



RADA FUNDACJI

Halina Bortnowska-Dąbrowska Teresa Romor
Honryka Bochniarz Andrzej Rzepliński
Janusz Grzelak Wojciech Sadurski
Ireneusz C. Kamiński Mirosław Wyrzykowski
Witolda Ewa Osiatyńska

ZARZĄD FUNDACJI

Prezes: Danuta Przywara
Wiceprezes: Maciej Nowicki
Sekretarz: Piotr Kładoczny
Skarbnik: Lenur Kerymov
Członek Zarządu: Dominika Bychawska-Siniarska

Warszawa, 15 lutego 2019 r.

L.Dz. 247/19/JB

Sz.P. Krzysztof Kozłowski
Sekretarz Stanu
Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji
ul. Batorego 5

Szanowny Panie Ministrze,

W odpowiedzi na pismo nr DP-WLM-0231-11/2017/MM z dnia 5 lutego 2019 r. niniejszym przesyłam uwagi Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do projektu ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw (UC91) – projekt z dnia 4 lutego 2019 r.

Łupina byrery meunler



Helsińska Fundacja Praw Człowieka
SEKRETARZ ZARZĄDU

Piotr Kładoczny
Piotr Kładoczny

**UWAGI HELSIŃSKIEJ FUNDACJI PRAW CZŁOWIEKA DO PROJEKTU
USTAWY O ZMIANIE USTAWY O UDZIELANIU CUDZOZIEMCOM OCHRONY
NA TERYTORIUM RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ ORAZ NIEKTÓRYCH
INNYCH USTAW (PROJEKT Z DNIA 4 LUTEGO 2019 R.)**

1. Art. 1 pkt 3)

W zakresie art. 38 ust. 2 pkt 4, ust. 3a i ust. 4a – wprowadzenie listy bezpiecznych krajów trzecich i uznanie wniosku cudzoziemca za bezzasadny, jeśli pomiędzy wnioskodawcą a tym krajem istnieje związek pozwalający na powrót cudzoziemca do tego kraju.

Podobnie jak w uwagach skierowanych przez Helsińską Fundację Praw Człowieka (HFPC) w lutym 2017 r. wnosimy o niewprowadzanie tego rozwiązania. W ocenie HFPC, obecne przepisy projektu nie wdrażają art. 38 ust. 2 dyrektywy 2013/32¹, tj. nie zawierają:

- przepisów wymagających istnienia związku między wnioskodawcą a danym państwem trzecim, na podstawie których udanie się do tego państwa byłoby rozsądne z punktu widzenia tej osoby;
- przepisów dotyczących metodologii, za pomocą której właściwe organy upewniają się, że można zastosować koncepcję bezpiecznego kraju trzeciego w odniesieniu do konkretnego państwa lub konkretnego wnioskodawcy;
- przepisów zezwalających, zgodnie z prawem międzynarodowym, na odrębne badanie, czy dane państwo trzecie jest bezpieczne dla konkretnego wnioskodawcy, które, co najmniej, zezwalają wnioskodawcy na odwołanie się od zastosowanej koncepcji bezpiecznego kraju trzeciego na takiej podstawie, że dane państwo trzecie nie jest bezpieczne w jego szczególnej sytuacji – w tej kwestii wskazujemy, że projektowane przepisy dotyczące środków odwoławczych od decyzji wydanej w ramach procedury granicznej (odwołanie od decyzji Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców bezpośrednio do sądu administracyjnego) zawierają rozwiązanie, wedle którego cudzoziemcowi nie przysługuje skuteczny środek odwoławczy w rozumieniu art. 46 dyrektywy 2013/32 (więcej na ten temat w dalszej części uwag).

2. Art. 1 pkt 4) lit. a) drugi myślnik

W zakresie art. 39 ust. 1 pkt 6 – rozpatrywanie wniosku cudzoziemca pochodzącego z bezpiecznego kraju pochodzenia w trybie przyspieszonym.

Podobnie jak w uwagach HFPC skierowanych w lutym 2017 r. wnosimy o niewprowadzanie tego rozwiązania. Koncepcja bezpiecznego kraju pochodzenia jest niezgodna z art. 3 Konwencji Genewskiej z 1951 r. statuującym niedopuszczalność dyskryminacji uchodźców i nakazującym stosowanie jej postanowień bez względu m.in. na ich państwo pochodzenia, a także rozpatrzenie sprawy cudzoziemca w sposób zindywidualizowany.

3. Art. 1 pkt 4) lit. a) drugi myślnik

W zakresie art. 39 ust. 1 pkt 7 – przesłanki rozpatrywania wniosku cudzoziemca w trybie przyspieszonym

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej.

Projekt przewiduje rozpatrzenie wniosku w trybie przyspieszonym, w przypadku, gdy cudzoziemiec zniszczył dokument tożsamości lub dokument podróży albo pozbył się ich, jeżeli te dokumenty pomogłyby w ustaleniu jego tożsamości lub obywatelstwa.

Zgodnie natomiast z treścią art. 31 ust. 8 dyrektywy 2013/32 przesłanką do zastosowania takiego trybu jest wykazanie prawdopodobieństwa, że wnioskodawca zniszczył lub pozbył się tych dokumentów w złej wierze. Projekt zmiany ustawy powinien zatem zostać uzupełniony o przesłankę złej wiary.

4. Art. 1 pkt 5)

W zakresie art. 39a - wprowadzenie listy krajów bezpiecznych

Podobnie jak w uwagach skierowanych w lutym 2017 r. wnosimy o niewprowadzanie tego rozwiązania.

Odnosząc się do kontekstu, w jakim planuje się wprowadzenie przewidzianych w projekcie zmiany ustawy rozwiązań i uzasadnienia projektu nawiązującego do sytuacji na przejściu granicznym w Terespolu, a także obywatelstwo i trasę przyjazdu do Polski większości wnioskodawców, HFPC podkreśla, że zgodnie z wyrokiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie *M.A. i Inni p. Litwie* (skarga nr 59793/17), Białoruś, nie może być uznana za kraj bezpieczny dla uchodźców z Czeczenii.

Jednocześnie wskazujemy, że prace nad stworzeniem listy krajów bezpiecznych toczą się obecnie na poziomie Unii Europejskiej, w związku z czym w celu zachowania spójności prawa polskiego z prawem UE, Polska powinna wstrzymać się z ustalaniem takiej listy.

5. Art. 1 pkt 5)

W zakresie art. 39b - wprowadzenie trybu granicznego

Podobnie jak w uwagach skierowanych w lutym 2017 r. wnosimy o niewprowadzanie tego rozwiązania.

Zgodnie z projektowanymi rozwiązaniami, cudzoziemiec, którego wniosek będzie rozpatrywany w trybie granicznym, na czas postępowania będzie umieszczany w strzeżonym ośrodku, co będzie powodować jego ograniczony dostęp do pomocy prawnej oraz ograniczoną możliwość aktywnego działania w swojej sprawie. W takich warunkach utrudniona będzie również identyfikacja osób wrażliwych (m.in. ofiar tortur).

Podtrzymujemy również uwagę, że projektowane rozwiązanie przewidujące prowadzenie postępowania w trybie granicznym w ośrodku zlokalizowanym na terytorium Polski, jest niezgodne z art. 43 ust. 1 dyrektywy 2013/32, wedle którego procedury graniczne pozwalają na podjęcie decyzji wyłącznie na granicach danego państwa lub w jego strefach tranzytowych.

W zakresie art. 39b ust. 4 – przepisy proceduralne dotyczące trybu granicznego

Projektowane przepisy przewidują, że decyzja Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców wydana w trybie granicznym będzie decyzją ostateczną, a zgodnie z projektowanym art. 51a ust. 1, łącznie z nią będzie wydana również decyzja o zobowiązaniu do powrotu. Skarga będzie wnoszona do sądu administracyjnego w terminie 7 dni od dnia doręczenia decyzji. Złożenie skargi nie będzie natomiast powodować automatycznego wstrzymania wykonania decyzji. Szef Urzędu będzie mógł wstrzymać wykonanie decyzji zobowiązującej do powrotu na wniosek cudzoziemca.

Projektowane rozwiązania są niezgodne z przepisami dyrektywy 2013/32 przewidującymi prawo do skutecznego środka odwoławczego.

Art. 46 ust. 1 lit. a) tiret iii stanowi, że państwa członkowskie zapewniają prawo do skutecznego środka zaskarżenia przed sądem. Zgodnie z art. 43 ust. 1 dyrektywy, dotyczy to także decyzji wydawanych w trybie granicznym.

Co prawda art. 46 ust. 6 dyrektywy 2013/32 przewiduje, że w postępowaniach granicznych sąd decyduje o prawie wnioskodawcy do pozostania na terytorium państwa członkowskiego (a zatem złożenie odwołania nie powoduje automatycznego skutku zawieszającego), jednakże zgodnie z art. 46 ust. 7, warunkiem wprowadzenia takiej możliwości jest posiadanie przez wnioskodawcę tłumaczenia, pomocy prawnej i co najmniej tygodnia, aby przygotować wniosek o wstrzymanie wykonania decyzji zobowiązującej do powrotu. W warunkach detencji trudne będzie zapewnienie wnioskodawcy wszystkich tych gwarancji. Ponadto, warunkiem wprowadzenia takiej możliwości badanie przez sąd decyzji odmownej organu rozstrzygającego pod względem zarówno faktycznym, jak i prawnym. Tymczasem, krajowe sądy administracyjne badają decyzje organów administracji wyłącznie pod względem prawnym (art. 57 § 1 pkt 3 i art. 145 § 1 p.p.s.a.).

W takiej sytuacji zastosowanie znajdzie art. 46 ust. 5 dyrektywy 2013/32, który daje wnioskodawcom prawo do pozostania na terytorium państwa członkowskiego 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. Wniosek taki potwierdza również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE (wyrok z dnia 19 czerwca 2018 r. w sprawie C-181/16, Sadikou Gnandi przeciwko État belge, pkt 55-62). Należy podkreślić, że w wyroku TSUE C-199/11 Europeise stwierdzono, że na zasadę skutecznej ochrony sądowej składa się m.in. prawo dostępu do sądu (pkt 48 wyroku), tymczasem możliwość szybkiego wydalenia cudzoziemca powoduje brak możliwości uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym / sądowym.

W związku z powyższym, zdaniem HFPC, decyzja zobowiązująca cudzoziemca do powrotu, wydana w postępowaniu granicznym nie powinna być wykonalna aż do upływu terminu na złożenie skargi do sądu. Skarga powinna mieć natomiast automatyczny skutek zawieszający jej wykonanie.

Dodatkowo wskazujemy, że z art. 46 ust. 8 dyrektywy 2013/32 wynika, że nawet jeśli rozwiązanie przewidziane w art. 46 ust. 6 ma zastosowanie, to wnioskodawca ma prawo do pozostania na terytorium danego kraju do czasu zakończenia postępowania dotyczącego wniosku o wstrzymanie wykonania decyzji zobowiązującej do powrotu.

Jak wskazaliśmy w uwagach z lutego 2017 r. brak automatycznego skutku zawieszającego wykonanie decyzji zobowiązującej do powrotu stanowi również naruszenie art. 3 i art. 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pojęcie skutecznego środka odwoławczego w rozumieniu art. 13 wymaga możliwości doprowadzenia do zawieszenia wykonania nakazu wydalenia. Zgodnie z orzecznictwem ETPC, w sprawach związanych z wydalaniem cudzoziemca, środek odwoławczy pozbawiony automatycznego skutku zawieszającego nie spełnia warunków skuteczności wymaganych na podstawie art. 13 Konwencji (wyroki w sprawach AC i Inni przeciwko Hiszpanii, skarga nr 6528/11, § 88, Sultani przeciwko Francji, skarga nr 45223/05, § 50, Hirsi Jamaa i Inni przeciwko Włochom [Wielka Izba], skarga nr 27765/09, § 200, M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji [Wielka Izba], skarga nr 30696/09, §§ 290 do 293). Należy zatem stwierdzić, że możliwość wykonania decyzji powrotowej, zanim

cudzoziemiec będzie mógł skorzystać ze środka odwoławczego, tym bardziej przesądza o tym, iż proponowane rozwiązania nie spełniają warunku skuteczności z art. 13 Konwencji.

Podobnie jak w uwagach zgłoszonych w lutym 2017 r. wskazujemy, że projektowany 7-dniowy termin na złożenie skargi do sądu administracyjnego (art. 39b ust. 4 pkt 4 projektu) nie może zostać uznany za rozsądny w rozumieniu art. 46 ust. 4 dyrektywy 2013/32. Należy podkreślić, że skarga do sądu administracyjnego musi być sporządzona w języku polskim i musi spełniać określone w przepisach prawa wymogi formalne (m.in. art. 54 i art. 57 p.p.s.a.). Cudzoziemcy przebywający w strzeżonym ośrodku, a zatem w warunkach utrudnionego dostępu do pomocy prawnej, tłumaczenia, braku dostępu do akt sprawy oraz utrudnionej możliwości działania, mogą nie być w stanie w tak krótkim terminie przygotować skargi. Sytuacja taka oznacza, że projektowane rozwiązania nie spełniają również wymogów skutecznego środka odwoławczego w rozumieniu art. 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i standardu wynikającego z orzecznictwa ETPC (m.in. wyrok w sprawie I.M. przeciwko Francji, skarga nr 9152/09, §§ 144-154).

Należy jednocześnie wskazać, że system odwoławczy (w szczególności w postępowaniach granicznych) nie spełnia wymogów skutecznego środka odwoławczego zawartych w art. 46 ust. 1 i 3 dyrektywy 2013/32 (pełne rozpatrzenie *ex nunc* zarówno okoliczności faktycznych, jak i kwestii prawnych sprawy). Krajowe sądy administracyjne, jak już wskazano wyżej, rozpatrują wyłącznie okoliczności prawne, natomiast ocena zaskarżonej decyzji dokonywana jest *ex tunc* (art. 133 § 1 p.p.s.a.), czyli podstawą orzekania sądu jest materiał zebrany przez organy administracji, a sam sąd nie dokonuje ustaleń faktycznych. Sąd bada jedynie, czy ustalenia te odpowiadają prawu (uchwała pełnego składu NSA z 26.10.2009, sygn. akt I OPS 10/09). Należy również zwrócić uwagę, że zgodnie z orzecznictwem TSUE sąd rozpatrujący odwołanie powinien mieć możliwość przesłuchania wnioskodawcy dla celów pełnego rozpatrzenia *ex nunc* zarówno okoliczności faktycznych, jak i kwestii prawnych sprawy (wyrok z dnia 26 lipca 2017 r., w sprawie C-348/16, Moussa Sacko).

Skargi do sądu administracyjnego nie można zatem uznać za skuteczny środek odwoławczy w rozumieniu przepisów dyrektywy 2013/32. Należy również podkreślić, że o ile w postępowaniu zwykłym Rada do Spraw Uchodźców (której z kolei nie można uznać za sąd w rozumieniu prawa UE) dokonuje oceny *ex nunc* zarówno okoliczności faktycznych, jak i kwestii prawnych sprawy, to w postępowaniu granicznym żaden organ odwoławczy nie dokonuje pełnego rozpatrzenia wszystkich okoliczności sprawy, co jeszcze bardziej ogranicza prawa proceduralne wnioskodawców. Taka sytuacja powoduje, że system odwoławczy, zarówno w sprawach granicznych, jak i w prowadzonych w trybie zwykłym wymaga zasadniczej przebudowy.

7. art. 1 pkt 8)

W zakresie art. 44 – przesłuchanie wnioskodawcy prowadzi tylko Szef Urzędu

Wedle projektowanego rozwiązania, Rada do Spraw Uchodźców nie przeprowadza przesłuchania wnioskodawcy w postępowaniu odwoławczym. HFPC wnosi o odstąpienie od tego rozwiązania. Stanowi ono niczym nieuzasadnione ograniczenie postępowania odwoławczego i praw proceduralnych cudzoziemca. Biorąc pod uwagę, że co do zasady, postępowanie przed Radą do Spraw Uchodźców stanowi kontynuację postępowania prowadzonego przed Szefem Urzędu, wnioskodawca powinien mieć prawo do dodatkowego wyjaśnienia swoich zeznań czy przedstawienia istotnych okoliczności sprawy, których nie przedstawił podczas przesłuchania w pierwszej instancji.

Z kolei Rada do Spraw Uchodźców, działając jako organ II instancji i widząc potrzebę uzupełnienia czy weryfikacji zeznań wnioskodawcy, powinna mieć możliwość przesłuchania wnioskodawcy w ramach postępowania odwoławczego.

Uwaga ta jest aktualna także w odniesieniu do art. 1 pkt 14) projektu, w zakresie art. 54d w ust. 1 dotyczącego postępowania w sprawie pozbawienia cudzoziemca ochrony międzynarodowej.

8. Art. 1 pkt 11)

W zakresie art. 51a ust. 5 – postępowanie prowadzone w trybie granicznym jako przesłanka do stwierdzenia niebezpieczeństwa ucieczki i braku możliwości zastosowania dobrowolnego powrotu

Projektowany przepis przewiduje, że oceniając prawdopodobieństwo ucieczki, bierze się pod uwagę w szczególności okoliczność tą, czy cudzoziemiec jest umieszczony w strzeżonym ośrodku lub stosuje się wobec niego środki alternatywne w związku z postępowaniem prowadzonym w trybie granicznym.

Podobnie jak w uwagach z lutego 2017 r. wnosimy o niewprowadzanie tego rozwiązania, gdyż jest ono niezgodne z art. 3 pkt 7 dyrektywy 2008/115². Przepis ten nie zawiera przesłanki, wedle której zastosowanie wobec cudzoziemca trybu granicznego dawałoby możliwość nieorzekania o dobrowolnym powrocie.

Należy również zwrócić uwagę, że zgodnie z orzecznictwem TSUE wszelka ocena ryzyka ucieczki musi być oparta na indywidualnym zbadaniu przypadku danej osoby, zaś decyzje podejmowane na mocy dyrektywy 2008/115 powinny być podejmowane indywidualnie, na podstawie obiektywnych kryteriów (wyrok w sprawie C-146/14 PPU Mahdi, pkt 70 oraz wyrok w sprawie Sagor, C-430/11, pkt 41). W orzecznictwie TSUE wskazano, że sam fakt, iż cudzoziemiec nie posiada dokumentów tożsamości, nie uzasadnia sam w sobie przedłużenia detencji przewidzianego w art. 15 ust. 6 dyrektywy 2008/115 (Mahdi pkt. 73).

Projektowane rozwiązania (w połączeniu z projektowanym art. 334a ust. 4, wedle którego cudzoziemcowi, którego wniosek był rozpatrywany w trybie granicznym nie zapewnia się pomocy w dobrowolnym powrocie) skłaniają do przyjęcia, że przesłanka prowadzenia postępowania w trybie granicznym będzie zawsze skutkować uznaniem, że istnieje ryzyko ucieczki i brak jest możliwości skorzystania z dobrowolnego powrotu. To z kolei powodować będzie, że decyzja nie będzie podejmowana w oparciu o indywidualne badanie sytuacji danego cudzoziemca, czego wymaga prawo UE.

9. Art. 1 pkt 16)

W zakresie art. 55 ust. 1a – zaświadczenie tożsamości wydaje się wnioskodawcy po zwolnieniu ze strzeżonego ośrodka lub aresztu dla cudzoziemców

Podobnie jak w uwagach z lutego 2017 r. wnosimy o niewprowadzanie tego rozwiązania. Jest ono niezgodne z art. 27 Konwencji Genewskiej z 1951 r., wedle którego państwa wydają dokumenty tożsamości każdemu uchodźcy znajdującemu się na ich terytorium, który nie posiada ważnego dokumentu podróży. Cudzoziemiec powinien zatem otrzymać TZTC już na etapie składania wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej.

² 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.

10. Art. 1 pkt 21)

W zakresie art. 74 ust. 1 pkt 1) – początkowy termin zapewnienia wnioskodawcom pomocy socjalnej

Obecne przepisy stanowią, że pomoc socjalną i opiekę medyczną zapewnia się wnioskodawcom, począwszy od dnia zgłoszenia się cudzoziemca do ośrodka. Jedynie w sytuacjach szczególnych, związanych z zagrożeniem życia lub zdrowia cudzoziemca, opieka medyczna przysługuje od dnia złożenia przez cudzoziemca wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej (art. 74 ust. 1 pkt 1 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony).

Należy jednakże wskazać, że w orzecznictwie TSUE wskazano, że wnioskodawcy powinni mieć możliwość korzystania z pomocy socjalnej już od momentu złożenia wniosku o udzielenie ochrony (wyrok w sprawie C-179/11 Cimade, GISTI, pkt 39; wyrok w sprawie C-79/13, Saciri, pkt 33), a zatem przepisy krajowe powinny zostać odpowiednio zmienione.

Wskazujemy również na to, że zgodnie z ww. orzecznictwem TSUE zasiłki pieniężne muszą wystarczać do zapewnienia godnego poziomu życia odpowiedniego dla stanu zdrowia osób ubiegających się o azyl oraz ich utrzymania, pozwalając im na dysponowanie w szczególności zakwaterowaniem w razie potrzeby na prywatnym rynku najmu. W związku z powyższym, wysokość świadczeń pieniężnych na pokrycie we własnym zakresie kosztów pobytu na terytorium RP, powinna obejmować także obowiązek zapewnienia godnego poziomu życia i wzięcia pod uwagę sytuacji osób mających specjalne potrzeby oraz konieczność ustalenia ich w takiej wysokości, aby były one wystarczające do utrzymania jednośc rodziny oraz dobra dziecka. Kwoty wypłacane cudzoziemcom na pokrycie we własnym zakresie kosztów pobytu (ok. 750 zł miesięcznie dla osoby samotnie gospodarującej) są niższe niż minimum socjalne (wyznaczające próg ubóstwa), ogłaszane przez Instytut Pracy i Spraw Socjalnych. Minimum to w 2017 r. wynosiło 1134,46 zł dla jednoosobowego pracowniczego gospodarstwa domowego. Co więcej, kwota świadczenia jest niewiele wyższa niż minimum egzystencji, które wynosiło w 2017 r. 574,01 zł. W związku z powyższym proponujemy również rozważenie powiązania wysokości świadczenia pieniężnego na pokrycie we własnym zakresie kosztów pobytu ze wskaźnikiem minimum socjalnego, w ten sposób, że wysokość świadczenia pieniężnego każdorocznie byłaby waloryzowana co najmniej do wysokości ubiegłorocznego minimum socjalnego. W piśmie do HFPC nr DAiPM-WSNPA-0231-2-/2016 z dnia 18 stycznia 2019 r. MSWiA wskazało na możliwość wprowadzenia proponowanych rozwiązań. Wydaje się, że obecnie trwające prace nad nowelizacją przepisów są dobrym momentem na wprowadzenie omawianych zmian.

11. Art. 1 pkt 29)

W zakresie art. 88 ust. 3 pkt 1) – stosowanie jednocześnie wszystkich środków alternatywnych w stosunku do wnioskodawców, wobec których stosowane jest postępowanie w trybie granicznym

Zdaniem HFPC projektowane rozwiązanie spowoduje, że w praktyce zastosowanie rozwiązań alternatywnych w ramach postępowań granicznych będzie znaczenie utrudnione i mocno uciążliwe dla cudzoziemców (zwłaszcza w sytuacji, gdy posiadane przez nich środki nie wystarczą do wpłaty zabezpieczenia pieniężnego). A zatem, proponowane rozwiązanie nie zapewnia efektywnego wdrożenia art. 8 ust. 2 dyrektywy 2013/33³ przewidującego priorytetowe traktowanie środków alternatywnych.

³ 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

12. Art. 1 pkt 30)

W zakresie art. 88a w ust. 3 pkt 2 – stan psychofizyczny wskazujący na bycie ofiarą tortur jako przesłanka do nieumieszczania w strzeżonym ośrodku, w miejsce przesłanki bycia poddanym przemocy

Podobnie jak w uwagach z lutego 2017 r. proponujemy pozostanie przy obecnie obowiązującym katalogu grup cudzoziemców, którzy nie mogą być umieszczani w strzeżonym ośrodku. Należy bowiem zauważyć, że w niektórych przypadkach cudzoziemcy ubiegający się o udzielenie im ochrony międzynarodowej są ofiarami przemocy innej niż tortury (np. różnych form przemocy w rodzinie czy przemocy ze względu na płeć) i z tego powodu również nie powinni być poddawani detencji.

Należy również wskazać, że art. 21 dyrektywy 2013/33 nakazuje objęcie szczególną troską i zapewnienie odpowiednich warunków recepcyjnych cudzoziemcom wymagającym szczególnego traktowania. Do takiej grupy zalicza się m.in. ofiary poważnych form przemocy jako kategorią osobną w stosunku do wnioskodawców poddanych torturom. Z kolei art. 25 dyrektywy nakazuje zapewnienie ofiarom tortur, zgwałcenia lub innych poważnych aktów przemocy niezbędne leczenie wymagane ze względu na szkody wyrządzone takimi aktami, w szczególności dostęp do odpowiedniej opieki medycznej i psychologicznej. Tymczasem z doświadczenia HFPC wynika, że ośrodki strzeżone nie zapewniają takiej opieki. Dodatkowo, sam pobyt w warunkach pozbawienia wolności może pogorszyć stan zdrowia wnioskodawców.

Ponadto art. 400 ustawy o cudzoziemcach wyłącza możliwość zastosowania detencji wobec cudzoziemca, którego stan psychofizyczny stwarza domniemanie, że był poddany przemocy. Skoro zatem takie wyłączenie zostało utrzymane wobec migrantów przebywających w Polsce z przyczyn innych niż doznane w przeszłości prześladowania (np. wykonujących pracę bez zezwolenia), tym bardziej więc takie wyłączenie powinno dotyczyć osób ubiegających się o ochronę międzynarodową.

13. Art. 1 pkt 31)

W zakresie art. 88b ust. 1b – umieszczenie w strzeżonym ośrodku cudzoziemca, wobec którego postępowanie prowadzone jest w trybie granicznym

Przepis ten wprowadza rozwiązanie, wedle którego wnioskodawca jest umieszczany w strzeżonym ośrodku lub areszcie dla cudzoziemców położonym możliwie najbliżej przejścia granicznego, w którym wnioskodawca złożył wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej.

Zdaniem HFPC rozwiązanie to jest niezgodne z art. 43 ust. 1 dyrektywy 2013/32, który stanowi, że postępowania graniczne mają pozwalać na podejmowanie decyzji na granicach lub w strefach tranzytowych. Tymczasem wszystkie strzeżone ośrodki znajdują się na terytorium RP (nie zaś na granicy lub w strefie tranzytowej). Takie rozwiązanie powoduje również, że będzie się uznawać, że wnioskodawca nie przekroczył granicy, pomimo iż fizycznie będzie się znajdował się na terytorium RP.

14. Art. 1 pkt 32) lit. a)

W zakresie art. 89 ust. 1 – maksymalne terminy detencji

Przepis ten, wskazując na maksymalne terminy detencji, jednocześnie nie zawiera gwarancji określonych w art. 9 ust. 1 dyrektywy 2013/33, zgodnie z którymi detencja jest stosowana na możliwie najkrótszy okres i jedynie tak długo, jak długo aktualne są przesłanki jej zastosowania. Proponujemy zatem wprowadzenie do niniejszego projektu rozwiązania zawartego w powołanym przepisie dyrektywy 2013/33.

15. Art. 1 pkt 32) b)

W zakresie art. 89 ust. 1a – przedłużenie pobytu cudzoziemca w strzeżonym ośrodku do 90 dni, gdy istnieje uzasadnione przypuszczenie, że wykonanie zobowiązania cudzoziemca do powrotu orzeczonego w decyzji wydanej w trybie granicznym ulegnie przedłużeniu

W ocenie HFPC rozwiązanie to jest niezgodne z prawem UE.

Należy założyć, że przedłużenie pobytu cudzoziemca w strzeżonym ośrodku na tej podstawie oparte zostało o przepisy dyrektywy 2008/115, gdyż ma na celu zabezpieczenie decyzji o zobowiązaniu do powrotu orzeczonej w decyzji wydanej w ramach postępowania w sprawie o udzielenie ochrony międzynarodowej wydanej w trybie granicznym. Przedłużenie to następuje jeszcze przed skorzystaniem przez cudzoziemca ze środka odwoławczego w postaci złożenia skargi do sądu administracyjnego. Niezależnie od kwestii czy skarga do sądu administracyjnego spełnia przesłanki skutecznego środka odwoławczego (jak wskazano wyżej w ocenie HFPC przesłanki te nie są spełnione), to nawet przyjęcie rozwiązań zapewniających taką skuteczność, powoduje, że na czas rozpatrywania odwołania cudzoziemiec pozostaje wnioskodawcą ubiegającym się o ochronę. A zatem, w okresie rozpatrywania odwołania od decyzji dotyczącej ochrony międzynarodowej, nie może być wobec niego stosowana dyrektywa 2008/115, w tym także nie można go umieścić w strzeżonym ośrodku w oparciu o przepisy tej dyrektywy (wyrok TSUE w sprawie C-181/16 Gnandi, pkt 43 i 62).

Ponadto art. 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115 przewiduje określone przesłanki zastosowania detencji w tej sytuacji. Jedną z nich jest ryzyko ucieczki, które powinno być badane indywidualnie. Tymczasem projektowany przepis zawiera nakaz automatycznego przedłużenia detencji, bez zbadania indywidualnych przesłanek.

16. Art. 1 pkt 32)

W zakresie art. 89 ust. 2 oraz art. 89 ust. 5a – przedłużenie pobytu w strzeżonym ośrodku w przypadku złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej

Proponujemy niewprowadzenia powyższego przepisu.

Powyższy przepis jest niezgodny z art. 8 ust. dyrektywy 2013/33, gdyż przewiduje możliwość umieszczenia cudzoziemca w strzeżonym ośrodku tylko z powodu złożenia przez niego wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej. Ponadto, złożenie kolejnego wniosku nie znajduje się w katalogu podstaw pozbawienia wolności z art. 8 ust. 3 dyrektywy 2013/33.

Przepis ten jest również niezgodny z art. 9 ust. 1 dyrektywy 2013/32, zgodnie z którym zatrzymanie stosuje się wobec wnioskodawców na możliwie najkrótszy okres i jedynie tak długo, jak zastosowanie mają warunki określone w art. 8 ust. 3. Nie można natomiast stwierdzić, aby okres 12 miesięcy był najkrótszym możliwym okresem.

17. Art. 1 pkt 32) lit. b)

W zakresie art. 89 pkt 7 – ocena możliwości zastosowania środków alternatywnych przez sąd

Przepis ten przewiduje, że sąd, rozpatrując wniosek o przedłużenie detencji cudzoziemca, ocenia możliwość zastosowania środków alternatywnych. Ponadto, przepis ten wyłącza możliwość zastosowania środków alternatywnych przy przedłużaniu pobytu w strzeżonym ośrodku w oparciu o prowadzenie postępowania w trybie granicznym.

Rozwiązanie takie jest niezgodne z art. 8 ust. 2 dyrektywy 2013/33, który wskazuje na możliwość zastosowania detencji tylko wówczas, jeżeli nie można skutecznie zastosować łagodniejszych środków przymusu. Przepis ten ma zastosowanie do wszystkich podstaw detencji, w tym także związanej z podjęciem decyzji w sprawie prawa wnioskodawcy do przybycia na terytorium państwa członkowskiego.

Tak samo dyrektywa 2008/115, mająca zastosowanie w sytuacji, gdy wobec wnioskodawcy została wydana decyzja zobowiązująca do powrotu w postępowaniu granicznym (art. 89 ust. 1a projektu) zawiera prymat środków wolnościowych nad detencją (art. 15 ust. 1 dyrektywy).

18. Art. 1 pkt 35)

W zakresie art. 89p ust. 1 – Rada do Spraw Uchodźców jako organ odwoławczy

Przepis ten pozostawia Radę do Spraw Uchodźców jako organ rozpatrujący odwołania od decyzji i zażalenia na postanowienia wydawane przez Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców, z wyjątkiem spraw prowadzonych w trybie granicznym. Według HFPC obecnie obowiązujące i projektowane przepisy nie zapewniają wnioskodawcom prawa do skutecznego środka odwoławczego przed sądem (art. 46 dyrektywy 2013/32).

Jak już wskazano wyżej, skarga do sądu administracyjnego nie może zostać uznana za skuteczny środek odwoławczy ze względu na to, że sąd rozpatruje *ex tunc* wyłącznie prawne aspekty sprawy (patrz również wyrok TSUE (wielka izba) z dnia 19 września 2006 r. w sprawie C-506/04 Wilson, gdzie stwierdzono, że sąd, którego właściwość ogranicza się do kwestii prawnych, nie ma pełni kompetencji orzeczniczych, pkt 61 wyroku).

Z kolei Rady do Spraw Uchodźców nie można uznać za sąd w rozumieniu prawa UE. Orzecznictwo TSUE wskazywało warunki, jakie powinien spełnić dany organ, aby mógł być on uznany za sąd w rozumieniu prawa UE, w tym także w rozumieniu dyrektywy 2013/32. W wyroku w sprawie C-175/11, H.I.D., B.A. TSUE stwierdził, że przy dokonywaniu oceny czy organ ma charakter sądu lub trybunału należy wziąć pod uwagę w szczególności podstawę prawną istnienia organu, jego stały lub tymczasowy charakter, obligatoryjny charakter jego jurysdykcji, kontradiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość (pkt 83-103). Z kolei w wyroku C-493/11, Bełow TSUE stwierdził, że za sąd nie można uznać organu, który ma status strony pozwanej w postępowaniu przed sądem administracyjnym i który może wnieść odwołanie od wyroku sądu administracyjnego uchylającego jego decyzję do sądu wyższej instancji (pkt 49).

Stosując powyższe wytyczne, nie można stwierdzić, aby Rada do Spraw Uchodźców spełniała te warunki. Przede wszystkim, nie jest ona organem niezależnym, gdyż stanowi część administracji publicznej (jest organem wyższego stopnia w stosunku do organu administracji publicznej, jakim jest Szef Urzędu – art. 17 pkt 3) k.p.a.). Ponadto, postępowanie przed Radą nie ma charakteru kontradiktoryjnego i oparte jest o przepisy postępowania administracyjnego. Co prawda TSUE stwierdził w ww. wyroku C-175/11, że wymóg kontradiktoryjności nie jest bezwzględny, ale wskazał także, że w ramach postępowania przed organem irlandzkim, który został uznany przez TSUE za sąd, organ ten miał możliwość przeprowadzenia rozprawy oraz wysłuchania wystąpień zarówno wnioskodawcy, jak i organu I instancji. Przepisy polskie takiej możliwości nie przewidują, gdyż organ I instancji nie ma charakteru strony w tym postępowaniu. Tym bardziej, iż zgodnie z projektowanymi przepisami, Rada nie będzie nawet miała możliwości przesłuchania wnioskodawcy. Należy również wskazać, że decyzja Rady do Spraw Uchodźców może zostać zaskarżona do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (i następnie w drodze skargi kasacyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego) w

postępowaniu, przed którym Rada jest stroną postępowania, co zgodnie z wyrokiem Bełw wyklucza możliwość uznania jej za sąd.

19. Art. 3 pkt 2)

W zakresie projektowanego art. 196 ust. 1 pkt 6a ustawy o cudzoziemcach – odmowa wszczęcia postępowania w sprawie udzielenia cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt stały.

Proponujemy, aby projektowana możliwość wyłączenia została wobec cudzoziemców ubiegających się o pobyt stały ze względu na polskie pochodzenie, w oparciu o art. 195 ust. 1 pkt 3 ustawy o cudzoziemcach oraz art. 195 ust. 1 pkt 9 ustawy o cudzoziemcach. Propozycja w obecnym kształcie jest bowiem niezgodna z art. 52 ust. 5 Konstytucji RP, dającym osobom o polskim pochodzeniu możliwość osiedlenia się w Polsce.

20. Art. 3 pkt 3)

W zakresie projektowanego art. 199 ust. 2 pkt 1a u. o c. – cofnięcie zezwolenia na pobyt stały wydanego z uwagi na okoliczność przebywania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej lub zgody na pobyt ze względów humanitarnych.

Proponujemy, aby zrezygnować z tego przepisu. Zezwolenie na pobyt stały jest zezwoleniem bezterminowym, a dotychczasowe przesłanki z art. 195 ustawy o cudzoziemcach stanowiące podstawę do jego cofnięcia uznać należy za wyczerpujące, są to bowiem okoliczności wyjątkowe (należą do nich interes państwa, względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego czy fałszerstwo).

Część przesłanek stanowiących podstawę do cofnięcia statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej lub zgody na pobyt ze względów humanitarnych związana jest wyłącznie z szeroko rozumianym zwróceniem się o ochronę do władz kraju pochodzenia. Należy mieć przy tym na uwadze zmieniającą się sytuację w krajach pochodzenia cudzoziemców, a także okoliczność, że wielu cudzoziemców ubiega się o pobyt stały dopiero po wielu latach posiadania jednej z form ochrony w Polsce (a nie po upływie okresu minimalnego). Tym samym, okoliczność cofnięcia zezwolenia bezterminowego, z uwagi na wystąpienie przesłanek do cofnięcia pierwotnego zezwolenia należy uznać za nieproporcjonalną i naruszającą fundament zezwolenia bezterminowego jakim jest pobyt stały.

21. Art. 3 pkt 16)

W zakresie projektowanego art. 321 u. o c.

W związku z projektowanymi zmianami, w zakresie postępowań powrotowych, będą funkcjonowały równoległe dwa różne organy pierwszej instancji: Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców oraz Komendanci Placówek i Oddziałów SG, oraz drugiej instancji: Rada do Spraw Uchodźców oraz odpowiednio Komendant Główny SG, orzekające o zobowiązaniu do powrotu i przesłankach wyłączających orzeczenie o powrocie, a skutkujących udzieleniem zgody na pobyt. Prowadzić to może do rozbieżności w orzecznictwie i różnej praktyki orzeczniczej. Jest to działanie niespójne z założeniami projektodawcy zawartymi w innych przepisach, które stanowią m.in. o przekazaniu Komendantowi Głównemu Straży Granicznej kompetencji Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców do udzielania cudzoziemcom pomocy w dobrowolnym powrocie, które zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy ma na celu zniesienie podziału kompetencji do orzekania w sprawie udzielania cudzoziemcom pomocy w dobrowolnym powrocie.

22. Art. 3 pkt 19)

Uchylenie art. 331 u. o c. wedle którego, w przypadku złożenia do sądu administracyjnego skargi na decyzję o zobowiązaniu do powrotu wraz z wnioskiem o wstrzymanie jej wykonania, termin dobrowolnego powrotu lub termin wykonania decyzji przedłuża się do dnia wydania przez sąd postanowienia w sprawie tego wniosku.

Wnioskujemy o nieuchylenie tego przepisu.

Pozostawienie treści art. 331 w obecnym brzmieniu w dalszym ciągu pozwoli na zapewnienie cudzoziemcom skuteczne prawo do sądu w rozumieniu Konstytucji RP (art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP). Należy wskazać, że zarówno Rada do Spraw Uchodźców (organ II instancji właściwy do wydania decyzji w tym przedmiocie w postępowaniu w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej), jak i Komendant Główny Straży Granicznej (organ II instancji właściwy do wydawania innych decyzji o zobowiązaniu do powrotu) nie jest sądem w rozumieniu przepisów Konstytucji RP, a zatem postępowanie przed tymi organami nie spowoduje realizacji prawa do skutecznego środka odwoławczego przed sądem. Tym bardziej nie jest nim Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców (jedyne organ orzekający w trybie granicznym). Konstytucyjne prawo do sądu może znaleźć realizację tylko wówczas, gdy sprawa zostanie rozpatrzona przez sąd administracyjny, zaś cudzoziemiec będzie mógł osobiście wziąć udział w postępowaniu sądowym (więcej uwag na ten temat znajduje się w uwagach z lutego 2017 r.).

Dodatkowo, obecnie obowiązujący system odwoławczy nie zapewnia cudzoziemcom prawa do skutecznego środka odwoławczego, gwarantowanego w art. 47 Karty praw podstawowych jak i w dyrektywie 2013/32 oraz dyrektywie 2008/115. Jak już wskazano, wyżej powołane organy administracji nie są sądem w rozumieniu prawa UE. Także skarga do sądu administracyjnego nie spełnia warunków skutecznego środka odwoławczego. Tymczasem uchylenie tego przepisu jeszcze bardziej uszczupli prawa proceduralne cudzoziemców, którzy powinni mieć możliwość pozostania na terytorium RP na czas rozpatrywania ich środka odwoławczego. TSUE w wyroku C-199/11, *Europese Gemeenschap v Otis NV and Others* stwierdził, że na zasadę skutecznej ochrony sądowej składa się m.in. prawo dostępu do sądu (pkt 48 wyroku).

Jeśli chodzi o przepisy dyrektywy 2013/32 mające zastosowanie do cudzoziemców ubiegających się o ochronę międzynarodową, to zgodnie z jej art. 46 ust. 5 dyrektywy państwa członkowskie są zobowiązane do zezwalania wnioskodawcom na pozostawanie na swym 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. Zasada ta została potwierdzona w wyroku TSUE X, Y przeciwko *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-180/17.

Ponadto, w orzecznictwie TSUE wskazano, że gdy państwo członkowskie postanawia wydalić wnioskującego o udzielenie ochrony międzynarodowej do państwa, w którym istnieją istotne podstawy, aby uznać, że byłby on narażony na rzeczywiste ryzyko traktowania sprzecznego z art. 18 karty w związku z art. 33 konwencji dotyczącej statusu uchodźców, uzupełnionej odnoszącym się do niej protokołem, lub z art. 19 ust. 2 karty, przewidziane w art. 47 karty prawo do skutecznej ochrony sądowej wymaga, aby temu wnioskodawcy przysługiwał środek zaskarżenia zawieszający z mocy prawa wykonanie środka umożliwiającego jego wydalenie (wyrok w sprawie *Gnandi*, C-181/16, pkt 28).

Ponadto, w przywołanym orzeczeniu, *Gnandi* Trybunał stwierdził, że w odniesieniu do decyzji nakazującej powrót oraz ewentualnej decyzji o wydaleniu ochrona związana z prawem do skutecznego środka prawnego, a także z zasadą *non-refoulement* powinna być zapewniona

poprzez przyznanie wnioskującemu o udzielenie ochrony międzynarodowej prawa do skutecznego środka prawnego, któremu przysługuje skutek zawieszający z mocy prawa, co najmniej przed sądem (pkt 58).