPERACJI WYDALENIA

Jeżeli organy kraju przeznaczenia odmawiają wjazdu na terytorium lub jeżeli operacja wydalania została przerwana z innych powodów, organizujące państwo członkowskie i wszystkie uczestniczące państwa członkowskie przyjmują odpowiedzialność – na własny koszt – za powrót osób powracających, za które ponoszą odpowiedzialność, na ich odpowiednie terytoria.

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Eskortowanie osób powracających przez pracowników ochrony linii lotniczej lub zatrudniony personel zewnętrzny jest zasadniczo zgodne z art. 8 dyrektywy powrotowej. Państwa członkowskie ponoszą jednak ogólną odpowiedzialność za przeprowadzenie operacji wydalania (wydanie nakazu wydalania i proporcjonalnego użycia środków przymusu/eskortowania). Sekcja 1.2.3 wyżej wymienionych wytycznych stanowi: „jeżeli uczestniczące państwo członkowskie wykorzystuje członków eskorty udostępnionych przez sektor prywatny, władze tego państwa członkowskiego zapewniają co najmniej jednego urzędowego przedstawiciela na pokładzie lotu”. Wynika z tego, że państwa członkowskie mają ogólny obowiązek pełnienia roli nadzorczej we wszystkich przypadkach „outsourcingu” operacji wydalania oraz że korzystanie z usług pracowników ochrony linii lotniczej w celu eskortowania nie jest wykluczone, lecz musi zostać zatwierdzone przez przynajmniej jednego urzędnika z państwa członkowskiego i przebiegać z jego udziałem.
- Zbiorowe operacje powrotowe (organy państwa trzeciego wysyłające samolot do UE w celu repatriacji swoich obywateli pod własnym nadzorem): państwa członkowskie ponoszą ogólną odpowiedzialność za prowadzenie operacji wydalania do momentu przekazania władzom kraju przeznaczenia oraz opuszczenia terytorium UE przez statek powietrzny. Przez cały okres trwania operacji wydalania należy jednak zapewnić poszanowanie praw podstawowych i proporcjonalne stosowanie środków przymusu zgodnie ze wspólnymi unijnymi normami określonymi powyżej. Do celów nadzoru przedstawiciel państwa członkowskiego obserwuje etap wydalania, który jest realizowany przez kraj przeznaczenia. Zgodnie z art. 28 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2016/1624 w sprawie Europejskiej Straży Granicznej i Przybrzeżnej („rozporządzenie w sprawie Europejskiej Straży Granicznej i Przybrzeżnej”) Europejska Agencja Straży Granicznej i Przybrzeżnej może zapewniać pomoc w organizacji zbiorowych operacji powrotowych. Podczas tego rodzaju operacji uczestniczące państwa członkowskie i Agencja zapewniają poszanowanie praw podstawowych, zasady *non-refoulement* oraz proporcjonalne stosowanie środków przymusu. W tym celu w trakcie całej operacji, do czasu przyjazdu do kraju przeznaczenia, konieczna jest obecność co najmniej jednego przedstawiciela państwa członkowskiego i jednego obserwatora przymusowego powrotu (z uczestniczącego państwa członkowskiego albo z zasobu ustanowionego na mocy art. 29 rozporządzenia).

7.2. Tranzyt drogą powietrzną

Podstawa prawna: Dyrektywa 2003/110/WE

- Wniosek o tranzyt do celów deportacji drogą powietrzną: załącznik do dyrektywy 2003/110/WE
- Wykaz organów centralnych zgodnie z art. 4 ust. 5 dyrektywy 2003/110/WE, do których składa się wnioski o tranzyt (dostępny jako ankieta *ad hoc* rozesłana przez ESM w sprawie powrotu, 2015 r., zamieszczona na stronach internetowych ESM Europa)

W dyrektywie 2003/110/WE określono szczegółowe środki dotyczące pomocy, które mogą być zastosowane przez właściwe władze w portach lotniczych tranzytu w państwach członkowskich w odniesieniu do wydalania drogą powietrzną pod eskortą i bez eskorty. Przewidziano w niej szereg zasad mających na celu ułatwienie tranzytu osób podlegających wydalaniu w porcie lotniczym państwa członkowskiego innego niż państwo członkowskie, które przyjęło i wdrożyło decyzję o wydalaniu. W tym celu w dyrektywie określono warunki, na jakich mogą odbywać się operacje tranzytu, i wskazano środki pomocy, jakie powinno zapewnić państwo członkowskie, do którego kierowany jest wniosek. Wnioski o udzielenie pomocy składa się na standardowym formularzu załączonym do dyrektywy 2003/110/WE. Wnioski te przekazuje się wyznaczonym do tego celu organom centralnym państw członkowskich.

7.3. Wspólne operacje wydalania drogą powietrzną

Podstawa prawna: Decyzja 2004/573/WE

- Wykaz organów krajowych odpowiedzialnych za organizację wspólnych lotów lub uczestniczących we wspólnych lotach na mocy art. 3 decyzji 2004/573/WE (dostępny jako ankieta *ad hoc* rozesłana przez ESM w sprawie powrotu, 2015 r., zamieszczona na stronach internetowych ESM Europa)

Decyzja 2004/573/WE dotyczy w szczególności określenia wspólnych i szczególnych zadań organów odpowiedzialnych za organizację tych działań lub udział w tych działaniach. Wspólne wytyczne w sprawie przepisów bezpieczeństwa w odniesieniu do wspólnych wydań drogą powietrzną załączone są do przedmiotowej decyzji Rady. Zgodnie z art. 8 ust. 5 dyrektywy powrotowej wytyczne te należy wziąć pod uwagę w odniesieniu do każdego wydalania drogą powietrzną, w tym w ramach operacji wyłącznie krajowych (zob. sekcja 7.1).

7.4. Operacje powrotowe koordynowane przez Europejską Agencję Straży Granicznej i Przybrzeżnej

Podstawa prawna: Rozporządzenie (UE) 2016/1624 – art. 28

Jednym z zadań Europejskiej Agencji Straży Granicznej i Przybrzeżnej jest – z zastrzeżeniem unijnej polityki powrotowej, a w szczególności z zastrzeżeniem dyrektywy powrotowej, będącej głównym elementem unijnego ustawodawstwa w zakresie powrotów – zapewnienie pomocy państwom członkowskim w organizacji i przeprowadzaniu operacji powrotowych. Rolę Agencji w kwestiach dotyczących powrotów oraz przestrzegania praw podstawowych wzmocniono dzięki przyjęciu rozporządzenia w sprawie Europejskiej Straży Granicznej i Przybrzeżnej w 2016 r.

Przeprowadzanie operacji powrotowych koordynowanych przez Agencję ma wyraźną wartość dodaną, dlatego też zachęca się państwa członkowskie do pełnego wykorzystywania tej możliwości.

Operacje powrotowe koordynowane przez Agencję podlegają monitorowaniu przymusowych powrotów (zob. sekcja 8).

8. MONITOROWANIE PRZYMUSOWYCH POWROTÓW

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 8 ust. 6

— Wykaz krajowych organów ds. monitorowania przymusowych powrotów: ankieta *ad-hoc* rozesłana przez ESM w sprawie powrotu, 2015 r., zamieszczona na stronie internetowej ESM Europa; przegląd krajowych organów ds. monitorowania przymusowych powrotów dokonany przez Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej (FRA) jest dostępny pod adresem: <http://fra.europa.eu/en/theme/asylum-migration-borders/forced-return>

Państwa członkowskie zapewniają skuteczny system monitorowania przymusowych powrotów.

Monitorowanie przymusowych powrotów jest ważnym narzędziem, które może służyć zarówno interesom osoby powracającej, jak i interesom organów wykonawczych jako naturalny mechanizm kontroli w zakresie codziennych praktyk dotyczących powrotów. Skuteczne monitorowanie może przyczynić się do deeskalacji. Umożliwia ono szybkie identyfikowanie i usuwanie ewentualnych niedociągnięć. Zapewnia również ochronę organom wykonawczym – które mogą niekiedy być przedmiotem niesłusznej krytyki ze strony mediów lub organizacji pozarządowych – dzięki dostarczaniu obiektywnych i neutralnych sprawozdań.

W dyrektywie powrotowej nie określa się w sposób szczegółowy, jakie powinny być krajowe systemy monitorowania przymusowych powrotów. Dyrektywa pozostawia państwom członkowskim duży margines swobody. Na podstawie brzmienia dyrektywy i jej kontekstu można jednak przedstawić pewne wskazówki:

- 1) monitorowanie przymusowych powrotów należy rozumieć jako środek obejmujący wszystkie działania podejmowane przez państwa członkowskie w związku z wydalaniem od momentu przygotowywania wyjazdu do momentu przyjęcia w kraju powrotu lub, w razie niepowodzenia operacji wydalania, do momentu powrotu do miejsca wyjazdu. Środek ten nie obejmuje monitorowania po powrocie, tj. okresu następującego po przyjęciu osoby powracającej w państwie trzecim;
- 2) w systemach monitorowania powinny uczestniczyć organizacje/organy inne niż organy odpowiedzialne za realizację powrotu i niezależne od nich (*nemo monitor in res sua*);
- 3) organy publiczne, takie jak krajowy rzecznik praw obywatelskich lub niezależny krajowy organ kontroli ogólnej, mogą pełnić funkcję obserwatora. Przydzielenie roli obserwatora wydziałowi tej samej administracji, która odpowiada również za powroty/wydalania, wydaje się jednak problematyczne;
- 4) nie można uznawać samego istnienia środków zaskarżenia w indywidualnych sprawach lub w ramach krajowych systemów nadzoru skuteczności krajowych polityk powrotowych za odpowiednie zastosowanie art. 8 ust. 6 dyrektywy powrotowej;
- 5) państwa członkowskie nie mają żadnego automatycznego obowiązku finansowania wszystkich kosztów poniesionych przez obserwatora (takich jak koszty personelu), ale państwa członkowskie są zobowiązane, aby system monitorowania przymusowych powrotów ogólnie był wdrożony i działał (skuteczność, *effet utile*);
- 6) w art. 8 ust. 6 dyrektywy powrotowej nie nakłada się obowiązku monitorowania każdej pojedynczej operacji wydalania. Można uznać, że wystarczające jest posiadanie systemu monitorowania obejmującego wrywkową kontrolę oraz monitorowanie próbek losowych, o ile intensywność monitorowania jest na tyle duża, aby gwarantowała jego ogólną skuteczność;
- 7) z art. 8 ust. 6 dyrektywy podmiotowej nie wynika, że osobie powracającej przysługuje prawo podmiotowe do bycia monitorowanym.

Monitorowanie operacji powrotowych koordynowanych przez Europejską Agencję Straży Granicznej i Przybrzeżnej:

- Artykuł 28 ust. 6 rozporządzenia w sprawie Europejskiej Straży Granicznej i Przybrzeżnej stanowi, że „Każdą operację powrotową monitoruje się zgodnie z art. 8 ust. 6 dyrektywy 2008/115/WE [...] na podstawie obiektywnych i przejrzystych kryteriów i obejmuje całą operację powrotową od etapu przed opuszczeniem kraju do przekazania osób powracających w państwie trzecim będącym państwem powrotu”. Oznacza to, że każda przymusowa operacja powrotowa, którą koordynuje Agencja i która wymaga wzmocnienia technicznego i operacyjnego zapewnianego przez jedno lub większą liczbę państw członkowskich staje się przedmiotem monitorowania zgodnie z przepisami krajowymi i metodami transpozycji art. 8 ust. 6 dyrektywy powrotowej.
- Bez uszczerbku dla obowiązków sprawozdawczych wprowadzonych prawem krajowym obserwatorzy powrotów przymusowych muszą po każdej operacji sporządzać sprawozdanie dla dyrektora wykonawczego Agencji, urzędnika ds. praw podstawowych oraz dla właściwych organów krajowych wszystkich państw członkowskich uczestniczących w operacji.

9. WSTRZYMANIE WYDALENIA

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 9

1. Państwa członkowskie przesuwają termin wydalenia:
 - a) jeżeli miałyby ono naruszać zasadę *non-refoulement*; lub
 - b) dopóki obowiązuje zawieszenie wykonania decyzji nakazującej powrót, przyznane zgodnie z art. 13 ust. 2.
2. Państwa członkowskie mogą wstrzymać wydalenie na odpowiedni okres, uwzględniając szczególne okoliczności w danym przypadku. Państwa członkowskie uwzględniają w szczególności:
 - a) stan fizyczny i psychiczny obywatela państwa trzeciego;
 - b) względy techniczne, takie jak brak możliwości transportu, niemożność wydalenia z powodu braku ustalenia jej tożsamości.
3. Jeżeli wydalenie zostaje wstrzymane zgodnie z ust. 1 i 2, na danego obywatela państwa trzeciego mogą zostać nałożone obowiązki określone w art. 7 ust. 3.

W dyrektywie powrotowej wprowadzono dwa bezwzględnie obowiązujące zakazy: Państwom członkowskim nie wolno wydalić osoby, jeżeli miałyby to naruszać zasadę *non-refoulement*, a ponadto nie wolno im wykonywać wydalenia przez okres obowiązywania zawieszenia wykonania decyzji przyznanego w związku z rozpatrywanym odwołaniem.

W innych przypadkach państwa członkowskie mogą odroczyć wydalenie na odpowiedni okres, uwzględniając szczególne okoliczności indywidualnego przypadku. Wykaz możliwych powodów jest otwarty i umożliwia państwom członkowskim elastyczne reagowanie na wszelkie nowo powstałe lub nowo wykryte okoliczności uzasadniające wstrzymanie wydalenia. Konkretnie przykłady wymienione w dyrektywie powrotowej (stan fizyczny lub psychiczny danej osoby; względy techniczne, takie jak brak dostępności do odpowiednich środków transportu) mają charakter orientacyjny. Państwa członkowskie mogą również przewidzieć inne przypadki w swoich krajowych przepisach wykonawczych lub w krajowej praktyce administracyjnej.

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Różnica między terminem dobrowolnego wyjazdu a wstrzymaniem wydalenia: W art. 7 dyrektywy powrotowej (dobrowolny wyjazd) przewiduje się „okres karencji” w celu umożliwienia zorganizowania uporządkowanego i dobrze przygotowanego wyjazdu. Okres ten dotyczy tylko tych osób powracających, w przypadku których oczekuje się dobrowolnego zastosowania się do decyzji nakazującej powrót. Art. 9 przedmiotowej dyrektywy (wstrzymanie wydalenia) odnosi się do tych przypadków, w których to państwo musi zrealizować zobowiązanie do powrotu, ponieważ dobrowolny wyjazd jest niemożliwy lub nie został przyznany.
- Status prawny przez okres wstrzymania wydalenia: przez okres zawieszenia wydalenia osoba powracająca jest objęta gwarancjami wymienionymi w art. 14 dyrektywy powrotowej (pisemnym potwierdzeniem wstrzymanego zobowiązania do powrotu i niektórymi podstawowymi gwarancjami, takimi jak dostęp do opieki medycznej w nagłych przypadkach i niezbędnego leczenia w przypadku choroby oraz utrzymanie jedności rodziny – zob. sekcja 13 niniejszego podręcznika). Osoby powracającej nie uznaje się jednak za osobę legalnie przebywającą w państwie członkowskim, chyba że państwo członkowskie postanowi – zgodnie z art. 6 ust. 4 dyrektywy powrotowej – o udzieleniu obywatelowi państwa trzeciego zezwolenia lub o przyznaniu mu prawa do legalnego pobytu.
- Wskazanie do przebywania w określonym miejscu przez okres wstrzymanego wydalenia: Art. 9 ust. 3 zawiera wyraźne odniesienie do możliwości wymienionych w art. 7 ust. 3, które mają na celu zapobiegnięcie ucieczce (zob. sekcja 6.2), włącznie z możliwością nałożenia obowiązku przebywania w określonym miejscu.

10. POWRÓT MAŁOLETNIH BEZ OPIEKI

Dyrektywa powrotowa ma zastosowanie również do małoletnich, w tym małoletnich bez opieki, i przewidziano w niej szczególnie gwarancje, których zastosowanie przez państwa członkowskie jest konieczne. Gwarancje takie mają zatem zastosowanie wobec każdej osoby poniżej osiemnastego roku życia (tj. osoby małoletniej), która przybywa na terytorium państw członkowskich bez opieki osoby dorosłej odpowiedzialnej za nią, dopóki osoba małoletnia (w tym osoba małoletnia, która zostaje pozostawiona bez opieki po przybyciu na terytorium państw członkowskich) nie zostanie skutecznie objęta opieką takiej osoby dorosłej. W niektórych państwach członkowskich osoby nastoletnie, które nie ukończyły 18 roku życia są upoważnione do działania we własnym imieniu w ramach procedur powrotu (i procedur azylowych). Gwarancje przewidziane w dyrektywie powrotowej są wiążące dla państw członkowskich w odniesieniu do wszystkich małoletnich, którzy nie ukończyli 18 lat.

Trwałe rozwiązania są niezbędne do zapewnienia wszystkim małoletnim normalności i stabilności w perspektywie długoterminowej. Powrót stanowi tylko jedną możliwość, którą należy rozważyć przy identyfikowaniu trwałego rozwiązania w odniesieniu do małoletnich bez opieki, a wszelkie działania państwa członkowskiego muszą uwzględniać najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka jako sprawę nadrzędną. Przed podjęciem decyzji o powrocie małoletniego bez opieki i zgodnie z art. 12 ust. 2 Konwencji o prawach dziecka ⁽¹⁾ małoletni, których sprawa dotyczy, muszą zostać wysłuchani bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela bądź odpowiedniego organu, ponadto zawsze należy przeprowadzać ocenę najlepszego zabezpieczenia interesów dziecka w odniesieniu do poszczególnych przypadków, uwzględniając szczególnie potrzeby, obecną sytuację w rodzinie oraz sytuację i warunki przyjmowania w kraju powrotu. Przeprowadzając taką ocenę należy systematycznie rozważać, czy powrót do kraju pochodzenia, w tym połączenie z rodziną, leży w interesie dziecka.

Oceny powinny dokonywać właściwe organy na zasadzie podejścia multidyscyplinarnego, przy udziale wyznaczonego opiekuna małoletniego lub właściwego organu ds. ochrony dzieci. Państwa członkowskie powinny ponadto dokonywać okresowej powtórnej oceny interesów dziecka w świetle zmian zaszytych w indywidualnym przypadku.

Zachęca się państwa członkowskie do uwzględniania wskazówek interpretacyjnych i operacyjnych przedstawionych w wytycznych opracowanych wspólnie przez UNHCR-UNICEF dotyczących ustalania dobra dziecka ⁽²⁾, uwadze ogólnej nr 14 Komitetu Praw Dziecka ONZ w sprawie prawa dziecka do tego, by stawiać zawsze na pierwszym miejscu jego dobro ⁽³⁾, wytycznych UNHCR w kwestii interesu dziecka ⁽⁴⁾ oraz podręcznika dotyczącego wdrażania wytycznych UNHCR w zakresie oceny interesu dziecka ⁽⁵⁾.

Prawo do bycia wysłuchanym przysługujące małoletnim w postępowaniu w sprawie powrotu, w którym małoletni uczestniczą lub które ich dotyczy, stanowi integralną część każdej oceny interesu dziecka (zob. art. 12 Konwencji o prawach dziecka) i należy go przestrzegać jako prawa podstawowego uznanego za ogólną zasadę prawa UE i zapisanego w karcie praw podstawowych. Obejmuje ono przykładanie należytej wagi do opinii małoletnich, z uwzględnieniem ich wieku i stopnia dojrzałości oraz ewentualnych trudności w komunikowaniu się, w celu nadania im udziałowi odpowiedniego znaczenia, a także poszanowanie prawa małoletniego do swobodnego wyrażania swojej opinii (w celu uzyskania dalszych wytycznych należy zapoznać się z sekcją 12.1).

Definicja małoletniego bez opieki: w dyrektywie powrotowej nie zawarto definicji pojęcia „małoletni bez opieki”. Biorąc pod uwagę, że w wielu przypadkach małoletni bez opieki są lub byli osobami ubiegającymi się o azyl, zaleca się stosowanie definicji przedstawionej w najnowszych dyrektywach w sprawie azylu, w szczególności art. 2 lit. e) przekształconej dyrektywy 2013/33/UE w sprawie warunków przyjmowania: „małoletniego, który przybywa na terytorium państw członkowskich bez opieki osoby dorosłej, odpowiedzialnej za niego zgodnie z prawem lub z praktyką danego państwa członkowskiego, dopóki nie zostanie on skutecznie objęty opieką takiej osoby; pojęcie to obejmuje również małoletniego, który zostaje pozostawiony bez opieki po przybyciu na terytorium państw członkowskich; pojęcie to obejmuje również małoletniego, który zostaje pozostawiony bez opieki po przybyciu na terytorium państw członkowskich”.

Wstrzymanie się od wydawania decyzji nakazujących powrót w odniesieniu do małoletnich bez opieki: W art. 6 ust. 4 dyrektywy powrotowej wyraźnie umożliwiono państwom członkowskim w dowolnym momencie wydać zezwolenie na pobyt lub udzielić prawa do pobytu nielegalnie przebywającym obywatelom państw trzecich zgodnie z prawem krajowym. Przepis ten ma zastosowanie również do małoletnich. W związku z powyższym państwa członkowskie, które nie przeprowadzają procedury powrotu/wydalenia w stosunku do małoletnich pochodzących z państw trzecich, którzy nielegalnie przebywają na ich terytorium, lub nie mogą wydalić małoletniego bez opieki ze względu na dobro dziecka, mogą udzielić zezwolenia na pobyt lub przyznać prawo do pobytu (np. zezwolenie na pobyt (tymczasowy) do ukończenia 18 roku życia).

⁽¹⁾ Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawach dziecka, 1989 r.

⁽²⁾ UNHCR-UNICEF, *Safe and Sound*, październik 2014 r. dostępne na stronie internetowej: <http://www.refworld.org/docid/5423da264.html>

⁽³⁾ Narody Zjednoczone, *Uwaga ogólna nr 14 (2013) w sprawie prawa dziecka do tego, by stawiać zawsze na pierwszym miejscu jego dobro (art. 3 ust. 1)**, 2013 r., dostępna na stronie internetowej: http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf

⁽⁴⁾ UNHCR, *Wytyczne UNHCR dotyczące określania interesu dziecka (ang. UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child)*, 2008 r., <http://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf>

⁽⁵⁾ UNHCR, *Podręcznik dotyczący wdrażania wytycznych UNHCR w zakresie oceny najlepszego interesu (ang. Field Handbook for the Implementation of UNHCR BID Guidelines)*, 2011 r. dostępny pod adresem: <http://www.refworld.org/pdfid/4e4a57d02.pdf>

W art. 6 ust. 1 dyrektywy powrotowej zobowiązano państwa członkowskie do podjęcia decyzji „A” (wydanie dokumentu pobytowego lub prawa do pobytu), albo decyzji „B” (przeprowadzenia procedury powrotu) (zob. sekcja 5). Państwa członkowskie powinny zatem ustanowić jasne przepisy regulujące status prawny małoletnich bez opieki, co umożliwi wydawanie decyzji nakazujących powrót i przeprowadzanie procedury powrotu, albo przyznawanie im prawa do pobytu zgodnie z prawem krajowym. Państwa członkowskie powinny dążyć do zapewnienia małoletnim bez opieki, w stosunku do których nie przeprowadzają procedury powrotu, dostępności procedur określania statusu. Jest to proste rozwiązanie mające na celu ograniczenie „szarych stref” i zwiększenie pewności prawa wszystkich podmiotów zaangażowanych. W świetle powyższego w celu zachowania zgodności z przepisami dyrektywy powrotowej, sytuacja małoletnich bez opieki w państwach członkowskich, które po przeprowadzeniu oceny interesu dziecka nie przeprowadzają w stosunku do małoletnich z państw trzecich procedury powrotu/wydalenia, powinna zostać zdefiniowana – w wymiarze prawnym – jako przyznanie zezwolenia na pobyt (czasowy) lub udzielenie prawa do pobytu (na przykład do momentu ukończenia 18 roku życia) zgodnie z art. 6 ust. 4 dyrektywy, albo jako wydanie decyzji nakazującej powrót i jako wstrzymanie wydalenia zgodnie z art. 6 i 9 dyrektywy powrotowej.

10.1. Pomoc odpowiednich organów

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 10 ust. 1

Przed podjęciem decyzji o wydaniu decyzji nakazującej powrót wobec małoletniego bez opieki, zostaje mu przyznana odpowiednia pomoc, z należyтым uwzględnieniem dobra dziecka.

Przypomnienie/wyjaśnienie kontekstu historycznego: art. 10 ust. 1 nie został zawarty we wniosku Komisji. Artykuł ten został włączony do tekstu w trakcie negocjacji i bezpośrednio opierał się na wytycznej 2 pkt 5 określonej w „Dwudziestu wytycznych w sprawie powrotów przymusowych” ⁽¹⁾ Rady Europy, która stanowi, że „przed podjęciem decyzji o wydaniu nakazu wydalenia wobec dziecka bez opieki należy udzielić pomocy – w szczególności pomocy prawnej – z należyтым uwzględnieniem dobra dziecka”.

Charakter „odpowiednich organów”: „odpowiedni organ” powinien być niezależny od organu wykonawczego, przy czym może być to organ rządowy (jeżeli w ramach tego samego ministerstwa, to w miarę możliwości odrębna służba), organ pozarządowy lub organ wskazany w ramach połączenia obu rozwiązań, który zapewnia multidyscyplinarną współpracę między wspieranymi przez rząd i pozarządowymi systemami opieki lub organami zajmującymi się ochroną dziecka. Organy odpowiedzialne za opiekę nad dziećmi i ich ochronę powinny spełniać normy określone w obszarze bezpieczeństwa, zdrowia, dopasowania pracowników i odpowiedniego nadzoru. Różne role i obowiązki podmiotów muszą być jasne i przejrzyste, w szczególności w przypadku małoletniego bez opieki, w celu umożliwienia mu aktywnego zaangażowania we wszystkie sprawy, które go dotyczą, i skutecznego udziału w nich.

Charakter „pomocy”: pomoc powinna obejmować pomoc prawną, ale nie może się do niej ograniczać. Należy uwzględniać również pozostałe aspekty wyraźnie wskazane w dyrektywie powrotowej – takie jak udzielanie koniecznej pomocy medycznej i zapewnienie opieki zdrowotnej, kontakt z rodziną, dostęp do podstawowego systemu edukacji – co ma na celu wsparcie realizacji praw dziecka określonych w Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach dziecka. Szczególny nacisk należy położyć na potrzebę omawiania z małoletnim wszystkich decyzji, które go dotyczą zarówno z wyprzedzeniem, jak i w trakcie wszelkich procesów i procedur. Małoletnich należy informować w sposób dostosowany do dziecka, jego wieku i kontekstu o przysługujących im prawach, procedurach i dostępnych usługach służących ich ochronie.

Termin udzielania „pomocy”: właściwe organy powinny zacząć udzielać pomocy możliwie najwcześniej, a jej udzielanie rozpoczyna się przed wydaniem decyzji nakazującej powrót. Wiąże się to z terminowym ustaleniem wieku w oparciu o zasadę rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść dziecka. Udzielanie pomocy powinno być ciągłym i stabilnym procesem obejmującym etap powrotu. Proces ten może także obejmować etap następujący po powrocie w celu zapewnienia podjęcia odpowiednich działań następczych w związku z powrotem. W razie potrzeby należy przenieść prawo do opieki z osoby przebywającej w państwie członkowskim na osobę przebywającą w państwie powrotu zgodnie z art. 10 ust. 2 dyrektywy powrotowej.

Ustalanie wieku: dyrektywa powrotowa nie zawiera żadnych przepisów dotyczących ustalania wieku. Na podstawie systematycznej wykładni dorobku prawnego UE w dziedzinie imigracji i azylu Komisja zaleca odwoływanie się do przepisów art. 25 ust. 5 dyrektywy w sprawie procedur azylowych, a także uwzględnianie powiązanych dokumentów opracowanych na przykład przez Europejski Urząd Wsparcia w dziedzinie Azylu ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Rada Europy, *Dwadzieścia wytycznych w sprawie powrotów przymusowych*, 2005 r.

⁽²⁾ Europejski Urząd Wsparcia w dziedzinie Azylu, *Stosowana w Europie praktyka w zakresie ustalania wieku* (ang. *Age assessment practice in Europe*), 2014 r. publikacja dostępna pod adresem: <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO-Age-assessment-practice-in-Europe.pdf>. Nowe wytyczne są w trakcie opracowywania.

Ciągłość udzielania pomocy w zakresie procedur azylowych i procedur powrotu: chociaż podstawa prawna opieki zapewnianej na rzecz osób ubiegających się o azyl różni się od podstawy prawnej „pomocy” wymaganej w odniesieniu do małoletnich/dzieci bez opieki w ramach procesu powrotu, istnieją bliskie powiązania między wymogami określonymi w dorobku w dziedzinie azylu a wymogami określonymi w dyrektywie powrotowej i w związku z tym należy dążyć do ciągłości udzielania pomocy w zakresie procedur azylowych i procedur powrotu.

- Zapewnianie samej opieki nie wystarcza do spełnienia obowiązku udzielenia pomocy małoletnim, ponieważ „pomoc odpowiednich organów” oznacza więcej niż samą opiekę.

10.2. Powrót do członka rodziny, wyznaczonego opiekuna lub odpowiedniej struktury przyjmującej

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 10 ust. 2

Przed wydaleniem małoletniego bez opieki z terytorium danego państwa członkowskiego, organy tego państwa członkowskiego upewniają się, że zostanie on przekazany

- członkowi swojej rodziny,
- wyznaczonemu opiekunowi, lub
- do odpowiedniego ośrodka w państwie, do którego następuje wydalenie.

Zaleca się, aby spośród możliwości określonych w art. 10 ust. 2 dyrektywy powrotowej preferowanym rozwiązaniem był powrót do członków rodziny, chyba że jest to wyraźnie sprzeczne z dobrem dziecka. Państwa członkowskie powinny zatem podjąć starania w celu ustalenia tożsamości i obywatelstwa małoletniego bez opieki oraz na rzecz poszukiwania członków rodziny. Powrót do opiekuna lub odpowiedniego ośrodka przyjmującego może stanowić dopuszczalną możliwość alternatywną pod pewnymi warunkami.

Komisja zaleca, aby państwa członkowskie wdrożyły odpowiednie środki reintegracyjne ukierunkowane na małoletnich bez opieki, którzy powracają do swoich państw pochodzenia, oraz zapewniły natychmiastowy dostęp do takich środków zarówno przed wyjazdem, jak i po powrocie do państwa trzeciego będącego krajem powrotu.

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Poszukiwanie rodziny: państwa członkowskie powinny jak najszybciej wszczynać procedury poszukiwania rodziców lub członków rodziny małoletnich bez opieki, włączając w poszukiwania wyznaczonego opiekuna lub osobę odpowiedzialną za ochronę dziecka. W celu ułatwienia odnalezienia rodziny, a także do celów identyfikacji opiekuna lub odpowiedniego ośrodka w perspektywie powrotu, właściwe organy krajowe powinny podjąć działania w celu podjęcia współpracy ze służbami konsularnymi, urzędnikami łącznikowymi, organami zajmującymi się ochroną dzieci, organizacjami międzynarodowymi oraz organizacjami pozarządowymi w kraju powrotu, wykorzystując w pełni istniejące kanały współpracy transgranicznej.
- Dobrowolny wyjazd osób małoletnich: co do zasady art. 10 ust. 2 ma zastosowanie wyłącznie do sytuacji, w których małoletni zostaje wydalony, a nie do sytuacji, w których małoletni dobrowolnie opuszcza terytorium państwa członkowskiego. Biorąc pod uwagę obowiązek państw członkowskich wynikający z wymogu wzięcia pod uwagę dobra dziecka, także w przypadkach dobrowolnego wyjazdu zaleca się przeprowadzenie oceny sytuacji w rodzinie oraz sytuacji i warunków przyjmowania w kraju powrotu.
- Adekwatność ośrodków przyjmujących w kraju powrotu należy oceniać indywidualnie w odniesieniu do każdego przypadku z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności i wieku małoletniego objętego procedurą powrotu. Nie można uznać, że sam odbiór przez policję graniczną w kraju powrotu, bez podjęcia żadnych koniecznych dalszych działań lub środków wspierających, stanowi „odpowiedni odbiór”. Państwa członkowskie powinny zwrócić szczególną uwagę na dostępność odpowiedniego zakwaterowania, dostęp do opieki zdrowotnej i edukacji w kraju powrotu. Państwa członkowskie muszą przestrzegać zapisów art. 20 Konwencji ONZ o prawach dziecka i zachęca się je do działań zgodnych z wytycznymi ONZ w sprawie opieki zastępczej dla dziecka ⁽¹⁾.

11. ZAKAZY WJAZDU

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 3 ust. 6 i art. 11

„Zakaz wjazdu” oznacza decyzję administracyjną lub orzeczenie sądowe, które zakazują na określony czas wjazdu i pobytu na terytorium państw członkowskich oraz którym towarzyszy decyzja nakazująca powrót.

Decyzji nakazującej powrót towarzyszy zakaz wjazdu:

- a) jeżeli nie wyznaczono terminu dobrowolnego wyjazdu; lub
- b) jeżeli zobowiązanie do powrotu nie zostało wykonane.

⁽¹⁾ Narody Zjednoczone, Wytyczne dotyczące opieki zastępczej nad dziećmi, 2010 r., publikacja dostępna pod adresem <http://www.refworld.org/docid/4c3acd162.html>

W innych przypadkach decyzjom nakazującym powrót może towarzyszyć zakaz wjazdu.

Czas trwania zakazu wjazdu jest określany, z należyтым uwzględnieniem wszystkich istotnych dla danego przypadku okoliczności i co do zasady nie przekracza pięciu lat. Może on być jednak dłuższy niż pięć lat, jeżeli obywatel państwa trzeciego stanowi poważne zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego.

Zakazy wjazdu związane z powrotami przewidziane w dyrektywie powrotowej mają mieć skutki zapobiegawcze i zwiększać wiarygodność unijnej polityki powrotowej poprzez wysłanie jasnego sygnału, że osoby, które łamią przepisy migracyjne w państwach członkowskich UE nie będą mogły przez określony czas ponownie wjechać do żadnego państwa członkowskiego UE.

W dyrektywie zobowiązano państwa członkowskie do wydawania zakazu wjazdu w dwóch określonych przypadkach: (i) gdy nie wyznaczono żadnego terminu dobrowolnego wyjazdu; oraz (ii) gdy zobowiązanie do powrotu nie zostało wykonane.

We wszystkich pozostałych przypadkach decyzjom nakazującym powrót może towarzyszyć zakaz wjazdu.

Czas obowiązywania zakazu wjazdu należy określić z należyтым uwzględnieniem wszystkich okoliczności istotnych dla danego przypadku. Zasadniczo nie powinien przekraczać pięciu lat. Jedynie w przypadkach poważnego zagrożenia dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego, zakaz wjazdu może zostać wydany na dłuższy okres.

Przepisy dotyczące zakazów wjazdu związanych z powrotami określone w dyrektywie powrotowej nie mają wpływu na zakazy wjazdu wydane do innych celów nie związanych z migracją, takie jak zakazy wjazdu dla obywateli państw trzecich, którzy popełnili poważne przestępstwa lub co do których istnieją poważne przesłanki, by sądzić, że zamierzają oni takie przestępstwa popełnić (zob. art. 24 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1987/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady („rozporządzenie w sprawie SIS II”) (¹), lub zakazy wjazdu stanowiące środek ograniczający przyjęty zgodnie z rozdziałem 2 tytułu V TUE, w tym środki wdrażające zakazy podróżowania wydane przez Radę Bezpieczeństwa ONZ.

11.1. Skutek obejmujący całą UE

Zakaz wjazdu zabrania wjazdu na terytorium wszystkich państw członkowskich: z brzmienia motywu 14 dyrektywy powrotowej oraz z systematycznego porównania wszystkich wersji językowych dyrektywy (w szczególności wersji angielskiej i francuskiej) wyraźnie wynika, że zakaz wjazdu zabrania wjazdu i pobyt na terytorium wszystkich państw członkowskich. Duńska wersja dyrektywy, w której użyto liczby pojedynczej („ophold på en medlemsstats”), zawiera oczywisty błąd w tłumaczeniu. Obejmujący całą UE skutek zakazu wjazdu jest jedną z najważniejszych europejskich wartości dodanych wynikających z przedmiotowej dyrektywy. W decyzji o zakazie wjazdu wydanej wobec obywatela państwa trzeciego należy wyraźnie podkreślić skutek zakazu wjazdu obejmujący całą UE.

Zakazy wjazdu są wiążące dla wszystkich państw członkowskich związanych dyrektywą powrotową, to znaczy dla wszystkich państw członkowskich (oprócz Zjednoczonego Królestwa i Irlandii) oraz dla państw stowarzyszonych w ramach Schengen (Szwajcarii, Norwegii, Islandii i Liechtensteinu).

Informowanie pozostałych państw członkowskich o wydanych zakazach wjazdu: zasadnicze znaczenie ma poinformowanie pozostałych państw członkowskich o wszystkich wydanych zakazach wjazdu. Dokonanie w SIS wpisu dotyczącego zakazu wjazdu zgodnie z art. 24 ust. 3 rozporządzenia w sprawie SIS II stanowi podstawowy – lecz nie jedyny – sposób poinformowania pozostałych państw członkowskich o istnieniu zakazu wjazdu oraz zapewnienia ich skutecznego wykonania. Państwa członkowskie powinny zatem zapewnić systematyczne dokonywanie w SIS wpisów dotyczących zakazu wjazdu. W przypadku tych państw członkowskich, które nie mają dostępu do SIS, wymiany informacji można dokonywać innymi kanałami (na przykład kontakty dwustronne).

Zakazy wjazdu o charakterze wyłącznie krajowym: wydawanie związanych z migracją zakazów wjazdu o charakterze wyłącznie krajowym nie jest zgodne z dyrektywą powrotową. W przepisach krajowych należy przewidzieć, że zakazy wjazdu wydane w związku z decyzją nakazującą powrót zabraniają wjazdu do wszystkich państw członkowskich i pobytu w tych państwach, na przykład przez ustanowienie obowiązku systematycznego wpisywania do SIS wszystkich zakazów wjazdu. Niemniej w przypadku obywatela państwa trzeciego podlegającego zakazowi wjazdu wydanemu w państwie członkowskim A, który posiada zezwolenie na pobyt wydane przez państwo członkowskie B, jeżeli państwo członkowskie B nie chce cofnąć tego zezwolenia, po zasięgnięciu opinii, o której mowa w art. 25 konwencji wykonawczej do układu z Schengen i do której odnosi się art. 11 ust. 4 dyrektywy powrotowej, to państwo członkowskie A cofa zakaz wjazdu obejmujący całą UE, lecz może umieścić danego obywatela państwa trzeciego na krajowej liście wpisów na mocy ostatniego zdania art. 25 ust. 2 konwencji wykonawczej do układu z Schengen (*lex specialis*) (zob. również sekcja 11.8).

(¹) Rozporządzenie (WE) nr 1987/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie utworzenia, funkcjonowania i użytkowania Systemu Informacyjnego Schengen drugiej generacji (SIS II) (Dz.U. L 381 z 28.12.2006, s. 4).

11.2. Wykorzystywanie SIS II

Rejestrowanie zakazów wjazdu w SIS: zgodnie z obecnie obowiązującym prawodawstwem państwa członkowskie mogą rejestrować w SIS wpisy dotyczące zakazów wjazdu wydanych zgodnie z dyrektywą powrotową, ale nie mają takiego obowiązku. Aby nadać pełną skuteczność europejskiemu wymiarowi zakazów wjazdu wydawanych na mocy dyrektywy powrotowej, państwa członkowskie powinny jednak robić to systematycznie.

Związek między przeprowadzaniem co 3 lata przeglądem wpisów zarejestrowanych w SIS (na mocy art. 112 konwencji wykonawczej do układu z Schengen i art. 29 rozporządzenia w sprawie SIS II) a okresem trwania zakazu wjazdu ustalonym na podstawie dyrektywy powrotowej: przegląd wpisów dokonanych w SIS stanowi wymóg proceduralny mający na celu upewnienie się, że wpisy przechowuje się jedynie przez okres konieczny do osiągnięcia celu, który uzasadniał ich dokonanie. Nie ma to wpływu na uzasadnioną decyzję państw członkowskich w sprawie czasu trwania zakazu wjazdu zgodnie z przepisami dyrektywy powrotowej. Jeżeli w momencie przeprowadzania co 3 lata przeglądu zakaz wjazdu nałożony na mocy dyrektywy powrotowej nadal obowiązuje (na przykład zakaz ten nałożono na okres 5 lat i nie cofnięto go w tym czasie) państwa członkowskie mogą zachować wpis w SIS na okres pozostałych dwóch lat, jeżeli wpis jest nadal potrzebny w świetle obowiązujących kryteriów oceny, w szczególności w świetle art. 11 dyrektywy w związku z art. 112 ust. 4 konwencji wykonawczej do układu z Schengen lub art. 29 ust. 4 rozporządzenia w sprawie SIS II.

11.3. Kwestie proceduralne

Wydawanie zakazów wjazdu w momencie wyjazdu na granicy w ramach procedury zaocznej (na przykład w przypadku, gdy osoby nadmiernie przedłużające dozwolony wizą pobyt stawiają się do kontroli granicznej w porcie lotniczym na krótko przed wylotem): nic nie stoi na przeszkodzie, aby państwa członkowskie wszczęły procedurę powrotu z chwilą uzyskania informacji o przekroczeniu dozwolonego wizą okresu pobytu oraz wydały decyzję nakazującą powrót (zob. sekcja 5.1), której towarzyszy zakaz wjazdu wydany zaocznie, jeżeli:

- 1) krajowe przepisy administracyjne przewidują możliwość stosowania procedur zaocznych; oraz
- 2) tego rodzaju krajowe procedury są zgodne z zasadami ogólnymi prawa Unii oraz prawami podstawowymi zapisanymi w Karcie praw podstawowych, w szczególności prawem do bycia wysłuchanym oraz prawem do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu.

Wydawanie zakazu wjazdu osobom powracającym, które nie wykonały zobowiązania do powrotu w terminie dobrowolnego wyjazdu w momencie wyjazdu: zakaz wjazdu nakłada się na późniejszym etapie (na przykład po wyjeździe) jako dodatkowy i późniejszy element wydanej już decyzji nakazującej powrót, jeżeli osoba powracająca nie wykonała zobowiązania do powrotu w terminie dobrowolnego wyjazdu.

Obecność na terytorium państwa członkowskiego: nielegalny pobyt na jego terytorium jest zasadniczym warunkiem wstępnym wydania decyzji nakazującej powrót i towarzyszącego jej zakazu wjazdu. Państwo członkowskie nie może wydać decyzji nakazującej powrót i towarzyszącego jej zakazu wjazdu osobom, które nie przebywają na jego terytorium. W sytuacji, w której osoba uciekła (na przykład po otrzymaniu negatywnej decyzji w sprawie wniosku o udzielenie azylu), ale uznaje się, że wciąż jest obecna na terytorium danego państwa członkowskiego, decyzję nakazującą powrót (w tym zakaz wjazdu) można przyjąć w procedurze zaocznej na mocy prawa krajowego.

Nielegalny pobyt w przeszłości: Zgodnie z dyrektywą powrotową państwa członkowskie mogą wydać decyzję nakazującą powrót i towarzyszący jej zakaz wjazdu osobom, które nie przebywają na ich terytorium, w tym obywatelom państwa trzeciego, i które wcześniej (w przeszłości) przebywały nielegalnie i powróciły do państwa trzeciego, zanim ich nielegalny pobyt został wykryty. Jeżeli takie osoby ponownie wjeżdżają na terytorium państwa członkowskiego i przyjęto środki na mocy dyrektywy powrotowej (decyzję nakazującą powrót, zakaz wjazdu), jako okoliczności obciążające przy określaniu czasu trwania zakazu wjazdu można uwzględnić poprzedni nielegalny pobyt lub poprzednie nielegalne pobyty. Jako okoliczność obciążającą przy określaniu czasu trwania zakazu wjazdu można również wziąć pod uwagę wcześniejsze nielegalne pobyty na terytorium *innych* państw członkowskich.

11.4. Powody wydania zakazu wjazdu

W dyrektywie powrotowej zobowiązano państwa członkowskie do wydawania zakazu wjazdu w dwóch określonych przypadkach:

- 1) gdy nie wyznaczono żadnego terminu dobrowolnego wyjazdu; lub
- 2) gdy zobowiązanie do powrotu nie zostało wykonane.

We wszystkich innych przypadkach (wszystkie decyzje nakazujące powrót przyjęte na podstawie dyrektywy powrotowej, które nie wchodzą w zakres wspomnianych dwóch „określonych” przypadków) decyzjom nakazującym powrót może towarzyszyć zakaz wjazdu. Oznacza to, że można przewidzieć zakaz wjazdu, nawet jeżeli dana osoba wyjeżdża dobrowolnie. Państwa członkowskie mają jednak swobodę uznania w tym względzie i zachęca się je do korzystania z tej swobody w sposób, który zachęca do dobrowolnego wyjazdu.

11.5. Czas trwania zakazów wjazdu

Czas trwania zakazu wjazdu określa się zgodnie z prawem krajowym transponującym dyrektywę powrotową z należyтым uwzględnieniem wszystkich istotnych dla danego przypadku okoliczności. Określając czas trwania zakazu wjazdu, należy w szczególności uwzględnić okoliczności obciążające lub łagodzące, o których wiadomo organom wydającym, tj. fakt, czy:

- dany obywatel państwa trzeciego podlegał już w przeszłości decyzji nakazującej powrót lub nakazowi wydalenia,
- dany obywatel państwa trzeciego otrzymał już w przeszłości pomoc w dobrowolnym wyjeździe lub w zakresie reintegracji,
- dany obywatel państwa trzeciego wjechał na terytorium państwa członkowskiego bez zezwolenia w trakcie obowiązywania zakazu wjazdu,
- dany obywatel państwa trzeciego nie współpracował ani nie wykazał chęci współpracy w trakcie procedury powrotu,
- dany obywatel państwa trzeciego wykazał wolę dobrowolnego powrotu.

Czas trwania zakazu wjazdu nie może zasadniczo przekraczać 5 lat. Przy określaniu konkretnego czasu trwania zakazu wjazdu państwa członkowskie zobowiązane są do przeprowadzania indywidualnej oceny wszelkich istotnych okoliczności oraz do poszanowania zasady proporcjonalności. Jako ogólne wytyczne dla swojej administracji państwo członkowskie może przewidzieć różne ramy czasowe dla typowych sytuacji, takie jak 3 lata jako ogólna zasada standardowa, 5 lat w przypadku okoliczności obciążających (na przykład powtarzających się naruszeń prawa migracyjnego) i 1 rok w przypadku okoliczności łagodzących (na przykład naruszeń popełnionych jedynie w wyniku zaniebdania), należy jednak zagwarantować, by każdy przypadek oceniano indywidualnie zgodnie z zasadą proporcjonalności. W swoich przepisach krajowych lub administracyjnych państwa członkowskie mogą określić ogólne kryteria, które będą brane pod uwagę przy określeniu czasu trwania zakazu wjazdu zgodnie z art. 11 ust. 2 dyrektywy powrotowej.

Poważne zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego: w przypadkach poważnego zagrożenia dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego zakazy wjazdu można wydawać na okres dłuższy niż 5 lat. Czynniki, które państwa członkowskie mogą uwzględnić przy ustalaniu takiego zagrożenia, mogą być przestępstwa, jak również poważne przestępstwa administracyjne (na przykład wielokrotne użycie fałszywych dokumentów tożsamości, powtarzające się i celowe naruszanie przepisów prawa migracyjnego). Żadnego z tych czynników nie można jednak uznać za stanowiący automatycznie i sam w sobie zagrożenie dla porządku publicznego: państwa członkowskie mają zawsze obowiązek przeprowadzenia indywidualnej oceny wszelkich istotnych okoliczności i przestrzegania zasady proporcjonalności.

W dyrektywie powrotowej nie zawarto dokładnej definicji znaczenia wspomnianego pojęcia, a orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości w sprawie stosowania tego pojęcia w innych dyrektywach dotyczących migracji i w kontekście swobodnego przepływu *nie* ma bezpośredniego zastosowania w kontekście dyrektywy powrotowej, ponieważ przedmiotowe kwestie i kontekst są różne. Niemniej jednak pewne uwagi zawarte w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (w szczególności dotyczące horyzontalnych pojęć takich jak proporcjonalność i skuteczność dyrektyw) mogą dostarczyć pewnych wskazówek: w sekcji 3 komunikatu zatytułowanego „Wytyczne w celu skuteczniejszej transpozycji i stosowania dyrektywy 2004/38/WE w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich”⁽¹⁾ Komisja przedstawiła szczegółowe wytyczne dotyczące wykładni pojęcia porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego w kontekście swobodnego przepływu. Ponadto informacje porównawcze na temat wykładni tego pojęcia dokonanej przez państwa członkowskie w kontekście migracji można uzyskać z wyników ankiety *ad hoc* ESM (140) w sprawie rozumienia pojęć „porządek publiczny” i „bezpieczeństwo publiczne”. W pkt 48 wyroku w sprawie C-554/13, *Zh. i O.*, który dotyczył pojęcia „porządku publicznego” w kontekście dyrektywy powrotowej (zob. sekcja 6.3 powyżej), Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie potwierdził, że można zauważyć analogie do orzecznictwa dotyczącego dyrektywy 2004/38/WE (wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-430/10, *Gaydarov*⁽²⁾, pkt 32).

Czas trwania zakazów wjazdu ze względu na zagrożenie dla porządku publicznego: czas trwania zakazów wjazdu dotyczących porządku publicznego należy ustalać indywidualnie, uwzględniając wagę przestępstw popełnionych przez obywateli państw trzecich, powiązane z tym zagrożenia dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego i indywidualną sytuację danych osób. W każdym przypadku należy przestrzegać zasady proporcjonalności. Systematyczne wydawanie zakazów wjazdu do końca życia we wszystkich sprawach dotyczących zagrożenia dla porządku publicznego bez uwzględnienia okoliczności konkretnej sprawy (na przykład wagi przestępstw, zagrożeń) jest sprzeczne z dyrektywą. Państwo członkowskie może przewidzieć różne ramy czasowe dla typowych kategorii spraw, takie jak 10 lat jako ogólna standardowa zasada w odniesieniu do przypadków dotyczących zagrożenia

⁽¹⁾ COM(2009) 313 final.

⁽²⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 listopada 2011 r. w sprawie C-430/10, *Gaydarov*, ECLI:EU:C:2011:749.

dla porządku publicznego oraz 20 lat w szczególnie poważnych okolicznościach. Państwa członkowskie powinny zapewnić możliwość przeglądu decyzji dotyczącej zakazu wjazdu, w szczególności dotyczącego warunków uzasadniających taką decyzję – przeprowadzonego z urzędu albo na wniosek osoby zainteresowanej.

Dodatkowe wyjaśnienia:

Brak nieograniczonych zakazów wjazdu: okres trwania zakazu wjazdu jest kluczowym elementem decyzji o zakazie wjazdu. Należy ustalić go z urzędu z wyprzedzeniem w każdym indywidualnym przypadku. Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie potwierdził tę zasadę w wyroku w sprawie C-297/12, Filev i Osmani (pkt 27 i 34): „Należy stwierdzić, że ze sformułowania” [c]zas trwania zakazu wjazdu jest określany „wyraźnie wynika, iż państwa członkowskie są zobowiązane do ograniczenia w czasie, zasadniczo do maksymalnie pięciu lat, skutków każdego zakazu wjazdu, i to niezależnie od tego, czy obywatel państwa trzeciego, którego taki zakaz dotyczy, wystąpił z odpowiednim wnioskiem. [...] Art. 11 ust. 2 dyrektywy 2008/115/WE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisowi krajowemu [...], który uzależnia ograniczenie czasu obowiązywania zakazu wjazdu od wystąpienia przez danego obywatela państwa trzeciego z wnioskiem o przyznanie mu możliwości skorzystania z takiego ograniczenia”.

Moment, w którym zaczyna biec termin: w dyrektywie powrotowej nie określono wyraźnie chwili, od której należy liczyć czas trwania zakazu wjazdu. W sprawie Ouhrami, C-225/16 (¹), Trybunał Sprawiedliwości wyjaśnił jednak tę kwestię.

Trybunał Sprawiedliwości wyjaśnił, że określanie czasu trwania zakazu wjazdu nie może zostać pozostawione uznaniu każdego z państw członkowskich, ponieważ zagrożiłoby to celowi dyrektywy powrotowej, a także celowi takich zakazów wjazdu. Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że „z brzmienia, systematyki i celu dyrektywy 2008/115/WE wynika zatem, że okres zakazu wjazdu rozpoczyna bieg dopiero od chwili, gdy objęta nim osoba rzeczywiście opuściła terytorium państw członkowskich” (pkt 53). Jeżeli zakaz wjazdu miałby zostać zastosowany przed faktycznym wyjazdem obywatela państwa trzeciego, jego czas trwania zostałby bezpodstawnie ograniczony.

Trybunał Sprawiedliwości zważył zatem, że „czas trwania zakazu wjazdu [...] powinien być liczony poczynając od dnia rzeczywistego opuszczenia przez daną osobę terytorium państw członkowskich” (pkt 58).

Państwa członkowskie powinny wdrożyć środki mające na celu potwierdzanie i weryfikację faktycznej daty wyjazdu obywateli państw trzecich (zob. sekcje 6.4 i 6.6) w celu zapewnienia, by zakazy wjazdu zaczynały obowiązywać w chwili, w której obywatele ci faktycznie opuszczają terytorium państw członkowskich.

11.6. Cofanie, skracanie i zawieszanie zakazów wjazdu

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 11 ust. 3

Akapit pierwszy: państwa członkowskie rozważają cofnięcie lub zawieszenie zakazu wjazdu, jeżeli obywatel państwa trzeciego, który podlega zakazowi wjazdu wydanemu zgodnie z ust. 1 akapit drugi, jest w stanie wykazać, że opuścił terytorium państwa członkowskiego, w pełni przestrzegając decyzji nakazującej powrót.

Możliwość zawieszenia lub cofnięcia zakazu wjazdu w przypadkach, w których dana osoba powracająca opuściła terytorium państwa członkowskiego, w pełni przestrzegając przepisów decyzji nakazującej powrót (w szczególności w przyznanym terminie dobrowolnego wyjazdu) powinna zostać wykorzystana jako zachęta do dobrowolnego wyjazdu. Państwa członkowskie powinny w takich okolicznościach zapewnić w przepisach krajowych i praktyce administracyjnej możliwość ubiegania się o wycofanie lub zawieszenie zakazu wjazdu. Należy dołożyć starań, aby procedury te były łatwo dostępne dla osoby powracającej oraz aby właściwie funkcjonowały. Istnieją różne sposoby umożliwiające osobie powracającej dostarczenie dowodów w odniesieniu do jej wyjazdu z terytorium UE, takie jak: stempel wyjazdowy w paszporcie osoby powracającej, dane w krajowych systemach danych na granicach lub stawienie się osoby powracającej w przedstawicielstwie konsularnym państwa członkowskiego w państwie trzecim.

Skrócenie zakazów wjazdu: państwa członkowskie mają również możliwość skrócenia istniejącego zakazu wjazdu w okolicznościach, o których mowa w art. 11 ust. 3 dyrektywy powrotowej. Możliwość cofnięcia przez państwa członkowskie zakazu wjazdu na mocy art. 11 ust. 3 można interpretować również jako obejmującą częściowe wycofanie (tj. skrócenie) zakazu wjazdu.

Akapit drugi: ofiary handlu ludźmi, którym wydano zezwolenie na pobyt zgodnie z dyrektywą 2004/81/WE, którzy są ofiarami handlu ludźmi lub wcześniej byli przedmiotem działań ułatwiających nielegalną imigrację, którzy współpracują z właściwymi organami, nie podlegają zakazowi wjazdu, bez uszczerbku dla ust. 1 akapit pierwszy lit. b) oraz pod warunkiem że dany obywatel państwa trzeciego nie stanowi zagrożenia dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego.

Ofiary handlu ludźmi, którym udzielono wcześniej zezwolenia na pobyt zgodnie z dyrektywą 2004/81/WE, nie powinny otrzymywać zakazu wjazdu, chyba że osoba zainteresowana nie wykonała zobowiązania do powrotu w terminie dobrowolnego wyjazdu lub jeżeli dana osoba stanowi zagrożenie dla porządku publicznego. Niniejsza zasada ma zastosowanie wyłącznie do okresów nielegalnego pobytu następujących bezpośrednio po legalnym pobycie objętym dyrektywą 2004/81/WE i nie wynika z niej zwolnienie na całe życie w przypadku poprzednich posiadaczy tego rodzaju zezwoleń.

(¹) Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 lipca 2017 r. w sprawie C-225/16, Ouhrami, ECLI:EU:C:2017:590.

Akapit trzeci: w indywidualnych przypadkach państwa członkowskie mogą wstrzymać się od wydania zakazu wjazdu lub zawiesić go z przyczyn humanitarnych.

Państwa członkowskie nie mają obowiązku wystawiania zakazów wjazdu w indywidualnych przypadkach, w szczególności w przypadkach przymusu przewidzianych w art. 11 ust. 1 lit. a) i b) dyrektyw powrotowej, wyłącznie ze względów humanitarnych; tego rodzaju powody należy określać na poziomie krajowym. Państwa członkowskie mogą również cofać lub zawieszać istniejące zakazy wjazdu ze względów humanitarnych.

Klauzula ta jest nieobowiązkowa i daje państwom członkowskim możliwość jej stosowania zgodnie ze ich przepisami krajowymi i praktyką administracyjną.

Akapit czwarty: w indywidualnych przypadkach lub w niektórych kategoriach przypadków państwa członkowskie mogą cofnąć lub zawiesić zakaz wjazdu z innych przyczyn.

Państwa członkowskie mogą cofać lub zawieszać istniejące zakazy wjazdu z innych względów niż względy humanitarne, które należy określić na poziomie krajowym.

W przypadkach katastrof humanitarnych (takich jak trzęsienia ziemi, inne klęski żywiołowe lub konflikty zbrojne) w państwach trzecich, które mogą doprowadzić do masowego napływu wysiedleńców, formalne procedury wycofania zakazów wjazdu w indywidualnych przypadkach mogą trwać zbyt długo i są niewykonalne. Istnieje więc możliwość zawieszenia horyzontalnego lub wycofania istniejących zakazów wjazdu odnoszących się do zainteresowanych grup osób.

Konieczność cofnięcia zakazów wjazdu wydanych na mocy dyrektywy powrotowej może również wystąpić w odniesieniu do obywateli państw trzecich, którzy w późniejszym okresie mogli uzyskać prawo do swobodnego przemieszczania się na mocy prawa Unii, na przykład ze względu na zostanie członkiem rodziny obywatela państw UE/EOG/Konfederacji Szwajcarskiej objętym stosowaniem art. 21 TFUE lub dyrektywy 2004/38/WE.

11.7. Sankcje za nieprzestrzeganie zakazu wjazdu

Przy rozważaniu długości dalszego zakazu wjazdu państwa członkowskie powinny wziąć pod uwagę nieprzestrzeganie zakazu wjazdu. W tym kontekście w motywie 14 dyrektywy powrotowej wyraźnie stwierdzono, że „okres obowiązywania tego zakazu wjazdu należy określić z należyтым uwzględnieniem wszystkich istotnych dla danego przypadku okoliczności i nie powinien on zwykle przekraczać pięciu lat. W tym kontekście należy w sposób szczególnie uwzględniać fakt, że wobec danego obywatela państwa trzeciego wydano już więcej niż jedną decyzję nakazującą powrót lub o wykonaniu wydalenia, lub fakt, że wjechał on na terytorium państwa członkowskiego w okresie obowiązywania zakazu wjazdu”.

Dyrektywa powrotowa zezwala państwom członkowskim na ustanowienie dodatkowych kar na mocy krajowego prawa administracyjnego (na przykład grzywnien) – z zastrzeżeniem skuteczności dyrektywy i odpowiedniego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie. Ustanawiając dodatkowe kary, państwa członkowskie nie powinny wprowadzać rozróżnienia pomiędzy zakazami wjazdu wydanymi przez swoje organy krajowe a zakazami wjazdu wydanymi przez władze innych państw członkowskich, ponieważ podważałoby to zharmonizowane pojęcie ogólnounijnego zakazu wjazdu ustanowione w dyrektywie powrotowej.

Państwa członkowskie mogą przyjąć sankcje karne nakładane na nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, którzy po powrocie nie zastosowali się do obowiązującego zakazu wjazdu (wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-290/14, Celaj, zob. sekcja 4).

W art. 11 ust. 5 dyrektywy powrotowej wyjaśniono, że zakazy wjazdu związane z powrotami mają zastosowanie bez uszczerbku dla prawa do międzynarodowej ochrony w ramach unijnego dorobku prawnego w zakresie azylu: oznacza to, że zakazy wjazdu wydane wcześniej na mocy dyrektywy powrotowej nie mogą stanowić uzasadnienia dla powrotu lub karanie obywateli państw trzecich uprawnionych do wjazdu lub pobytu na terytorium UE jako osoby ubiegające się o azyl lub jako beneficjenci ochrony międzynarodowej – zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-290/14, Celaj (pkt 32). Takie zakazy wjazdu należy zawiesić (nierozstrzygnięte trwające procedury azylowe) lub cofnąć (po udzieleniu ochrony międzynarodowej).

11.8. Konsultacje między państwami członkowskimi

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 11 ust. 4; Konwencja wykonawcza do układu z Schengen – art. 25

Jeżeli państwo członkowskie rozważa możliwość wydania zezwolenia na pobyt lub innego zezwolenia upoważniającego do pobytu obywatelowi państwa trzeciego, wobec którego w innym państwie członkowskim wydany został zakaz wjazdu, zasięga ono najpierw opinii państwa członkowskiego, które wydało ten zakaz wjazdu oraz bierze pod uwagę jego interesy zgodnie z art. 25 Konwencji wykonawczej do układu z Schengen.

Art. 25 Konwencji wykonawczej do układu z Schengen stanowi:

1. *W przypadku gdy państwo członkowskie rozważa wydanie dokumentu pobytowego, regularnie dokonuje sprawdzeń wpisów w Systemie Informacyjnym Schengen. W przypadku gdy państwo członkowskie rozważa wydanie dokumentu pobytowego cudzoziemcowi, wobec którego został dokonany wpis do celów odmowy wjazdu, państwo to zasięga uprzednio opinii państwa członkowskiego, które dokonało tego wpisu oraz bierze pod uwagę jego interesy; dokument pobytowy wydaje się jedynie z ważnych powodów, w szczególności z przyczyn humanitarnych lub z uwagi na zobowiązania międzynarodowe.*

W przypadku wydania dokumentu pobytowego państwo członkowskie, które dokonało wpisu wycofuje go, lecz może wpisać danego cudzoziemca do krajowego wykazu wpisów do celów odmowy wjazdu.

- 1a. *Przed dokonaniem wpisu do celów odmowy wjazdu w rozumieniu art. 96 państwa członkowskie dokonują kontroli krajowych rejestrów wydanych wiz długoterminowych i dokumentów pobytowych.*
2. *Jeśli okaże się, że wpis do celów odmowy wjazdu został dokonany wobec cudzoziemca legitymującego się ważnym dokumentem pobytowym wydanym przez jedną z Umawiających się Stron, Umawiająca się Strona dokonująca wpisu zasięga opinii Strony, która wydała dokument pobytowy w celu stwierdzenia, czy istnieją wystarczające powody do cofnięcia dokumentu pobytowego.*

W przypadku braku cofnięcia dokumentu pobytowego, Umawiająca się Strona dokonująca wpisu wycofa go, lecz, niezależnie od tego, może wprowadzić danego cudzoziemca na krajową listę wpisów do celów odmowy wjazdu.

3. *Ust. 1 i 2 stosuje się także do wiz długoterminowych.*

Art. 25 konwencji wykonawczej do układu z Schengen jest przepisem mającym bezpośrednie zastosowanie i państwa członkowskie mogą go stosować bez transponowania do przepisów krajowych.

Zakaz wjazdu może uchylić wyłącznie państwo członkowskie, które wydało dany zakaz wjazdu (państwo członkowskie A). Jeżeli inne państwo członkowskie (państwo członkowskie B) podejmuje decyzję o wydaniu dokumentu pobytowego tej samej osobie lub o niewycofywaniu istniejącego dokumentu pobytowego (po zasięgnięciu opinii państwa członkowskiego, które wydało zakaz wjazdu), państwo członkowskie A ma obowiązek wycofać wpis (art. 25 ust. 2 konwencji wykonawczej do układu z Schengen), chociaż może umieścić obywatela państwa trzeciego na własnej krajowej liście wpisów. Przed wydaniem dokumentu pobytowego lub podjęciu decyzji o jego niewycofywaniu (np. dla celów łączenia rodzin) państwo członkowskie B musi rozpatrzyć i uwzględnić przyczyny leżące u podstaw istniejącego zakazu wjazdu wydanego przez państwo członkowskie A, jak również interesy tego państwa członkowskiego. Aby umożliwić państwu członkowskiemu B odpowiednie uwzględnienie przyczyn leżących u podstaw zakazu wjazdu, niezbędne jest, aby państwo członkowskie A dostarczyło państwu członkowskiemu B istotne informacje w odpowiednim czasie.

Państwa członkowskie, które nie stosują jeszcze w pełni przepisów Schengen i dlatego nie mogą (jeszcze) bezpośrednio stosować art. 25 konwencji wykonawczej do układu z Schengen, powinny działać w duchu art. 11 ust. 4 dyrektywy powrotowej i – jeżeli dowiedzą się (za pośrednictwem dowolnego źródła informacji, łącznie z informacjami pochodzącymi od wnioskodawcy), że osoba podlega zakazowi wjazdu wydanemu przez inne państwo członkowskie – skontaktować się z organami, które wydały dany zakaz wjazdu. Przed wydaniem dokumentu pobytowego tej osobie państwo członkowskie musi poczynić starania, aby „uwzględnić interes” państwa członkowskiego, które wydało zakaz wjazdu.

11.9. „Wcześniejsze” zakazy wjazdu

„Wcześniejsze” zakazy wjazdu wydane przed dniem 24 grudnia 2010 r. należy dostosować do norm określonych w art. 11 dyrektywy powrotowej – tj. wydawanie maksymalnie na okres 5 lat, poddanie indywidualnej ocenie, obowiązek cofnięcia/rozważenia cofnięcia w szczególnych okolicznościach – jeżeli mają one skutki w odniesieniu do okresu po dniu 24 grudnia 2010 r. i jeżeli nie są jeszcze zgodne z gwarancjami materialnymi określonymi w art. 11.

Dostosowanie powinno odbywać się w dowolnym momencie na wniosek osoby zainteresowanej lub możliwie jak najwcześniej z urzędu, lecz w żadnym przypadku nie później niż przy okazji regularnych (przeprowadzanych co 3 lata) przeglądów zakazów wjazdu przewidzianych w odniesieniu do wpisów w SIS.

W wyroku w sprawie w sprawie C-297/12, Filev i Osmani (pkt 39–41 i 44) Trybunał Sprawiedliwości jednoznacznie wyjaśnił: „W tym względzie należy zauważyć na wstępie, że wspomniana dyrektywa nie zawiera żadnego przepisu przejściowego dla decyzji o zakazie wjazdu wydanych przed momentem, w którym zaczęła być ona stosowana. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika jednak, że nowe przepisy stosuje się, z zastrzeżeniem wyjątków, natychmiast do przyszłych skutków sytuacji, które powstały pod rządami dawnego przepisu [...]. Wynika stąd, że dyrektywa 2008/115/WE znajduje zastosowanie do skutków wywołanych po dniu rozpoczęcia jej stosowania w danym państwie członkowskim przez decyzje o zakazie wjazdu wydane na podstawie przepisów krajowych obowiązujących przed tym dniem [...]. Z powyższego wynika, że art. 11 ust. 2 dyrektywy 2008/115/WE stoi na przeszkodzie utrzymaniu skutków zakazów wjazdu orzeczonych na czas nieokreślony przed dniem, w którym dyrektywa 2008/115/WE zaczęła podlegać stosowaniu, [...] poza maksymalny okres obowiązywania zakazu przewidziany przez ten przepis, chyba że owe zakazy wjazdu zostały orzeczone wobec obywateli państwa trzeciego stanowiących poważne zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego”.

12. GWARANCJE PROCEDURALNE

12.1. Prawo do dobrej administracji i prawo do bycia wysłuchanym

Prawo do dobrej administracji jest podstawowym prawem uznanym za ogólną zasadę prawa Unii i zapisanym w Karcie praw podstawowych, stanowiącym integralną część unijnego porządku prawnego. Obejmuje ono prawo każdej osoby do bycia wysłuchaną przed zastosowaniem indywidualnego środka, który mógłby mieć dla niej niekorzystne skutki lub mógłby znacząco wpłynąć na jej interesy, i stanowi integralną część poszanowania prawa do obrony, będącego kolejną zasadą ogólną prawa Unii.

W wyrokach w sprawach C-383/13, G. i R. ⁽¹⁾ oraz C-249/13, Boudjlida ⁽²⁾ Trybunał Sprawiedliwości przedstawił ważne wyjaśnienie prawa do bycia wysłuchanym w odniesieniu do decyzji w sprawie powrotu i zastosowania środka detencyjnego. Z wyroków tych wynika, że przy podejmowaniu decyzji dotyczących powrotu (tj. decyzji nakazującej powrót, decyzji o zakazie wjazdu, decyzji o wydaleniu, decyzji o zastosowaniu środka detencyjnego) państwa członkowskie muszą zawsze przestrzegać opisanych poniżej gwarancji, nawet jeżeli może to nie być wyraźnie określone w odpowiednich artykułach dyrektywy powrotowej:

- 1) prawa każdej osoby do bycia wysłuchaną zanim zostaną podjęte indywidualne środki mogące negatywnie wpłynąć na jej sytuację;
- 2) prawa każdej osoby do dostępu do swoich akt sprawy w celu przeanalizowania ogółu zebranych przeciwko niej dowodów, na jakich właściwy organ krajowy zamierza oprzeć swoją decyzję z poszanowaniem uzasadnionych interesów poufności oraz tajemnicy zawodowej i handlowej;
- 3) prawa każdej osoby do skorzystania z pomocy doradcy prawnego przed wydaniem decyzji nakazującej powrót, pod warunkiem że skorzystanie z tego prawa nie wpływa na prawidłowy przebieg procedury powrotu ani nie zakłóca skutecznego wykonywania przepisów dyrektywy; gwarancja ta nie obejmuje obowiązku państwa członkowskiego do poniesienia kosztów tej pomocy;
- 4) obowiązku ciężącego na administracji, by odpowiednio uwzględnić uwagi osoby zainteresowanej oraz zbadać w sposób staranny i bezstronny wszelkie stosowne aspekty danego przypadku;
- 5) obowiązku ciężącego na administracji dotyczącego uzasadnienia swoich decyzji.

Państwa członkowskie dysponują znacznym marginesem swobody dotyczącym sposobu praktycznego przyznawania prawa do bycia wysłuchanym: nieprzestrzeganie tego prawa prowadzi do nieważności decyzji tylko w takim zakresie, w jakim wynik postępowania byłby inny, gdyby prawo było przestrzegane (wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-383/13, G. i R., pkt 38).

Ponadto organ państwa członkowskiego może nie wysłuchać obywatela państwa trzeciego konkretnie w sprawie decyzji nakazującej powrót, jeżeli organ ten stwierdził uprzednio, że obywatel państwa trzeciego przebywa nielegalnie na terytorium krajowym w ramach poprzedniej procedury azylowej, w ramach której w pełni przestrzegano jego prawa do bycia wysłuchanym, i rozważa przyjęcie decyzji nakazującej powrót (wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-166/13, Mukarubega ⁽³⁾). Logika określona w sprawie Mukarubega jest następująca: „prawo do bycia wysłuchanym przed wydaniem decyzji nakazującej powrót nie może być traktowane w sposób instrumentalny, w celu niestannego rozpoczynania na nowo postępowania administracyjnego, a to w celu zachowania równowagi między prawem podstawowym zainteresowanego do bycia wysłuchanym przed wydaniem niekorzystnej dla niego decyzji a ciężącym na państwach członkowskich obowiązkiem zwalczania nielegalnej imigracji”.

Logikę tę można zastosować również w odniesieniu do innych spraw, takich jak sprawy wymienione w art. 6 ust. 6 dyrektywy powrotowej (decyzja w sprawie zakończenia legalnego pobytu połączona z decyzją nakazującą powrót), co sprawia, że powtórna ocena ryzyka naruszenia zasady *non-refoulement* nie jest wymagana, jeżeli we wcześniejszych procedurach oceny stwierdzono już przestrzeganie tej zasady, jeżeli dokonana ocena jest ostateczna oraz jeżeli indywidualna sytuacja danego obywatela państwa trzeciego się nie zmieniła. W tym duchu należy pominąć powtórny ocenę pozostałych elementów, które mogłyby zostać przywołane w celu uniemożliwienia powrotu. Państwa członkowskie powinny przyjąć środki służące do uniknięcia takich powtórnych ocen, na przykład poprzez wcielanie w miarę możliwości do jednego etapu postępowania przesłuchań administracyjnych dokonywanych przez właściwe organy krajowe do innych celów (na przykład do celu odnowienia lub udzielenia zezwolenia na pobyt, ustalenia prawa do wjazdu na terytorium państwa członkowskiego, wydania ostatecznej decyzji odmownej w sprawie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej) z zastrzeżeniem pełnego poszanowania prawa do bycia wysłuchanym. W tym kontekście można również rozwinąć stosowanie do tego celu innowacyjnych narzędzi, takich jak na przykład wideokonferencje. Państwa członkowskie muszą zapewnić, aby stosowanie takich środków nie skutkowało uszczerbkiem dla poszanowania gwarancji proceduralnych i powinny zwrócić szczególną uwagę na osoby potrzebujące szczególnych gwarancji proceduralnych, w szczególności w przypadku małoletnich (zob. poniżej).

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 września 2013 r. w sprawie C-383/13 PPU, G. i R., ECLI:EU:C:2013:533.

⁽²⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 grudnia 2014 r. w sprawie C-249/13, Boudjlida, ECLI:EU:C:2014:2431.

⁽³⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C-166/13, Mukarubega, ECLI:EU:C:2014:2336.

Prawo do bycia wysłuchanym obejmuje prawo do bycia wysłuchanym w kwestii możliwego stosowania art. 5 i art. 6 ust. 2–5 dyrektywy powrotowej oraz szczegółowych ustaleń dotyczących powrotu, takich jak termin dobrowolnego wyjazdu oraz kwestia, czy wyjazd jest dobrowolny czy przymusowy. Przed przesłuchaniem organ nie może jednak ostrzec obywatela państwa trzeciego, że rozważy przyjęcie decyzji nakazującej powrót, ani ujawnić informacji, na których zamierza się oprzeć w ramach uzasadnienia tej decyzji, ani zezwolić na okres refleksji, pod warunkiem że obywatel państwa trzeciego ma możliwość skutecznego przedstawienia swojego punktu widzenia na temat nielegalności pobytu oraz powodów mogących na podstawie prawa krajowego uzasadniać odstąpienie przez ten organ od przyjęcia decyzji nakazującej powrót (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości, w sprawie C-249/13, Boudjlida).

Gwarancje proceduralne zawarte w art. 12 i 13 dyrektywy powrotowej należy stosować w odniesieniu do wszelkich decyzji dotyczących powrotu i nie można ich ograniczać do trzech typów decyzji wymienionych w art. 12 ust. 1 tej dyrektywy.

Należy przestrzegać przysługującego małoletnim prawa do bycia wysłuchanym w ramach procedur powrotu, którym podlegają lub które ich dotyczą. Zgodnie z art. 12 Konwencji o prawach dziecka i uwzględniając uwagę ogólną nr 12 Komitetu Praw Dziecka ONZ w sprawie prawa dziecka do bycia wysłuchanym ⁽¹⁾, małoletni, których sprawa dotyczy, muszą zostać wysłuchani bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela bądź odpowiedniego organu; należy przestrzegać przysługującego im prawa do swobodnego wyrażania swoich opinii i należy przykładać należytą wagę do opinii małoletnich, odpowiednio do ich wieku i dojrzałości oraz z uwzględnieniem ewentualnych trudności w komunikowaniu się, w celu nadania im udziałowi odpowiedniego znaczenia.

W celu zapewnienia przestrzegania prawa małoletniego do bycia wysłuchanym w praktyce, przyjmując środki, państwa członkowskie powinny kierować się następującymi kluczowymi zasadami:

- prawo do wyrażania swoich opinii stanowi swobodę, a nie obowiązek,
- prawo do bycia wysłuchanym nie powinno podlegać żadnym ograniczeniom ze względu na wiek lub innym arbitralnym ograniczeniom, czy to wprowadzonym przepisami prawa, czy to stosowanym w praktyce,
- małoletniego należy wysłuchać w warunkach dostosowanych do jego potrzeb,
- środki stosowane w celu realizacji prawa do bycia wysłuchanym należy dostosować do poziomu zrozumienia i zdolności komunikowania się, a przy ich wyborze uwzględnić okoliczności sprawy,
- rozmów z małoletnimi nie należy prowadzić częściej niż jest to niezbędne, w pełni uwzględniając potrzebę ochrony małoletnich, aby nie doznali szkody,
- ułatwienie wyrażania opinii może wymagać podjęcia szczególnych środków w przypadku małoletnich w szczególnie trudnych sytuacjach, w tym zapewnienia usług tłumaczenia ustnego i pisemnego.

Gromadzenie informacji dotyczących przemytu: zgodnie z priorytetami ustalonymi w *Unijnym planie działania na rzecz zwalczania przemytu migrantów na lata 2015–2020* ⁽²⁾, a w szczególności uwzględniając potrzebę usprawnienia gromadzenia i udostępniania informacji, Komisja zaleca, aby państwa członkowskie wdrożyły odpowiednie mechanizmy służące zapewnieniu systematycznego gromadzenia informacji uzyskanych od zatrzymanych obywateli państw trzecich o nieuregulowanym statusie z pełnym poszanowaniem praw podstawowych i unijnego dorobku prawnego w dziedzinie azylu. Państwa członkowskie zachęca się do tego, aby, przyznając prawo do bycia wysłuchanym przed przyjęciem decyzji nakazującej powrót, zachęcały osoby powracające do udostępniania informacji, które mogą posiadać, dotyczących trybu funkcjonowania i przebiegu sieci przemytniczych oraz powiązań z handlem ludźmi i innymi przestępstwami, a także informacji dotyczących przepływów finansowych. Odpowiednie organy (organy ds. imigracji, organy ds. granic, policja) i agencje, zarówno na szczeblu krajowym, jak i na szczeblu UE powinny gromadzić i wymieniać między sobą informacje otrzymane w tym kontekście zgodnie z prawem krajowym, a na odpowiednich forach UE powinny być wymieniane najlepsze praktyki.

12.2. Decyzje dotyczące powrotu

W dyrektywie powrotowej wyraźnie uregulowano szereg różnych decyzji związanych z powrotem, tj.:

- 1) decyzje nakazujące powrót (art. 3 ust. 4 i art. 6 ust. 1);
- 2) decyzje dotyczące terminu dobrowolnego wyjazdu oraz przedłużenia terminu (art. 7);

⁽¹⁾ Narody Zjednoczone, *uwaga ogólna nr 12 (2009 r.): Prawo dziecka do bycia wysłuchanym*, 2009 r., publikacja dostępna pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html>

⁽²⁾ COM(2015) 285 final.

- 3) decyzje o wydaleniu (art. 8 ust. 3);
- 4) decyzje o wstrzymaniu wydalenia (art. 9);
- 5) decyzje o zakazie wjazdu oraz o zawieszeniu lub cofnięciu zakazu wjazdu (art. 11);
- 6) decyzje o zatrzymaniu oraz o przedłużeniu czasu stosowania środka detencyjnego (art. 15).

Większość powyższych decyzji ma charakter dodatkowy w stosunku do decyzji nakazujących powrót i zwykle należy je przyjmować w jednym akcie administracyjnym razem z decyzją nakazującą powrót: w decyzjach nakazujących powrót można uwzględnić termin dobrowolnego wyjazdu (art. 7), zakaz wjazdu (art. 11) i – ewentualnie, lecz niekoniecznie – decyzję nakazującą wydalenie (w przypadku niedotrzymania terminu dobrowolnego wyjazdu).

Późniejsze zmiany tych dodatkowych decyzji są możliwe w określonych przypadkach:

- zakaz wjazdu można nałożyć na późniejszym etapie jako dodatkowy i późniejszy element wydanej już decyzji nakazującej powrót, jeżeli w terminie dobrowolnego wyjazdu osoba nie wykonała zobowiązania do powrotu (art. 11 ust. 1 lit. b)),
- już wydany zakaz wjazdu można cofnąć lub zawiesić (art. 11 ust. 3–5),
- już przyznany termin dobrowolnego wyjazdu można przedłużyć (art. 7 ust. 2),
- podlegającą wykonaniu decyzję nakazującą powrót (lub nakaz wydalenia) można wstrzymać (art. 9).

W art. 6 ust. 6 dyrektywy powrotowej potwierdzono ogólną zasadę pozwalającą państwom członkowskim na łączenie kilku różnych decyzji (w tym decyzji, które nie są bezpośrednio związane z powrotem) w jednej decyzji administracyjnej lub jednym orzeczeniu sądowym, pod warunkiem przestrzegania odpowiednich gwarancji i przepisów w odniesieniu do każdej indywidualnej decyzji. Decyzje o zakończeniu legalnego pobytu (takie jak ostateczne odrzucenie wniosku o udzielenie azylu lub cofnięcie wizy lub nieprzedłużenie dokumentu pobytowego) można zatem przyjąć oddzielnie lub łącznie z decyzją nakazującą powrót w jednej decyzji administracyjnej lub jednym orzeczeniu sądowym.

Państwa członkowskie powinny prowadzić działania przy zachowaniu staranności i bez zbędnej zwłoki podjąć decyzję w sprawie statusu prawnego obywateli państw trzecich (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości, w sprawie C-329/11, Achughabian (pkt 31): „[...] właściwe organy są zobowiązane, aby nie naruszyć [...] celu dyrektywy 2008/115/WE, prowadzić działania przy zachowaniu staranności i bez zbędnej zwłoki zająć stanowisko w kwestii legalności pobytu danej osoby”). W związku z powyższym zachęca się państwa członkowskie do przyjmowania decyzji nakazującej powrót razem z decyzjami o zakończeniu legalnego pobytu w jednej decyzji administracyjnej lub jednym orzeczeniu sądowym. Jeżeli jest to niemożliwe (na przykład organ odpowiedzialny za podjęcie decyzji o odmowie odnowienia zezwolenia na pobyt nie jest uprawniony do wydania decyzji nakazującej powrót), państwa członkowskie powinny wdrożyć szybkie i skuteczne procedury z udziałem właściwych organów, co zapewni szybką wymianę informacji i wydawanie decyzji nakazujących powrót bez zbędnej zwłoki w następstwie decyzji w sprawie zakończenia legalnego pobytu – bez uszczerbku dla prawa do udzielenia zezwolenia na pobyt lub przyznania prawa do pobytu zgodnie z art. 6 ust. 4 dyrektywy powrotowej.

Konkretne przykłady:

- Jeżeli państwo członkowskie postanowi unieważnić wizę i przyzna obywatelowi państwa trzeciego 7 dni na wykonanie dobrowolnego powrotu z terytorium państwa członkowskiego, czy w kontekście dyrektywy powrotowej decyzja ta jest decyzją nakazującą powrót? Czy też decyzja ta jest objęta innymi przepisami UE dotyczącymi wiz?
- Decyzja taka może składać się z dwóch części: decyzji o unieważnieniu wizy i decyzji nakazującej powrót w rozumieniu dyrektywy powrotowej. Jeżeli wiza zostanie anulowana ze skutkiem natychmiastowym, w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy powrotowej obywatel państwa trzeciego będzie przebywał nielegalnie, zatem zastosowanie ma art. 6 dyrektywy (obowiązek wydania decyzji nakazującej powrót). Anulowanie wizy może być jednocześnie przedmiotem odwołania w myśl przepisów wizowych zawartych w kodeksie wizowym⁽¹⁾ (możliwość przyjęcia kilku decyzji łącznie z decyzją nakazującą powrót wyraźnie przewidziano w art. 6 ust. 6 dyrektywy powrotowej).

⁽¹⁾ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 810/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. ustanawiające Wspólnotowy Kodeks Wizowy (kodeks wizowy) (Dz.U. L 243 z 15.9.2009, s. 1).

- Jeżeli obywatel państwa trzeciego znajduje się na terytorium i posiada wymaganą wizę, lecz jednocześnie nie spełnia (lub już nie spełnia) warunków pobytu (art. 6 kodeksu granicznego Schengen), wydaje się, że państwo członkowskie może wydać decyzję nakazującą powrót. Czy wspomniana decyzja nakazująca powrót (której być może towarzyszy zakaz wjazdu) oznacza automatycznie, że wiza nie jest już ważna?
- Zgodnie z art. 34 ust. 2 kodeksu wizowego: „wiza jest cofana, jeżeli okaże się, że warunki (tj. warunki wjazdu określone w kodeksie granicznym Schengen) uprawniające do jej otrzymania nie są już spełniane”. Organy wydające decyzję nakazującą powrót, muszą również upewnić się, że wiza została cofnięta. Obie decyzje można jednak podjąć w ramach jednej decyzji administracyjnej. Należy unikać wydawania decyzji nakazującej powrót oraz udzielenia zezwolenia na wyjazd osoby posiadającej ważną (jednolitą) wizę.
- Czy decyzja oddalająca wniosek o udzielenie azylu nakłada również zobowiązanie do powrotu?
- Tak. Ostateczne oddalenie wniosku o udzielenie azylu i decyzję nakazującą powrót można wydać w jednym dokumencie zgodnie z art. 6 ust. 6 dyrektywy powrotowej. W skład takiego połączonego dokumentu wchodzi, logicznie rzecz biorąc, dwie następujące po sobie i powiązane ze sobą decyzje, oddzielone od siebie „momentem logicznym”.

12.3. Formy decyzji i tłumaczenia

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 12 ust. 1–3

1. *Decyzje nakazujące powrót oraz, w stosownych przypadkach, decyzje o zakazie wjazdu lub o wykonaniu wydalenia wydawane są w formie pisemnej i zawierają uzasadnienie faktyczne i prawne, a także informacje o dostępnych środkach odwoławczych. Można ograniczyć uzasadnienie faktyczne, jeżeli prawo krajowe pozwala na ograniczenie prawa do informacji, w szczególności w celu ochrony bezpieczeństwa narodowego, obronności, bezpieczeństwa publicznego oraz w celu zapobiegania przestępstwom karnym, prowadzenia dochodzenia w sprawie, wykrywania i ścigania przestępstw karnych.*

Pisemna decyzja stanowi podstawę gwarancji proceduralnych przewidzianych w dyrektywie powrotowej. Nie można odstąpić od tego wymogu. Informacje przekazane osobie powracającej nie powinny jednak ograniczać się do odesłania do dostępnych środków odwoławczych: zachęca się państwa członkowskie do dostarczania również innych informacji dotyczących praktycznych sposobów wykonania decyzji. Zaleca się dostarczanie osobie powracającej informacji dotyczących na przykład tego, czy państwo członkowskie może uczestniczyć w kosztach przewozu, czy osoba powracająca może skorzystać z programu wspomaganym, dobrowolnych powrotów lub czy istnieje możliwość przedłużenia terminu na wykonanie decyzji nakazującej powrót. Osobę powracającą należy również poinformować o obowiązku opuszczenia terytorium państw członkowskich UE oraz państw stowarzyszonych w ramach Schengen, a także o konsekwencjach niewykonania zobowiązania do powrotu w celu zachęcenia jej do dobrowolnego wyjazdu.

Zgodnie z art. 6 ust. 2 akapit 2 dyrektywy w sprawie kar wobec pracodawców osoby powracające są informowane o prawie do dochodzenia zapłaty zaległego wynagrodzenia od pracodawcy przysługującym im na mocy tej dyrektywy oraz o dostępnych mechanizmach składania skarg. Informacje takie mogłyby również zostać włączone lub załączone do decyzji nakazującej powrót.

2. *Państwa członkowskie na żądanie zapewniają pisemne lub ustne tłumaczenie głównych elementów decyzji dotyczących powrotu, o których mowa w ust. 1 – w tym tłumaczenia informacji o dostępnych środkach odwoławczych – na język, który obywatel państwa trzeciego rozumie lub można w uzasadniony sposób przypuszczać, że jest dla niego zrozumiały.*

Wniosek o dostarczenie tłumaczenia może przedstawić osoba powracająca lub jej przedstawiciel prawny. Państwo członkowskie może samo zdecydować, czy dostarczone zostanie tłumaczenie pisemne, czy ustne, zapewniając jednocześnie, możliwość zrozumienia przez obywatela państwa trzeciego treści i kontekstu. Nie można wymagać opłaty za tłumaczenie, ponieważ mogłoby to podważyć ideę tego przepisu, jaką jest zapewnienie osobie powracającej niezbędnych informacji umożliwiających jej pełne zrozumienie sytuacji prawnej, w jakiej się znajduje i ewentualnie wykonania decyzji nakazującej powrót.

Decyzja o języku, co do którego można w uzasadniony sposób przypuszczać, że jest zrozumiały dla danego obywatela państwa trzeciego, zależy od krajowych przepisów wykonawczych i praktyk administracyjnych. Ocenę taką można przeprowadzić w ten sam sposób i według tych samych kryteriów co w ramach procedur azylowych (art. 12 dyrektywy w sprawie procedur azylowych, art. 22 przekształconej dyrektywy w sprawie kwalifikowania i art. 5 dyrektywy w sprawie warunków przyjmowania), jednocześnie biorąc pod uwagę, że ze względu na złożoność procedur azylowych, zapotrzebowanie na tłumaczenie w tym obszarze może być większe niż w obszarze związanym z powrotami. Dorobek prawny w dziedzinie azylu zobowiązuje państwa członkowskie do podjęcia wszelkich możliwych starań w celu zapewnienia tłumaczenia na język, który dana osoba faktycznie rozumie, a brak dostępności tłumaczy ustnych może zostać przyjęty jako usprawiedliwienie jedynie w odniesieniu do bardzo rzadkich języków, w przypadku których istnieje obiektywny brak tłumaczy ustnych. Sytuacja, w której istnieją tłumacze przekładający na dany język, ale nie są dostępni z powodów wewnętrznych administracji, nie stanowi uzasadnionej przyczyny braku zapewnienia tłumaczenia.

Możliwość korzystania z wzorów w celu racjonalizacji pracy administracji nie ogranicza się do zakresu stosowania art. 12 ust. 3 (zob. poniżej). O ile wzór umożliwi zapewnienie zindywidualizowanego tłumaczenia decyzji na język, który dana osoba rozumie lub można w uzasadniony sposób przypuszczać, że jest dla niej zrozumiały, takie tłumaczenie jest zgodne z art. 12 ust. 2 dyrektywy powrotowej i nie zachodzi potrzeba stosowania odstępstwa przewidzianego w art. 12 ust. 3.

3. Państwa członkowskie mogą postanowić, że nie będą stosować przepisów ust. 2 wobec obywateli państw trzecich, którzy nielegalnie wjechali na terytorium jednego z państw członkowskich i którzy następnie nie otrzymali zezwolenia lub prawa do pobytu w tym państwie członkowskim.

W takich przypadkach decyzje dotyczące powrotu, o których mowa w ust. 1, wydawane są na standardowym formularzu, którego wzór określa prawo krajowe.

Państwa członkowskie udostępniają ogólne broszury informacyjne wyjaśniające najważniejsze elementy standardowego formularza przynajmniej w pięciu językach, które są najczęściej używane lub rozumiane przez nielegalnych migrantów przybywających do danego państwa członkowskiego.

Stosowanie standardowego formularza dotyczącego powrotu zgodnie z art. 12 ust. 3 dyrektywy powrotowej stanowi odstępstwo od zasady ogólnej, z którego można skorzystać wyłącznie w przypadkach, w których obywatel państwa trzeciego nielegalnie wjechał na terytorium państwa członkowskiego.

W takich przypadkach państwa członkowskie mają możliwość korzystania ze standardowego formularza. Należy zwrócić uwagę na fakt, że przypadki nielegalnego wjazdu objęte art. 12 ust. 3 dyrektywy powrotowej nie zawsze są tożsame z „przypadkami przekroczenia granicy”, o których mowa w art. 2 ust. 2 lit. a) tej samej dyrektywy – zob. sekcja 2.1. Nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego, który został zatrzymany na terytorium państwa członkowskiego po upływie trzech miesięcy od nielegalnego wjazdu, nie jest objęty wyjątkiem określonym w art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy powrotowej, ale może być nadal objęty wyjątkiem określonym w art. 12 ust. 3.

Nielegalne przekraczanie granic wewnętrznych: ustęp 3 dotyczy obywateli państw trzecich, „którzy nielegalnie wjechali na terytorium jednego z państw członkowskich i którzy następnie nie otrzymali zezwolenia lub prawa do pobytu w tym państwie członkowskim”. W szczególnym kontekście tego przepisu dyrektywy powrotowej pojęcie „nielegalnego wjazdu” może również obejmować przypadki, w których nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego wjechał z innego państwa członkowskiego niezgodnie z warunkami wjazdu i pobytu obowiązującymi w tym państwie członkowskim. Należy zwrócić uwagę na fakt, że w tych szczególnych przypadkach (wjazd z innego państwa członkowskiego) zastosowanie może mieć art. 6 ust. 2 lub art. 6 ust. 3 dyrektywy powrotowej.

Art. 12 ust. 3 nie zawiera żadnego odstępstwa dotyczącego środków odwoławczych, które mają zastosowanie. W związku z tym również w przypadku, gdy stosowany jest standardowy formularz, o którym mowa w art. 12 ust. 3, muszą być przewidziane środki odwoławcze, o których mowa w art. 13 ust. 1 dyrektywy powrotowej.

12.4. Środki odwoławcze

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 13 ust. 1 i 2

1. Dany obywatel państwa trzeciego otrzymuje możliwość skorzystania ze skutecznych środków odwoławczych, aby zaskarżyć decyzje dotyczące powrotu, o których mowa w art. 12 ust. 1, przed właściwym organem sądowym lub administracyjnym lub właściwym podmiotem złożonym z osób bezstronnych i posiadających gwarancje niezależności.

Skuteczne środki odwoławcze muszą być zapewnione w odniesieniu do wszystkich decyzji dotyczących powrotu. Pojęcie „decyzje dotyczące powrotu” należy rozumieć szeroko, obejmując nim decyzje w sprawie wszystkich kwestii regulowanych przez dyrektywę powrotową, w tym decyzje nakazujące powrót, decyzje, w których określa się lub przedłuża termin dobrowolnego wyjazdu, decyzje o wydaleniu, decyzje o wstrzymaniu wydalenia, decyzje o zakazach wjazdu oraz decyzje o zawieszeniu lub wycofaniu zakazów wjazdu (zob. sekcja 12.2). Środki odwoławcze mające zastosowanie w przypadku decyzji o zastosowaniu środka detencyjnego oraz przedłużeniu czasu stosowania środka detencyjnego są szczegółowo uregulowane w art. 15, który dotyczy środków detencyjnych (zob. sekcja 14).

Charakter organu dokonującego ponownego rozpatrzenia: zgodnie z art. 6 i 13 EKPC oraz art. 47 Karty praw podstawowych organ odwoławczy musi zasadniczo być niezawisłym i bezstronnym sądem. Art. 13 ust. 1 dyrektywy powrotowej ściśle opiera się na wytycznej 5.1 Rady Europy i należy dokonywać jego wykładni zgodnie z odpowiednim orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zgodnie z tym orzecznictwem organ dokonujący ponownego rozpatrzenia może być również organem administracyjnym, pod warunkiem że w skład tego organu wchodzi osoby bezstronne i posiadające gwarancje niezależności oraz że przepisy krajowe przewidują możliwość przeglądu decyzji przez organ sądowy, zgodnie z standardami określonymi w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej dotyczącymi prawa do skutecznego środka prawnego.

Istnieje szereg gwarancji przeciwdziałających ryzyku ewentualnego nadużycia możliwości składania odwołań: w art. 13 nie przewiduje się automatycznego skutku zawieszającego w każdych okolicznościach (ust. 2), a bezpłatna pomoc prawna może zostać ograniczona, jeżeli istnieją niewielkie szanse na pozytywne rozpatrzenie odwołania (ust. 4). Należy również zwrócić uwagę na ogólną zasadę prawa Unii – zasadę powagi rzeczy osądzonej.

Termin do wniesienia odwołania od decyzji dotyczących powrotów należy określić w przepisach krajowych. W celu uniknięcia nadużycia praw i procedur, w szczególności składania środków zaskarżenia na krótko przed terminową datą wydalenia, Komisja zaleca, aby państwa członkowskie wprowadziły najkrótsze terminy wnoszenia odwołań od decyzji nakazujących powrót, ustanowione w przepisach krajowych, pod warunkiem że nie stanowi to nieproporcjonalnego naruszenia prawa do skutecznego środka prawnego. Orzeczenia sądowe powinny zapadać bez zbędnej zwłoki.

2. *Organ lub podmiot, o którym mowa w ust. 1, jest właściwy w sprawie ponownego rozpatrzenia decyzji dotyczących powrotu, o których mowa w art. 12 ust. 1, i może między innymi tymczasowo zawiesić ich wykonanie, chyba że takie tymczasowe zawieszenie ma już zastosowanie na mocy prawa krajowego.*

Skutek zawieszający: organ odwoławczy musi posiadać uprawnienie do zawieszenia wykonania decyzji nakazującej powrót w indywidualnych przypadkach. W przepisach krajowych powinno być wyraźnie określone, że organ dokonujący ponownego rozpatrzenia (organ dokonujący ponownego rozpatrzenia decyzji dotyczącej powrotu) jest uprawniony do zawieszania wykonania w ramach jednej procedury.

Obowiązek spowodowania automatycznego skutku zawieszającego w przypadku ryzyka odesłania: orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wymaga automatycznego skutku zawieszającego w sytuacjach, w których istnieją uzasadnione powody, by przypuszczać, że dana osoba w przypadku powrotu narażona jest na rzeczywiste ryzyko traktowania sprzecznego z art. 3 EKPC (ryzyko tortur lub niehumanitarnego lub poniżającego traktowania w związku z powrotem) – zob. reguła 39 Regulaminu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W art. 13 dyrektywy powrotowej – interpretowanym w związku z art. 5 i 9 dyrektywy powrotowej – organ dokonujący ponownego rozpatrzenia zostaje zatem zobowiązany do zastosowania z mocy prawa skutku zawieszającego zgodnie z tym wymogiem, jeżeli w grę wchodzi zasada *non-refoulement*.

Obowiązek przyznania automatycznego skutku zawieszającego w przypadku ryzyka ciężkiego i nieodwracalnego pogorszenia stanu zdrowia: w swoim wyroku w sprawie C-562/13, Abdida⁽¹⁾ (pkt 53) Trybunał Sprawiedliwości potwierdził: „art. 5 i 13 dyrektywy 2008/115/WE w związku z art. 19 ust. 2 i art. 47 karty należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie ustawodawstwu krajowemu nieprzewidującemu środka odwoławczego o skutku zawieszającym od decyzji nakazującej powrót, której wykonanie może narazić danego obywatela państwa trzeciego na poważne ryzyko ciężkiego i nieodwracalnego pogorszenia stanu zdrowia”.

Komisja zaleca, aby przyznawanie automatycznego skutku zawieszającego ograniczyć jedynie do odwołań od decyzji nakazującej powrót w wymienionych wyżej przypadkach przymusowych, co ma na celu osiągnięcie właściwej równowagi między prawem do skutecznego środka prawnego i potrzebą zapewnienia skuteczności procedur powrotu. Gdy w odwołaniu przywołano inne względy (na przykład uchybienia proceduralne, poszanowanie dla jedności rodziny, ochronę innych praw lub interesów) oraz gdy nie występuje ryzyko nieodwracalnej szkody dla życia lub poważne ryzyko ciężkiego i nieodwracalnego pogorszenia stanu zdrowia, państwo członkowskie może zdecydować o nieprzyznaniu odwołaniom automatycznego skutku zawieszającego. W każdym przypadku właściwe organy krajowe lub podmioty muszą jednak zachować uprawnienie do decydowania o tymczasowym zawieszeniu wykonania decyzji w poszczególnych przypadkach, wtedy gdy okaże się to niezbędne z innych względów (na przykład życia rodzinnego, opieki zdrowotnej lub dobra dziecka).

12.5. Pomoc językowa i nieodpłatna pomoc prawna

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 13 ust. 3 i 4; dyrektywa 2013/32/UE („dyrektywa w sprawie procedur azylowych”) – art. 20 i 21, zastępujące art. 15 ust. 3–6 dyrektywy Rady 2005/85/WE⁽²⁾

3. *Dany obywatel państwa trzeciego ma możliwość uzyskania porady prawnej, reprezentacji prawnej oraz, w razie konieczności, pomocy tłumacza.*

Pomoc językowa oznacza nie tylko obowiązek zapewnienia tłumaczenia decyzji (przewidziany już w art. 12 ust. 2 dyrektywy powrotowej), ale również obowiązek udostępniania pomocy tłumaczy ustnych w celu umożliwienia obywatelowi państwa trzeciego wykonywania praw procesowych przyznanych mu na mocy art. 13 dyrektywy.

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-562/13, Abdida, ECLI:EU:C:2014:2453.

⁽²⁾ Dyrektywa Rady 2005/85/WE z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w państwach członkowskich (Dz.U. L 326 z 13.12.2005, s. 13), uchylona dyrektywą 2013/32/UE.

Należy przypomnieć, że w sprawie Čonka przeciwko Belgii ⁽¹⁾ Europejski Trybunał Praw Człowieka zidentyfikował dostępność tłumaczy ustnych jako jeden z czynników wpływających na dostępność skutecznego środka odwoławczego. Prawa obywatela państwa trzeciego do uzyskania pomocy językowej powinny być przyznawane przez państwa członkowskie w sposób zapewniający danej osobie konkretną i praktyczną możliwość skorzystania z tego prawa (skuteczność przepisów).

4. Państwa członkowskie zapewniają, aby niezbędna pomoc prawna lub reprezentacja prawna zostały przyznane nieodpłatnie na wniosek, zgodnie z odpowiednimi przepisami krajowymi lub z zasadami dotyczącymi pomocy prawnej, oraz mogą ustalić, że taka nieodpłatna pomoc prawna lub reprezentacja prawna podlegają warunkom określonym w art. 15 ust. 3–6 dyrektywy 2005/85/WE.

Pomoc prawna i reprezentacja prawna: w ust. 4 określa się, w jakich przypadkach i na jakich warunkach państwa członkowskie muszą pokrywać koszty porad prawnych i reprezentacji prawnej – nawiązując zasadniczo do warunków wymienionych w dyrektywie w sprawie procedur azytowych. Państwa członkowskie muszą zapewniać zarówno bezpłatną pomoc prawną, jak i bezpłatną reprezentację prawną, jeżeli spełnione są warunki przewidziane w dyrektywie i krajowych przepisach wykonawczych.

Wniosek o bezpłatną pomoc prawną lub reprezentację prawną może złożyć osoba powracająca lub jej przedstawiciel w dowolnym momencie postępowania.

Udzielanie porady prawnej przez organy administracyjne: porady prawnej mogą zasadniczo udzielać także organy administracyjne odpowiedzialne za wydawanie decyzji nakazujących powrót, jeżeli dostarczone informacje są obiektywne i bezstronne (skuteczność). Ważne jest, aby informacje przekazywała osoba, która działa w sposób bezstronny i niezależny, co pozwoli uniknąć potencjalnych konfliktów interesów. W związku z tym takich informacji nie może udzielać na przykład osoba orzekająca w sprawie lub dokonująca ponownego rozpatrzenia sprawy. Dobrą praktyką stosowaną już w niektórych państwach członkowskich jest oddzielenie organów decyzji od organów dostarczających informacje prawne i proceduralne. Jeżeli jednak państwo członkowskie postanowi obarczyć organy decyzji odpowiedzialnością za ponowne rozstrzygnięcie, należy zapewnić wyraźny podział zadań między zaangażowanych pracowników, na przykład poprzez utworzenie odrębnych i niezależnych działów odpowiedzialnych wyłącznie za udzielanie informacji prawnych i proceduralnych.

Warunki przyznania nieodpłatnej pomocy prawnej/reprezentacji prawnej – odniesienie do art. 15 ust. 3–6 dyrektywy 2005/85/WE: zawarte w dyrektywie powrotowej odniesienie do określonych warunków i ograniczeń, jakie państwa członkowskie mogą przewidzieć w związku z nieodpłatną pomocą prawną, jest odniesieniem dynamicznym, które należy odczytywać jako odniesienie do aktualnych art. 20 i 21 obecnie obowiązującej dyrektywy w sprawie procedur azytowych i zastępującej dyrektywę 2005/85/WE. Zgodnie z wyżej wspomnianymi przepisami państwa członkowskie mogą postanowić, że nieodpłatną pomoc prawną i reprezentację prawną przyznaje się wyłącznie:

- w przypadkach, w których sąd lub inny właściwy organ uznaje, że istnieją realne szanse na pozytywne rozpatrzenie odwołania,
- osobom, które nie posiadają wystarczających środków,
- za pośrednictwem usług zapewnianych przez doradców prawnych lub innych doradców wyraźnie wyznaczonych w prawie krajowym do udzielania pomocy wnioskodawcom i do ich reprezentowania,
- w postępowaniach odwoławczych przed organami pierwszej instancji, a nie w postępowaniach odwoławczych lub postępowaniach obejmujących ponowne rozpatrzenie przed organami kolejnych instancji.

Państwa członkowskie mogą również:

- nałożyć limity kwotowe lub czasowe w zakresie udzielania nieodpłatnej pomocy prawnej i zapewniania reprezentacji prawnej, pod warunkiem że nie spowoduje to arbitralnego ograniczania dostępu do tego prawa,
- ustalić, że w odniesieniu do opłat i innych kosztów traktowanie wnioskodawców nie może być korzystniejsze niż standardowe traktowanie własnych obywateli w kwestiach związanych z pomocą prawną,
- żądać całkowitego lub częściowego zwrotu wszelkich przyznanych świadczeń w przypadku znacznej poprawy sytuacji finansowej wnioskodawcy lub jeżeli decyzja o przyznaniu takich świadczeń zapadła na podstawie fałszywych informacji dostarczonych przez wnioskodawcę.

⁽¹⁾ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 5 lutego 2002 r. w sprawie Čonka przeciwko Belgii, skarga nr 51564/99.

Skuteczny środek odwoławczy umożliwiający zaskarżenie odmowy udzielenia nieodpłatnej pomocy prawnej: w przypadku gdy decyzję o nieudzieleniu nieodpłatnej pomocy i nieprzyznaniu reprezentacji prawnej podejmuje organ, który nie jest sądem, państwa członkowskie zapewniają wnioskodawcy prawo do skutecznego środka odwoławczego przed sądem umożliwiającemu zaskarżenie tej decyzji. Prawo do skutecznego środka odwoławczego i dostępu do bezstronnego sądu należy do praw podstawowych stanowiących integralną część porządku prawnego Unii Europejskiej i obowiązkowo należy przestrzegać tego prawa nawet wtedy, gdy taki wymóg proceduralny nie jest wyraźnie przewidziany w obowiązujących przepisach.

13. GWARANCJE W OCZEKIWANIU NA POWRÓT

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 14 ust. 1

Z wyłączeniem sytuacji objętych art. 16 i 17, państwa członkowskie zapewniają, by następujące zasady były brane pod uwagę, tak dalece jak to możliwe, w odniesieniu do obywateli państw trzecich w okresie przed upływem terminu dobrowolnego wyjazdu, wyznaczonego zgodnie z art. 7 oraz przed upływem okresu, na jaki wstrzymano wydalenie, zgodnie z art. 9:

- a) utrzymana jest jedność rodziny w odniesieniu do członków rodziny znajdujących się na terytorium państw członkowskich;
- b) zapewniona jest opieka zdrowotna w nagłych wypadkach oraz leczenie chorób w podstawowym zakresie;
- c) małoletnim zapewniony jest dostęp do podstawowego systemu edukacji w zależności od długości ich pobytu;
- d) uwzględnione są szczególne potrzeby osób wymagających szczególnego traktowania.

Przypomnienie/wyjaśnienie kontekstu: dyrektywa powrotowa pozostawia państwom członkowskim wybór między wydawaniem decyzji nakazujących powrót nielegalnie przebywającym obywatelom państw trzecich a udzielaniem takim osobom prawa do pobytu. Podejście to powinno przyczynić się do ograniczenia szarych stref. W praktyce jednak może ono również prowadzić do wzrostu liczby przypadków, w których wydane przez państwa członkowskie decyzje nakazujące powrót nie mogą zostać wykonane ze względu na praktyczne lub prawne przeszkody uniemożliwiające wydalenie (na przykład opóźnienia w uzyskiwaniu niezbędnej dokumentacji od państw trzecich i przypadki dotyczące zasady *non-refoulement*). W celu uniknięcia próżni prawnej w odniesieniu do tych osób Komisja zaproponowała ustalenie minimalnych warunków pobytu w odniesieniu do nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, w przypadku których wykonanie decyzji nakazującej powrót zostało wstrzymane lub w przypadku których nie można wykonać wydalenia, odnosząc się przy tym do istoty warunków ustanowionych już w art. 7–10, art. 15 i art. 17–20 dyrektywy Rady 2003/9/WE⁽¹⁾ („dyrektywa w sprawie warunków przyjmowania”) i obejmujących – zasadniczo – cztery podstawowe prawa: 1. jedność rodziny; 2. opiekę zdrowotną; 3. naukę i kształcenie małoletnich oraz 4. poszanowanie szczególnych potrzeb osób wymagających szczególnego traktowania. Nie odniesiono się do innych istotnych praw wynikających z dyrektywy w sprawie warunków przyjmowania, takich jak dostęp do zatrudnienia i materialne warunki przyjmowania. Po negocjacjach, w trakcie których wyrażono obawy, że odniesienia do dyrektywy w sprawie warunków przyjmowania mogą być postrzegane jako „poprawianie” sytuacji migrantów o nieuregulowanym statusie, a tym samym przekazują niewłaściwe przesłanie polityczne, ustanowiono „niezależny” wykaz praw.

Zakres sytuacji objętych zastosowaniem art. 14 ust. 1 jest szeroki: obejmuje termin dobrowolnego wyjazdu oraz każdy termin, na jaki formalnie lub faktycznie wstrzymano wydalenie zgodnie z art. 9 dyrektywy powrotowej (na przykład odwołanie ze skutkiem zawieszającym; ewentualne naruszenie zasady *non-refoulement*; względy zdrowotne, względy techniczne, niemożność wydalenia z powodu braku ustalenia jej tożsamości). Z zakresu tego wyraźnie wyłączono okresy spędzone w ośrodku detencyjnym, ponieważ związane z nimi gwarancje są uregulowane w innych aktach prawnych (zob. sekcja 15 – warunki pobytu w ośrodku detencyjnym).

Zapewnienie opieki zdrowotnej w nagłych wypadkach oraz niezbędnego leczenia w przypadku choroby jest minimalnym prawem podstawowym i nie można uzależnić dostępu do tego prawa od uiszczenia opłat.

Dostęp do edukacji: ograniczenie „w zależności od długości ich pobytu” należy interpretować w sposób zawężający. W przypadku wątpliwości dotyczących prawdopodobnej długości pobytu poprzedzającego powrót należy raczej przyznać dostęp do edukacji. Za dopuszczalną można uznać praktykę krajową, w ramach której dostęp do systemu edukacji jest zwykle przyznawany wyłącznie wtedy, gdy długość pobytu wynosi więcej niż czternaście dni. Jeżeli chodzi o problemy praktyczne, takie jak przypadki, w których małoletni nie posiada dokumentu potwierdzającego wykształcenie uzyskane już w innych państwach, lub przypadki, w których małoletni nie zna żadnego języka, w jakim prowadzone może być nauczanie w danym państwie członkowskim, należy znaleźć właściwe rozwiązania na szczeblu krajowym, biorąc pod uwagę cel dyrektywy i stosownych międzynarodowych instrumentów prawnych, takich jak Konwencja z 1989 r. o prawach dziecka i komentarz ogólny nr 6 do tej konwencji⁽²⁾. Inspirację można także czerpać z dorobku prawnego w dziedzinie azylu (w szczególności z art. 14 dyrektywy 2013/33/UE w sprawie warunków przyjmowania).

⁽¹⁾ Dyrektywa Rady 2003/9/WE z dnia 27 stycznia 2003 r. ustanawiająca minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl (Dz.U. L 31 z 6.2.2003, s. 18).

⁽²⁾ Narody Zjednoczone, *uwaga ogólna nr 6 (2005 r.): traktowanie dzieci bez opieki i odseparowanych przebywających poza państwem pochodzenia*, 2005 r., dostępny pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>

Inne podstawowe potrzeby: w swoim wyroku w sprawie C-562/13, *Abdida*, Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że państwa członkowskie są zobowiązane uwzględnić również inne podstawowe potrzeby w celu zagwarantowania, by opieka zdrowotna w nagłych wypadkach i leczenie chorób w podstawowym zakresie mogły rzeczywiście być realizowane w okresie, na jaki dane państwo członkowskie jest zobowiązane wstrzymać wydalenie. Do państw członkowskich należy określenie, w jaki sposób mają zostać zaspokojone podstawowe potrzeby danego obywatela państwa trzeciego.

W celu ustanowienia takiego obowiązku Trybunał Sprawiedliwości kierował się logiką, zgodnie z którą wymóg zapewnienia opieki medycznej w nagłych przypadkach i leczenia chorób w podstawowym zakresie zgodnie z art. 14 ust. 1 lit. b) dyrektywy powrotowej mógłby stracić rację bytu, gdyby nie istniał jednocześnie wymóg dotyczący zaspokojenia podstawowych potrzeb danego obywatela państwa trzeciego. Opierając się na takim toku rozumowania Trybunału Sprawiedliwości oraz w kontekście wskazówek zawartych w stosownym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, można stwierdzić, że korzystanie z innych praw wymienionych w art. 14 ust. 1 dyrektywy powrotowej (w szczególności takich jak dostęp do edukacji i uwzględnianie potrzeb osób wymagających szczególnego traktowania) również wiąże się z jednoczesnym wymogiem dotyczącym zaspokajania podstawowych potrzeb danego obywatela państwa trzeciego.

Nie istnieje wprawdzie żaden ogólny obowiązek prawny, który wynikałby z prawa Unii i który przewidywałby zaspokajanie podstawowych potrzeb wszystkich obywateli państw trzecich w oczekiwaniu na powrót, jednak Komisja zachęca państwa członkowskie do wprowadzania takiego obowiązku w ramach prawa krajowego, aby zapewnić osobom powracającym humanitarne i godne warunki życia.

13.1. Pisemne potwierdzenie

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 14 ust. 2

Państwa członkowskie dostarczają osobom, o których mowa w ust. 1, pisemne potwierdzenie, zgodnie z prawem krajowym, że termin dobrowolnego wyjazdu został przedłużony zgodnie z art. 7 ust. 2 lub że decyzja nakazująca powrót tymczasowo nie będzie podlegać wykonaniu.

W motywie 12 dyrektywy powrotowej określa się: „Aby osoby te mogły wykazać swą szczególną sytuację w przypadku kontroli administracyjnych, powinny otrzymywać pisemne potwierdzenie ich sytuacji. Państwa członkowskie powinny mieć dużą swobodę w ustalaniu formy i formatu tego pisemnego potwierdzenia oraz powinny mieć możliwość włączenia go do decyzji dotyczących powrotów wydawanych zgodnie z niniejszą dyrektywą”.

Forma pisemnego potwierdzenia: państwa członkowskie mają w tym zakresie dużą swobodę. Potwierdzenie może być oddzielnym dokumentem wydanym przez organy krajowe lub stanowić część formalnej decyzji dotyczącej powrotu. Ważne jest, aby takie potwierdzenie pozwalało osobie powracającej wyraźnie udowodnić – w przypadku kontroli policyjnej – że jest już objęta decyzją nakazującą powrót i że korzysta z terminu dobrowolnego wyjazdu bądź formalnego wstrzymania wydalenia lub że jest objęta decyzją nakazującą powrót, której wykonanie jest tymczasowo niemożliwe. W potwierdzeniu tym należy określić, w miarę możliwości, długość okresu poprzedzającego termin dobrowolnego wyjazdu lub okresu wstrzymania wydalenia.

W państwach członkowskich, w których w przypadku kontroli policyjnych systemy wymiany danych umożliwiają szybkie sprawdzenie statusu migrantów o nieuregulowanym statusie na podstawie określonych danych osobowych lub numerów referencyjnych, wymóg dotyczący pisemnego potwierdzenia można uznać za spełniony, jeżeli osobie tej dostarczane są (lub jeżeli osoba ta już posiada) dokumenty zawierające takie dane osobowe bądź numery referencyjne.

13.2. Sytuacje, w których przez dłuższy czas występują nieprawidłowości

Brak obowiązku udzielenia zezwolenia osobom powracającym, których nie można wydalic: państwa członkowskie nie mają obowiązku udzielania zezwolenia osobom powracającym, w sytuacji gdy okazuje się, że nie ma już rozsądnej perspektywy ich wydalenia, chociaż mogą w dowolnym momencie go udzielić zgodnie z art. 6 ust. 4 dyrektywy powrotowej (zob. sekcja 5.6).

W tym względzie Trybunał Sprawiedliwości przedstawił w wyroku w sprawie C-146/14, *Mahdi* ⁽¹⁾ (pkt 87 i 88), wyraźne wyjaśnienie: [...] dyrektywa ta nie ma na celu uregulowania warunków pobytu na terytorium państwa członkowskiego obywatela państwa trzeciego, względem którego decyzja nakazująca powrót nie może względnie nie mogła zostać wykonana. Art. 6 ust. 4 dyrektywy 2008/115/WE umożliwia jednakże państwom członkowskim wydanie obywatelowi państwa trzeciego nielegalnie przebywającemu na ich terytorium niezależnego zezwolenia na pobyt lub innego zezwolenia upoważniającego go do pobytu ze względu na jego ciężką sytuację albo z przyczyn humanitarnych lub z innych przyczyn”.

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie C-146/14 PPU, *Mahdi*, ECLI:EU:C:2014:1320.

Kryteria, jakie należy wziąć pod uwagę przy udzielaniu zezwoleń: jak podkreślono powyżej, nie istnieje żadne zobowiązanie prawne do wydawania zezwoleń osobom powracającym, których nie można wydalić, a państwa członkowskie mają w tym zakresie dużą swobodę decyzyjną. W tym kontekście zaleca się, aby kryteria oceny, które mogłyby być brane pod uwagę przez państwa członkowskie, obejmowały zarówno elementy indywidualne (dotyczące sprawy), jak i horyzontalne (dotyczące polityki), takie jak w szczególności:

- gotowość lub brak gotowości osoby powracającej do współpracy,
- długość faktycznego pobytu osoby powracającej w danym państwie członkowskim,
- wysiłki na rzecz integracji podejmowane przez osobę powracającą,
- indywidualne zachowanie osoby powracającej,
- więzi rodzinne,
- względy humanitarne,
- prawdopodobieństwo powrotu w dającej się przewidzieć przyszłości,
- konieczność uniknięcia sytuacji, w której nagradzane są nieprawidłowości,
- wpływ działań w zakresie regulacji na schemat migracji potencjalnych migrantów (o nieuregulowanym statusie),
- prawdopodobieństwo wtórnych przepływów w obrębie strefy Schengen.

14. ZASTOSOWANIE ŚRODKA DETENCYJNEGO

Gwarancje proceduralne wymienione w art. 12 (forma i tłumaczenie) i art. 13 (skuteczny środek odwoławczy i nieodpłatna pomoc prawna) dyrektywy powrotowej stanowią wyraźne odzwierciedlenie praw podstawowych do dobrej administracji, do obrony oraz do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, które razem stanowią integralną część porządku prawnego Unii Europejskiej. Przestrzeganie tych praw jest zatem wymagane również w odniesieniu do decyzji o zastosowaniu środka detencyjnego.

Oprócz tych ogólnych wymogów określonych w art. 15 dyrektywy powrotowej określa się niektóre wymogi mające szczególne zastosowanie do decyzji o zastosowaniu środka detencyjnego.

14.1. Okoliczności uzasadniające zastosowanie środka detencyjnego

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 15 ust. 1

O ile w danej sprawie nie mogą zostać zastosowane wystarczające lecz mniej represyjne środki, państwa członkowskie mogą umieścić w ośrodku detencyjnym obywatela państwa trzeciego podlegającego procedurze powrotu tylko w celu przygotowania powrotu lub przeprowadzenia procesu wydalenia, w szczególności jeżeli:

- a) istnieje ryzyko ucieczki; lub
- b) dany obywatel państwa trzeciego unika lub utrudnia przygotowania do powrotu lub proces wydalenia.

Jakikolwiek środek detencyjny stosowany jest przez możliwie najkrótszy okres czasu i tylko dopóki trwają przygotowania do wydalenia oraz podlega wykonaniu z należytą starannością.

Stosowanie środka detencyjnego w celu wydalenia stanowi poważną ingerencję w prawo podstawowe do wolności osób i w związku z tym podlega restrykcyjnym ograniczeniom.

Obowiązek zastosowania środka detencyjnego jedynie w ostateczności: w art. 8 ust. 1 dyrektywy powrotowej zobowiązuje się państwa członkowskie do podejmowania „wszelkich środków niezbędnych” do wykonania decyzji nakazujących powrót. Możliwość zastosowania środków detencyjnych jest jednym z dopuszczalnych środków, które mogą zostać wykorzystane przez państwa członkowskie w ostateczności. W tym kontekście w wyroku w sprawie C-61/11, El Dridi (pkt 41), Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie podkreślił, że w dyrektywie powrotowej przewiduje się „gradacj[ę] środków, które należy podjąć celem wykonania decyzji nakazującej powrót, począwszy od środka pozostawiającego zainteresowanemu najwięcej swobody, czyli wyznaczenia terminu dobrowolnego wyjazdu, do środków najbardziej go ograniczających, czyli zatrzymania w specjalnym ośrodku detencyjnym”.

Państwa członkowskie są zobowiązane do stosowania środków detencyjnych wyłącznie w sytuacjach, w których jest oczywiste, że zastosowanie tych środków jest jedynym sposobem na zapewnienie przygotowania procesu powrotu i przeprowadzenia procesu wydalenia (konieczność zastosowania środka detencyjnego). Jakikolwiek środek detencyjny stosowany jest na podstawie indywidualnej oceny oraz przez możliwie najkrótszy okres czasu i tylko tak długo, jak długo trwają przygotowania do wydalenia. Środek ten podlega wykonaniu z należytą starannością (proporcjonalność środka detencyjnego).

Powody zastosowania środka detencyjnego: jedynym uzasadnionym celem zastosowania środka detencyjnego zgodnie z dyrektywą powrotową jest przygotowanie powrotu lub przeprowadzenie procesu wydalenia, w szczególności jeżeli: 1) istnieje ryzyko ucieczki; lub 2) osoba powracająca unika przygotowań do powrotu lub procesu wydalenia lub je utrudnia. Jeżeli istnieją tego rodzaju powody uzasadniające zastosowanie środka detencyjnego oraz jeżeli w danej sprawie nie można skutecznie zastosować żadnych łagodniejszych środków przymusu (jest to ostateczność), państwa członkowskie mogą i powinny zastosować środek detencyjny na okres niezbędny do zapewnienia pomyślnego przeprowadzenia procedur powrotu zgodnie z przepisami art. 8 dyrektywy powrotowej.

Chociaż w brzmieniu dyrektywy powrotowej sformułowanie to ma charakter katalogu otwartego („w szczególności”), te dwa konkretne przypadki obejmują główne scenariusze występujące w praktyce, które uzasadniają zastosowanie środka detencyjnego w celu przygotowania i zorganizowania powrotu oraz przeprowadzenia procesu wydalenia. To, czy istnieje szczególnie powód zastosowania środka detencyjnego – a także brak dostępności skutecznych i wystarczających łagodniejszych środków przymusu – należy w każdym przypadku oceniać indywidualnie. Przeprowadzając ocenę dotyczącą tego, czy istnieje ryzyko ucieczki (zob. sekcja 1.6), które może uzasadnić zastosowanie środka detencyjnego, należy wziąć pod uwagę odmowę wjazdu na granicy, istnienie wpisu w SIS dotyczącego odmowy wjazdu, brak dokumentacji, brak miejsca pobytu, brak współpracy oraz inne istotne przesłanki/kryteria.

Brak możliwości zastosowania środka detencyjnego ze względów porządku publicznego: możliwość utrzymania lub przedłużenia środka detencyjnego ze względów porządku publicznego nie została uwzględniona w tekście dyrektywy powrotowej, państwa członkowskie nie mogą stosować środka detencyjnego w celu wydalenia w związku z imigracją jako swego rodzaju lżejszej formy kary pozbawienia wolności. Głównym celem zastosowania środka detencyjnego w celu wydalenia jest zagwarantowanie, aby osoby powracające nie utrudniały wykonania zobowiązania do powrotu poprzez ucieczkę. Celem art. 15 nie jest ochrona społeczeństwa przed osobami, które stanowią zagrożenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego. Słuszny cel ochrony społeczeństwa powinien być uwzględniony w innych przepisach prawnych, w szczególności w prawie karnym, prawie karno-administracyjnym i przepisach obejmujących zakończenie legalnego pobytu ze względów porządku publicznego. W tym zakresie w wyroku w sprawie C-357/09, Kadzoev⁽¹⁾ (pkt 70), Trybunał Sprawiedliwości zważył, co następuje: „Możliwość zastosowania wobec danej osoby środka detencyjnego ze względów porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego nie może opierać się na dyrektywie 2008/115/WE. Tak więc żadna z okoliczności przywołanych przez sąd krajowy (agresywne zachowanie; nieposiadanie ani własnych środków utrzymania, ani zakwaterowania) nie może, zgodnie z przepisami dyrektywy, sama w sobie stanowić powodu zastosowania środka detencyjnego. Wcześniejsze zachowanie/postępowanie osoby stwarzającej zagrożenie dla porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego (na przykład nieprzestrzeganie prawa administracyjnego w dziedzinach innych niż prawo migracyjne lub naruszenia prawa karnego) może jednak zostać uwzględnione przy ocenie, czy istnieje ryzyko ucieczki (zob. sekcja 1.6). Jeżeli wcześniejsze zachowanie/postępowanie danej osoby pozwala na wyciągnięcie wniosku, że osoba ta prawdopodobnie nie będzie postępowała zgodnie z prawem i będzie unikała powrotu, taki wniosek może uzasadniać decyzję o istnieniu ryzyka ucieczki.

Obowiązek zapewniania skutecznych środków alternatywnych dla środka detencyjnego: art. 15 ust. 1 należy interpretować jako zobowiązujący każde państwo członkowskie do zapewnienia w swoich przepisach krajowych środków alternatywnych dla środka detencyjnego; obowiązek ten jest także zgodny z warunkami określonymi w motywie 16 przedmiotowej dyrektywy („[...] jeśli zastosowanie łagodniejszych środków przymusu byłoby niewystarczające”). W wyroku w sprawie C-61/11, El Dridi (pkt 39), Trybunał Sprawiedliwości potwierdził: „[...] z motywu 16 omawianej dyrektywy, jak również z jej art. 15 ust. 1 wynika, że państwa członkowskie powinny przeprowadzić wydalenie za pomocą możliwie najmniej represyjnych środków. Jedynie w przypadku, gdy zachowanie zainteresowanego, w świetle oceny każdego poszczególnego przypadku, może wpływać negatywnie na wykonanie decyzji nakazującej powrót w postaci wydalenia, państwa te mogą umieścić go w ośrodku detencyjnym”. Nie oznacza to jednak, że warunkiem wstępnym zastosowania środka detencyjnego jest wcześniejsze nałożenie na obywatela państwa trzeciego łagodniejszego środka przymusu.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy powrotowej środki przymusu muszą być „wystarczające” oraz powinno być możliwe ich „skuteczne” zastosowanie wobec danego obywatela państwa trzeciego. Oznacza to, że aby wykonać obowiązek zapewnienia skutecznych środków alternatywnych dla środka detencyjnego, państwa członkowskie muszą zapewnić w prawie krajowym rozwiązania alternatywne dla środka detencyjnego umożliwiające osiągnięcie tych samych celów co środek detencyjny (tj. zapobieganie ucieczce, zapobieganie uniknięciu lub utrudnieniu powrotu przez obywatela państwa trzeciego) za pośrednictwem środków, które w mniejszym stopniu naruszają prawo do wolności danej jednostki. Organy krajowe odpowiedzialne za podejmowanie decyzji związanych ze środkami detencyjnymi i środkami alternatywnymi dla środków detencyjnych muszą ocenić w poszczególnych przypadkach, czy tego rodzaju łagodniejsze środki przymusu byłyby wystarczające i skuteczne.

Przykłady środków alternatywnych dla środka detencyjnego obejmują ograniczenie pobytu, domy otwarte dla rodzin, wsparcie ze strony pracownika zajmującego się daną sprawą, regularną sprawozdawczość, konfiskatę dokumentów tożsamości lub dokumentów podróży, zwolnienie za kaucją oraz monitorowanie elektroniczne. UNHCR zapewnia pewne praktyczne przykłady praktyk⁽²⁾ w odniesieniu do środków alternatywnych dla środków detencyjnych.

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 2009 r. w sprawie C-357/09 PPU, Kadzoev, ECLI:EU:C:2009:741.

⁽²⁾ UNHCR, „Options paper 2: Options for governments on open reception and alternatives to detention”, 2015 r., dokument dostępny pod adresem: <http://www.unhcr.org/protection/detention/5538e53d9/unhcr-options-paper-2-options-governments-open-reception-alternatives-detention.html>

Korzyści i zagrożenia – środki alternatywne dla środka detencyjnego

Korzyści wynikające z zapewnienia środków alternatywnych dla środka detencyjnego mogą obejmować wyższy odsetek powrotów (w tym dobrowolnych wyjazdów), lepszą współpracę z osobami powracającymi w zakresie uzyskiwania koniecznej dokumentacji, korzyści finansowe (niższe koszty ponoszone przez państwo) oraz mniejsze koszty społeczne (unikanie trudności związanych z zastosowaniem środka detencyjnego).

Do zagrożeń zalicza się zwiększone prawdopodobieństwo ucieczki, możliwość powstania czynników przyciągających (alternatywne ośrodki detencyjne, takie jak domy rodzinne, mogą być postrzegane jako atrakcyjne przez potencjalnych imigrantów o nieuregulowanym statusie) i potencjalnych napięć społecznych w otoczeniu otwartych ośrodków.

Zalecenie: wyzwaniem w tym zakresie jest znalezienie inteligentnych rozwiązań obejmujących odpowiednie połączenie nagród i środków odstraszających. Całkowity brak środków odstraszających może prowadzić do zbyt niskiego odsetka wydaleń. Jednocześnie zbyt represyjny system oparty na systematycznym stosowaniu środka detencyjnego również może okazać się nieskuteczny, ponieważ osoby powracające nie mają wystarczającej motywacji lub zachęty do podejmowania współpracy w zakresie procedury powrotu. Państwa członkowskie powinny opracować i wykorzystywać szeroki zakres alternatywnych środków, aby uwzględnić sytuację różnych kategorii obywateli państwa trzeciego. Skuteczne okazały się następujące rozwiązania: dostosowany do potrzeb coaching, który pozwala osobie powracającej wziąć na siebie odpowiedzialność za swój powrót, wczesne zaangażowanie oraz holistyczne zarządzanie sprawami ukierunkowane na rozwiązywanie spraw. Należy dążyć do wprowadzania systematycznego coachingu przekrojowego już na wczesnym etapie (a nie dopiero wówczas, gdy podjęto już decyzję o przymusowym wydaleniu); kierowany byłby on do wszystkich potencjalnych osób powracających i obejmowałby porady dotyczące możliwości legalnego pobytu lub uzyskania azylu oraz dobrowolnego/przymusowego powrotu.

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Podleganie procedurze powrotu: formalny wymóg, aby „podlegać procedurze powrotu” określony w art. 15 ust. 1 dyrektywy powrotowej, nie jest jednoznaczny z wymogiem, aby „podlegać decyzji nakazującej powrót”. Środki detencyjne mogą zostać nałożone – o ile spełnione są wszystkie warunki określone w art. 15 – jeszcze przed wydaniem formalnej decyzji nakazującej powrót, na przykład w czasie gdy decyzja nakazująca powrót jest w trakcie przygotowań i decyzja nakazująca powrót nie została jeszcze wydana.

Konkretne przykłady:

- Nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego może ukrywać swoją tożsamość (nie ujawniać jej) w celu uniknięcia wydalenia. Czy w takich okolicznościach słuszne jest dalsze stosowanie środków detencyjnych w celu wywarcia nacisku na obywatela państwa trzeciego, aby podjął współpracę, a tym samym aby jego wydalenie było możliwe?
- Ten rodzaj środka detencyjnego jest objęty zakresem stosowania art. 15 ust. 1 lit. b) dyrektywy powrotowej, w którym wyraźnie wskazano fakt „utrudniania lub unikania [...] procesu wydalenia” jako powód zastosowania środka detencyjnego. W art. 15 ust. 6 lit. a) wymienia się „brak współpracy” jako jeden z dwóch przypadków, które mogą uzasadniać przedłużenie maksymalnego okresu zatrzymania o 12 miesięcy, a ogólnym celem i zakończeniem tego rodzaju środka detencyjnego („Beugehaft” lub „Durchsetzungshaft”) jest wydalenie – a nie nałożenie kary. Każdy środek detencyjny do celów wydalenia musi być zgodny z art. 15 ust. 4 dyrektywy powrotowej: „przesłanki zastosowania środka detencyjnego ustają, a dana osoba zostaje niezwłocznie zwolniona, jeżeli okaże się, że nie ma już rozsądnych perspektyw jej wydalenia ze względów natury prawnej lub innych, lub że warunki określone w ust. 1 nie są już spełniane”. Oznacza to, że w tych przypadkach, w których okazuje się, że nie ma już rozsądnej perspektywy wydalenia, należy zakończyć stosowanie środka detencyjnego – na przykład gdy okazuje się, że dokumenty, które miały zostać wydane przez państwo trzecie, dotrą zbyt późno lub w ogóle nie zostaną wydane, nawet jeżeli osoba zatrzymana podjęłaby współpracę.
- Czy możliwe jest dalsze stosowanie środka detencyjnego, w przypadku gdy osoba powracająca składa wniosek o udzielenie azylu?
 - Odpowiedź została udzielona w wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-534/11, Arslan⁽¹⁾ (pkt 49 i 63): „art. 2 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE [...] nie ma zastosowania do obywatela państwa trzeciego, który złożył wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej w rozumieniu dyrektywy 2005/85/WE, i to w okresie pomiędzy złożeniem tego wniosku a wydaniem w pierwszej instancji decyzji w przedmiocie tego wniosku bądź, w danym wypadku, do czasu wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie środka odwoławczego wniesionego od tej decyzji. [...] Dyrektywy 2003/9/WE i 2005/85/WE nie stoją na przeszkodzie utrzymaniu na podstawie przepisów prawa krajowego w mocy środka detencyjnego względem obywatela państwa trzeciego, który złożył wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej w rozumieniu dyrektywy 2005/85/WE, po tym jak względem niego został zastosowany środek detencyjny zgodnie z art. 15 dyrektywy 2008/115/WE, gdy w następstwie przeprowadzenia indywidualnej oceny wszystkich istotnych okoliczności okazuje się, że osoba ta złożyła ów wniosek jedynie w celu opóźnienia lub uniemożliwienia wykonania decyzji o powrocie i że utrzymanie w mocy

(¹) Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie C-534/11, Arslan, ECLI:EU:C:2013:343.

środka detencyjnego jest obiektywnie niezbędne i proporcjonalne, aby uniknąć sytuacji, w której zainteresowany uniknie definitywnie powrotu”. Uwaga: powyższe odniesienie do „prawa krajowego” odnosi się do krajowych przepisów dotyczących zatrzymywania osób ubiegających się o azyl i transponujących – stosownie do przypadku – wymogi w zakresie stosowania środka detencyjnego określone w unijnym dorobku prawnym w dziedzinie azylu.

14.2. Forma i wstępna kontrola środka detencyjnego

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 15 ust. 2

Decyzja o zastosowaniu środka detencyjnego wydawana jest przez organy administracyjne lub sądowe.

Decyzja o zastosowaniu środka detencyjnego wydawana jest w formie pisemnej, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Jeżeli decyzja o zastosowaniu środka detencyjnego została wydana przez organy administracyjne, państwa członkowskie:

- a) *zapewniają kontrolę sądową, w trybie przyspieszonym, zgodności z prawem środka detencyjnego, najszybciej jak to możliwe po jego zastosowaniu;*
- b) *lub przyznają danemu obywatelowi państwa trzeciego prawo do wszczęcia postępowania w celu podania kontroli sądowej, w trybie przyspieszonym, zgodności z prawem środka detencyjnego, najszybciej jak to możliwe po jego zastosowaniu. W takim przypadku państwa członkowskie niezwłocznie informują danego obywatela państwa członkowskiego o możliwości wszczęcia takiego postępowania.*

Jeżeli zastosowanie środka detencyjnego jest niezgodne z prawem, dany obywatel państwa trzeciego zostaje natychmiast zwolniony.

Organy sądowe mogą, ale nie muszą, składać się z sędziów. Zgodnie z odpowiednim orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka organy sądowe muszą charakteryzować się niezawisłością, bezstronnością i oferować sądowe gwarancje w zakresie postępowania kontradiktoryjnego.

Zakres kontroli sądowej: kontrola musi obejmować ocenę wszystkich aspektów wyraźnie wskazanych w art. 15 dyrektywy powrotowej przy uwzględnieniu zarówno kwestii prawnych (na przykład prawidłowości procedury zastosowania środka detencyjnego i decyzji o zastosowaniu środka detencyjnego z perspektywy proceduralnej/prawnej), jak i kwestii faktycznych (na przykład sytuacji osobistej osoby, wobec której zastosowano środek detencyjny, więzi rodzinnych w danym państwie, gwarancji opuszczenia terytorium kraju, rozsądnej perspektywy wydalenia).

Maksymalny czas trwania „kontroli sądowej w trybie przyspieszonym”: tekst dyrektywy powrotowej opiera się na brzmieniu art. 5 ust. 4 EKPC, w którym nakłada się zobowiązanie do przeprowadzenia kontroli „bezwłocznie przez sąd”. W stosownym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wyjaśnia się, że nie da się zdefiniować w sposób teoretyczny dopuszczalnego maksymalnego czasu trwania kontroli (tj. rozsądnego terminu). Czas trwania musi być określany w kontekście okoliczności każdego przypadku, z uwzględnieniem złożoności postępowania, jak również postępowania organów i wnioskodawcy. Z pewnością za dobrą praktykę zgodną z wymogiem prawnym dotyczącym szybkości można uznać podejmowanie decyzji w czasie krótszym niż tydzień.

Wymóg dotyczący decyzji w formie pisemnej odnosi się również do decyzji w sprawie przedłużenia: wymóg dotyczący wydawania decyzji w formie pisemnej odnosi się również do decyzji w sprawie przedłużenia okresu środka detencyjnego. W wyroku w sprawie Mahdi, C-146/14, Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie wyjaśnił (pkt 44): „ten wymóg związany z wydaniem decyzji w formie pisemnej należy rozumieć jako nieuchronnie związany z wszelkimi decyzjami dotyczącymi przedłużenia okresu stosowania środka detencyjnego, ponieważ po pierwsze, nałożenie środka detencyjnego i przedłużenie okresu jego stosowania wykazują analogiczny charakter, jako że obydwa skutkują pozbawieniem wolności danego obywatela państwa trzeciego w celu przygotowania jego powrotu lub przystąpienia do wydalenia, a po drugie, w każdym z tych wypadków obywatel ten musi być w stanie zapoznać się z uzasadnieniem wydanej względem niego decyzji”.

Wszystkie gwarancje związane z prawem do bycia wysłuchanym mają zastosowanie do decyzji o zastosowaniu środka detencyjnego i do decyzji w sprawie przedłużenia stosowania środka detencyjnego. Nieprzestrzeganie tego prawa prowadzi jednak do nieważności decyzji tylko w takim zakresie, w jakim wynik postępowania byłby inny, gdyby prawo było przestrzegane – zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-383/13, G i R: „[...] wykładni prawa Unii, a w szczególności art. 15 ust. 2 i 6 dyrektywy 2008/115/WE, należy dokonywać w ten sposób, że w sytuacji gdy w ramach postępowania administracyjnego wydano decyzję o przedłużeniu stosowania środka detencyjnego z naruszeniem prawa do bycia wysłuchanym, sąd krajowy, którego zadaniem jest ocena zgodności tej decyzji z prawem, może uchylić stosowanie środka detencyjnego tylko wówczas, gdy uzna, w świetle wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych każdego poszczególnego przypadku, że takie naruszenie rzeczywiście pozbawiło osobę, która się na nie powołuje, możliwości lepszego przedstawienia swojej linii obrony w takim zakresie, że rozpatrywane postępowanie administracyjne mogło doprowadzić do odmiennego rezultatu” (zob. sekcja 12).

14.3. Regularna kontrola przetrzymywania

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 15 ust. 3

W każdym przypadku, środek detencyjny podlega kontroli w rozsądnych odstępach czasu na wniosek danego obywatela państwa trzeciego lub z urzędu.

W art. 15 ust. 3 zdanie pierwsze nie przewiduje się żadnego obowiązku wydania pisemnej decyzji po przeprowadzeniu kontroli: zostało to wyjaśnione przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie C-146/14, Mahdi (pkt 47): „przepisy art. 15 tej dyrektywy nie wymagają wydania [...]” decyzji wydawanej po przeprowadzeniu kontroli „w formie pisemnej. Organy przeprowadzające w rozsądnych odstępach czasu kontrolę środka detencyjnego zastosowanego względem obywatela państwa trzeciego, zgodnie z art. 15 ust. 3 zdanie pierwsze tej dyrektywy, nie mają zatem obowiązku wydania w ramach każdej kontroli wyraźnej decyzji zawierającej uzasadnienie faktyczne i prawne w formie pisemnej”. Państwa członkowskie mogą jednak wydać pisemną decyzję po przeprowadzeniu kontroli zgodnie z prawem krajowym.

Konieczność wydawania połączonych decyzji po przeprowadzeniu kontroli i decyzji w sprawie przedłużenia w formie pisemnej: w swoim wyroku w sprawie C-146/14, Mahdi, Trybunał Sprawiedliwości wyjaśnił (pkt 48): „w takim przypadku kontrola środka detencyjnego i wydanie decyzji w przedmiocie dalszego losu środka mają miejsce w ramach tego samego etapu proceduralnego. W konsekwencji decyzja ta musi spełniać wymogi wynikające z art. 15 ust. 2 dyrektywy 2008/115/WE.”.

W przypadku przedłużonych okresów stosowania środka detencyjnego kontrole podlegają nadzorowi ze strony organu sądowego.

Znaczenie pojęcia „przedłużone okresy stosowania środka detencyjnego”: W art. 15 ust. 3 zdanie drugie dyrektywy powrotowej wymaga się, aby organ sądowy prowadził nadzór z urzędu w przypadkach „przedłużonego okresu stosowania środka detencyjnego”. Oznacza to konieczność podejmowania działania przez organy sądowe także w tych przypadkach, w których dana osoba nie wnosi odwołania. Z porównania pod względem językowym pojęcia „przedłużone okresy stosowania środka detencyjnego” (niemiecki: „Bei längerer Haftdauer”, francuski: „En cas de périodes de rétention prolongées”, niderlandzki: „In het geval van een lange periode van bewaring”, hiszpański: „En caso de periodos de internamiento prolongados”, włoski: „Nel caso di periodi di trattenimento prolungati”) wyraźnie wynika, że pojęcie to odnosi się zasadniczo do długiego okresu stosowania środka detencyjnego, niezależnie od tego, czy formalna decyzja w sprawie przedłużenia została już podjęta, czy nie. Komisja uznaje, że odstęp 6 miesięcy w przypadku przeprowadzania po raz pierwszy nadzoru sądowego z urzędu nad wykonaniem decyzji o zastosowaniu środka detencyjnego jest zdecydowanie zbyt długi, natomiast przeprowadzanie nadzoru sądowego z urzędu co trzy miesiące może zostać uznane za częstotliwość graniczną, która może się jeszcze mieścić w zakresie zgodnym z art. 15 ust. 3 dyrektywy, pod warunkiem że istnieje również możliwość przeprowadzania indywidualnych kontroli na wniosek w razie potrzeby.

Uprawnienia sądowego organu nadzoru: mechanizm kontroli, w ramach którego badane są tylko kwestie prawne i nie uwzględnia się kwestii faktycznych, jest niewystarczający. Organ sądowy musi być uprawniony do podejmowania decyzji zarówno w zakresie faktów, jak i kwestii prawnych – zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-146/14, Mahdi (pkt 62): „[...] właściwy organ sądowy musi być w stanie zastąpić własną decyzją decyzję organu administracyjnego bądź, w danym wypadku, orzeczenie organu sądowego zarządzające pierwotny środek detencyjny i orzec w przedmiocie możliwości zarządzenia zastępczego środka względnie zwolnienia danego obywatela państwa trzeciego. W tym celu organ sądowy orzekający w przedmiocie wniosku o przedłużenie okresu stosowania środka detencyjnego musi być w stanie wziąć pod uwagę zarówno elementy stanu faktycznego i dowody przedstawione przez organ administracyjny, który zarządził zastosowanie pierwotnego środka detencyjnego, jak i wszelkie ewentualne uwagi danego obywatela państwa trzeciego. Ponadto musi on być w stanie ustalić każdy inny element istotny dla wydania przezeń orzeczenia, na wypadek gdyby uznał to za konieczne [...]”.

14.4. Zaprzestanie stosowania środka detencyjnego

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 15 ust. 4–6

4. Przesłanki zastosowania środka detencyjnego ustają, a dana osoba zostaje niezwłocznie zwolniona, jeżeli okaże się, że nie ma już rozsądnych perspektyw jej wydalenia ze względów natury prawnej lub innych, lub że warunki określone w ust. 1 nie są już spełniane.
5. Środek detencyjny jest utrzymany dopóki nie spełnione zostaną warunki określone w ust. 1 i jest to konieczne do zapewnienia skutecznego wydalenia. Każde państwo członkowskie określa maksymalny okres zastosowania środka detencyjnego, który nie może przekroczyć sześciu miesięcy.
6. Państwa członkowskie nie mogą przedłużać okresu, o którym mowa w ust. 5, z wyjątkiem przedłużenia na ograniczony okres czasu nieprzekraczający kolejnych dwunastu miesięcy zgodnie z prawem krajowym, jeżeli pomimo wszelkich rozsądnych starań wydalenie może potrwać dłużej ze względu na:
 - a) brak współpracy ze strony danego obywatela państwa trzeciego; lub
 - b) opóźnienia w uzyskiwaniu niezbędnej dokumentacji od państw trzecich.

W wielu różnych sytuacjach należy zaprzestać stosowania środka detencyjnego i osoba powracająca musi zostać zwolniona, w szczególności jeżeli:

- nie występują rozsądne perspektywy wydalenia ze względów natury prawnej lub innych,
- organy nie prowadzą przygotowania do wydalenia w odpowiedni sposób,
- upłynęły maksymalne terminy przewidziane w odniesieniu do zatrzymania w celu wydalenia.

Ponadto należy zaprzestać stosowania środka detencyjnego w poszczególnych przypadkach, gdy powstała stosowna możliwość wprowadzenia środków alternatywnych dla środka detencyjnego.

14.4.1. Brak rozsądnych perspektyw wydalenia

Brak rozsądnych perspektyw wydalenia: w wyroku w sprawie C-357/09, Kadzoev (pkt 67), Trybunał Sprawiedliwości przedstawił wyjaśniającą wykładnię znaczenia terminu „rozsądne perspektywy”: „tylko realna perspektywa skutecznego wydalenia, przy uwzględnieniu okresów określonych w ustępach 5 i 6 tego artykułu [art. 15], odpowiada rozsądnym perspektywom wydalenia, których to perspektywy brak, jeśli uwzględniając rzeczony okresy, wydaje się mało prawdopodobne, że osoba, o którą chodzi, zostanie przyjęta przez państwo trzecie”.

Brak „rozsądnej perspektywy” nie jest tożsamy z „niemożliwością wykonania”: „niemożliwość wykonania” jest bardziej kategorią stwierdzeniem i trudniejszym do wykazania niż „brak rozsądnych perspektyw”, który odnosi się jedynie do pewnego stopnia prawdopodobieństwa.

Przy ocenie „rozsądnych perspektyw wydalenia” należy wziąć pod uwagę okresy stosowania środka detencyjnego: z uwagi na nacisk położony w art. 15 (oraz w motywie 6) dyrektywy powrotowej na konkretną indywidualną ocenę poszczególnych przypadków do celów określenia proporcjonalności pozbawienia wolności należy zawsze brać pod uwagę maksymalne stosowania środka detencyjnego w odniesieniu do osoby, której dotyczy konkretny przypadek. Oznacza to, że zastosowanie mają maksymalne stosowania środka detencyjnego ustanowione w prawie krajowym danego państwa członkowskiego. Oznacza to również, że osoba powracająca nie powinna być zatrzymana w celu wydalenia w danym państwie członkowskim, jeżeli od początku wydaje się mało prawdopodobne, aby dana osoba miała zostać przyjęta do państwa trzeciego przed upływem maksymalnego okresu stosowania środka detencyjnego dopuszczonego na podstawie przepisów obowiązujących w tym państwie członkowskim (w wyroku w sprawie C-357/09, Kadzoev, Trybunał Sprawiedliwości odniósł się do maksymalnych dwóch okresów określonych w dyrektywie, ponieważ były one takie same jak maksymalne okresy określone w przepisach obowiązujących w państwie członkowskim, którego wyrok dotyczył).

Komisja zaleca wprowadzenie maksymalnego okresu stosowania środka detencyjnego wynoszącego sześć miesięcy, który należy dostosowywać w świetle okoliczności danej sprawy i który podlega kontroli w rozsądnych odstępach czasu w ramach nadzoru ze strony organu sądowego, a także możliwości dalszego przedłużenia stosowania środka detencyjnego do 18 miesięcy w przypadkach określonych w art. 15 ust. 6 dyrektywy powrotowej.

Po upływie maksymalnego okresu stosowania środka detencyjnego art. 15 ust. 4 dyrektywy powrotowej nie ma już zastosowania, a dana osoba musi w każdym przypadku zostać natychmiastowo zwolniona – zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-357/09, Kadzoev (pkt 60 i 61): „należy zauważyć, że od chwili upłynięcia maksymalnego okresu zastosowania środka detencyjnego, przewidzianego w art. 15 ust. 6 dyrektywy 2008/115/WE, przestaje istnieć kwestia dalszego występowania” rozsądnych perspektyw wydalenia „w rozumieniu ust. 4 tego artykułu. W każdym razie w takim przypadku osoba, o którą chodzi, powinna zostać natychmiastowo uwolniona. Tak więc art. 15 ust. 4 dyrektywy 2008/115/WE może znajdować zastosowanie jedynie wtedy, gdy nie upłynęły jeszcze maksymalne okresy zastosowania środka detencyjnego, przewidziane w art. 15 ust. 5 i 6 tej dyrektywy”.

Dodatkowe wyjaśnienia:

- Należy zwrócić szczególną uwagę na szczególną sytuację bezpaństwowców, którzy mogą nie mieć możliwości skorzystania z pomocy konsularnej państw trzecich w celu uzyskania ważnego dokumentu tożsamości lub dokumentu podróży. W świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-357/09, Kadzoev, państwa członkowskie powinny upewnić się, że istnieją rozsądne perspektywy wydalenia, które uzasadniają zatrzymanie lub przedłużeniu czasu trwania środka detencyjnego.
- Czy uzasadnione jest utrzymanie środka detencyjnego, jeżeli obywatel państwa trzeciego jest w danym momencie chroniony przed wydaleniem ze względu na zasadę *non-refoulement*?
 - Jeżeli wydalenie staje się mało prawdopodobne (na przykład z uwagi na to, że mogą istnieć trwałe względy wymuszające zastosowanie zasady *non-refoulement*) obywatele państwa trzeciego muszą zostać zwolnieni zgodnie z art. 15 ust. 4 dyrektywy powrotowej. Jeżeli względy wymuszające zastosowanie zasady *non-refoulement* mają jedynie ograniczony i tymczasowy charakter (na przykład prawdopodobnie wkrótce kraj powrotu wyda wiarygodne zapewnienie dyplomatyczne lub osoba powracająca tymczasowo wymaga niezbędnego leczenia, które nie jest dostępne w kraju powrotu) można utrzymać środek detencyjny, o ile nadal istnieją rozsądne perspektywy wydalenia.

14.4.2. Określanie maksymalnego okresu stosowania środka detencyjnego

W art. 15 ust. 5 i 6 dyrektywy powrotowej zobowiązano państwa członkowskie do określenia w prawie krajowym ⁽¹⁾ maksymalnych terminów stosowania środka detencyjnego, które nie mogą przekraczać 6 miesięcy (w zwykłych przypadkach) lub 18 miesięcy (w dwóch przypadkach zakwalifikowanych: w przypadku braku współpracy ze strony osoby powracającej lub w przypadku opóźnień w uzyskiwaniu niezbędnej dokumentacji od państw trzecich).

Krótsze maksymalne okresy stosowania środka detencyjnego ustanowione w prawie krajowym mają nadrzędne zastosowanie względem terminów 6 i 18 miesięcy przewidzianych w dyrektywie powrotowej: przy rozpatrywaniu konkretnych przypadków należy stosować maksymalne okresy ustanowione w prawie krajowym (zgodnie z dyrektywą powrotową), a nie maksymalne okresy ustanowione w dyrektywie powrotowej. Oznacza to, że państwo członkowskie,

⁽¹⁾ Przegląd różnych terminów mających zastosowanie na mocy prawa krajowego można znaleźć na pod adresem: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/evaluation/search/download.do?documentId=10737855> (s. 44–50). Przegląd ten odzwierciedla sytuację z grudnia 2013 r.; od tego czasu niektóre przepisy krajowe zmieniono.

które ustanowiło w prawie krajowym, że maksymalny okres stosowania środka detencyjnego wynosi na przykład 60 dni w odniesieniu do osób powracających, które nie podejmują współpracy, nie może utrzymać środka detencyjnego po upływie 60 tych dni, mimo że w art. 15 ust. 6 dyrektywy powrotowej przewiduje się ramy czasowe sięgające 18 miesięcy.

W prawie krajowym należy wyznaczyć taki maksymalny okres stosowania środka detencyjnego, który pozwoli właściwym organom krajowym na podjęcie wszelkich niezbędnych środków w celu wykonania decyzji nakazującej powrót, zatem na zakończenie procedur niezbędnych do doprowadzenia do pomyślnego powrotu nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich oraz do zabezpieczenia readmisji w państwie trzecim będącym krajem powrotu. Komisja zaleca, aby państwa członkowskie wykorzystały marginesy określone w art. 15 dyrektywy powrotowej, w której przewidziano maksymalny wstępny okres stosowania środka detencyjnego wynoszący 6 miesięcy oraz możliwość dalszego przedłużenia okresu stosowania środka detencyjnego do 18 miesięcy w przypadkach przewidzianych w art. 15 ust. 6 dyrektywy. Należy przypomnieć, że okres rzeczywistego stosowania środka detencyjnego należy określać w poszczególnych przypadkach oraz że osobę powracającą należy zwolnić, jeżeli przesłanki dla stosowania środka detencyjnego (na przykład rozsądna perspektywa wydalenia) przestały istnieć.

Przykłady względów uzasadniających przedłużony okres stosowania środka detencyjnego/nieuzasadniających takiego przedłużonego okresu zgodnie z art. 15 ust. 6:

- sam brak dokumentów tożsamości nie wystarcza do uzasadnienia przedłużenia stosowania środka detencyjnego – zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-146/14, Mahdi (pkt 73): „[...] fakt, iż dany obywatel państwa trzeciego nie posiada żadnych dokumentów tożsamości, nie może sam w sobie uzasadniać przedłużenia okresu stosowania środka detencyjnego przewidzianego w art. 15 ust. 6 dyrektywy 2008/115/WE”,
- niepodjęcie współpracy w zakresie uzyskania dokumentów tożsamości może stanowić uzasadnienie dla przedłużenia stosowania środka detencyjnego, jeżeli istnieje związek przyczynowy między niepodjęciem współpracy a zasadą *non-refoulement* – zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-146/14, Mahdi (pkt 85): „[...] jedynie wtedy, gdy z analizy zachowania tego obywatela w okresie stosowania środka detencyjnego wynika, że nie współpracował on przy wykonaniu wydalenia i że jest prawdopodobne, iż procedura ta potrwa dłużej niż przewidywano z powodu tego zachowania [...]”.

Dodatkowe wyjaśnienia:

Uwzględnianie okresu stosowania środka detencyjnego, który dana osoba spędziła jako osoba ubiegająca się o azyl: przy obliczaniu okresu stosowania środka detencyjnego w celu wydalenia nie należy uwzględniać okresów stosowania środka detencyjnego, który dana osoba spędziła jako osoba ubiegająca się o azyl, gdyż zastosowanie środka detencyjnego w celu wydalenia i zastosowanie środka detencyjnego wobec osoby ubiegającej się o azyl podlegają różnym przepisom prawa i systemom prawnym – zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-357/09, Kadzoev (pkt 45 i 48): „niemniej uregulowane w dyrektywie 2008/115/WE stosowanie środka detencyjnego w celu wydalenia i stosowanie środka detencyjnego wobec osoby wnoszącej o udzielenie azylu, w szczególności na podstawie dyrektyw 2003/9/WE i 2005/85/WE oraz znajdujących zastosowanie przepisów krajowych, są objęte zakresami odmiennych reżimów prawnych. [...] zatem [...] okresu, na który dana osoba została umieszczona w ośrodku pobytu tymczasowego na podstawie decyzji podjętej w oparciu o krajowe i wspólnotowe przepisy dotyczące osób ubiegających się o azyl, nie należy uważać za stosowanie środka detencyjnego w celu wydalenia w rozumieniu art. 15 dyrektywy 2008/115/WE”.

W pkt 47 tego samego wyroku następnie dodano: „jeśli miałyby się okazać, że w ramach przywołanych w pkt 19 niniejszego wyroku postępowań wszczętych w następstwie złożenia przez S. Kadzoeva wniosku o udzielenie azylu nie podjęto żadnych decyzji dotyczących umieszczenia go w ośrodku pobytu tymczasowego i że środek detencyjny został wobec niego zastosowany na podstawie wcześniejszego krajowego reżimu środków detencyjnych w celu zatrzymania lub reżimu ustanowionego w dyrektywie 2008/115/WE, to okres zastosowania wobec S. Kadzoeva środka detencyjnego, odpowiadający okresowi, w trakcie którego toczyły się rzeczony postępowania w przedmiocie udzielenia azylu, należy uwzględnić do celów obliczania przewidzianego w art. 15 ust. 5 i 6 dyrektywy 2008/115/WE okresu stosowania środka detencyjnego w celu wydalenia”.

Uwzględnianie okresów stosowania środka detencyjnego w okresie przygotowań do przekazania na podstawie rozporządzenia dublińskiego: w odniesieniu do okresów stosowania środka detencyjnego wobec osób ubiegających się o azyl zastosowanie mają takie same zasady jak te określone powyżej.

Uwzględnianie okresów stosowania środka detencyjnego w czasie rozpatrywania odwołania ze skutkiem zawieszającym: takie okresy należy uwzględnić – zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości, Kadzoev, C-357/09 (pkt 52–54): „[...] okres zastosowania środka detencyjnego wobec osoby, o którą chodzi, w czasie, gdy toczyło się postępowanie, w ramach którego zgodność z prawem decyzji o wydaleniu zostaje poddana kontroli sądowej, należy uwzględnić przy obliczaniu ustanowionego w art. 15 ust. 5 i 6 dyrektywy 2008/115/WE maksymalnego okresu zastosowania takiego środka. Gdyby było inaczej, to okres zastosowania środka detencyjnego w celu wydalenia mógłby być w poszczególnych przypadkach w ramach jednego państwa członkowskiego różny lub różnić się w zależności od państwa członkowskiego, ewentualnie nawet w znacznym stopniu, ze względu na odmienności lub szczególne okoliczności związane z krajowymi postępowaniami sądowymi, co byłoby niezgodne z celem realizowanym przez art. 15 ust. 5 i 6 dyrektywy 2008/115/WE, polegającym na zagwarantowaniu maksymalnego okresu zastosowania środków detencyjnych, wspólnego dla państw członkowskich”.

Uwzględnianie okresów stosowania środka detencyjnego w celu wydalenia spędzonych w (innym) państwie członkowskim A, po których natychmiast następuje zastosowanie środka detencyjnego wobec danej osoby przed jej wydaleniem w państwie członkowskim B (sytuacja taka może wystąpić na przykład w kontekście przekazywania obywatela państwa trzeciego z państwa członkowskiego A do państwa członkowskiego B na podstawie dwustronnej umowy o readmisji objętej art. 6 ust. 3 dyrektywy powrotowej): Komisja stwierdza, że nie należy przekraczać bezwzględnego progu 18 miesięcy nieprzerwanego stosowania środka detencyjnego przed wydaleniem, ze względu na potrzebę przestrzegania skuteczności maksymalnego terminu określonego w art. 15 ust. 6 dyrektywy powrotowej. W odpowiednich dwustronnych umowach o readmisji należy uwzględnić dokonywanie przez państwa członkowskie wymiany informacji dotyczących okresów stosowania środka detencyjnego w innym państwie członkowskim, a także możliwość odmowy przez państwo członkowskie B przeniesienia z państwa członkowskiego A, jeżeli państwo członkowskie A złożyło wniosek zbyt późno.

Uwzględnianie okresów stosowania środka detencyjnego, które dobiegły końca przed wejściem w życie dyrektywy powrotowej: okresy takie należy uwzględnić (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-357/09, Kadzoev, pkt 36–38).

14.5. Ponowne zastosowanie środka detencyjnego wobec osób powracających

Nie wolno podważać zasady maksymalnych terminów stosowania środka detencyjnego przewidzianych w dyrektywie powrotowej poprzez niezwłoczne ponowne zastosowanie takiego środka wobec osób powracających, po ich zwolnieniu.

Ponowne zastosowanie środka detencyjnego wobec tej samej osoby na późniejszym etapie może być uzasadnione jedynie w przypadku, gdy miała miejsce istotna zmiana okoliczności (na przykład wystawianie niezbędnych dokumentów przez państwo trzecie lub poprawa sytuacji w państwie pochodzenia, pozwalające na bezpieczny powrót), jeżeli zmiana ta prowadzi do „rozsądnych perspektyw wydalenia” zgodnie z art. 15 ust. 4 dyrektywy powrotowej oraz jeżeli zostały spełnione wszystkie pozostałe warunki zastosowania środka detencyjnego określone w art. 15 tej dyrektywy.

14.6. Zastosowanie łagodniejszych środków przymusu po zakończonym okresie stosowania środka detencyjnego

Łagodniejsze środki przymusu, takie jak obowiązek regularnego zgłaszania się do danego organu, wpłacenie odpowiedniej kaucji, dostarczenie dokumentów lub obowiązek przebywania w określonym miejscu, mogą zostać nałożone na tak długi okres i w takim zakresie, w jakim mogą być wciąż uważane za „niezbędny środek” do wykonania obowiązku powrotu. Chociaż nie istnieje bezwzględny maksymalny termin przewidziany na zastosowanie łagodniejszych środków przymusu, ich zakres oraz czas trwania podlega gruntownej ocenie w odniesieniu do ich proporcjonalności.

Ponadto jeżeli charakter i intensywność łagodniejszych środków przymusu przypominają pozbawienie wolności lub równają się pozbawieniu wolności (na przykład nałożenie nieograniczonego obowiązku pobytu w konkretnym obiekcie bez możliwości opuszczenia tego obiektu) należy je uznać *de facto* za przedłużenie stosowania środka detencyjnego; w takim przypadku zastosowanie mają terminy przewidziane w art. 15 ust. 5 i 6 dyrektywy powrotowej.

15. WARUNKI STOSOWANIA ŚRODKA DETENCYJNEGO

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 16

1. Przechowywanie odbywa się z reguły w specjalnych ośrodkach detencyjnych. Jeżeli państwo członkowskie nie może zapewnić obywatelom państw trzecich pobytu w specjalnym ośrodku detencyjnym i zmuszone do wykorzystania w tym celu zakład karny, obywatele państw trzecich, wobec których zastosowano środek detencyjny, przetrzymywani są oddzielnie od zwykłych więźniów.
2. Obywatelom państwa trzeciego umieszczonym w ośrodku detencyjnym należy – na ich wniosek – umożliwić kontakt w odpowiednim czasie z ich pełnomocnikami prawnymi, członkami rodziny i właściwymi organami konsularnymi.
3. Szczególną uwagę poświęca się osobom wymagającym szczególnego traktowania. Zostaje im zapewniona opieka zdrowotna w nagłych wypadkach oraz leczenie chorób w podstawowym zakresie.
4. Odpowiednie i właściwe organizacje i podmioty krajowe, międzynarodowe i pozarządowe mają możliwość wizytowania ośrodków detencyjnych, o których mowa w ust. 1, w zakresie, w jakim służą one do przetrzymywania obywateli państw trzecich zgodnie z niniejszym rozdziałem. Takie wizytacje mogą wymagać zezwolenia.
5. Obywatele państw trzecich umieszczeni w ośrodku detencyjnym są regularnie informowani o zasadach pobytu w obiekcie oraz o swoich prawach i obowiązkach. Informacja ta obejmuje również informację o przysługującym im prawie, zgodnie z prawem krajowym, do kontaktowania się z organizacjami i podmiotami, o których mowa w ust. 4.

15.1. Początkowy areszt policyjny

Początkowy areszt policyjny (zatrzymanie) służący do celów identyfikacji regulują przepisy krajowe: zostało to wyraźnie podkreślone w motywie 17 dyrektywy powrotowej: „bez uszczerbku dla początkowego zatrzymania dokonanego przez organy ścigania, regulowanego przez prawo krajowe, środek detencyjny powinien być stosowany co do zasady

w specjalnym ośrodku detencyjnym”. W motywie wyjaśniono, że w okresie początkowym prawo krajowe może nadal mieć zastosowanie. Chociaż nie stanowi to obowiązku prawnego, zachęca się państwa członkowskie, aby już na tym etapie zapewniły oddzielenie obywateli państw trzecich od zwykłych więźniów.

Okres początkowego zatrzymania, przez który podejrzani migranci o nieuregulowanym statusie mogą być przetrzymywani w areszcie policyjnym: krótki, lecz rozsądny czas służący do celu ustalenia tożsamości osoby kontrolowanej i wyszukania danych pozwalających na ustalenie, czy ta osoba jest nielegalnie przebywającym obywatelem państwa trzeciego – zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-329/11, Achughbadian (pkt 31): „w tym względzie należy zauważyć, że właściwe organy powinny dysponować terminem, z pewnością krótkim, lecz rozsądnym w celu ustalenia tożsamości osoby kontrolowanej oraz wyszukania danych pozwalających na ustalenie, czy ta osoba jest nielegalnie przebywającym obywatelem państwa trzeciego. Ustalenie nazwiska i obywatelstwa może, w braku współpracy ze strony zainteresowanego, okazać się trudne. Badanie, czy pobyt jest nielegalny, również może okazać się złożone, w szczególności jeśli zainteresowany powołuje się na status wnioskującego o udzielenie azylu lub uchodźcy. Mimo to właściwe organy są zobowiązane, aby nie naruszyć przypomnianego w punkcie poprzednim celu dyrektywy 2008/115/WE, prowadzić działania przy zachowaniu staranności i bez zbędnej zwłoki zająć stanowisko w kwestii legalności pobytu danej osoby”. Mimo braku szczegółowych wiązań ram czasowych, Komisja zachęca państwa członkowskie do zapewnienia, aby przeniesienie migrantów o nieuregulowanym statusie do specjalnego ośrodka detencyjnego odbywało się zazwyczaj w ciągu 48 godzin od zatrzymania (wyjątkowo mogą być dopuszczalne dłuższe okresy w przypadku odległych lokalizacji geograficznych).

15.2. Korzystanie ze specjalnych ośrodków jako zasada ogólna

Korzystanie ze specjalnych ośrodków stanowi zasadę ogólną: osoby powracające nie są przestępcami i zasługują na inne traktowanie niż zwykli więźniowie. Korzystanie ze specjalnych ośrodków ma zatem charakter zasady ogólnej przewidzianej w dyrektywie powrotowej. Państwa członkowskie są zobowiązane do przetrzymywania nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich do celów wydalenia w specjalnych ośrodkach detencyjnych, a nie w zwykłych zakładach karnych. Nakłada to na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia dostępności wystarczającej liczby miejsc w specjalnych ośrodkach detencyjnych, a związku z tym dostosowania zdolności detencyjnej do bieżących potrzeb, przy jednoczesnym zapewnieniu odpowiednich warunków materialnych pobytu w ośrodku detencyjnym.

Wyjątki od zasady ogólnej: przewidziane w art. 16 ust. 1 dyrektywy powrotowej odstępstwo, które w wyjątkowych przypadkach umożliwia państwom członkowskim umieszczanie osób, wobec których zastosowano środek detencyjny, przed wydaleniem w zwykłych zakładach karnych, należy interpretować zawężająco. Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie potwierdził to w wyroku w sprawach połączonych C-473/13, Bero, i C-514/13, Bouzalmate⁽¹⁾ (pkt 25): „zdanie drugie [...] art. 16 ust. 1 [...] przewiduje odstępstwo od wspomnianej zasady, które jako takie powinno być interpretowane w sposób ścisły (zob. podobnie wyrok w sprawie C-571/10, Kamberaj, EU:C:2012:233, pkt 86)”. Należy w pełni uwzględnić prawa podstawowe podczas stosowania takiego odstępstwa, zwracając odpowiednią uwagę na elementy takie jak przeludnienie, konieczność unikania wielokrotnego przenoszenia i potencjalny negatywny wpływ na dobrostan osoby powracającej, w szczególności w przypadku osób wymagających szczególnego traktowania.

Nieprzewidywany skokowy wzrost liczby osób, wobec których zastosowano środek detencyjny: z odstępstwa przewidzianego w art. 16 ust. 1 dyrektywy powrotowej można skorzystać w przypadku, gdy spowodowany niemożliwymi do przewidzenia wahaniami ilościowymi związanymi ze zjawiskiem nielegalnej migracji (nieosiągającej jeszcze poziomu „sytuacji nadzwyczajnej”, wyraźnie unormowanej w art. 18 dyrektywy powrotowej) skokowy wzrost liczby osób, wobec których zastosowano środek detencyjny, powoduje problem dotyczący umieszczania tych osób w specjalnych ośrodkach w państwie członkowskim, które w zwykłej sytuacji dysponują odpowiednią/wystarczającą liczbą miejsc w specjalnych ośrodkach.

Agresywne osoby, wobec których zastosowano środek detencyjny: zgodnie ze stosownym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka państwa członkowskie mają obowiązek chronić osoby powracające, wobec których zastosowano środek detencyjny, przed agresywnym lub nieodpowiednim zachowaniem pozostałych osób, wobec których zastosowano środek detencyjny. Zachęca się państwa członkowskie, aby szukały praktycznych sposobów rozwiązania tego problemu w obrębie specjalnych ośrodków i bez uciekania się do umieszczenia w zakładzie karnym. Ewentualne rozwiązania mogą obejmować zarezerwowanie niektórych części/skrzydeł ośrodków detencyjnych dla osób agresywnych lub przeznaczenie specjalnych ośrodków detencyjnych dla tej kategorii osób.

Brak specjalnych ośrodków detencyjnych w danym regionie państwa członkowskiego: brak specjalnych ośrodków detencyjnych w danym regionie państwa członkowskiego – podczas gdy w innej części tego samego państwa członkowskiego takie ośrodki istnieją – nie może sam w sobie uzasadniać pobytu w zwykłym zakładzie karnym. Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie potwierdził to w wyroku w sprawach połączonych C-473/13, Bero, i C-514/13, Bouzalmate (pkt 32): „art. 16 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE należy interpretować w ten sposób, że państwo członkowskie jest co do zasady zobowiązane do zastosowania środka detencyjnego w celu wydalenia obywateli państw trzecich przebywających nielegalnie na jego terytorium poprzez ich umieszczenie w specjalnym ośrodku detencyjnym tego państwa także wtedy, gdy wspomniane państwo członkowskie ma strukturę federalną, a kraj związkowy właściwy na mocy prawa krajowego do zarządzenia i wykonania środka detencyjnego nie posiada takiego ośrodka detencyjnego”.

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 lipca 2014 r. w sprawie C-473/13, Bero, i w sprawie C-514/13, Bouzalmate, ECLI:EU:C:2014:2095.

Krótkie okresy stosowania środka detencyjnego: okoliczność, że środek detencyjny można stosować jedynie przez krótki okres (na przykład przez 7 dni lub krócej) nie stanowi uzasadnionej przesłanki wykorzystywania w tym celu zakładów karnych.

Stosowanie środka detencyjnego w zamkniętych ośrodkach medycznych/psychiatrycznych: w art. 16 ust. 1 dyrektywy powrotowej nie przewidziano umieszczania osób, wobec których zastosowano środek detencyjny przed wydaleniem, w zamkniętych ośrodkach medycznych/psychiatrycznych lub razem z osobami umieszczonymi tam ze względów medycznych i działanie takie byłoby sprzeczne z jego skutecznością, chyba że ze względu na schorzenie i stan zdrowia danej osoby, umieszczenie lub przeniesienie do specjalnego lub dostosowanego ośrodka wydaje się konieczne w celu dostarczenia jej odpowiedniej i ciągłej specjalnej opieki medycznej i nadzoru lekarskiego w celu uniknięcia pogorszenia jej stanu zdrowia.

15.3. Oddzielenie od zwykłych więźniów

Obowiązek oddzielania osób powracających od więźniów stanowi wymóg konieczny: w dyrektywie powrotowej przewidziano bezwarunkowy obowiązek państw członkowskich dotyczący zagwarantowania, by nielegalnie przebywający obywatele państw trzecich byli zawsze przetrzymywani oddzielenie od zwykłych więźniów, jeżeli państwo członkowskie wyjątkowo nie może zapewnić im pobytu w specjalnych ośrodkach detencyjnych.

Byli więźniowie podlegający późniejszemu powrotowi: po odbyciu kary pozbawienia wolności i z chwilą gdy dana osoba powinna co do zasady zostać zwolniona, zastosowanie zaczynają mieć przepisy dotyczące środków detencyjnych w celu wydalenia, w tym wynikające z art. 16 ust. 1 dyrektywy powrotowej zobowiązanie do zapewnienia pobytu w specjalnych ośrodkach detencyjnych. Jeżeli przygotowanie do wydalenia i ewentualnie samo wydalenie mają miejsce w okresie, w którym nadal obowiązuje kara pozbawienia wolności, dana osoba może pozostać w zakładzie karnym, ponieważ jest to okres nadal objęty karą za uprzednio popełnione przestępstwo. Zachęca się państwa członkowskie do rozpoczynania wszystkich procedur niezbędnych do wydalenia dużo wcześniej, gdy dane osoby jeszcze odbywają karę pozbawienia wolności w zakładzie karnym, w celu zapewnienia, by obywatel państwa trzeciego mógł zostać pomyślnie poddany procedurze powrotu najpóźniej w chwili, w której zostanie zwolniony z zakładu karnego.

Agresywne osoby, wobec których zastosowano środek detencyjny: agresywne lub nieodpowiednie zachowanie osób powracających nie uzasadnia przetrzymywania ich razem ze zwykłymi więźniami, chyba że akt agresji kwalifikuje się jako przestępstwo i sąd nałożył związaną z tym czynem karę pozbawienia wolności.

Pojęcie „zwykłych więźniów” obejmuje zarówno więźniów skazanych, jak i osoby tymczasowo aresztowane: znajduje to potwierdzenie w pkt 4. wytycznej nr 10 „Dwudziestu wytycznych w sprawie przymusowych powrotów” Komitetu Ministrów Rady Europy, w których wyraźnie podkreślono, że „osoby zatrzymane, oczekujące na wydalenie z terytorium, nie powinny być zwykle przetrzymywane ze zwykłymi więźniami, skazanymi lub przebywającymi w areszcie”. Osoby, wobec których zastosowano środek detencyjny, należy zatem oddzielić również od osób tymczasowo aresztowanych.

Nie jest możliwe udzielenie przez osobę powracającą zgody na przetrzymywanie razem z więźniami: w wyroku w sprawie C-474/13, Pham ⁽¹⁾ (pkt 21 i 22) Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie potwierdził, co następuje: „[w] tym względzie obowiązek oddzielenia przebywających nielegalnie obywateli państw trzecich od zwykłych więźniów przewidziany w art. 16 ust. 1 zdanie drugie tej dyrektywy nie jest tylko zwykłą regułą techniczną w zakresie umieszczania obywateli państw trzecich w zakładach karnych i stanowi on zasadniczy warunek tego umieszczenia, bez którego dochowania umieszczenie to co do zasady nie byłoby zgodne z tą dyrektywą. Wobec tego państwo członkowskie nie może brać pod uwagę woli zainteresowanego obywatela państwa trzeciego”.

15.4. Materialne warunki pobytu w ośrodku detencyjnym

Dyrektywa powrotowa – art. 16; wytyczne Rady Europy w sprawie przymusowych powrotów, wytyczna 10 („Warunki pobytu w ośrodku detencyjnym poprzedzającego wydalenie”); Normy europejskiego komitetu ds. zapobiegania torturom oraz nota informacyjna w zakresie stosowania środków detencyjnych wobec imigrantów; Europejskie Reguły Więzienne z 2006 r.

W samej dyrektywie powrotowej przewidziano szereg konkretnych gwarancji. Państwa członkowskie są zobowiązane:

- zapewnić opiekę zdrowotną w nagłych wypadkach oraz leczenie chorób w podstawowym zakresie,
- zwracać uwagę na sytuację osób wymagających szczególnego traktowania, co również oznacza, że należy ogólnie zagwarantować należyte uwzględnienie takich elementów, jak wiek, niepełnosprawność oraz zdrowie danej osoby (w tym zdrowie psychiczne),
- informować osoby, wobec których zastosowano środek detencyjny, o zasadach pobytu w obiekcie oraz o ich prawach i obowiązkach. Zaleca się, aby informacji tych udzielać jak najszybciej i nie później niż w ciągu 24 godzin od przybycia tych osób,
- umożliwić osobom, wobec których zastosowano środek detencyjny, kontakt z ich pełnomocnikami prawnymi, członkami rodziny i właściwymi organami konsularnymi,
- umożliwić odpowiednim i właściwym organizacjom i podmiotom krajowym, międzynarodowym i pozarządowym wizytowanie ośrodków detencyjnych. Prawo to należy przyznać bezpośrednio zainteresowanym organom, niezależnie od prośby osoby, wobec której zastosowano środek detencyjny.

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 lipca 2014 r. w sprawie C-474/13, Pham, ECLI:EU:C:2014:2096.

W kwestiach, których nie uregulowano wyraźnie w dyrektywie powrotowej, państwa członkowskie muszą postępować zgodnie z odpowiednimi normami Rady Europy, w szczególności z „normami europejskiego komitetu ds. zapobiegania torturom”: w dyrektywie powrotowej nie uregulowano określonych materialnych warunków pobytu w ośrodku detencyjnym, takich jak wielkość pomieszczeń, dostęp do urządzeń sanitarnych, dostęp do obszarów na otwartej przestrzeni, żywienie. W motywie 17 dyrektywy potwierdzono jednak, że osoby, wobec których zastosowano środek detencyjny, należy traktować w sposób ludzki i godny, z poszanowaniem ich praw podstawowych i zgodnie z prawem międzynarodowym. Ilekroć państwo członkowskie stosuje środki detencyjne w celu wydalenia, musi to się odbywać w warunkach zgodnych z art. 4 Karty praw podstawowych, w którym zakazuje się nieludzkiego lub poniżającego traktowania. Praktyczny wpływ tego obowiązku na państwa członkowskie przedstawiono bardziej szczegółowo w:

- 1) wytycznych Rady Europy w sprawie przymusowych powrotów, wytyczna 10 („warunki zatrzymania w ośrodku detencyjnym poprzedzającego wydalenie”);
- 2) normach ustanowionych przez europejski komitet ds. zapobiegania torturom przy Rady Europy (normy europejskiego komitetu ds. zapobiegania torturom, dokument CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2013; nota informacyjna europejskiego komitetu ds. zapobiegania torturom dotycząca stosowania środków detencyjnych wobec imigrantów, dokument CPT/Inf(2017)3), uwzględniających w szczególności specjalne potrzeby i status migrantów o nieuregulowanym statusie, wobec których zastosowano środek detencyjny;
- 3) Europejskich Regułach Więziennych z 2006 r. (zalecenie Rec(2006)2 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich) stanowiących podstawowe normy minimalne w zakresie wszystkich kwestii nieuwzględnionych we wspomnianych powyżej normach;
- 4) Wzorcowych regułach minimum ONZ postępowania z więźniami (zatwierdzonych przez Radę Gospodarczo-Społeczną w rezolucjach 663 C (XXIV) z dnia 31 lipca 1957 r. oraz 2076 (LXII) z dnia 13 maja 1977 r.).

Normy te stanowią ogólnie przyjęty opis obowiązków związanych ze stosowaniem środka detencyjnego, które państwa członkowskie powinny wypełnić jako absolutne minimum w odniesieniu do każdego przypadku zastosowania środka detencyjnego, aby zapewnić zgodność z zobowiązaniami określonymi w EKPC i zobowiązaniami wynikającymi z Karty praw podstawowych Unii Europejskiej podczas stosowania prawa Unii.

Wytyczna 10 Rady Europy – Warunki zatrzymania w ośrodku detencyjnym poprzedzającego wydalenie

1. Osoby zatrzymane oczekujące na wydalenie należy zwykle jak najszybciej umieścić w obiektach specjalnie wyznaczonych do tego celu, zapewniających warunki materialne i procedury adekwatne do sytuacji prawnej tych osób i zatrudniających odpowiednio wykwalifikowany personel.
 2. W obiektach tych należy zapewnić odpowiednio wyposażone i czyste pomieszczenia, zapewniające wystarczającą przestrzeń życiową przebywającym w nich osobom. Należy ponadto zadbać o właściwe zaprojektowanie i urządzenie pomieszczeń, tak by w największym stopniu unikać skojarzenia ze środowiskiem „więziennym”. Organizowane zajęcia powinny obejmować ćwiczenia na świeżym powietrzu, dostęp do świetlicy z radiem/telewizorem oraz gazetami/magazynami, jak również inne właściwe środki służące rekreacji.
 3. Pracowników tych obiektów należy starannie dobrać i odpowiednio przeszkolić. Zachęca się państwa członkowskie, aby w miarę możliwości zapewniały pracownikom szkolenia, które nie tylko umożliwiłyby im zdobycie interpersonalnych zdolności komunikacyjnych, lecz również pozwoliłyby im zapoznać się z różnymi kulturami osób, wobec których zastosowano środek detencyjny. Najlepiej byłoby, gdyby niektórzy pracownicy posiadali odpowiednie umiejętności językowe oraz byli w stanie rozpoznać ewentualne symptomy reakcji stresowych przejawianych przez osoby zatrzymane i podjąć odpowiednie działania. W razie potrzeby pracownicy powinni móc również korzystać ze wsparcia zewnętrznego, w szczególności ze wsparcia medycznego i socjalnego.
 4. Osób zatrzymanych oczekujących na wydalenie z danego terytorium zazwyczaj nie należy przetrzymywać razem ze zwykłymi więźniami będącymi osobami skazanymi lub aresztowanymi tymczasowo. Mężczyzn i kobiety należy oddzielić od płci przeciwnej, jeśli sobie tego życzą; należy jednakże przestrzegać zasady jedności rodziny, w związku z czym rodziny powinny być odpowiednio zakwaterowane.
 5. Zgodnie z odpowiednimi przepisami krajowymi organy krajowe powinny zapewnić osobom umieszczonym w tych obiektach dostęp do prawników, lekarzy, organizacji pozarządowych, członków ich rodzin oraz UNHCR, a także możliwość komunikacji ze światem zewnętrznym. Ponadto funkcjonowanie tych obiektów powinno być regularnie monitorowane, w tym przez uznane i niezależne organizacje monitorujące.
 6. Osoby zatrzymane mają prawo do składania skarg dotyczących domniemanych przypadków złego traktowania lub niedostatecznej ochrony przed przemocą ze strony innych osób zatrzymanych. Skarżący i świadkowie będą chronieni przed złym traktowaniem lub zastraszaniem będących efektem złożonej przez nich skargi lub dowodów przedstawionych na jej poparcie.
 7. Należy regularnie informować osoby zatrzymane o zasadach pobytu w obiekcie oraz o swoich prawach i obowiązkach. Informacje te powinny być dostępne w językach najczęściej używanych przez osoby zainteresowane, a w razie potrzeby należy skorzystać z usług tłumacza ustnego. Należy informować osoby zatrzymane o przysługującym im prawie do kontaktowania się z wybranym przez nich adwokatem, właściwym przedstawicielstwem dyplomatycznym ich państwa, organizacjami międzynarodowymi, takimi jak Biuro UNHCR i Międzynarodowa Organizacja ds. Migracji (IOM), oraz z organizacjami pozarządowymi. Należy udzielić pomocy w tym zakresie.
-

Normy europejskiego komitetu ds. zapobiegania torturom w zakresie stosowania środków detencyjnych wobec imigrantów – fragmenty

29. (Ośrodki detencyjne). [...] Tego rodzaju ośrodki powinny oczywiście zapewniać zakwaterowanie w odpowiednio wyposażonych i czystych pomieszczeniach, dostarczając wystarczającej przestrzeni życiowej przebywającym tam osobom. Ponadto należy zadbać o właściwe zaprojektowanie i urządzenie pomieszczeń, tak by w największym stopniu unikać kojarzenia ze środowiskiem więziennym. Odnosnie zajęć w ramach stosowanego środka detencyjnego, powinny one obejmować ćwiczenia na świeżym powietrzu, dostęp do świetlicy z radiem/telewizorem oraz gazetami/magazynami, jak również inne właściwe środki służące rekreacji (np. gry planszowe, tenis stołowy). Im dłuższy okres stosowania środka detencyjnego, tym bardziej rozbudowane powinny być zajęcia dla imigrantów.

Zadania personelu w ośrodkach dla imigrantów są szczególnie uciążliwe. Po pierwsze, niewątpliwie pojawiają się trudności komunikacyjne spowodowane barierą językową. Po drugie, wielu osobom przebywającym w ośrodku trudno jest pogodzić się z faktem pozbawienia wolności, skoro nie są podejrzani o popełnienie przestępstwa. Po trzecie, występuje ryzyko napięć pomiędzy imigrantami z różnych narodowości lub grup językowych. Dlatego też komitet przywiązuje najwyższą wagę do starannej rekrutacji i właściwego przeszkolenia personelu pełniącego nadzór w takich ośrodkach. Poza rozwiniętymi umiejętnościami w zakresie komunikacji interpersonalnej, personel w omawianych ośrodkach powinien być zaznajomiony z podłożem kulturowym przebywających tam imigrantów, a przynajmniej część personelu powinna posiadać odpowiednie kwalifikacje językowe. Ponadto personel powinien zostać przeszkolony odnośnie do rozpoznawania ewentualnych symptomów reakcji stresowych (zarówno spowodowanych przeżytym szokiem, jak i powstałych na skutek zmian społeczno-kulturowych) u osób przebywających w ośrodku, a także podejmowania stosownych działań.

79. Warunki zastosowania środka detencyjnego wobec migrantów o nieregulowanym statusie powinny odzwierciedlać charakter ich pozbawienia wolności z ograniczonymi restrykcjami i z różnicowanym trybem aktywności. Na przykład powinni oni mieć zawsze możliwość pozostawania w bliskim kontakcie ze światem zewnętrznym (w tym częste okazje do prowadzenia rozmów telefonicznych i przyjmowania wizyt), a ograniczenie poruszania się w ramach ośrodka, w którym przebywają, powinno być jak najmniej. Nawet jeśli warunki pozbawienia wolności w więzieniu spełniają te wymogi – co z pewnością nie zawsze się zdarza – komitet uważa, że przetrzymywanie migrantów o nieregulowanym statusie w więzieniach jest niewłaściwe ze wskazanych wyżej powodów.

82. Prawo do dostępu do adwokata powinno obejmować prawo do rozmowy z adwokatem na osobności, jak również dostęp do porady prawnej dotyczącej spraw związanych z pobytem, zatrzymaniem i deportacją. Wynika z tego, że jeśli migranci o nieregulowanym statusie nie są w stanie ustanowić dla siebie i opłacić adwokata, powinni mieć możliwość skorzystania z dostępu do bezpłatnej pomocy prawnej.

Ponadto wszystkie nowo przybyłe zatrzymane osoby powinny być szybko zbadane przez lekarza lub w pełni wykwalifikowaną pielęgniarkę podlegającą lekarzowi. Prawo dostępu do lekarza powinno obejmować prawo – jeśli migrant o nieregulowanym statusie tak sobie życzy – do zbadania przez wybranego przez niego lekarza; jednakże w takiej sytuacji należy od niego oczekiwać, że pokryje koszt takiego badania.

Poinformowanie krewnego lub wybranej osoby trzeciej o zastosowaniu środka detencyjnego jest znacznie ułatwione jeśli migranci o nieregulowanym statusie mogą zachować swoje telefony komórkowe w czasie pozbawienia wolności, a przynajmniej mieć do nich dostęp.

90. Ocena stanu zdrowia migrantów o nieregulowanym statusie w czasie pozbawienia ich wolności stanowi podstawowy obowiązek wobec każdego zatrzymanego i wobec grupy migrantów o nieregulowanym statusie. Na zdrowie psychiczne i fizyczne migrantów o nieregulowanym statusie mogą negatywnie wpływać wcześniejsze traumatyczne doświadczenia. Ponadto utrata otoczenia osobistego i kulturowego, do którego byli przyzwyczajeni, i niepewność co do przyszłości mogą prowadzić do pogorszenia się zdrowia psychicznego, w tym do pogłębienia istniejących wcześniej symptomów depresji, napięcia i posttraumatycznych zaburzeń.

91. We wszystkich ośrodkach, w których przebywają migranci o nieregulowanym statusie należy zapewnić, jako minimalny wymóg, codzienną obecność osoby mającej kwalifikacje pielęgniarские. Osoba taka powinna w szczególności dokonywać wstępnego przeglądu stanu zdrowia nowo przybyłych osób (w szczególności pod kątem chorób zakaźnych, w tym gruźlicy), przyjmować prośby o wizyty lekarskie, zapewniać dostarczanie i dystrybucję przepisanych leków, prowadzić dokumentację medyczną i nadzorować ogólny stan higieny.

Europejskie Reguły Więzienne z 2006 r. – fragmenty**Zakwaterowanie**

18.1. Pomieszczenia udostępnione dla więźniów, a w szczególności pomieszczenia przeznaczone do spania są urządzone w sposób respektujący ludzką godność i tak dalece jak to jest możliwe prywatność oraz spełniają wymogi zdrowotne i higieniczne, przy czym właściwą uwagę ę przykłada się do ich warunków klimatycznych oraz w szczególności do powierzchni podłogi, ilości powietrza mierzonego w metrach sześciennych, oświetlenia, ogrzewania oraz wentylacji.

- 18.2. We wszystkich miejscach, w których więźniowie przebywają, pracują lub się zbierają:
- okna są wystarczająco duże, aby więźniowie mogli czytać lub pracować przy świetle naturalnym w zwykłych warunkach oraz by umożliwić dostęp świeżego powietrza, chyba że jest tam odpowiedni system klimatyzacji;
 - sztuczne światło odpowiada uznanym standardom technicznym; oraz
 - system alarmowy umożliwia więźniom bezzwłoczne skontaktowanie się z personelem więzienia.

Higiena

- 19.1. Wszystkie pomieszczenia więzienia utrzymuje się stale w należywym stanie i czystości.
- 19.2. W momencie przyjęcia więźniów do zakładu cele lub inne pomieszczenia, do których są oni kierowani, są czyste.
- 19.3. Więźniowie mają bezpośredni dostęp do pomieszczeń sanitarnych, które są higieniczne i respektują prywatność.
- 19.4. Udostępnia się odpowiednie pomieszczenia, tak aby każdy więzień mógł wykąpać się lub wziąć prysznic w temperaturze stosownej do klimatu, jeśli możliwe codziennie, lecz przynajmniej dwa razy w tygodniu (lub w razie potrzeby częściej) w interesie ogólnej higieny.
- 19.5. Więźniowie mają obowiązek utrzymania ciała, ubrania oraz pomieszczeń przeznaczonych do spania w czystości i porządku.
- 19.6. Władze więzienne wyposażają w tym celu osadzonych w odpowiednie środki w tym w przybory toaletowe i ogólne środki czystości i materiały.
- 19.7. Specjalne przepisy regulują potrzeby sanitarne kobiet.

Odzież i pościel

- 20.1. Więźniowie, którzy nie posiadają własnej odpowiedniej odzieży otrzymują odzież odpowiednią do klimatu.
- 20.2. Odzież taka nie jest ani poniżająca ani upokarzająca.
- 20.3. Całą odzież utrzymuje się w dobrym stanie i zmienia się, kiedy jest to konieczne.
- 20.4. Więźniowie, którzy mają pozwolenie na opuszczanie zakładu nie są zobowiązani do noszenia odzieży identyfikującej ich jako osadzonych.
21. Każdemu więźniowi przydziela się oddzielne łóżko oraz oddzielną i odpowiednią pościel, która utrzymywana jest w dobrym stanie i zmieniana wystarczająco często, aby zapewnić jej czystość.

Wyżywienie

- 22.1. Więźniowie otrzymują pożywienie uwzględniające ich wiek, zdrowie, formę fizyczną, religię, kulturę i rodzaj wykonywanej przez nich pracy.
- 22.2. Prawo krajowe określa wymogi pożywienia, w tym minimalną energię i zawartość protein.
- 22.3. Jedzenie jest przygotowywane i podawane higienicznie.
- 22.4. Dziennie wydawane są trzy posiłki w rozsądnych między nimi przerwach.
- 22.5. Czysta woda pitna jest dostępna więźniom przez cały czas.
- 22.6. Lekarz lub wykwalifikowana pielęgniarka zleci zmianę diety określonego więźnia, jeśli jest to konieczne ze względów medycznych.

System penitencjarny

- 25.1. System jakiegokolwiek rodzaju podlegają więźniowie zapewnia zrównoważony program aktywności.
- 25.2. System ten pozwala więźniom na spędzanie jak największej ilości godzin w ciągu dnia poza ich celą dla zapewnienia właściwego poziomu kontaktów międzyludzkich i społecznych.
- 25.3. System ten zapewnia także potrzeby bytowe więźniów.
- 25.4. Szczególną uwagę poświęca się potrzebom więźniów, którzy doświadczyli wykorzystywania fizycznego, psychicznego lub seksualnego.

Ćwiczenia i rekreacja

- 27.1. Każdy więzień ma możliwość uprawiania ćwiczeń na świeżym powietrzu przez co najmniej jedną godzinę dziennie, jeśli pozwalają na to warunki pogodowe.
- 27.2. Przy złej pogodzie organizowane są inne zajęcia umożliwiające więźniom podjęcie aktywności fizycznej.
- 27.3. Właściwie zorganizowane zajęcia promujące sprawność fizyczną i zapewniające odpowiednie ćwiczenia i możliwości rekreacyjne stanowią integralną część systemu penitencjarnego.
- 27.4. Władze więzienne ułatwiają takie zajęcia zapewniając odpowiednie urządzenia i sprzęt.
- 27.5. Władze więzienne podejmują działania dla zorganizowania specjalnych zajęć dla tych więźniów, którzy ich potrzebują.
- 27.6. Zapewnia się możliwości rekreacji obejmujące sport, gry, zajęcia kulturalne, hobbystyczne i inne zajęcia wypoczynkowe, i na ile to możliwe więźniowie mogą sami je organizować.
- 27.7. Więźniowie mają prawo przebywać ze sobą w czasie ćwiczeń oraz w celu uczestniczenia w zajęciach rekreacyjnych.

Wolność myśli, sumienia i wyznania

- 29.1. Wolność myśli, sumienia i wyznania więźniów jest szanowana.
- 29.2. System penitencjarny na tyle, na ile to możliwe, jest zorganizowany w sposób, który pozwala więźniom na praktykowanie ich religii i wiary, uczestniczenie w obrządkach religijnych lub spotkaniach prowadzonych przez zaaprobowanych przedstawicieli tych religii lub wiary, przyjmowanie prywatnych wizyt składanych przez przedstawicieli takich religii i wierzeń oraz posiadanie książek lub literatury związanych z ich religią lub wiarą.
- 29.3. Więźniowie nie mogą być zmuszani do praktykowania religii lub wiary, uczestniczenia w religijnych obrządkach lub spotkaniach, brania udziału w religijnych praktykach lub przyjmowania wizyt składanych przez przedstawicieli jakiegokolwiek religii i wyznania.

Mniejszości etniczne lub językowe

- 38.1. Specjalne działania podejmuje się, by wyjść naprzeciw potrzebom więźniów, którzy należą do mniejszości językowych i etnicznych.
- 38.2. Na ile to możliwe zezwala się na kontynuowanie w zakładzie karnym kulturowych praktyk różnych grup.
- 38.3. Potrzeby językowe zaspokaja się korzystając z usług kompetentnych tłumaczy oraz poprzez zapewnianie materiałów pisemnych w rozmaitych językach używanych w określonym zakładzie.

Opieka zdrowotna.

- 40.3. Więźniowie mają dostęp do służby zdrowia dostępnej w kraju bez dyskryminacji ze względu na ich sytuację prawną.
- 40.4. Służba zdrowia w zakładzie diagnozuje i leczy choroby fizyczne lub psychiczne, lub upośledzenia, na które mogą cierpieć więźniowie.
- 40.5. Zapewnia się więźniom w tym celu wszystkie potrzebne usługi medyczne, chirurgiczne i psychiatryczne, włącznie z tymi, które są dostępne społeczeństwu na wolności.

Personel medyczny i pielęgniarstwo

- 41.1. Każdy więzień ma możliwość korzystania z usług co najmniej jednego wykwalifikowanego lekarza pierwszego kontaktu.
- 41.2. Podejmowane są działania, aby przez cały czas, w razie nagłej potrzeby, zapewnić bezzwłoczny dostęp do wykwalifikowanego lekarza.
- 41.3. W przypadku gdy zakład karny nie zatrudnia lekarza na cały etat, lekarz zatrudniony na część etatu dyżuruje regularnie.
- 41.4. Każdy zakład karny dysponuje personelem odpowiednio przeszkolonym w zakresie opieki zdrowotnej.
- 41.5. Każdy więzień ma dostęp do wykwalifikowanego lekarza dentysty i okulisty.

Obowiązki lekarza

- 42.1. Lekarz lub wykwalifikowana podlegająca mu pielęgniarka przyjmuje każdego więźnia niezwłocznie po jego przyjęciu i bada go, chyba że ewidentnie nie jest to konieczne.
- 42.2. Lekarz lub wykwalifikowana podlegająca mu pielęgniarka bada więźnia, na jego prośbę, przy zwolnieniu a w innym przypadku bada więźnia ilekroć jest to konieczne.
- 42.3. Badając więźnia lekarz lub wykwalifikowana pielęgniarka mu podlegająca zwraca szczególną uwagę na:
 - a. przestrzeganie ogólnych zasad tajemnicy lekarskiej;
 - b. diagnozowanie chorób fizycznych i psychicznych i podejmowanie wszystkich potrzebnych działań na rzecz ich leczenia oraz dla kontynuowania trwającego leczenia;
 - c. rejestrowanie i przekazywanie odpowiednim władzom informacji na temat jakichkolwiek oznak wskazujących, iż stosowano wobec więźniów przemoc;
 - d. obecność objawów wycofania wynikających z używania narkotyków, leków lub alkoholu;
 - e. identyfikację jakiegokolwiek psychologicznego lub innego stresu spowodowanego faktem pozbawienia wolności;
 - f. izolację na czas infekcji więźniów podejrzewanych o stan zakaźny oraz zapewnianie im odpowiedniej kuracji;
 - g. zapewnienie, że osoby z wirusem HIV nie są izolowane jedynie z tego względu;
 - h. zauważanie upośledzeń fizycznych i psychicznych, które mogą utrudniać adaptację po zwolnieniu;
 - i. określanie zdolności każdego więźnia do pracy i aktywności fizycznej; oraz
 - j. podejmowanie działań z lokalnymi służbami dla zapewnienia kontynuacji jakiegokolwiek potrzebnego leczenia medycznego i psychiatrycznego po zwolnieniu, jeśli więźniowie wyrażają na to zgodę.

Zapewnienie opieki zdrowotnej

- 46.1. Chorzy więźniowie, którzy wymagają specjalistycznego leczenia, przenoszeni są do specjalistycznych instytucji lub państwowych szpitali, jeśli taka kuracja nie jest dostępna w zakładzie karnym.
- 46.2. W sytuacji, gdy zakład karny posiada pomieszczenia szpitalne, należy zadbać o odpowiednią kadre i wyposażenie, tak by zapewnić skierowanym do nich więźniom właściwą opiekę i leczenie.

16. STOSOWANIE ŚRODKA DETENCYJNEGO WOBEC MAŁOLETNIICH I RODZIN

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 17

1. Małoletni bez opieki oraz rodziny z małoletnimi umieszczane są w ośrodku detencyjnym jedynie w ostateczności i na jak najkrótszy odpowiedni okres czasu.
2. Rodzinom oczekującym w ośrodku detencyjnym na wydalenie zapewnia się pobyt w oddzielnych pomieszczeniach gwarantujących odpowiedni poziom prywatności.
3. Małoletni przebywający w ośrodku detencyjnym mają możliwość uczestniczenia w wolnym czasie w zajęciach, w tym w grach, zabawach i zajęciach rekreacyjnych odpowiednich do ich wieku oraz, w zależności od długości ich pobytu, mają dostęp do edukacji.
4. Małoletnim bez opieki zapewnia się zakwaterowanie w placówkach dysponujących personelem i wyposażeniem przystosowanym do potrzeb osób w tym wieku.
5. Dobro dziecka jest kwestią nadrzędną w ramach pobytu małoletnich w ośrodku detencyjnym w oczekiwaniu na wydalenie.

Możliwość zastosowania środka detencyjnego w celu wydalenia wobec małoletnich bez opieki oraz rodzin z małoletnimi dopuszcza się w dyrektywie powrotowej w ostateczności i na możliwie najkrótszy odpowiedni okres czasu oraz pod warunkiem należytego poszanowania szczególnych gwarancji.

Oprócz gwarancji ustanowionych w art. 17 dyrektywy powrotowej należy przestrzegać zasad określonych w art. 15 tej dyrektywy mających zastosowanie do ogólnych reguł regulujących stosowanie środka detencyjnego, które stanowią w szczególności, że środek detencyjny należy stosować wyłącznie w ostateczności, że musi być dostępny realny zakres skutecznych środków alternatywnych dla środka detencyjnego oraz że należy dokonać indywidualnej oceny każdego przypadku (zob. sekcja 14). W kontekście stosowania środka detencyjnego wobec małoletnich i rodzin kwestię nadrzędną zawsze musi stanowić dobro dziecka, przy czym zachęca się państwa członkowskie do angażowania organów zajmujących się ochroną dziecka we wszystkie sprawy związane ze stosowaniem środka detencyjnego, a jeżeli istnieją podstawy zastosowania środka detencyjnego, należy dołożyć wszelkich starań w celu zapewnienia dostępności i osiągalności realnego zakresu skutecznych środków alternatywnych dla środka detencyjnego stosowanych wobec małoletnich (zarówno pozostających bez opieki, jak i pod opieką rodzin).

UNHCR ⁽¹⁾ i FRA ⁽²⁾ zapewniają pewne przykłady dobrych praktyk w odniesieniu do środków alternatywnych dla środka detencyjnego stosowanego wobec małoletnich bez opieki oraz rodzin z dziećmi.

Komisja zaleca, by przepisy krajowe nie wykluczały możliwości zastosowania środka detencyjnego wobec małoletnich, jeżeli jest to bezwzględnie konieczne w celu zapewnienia wykonania ostatecznej decyzji nakazującej powrót, oraz w zakresie, w jakim w konkretnym przypadku nie można zastosować łagodniejszych środków przymusu.

Treść art. 17 dyrektywy powrotowej ściśle odpowiada treści Wytycznej 11 Rady Europy – „Dzieci i rodziny”. Dalsze konkretne wskazówki znajdują się w komentarzu do tych wytycznych:

Wytyczna 11 Rady Europy – Dzieci i rodziny

Komentarz

1. Ustępy 1, 3 i 5 niniejszych wytycznych wywodzą się z odpowiednich przepisów Konwencji o prawach dziecka, przyjętej i oczekującej na podpisanie, ratyfikację i przystąpienia w drodze rezolucji Zgromadzenia Ogólnego nr 44/25 z dnia 20 listopada 1989 r. i ratyfikowanej przez wszystkie państwa członkowskie Rady Europy. W odniesieniu do ust. 2 należy przypomnieć, że prawo do poszanowania życia rodzinnego przyznane na mocy art. 8 EKPC obowiązuje również w przypadku zatrzymania.
2. W odniesieniu do pozbawiania wolności dzieci, w art. 37 Konwencji o prawach dziecka przewiduje się między innymi, że „aresztowanie, zatrzymanie lub uwięzienie dziecka powinno być zgodne z prawem i może być zastosowane jedynie jako środek ostateczny i na właściwy, możliwie najkrótszy czas” (art. 37 lit. b). Zgodnie z art. 20 ust. 1 wspomnianej konwencji „dziecko pozbawione czasowo lub na stałe swego środowiska rodzinnego lub w przypadku, gdy ze względu na swoje dobro nie może pozostawać w tym środowisku, będzie miało prawo do specjalnej ochrony i pomocy ze strony państwa”.
3. Wzorowano się również na pkt 38 Reguł ONZ w dziedzinie ochrony osób nieletnich pozbawionych wolności, przyjętych w drodze rezolucji Zgromadzenia Ogólnego nr 45/113 z dnia 14 grudnia 1990 r., który ma zastosowanie w odniesieniu do wszelkiego pozbawienia wolności, rozumianego jako „jakakolwiek forma środka detencyjnego lub pozbawienia wolności lub umieszczenia osoby w publicznym lub prywatnym miejscu odosobnienia, którego osobie tej nie wolno z własnej woli opuszczać, na mocy polecenia władzy sądowej, administracyjnej lub innej” (pkt 11 lit. b)). W myśl pkt 38: „Każda osoba małoletnia lub w wieku podlegającym obowiązkowi szkolnemu ma prawo do kształcenia dostosowanego do swoich potrzeb i możliwości, mającego na celu przygotowanie tej osoby do powrotu do społeczeństwa. Kształcenie takie powinno być prowadzone poza ośrodkiem detencyjnym w szkołach społecznych wszędzie tam, gdzie jest to możliwe, oraz, w każdym przypadku przez wykwalifikowanych nauczycieli w ramach programów zintegrowanych z systemem edukacyjnym kraju, tak aby po zwolnieniu osoby małoletnie mogły kontynuować naukę bez żadnych trudności. Administracja ośrodków detencyjnych powinna poświęcić szczególną uwagę edukacji osób młodocianych obcego pochodzenia lub mających szczególne potrzeby kulturowe lub etniczne. Osoby młodociane, które są analfabetami lub mają problemy poznawcze bądź trudności z uczeniem się powinny mieć prawo do kształcenia specjalnego”.
4. Ostatni ustęp odzwierciedla zasadę przewodnią Konwencji o prawach dziecka, której art. 3 ust. 1 stanowi, że „we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka”. Zwykle zasada ta ma zastosowanie również w odniesieniu do decyzji dotyczących przetrzymywania dzieci, którym grozi wydalenie z terytorium.

⁽¹⁾ UNHCR, Options paper 1: Options for governments on care arrangements and alternatives to detention for children and families, 2015 r., dokument dostępny pod adresem: <http://www.unhcr.org/553f58509.pdf>

⁽²⁾ Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017 r., dokument dostępny pod adresem: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-immigration-detention-children_en.pdf

W odniesieniu do stosowania środka detencyjnego dzieci w normach europejskiego komitetu ds. zapobiegania torturom przewidziano następujące zasady, których państwa członkowskie muszą przestrzegać we wszystkich wypadkach, w których stosują one – w drodze wyjątku i w ostateczności – środek detencyjny:

Normy europejskiego komitetu ds. zapobiegania torturom w zakresie stosowania środka detencyjnego wobec małoletnich – fragmenty

97. Komitet uważa, że należy podjąć wszelkie starania, by uniknąć pozbawienia wolności migranta o nieregulowanym statusie, który jest małoletni. Zgodnie z zasadą „interesu dziecka”, jak jest ona sformułowana w Artykule 3 Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach dziecka, umieszczanie dzieci w ośrodkach detencyjnych, w tym dzieci bez opieki i oddzielonych od opiekunów, jest rzadko usprawiedliwione i w opinii Komitetu, z pewnością nie może być uzasadnione wyłącznie brakiem statusu rezydenta. Jeśli wyjątkowo dziecko zostaje umieszczone w ośrodku detencyjnym, pozbawienie wolności powinno trwać przez możliwie najkrótszy czas; powinno się podjąć wszelkie wysiłki, by umożliwić natychmiastowe zwolnienie z ośrodka detencyjnego dziecka bez opieki, bądź dziecka oddzielonego od bliskich i umieścić je w odpowiedniejszym miejscu. Ponadto, z powodu wrażliwej natury dziecka, gdy jest ono pozbawione wolności, powinny być zastosowane dodatkowe gwarancje w szczególności w takich przypadkach, gdy dzieci są oddzielone od swoich rodziców, czy opiekunów, bądź są bez opieki, bez rodziców, opiekunów, czy krewnych.
98. Jak szybko to możliwe, gdy władze dowiedzą się o obecności dziecka w ośrodku detencyjnym odpowiednio wykwalifikowana osoba powinna przeprowadzić z nim wstępną rozmowę w języku, który dziecko rozumie. Należy ocenić szczególnie wrażliwe sfery dziecka, w tym z punktu widzenia jego wieku, zdrowia, czynników psychosocjalnych i innych potrzeb ochrony, w tym tych wynikających z przemocy, handlu ludźmi, czy traumy. Pozbawione wolności dzieci bez opieki lub dzieci oddzielone od bliskich powinny mieć szybko zapewnioną darmową pomoc prawną i inną właściwą pomoc, w tym ustanowienie kuratora, czy przedstawiciela prawnego. Powinny też zostać wprowadzone mechanizmy kontrolne w celu monitorowania na bieżąco jakości kurateli.
99. Należy podjąć kroki, by zapewnić regularną obecność i indywidualny kontakt z pracownikiem opieki społecznej i psychologiem w ośrodkach detencyjnych, w których przebywają dzieci. Personel mieszany pod względem płci to kolejna gwarancja zapobiegania złemu traktowaniu; obecność personelu zarówno żeńskiego, jak i męskiego może mieć dobroczynny wpływ na nastrój panujący w ośrodku detencyjnym i stworzyć pewien stopień normalności. Dzieciom pozbawionym wolności należy zaoferować szeroki zakres konstruktywnych zajęć (szczególny nacisk należy położyć na umożliwienie im kontynuowania edukacji).
100. W celu ograniczenia ryzyka wykorzystywania dzieci należy poczynić pewne szczególne starania i zapewnić, by kwatery mieszkalne były dla nich odpowiednie, na przykład, poprzez oddzielenie ich od dorosłych, chyba że nie leży to w interesie dziecka. Taka sytuacja będzie miała miejsce, przykładowo, gdy dzieci będą ze swoimi rodzicami, czy innymi bliskimi krewnymi. W takim wypadku, należy poczynić wszelkie wysiłki, by uniknąć rozdzielenia rodziny.
131. Skuteczne zażalenia i procedury inspekcyjne są podstawowymi gwarancjami przeciwko złemu traktowaniu w ośrodkach dla nieletnich. Osoby nieletnie (jak również ich rodzice lub przedstawiciele prawni) powinny mieć możliwość złożenia zażalenia zarówno w ramach, jak i poza systemem administracyjnym danego ośrodka; ponadto osoby nieletnie powinny być upoważnione do poufnego kontaktowania się z właściwą władzą. Procedura składania zażeń powinna być prosta, efektywna i przyjazna dziecku, zwłaszcza w odniesieniu do używanego języka. Osoby nieletnie (jak również ich rodzice lub przedstawiciele prawni) powinny być uprawnione do zasięgnięcia porady prawnej w sprawach skarg i do skorzystania z bezpłatnej pomocy prawnej, gdy wymagają tego interesy wymiaru sprawiedliwości.
132. Komitet przywiązuje także szczególne znaczenie do regularnych wizytacji ośrodków dla nieletnich przez niezależne organy, takie jak komitet wizytacyjny, sędzia, rzecznik praw dziecka lub krajowy mechanizm prewencji (ustanowiony na mocy Protokołu fakultatywnego do Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania – OPCAT) uprawnionych do przyjmowania – i ewentualnego podejmowania dalszych kroków – zażeń osób nieletnich lub zażeń złożonych przez ich rodziców lub przedstawicieli prawnych, a także dokonywania inspekcji warunków zakwaterowania i pomieszczeń, aby ocenić, czy ośrodki te funkcjonują zgodnie z wymogami prawa krajowego i odpowiednich standardów międzynarodowych. Członkowie organu kontrolnego powinni być proaktywni i wchodzić w bezpośredni kontakt z osobami nieletnimi, włącznie z prowadzeniem rozmów osadzonymi na osobności.

17. SYTUACJE NADZWYCZAJNE

Podstawa prawna: Dyrektywa powrotowa – art. 18

1. W sytuacjach gdy wyjątkowo duża liczba obywateli państw trzecich podlegających zobowiązaniu do powrotu w sposób nieprzewidziany znacząco obciąża ośrodki detencyjne państwa członkowskiego lub jego personel administracyjny lub sądowy, to państwo członkowskie może, na czas trwania tej wyjątkowej sytuacji, postanowić o dopuszczeniu dłuższych terminów kontroli sądowej niż przewidziane w art. 15 ust. 2 akapit trzeci, oraz podjąć pilne działania w odniesieniu do warunków pobytu w ośrodku detencyjnym, odbiegające od tych przewidzianych w art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2.

2. Jeżeli państwo członkowskie podejmuje tego typu wyjątkowe środki, informuje o tym Komisję. Informuje również Komisję gdy tylko ustały powody zastosowania tych wyjątkowych środków.
3. Przepisy niniejszego artykułu nie mogą być interpretowane jako zezwolenie na odstępstwo od ciążącego na nich ogólnego obowiązku podjęcia wszelkich właściwych środków, ogólnych lub szczególnych, aby zapewnić wypełnienie ich obowiązków wynikających z niniejszej dyrektywy.

Zakres możliwych odstępstw ograniczony do trzech przepisów: w art. 18 przewidziano, że państwa członkowskie mogą zrezygnować ze stosowania trzech przepisów dyrektywy związanych z zastosowaniem środka detencyjnego – (i) obowiązku zapewnienia szybkiej wstępnej kontroli sądowej w związku z zastosowaniem środka detencyjnego; (ii) obowiązku umieszczania jedynie w wyspecjalizowanych ośrodkach; oraz (iii) obowiązku zapewnienia oddzielnych pomieszczeń gwarantujących odpowiedni poziom prywatności rodzinom – w sytuacjach nadzwyczajnych związanych z nagłym przybyciem dużej liczby migrantów o nieuregulowanym statusie. Odstępstwa od innych przepisów dyrektywy powrotowej nie są możliwe.

Transpozycja do prawa krajowego jest warunkiem wstępnym ewentualnego zastosowania klauzuli nadzwyczajnej: w art. 18 określono i ograniczono okoliczności, jak również zakres możliwych odstępstw i obowiązki informacyjne względem Komisji. Jeżeli państwo członkowskie pragnie skorzystać z możliwości stosowania klauzuli ochronnej w sytuacjach nadzwyczajnych, musi wcześniej właściwie ją transponować⁽¹⁾ – jako możliwość i zgodnie z kryteriami określonymi w art. 18 – do przepisów krajowych. Uwaga: w przeciwieństwie do klauzul ochronnych zawartych w rozporządzeniach (na przykład klauzul zawartych w kodeksie granicznym Schengen związanych z przywróceniem kontroli na granicach wewnętrznych) klauzule ochronne zawarte w dyrektywach należy transponować do prawa krajowego, zanim można je będzie stosować.

Państwa członkowskie muszą informować Komisję o stosowaniu tych środków oraz o tym, kiedy przestają one obowiązywać. Tego rodzaju informacje należy przekazać za pośrednictwem zwykle wykorzystywanych oficjalnych kanałów, tzn. za pośrednictwem Stałego Przedstawicielstwa, do Sekretariatu Generalnego Komisji Europejskiej.

18. TRANSPOZYCJA, INTERPRETACJI I USTALENIA PRZEJŚCIOWE

Bezpośredni skutek dyrektywy powrotowej w przypadku niewystarczającej lub opóźnionej transpozycji: zgodnie z doktryną opracowaną przez ETS przepisy dyrektywy, w których przyznaje się prawa jednostkom i które są wystarczająco jasne i bezwarunkowe, zaczynają bezpośrednio obowiązywać od dnia upływu terminu wdrożenia dyrektywy. Wiele przepisów dyrektywy powrotowej spełnia te wymogi i muszą one być bezpośrednio stosowane przez krajowe organy administracyjne i sądowe w tych przypadkach, w których państwa członkowskie nie dokonały transpozycji niektórych przepisów dyrektywy (lub ich transpozycja była niewystarczająca). Odnosi się to przede wszystkim do przepisów związanych z:

- poszanowaniem zasady *non-refoulement* (art. 5 i 9 dyrektywy powrotowej),
- wymogiem, aby osobom, które mają zostać poddane procedurze powrotu, zapewnić odpowiedni termin dobrowolnego wyjazdu, który wynosi od siedmiu do trzydziestu dni (art. 7 dyrektywy powrotowej),
- ograniczeniem stosowania środków przymusu w związku z przymusowymi powrotami (art. 8 dyrektywy powrotowej),
- prawem małoletnich bez opieki, którzy podlegają procedurom powrotu, do otrzymywania pomocy ze strony właściwych organów innych niż organy nakazujące powrót, oraz nałożonym na państwa członkowskie obowiązkiem dopilnowania, aby małoletnich bez opieki przekazywano jedynie członkowi ich rodziny, wyznaczonemu opiekunowi lub odpowiednim ośrodkom przyjmującym w państwie powrotu (art. 10 dyrektywy powrotowej),
- ograniczeniami dotyczącymi czasu trwania zakazów wjazdu i potrzebą zindywidualizowanego badania poszczególnych przypadków (art. 11 dyrektywy powrotowej) – co wyraźnie potwierdził Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie C-297/12, *Filev i Osmani* (pkt 55),
- gwarancjami proceduralnymi, w tym prawem do pisemnej uzasadnionej decyzji nakazującej powrót, jak również prawem do skutecznego środka odwoławczego i dostępem do pomocy prawnej i językowej (art. 12 i 13 dyrektywy powrotowej),
- ograniczeniami dotyczącymi stosowania środka detencyjnego i maksymalnego czasu ich stosowania (art. 15 dyrektywy powrotowej) oraz prawem do ludzkiego traktowania i godnych warunków pobytu w ośrodku detencyjnym (art. 16 dyrektywy powrotowej) – co wyraźnie potwierdził Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie C-61/11, *El Dridi* (pkt 46 i 47),
- ograniczenia i szczególne gwarancje dotyczące stosowania środka detencyjnego wobec małoletnich i rodzin (art. 17 dyrektywy powrotowej).

⁽¹⁾ Jeżeli chodzi o szczególną sytuację Szwajcarii, Norwegii, Islandii i Liechtensteinu: zob. powiązany przypis w sekcji 2 powyżej.

Odesłania prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości: w art. 267 TFUE nadano Trybunałowi Sprawiedliwości właściwość do orzekania w trybie prejudycjalnym o wykładni i ważności dyrektywy powrotowej. W przypadku gdy podnosi się kwestię przed sądem lub trybunałem jednego z państw członkowskich, jeżeli sąd lub trybunał uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku *może*, zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o rozpatrzenie tej kwestii. W przypadku gdy kwestię podnosi się w sprawie toczącej się przed sądem krajowym lub trybunałem państwa członkowskiego, wobec którego nie można zastosować środka zaskarżenia na mocy prawa krajowego, sąd lub trybunał *jest zobowiązany* do wniesienia sprawy do Trybunału. Jeżeli taką kwestię podnosi się w sprawie toczącej się przed sądem lub trybunałem krajowym w odniesieniu do osoby wobec których zastosowano środek detencyjny, Trybunał Sprawiedliwości działa w przyspieszonym trybie pilnym. Odesłania prejudycjalne odgrywały już ważną rolę w zagwarantowaniu jednolitej wykładni kilku kluczowych przepisów dyrektywy powrotowej.

Członków sądów lub trybunałów w państwach członkowskich zachęca się do dalszego korzystania z odesłań prejudycjalnych i zwracania się o autentyczną wykładnię do Trybunału Sprawiedliwości, ilekroć wydaje się to niezbędne.

Ustalenia przejściowe w sprawie przypadków/procedur odnoszących się do okresów przed dniem 24 grudnia 2010 r.: państwa członkowskie muszą się upewnić, że wszystkie osoby objęte zakresem stosowania dyrektywy korzystają z gwarancji materialnych i praw przyznanych w dyrektywie od dnia 24 grudnia 2010 r. (od dnia przystąpienia w przypadku nowych państw członkowskich). Chociaż dalsze stosowanie krajowych procedur powrotu rozpoczętych zgodnie z wcześniej transponowanymi przepisami krajowymi może być uzasadnione, to nie może ono podważać w istocie praw przyznanych na mocy tej dyrektywy, przykładowo takich jak ograniczenia dotyczące stosowania środka detencyjnego i środków przymusu, gwarancje proceduralne, w tym prawo do pisemnej decyzji i do wniesienia skargi, priorytet w odniesieniu do dobrowolnego wyjazdu w odniesieniu do wszelkich powrotów, których nie wykonano przed dniem 24 grudnia 2010 r., należy wydać pisemną decyzję nakazującą powrót zgodnie z warunkami określonymi w art. 12 dyrektywy, a zgodnie z art. 13 dyrektywy od tej decyzji przysługuje skuteczny środek odwoławczy.

Wcześniejsze zakazy wjazdu wydane przed dniem 24 grudnia 2010 r. należy dostosować do wymogów dyrektywy powrotowej (zob. sekcja 11.9). Okresy stosowania środka detencyjnego, które dobiegły końca, zanim zaczęły obowiązywać przepisy zawarte w dyrektywie powrotowej, należy uwzględnić przy obliczaniu łącznego maksymalnego okresu przewidzianego na mocy dyrektywy powrotowej (zob. sekcja 14.4.2).

Wprowadzenie odstępstwa od zakresu na późniejszym etapie (po 2010 r.): państwa członkowskie mogą podjąć decyzję o stosowaniu odstępstwa przewidzianego w art. 2 („przypadki graniczne” i przypadki objęte prawem karnym) na późniejszym etapie. Powyższa zmiana w przepisach krajowych nie może mieć niekorzystnych skutków w odniesieniu do tych osób, które były już w stanie skorzystać ze skutków dyrektywy powrotowej (zob. sekcja 2).

19. ŹRÓDŁA I DOKUMENTY REFERENCYJNE

Niniejszy podręcznik oparty jest na następujących źródłach:

1. Zebrane protokoły grupy kontaktowej ds. dyrektywy powrotowej.
2. Fragmenty odpowiednich spraw rozpatrywanych przez Trybunału Sprawiedliwości (słowa kluczowe i nazwa zainteresowanego państwa członkowskiego w nawiasach):
 - wyrok z dnia 30 listopada 2009 r. w sprawie C-357/09 PPU, Kadzoev, ECLI:EU:C:2009:741 (środek detencyjny, powody przedłużenia stosowania środka detencyjnego; związek ze środkiem detencyjnym związanym z polityką azylową – BG)
 - wyrok z dnia 28 kwietnia 2011 r. w sprawie C-61/11 PPU, El Dridi, ECLI:EU:C:2011:268 (kryminalizacja, penalizacja nielegalnego pobytu karą pozbawienia wolności – IT)
 - wyrok z dnia 6 grudnia 2011 r. w sprawie C-329/11, Achughbabian, ECLI:EU:C:2011:807 (kryminalizacja, penalizacja nielegalnego pobytu karą pozbawienia wolności – FR)
 - wyrok z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie C-430/11, Sagor, ECLI:EU:C:2012:777 (kryminalizacja, penalizacja nielegalnego pobytu karą grzywny; nakaz wydalenia; areszt domowy – IT)
 - postanowienie z 21 marca 2013 r. w sprawie C-522/11, Mbaye, ECLI:EU:C:2013:190 (kryminalizacja nielegalnego pobytu – IT)
 - wyrok z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie C-534/11, Arslan, ECLI:EU:C:2013:343 (powrót a zastosowanie środka detencyjnego związanego z azylem – CZ)
 - wyrok z dnia 10 września 2013 r. w sprawie C-383/13 PPU, G. i R., ECLI:EU:C:2013:533 (prawo do bycia wysłuchanym przed przedłużenia zastosowania środka detencyjnego – NL)
 - wyrok z dnia 19 września 2013 r. w sprawie C-297/12, Filev i Osmani, ECLI:EU:C:2013:569 (zakazy wjazdu, konieczność określenia czasu trwania z urzędu; wcześniejsze zakazy wjazdu – DE)

- wyrok z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie C-146/14 PPU, Mahdi, ECLI:EU:C:2014:1320 (środek detencyjny, powody przedłużenia i nadzoru sądowego – BG)
- wyrok z dnia 3 lipca 2014 r. w sprawie C-189/13, Da Silva, ECLI:EU:C:2014:2043 (kryminalizacja, nielegalny wjazd – FR)
- wyrok z dnia 17 lipca 2014 r. w sprawach połączonych C-473/13, Bero, i C-514/13, Bouzalmate, ECLI:EU:C:2014:2095 (warunki pobytu w ośrodku detencyjnym, obowiązek zapewnienia wyspecjalizowanych ośrodków – DE)
- wyrok z dnia 17 lipca 2014 r. w sprawie C-474/13, Pham, ECLI:EU:C:2014:2096 (warunki pobytu w ośrodku detencyjnym – DE)
- wyrok z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C-166/13, Makarubega, ECLI:EU:C:2014:2336 (prawo do bycia wysłuchanym przed wydaniem decyzji nakazującej powrót – FR)
- wyrok z dnia 11 grudnia 2014 r. w sprawie C-249/13, Boudjlida, ECLI:EU:C:2014:2431 (prawo do bycia wysłuchanym przed wydaniem decyzji nakazującej powrót – FR)
- wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-562/13, Abdida, ECLI:EU:C:2014:2453 (prawa na czas wstrzymanego powrotu – BE)
- wyrok z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie C-38/14, Zaizoune, ECLI:EU:C:2015:260 (obowiązek wydania decyzji nakazującej powrót – ES)
- wyrok z dnia 11 czerwca 2015 r. w sprawie C-554/13, Zh. i O., ECLI:EU:C:2015:377 (kryteria określania terminu dobrowolnego wyjazdu – NL)
- wyrok z dnia 1 października 2015 r. w sprawie C-290/14, Skerdjan Celaj, ECLI:EU:C:2015:640 (kryminalizacja nieprzestrzegania zakazu wjazdu – IT)
- wyrok z dnia 15 lutego 2016 r. w sprawie C-601/15 PPU, J.N., ECLI:EU:C:2016:84 (wykonanie decyzji nakazującej powrót po odrzuceniu wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej – NL)
- wyrok z dnia 7 czerwca 2016 r. w sprawie C-47/15, Affum, ECLI:EU:C:2016:408 (definicja nielegalnego pobytu, kryminalizacja, nielegalny wjazd – FR)
- wyrok z dnia 15 marca 2017 r. w sprawie C-528/15, Al Chodor i in., ECLI:EU:C:2017:213 (definicja ryzyka ucieczki w procedurach dublińskich – CZ)
- wyrok z dnia 26 lipca 2017 r. w sprawie C-225/16, Ouhrani, ECLI:EU:C:2017:590 (data ważności zakazu wjazdu – NL).

3. Dorobek prawny UE w dziedzinie powrotów:

- dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich
- dyrektywa Rady nr 2001/40/WE z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie wzajemnego uznawania decyzji o wydalaniu obywateli państw trzecich
- dyrektywa Rady 2003/110/WE z dnia 25 listopada 2003 r. w sprawie pomocy w przypadkach tranzytu do celów deportacji drogą powietrzną
- decyzja Rady 2004/191/WE z dnia 23 lutego 2004 r. określająca kryteria oraz uzgodnienia praktyczne dotyczące rekompensaty dysproporcji finansowych wynikających ze stosowania dyrektywy 2001/40/WE
- decyzja Rady 2004/573/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie organizacji wspólnych lotów w celu deportacji, z terytoriów dwóch lub większej liczby państw członkowskich, obywateli państw trzecich, którzy podlegają indywidualnym nakazom deportacji
- rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1624 z dnia 14 września 2016 r. w sprawie Europejskiej Straży Granicznej i Przybrzeżnej oraz zmieniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/399 i uchylające rozporządzenie (WE) nr 863/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady, rozporządzenie Rady (WE) nr 2007/2004 i decyzję Rady 2005/267/WE
- zalecenie Komisji z dnia 7 marca 2017 r. w sprawie zapewnienia większej skuteczności powrotów przy wdrażaniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE, C(2017) 1600
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 kwietnia 2017 r., „Ochrona migrujących dzieci”, COM(2017) 211 final.

4. Odpowiednie dokumenty Rady Europy:

- dwadzieścia wytycznych w sprawie przymusowych powrotów przyjętych przez Komitet Ministrów Rady Europy dnia 4 maja 2005 r. oraz komentarze (wrzesień 2005 r., ISBN 92-871-5809-6)

- normy europejskiego komitetu ds. zapobiegania torturom (dokument CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2013)
 - nota informacyjna europejskiego komitetu ds. zapobiegania torturom dotycząca stosowania środków detencyjnych wobec imigrantów (dokument CPT/Inf(2017) 3 z marca 2017 r.)
 - zalecenie Rec(2006)2 Komitetu Ministrów do państw członkowskich w sprawie europejskich reguł więziennych (przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 11 stycznia 2006 r. podczas 952. posiedzeniu wiceministrów).
5. Odpowiednie dokumenty Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej:
- wytyczne w sprawie kwestii praw podstawowych zatrzymywanych migrantów o nieuregulowanym statusie, październik 2012 r.
 - podręcznik europejskiego prawa dotyczącego azylu, granic i imigracji, współtworzony przez FRA i Europejski Trybunał Praw Człowieka, 2014 r.
 - „Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures”, październik 2015 r.
 - nota – „Fundamental rights of migrants in an irregular situation who are not removed” dostępna pod adresem: <http://fra.europa.eu/en/Non-removed-migrants-rights>
 - „European legal and policy framework on immigration detention of children”, czerwiec 2017 r., dokument dostępny pod adresem: <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>
6. Sprawozdania z ocen Schengen w dziedzinie powrotów.

20. SKRÓTY

CFR: Karta praw podstawowych Unii Europejskiej

Rada Europy: Rada Europy

EKPC: europejska konwencja praw człowieka

ETPC: Europejski Trybunał Praw Człowieka

ETS: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

EOG: Europejski Obszar Gospodarczy

FRA: Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej

Państwa członkowskie: wszystkie państwa członkowskie związane dyrektywą powrotową (wszystkie państwa członkowskie UE, z wyjątkiem Zjednoczonego Królestwa i Irlandii), jak również Szwajcaria, Norwegia, Islandia i Liechtenstein.

SBC: Kodeks graniczny Schengen

SIC: Konwencja wykonawcza do układu z Schengen

SIS: System Informacyjny Schengen

TUE: Traktat o Unii Europejskiej

TFUE: Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
