



Lublin, 24.06.2021 r.

DP-WLM-0231-58/2021/MM

Szanowny Pan
Bartosz Brodecki
Podsekretarz Stanu
Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i
Administracji
e-mail: dep.prawny@mswia.gov.pl

Szanowny Panie Ministrze,

Po zapoznaniu się z projektem zmian w ustawie o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw chcieliśmy przedstawić kilka uwag do przedłożonego do konsultacji projektu, wnosząc o rozważenie ich uwzględnienia.

1. Likwidacja instytucji Aresztu dla Cudzoziemców

Proponowana w ustawie likwidacja instytucji Aresztu dla Cudzoziemców jest rozwiązaniem słusznym. W praktyce zdarzało się, iż sądy nie rozumiały różnic między aresztem, a ośrodkiem strzeżonym i uwzględniały wnioski niektórych organów SG uzasadniając to „możliwością ucieczki cudzoziemca z SOdC”. Ponadto znamy przypadki długotrwałego przebywania w Areszcie dla Cudzoziemców (jeden zakończony 03.06.2021 r. trwał nawet ponad 14 miesięcy), co w świetle uzasadnienia projektu zmiany ustawy o cudzoziemcach podważa argumentację Komendanta BiOSG deklarującego wielokrotnie konieczność przedłużenia tego środka wobec umieszczonego tam cudzoziemca. Wielomiesięczne przetrzymywanie cudzoziemców (czasem w jednoosobowych celach) i poddawanie ich regularnym kontrolom osobistym miało na pewno charakter sankcji karnej. Dobrze, że instytucja Aresztu dla Cudzoziemców przejdzie do historii.



2. Przeniesienie kompetencji do rozpatrywania odwołań od decyzji organów SG w sprawach zobowiązania cudzoziemca do powrotu na Komendanta Głównego Straży Granicznej

Instytut na rzecz Państwa Prawa krytycznie ocenia zmianę proponowaną w art. 321 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach. Co prawda niewydolność Departamentu Legalizacji Pobytu UDSC i wieloletnie zaległości w rozpatrywaniu odwołań od decyzji o zobowiązaniu do powrotu (najdłuższe zakończone w 2020 r. postępowanie odwoławcze trwało 1128 dni - ponad trzy lata) wymagają stanowczych działań, jednak różnimy się z projektodawcą co do zastosowanej terapii. Już w przeszłości Instytut na rzecz Państwa Prawa sygnalizował problem wydawania decyzji przez Szefa UDSC przy udziale przebywających w DLP „na szkoleniu” funkcjonariuszy Straży Granicznej. Fakt, że szkolenia te zostały wstrzymane w 2020 roku potwierdza słuszność naszych obaw, że funkcjonariuszom niełatwo jest zachować bezstronność przy ocenie rozstrzygnięć wydawanych przez osoby z tej samej służby. Może tu dojść do źle postrzeganej lojalności korporacyjnej funkcjonariuszy powiązanych często zależnościami służbowymi, a na pewno pracujących w tym samym „pionie” cudzoziemskim.

Sądzymy, że potwierdzeniem tego niebezpieczeństwa może być zbadanie statystyk dotyczących odwołań od decyzji o odmowie wjazdu ze względu na brak wizy wydawanych w I Instancji przez Komendanta PSG w Terespolu. Nie są nam one znane, jednak w sprawach które obserwowaliśmy Komendant Główny Straży Granicznej zawsze utrzymywał w mocy decyzje organu I Instancji. Tymczasem w świetle orzecznictwa polskich sądów administracyjnych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasbourgu odmowa przyjmowania wniosków o ochronę stanowiły oczywiste naruszenie prawa. Niestety wydaje się, że orzecznictwo to zupełnie nie wpłynęło na późniejsze rozstrzygnięcia wydawane przez Komendanta Głównego Straży Granicznej. Obawiamy się więc, że środek odwoławczy przysługujący cudzoziemcowi zobowiązanemu do powrotu będzie miał znaczenie czysto formalne i nie będzie gwarantował bezstronnego i sprawiedliwego rozstrzygnięcia. Co w powiązaniu z nieimplementowaniem przepisu Dyrektywy 2008/115 gwarantującego prawo do nieodpłatnej pomocy prawnej sprawia, że ustawa nadal nie będzie zapewniać cudzoziemcom prawa do skutecznego środka prawnego wynikającego m.in. z art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

Proponowana zmiana może również prowadzić do naruszenia zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego. Zasada dwuinstancyjności jest zasadą konstytucyjną, ustanowioną w art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który stanowi: *"Każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa"* (por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 września 2016 r., II SA/Wa 24/16). W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że jej celem jest zagwarantowanie jednostce, której statusu prawnego dana sprawa



dotyczy, prawa do zaskarżania orzeczeń i decyzji do organu wyższej instancji w celu sprawdzenia (skontrolowania) prawidłowości orzeczenia (vide: wyrok TK z dnia 15 maja 2000 r., SK 29/99, publ. OTK 2000, Nr 4, poz. 110). Ustanowiona w Konstytucji zasada dwuinstancyjności jest realizowana w postępowaniu administracyjnym poprzez jej wyrażenie w art. 15 k.p.a. Zgodnie z tą zasadą, każda sprawa administracyjna, która jest rozpoznana i rozstrzygnięta decyzją organu I instancji, podlega w wyniku wniesienia odwołania, przez legitymowany podmiot, ponownemu rozpoznaniu i rozstrzygnięciu przez organ II instancji. Zgodnie z przepisem art. 15 k.p.a. - postępowanie administracyjne jest dwuinstancyjne, co oznacza, że ta sama sprawa winna być dwukrotnie rozpoznana i rozstrzygnięta przez dwa organy. Ogólnie można zaś przyjąć, że istota zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego polega na dwukrotnym rozpatrzeniu i rozstrzygnięciu przez dwa różne organy tej samej sprawy wyznaczonej treścią zaskarżonego rozstrzygnięcia. Także w orzecznictwie sądów administracyjnych podkreśla się, że istota dwuinstancyjności polega nie tylko na dwukrotnym merytorycznym rozstrzygnięciu tej samej sprawy, lecz także na rozpoznaniu jej przez dwa organy. Do uznania, że zasada dwuinstancyjności postępowania administracyjnego została zrealizowana, nie wystarcza stwierdzenie, że w sprawie zapadły dwa rozstrzygnięcia dwóch organów różnych stopni (vide: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 listopada 1992 r., sygn. akt V SA 721/92, publ. ONSA 1992, nr 3-4, poz. 95). Właściwe wypełnienie zasady dwuinstancyjności wymaga bowiem podjęcia dwóch kolejnych rozstrzygnięć przez dwa różne organy.

W opinii Instytutu przeniesienie kompetencji Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców na Komendanta Głównego Straży Granicznej jako organu wyższego stopnia w stosunku do komendantów oddziałów Straży Granicznej i komendantów placówek Straży Granicznej może stanowić w praktyce zagrożenie dla zasady dwuinstancyjności. Trzeba mieć na względzie obowiązujące w Straży Granicznej hierarchiczne podporządkowanie organów Komendantowi Głównemu SG, ale też funkcjonowanie w praktyce ściśle ze sobą powiązanych pionów „cudzoziemskich” czy „granicznych” tej służby. Należy wziąć pod uwagę, że decyzje w sprawach zobowiązania do powrotu wydawane są, a potem mają być kontrolowane przez funkcjonariuszy identyfikujących się ściśle z pionem cudzoziemskim koordynowanym przez Zarząd do Spraw Cudzoziemców Komendy Głównej SG, poprzez Wydziały do Spraw Cudzoziemców na poziomie Komend Oddziałów, czy Grupy do Spraw Cudzoziemców w poszczególnych placówkach. Oznacza to, że funkcjonariusze pionu cudzoziemskiego w praktyce nie działają wyłącznie w systemie zależności służbowej wewnątrz swojej placówki czy Komendy Oddziału. Z naszych obserwacji, wynika, że łączy ich równie silna więź z całym pionem cudzoziemskim. To powiązanie ma nawet umocowanie w aktach wewnętrznych SG. Np. zgodnie z § 6 pkt 2 Regulaminu Organizacyjnego Zarządu do Spraw Cudzoziemców KGSG z 30.04.2014 r. do zadań Dyrektora Zarządu należy „nadzorowanie realizacji zadań przez podległych funkcjonariuszy i pracowników oraz przez



nadzorowane komórki organizacyjne w jednostkach organizacyjnych Straży Granicznej”. Ponadto Dyrektor uprawniony jest do „wydawania podległym funkcjonariuszom i pracownikom wytycznych i poleceń w sprawach związanych z zakresem zadań zarządu, a w zakresie nadzoru zaleceń dla kierowników komórek organizacyjnych w jednostkach organizacyjnych Straży Granicznej”. Oznacza to, że działając jako organ nadzoru Dyrektor Zarządu ma prawo wydawać kierownikom pionu cudzoziemskiego zalecenia z pominięciem Komendanta danej jednostki organizacyjnej Straży Granicznej. Dotyczy to Naczelników Strzeżonych Ośrodków dla Cudzoziemców, Naczelników Wydziałów, jak i Kierowników Grup ds. Cudzoziemców prowadzących postępowania administracyjne w sprawie zobowiązania cudzoziemców do powrotu. Biorąc pod uwagę fakt, że Zarząd do Spraw Cudzoziemców wspólnie z organami SG, na terenie których przebywa zatrzymany cudzoziemiec, odpowiada za wykonanie decyzji powrotowych (realizację operacji powrotowych drogą lotniczą), Instytut na rzecz Państwa Prawa dostrzega znaczne niebezpieczeństwo traktowania całego postępowania powrotowego od początku do końca jako wewnętrznej sprawy Straży Granicznej. Obawiamy się, że skuteczność całej formacji będzie w procesie odwoławczym znacznie wyżej ceniona niż słuszny interes cudzoziemca.

Warto w tym miejscu wskazać na zaobserwowaną w ciągu wielu lat kontaktów z funkcjonariuszami Straży Granicznej ich daleko idącą i okazywaną wobec siebie lojalność (solidarność służby), która (poza zasługującym na szacunek wymiarem ludzkim i organizacyjnym) rodzi jednak wątpliwości, co do możliwości bezstronnego i sprawiedliwego zachowania w sprawach wymagających zachowania równowagi między zapewnieniem bezpieczeństwa państwa a poszanowaniem praw podstawowych (fundamentalna zasada funkcjonowania Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości, por. art. 67 ust.1 i 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej). W opinii Instytutu na rzecz Państwa Prawa projektowana zmiana doprowadzi do naruszenia zasady przewidzianej w art. 8 § 1 Kpa, zgodnie z którym „organy administracji publicznej prowadzą postępowanie w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej, kierując się zasadami proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania”. Mimo tego, że działanie obecnego organu odwoławczego - Szefa Urzędu ds. Cudzoziemców oceniamy krytycznie, nie uważamy, że przekazanie jego kompetencji Komendantowi Głównemu Straży Granicznej jest kierunkiem właściwym. Obawiamy się, że dotychczasowa przewlekłość zostanie zastąpiona pośpiechem. Dowodzi tego optymizm projektodawcy zakładającego, że „jeden funkcjonariusz/pracownik Straży Granicznej może zająć się ok. 258 sprawami rocznie z uwagi na skomplikowany charakter spraw”. Oznacza to, że postępowanie drugo-instancyjne (zapoznanie się z aktami zebranymi w pierwszej instancji, rozpatrzenie wniosków dowodowych, ewentualne przeprowadzenie przesłuchania cudzoziemca, zbadanie informacji o kraju pochodzenia pod kątem zaistnienia przesłanek związanych z koniecznością udzielenia pobytu ze względów humanitarnych lub pobytu tolerowanego, oraz samo przygotowanie



decyzji administracyjnej) według założeń projektodawcy zajmie mniej niż jeden dzień roboczy... Jest to założenie budzące nasz niepokój. Zdaje się ono potwierdzać, iż przeniesieniu kompetencji do rozpatrywania odwołań od decyzji o zobowiązaniu do powrotu na Komendanta Głównego Straży Granicznej przyświeca chęć jak najszybszego rozpatrywania składanych środków odwoławczych, przy jak najniższym nakładzie pracy i jak najniższych kosztach. Instytut na rzecz Państwa Prawa stoi na stanowisku, że musi się to odbić na jakości wydawanych decyzji, a co za tym idzie, będzie to naruszać przepis art. 67 ust. 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zgodnie, z którym „Unia [...] rozwija wspólną politykę w dziedzinie azylu, imigracji i kontroli granic zewnętrznych, opartą na solidarności między Państwami Członkowskimi i **sprawiedliwą wobec obywateli państw trzecich**”. Polityka powrotowa należy do wspólnych polityk rozwijanych w Unii Europejskiej. Dlatego Polska proponując owo przyspieszenie, w przypadku i tak wyjątkowo skutecznie wykonywanych decyzji powrotowych (jesteśmy prawie trzykrotnie bardziej efektywni niż średnia unijna) zapomina o obowiązku sprawiedliwego traktowania cudzoziemców.

3. Skrócenie kodeksowego terminu na wniesienie odwołania od decyzji w sprawie zobowiązania do powrotu do 7 dni (art. 321 ust 2 ustawy o cudzoziemcach)

W opinii Instytutu na rzecz Państwa Prawa aktualny termin 14 dni na sporządzenie odwołania (oparty na art. 129 § 1 Kpa) jest terminem właściwym, a i tak - realiach izolacji cudzoziemców w ośrodkach strzeżonych - dość trudnym do zachowania. Z uwagi na nieznamość polskich realiów i języka cudzoziemcowi – zwłaszcza poddanemu detencji - niełatwo jest samemu odwołać się od decyzji, ani też znaleźć pełnomocnika. W związku z powyższym 7-dniowy termin na złożenie odwołania jest zdecydowanie niewystarczający i prowadzić będzie do niesprawiedliwego i niczym nieusprawiedliwionego pogorszenia sytuacji cudzoziemca, który zwłaszcza w warunkach detencji nierzadko nie jest w stanie poznać nawet treści doręczanej mu w j. polskim decyzji administracyjnej.

Możliwość określenia innego terminu do wniesienia odwołania może wynikać z przepisów szczególnych, niemniej, w naszej opinii, musi być wynikającym z art. 129 § 1 Kpa takie odstępstwo uzasadnione rzeczywistą potrzebą i nie może prowadzić do naruszenia praw strony postępowania. Nie można zapomnieć o tym, że stroną postępowania o zobowiązaniu do powrotu są cudzoziemcy, którzy w zdecydowanej większości nie znają języka polskiego, nie mówiąc już o rozumieniu argumentów zawartych w decyzji o zobowiązaniu do powrotu. Stąd też, prawidłowe sporządzenie odwołania musi być poprzedzone przetłumaczeniem cudzoziemcowi treści decyzji (przez jego pełnomocnika lub tłumacza, jeżeli cudzoziemiec posiada środki finansowe na tłumaczenie, lub kogokolwiek władającego językiem polskim potrafiącego porozumieć się z cudzoziemcem).



Co istotne z art. 15 ust. 1 Dyrektywy 2008/115 wynika obowiązek państwa członkowskiego zapewnienia cudzoziemcowi możliwość skorzystania ze **skutecznych środków odwoławczych**, aby zaskarżyć decyzje dotyczące powrotu, o których mowa w art. 12 ust. 1, przed właściwym organem sądowym lub administracyjnym lub właściwym podmiotem złożonym z osób bezstronnych i posiadających gwarancje niezależności. W polskich realiach nadużywanie długotrwałej detencji administracyjnej oraz skrócenie terminu na wniesienie odwołania do 7 dni prowadzić będzie do ograniczenia możliwości skorzystania ze skutecznych środków odwoławczych. Toteż należy je uznać za sprzeczne z przepisami dyrektywy.

Obecne postulowanie skrócenia terminu na wniesienie odwołania od decyzji organu pierwszej Instancji, przy towarzyszących temu zmianach kompetencyjnych do rozpatrywania odwołania od decyzji i niejasności co do dopuszczalności wykonania decyzji ostatecznej acz nieprawomocnej (przed upływem terminu na wniesienie skargi do sądu administracyjnego) wydaje się być sprzeczne z art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej gwarantującym prawo do skutecznego środka prawnego przed niezależnym sądem.

4. Odstąpienie od wdrożenia Dyrektywy 2008/115 gwarantującej dostęp do nieodpłatnej pomocy prawnej w postępowaniach powrotowych na etapie odwoławczym

Należy mieć na względzie, że projektodawca odstąpił od (zakładanego już w projekcie nowelizacji ustawy o cudzoziemcach z 30 stycznia 2017 roku) wdrożenia Dyrektywy 2008/115 gwarantującego dostęp do nieodpłatnej pomocy prawnej w postępowaniach powrotowych na etapie odwoławczym. W poprzednio konsultowanym projekcie chodziło o stworzenie organu o charakterze quasi-sądowym - Rady do Spraw Cudzoziemców, przed którym cudzoziemiec miałby prawo do bycia reprezentowanym przez opłacanego przez państwo prawnika. Aktualnie ten pomysł porzucono. Z opinii wyrażanych przez przedstawicieli Departamentu Prawa Migracyjnego UDSC wynika, iż Polska zapewnia cudzoziemcom dostęp do nieodpłatnej pomocy prawnej na wniosek w postępowaniu sądowym przed WSA. Jest to zupełnie niezrozumiałe. Projektodawca winien w opinii Instytutu na rzecz Państwa Prawa pochylić się ponownie nad argumentacją użytą w uzasadnieniu do projektu ustawy z 30 stycznia 2017 r., w której stworzenie Rady do Spraw Cudzoziemców jako organu quasi-sądowego było prostszym rozwiązaniem niż przekazanie rozpatrywania skarg na decyzję organu I Instancji bezpośrednio do sądu administracyjnego. W uzasadnieniu tym czytamy: „przepisami szczególnymi należałoby dokonać bardzo głębokiej modyfikacji ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2016 r. poz. 718 z późn. zm.) ze względu na oczywistą niezgodność jej przepisów z dyrektywą 2013/32/UE”.



Tymczasem w opiniowanym aktualnie projekcie Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji przestało dostrzegać potrzebę wprowadzenia zmian odnoszących się do środków zaskarżania i dostępu do pomocy prawnej w postępowaniu powrotowym. Tym samym wydaje się, że projektodawca nie zauważa potrzeby wprowadzania jakichkolwiek zmian w PPSA i nie dopatruje się jakichkolwiek luk w dostosowywaniu polskiego prawa do Dyrektywy 2008/115 w tym względzie. Projektodawca zakłada więc, że cudzoziemiec samodzielnie, zgodnie z przepisami ustawy o języku polskim sformułuje skargę do WSA i dołączy do niej wypełniony prawidłowo po polsku wniosek o prawo pomocy. Taki wniosek zgodnie z PPSA pozostawia się bez rozpoznania jeśli nie został złożony na urzędowym formularzu lub którego braków strona nie uzupełniła w określonym terminie (art. 257 PPSA). Co więcej, zgodnie z art. 247 PPSA „Prawo pomocy nie przysługuje stronie w razie oczywistej bezzasadności jej skargi.”

Co ważne z przepisów ustawy nie wynika aktualnie obowiązek dołączenia do decyzji Organu II Instancji wniosku o prawo pomocy przed sądem administracyjnym, a w licznych decyzjach (będących w dyspozycji Instytutu na rzecz Państwa Prawa), które w przeszłości doręczane były cudzoziemcom, organ II Instancji pomijał tłumaczenie wybranych punktów pouczenia, odnoszących się do prawa pomocy. Nie znamy też ani jednego przypadku, aby cudzoziemiec skorzystał z finansowanej przez państwo w ramach wdrożenia przepisów dyrektywy pomocy tłumacza, który wypełniłby za cudzoziemca wniosek o prawo pomocy lub sporządził skargę, która nie byłaby „oczywiście bezzasadna”.

Wydaje się, że zamiarem projektodawcy jest by postępowania w sprawie zobowiązania do powrotu kończyły się decyzją ostateczną na etapie postępowania przed organem I Instancji, przed którym cudzoziemcowi nie przysługuje prawo do pomocy prawnej finansowanej przez państwo. Ewentualnie projektodawca dopuszcza złożenie odwołania do organu II Instancji (związanego funkcjonalnie z podmiotem wydającym decyzję) działającego - zgodnie z założeniami finansowymi ujawnionymi w projekcie nowelizacji - „piekielnie” szybko), gdzie również cudzoziemiec nie ma prawa do finansowanej przez państwo pomocy prawnej. Wreszcie w postępowaniu przed sądem (który nie ma kompetencji do wydania rozstrzygnięcia w zakresie wydania zgody na pobyt ze względów humanitarnych) cudzoziemiec będzie mógł skorzystać z pomocy profesjonalnego pełnomocnika, o ile wystąpi o to w języku polskim, wypełniając i uzasadniając po polsku dość skomplikowany wniosek o przyznanie prawa pomocy.

Instytut na rzecz Państwa Prawa uważa, że przepisy dotychczasowe, jak i proponowana zmiana ustawy o cudzoziemcach nie stanowią prawidłowej implementacji art. 13 ust. 3 i 4 Dyrektywy 2008/115:

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

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

W aktualnym stanie prawnym w praktyce niemożliwe jest wystąpienie przez niewspieranego przez osobę mówiącą w j. polskim z wnioskiem o prawo pomocy przed WSA. Błędne więc jest założenie projektodawcy, że możliwość wystąpienia z wnioskiem o prawo pomocy do WSA stanowi spełnienie obowiązku Polski, zobligowanej do zapewnienia pomocy i reprezentacji prawnej. Jak wyjaśniono powyżej, aby to zrobić cudzoziemiec musiałby najpierw sam sporządzić w języku polskim skargę i dołączyć do niej wypełniony w j. polskim wniosek o prawo pomocy. W opinii Instytutu na rzecz Państwa Prawa jest nieprawdopodobne, aby mógł to zrobić samemu jakikolwiek cudzoziemiec nie znający biegle języka polskiego i nie orientujący się w kwestiach prawno-administracyjnych. Dlatego właśnie jesteśmy absolutnie pewni, że odstąpienie od wprowadzenia przepisów o nieodpłatnej pomocy prawnej zawartych w porzuconym projekcie nowelizacji ustawy o cudzoziemcach świadczy o podjęciu świadomej decyzji uniemożliwiającej cudzoziemcom skorzystanie z uprawnień przyznanych w Dyrektywie 2008/115. Warto podkreślić, że termin wdrożenia art. 13 tego aktu minął 24 grudnia 2011 roku.

5. Wprowadzenie skutecznego systemu monitorowania powrotów przymusowych – nowa kompetencja Rzecznika Praw Obywatelskich

Proponowane rozwiązanie jest słuszne. Jednak sposób wykonania zaleceń określonych w decyzji wykonawczej Rady jest nieprawidłowy. Wydaje się, że nie przeznaczając na tak ważny cel żadnych środków finansowych projektodawca chce, aby instytucja monitoringu powrotów przymusowych nadal miała charakter fasadowy. Zadaniem obserwatorów operacji powrotowych jest nie tylko monitorowanie operacji krajowych, ale też operacji organizowanych przez FRONTEX (których w każdym miesiącu może być kilkanaście). Bez znaczącego zwiększenia nakładu środków na ten cel Polska nie będzie uczestniczyć w monitoringu wspólnych operacji powrotowych, ani nie będzie w stanie brać udziału w doprowadzaniu cudzoziemców do granicy lądowej państwa. Co ważne monitoringiem tym powinno się objąć czynności rozpoczynające się w fazie następującej w Strzeżonym Ośrodku dla Cudzoziemców. Dlatego wydaje się, że w OSR projektodawca pominął zupełnie finansowe koszty zatrudnienia dodatkowych kilku pracowników Biura RPO i ich szkolenia.



Jako jedna z organizacji przeszkolonych w zakresie monitorowania operacji powrotowych w pewnym stopniu zaskoczeni jesteśmy, że projektodawca nie uwzględnił wśród obserwatorów przeprowadzających monitoring osób niezatrudnionych w Biurze RPO, a uczestniczących w monitoringu (np. na mocy udzielonego im przez RPO umocowania) przeszkolonych pracowników organizacji pozarządowych specjalizujących się w monitoringu przestrzegania praw człowieka. Warto wspomnieć, że pozwoliłoby to w okresie przejściowym na wzmocnienie działalności RPO, gdyż jeden z obserwatorów Instytutu na rzecz Państwa Prawa jest również wpisany jako osoba uprawniona do monitorowania operacji organizowanych przez FRONTEX. Wejście w życie ustawy w aktualnym kształcie spowodowałoby prawdopodobnie czasowe ograniczenie monitoringu operacji powrotowych w Polsce do czasu zatrudnienia i przeszkolenia nowego personelu w Biurze RPO.

6. **Detencja małoletnich, w tym małoletnich bez opieki**

Polska została uznana za winną naruszenia Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w związku z postanowieniami Konwencji o Prawach Dziecka ze względu na długotrwałą detencję osób małoletnich [Bistieva and Others v. Poland, application no. 75157/14, judgment of 10/04/2018]. Postulujemy, aby wprowadzić ustawowy zakaz umieszczania w strzeżonych ośrodkach dla cudzoziemców dzieci, lub też skrócenia dopuszczalnego okresu stosowania takiego środka wobec dzieci (np. do 7 dni). W chwili obecnej detencja rodzin z dziećmi stosowana jest w sposób zagrażający rozwojowi psychofizycznemu małoletnich i coraz częściej prowadzi do orzekania przez sądy o konieczności wypłaty zadośćuczynienia za niesłuszne umieszczenie w SOdC.

7. **Konieczność nadania zgodnego z prawem UE brzmienia przepisowi art. 406 ust. 1 pkt 6 ustawy o cudzoziemcach**

W naszej opinii brzmienie **art. 406 ust. 1 pkt 6 ustawy o cudzoziemcach** należy poprawić. Prawo UE stosuje inny test niż aktualnie zawarty w ustawie o cudzoziemcach. Zgodnie z art. 15 (4) dyrektywy 2008/115 „przesłanki zastosowania środka detencyjnego ustają, a dana osoba zostaje niezwłocznie zwolniona, jeżeli okaże się, że nie ma już **rozsądnych perspektyw jej wydalenia** ze względów natury prawnej lub innych, lub że warunki określone w ust. 1 nie są już spełniane”.

Ten sam test potwierdzony został w orzeczeniu TSUE C-357/09 PPU [Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)]. O niezgodności projektowanego brzmienia z prawem UE *expressis verbis* mówi Zalecenie Komisji (UE) 2017/2338 z dnia 16 listopada 2017 r. ustanawiające wspólny "**Podręcznik dotyczący powrotów**" przeznaczony do stosowania przez właściwe organy państw członkowskich wykonujące zadania związane z powrotami, zgodnie z którym:

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

Przy ocenie "rozsądnych perspektyw wydalenia" należy wziąć pod uwagę okresy stosowania środka detencyjnego: z uwagi na nacisk położony w art. 15 (oraz w motywie 6) dyrektywy powrotowej na konkretną indywidualną ocenę poszczególnych przypadków do celów określenia proporcjonalności pozbawienia wolności należy zawsze brać pod uwagę maksymalne stosowania środka detencyjnego w odniesieniu do osoby, której dotyczy konkretny przypadek.]

Tymczasem projektodawca zdaje się nie zauważać błędnej implementacji Dyrektywy Powrotowej 2008/115, widocznej w art. 406 ust. 1 pkt 6 ustawy o cudzoziemcach i posługuje się terminem „niemożliwość” wykonania decyzji o zobowiązaniu do powrotu. Prowadzi to również do zawężenia zakresu kontroli sądowych stosowanej detencji, podczas gdy - zgodnie z Podręcznikiem dotyczącym powrotów - sądowa kontrola winna oceniać, czy zachodzą rozsądne perspektywy wydalenia:

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

Niewłaściwa implementacja art. 15 dyrektywy powrotowej w tym względzie prowadziła często do kontynuowania zbędnej detencji cudzoziemców (np. a/ członków rodziny obywatela UE, b/ cudzoziemskich ojców dzieci, będących obywatelami polskimi, z którymi ci ojcowie zamieszkiwali przed zatrzymaniem, c/ cudzoziemców, co do których placówki konsularne państw trzecich odmawiały wydania dokumentów podróży lub zupełnie zaprzeczały przynależności cudzoziemca do państwa, do którego Organy SG nakazywały cudzoziemcom wrócić). Instytut na rzecz Państwa Prawa zna takie przykłady (np. jeden z cudzoziemców trzy lata temu spędził w ten sposób w SOdC w Białymstoku i Krośnie Odrzańskim nieprzerwanie 21 miesięcy...). Prawidłowa implementacja prawa UE pozwoliłaby zminimalizować ryzyko powtarzania takich niewytłumaczalnych przypadków zbędnej, arbitralnej – więc nielegalnej detencji. Wydaje się, że wprowadzenie takiej nowelizacji ustawy o cudzoziemcach stanowiłaby godne uczczenie przez Polskę jedenastej rocznicy danej państwom członkowskim UE na implementację Dyrektywy Powrotowej.

Pozostałoby wtedy jeszcze tylko zapewnienie dostępu do nieodpłatnej pomocy prawnej i zagwarantowanie skutku zawieszającego chroniącego przed wydaleniem do momentu zakończenia sądowej kontroli nad decyzjami administracyjnymi w przedmiocie zobowiązania do powrotu [wyrok TSUE (Wielka Izba) z 19 czerwca 2018 r. w sprawie C-181/16, Sadikou Gnandi v État belge; wyrok TSUE z 26 września 2018 r. w sprawie C-180/17, X i Y v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie].

8. Uchylenie art. 331 ustawy o cudzoziemcach

Z uzasadnienia zmian do ustawy o cudzoziemcach trudno jednoznacznie poznać intencję projektodawcy wnioskującego o uchylenie przepisu art. 331 ustawy. Wprawdzie w uzasadnieniu znaleźć można fragment wskazujący na powiązanie w/w przepisu z art. 403 ust. 5 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (uznawanym za niezgodny z przepisami dyrektywy 2008/115/WE). Nie do końca jednak wyjaśniono co za spójność projektodawca ma na myśli argumentując, iż „w celu zachowania spójności przepisów zasadnym jest również w ocenie projektodawcy uchylenie powiązanego z tym przepisem art. 331 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach”. Gdyby celem projektodawcy było doprowadzenie do sytuacji, w której złożenie skargi do WSA (z wnioskiem o wstrzymanie wykonania decyzji) nie prowadziłoby do zawieszenia prawnej możliwości wykonania decyzji powrotowej, należałoby to uznać za jaskrawy przykład naruszenia przez Polskę prawa Unii Europejskiej. Z wyroku TSUE w sprawie C-181/16, Sadikou Gnandi przeciwko Belgii wynika bowiem, że do końca postępowania przed sądem I Instancji cudzoziemcowi przysługuje ochrona przed wykonaniem decyzji powrotowej.

Dla pełnej jasności Instytut na rzecz Państwa Prawa postuluje więc nadanie nowego brzmienia art. 330 ustawy o cudzoziemcach, uwzględniającego nowy punkt:

„Decyzji o zobowiązaniu do powrotu nie wykonuje się w okresie 30 dni, w którym cudzoziemiec ma prawo złożenia skargi na tę decyzję do WSA (chyba że cudzoziemiec zrzekł się prawa do złożenia skargi do sądu administracyjnego) oraz, w razie jej złożenia, do końca postępowania przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym.”

Oznaczałoby to wprowadzenie - zgodnego z Wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Gnandi przeciwko Belgii - automatycznego skutku zawieszającego w przypadku złożenia skargi do WSA nawet w przypadku niedotączenia do skargi wniosku o wstrzymanie wykonania decyzji powrotowej.

9. Dodanie art. 356 ust. 1a ustawy o cudzoziemcach

Projektodawca nie uzasadnił powodów dla których organ SG miałby zostać na mocy nowelizacji ustawy zwolniony w toku postępowania z obowiązku ustalenia, czy zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 348 (pobyt humanitarny) i art. 351 pkt 1 (pobyt tolerowany), w przypadku gdy cudzoziemiec dobrowolnie zgłosi się do organu SG.

Wydaje się, że mamy tu do czynienia z brakiem wyobraźni projektodawcy. O ile w przypadku, gdy cudzoziemiec dobrowolnie przekracza granicę opuszczając terytorium państw obszaru Schengen, można założyć, że nie jest on zainteresowany uzyskaniem ochrony przed wydaleniem (np. pobytu humanitarnego) w Polsce. Jednak okoliczność dobrowolnego zgłoszenia się do Organu Straży Granicznej w żaden sposób nie powinna zwolnić państwa z obowiązku zbadania, czy w przypadku wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisach art. 348 (pobyt humanitarny) i art. 351 pkt 1 (pobyt tolerowany) ustawy o cudzoziemcach.

Cudzoziemiec dobrowolnie zgłasza się do organu Straży Granicznej w wielu przypadkach nie chcąc wcale wracać do kraju pochodzenia. Testując realne skutki nowelizacji ustawy warto sobie postawić kilka pytań:

- Czy przekroczenie granicy państwa i zgłoszenie się do organu SG skutkować będzie odstąpieniem od zbadania sytuacji cudzoziemca w przypadku nakazu powrotu do kraju pochodzenia?
- Czy w przypadku, gdy cudzoziemiec zgłasza się dobrowolnie do organu SG celem złożenia kolejnego wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej (czemu towarzyszy często wszczynanie postępowania w sprawie zobowiązania do powrotu) Organ nie będzie badał okoliczności wyłączających możliwość zawrócenia do kraju pochodzenia, których nie badał przecież Szef UDSC w postępowaniu w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej?
- Wreszcie czy przypadkiem zgłoszenie się do organu SG nielegalnie przebywającego w Polsce cudzoziemca prowadzącego życie rodzinne lub prywatne w rozumieniu EKPCz, powinno czynić jego sytuację gorszą od tej, gdy cudzoziemiec ten jest zatrzymywany poza siedzibą Organu, w którym to przypadku organ będzie miał obowiązek zbadania okoliczności wskazanych w przepisach art. 348 i art. 351 pkt 1?

Wydaje się, że projektodawca celowo zniechęca cudzoziemca przed zgłaszaniem się do organów Straży Granicznej, gdyż po takim dobrowolnym zgłoszeniu się sytuacja cudzoziemca byłaby gorsza. Postulujemy więc zrezygnowanie z wskazania w art. 356 ust. 1a ustawy o cudzoziemcach dobrowolnego zgłoszenia się do Organu SG, które miałyby zwalniać organ z przeprowadzenia wnikliwego postępowania powrotowego pod kątem zaistnienia okoliczności z art. 348 i art. 351 pkt 1 ustawy o cudzoziemcach.

10. Termin wystąpienia z wnioskiem o pomoc w dobrowolnym powrocie - art. 334. ust 5 ustawy

Zgodnie z nowym brzmieniem art. 334. ust 5 ustawy wniosek o udzielenie pomocy w dobrowolnym powrocie składa się nie później niż w terminie: 1) **7 dni przed upływem terminu: a) dobrowolnego wyjazdu określonego w decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu.** Równocześnie nowy minimalny termin dobrowolnego wyjazdu został ustalony na 8 dni (nowe brzmienie w art. 315 ust. 1 pkt 1 ustawy). Oznacza to że cudzoziemcowi można będzie pozostawić za ledwie 1 dzień na rozważenie, czy wystąpić z wnioskiem o udzielenie pomocy w dobrowolnym powrocie. Nie wydaje się to zgodne z intencją prawodawcy europejskiego, który w preambule do Dyrektywy 2008/115 uwzględnił następujący motyw:

[(10) Jeżeli nie ma powodów do stwierdzenia, że godziłoby to w cel procedury powrotu, powrót dobrowolny należy przedkładać nad powrót przymusowy, a także wyznaczyć termin dobrowolnego wyjazdu. Należy przewidzieć przedłużenie terminu dobrowolnego wyjazdu, gdy jest to uważane za konieczne z powodu szczególnych okoliczności w danym przypadku. Aby zachęcać do powrotów dobrowolnych, państwa członkowskie powinny zapewnić lepszą pomoc i doradztwo w tym zakresie oraz jak najlepiej wykorzystywać stosowne możliwości finansowania dostępne w ramach Europejskiego Funduszu Powrotów Imigrantów.]

Instytut na rzecz Państwa Prawa nie uważa, że projektodawca w proponowanych zmianach do ustawy o cudzoziemcach przedkłada powrót dobrowolny (zwłaszcza finansowany przez państwo), nad powrót przymusowy. Termin proponowany w art. 334. ust 5. pkt 1a nowelizacji na pewno nie zachęca do podjęcia decyzji o powrocie, ani nie gwarantuje zapewnienia lepszej pomocy i doradztwa w zakresie dostępu do środków europejskich na sfinansowanie powrotu. W naszej opinii przepis ten powinien uzyskać następujące brzmienie:

5. Wniosek o udzielenie pomocy w dobrowolnym powrocie składa się nie później niż:

- 1) **w ostatnim dniu dobrowolnego wyjazdu** określonego w decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu,
- 2) **w terminie 7 dni przed upływem terminu**, o którym mowa w art. 299 ust. 6 pkt 1 lit. b;
- 3) **w terminie 7 dni od dnia:** (dalej bez zmian treść z dotychczasowego podpunktu 2)

11. Potrzeba ustawowego uregulowania obowiązku doręczania kopii postanowienia o przedłużeniu umieszczenia w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców

Nowelizacja ustawy o cudzoziemcach powinna być wykorzystana do usunięcia systemowego problemu niedoręczania cudzoziemcom niereprezentowanym przez profesjonalnego pełnomocnika kopii postanowienia o przedłużeniu pobytu w ośrodku strzeżonym.



W obecnym stanie prawnym naczelnicy SOdC (np. SOdC w Przemyślu) odmawiają przekazania cudzoziemcowi kopii postanowienia wydanego przez Sąd, do momentu otrzymania jego tłumaczenia na język, którym włada cudzoziemiec. W praktyce oznacza to, że cudzoziemiec nawet ponad miesiąc nie jest w stanie zapoznać się z, ani złożyć zażalenia na postanowienie, którego nie otrzymuje (np. postanowienie Sądu Rejonowego w Przemyślu II Wydział Karny z dnia 29 marca 2021 r., sygn. akt II Ko 115/21 zostało doręczone cudzoziemcowi wraz z tłumaczeniem na j. farsi w dniu 04.05.2021 r., czyli ponad miesiąc od dnia przedłużenia pobytu w detencji).

Wydaje się, że problem ten można jednoznacznie rozwiązać, nakazując organowi SG przekazanie kopii postanowienia sądu w j. polskim w dniu, w którym sam Organ to postanowienie otrzymuje (dodatkowy art. 403 ust. 7b ustawy). Użycie sformułowania „przekazanie kopii postanowienia w j. polskim: (w odróżnieniu od użytego w ust. 8 „doręczenia postanowienia”) pozwoli uniknąć rozpoczęcia biegu 7-dniowego terminu na złożenie zażalenia do sądu. Jednocześnie umożliwi zagwarantowanie cudzoziemcowi prawa do skutecznego środka prawnego, jeżeli samodzielnie szybciej dokona tłumaczenia postanowienia. Ponadto zdarza się też niestety, że w niektórych ośrodkach strzeżonych cudzoziemcy nie dysponują w ogóle polską wersją postanowienia i nie są w stanie skorzystać z pomocy prawnika mogącego złożyć zażalenie na postanowienie, gdyż prawnik (nie reprezentując cudzoziemca przed sadem I Instancji) nie zna polskiej treści postanowienia. O konieczności rozwiązania tego problemu powinien świadczyć apel skierowany przez Instytut na rzecz Państwa Prawa do Sądu Rejonowego w Przemyślu (w załączeniu).

12. Podsumowanie

Ufam, że zauważone przez prawników Instytutu na rzecz Państwa Prawa problemy dotyczące proponowanych lub potrzebnych (lecz nie zaproponowanych) w ustawie o cudzoziemcach zmian zostaną przez twórców projektu rozważone.

Instytut na rzecz Państwa Prawa oferuje pełne wsparcie prac koncepcyjnych nad zapewnieniem cudzoziemcom dostępu do skutecznego środka prawnego, który nie miałby fasadowego charakteru. Realizujemy obecnie dwa projekty („**Migrants have right to have rights**” oraz „**Państwo – NGOsy – Cudzoziemcy: Monitoring wdrażania ustawowej pomocy prawnej**”) finansowane z Programu Krajowego EOG „Aktywni Obywatele”. Ich celem jest działanie na rzecz kształtowania w Polsce polityki w obszarze azylu i imigracji zgodnej z art. 67 TFUE, uwzględniającej ochronę praw podstawowych i sprawiedliwej wobec obywateli państw trzecich. Ufamy, że przygotowanie opinii w sprawie przedkładanego do konsultacji projektu ustawy o cudzoziemcach, choć trochę się do osiągnięcia tego celu przyczyni.

Z poważaniem,

Dr Tomasz Sieniow, Prezes Zarządu Fundacji