

Warszawa, 14 lutego 2017 r.

Szanowny Pan
Sebastian Chwałek
Podsekretarz Stanu
Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji

Szanowny Panie Ministrze,

W odpowiedzi na pismo z dnia 30 stycznia br. (znak DP-WLM-0231-11/2017/MM) w załączeniu przekazuję uwagi Stowarzyszenia Interwencji Prawnej do projektu ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP oraz niektórych innych ustaw z dnia 30 stycznia 2017 roku przygotowane przez zespół pracowników i członków Stowarzyszenia w składzie: Adam Chmura, Ewa Kacprzak-Szymańska, Witold Klaus, Katarzyna Słubik, Aleksandra Pulchny, Magdalena Sadowska.

Liczę, że nasze uwagi znajdą uznanie w oczach Pana Ministra. Chciałbym także zadeklarować, że jako organizacja z przyjemnością weźmiemy udział w dalszych etapach prac nad projektowanymi zmianami.

Łączę wyrazy szacunku,

dr Witold Klaus



Prezes Zarządu

Stowarzyszenia Interwencji Prawnej

UWAGI
STOWARZYSZENIA INTERWENCJI PRAWNEJ
DO PROJEKTU USTAWY O ZMIANIE USTAWY O UDZIELANIU CUDZOZIEMCOM OCHRONY NA
TERYTORIUM RP ORAZ NIEKTÓRYCH INNYCH USTAW
Z DNIA 30 STYCZNIA 2017 ROKU

1. Procedury graniczne

Art. 30 ust. 1a projektu ustawy stanowi, że *W przypadku, gdy wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej został złożony w przejściu granicznym przez wnioskodawcę, który nie spełnia warunków wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i pobytu na tym terytorium, organ straży granicznej, o który mowa w ust. 1 przekazuje ten wniosek Szefowi Urzędu w ciągu 24 godzin od złożenia wniosku.* Wątpliwości budzi określenie *niepełnienie warunków wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.* Warunki wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polski określa Dział III ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. 2013 poz. 1650, dalej: ustawa o cudzoziemcach). Zgodnie z art. 23 cudzoziemiec, który przekracza granicę, jest obowiązany posiadać ważny dokument podróży, ważną wizę lub inny ważny dokument uprawniający go do wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i do pobytu na tym terytorium, jeżeli są wymagane, zezwolenie na wjazd do innego państwa lub zezwolenie na pobyt w innym państwie, jeżeli zezwolenia takie są wymagane w przypadku przejazdu tranzytem. Natomiast art. 28 ust. 2 pkt 2b ustawy o cudzoziemcach stanowi, iż przepisu o odmowie wjazdu nie stosuje się wobec cudzoziemca, który złożył wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej. Cudzoziemiec wyrażając wolę ubiegania się o udzielenie ochrony międzynarodowej w Polsce jest zatem zwolniony z obowiązku posiadania dokumentów warunkujących wjazd, dlatego niezasadne i niezgodne z przepisami jest potraktowanie „braku spełniania warunków wjazdu” w art. 30 ust. 1a jako okoliczności uzasadniającej wprowadzenie szczególnych środków w postaci stosowania procedury granicznej w stosunku do tej kategorii osób.

Jeśli chodzi o wskazane w projektowanym art. 39b ust. 1 przesłanki rozpatrywania wniosku w postępowaniu granicznym należy zauważyć, że cudzoziemiec deklarujący chęć ubiegania się o nadanie statusu uchodźcy nie może być także karany za brak odpowiednich dokumentów uprawniających do wjazdu. Należy bowiem zauważyć, iż dotychczas możliwość uzyskania dokumentów w kraju pochodzenia niejednokrotnie stanowiła według Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców dowód na brak prześladowania w tym kraju (osoby starające się o uzyskanie ochrony międzynarodowej muszą wykazać, że nie mogą korzystać z ochrony swojego kraju

pochodzenia). Legitymowanie się dokumentami wydanymi przez kraj pochodzenia może być odebrane jako dowód, że do prześladowania nie doszło i że zagrożenie utraty zdrowia lub życia nie występuje.

Osoba deklarująca chęć złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej nie musi posługiwać się dokumentami uprawniającymi ją do wjazdu na teren RP, na tym między innymi polega ochrona uchodźców przed powrotem do kraju pochodzenia. Dlatego też proponowany przepis zdaje się karać ludzi, którzy uciekli z kraju pochodzenia bez dokumentów i stawili się na granicy w celu poszukiwania ochrony międzynarodowej.

W odniesieniu do stawianej w projektowanym art. 39b ust. 1 przesłanki odnoszącej się do podania przez wnioskodawcę innych przyczyn wniosku niż obawa przed prześladowaniem z powodu rasy, religii, narodowości, przekonań politycznych lub przynależności do określonej grupy społecznej lub ryzyko doznania poważnej krzywdy albo niepodanie żadnych informacji o okolicznościach związanych z obawą przed prześladowaniem lub ryzykiem doznania poważnej krzywdy trzeba zauważyć, że specyfika postępowania o udzielenie ochrony międzynarodowej sprawia, że cudzoziemcy w trakcie składania wniosku w placówce Straży Granicznej nie zawsze zeznają co do sedna sprawy i mogą nie wymienić wszystkich przyczyn wymienionych w projekcie ustawy, mimo spełniania przez nich przesłanek udzielenia ochrony międzynarodowej. Złożenie wniosku na granicy trwa kilka minut i odbywa się chwilę po zakończeniu nierzadko długiej i wyczerpującej podróży, w warunkach niesprzyjających zeznawaniu na temat przeżyć takich jak prześladowanie czy tortury. Odbywa się ono w sposób i w pomieszczeniu nie gwarantujących pełnej prywatności oraz komfortu dla osób, od których wnioski te są odbierane. Ponadto brakuje gwarancji informacyjnych na temat zasad postępowania przez co cudzoziemcy nie są świadomi, że powinni w tym właśnie momencie bardzo szczegółowo przedstawić powody ubiegania się o ochronę w Polsce. Zachowanie osób po traumatycznych przejściach charakteryzuje się wycofaniem, ograniczoną reakcją na próbę nawiązania kontaktu, niechęcią do odpowiadania na pytania dotyczące przeżyć w kraju pochodzenia i brakiem zaufania do osoby obcej, szczególnie umundurowanej. Dlatego też osoby ubiegające się o ochronę międzynarodową niejednokrotnie boją się na tym etapie podać dokładne przyczyny wyjazdu. Na granicy brakuje efektywnych procedur identyfikacji osób szczególnie wrażliwych oraz możliwości przygotowania na przesłuchanie przez psychologa osoby po traumatycznych przejściach, dlatego istnieje ryzyko, że ofiara tortur i przemocy nie wspomni od razu o przesłankach wymienionych w powyższym przepisie, nie będzie właściwie zidentyfikowana i zostanie objęta procedurą graniczną trafiając do strzeżonego ośrodka dla cudzoziemców, co pogłębi jej zły stan psychiczny. Jest to niezgodne z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej stanowiącej w motywie 28 oraz 29: *Niektórzy wnioskodawcy mogą potrzebować szczególnych gwarancji proceduralnych, między innymi ze względu na swój wiek, płeć, orientację seksualną, tożsamość płciową,*

niepełnosprawność, poważne choroby, zaburzenia umysłowe lub skutki tortur, zgwałcenia lub innych poważnych form przemocy psychicznej, fizycznej lub seksualnej. Państwa członkowskie powinny starać się zidentyfikować wnioskodawców potrzebujących szczególnych gwarancji proceduralnych, zanim zostanie podjęta decyzja w pierwszej instancji. Wnioskodawcom tym należy zapewnić odpowiednie wsparcie, w tym dać wystarczająco dużo czasu, w celu stworzenia warunków niezbędnych do zapewnienia im skutecznego dostępu do procedur oraz do przedstawienia elementów potrzebnych do uzasadnienia ich wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej.

W przypadku gdy wnioskodawcy potrzebującemu szczególnych gwarancji proceduralnych nie można zapewnić odpowiedniego wsparcia w ramach procedury granicznej lub procedury prowadzonej w trybie przyspieszonym, wnioskodawca taki powinien zostać zwolniony z takich procedur. Potrzeba szczególnych gwarancji proceduralnych o charakterze, który mógłby uniemożliwić stosowanie procedury granicznej lub procedury prowadzonej w trybie przyspieszonym powinna także oznaczać zapewnienie wnioskodawcy dodatkowych gwarancji w przypadkach, gdy jego odwołanie nie wywołuje automatycznie skutku zawieszającego, z myślą o nadaniu skuteczności środkowi zaskarżenia w szczególnej sytuacji tego wnioskodawcy.

Konieczne jest wprowadzenie do polskich przepisów przesłanek, które spełniałyby powyższe wymogi przepisów europejskich w zakresie natychmiastowego odejścia od procedury granicznej w przypadku osób o specjalnych potrzebach. W innym przypadku projektowane przepisy będą niezgodne z dyrektywą proceduralną.

Jeśli chodzi o wprowadzenie przesłanki przedstawiania wyraźnie niespójnych, sprzecznych lub nieprawdopodobnych wyjaśnień na potwierdzenie faktu prześladowania lub ryzyka doznania poważniej krzywdy, które są sprzeczne ze sprawdzonymi informacjami dotyczącymi kraju pochodzenia, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej proponuje usunięcie określeń „niespójnych” i „sprzecznych”. W trakcie składania wniosku statusowego w placówce Straży Granicznej w przypadku tzw. traumatów należy oczekiwać niespójnych, a czasem nawet sprzecznych wyjaśnień, bowiem jest to skutkiem przeżytych przez nich doświadczeń i jest objawem stresu pourazowego. Taka osoba jest w stanie uporządkować swoje doświadczenia dopiero po pewnym czasie od ich wystąpienia, w sprzyjających do tego spokojnych warunkach oraz będąc pod opieką specjalisty.

Jeśli chodzi o przesłankę pochodzenia wnioskodawcy z bezpiecznego kraju pochodzenia lub jego przyjazdu z bezpiecznego kraju trzeciego, to należy uznać, że przepis ten jest niezgodny z art. 31 ust. 8b Dyrektywy 2013/32/UE. Dyrektywa dopuszcza jedynie możliwość rozpatrywania wniosku w postępowaniu granicznym

wobec osób, które przyjechały z bezpiecznego kraju pochodzenia. Niezgodne z przepisami europejskimi jest rozszerzenie tego katalogu o osoby, przyjeżdżające z bezpiecznego kraju trzeciego.

W odniesieniu do przesłanki zniszczenia przez wnioskodawców prawdopodobnie w złej wierze dokumentu tożsamości lub dokumentu podróży lub pozbycia się ich, jeżeli te dokumenty pomogłyby w ustaleniu jego tożsamości lub obywatelstwa, należy zauważyć, że choć przepis ten jest powtórzeniem zapisu w dyrektywie, to nie jest ono dopuszczalne na gruncie prawa krajowego, gdyż stosowane w tym przepisie sformułowania są zbyt ogólne, a sformułowanie *prawdopodobnie w złej wierze* wyjątkowo nieostre. Ustawa powinna precyzować i uszczegóławiać te postanowienia dyrektywy. Proponowane rozwiązanie przez swoją nieprecyzyjność może prowadzić do naruszenia motywu 21 Dyrektywy 2013/32/UE stanowiącego: *o ile wnioskodawca jest w stanie przedstawić ważną przyczynę, brak dokumentów przy wjeździe lub użycie fałszywych dokumentów nie powinny same w sobie powodować automatycznego wszczęcia procedury granicznej lub procedury prowadzonej w trybie przyspieszonym.*

Zmianie powinien ulec także art. 39 ust. 2 pkt 3 projektu ustawy przewidujący natychmiastowe wykonanie decyzji negatywnej w sprawie o udzielenie ochrony międzynarodowej rozpatrywanej w trybie granicznym, powodujące natychmiastowe wydalenie cudzoziemca z terytorium RP. Proponowany przepis przez swoją nieprecyzyjność stwarza ryzyko, że cudzoziemiec może zostać wydany nawet przed przysługującym mu 7-dniowym terminem do złożenia odwołania. Przepis ten powinien zostać zmieniony poprzez obligatoryjne zagwarantowanie cudzoziemcowi możliwości złożenia odwołania. Należy zauważyć, że art. 46 ust. 5 dyrektywy proceduralnej stwierdza, że *państwa członkowskie zezwalają wnioskodawcom na pozostawanie na terytorium do upływu terminu, w jakim mogą oni skorzystać z prawa do skutecznego środka zaskarżenia, a jeśli z tego prawa skorzystano w przewidzianym terminie, do czasu rozpatrzenia środka zaskarżenia.* W przypadku procedur przyspieszonych cudzoziemca nie można wydalic bez wcześniejszej zgody sądu na dokonanie tej czynności i do tego czasu ma on prawo pozostać na terytorium państwa członkowskiego, zatem nie można go wydalic (art. 46 ust. 6-8 dyrektywy). Projektowane przepisy nie stwarzają cudzoziemcom tych gwarancji, należy je więc uznać za sprzeczne z przepisami unijnymi. Więcej piszemy o tym także niżej w odniesieniu do konieczności zagwarantowania cudzoziemcowi dodatkowo prawa do sądu.

W projekcie ustawy nie zawarto również przepisów gwarantujących dostęp do bezpłatnej pomocy prawnej dla osób objętych procedurą graniczną. Jest to poważne uchybienie polskiego ustawodawcy, naruszające

dyrektywę proceduralną (art. 46 ust. 7), która wprost stanowi, że w postępowaniach przyspieszonych oraz granicznych szczególnie gdy ustawodawca dopuszcza możliwość wydalenia cudzoziemca przez zakończeniem postępowania odwoławczego (a takie przepisy przewidziane są w art. 39 ust. 2 pkt 3 projektu ustawy) niezbędne jest zagwarantowanie cudzoziemcowi obligatoryjnego dostępu do nieodpłatnej pomocy prawnej oraz do rozprawy przed niezależnym sądem/trybunałem. Polski ustawodawca takich gwarancji nie przewidział. Bez ich wprowadzenia niemożliwe jest projektowanie przepisów skutkujących szybkim wydaleniem cudzoziemca z terytorium RP.

Stowarzyszenie Interwencji Prawnej postuluje konieczność głębokiego przepracowania projektowanego do wdrożenia trybu granicznego poprzez konieczność zagwarantowania jego wyjątkowego charakteru, a nie nadawania mu cech postępowania zwyczajnego. Ponadto istnieje konieczność wprowadzenia szeregu gwarancji proceduralnych dla osób objętych tym postępowaniem z uwzględnieniem pełnego poszanowania zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego oraz prawa do sądu, jak również zapewnienia dostępu do nieodpłatnej pomocy prawnej.

2. Bezpieczne kraje pochodzenia oraz bezpieczne kraje trzecie

Art. 39a projektu ustawy wprowadza do polskiego ustawodawstwa pojęcie listy bezpiecznych krajów pochodzenia oraz bezpiecznych krajów trzecich. Listy te określać ma Rada Ministrów w drodze rozporządzenia i weryfikować je co 2 lata. Możliwość wprowadzenia takich list do porządku krajowego przewidują przepisy dyrektywy proceduralnej, jednak należy zwrócić uwagę na dwa ważne elementy. Przede wszystkim dwuletni okres poddawania list krajów bezpiecznych ewaluacji należy uznać za zdecydowanie zbyt długi. W obecnym niezwykle szybko zmieniającym się świecie 2-letni okres nie gwarantuje zagwarantowania właściwej ochrony wszystkim osobom potrzebującym z uwagi na mogące się zmieniać nierzadko z dnia na dzień warunki panujące w niektórych państwach. W związku z tym należy wprowadzić obowiązkową ewaluację w okresie nie dłuższym niż 6 miesięcy, a nadto przewidzieć dodatkowy mechanizm bezpieczeństwa, polegający na obowiązkowej weryfikacji listy w każdym czasie np. na wniosek ministra spraw zagranicznych, prezydenta, dowolnej izby parlamentu lub sejmowej komisji spraw zagranicznych. Tego typu rozwiązanie znacznie uelastyczni i urealni takie listy.

Nadto należy się zastanowić, czy wzorem innych państw (np. Niemiec) list takich nie powinien ustanawiać inny organ, np. Sejm w drodze uchwały. Dałoby to możliwość jawnej i otwartej debaty nad krajami, które znalazłyby się na tego typu listach. Jest to o tyle istotne, że umieszczenie określonego państwa na liście

krajów bezpiecznych pociąga za sobą daleko idące konsekwencje dla obywateli tego państwa oraz innych osób przyjeżdżających z jego terytorium, pozbawiając ich wielu gwarancji proceduralnych w trakcie trwania postępowania o udzielenie ochrony międzynarodowej.

Art. 30 ust. 3a projektowanych zmian przewiduje także możliwość odesłania cudzoziemców do bezpiecznego kraju trzeciego znajdującego się na liście stworzonej w trybie art. 39a. Projektowany przepis jest jednak sprzeczny z postanowieniami art. 38 dyrektywy proceduralnej w zakresie, w jakim państwo członkowskie powinno stworzyć gwarancje proceduralne dla osób, mających być odesłanymi do kraju trzeciego. Projektowane przepisy nie zawierają bowiem – wymaganej w art. 38 ust. 2 lit. c – procedury odwoławczej, w której wnioskodawcy zezwala się *na odwołanie się od zastosowania koncepcji bezpiecznego kraju trzeciego na takiej podstawie, że dane państwo trzecie nie jest bezpieczne w jego szczególnej sytuacji. Wnioskodawcy zezwala się również na podważenie istnienia związku łączącego go z państwem trzecim, o którym mowa w lit. a)*. Nie wydaje się, by omówione wcześniej znacznie ograniczone w postępowaniu granicznym prawo do odwołania wypełniało zalecenia wymagane przez dyrektywę.

3. Zatrzymanie cudzoziemca oraz umieszczenie go w strzeżonym ośrodku lub zastosowanie aresztu dla cudzoziemców w postępowaniu w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej

Zgodnie z art. 1 pkt 30 projektu ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP oraz niektórych innych ustaw (dalej: projektem ustawy) w art. 87 ust. 1 dodaje się pkt 6 zgodnie, z którym wnioskodawca lub osoba, w imieniu której wnioskodawca występuje, mogą być zatrzymani *w celu rozpatrzenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, w przypadku gdy wniosek ten został złożony w przejściu granicznym a wnioskodawca lub osoba, w imieniu której wnioskodawca występuje, nie spełnia warunków wjazdu na terytorium RP i pobytu na jej terytorium*.

Należy wskazać, że zaproponowane brzmienie art. 87 ust. 1 pkt 6 projektu ustawy ustanawia instytucję zatrzymania wnioskodawcy i osób, w imieniu których występuje (a więc osób, które złożyły do Szefa Urzędu wnioski o udzielenie im ochrony międzynarodowej w Polsce), jako swoistej kary za przekroczenie przez cudzoziemców polskiej granicy bez spełnienia warunków wjazdu i pobytu na terytorium RP. Mając powyższe na względzie trzeba podkreślić, że wskazane brzmienie przepisu pozostaje w sprzeczności z wiążącymi Polskę zobowiązaniami międzynarodowymi oraz regulacjami wspólnotowymi.

Zgodnie z **art. 31 ust. 1** ratyfikowanej przez Polskę **Konwencji dotyczącej statusu uchodźcy** (dalej: Konwencja genewska) *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 artykułu 1 [Konwencji genewskiej], 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.*** Wypada wskazać, że zgodnie z Konwencją genewską wyłączenie karania stosowane jest jedynie w przypadku przybycia bezpośrednio z terytorium, na którym ich życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo oraz bezzwłocznego zgłoszenia się cudzoziemca do władz i przedstawienia wiarygodnych przyczyn swojego nielegalnego wjazdu lub pobytu. Istotne jest w tym kontekście, że zaproponowane brzmienie art. 87 ust. 1 dodaje się pkt 6 projektu ustawy nie odnosi się do wskazanej w pierwszej części art. 31 ust. 1 Konwencji genewskiej zasady niekarania wnioskodawców za nielegalny wjazd i pobyt umożliwiając tym samym umieszczenie w detencji również tych cudzoziemców, którzy przybyli do Polski z terytorium państwa bezpośredniego zagrożenia. Ważne jest również, że w przypadku cudzoziemców, którzy złożyli na przejściu granicznym wnioski o udzielenie im ochrony międzynarodowej w Polsce spełniony będzie warunek bezzwłocznego zgłoszenia się cudzoziemca do władz i przedstawienia wiarygodnych przyczyn swojego nielegalnego wjazdu lub pobytu, jako że wskazanie posiadanych dokumentów podróży (innych dokumentów potwierdzających tożsamość cudzoziemca) oraz trasy przyjazdu do Polski jest jednym z wymogów złożenia wniosku o udzielenie cudzoziemcowi ochrony na terytorium RP. Tym samym, kategorię brzmienie art. 87 ust. 1 pkt 6 projektu ustawy nakazujące zatrzymanie w detencji każdego wnioskodawcy lub osoby, w imieniu której wnioskodawca występuje *w celu rozpatrzenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, w przypadku gdy wniosek ten został złożony w przejściu granicznym a wnioskodawca lub osoba, w imieniu której wnioskodawca występuje, nie spełnia warunków wjazdu na terytorium RP i pobytu na jej terytorium pozostaje w sposób bezpośredni w sprzeczności z art. 31 ust. 1 Konwencji genewskiej.*

Istotne jest także, że **art. 8 ust. 3 dyrektywy 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 (dalej: dyrektywa recepcyjna) **ustanawia zamknięty katalog podstaw zatrzymania wnioskodawcy, który nie zawiera przesłanki niespełnienia warunków wjazdu lub pobytu na terytorium państwa przyjmującego.** Projekt ustawy jest zatem sprzeczny z przepisami dyrektywy i jako taki stanowi naruszenie prawa unijnego, bowiem ustawodawca krajowy nie może rozszerzać ustanowionego w dyrektywie katalogu przypadków, w których stosowanie detencji jest prawnie dopuszczalne.

Zaproponowana w art. 87 ust. 1 pkt 6 projektu ustawy regulacja pozostaje także **w sprzeczności z art. 5 ust. 1 lit. f Europejskiej Konwencji o Prawach Człowieka** (dalej: EKPCz). Jak orzekł Europejskiego Trybunału Praw

Człowieka (daje: ETPCz) w sprawie **Saadi przeciwko Zjednoczonemu królestwu¹ wjazd osoby ubiegającej się o ochronę międzynarodową na terytorium państwa przyjmującego jest legalny („wjazd z zezwoleniem”) od momentu zgłoszenia się do organów imigracyjnych z deklaracją woli ubiegania się o ochronę, tym samym nie można go uzasadniać art. 5 ust. 1 lit. f EKPCz, tj. zgodnym z prawem zatrzymania lub aresztowania osoby w celu zapobieżenia jej nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa. Trybunał podkreślił również w pkt 70 wskazanego wyroku, że w każdej indywidualnej sprawie detencja powinna być stosowana jako ostateczne rozwiązanie, wyłącznie w sytuacji, gdy alternatywne środki byłyby nie wystarczające dla zapewnienia bezpieczeństwa jednostki lub bezpieczeństwa publicznego. W omawianych zmianach ustawodawca nie przewidział jednak możliwości zastosowania alternatyw do detencji (co narusza nie tylko wspomniane przepisy EKPCz, ale także przepisy dyrektywy recepcyjnej, zatem jest sprzeczne z prawem unijnym).**

Co więcej, w sprawie **Suso Musa przeciwko Malcie ETPCz² uznał, że w przypadku, gdy państwo wprowadziło do swojego porządku prawnego przepisy przyznające cudzoziemcom, którzy ubiegają się o ochronę międzynarodową prawo do wjazdu i pobytu zatrzymanie cudzoziemca należy uznać za arbitralne i tym samym sprzeczne z celami art. 5 ust. 1 lit f EKPCz, jako że w takim przypadku zatrzymanie nie jest ściśle związane z wydaleniem cudzoziemca z terytorium kraju przyjmującego.**

Mając na uwadze brzmienie art. 88 ust. 1 oraz art. 88a ust. 1 pkt 2 projektu ustawy należy wskazać, że umieszczenie cudzoziemca ubiegającego się o ochronę międzynarodową w Polsce w detencji wyłącznie z powodu niespełnienia warunków wjazdu i pobytu na terytorium RP **pozostaje również w sprzeczności z zasadą konieczności i proporcjonalności sposobu i celu zatrzymania ustanowionej w motywie 15 dyrektywy recepcyjnej oraz motywem 20 tejże dyrektywy, zgodnie z którym zatrzymanie cudzoziemca powinno być ostatecznością i może mieć miejsce jedynie, gdy należyce przeanalizowano użycie wszelkich alternatywnych środków niepolegających na pozbawieniu wolności.**

Zgodnie z art. 88 ust. 1 projektu ustawy wyłącza się możliwość zastosowania środków alternatywnych do detencji w stosunku do cudzoziemców wskazanych a art. 87 ust. 1 pkt 6 projektu ustawy. Tym samym, w przypadku wnioskodawców i osób, w imieniu których wystąpili, umieszczanych w detencji w związku z niespełnieniem warunków wjazdu i pobytu na terytorium RP nie zostanie spełniony warunek ustanowiony w motywie 20 dyrektywy recepcyjnej, jako że ustawowe wyłącznie możliwości zastosowania alternatywy do detencji w stosunku do tej grupy cudzoziemców uniemożliwia *przeanalizowanie użycia wszelkich alternatywnych środków niepolegających na pozbawieniu wolności*, o których mowa w dyrektywie.

¹ Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr: 13229/03, 29.01.2008 r., pkt 65.

² Suso Musa przeciwko Malcie, skarga nr: 42337/12, 23.07.2013 r.

Co więcej, zaproponowane kategoryczne brzmienie art. 87 ust. 1 pkt 6 projektu ustawy w związku z art. 88 ust. 1 oraz 88a ust.1 pkt 2 projektu ustawy pozostaje w sposób bezpośredni w sprzeczności z art. 8 ust. 2 dyrektywy recepcyjnej, zgodnie z którym *w przypadkach gdy jest to konieczne, państwa członkowskie mogą, po indywidualnym zbadaniu każdej sprawy, zatrzymać wnioskodawcę, jeżeli nie można skutecznie zastosować łagodniejszych środków przymusu*. Jako że zgodnie z projektem ustawy umieszczenie w detencji ma w takich wypadkach charakter kategoryczny a nie ostateczny, o czym jest mowa we wskazanych przepisach dyrektywy.

Za naruszenie wskazanych powyżej przepisów prawa wspólnotowego należy również wyłączenie w art. 88b ust. 2 oraz art. 89 ust. 7 projektu ustawy kompetencji sądu do oceny możliwości zastosowania środków alternatywnych do detencji w stosunku do cudzoziemców, którzy zostali umieszczeni w detencji na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 6 projektu ustawy.

Stowarzyszenie sprzeciwia się zmianie brzmienia art. 88a ust. 3 pkt 2 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP poprzez wskazanie, że wnioskodawcy lub osoby, w imieniu której wnioskodawca występuje, nie umieszcza się w strzeżonym ośrodku ani nie stosuje się wobec nich aresztu dla cudzoziemców, w przypadku gdy ich stan psychofizyczny może uzasadniać domniemanie, że byli ofiarami tortur lub innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania. Należy podkreślić, że ze względu na swój stan psychofizyczny wnioskodawca w chwili składania wniosku o udzielenie mu ochrony międzynarodowej nie będzie miał możliwości szczegółowego opisu doświadczonej w kraju pochodzenia przemocy celem zakwalifikowania jej do jednej ze wskazanych kategorii przemocy uniemożliwiających zatrzymanie cudzoziemca w detencji. Co więcej, jak wskazuje dotychczasowa praktyka bardzo często wnioskodawcy będący ofiarami przemocy fizycznej (w szczególności przemocy seksualnej doświadczonej ze strony osób mundurowych) z przyczyn kulturowych oraz bariery psychologicznej nie wskazują w trakcie składania przedmiotowego wniosku szczegółów doświadczonej przemocy. Należy wskazać, że jak podkreśla UNHCR, w przypadku ofiar przemocy seksualnej może wystąpić konieczność przeprowadzenia kolejnego przesłuchania celem dania wnioskodawczyni czasu na oswojenie się z sytuacją i zaufanie osobie przesłuchującej³³. Tylko bowiem w takich warunkach możliwe jest przekazanie tak wrażliwych informacji jak te, które dotyczą traumy związanej z gwałtem lub torturami. Tym samym, należy podkreślić, że brak obecności w trakcie składania wniosku o udzielanie ochrony międzynarodowej biegłego psychologa, który stanowiłby wsparcie i stanowiłby gwarancję swobody wypowiedzi wnioskodawcy oraz biegłego lekarza, który mógłby dokonać obdukcji ciała cudzoziemca w celu sprawdzenia czy nie jest ofiarą traumy uniemożliwia

³³ UNHCR, Guidelines on International Protection no. 1. Gender-related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, pkt 36viii.

zagwarantowanie, iż w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców zostanie umieszczony wnioskodawca, który był ofiarą tortur lub innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania. Co więcej funkcjonariusz SG na przejściu granicznym nie dysponuje odpowiednim instrumentarium, by stwierdzić, czy przemoc, której doznał cudzoziemiec i którą opisuje w uzasadnieniu do składanego przez siebie wniosku, spełnia definicję tortur oraz nieludzkiego lub poniżającego traktowania lub karania. Dlatego też **postulujemy postawienie aktualnego brzmienia przepisu, zgodnie z którym wnioskodawcy lub osoby, w imieniu której wnioskodawca występuje, nie umieszcza się w strzeżonym ośrodku ani nie stosuje się wobec nich aresztu dla cudzoziemców, w przypadku gdy ich stan psychofizyczny może uzasadniać domniemanie, że byli poddani przemocy.** Określenie to funkcjonuje w prawie od kilku lat, poprawia się znajomość rozpoznawania przez funkcjonariuszy SG przypadków przemocy i nie ma potrzeby zmiany przepisów w tym zakresie.

Równocześnie postulujemy poszerzenie katalogu zawartego art. 88a ust. 3 pkt 3 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony zgodnie, z którym wnioskodawcy lub osoby, w imieniu której wnioskodawca występuje, nie umieszcza się w strzeżonym ośrodku ani nie stosuje się wobec nich aresztu dla cudzoziemców, w przypadku gdy są małoletnimi bez opieki, tak aby ująć we wskazanym przepisie wszystkie osoby małoletnie tzn. również te, które przybywają lub przebywają w Polsce wraz z opiekunem prawnym. Należy podkreślić, że **arbitralne umieszczenie dzieci w detencji bez możliwości zastosowania środków alternatywnych do detencji stanowi naruszenie art. 11 ust. 2 dyrektywy recepcyjnej**, zgodnie z którym *małoletnich zatrzymuje się tylko w ostateczności, gdy zostanie ustalone, że nie można skutecznie zastosować łagodniejszych środków przymusu. Zatrzymanie takie zarządza się na możliwie najkrótszy okres oraz podejmuje się starania zmierzające do zwolnienia zatrzymanych małoletnich i umieszczenia ich w odpowiednich miejscach zakwaterowania dla małoletnich. Naczelnym kryterium dla państw członkowskich jest interes małoletniego.*

Istotne jest, że wskazane propozycje przepisów pozostają także w sprzeczności art. 37 lit. b Konwencji o Prawach Dziecka (dalej: KPD), zgodnie z którym *żadne dziecko nie zostało pozbawione wolności w sposób bezprawny lub arbitralny. Aresztowanie, zatrzymanie lub uwięzienie dziecka powinno być zgodne z prawem i może być zastosowane jedynie jako środek ostateczny i na możliwie najkrótszy czas.* Regulacje takie pozostają również w sprzeczności z zasadą każdorazowego zabezpieczenia najlepszych interesów dziecka w trakcie podejmowania decyzji przez organy państwa w sprawach dotyczących dzieci ustanowionej w art. 3 KPD.

Odnosząc się do długości okresu umieszczenia wnioskodawcy oraz osoby, w imieniu której występuje, w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców w związku z niespełnieniem warunków wjazdu i pobytu na terytorium RP należy podnieść, że **terminy wskazane z art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1a projektu**

ustawy wykraczają poza zakres terminowy uregulowany w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (dalej: dyrektywa proceduralna). **Zgodnie bowiem z art. 43 ust. 2 dyrektywy proceduralnej *Jeżeli decyzja [wydawana w ramach procedury granicznej] nie została podjęta w terminie czterech tygodni, wnioskodawca o otrzymuje pozwolenie na wjazd na terytorium państwa członkowskiego w celu rozpatrzenia jego wniosku zgodnie z innymi przepisami niniejszej dyrektyw.*** Tym samym, mając na uwadze brzmienie wskazanego przepisu dyrektywy proceduralnej **za niezgodne z przepisami wspólnotowymi należy uznać przedłużenie pobytu w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców lub areszcie dla cudzoziemców wnioskodawcy oraz osoby, w imieniu której wnioskodawca występuje, do 60 dni w przypadku, gdy przed upływem okresu 28 dni decyzja Szefa Urzędu w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej nie została wnioskodawcy doręczona** lub organ rozpatrujący odwołanie od decyzji kończącej postępowanie prowadzone przez Szefa Urzędu w trybie granicznym wstrzymał jej wykonanie lub istnieje uzasadnione przypuszczenie, że okres wykonania decyzji kończącej postępowanie prowadzone w trybie granicznym ulegnie przedłużeniu. Proponowane w projekcie ustawy brzmienie art. 89 ust. 1a zawiera regulacje nieproporcjonalne i nieadekwatne do zamierzonego przez organ celu. Co więcej, stanowi swoiste przerzucenie na cudzoziemca ciężaru odpowiedzialności za terminowe zakończenie postępowania przez organ pierwszej instancji lub okresu wykonania decyzji kończącej postępowanie prowadzone w trybie granicznym przy braku jednoczesnego ustanowienia wymogu, aby do przedłużenia pobytu cudzoziemca w detencji dochodziło jedynie w przypadkach odmowy współpracy cudzoziemca z organami prowadzącymi postępowanie. Co więcej, zaproponowane w projekcie ustawy przepisy stanowią naruszenie konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności postępowania, jako że skorzystanie z przysługujących cudzoziemcowi praw, jakimi jest złożenie odwołania od decyzji wraz z wnioskiem o wstrzymanie wykonania decyzji automatycznie przedłużą pobyt cudzoziemca w detencji.

Za niezgodne z zasadą proporcjonalności oraz nieuzasadnione należy uznać regulacje zawarte w art. 89 ust. 5a projektu ustawy zgodnie, z którymi w przypadku gdy cudzoziemiec złożył kolejny wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej, okres pobytu w strzeżonym ośrodku lub areszcie dla cudzoziemców może być przedłużony do 12 miesięcy.

Należy zauważyć również, że zgodnie z art. 89b ust. 4 projektu ustawy organ Straży Granicznej, któremu podlega strzeżony ośrodek lub areszt dla cudzoziemców, niezwłocznie przekazuje zażalenie do sądu rejonowego. Równocześnie sąd rozpatruje zażalenie w terminie 7 dni. Należy podkreślić, że zaproponowane brzmienie przepisu jest wewnętrznie sprzeczne. Z jednej bowiem strony nakazuje się organowi działanie niezwłocznie – a więc najszybciej jak to jest możliwe i jednocześnie wydłuża się termin do rozpoznania

sprawy przez sąd do terminu 7 dni. Dlatego też proponujemy pozostawienie drugiej części wskazanego przepisu w brzmieniu obecnym tj. *sąd rozpoznaje zażalenie niezwłocznie*.

4. Rozszerzenie katalogu przesłanek warunkujących prowadzenie postępowania w procedurze przyspieszonej (art. 31 ust. 1)

W projekcie ustawy proponuje się rozszerzenie katalogu przesłanek, których wystąpienie obliguje organ prowadzący postępowanie do rozpoznania sprawy w trybie przyspieszonym. Na wstępie należy zwrócić uwagę na brak uzasadnienia dla takiej zmiany w treści uzasadnienia całego projektu. Projektodawca wskazuje jedynie na cel, jakim jest pełna harmonizacja trybu przyspieszonego z art. 31 ust. 8 dyrektywy 2013/32/UE. Jednakże państwa członkowskie nie są w ogóle zobowiązane do wdrażania ww. przepisów (*Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że procedura rozpatrywania wniosku zgodnie z podstawowymi zasadami i gwarancjami określonymi w rozdziale II prowadzona jest w trybie przyspieszonym* - art. 31 ust. 8 dyrektywy), tym samym projektodawca winien wskazać określony problem, którego rozwiązaniem ma być zmiana prawa w tym kierunku, aby następnie możliwa była ocena, czy zaproponowane rozwiązania są efektywną odpowiedzią na zidentyfikowany problem. Stowarzyszenie nie lekceważy, rzecz jasna, problemu przewlekłości procedur uchodźczych, które nierzadko trwają powyżej 24 miesięcy, jednakże odpowiedzią na ww. problem wydaje się być raczej zwiększenie zatrudnienia w Urzędzie ds. Cudzoziemców – co pozwoli na sprawniejsze załatwianie spraw o wysokim stopniu skomplikowania. Na marginesie warto zauważyć, iż projektodawca nie uznał za istotne dostosowania przepisów ustawy do art. 31 ust. 7 wspomnianej dyrektywy, który pozwala na nadanie priorytetu wnioskowi złożonym m.in. przez osoby wrażliwe bądź o specjalnych potrzebach w zakresie procedury.

Zgodnie z konsultowanym projektem, wystąpienie którejkolwiek z okoliczności wymienionych w dodanych do art. 39 ust. 1 u.c.o. punktach 6-9 spowoduje, iż organ będzie musiał (jak ma to miejsce również obecnie) obligatoryjnie prowadzić procedurę w trybie przyspieszonym, chyba, że okoliczności te ujawnią się po upływie 30 dni od złożenia wniosku o ochronę międzynarodową. Nie pozostawiając decyzji o zastosowaniu trybu przyspieszonego do uznania organu, przepisy uniemożliwiają zróżnicowanie reakcji tego ostatniego w obliczu wniosków pochodzących od osób szczególnie wrażliwych. A więc wobec osób, które ze względu na młody wiek, przebytą traumę bądź ze względów kulturowych nie są w stanie (i w związku z tym nie powinny) dostarczyć w krótkim czasie precyzyjnego opisu swoich obaw bądź dowodów na potwierdzenie przebytych prześladowań. Należy mieć na uwadze, iż w motywie 30 dyrektywy 2013/32/UE zastrzega się, iż w

sytuacjach, gdy zaspokojenie specjalnych potrzeb proceduralnych wnioskodawcy nie będzie możliwe w trybie procedury przyspieszonej, należy rozpoznać wniosek w trybie zwykłym. Tym samym proponuje się zastąpienie obligatoryjnego trybu wprowadzania procedury przyspieszonej trybem uznaniowym, jak również wprowadzenie katalogu wnioskodawców, których wnioski nie mogą być rozpatrywane w tej procedurze pomimo wystąpienia przesłanek z art. 39 ust. 1 ustawy, obejmującego osoby o szczególnych potrzebach w zakresie procedury.

5. Prawo do sądu w procedurze uchodźczej i granicznej

Zgodnie z art. 1 pkt. 6 projektu ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP oraz niektórych innych ustaw po art. 39 ustawy dodaje się art. 39 b, którym wprowadza się do polskiego porządku prawnego rozpatrywanie wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej w trybie granicznym. Projektowany ust. 2 art. 39 b stanowi, że *w postępowaniu prowadzonym w trybie granicznym stosuje się przepisy niniejszego rozdziału, z tym że:*

3) *decyzja w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej **podlega natychmiastowemu wykonaniu.***

4) *odwołanie od decyzji kończącej postępowanie wnosi się w terminie **7 dni od dnia doręczenia decyzji.***

Natomiast ust. 3 omawianego art. stanowi, że

*W przypadku gdy cudzoziemiec złożył odwołanie od decyzji w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej kończącej postępowanie prowadzone w trybie granicznym **wraz z wnioskiem o wstrzymanie jej wykonania**, decyzja ta nie podlega wykonaniu do dnia wydania przez Radę do spraw Cudzoziemców postanowienia w sprawie tego wniosku.*

Wprowadzenie przepisów w proponowanym brzmieniu doprowadzi do powstania luki kolizyjnej (logicznej). Decyzja ma podlegać natychmiastowemu wykonaniu, mimo że cudzoziemcowi ma przysługiwać 7 dniowy termin do odwołania. Z proponowanej konstrukcji wynika, że cudzoziemiec otrzymawszy decyzję negatywną w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej w trybie granicznym, powinien złożyć odwołanie od decyzji wraz z wnioskiem o wstrzymanie jej wykonania bezzwłocznie po otrzymaniu decyzji, a najlepiej w momencie jej otrzymania, w przeciwnym razie może zostać w każdej chwili wydalony. Oznacza to, że siedmiodniowy termin do odwołania jest iluzoryczny.

Ponadto w art. 4 pkt. 15 projektowanej ustawy proponuje się **uchylenie art. 331** ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (tekst. jedn. Dz.U. 2016 poz. 1990), przy czym art. 331 w obowiązującej jeszcze wersji brzmi:

1. W przypadku gdy cudzoziemiec złożył skargę do wojewódzkiego sądu administracyjnego na decyzję o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu wraz z wnioskiem o wstrzymanie jej wykonania, termin dobrowolnego powrotu lub termin przymusowego wykonania tej decyzji z mocy prawa przedłuża się do dnia wydania przez wojewódzki sąd administracyjny postanowienia w sprawie tego wniosku.

2. Przepisu ust. 1 nie stosuje się, w przypadku gdy decyzja o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu została wydana na podstawie art. 302 ust. 1 pkt 9. (art. 302 ust. 1 pkt 9- jeżeli wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub interes Rzeczypospolitej Polskiej).

Projektowana zmiana doprowadzi do usunięcia skutku suspensywnego skargi do sądu administracyjnego, co oznacza że decyzja zobowiązująca cudzoziemca do powrotu będzie mogła zostać wykonana w trakcie trwania procedury sądowej. Pozbawi to cudzoziemca możliwości skorzystania ze skutecznej drogi do odwołania, gdyż przebywając poza granicami Polski będzie miał utrudniony kontakt z sądem czy choćby pełnomocnikiem w sprawie. W ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie *udzielenie ochrony tymczasowej do czasu zakończenia postępowania sądowoadministracyjnego dotyczącego decyzji, która skutkuje wydaleniem cudzoziemca, stanowi o zachowaniu standardów rzetelnej procedury oraz ma na celu urzeczywistnienie prawa strony do sądu. Wyjazd skarżącego z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przed rozpoznaniem sprawy przez Sąd pozbawiłby go możliwości osobistego uczestnictwa w postępowaniu sądowym, a tym samym – skorzystania w pełnym zakresie z prawa do sądu*⁴.

Pozostawienie przepisów w proponowanym brzmieniu doprowadzi do zamknięcia drogi do odwołania, co jest sprzeczne z art. 45 Konstytucji RP, który zapewnia każdemu znajdującemu się pod jurysdykcją Rzeczypospolitej Polskiej prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd oraz pozostaje w sprzeczności z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP stanowiącym, że ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. W wyroku z 12 marca 2002 r. Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na właściwe rozumienie prawa do sądu. Wyjaśnił, iż nie może być ono rozumiane tylko formalnie, **ogólnie jako dostęp do drogi sądowej**, ale także materialnie jako **możliwość skutecznego wyegzekwowania, dochodzenia ochrony praw w wyniku postępowania sądowego**⁵. Ponadto w postanowieniu z 24 lutego 2003 roku Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na dwa aspekty prawa do sądu, tj. możliwość wydania skonkretyzowanego rozstrzygnięcia w danej sprawie oraz **możliwość jego wyegzekwowania**. Zdaniem Trybunału **brak takiej**

⁴ Postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 18 października 2016 r. Sygn. akt. IV SA/Wa 1834/16

⁵ Wyrok TK z dnia 12 marca 2002, P 9/01, OTK-A 2002, nr 2, poz. 14.

*możliwości czyni prawo do sądu iluzorycznym. Obowiązkiem ustawodawcy jest zapewnienie obu tych elementów⁶. Natomiast w wyroku z 19 lutego 2003 r. Trybunał podkreślił, że bardzo istotnym dla ustalenia znaczenia art. 45 ust. 1 jest art. 176 ust. 2 Konstytucji RP (2. Ustrój i właściwość sądów oraz postępowanie przed sądami określają ustawy). W świetle tych przepisów ustawa powinna regulować w określony sposób postępowanie, tak aby zachowany był wymóg „określoności”. Należy przez to rozumieć **taką budowę przepisów, aby były zrozumiałe dla jednostki, odpowiednio precyzyjne i zapewniały odpowiedni stopień związania decyzji organów państwa**. Szczególnie przepisy dotyczące postępowania sądowego muszą w sposób jasny i czytelny określać prawa stron oraz możliwość zaskarżenia rozstrzygnięć sądowych. **Brak tych elementów powoduje naruszenie prawa zawartego w art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁷.***

Ponadto prawo do skutecznego środka prawnego i sprawiedliwego procesu sądowego należy się zgodnie z prawem pierwotnym Unii Europejskiej wyrażonym w art. 47 Karty Praw Podstawowych.

W 2014 r. Komisja Europejska zbadała stosowanie się przez państwa członkowskie do postanowień Karty podczas wdrażania przepisów UE na granicach zewnętrznych Unii, w szczególności odnośnie do zasady *non-refoulement*. Zgłoszono problematyczne kwestie takie jak zatrzymywanie w ośrodku detencyjnym i czas zatrzymania w takim ośrodku, warunki w nim panujące, szczególna sytuacja małoletnich, **bezpłatna pomoc prawna oraz skuteczne środki odwoławcze w trakcie procedury azylowej** w niektórych państwach członkowskich (art. 6, 24 i 47 Karty)⁸. Zgodnie z orzecnictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka *proces prowadzący do podjęcia decyzji musi być zawsze rzetelny, z odpowiednim poszanowaniem interesów jednostki, podstawą zaś decyzji muszą być wyczerpujące i sprawdzalne dane dotyczące wszystkich aspektów sprawy ponadto w obliczu braku pomocy prawnej niemożliwe jest zapewnienie skutecznego środka prawnego⁹.*

Również Europejska Konwencja Praw Człowieka w art. 13 gwarantuje prawo do skutecznego środka odwoławczego stanowiąc, że kogo prawa i wolności zawarte w niniejszej Konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe. Szerzej na ten temat wypowiedział się Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie M.S.S. dotyczącej transferów w ramach procedury dublińskiej, stwierdzając naruszenie przez Grecję i Belgię art. 13 w związku z art. 3 EKPCz. Trybunał

⁶ Postanowienie TK z dnia 24 lutego 2003 r., K 28/02, OTK-A 2003, nr 2, poz. 18

⁷ Wyrok TK z dnia 19 lutego 2003 r., P 11/02, OTK-A 2003, nr 2, poz. 12

⁸ Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Sprawozdanie ze stosowania Karty Praw Podstawowych za 2014 r. Bruksela, dnia 8.5.2015 r. COM(2015) 191 final str. 9

⁹ ETPC z 9 października 1979 r., Airey, skarga nr 6289/73, seria A, t. 32, s. 11

uznał, że do naruszenia doszło ze względu na **niewydolność postępowania azylowego**, przez które skarżący zostali **narażeni na ryzyko wydalenia** do Afganistanu **bez rozpatrzenia ich wniosku i bez dostępu do skutecznego środka odwoławczego**. Oceniając postępowanie azylowe w Grecji, Trybunał również zwrócił uwagę na to, że cudzoziemcy nie otrzymują wystarczających informacji na temat postępowania, i na brak odpowiednio funkcjonującego systemu pomocy prawnej, który w rzeczywistości pozbawia osoby aplikujące o status uchodźcy możliwości uzyskania porady prawnej. Ponadto ETPCz podkreślił fakt, że brak informacji na temat organizacji oferujących pomoc prawną i niedostateczna liczba prawników znajdujących się na listach osób oferujących pomoc prawną sprawia, że **system pomocy prawnej jest nieskuteczny**, a biorąc pod uwagę sytuację osób ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy, może to stanowić **przeszkodę w efektywnym dostępie do środka odwoławczego**¹⁰.

W celu zagwarantowania uchodźcy realizacji prawa do skutecznego odwołania art. 39 b ust. 2 pkt. 3 powinien wydłużać termin wykonania decyzji w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej co najmniej do 7 dni, a art. 331 ustawy o cudzoziemcach powinien pozostać w dotychczasowym brzmieniu.

6. Skrócenie okresu, w którym wnioskodawca po złożeniu wniosku na granicy musi się stawić w ośrodku recepcyjnym do 1 dnia (art. 40 ust. 2)

Projektodawca proponuje by zmienić brzmienie art. 40 ust. 2 pkt 1 skracając z dwóch dni do jednego okres, w którym cudzoziemiec powinien stawić się w ośrodku recepcyjnym po złożeniu wniosku o ochronę międzynarodową, aby jego wniosek nie został uznany za wycofany w sposób dorozumiany, co z kolei jest podstawą do umorzenia postępowania. Celem projektowanego przepisu ma być możliwość jeszcze szybszego zamykania postępowań wszczętych z wniosku osób, które po złożeniu wniosku na polskiej granicy wyjeżdżają z Polski do innych krajów UE. W ocenie Stowarzyszenia propozycja ta narusza zasadę proporcjonalności represji wobec osób ich poddanych w stosunku do celu, który ma osiągnąć. W zależności od przejścia granicznego, wnioskodawcy po złożeniu wniosku na granicy nie są informowani wcale bądź są informowani bardzo ogólnie o tym, jak dotrzeć do ośrodka recepcyjnego. Wręczane im mapki – o ile takie są – są całkowicie nieczytelne. Cudzoziemcy nierzadko nie posiadają środków finansowych na zakupienie biletów na transport dla siebie i członków swojej rodziny. Nierzadko procedura przyjęcia wniosku kończy się późnym wieczorem, co uniemożliwia skorzystanie ze środków lokalnej komunikacji. Odnalezienie zarówno ośrodka w Dębaku - Otrębusach jak i w Białej Podlaskiej jest niezwykle trudne dla obcokrajowca, który po raz pierwszy znalazł się na terytorium RP. Dodatkowo nawet od technicznej strony może być niemożliwe dojechanie do ośrodka w Dębaku np. z przejścia w Medyce w ciągu 24 godzin, biorąc pod uwagę istniejące połączenia

¹⁰ M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji, sprawa nr 30696/09, 21 stycznia 2011 roku. Por. także: I.M. przeciwko Francji, sprawa nr 9152/09, 2 lutego 2012 roku

kolejowe. Obowiązki stawiennictwa w ośrodku w ciągu zaledwie 24 godzin od złożenia wniosku powinien zatem odpowiadać obowiązek po stronie Straży Granicznej zapewnienia bezpiecznego dojazdu do ośrodka recepcyjnego, z którego jednak korzystanie byłoby dla cudzoziemca dobrowolne.

Nadto cudzoziemiec powinien otrzymać jasną informację o konsekwencjach niestawiennictwa w ośrodku. Obecnie jest to jedna z wielu informacji, które cudzoziemiec otrzymuje na piśmie w dniu złożenia wniosku. Nie jest możliwe zapoznanie się z nimi wszystkimi w tym samym dniu. Bez spełnienia powyższych warunków wprowadzany środek stanowi zbytnią represję dla cudzoziemców, w porównaniu do zamierzonych skutków.

Nawet mając na uwadze, iż proponuje się skrócenie do 24 godzin terminu przekazania przez Straż Graniczną wniosku złożonego na granicy Szefowi Urzędu ds. Cudzoziemców, uznać należy, iż wpływ proponowanej zmiany na zachowanie porządku i bezpieczeństwa wewnętrznego (cel wskazywany przez projektodawcę) będzie nieproporcjonalnie mniejszy niż, po pierwsze: niedogodności dla wnioskodawców, osób nierzadko starszych, schorowanych, pozbawionych jakichkolwiek środków finansowych w momencie przekraczania granicy, a po drugie: koszty umarzania a następnie ponownego podejmowania postępowania na skutek dotarcia z niewielkim opóźnieniem wnioskodawców do ośrodka.

7. Orzekanie zakazu wjazdu w decyzji o odmowie udzielenia ochrony międzynarodowej i zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu (art. 51d)

Wraz z ponownym włączeniem decyzji o zobowiązaniu do powrotu do treści decyzji kończącej ze skutkiem negatywnym procedurę o udzielenie ochrony międzynarodowej, projektodawca proponuje, aby tą decyzją jednocześnie orzekać wobec cudzoziemca zakaz wjazdu na terytorium RP i innych państw obszaru Schengen na okres 6 miesięcy bądź 1 roku, w zależności od trybu, w jakim jego wniosek był rozpatrywany. Ponadto proponuje się, aby w tej samej decyzji orzekać również o zakazie wjazdu na okres 3 lat na wypadek, jeżeli cudzoziemiec nie opuści terytorium RP w terminie określonym w decyzji o zobowiązaniu do powrotu albo przekroczy lub będzie usiłował przekroczyć nielegalnie granicę. W ocenie Stowarzyszenia powyższe propozycja stanowi nieuzasadnioną restrykcję wobec osób, które przybywają na terytorium RP w celu ubiegania się o ochronę międzynarodową.

Przede wszystkim należy przypomnieć, iż dyrektywa 2008/115/WE nakazuje obligatoryjnie orzekać o zakazie wjazdu jedynie w przypadkach, w których nie orzeczono o dobrowolnym powrocie bądź jeśli cudzoziemiec nie opuścił terytorium państwa członkowskiego w terminie określonym w decyzji o powrocie. W pozostałych decyzjach o zobowiązaniu do powrotu państwo może według swojego uznania zdecydować o orzekaniu zakazu wjazdu, jednak zachęca się, by państwa korzystały z owego uznania w sposób zachęcający

cudzoziemca do dobrowolnego powrotu (motyw 1 dyrektywy 2008/115/WE). Uznać należy, iż orzekanie o zakazie wjazdu w negatywnej decyzji kończącej postępowanie o udzielenie ochrony międzynarodowej, bez względu na postawę cudzoziemca, deklarowany zamiar powrotu do kraju pochodzenia bądź też jego historię migracyjną, a nade wszystko okoliczność, czy złożył wniosek o ochronę międzynarodową w pierwszym możliwym momencie i w dobrej wierze, nie stanowi zachęty do dobrowolnego wyjazdu, a nadto stanowi nieuzasadnioną restrykcję wobec osób poszukujących ochrony w Polsce. Okazuje się bowiem, iż cudzoziemiec zostanie podwójnie ukarany za skorzystanie z przysługującego mu według prawa międzynarodowego uprawnienia: nie dość, że zostanie zobowiązany do powrotu najpóźniej 30 dni po otrzymaniu decyzji odmawiającej mu ochrony, to bez względu na swoją postawę po otrzymaniu ww. decyzji, nie będzie mógł wrócić legalnie do Polski i innych państw obszaru Schengen przez minimum 6 miesięcy. Proponuje się rezygnację z art. 51d ust. 1 i wprowadzenie przepisów pozwalających na orzeczenie o zakazie wjazdu jedynie w przypadkach określonych w art. 11 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE.

8. Rada ds. Cudzoziemców

W projekcie ustawy zaproponowano utworzenie nowego organu administracji publicznej, który miałby zastąpić dotychczasową Radę do Spraw Uchodźców oraz przejąć dotychczasowe kompetencje Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców jako organu II instancji w postępowaniach w sprawie zobowiązania cudzoziemców do powrotu (art. 89p ust. 1-3 oraz ust. 5 n.u.u.c.o.). Nowoutworzona Rada ds. Cudzoziemców miałaby się składać z 17 członków etatowych, powoływanych i odwoływanych przez Prezesa Rady Ministrów (art. 89r ust. 1 oraz art. 89 r. ust. 8 n.u.u.c.o.). Jednocześnie, gdyby istotnie wzrosła liczba spraw rozpatrywanych przez nowy organ, Prezes Rady Ministrów będzie mógł, na wniosek Przewodniczącego Rady ds. Cudzoziemców, powołać dodatkowych, pozaetatowych członków tego organu (art. 89r ust. 7 n.u.u.c.o.). Należy zauważyć, że wobec znacznego wzrostu liczby spraw rozpatrywanych przez Radę oraz wprowadzenia superszybkich procedur w ramach procedury granicznej czy przyspieszonej, skład 17 osób jest zdecydowanie zbyt niewielki, by zapewnić płynność i terminowość tych postępowań. Ponadto wobec konieczności orzekania przez Radę w składach trzyosobowych, liczba członków Rady powinna być podzielna przez 3.

Stowarzyszenie pragnie krytycznie odnieść się do wyrażonej w art. 89t ust. 3 n.u.u.c.o. zasady, że jedynie pozaetatowi członkowie Rady ds. Cudzoziemców nie będą mogli być funkcjonariuszami Straży Granicznej lub pracownikami Urzędu do Spraw Cudzoziemców. W naszej ocenie, udzielenie takiemu funkcjonariuszowi lub pracownikowi urlopu na czas wykonywania funkcji w Radzie (art. 89za ust. 1 n.u.u.c.o.) nie zniweluje obaw o jego bezstronność w rozpatrywaniu decyzji wydanych przez Szefa

Urzędu do Spraw Cudzoziemców oraz przez komendantów oddziałów i placówek Straży Granicznej. Mimo wskazanej w art. 89s ust. 2 n.u.u.c.o. gwarancji niezawisłości członków Rady ds. Cudzoziemców przy orzekaniu, pamiętać należy, że po okresie sprawowania ww. funkcji, dawni członkowie tego organu, mogą chcieć powrócić do pracy w Urzędzie do Spraw Cudzoziemców lub do służby w Straży Granicznej. Tym samym, Stowarzyszenie postuluje, aby do projektowanej ustawy wprowadzić zasadę, zgodnie z którą funkcjonariusze Straży Granicznej oraz pracownicy Urzędu do Spraw Cudzoziemców i urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw wewnętrznych nie mogliby pełnić funkcji członka Rady ds. Cudzoziemców.

W ocenie Stowarzyszenia, wskazane w art. 89r ust. 3 n.u.u.c.o. kryteria stawiane osobie, która ma zostać członkiem Rady ds. Cudzoziemców, zostały określone przez projektodawcę nazbyt pochopnie. Stoimy na stanowisku, że jedynie dwuletni staż pracy w administracji publicznej i legitymowanie się wyższym wykształceniem (nawet prawniczym, a uwagi te w jeszcze większym stopniu odnoszą się do osób bez prawniczego wykształcenia wobec braku określenia, np. kierunku studiów, które mogłyby okazać się przydatne w wykonywaniu funkcji członka Rady ds. Cudzoziemców) nie gwarantuje należytego wywiązywania się z obowiązków członka tego organu. Zdaniem Stowarzyszenia, wymogi stawiane potencjalnym członkom Rady ds. Cudzoziemców powinny być szczególnie wysokie. Eksperckiej wiedzy wymaga bowiem szczególny charakter postępowań, które będą toczyły się przed tworzonym organem. Warto pozostawić w tym zakresie przepisy, które funkcjonują obecnie w odniesieniu do członków Rady ds. Uchodźców.

Jednocześnie Stowarzyszenie postuluje, aby wprowadzić regulację (zmiana w art. 89r ust. 3 n.u.u.c.o.), zgodnie z którą kandydatów na członków Rady ds. Cudzoziemców wskazywaliby Prezesowi Rady Ministrów ministrowie właściwy do spraw wewnętrznych, właściwy do spraw zagranicznych oraz Minister Sprawiedliwości. Nadto pożądanym byłoby, aby – w celu zapewnienia większej bezstronności powołanych członków Rady ds. Cudzoziemców – każdy z ww. organów wskazywał Premierowi dwóch kandydatów na dane miejsce w Radzie. Znow – znacznie doskonalsze w tym zakresie wydaje się pozostawienie obecnie funkcjonujących rozwiązań w odniesieniu do członków Rady ds. Uchodźców.

Stowarzyszenie zdecydowanie negatywnie ocenia podporządkowanie organizacyjne i finansowe tworzonej Rady ds. Cudzoziemców urzędowi obsługującego ministra właściwego do spraw wewnętrznych (art. 89z ust. 7 i 8 n.u.u.c.o.). Naszym zdaniem byłby to istotny krok wstecz na drodze do zapewnienia faktycznej niezależności organowi II instancji w sprawach udzielania cudzoziemcom ochrony międzynarodowej. Należy podkreślić, że obecnie, obsługę Rady do Spraw Uchodźców zapewnia Kancelaria Prezesa Rady Ministrów. Choć nie jest to z pewnością rozwiązaniem idealnym, w sposób

wyraźny wyłącza obecną Radę do Spraw Uchodźców spod podporządkowania ministrowi odpowiedzialnemu za realizację polityki migracyjnej. Rozwiązanie przyjęte w projekcie ustawy oraz wyrażona w nim zasada (art. 89z ust. 1 n.u.u.c.o.), że czynności z zakresu prawa pracy wykonuje wobec członków Rady ds. Cudzoziemców minister właściwy do spraw wewnętrznych, z całą pewnością nie przybliży tego organu do uznania za niezależny sąd/trybunał w rozumieniu art. 46 ust. 1 i 3 dyrektywy 2013/32/UE, tym bardziej zaś – w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji.

W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazuje się wprost, że celem utworzenia nowego organu – Rady ds. Cudzoziemców jest powołanie organu, który mógłby zostać uznany za niezależny sąd/trybunał w rozumieniu art. 46 ust. 1 i 3 dyrektywy 2013/32/UE. Projektodawca proponuje zatem, aby wprowadzić kontrydiktoryjność postępowania odwoławczego toczącego się przed Radą. Zgodnie z art. 89zf ust. 1 n.u.u.c.o., rozpatrzenie sprawy przez Radę ds. Cudzoziemców następowałoby dopiero po przeprowadzeniu rozprawy administracyjnej. Zastrzeżenia Stowarzyszenia budzi natomiast wprowadzany wyjątek od tej zasady (art. 89zf ust. 2 n.u.u.c.o.), zgodnie z którym w przypadku nieskomplikowanego charakteru sprawy Przewodniczący Rady ds. Cudzoziemców mógłby skierować ją do rozpatrzenia na posiedzeniu niejawnym. Odnosząc się do tej propozycji Stowarzyszenie pragnie wskazać, że wprowadzenie do ustawy możliwości odstąpienia od przeprowadzania rozprawy w każdej sprawie może zostać rozważone. Tym niemniej, tego rodzaju decyzja nie powinna zostać pozostawiona do arbitralnego uznania Przewodniczącego Rady ds. Cudzoziemców. Wydaje się, że możliwym rozwiązaniem tego problemu (biorąc pod uwagę prawo cudzoziemca do skorzystania z nieodpłatnej pomocy prawnej w postępowaniu przed ww. organem), byłoby wskazanie w przepisach ustawy, że rozprawy nie przeprowadza się, jeżeli jest to spowodowane nieskomplikowanym charakterem sprawy, chyba że cudzoziemiec złożył wraz z odwołaniem wnioski o jej przeprowadzenie.

Stowarzyszenie postuluje także, aby z projektu ustawy wykreślić ust. 2 w art. 89zi n.u.u.c.o., zgodnie z którym możliwe byłoby niezapewnienie cudzoziemcowi przebywającemu w zakładzie karnym, areszcie śledczym, strzeżonym ośrodku lub areszcie dla cudzoziemców możliwości udziału w rozprawie przed Radą ds. Cudzoziemców. Należy wyraźnie podkreślić, że już sam udział w rozprawie jedynie za pośrednictwem urzędów przekazujących obraz i dźwięk może być uznane za naruszenie prawa cudzoziemca pozbawionego wolności. Całkowite jednak pozbawienie takiej osoby możliwości osobistego uczestnictwa w rozprawie (nawet w sytuacji, gdy korzysta on z reprezentacji pełnomocnika) i zwłaszcza w kontekście art. 89zg ust. 3 n.u.u.c.o., oznaczałoby tak naprawdę akceptację rażącego naruszenia (na poziomie ustawy) prawa cudzoziemca do czynnego udziału w toczącym się postępowaniu (art. 10 § 1 k.p.a.). W każdym też przypadku należy zapewnić udział w postępowaniu

ustanowionym przez cudzoziemców pełnomocnikom, szczególnie wobec faktu, że cudzoziemcom w tych sprawach przysługiwało będzie prawo do skorzystania z nieodpłatnej pomocy prawnej.