

UWAGI STOWARZYSZENIA INTERWENCJI PRAWNEJ
DO RZĄDOWEGO PROJEKTU USTAWY O ZMIANIE USTAWY O CUDZOZIEMCACH ORAZ
NIKTÓRYCH INNYCH USTAW
DRUK SEJMOWY NR 1780

1. Art. 1 pkt 97 – dot. art. 302 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach

Zgodnie z art. 1 pkt 97 projektu ustawy o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw (dalej: projekt ustawy) zmienia się brzmienie art. 302 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach poprzez wprowadzenie wymogu wydania orzeczenia o ukaraniu sprawcy za wykroczenie doprowadzenia cudzoziemca do nielegalnego wykonywania pracy za pomocą wprowadzenia cudzoziemca w błąd, wyzyskania błędu, wykorzystania zależności służbowej lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, kiedy to w obecnie obowiązującym stanie prawnym wystarczy wykazanie ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 120 ust. 3 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Proponowane brzmienie przepisu w zdecydowanym stopniu pogorszy sytuację pracowników, którzy wykonywali nielegalnie pracę w sposób niezawiniony, jako że sprawca wskazanego wykroczenia wykorzystał ich błąd, zależność służbową lub niezależytego pojmowania przedsiębranego działania. Mając na uwadze czas oczekiwania na wydanie orzeczenia przez polskie sądy istnieje uzasadniona obawa, że do dnia wydania orzeczenia o ukaraniu sprawcy wskazanego powyżej wykroczenia zostanie wszczęte względem cudzoziemca postępowanie i zostanie wydana prawomocna decyzja w sprawie o zobowiązanie go do powrotu. Tym samym, możliwość zastosowania w praktyce przepisu w nowym brzmieniu będzie jedynie iluzoryczna. Dlatego postulujemy postawienie bez zmian brzmienia art. 302 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach.

2. Art. 1 pkt 98 lit a – dot. art. 303 pkt 2 ustawy o cudzoziemcach

Zgodnie z art. 1 pkt 98 lit. a projektu ustawy w art. 303 pkt 2 ustawy o cudzoziemcach wykreślono jako przesłankę nie pozwalającą na wszczęcie postępowania w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu i nakazującą umorzenie wszczętego postępowania sytuacji, gdy ustalono, że w sprawie zachodzą przesłanki do udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych lub zgody na pobyt tolerowany. Brzmienie przepisu zaproponowane w projekcie ustawy należy uznać za naruszające podstawowe prawa człowieka wskazane w art. 348 oraz art. 351 ustawy o cudzoziemcach. Nowe brzmienie wskazanego przepisu nie chroni bowiem przez wydaniem i wykonaniem decyzji o zobowiązaniu do powrotu cudzoziemców, w stosunku do których ziściły się przesłanki udzielenia im jednego ze wskazanych zezwoleń, lecz jeszcze nie rozpatrzono merytorycznie ich sprawy.

3. Art. 1 pkt 104 – dot. art. 315 ust. 3 ustawy o cudzoziemcach

Stowarzyszenie z uznaniem przyjmuje proponowaną zmianę art. 315 ust. 3 ustawy o cudzoziemcach (art. 1 pkt 104 lit. a projektu ustawy), tj. w zakresie każdorazowej oceny prawdopodobieństwa ucieczki cudzoziemca. Stowarzyszenie podtrzymuje równocześnie wcześniej prezentowane stanowisko, że niedysponowanie przez cudzoziemca dokumentami poświadczającymi tożsamość nie powinno stanowić przesłanki uznania, że zachodzi względem cudzoziemca ryzyko ucieczki. Uważamy również, że sam fakt spełnienia przesłanek warunkujących, że zachodzi względem cudzoziemca ryzyko ucieczki nie może obligatoryjnie stanowić przesłanki do wydania decyzji w przedmiocie wydania cudzoziemcowi decyzji o zobowiązaniu do powrotu bez określenia terminu dobrowolnego powrotu, lecz powinien każdorazowo podlegać ocenie odpowiednich organów.

4. Art. 1 pkt 106- dot. art. 318 ust 1 i 2 ustawy o cudzoziemcach

Stowarzyszenie w sposób jednoznaczny sprzeciwia się zmianie brzmienia art. 318 ust. 1 i ust. 2 ustawy o cudzoziemcach poprzez obligatoryjne orzekanie w decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu o zakazie ponownego wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i innych państw obszaru Schengen także w przypadkach określenia terminu dobrowolnego powrotu i wykonania decyzji przez cudzoziemca. Proponowane brzmienie przepisu pozostaje w sprzeczności z regulacjami zawartymi w art. 11 ust. 1 dyrektywy 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 zgodnie, z którym w decyzji nakazującej powrót towarzyszy zakaz wjazdu jeżeli nie wyznaczono terminu dobrowolnego wyjazdu, lub jeżeli zobowiązanie do powrotu nie zostało wykonane. W innych przypadkach decyzjom nakazującym powrót może towarzyszyć zakaz wjazdu.

Proponowane brzmienie przepisu wydaje się szczególnie niezasadne w stosunku do cudzoziemców, którzy wykonają decyzję o zobowiązaniu ich do powrotu w terminie dobrowolnego powrotu wskazanym w decyzji. Co więcej, brak zakazu wjazdu może być przez nich odbierany jako motywacja do podporządkowania się decyzji o zobowiązaniu do powrotu w terminie dobrowolnego powrotu.

5. Art. 1 pkt 108 lit. b dot. art. 320 ust. 1a pkt 2 ustawy o cudzoziemcach

Za niezasadne należy również uznać wprowadzenie art. 320 ust. 1a pkt 2 ustawy o cudzoziemcach tj. konieczności uwzględniania przez organ rozpatrujący wniosek o cofnięcie zakazu wjazdu okoliczności, ze względu na które ma nastąpić ponowny wjazd cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub innych państw obszaru Schengen. Co więcej, w przypadku obligatoryjnego orzekania zakazu wjazdu we wszystkich decyzjach o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, a więc także w sytuacji gdy cudzoziemiec dobrowolnie wykonał decyzję w terminie dobrowolnego powrotu, wskazane brzmienie przepisu należy uznać za niezgodne z zasadą proporcjonalności.

Stowarzyszenie sprzeciwia się także wprowadzeniu art. 320 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy o cudzoziemcach (art. 1 pkt 108 lit. c projektu ustawy), jako że ustanowienie wymogu upływu co najmniej połowy okresu, na jaki został orzeczony zakaz wjazdu oraz zakaz cofania zakazu wjazdu jeżeli został on orzeczony po wydaniu cudzoziemcowi decyzji o cofnięciu zakazu, o którym mowa w art. 318 ustawy o cudzoziemcach i od wydania tej decyzji nie upłynęły 2 lata pozostaje w sprzeczności z zasadą celowości i proporcjonalności. Należy mieć również na względzie, że wskazana powyżej dyrektywa 2008/115/WE nakazuje rozważenie możliwości cofnięcia zakazu wjazdu bez wskazywania, jaki okres musi upłynąć od wykonania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu.

6. Art. 1 pkt 114 lit a – dot. Art. 330 ust 1 pkt 2 ustawy o cudzoziemcach

Należy nie zgodzić się z wykreśleniem z katalogu przesłanek nie pozwalających na wykonanie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu uregulowanego przesłanki toczącego się wobec cudzoziemca postępowania w sprawie udzielenia mu zezwolenia na pobyt czasowy ze względu na okoliczności wymagające krótkotrwałego pobytu cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Mając na uwadze, że wskazane zezwolenie udzielane jest jedynie w wyjątkowych sytuacjach uzasadnionych interesem polskiego wymiaru sprawiedliwości, interesem Rzeczypospolitej Polskiej lub wyjątkową sytuacją cudzoziemca, wykreślenie zezwolenia na pobyt czasowy ze względu na okoliczności wymagające krótkotrwałego pobytu cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z przesłanek niewykonania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu należy uznać za niezasadne i niezgodne z najlepszym interesem Rzeczypospolitej Polskiej, a w szczególności wymiaru sprawiedliwości.

7. Art. 1 pkt 121 lit. f i g – dot. art. 343 ust. 6 i 7 ustawy o cudzoziemcach

Stowarzyszenie w pełni popiera zmiany wprowadzone w art. 343 ust. 6 i 7 ustawy o cudzoziemcach polegające na podwyższeniu kwoty środków pieniężnych pozostawionych cudzoziemcom na zaspokojenie ich bieżących potrzeb podczas pobytu w strzeżonym ośrodku lub areszcie, a także powiększeniu tej kwoty o 100 zł na każdy dodatkowy miesiąc pobytu cudzoziemców w takiej placówce.

8. Art. 1 pkt 19 – dot. art. 100 ust. 2 projektowanej ustawy o cudzoziemcach

Projektowany artykuł odnosi się do konsekwencji niewykonania obowiązku poinformowania Wojewody o ustaniu przyczyny udzielenia zezwolenia wyrażonego w art. 113 ustawy o cudzoziemcach. Jakkolwiek obowiązek poinformowania Wojewody w przypadku zmiany pracodawcy wydaje się uzasadniony, konieczność przeprowadzenia na nowo całej procedury o udzielenie zezwolenia na pobyt czasowy i pracę w przypadku tego samego celu pobytu cudzoziemca – wykonywania pracy i spełnienia wszystkich pozostałych przesłanek do

udzielenia zezwolenia, wydaje się zbędne zarówno z punktu widzenia ekonomiki procesowej jak i zasady pogłębiania zaufania uczestników postępowania do władzy publicznej. Cudzoziemiec chcąc zmienić pracę lub tracąc dotychczasową musi ubiegać się ponownie o kolejne zezwolenie a co za tym idzie na nowo ponosić koszty i czekać z podjęciem pracy aż do uzyskania nowego zezwolenia, co jest wysoce niekorzystne zarówno z jego punktu widzenia, pracodawcy jak i gospodarki, ponieważ procedura udzielenia zezwolenia trwa kilka miesięcy i powoduje przedłużanie się niepewności co do tytułu pobytowego cudzoziemca.

Dlatego też postulujemy zniesienie konieczności ubiegania się o nowe zezwolenie na pobyt czasowy w sytuacji zmiany pracodawcy na rzecz przeprowadzenia postępowania wyłącznie w zakresie spełnienia warunków udzielenia zezwolenia pod kątem zatrudnienia u nowego pracodawcy i wydanie decyzji zmieniającej poprzednie zezwolenie na pobyt czasowy i pracę.

Ponadto, biorąc pod uwagę, że średni czas poszukiwania pracy w Polsce w przypadku mężczyzn wynosi 11 miesięcy, a w przypadku kobiet 15 miesięcy¹, należy zwrócić uwagę, że 30- dniowy okres wyrażony w art. 123 ust. 1 u.o.c. wydaje się stanowczo zbyt krótki na znalezienie nowej pracy przez cudzoziemca i uniknięcie przez niego negatywnych konsekwencji utraty pracy. Postulujemy wydłużenie tego czasu co najmniej o 2 miesiące.

9. Art. 1 pkt 128 – dot. art. 398 ustawy o cudzoziemcach

Proponowane zmiany są sprzeczne z prawem unijnym co do przesłanek umieszczenia cudzoziemca w ośrodku strzeżonym, a także ze względu na podmiotowe ograniczenie osób, w stosunku do których można zastosować środek alternatywny do detencji.

Odnosząc się do pierwszego problemu proponowane zmiany są sprzeczne z literalnym brzmieniem art. 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE, który stanowi przepis prawa unijnego o skutku bezpośrednim (*El Dridi*, C-61/11 PPU, pkt 47). Aby detencja była dozwolona w świetle przepisów prawa unijnego musi stanowić środek ostateczny, a także w stosunku do cudzoziemca musi istnieć ryzyko ucieczki lub musi on unikać lub utrudniać przygotowanie do powrotu lub proces wydalenia (*Mahdi*, C-146/14, pkt. 61).

Sam fakt wydania lub prawdopodobieństwa wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu przy braku ryzyka ucieczki ze strony cudzoziemca oraz nieutrudnianiu ani nieunikaniu przez niego powrotu nie może stanowić samoistnej podstawy do detencji.

Po drugie art. 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE wskazuje, że umieszczenie cudzoziemca w ośrodku strzeżonym dopuszczalne jest jedynie wtedy, gdy „w danej sprawie nie mogą zostać zastosowane wystarczające, lecz mniej represyjne środki”. Umieszczenie cudzoziemca w ośrodku strzeżonym jest dopuszczalne tym samym jedynie jako środek ostateczny.

¹https://www.nbp.pl/publikacje/arp/raport_2016.pdf s. 15; dostęp: 10.09.2017 r.

Należy jednocześnie wskazać, że ustawodawca unijny nie różnicuje w tym aspekcie sytuacji cudzoziemców ze względu na przyczynę wydania lub prowadzenia postępowania w przedmiocie zobowiązanie do powrotu. Brak możliwości stosowania alternatyw do detencji wobec cudzoziemców, w stosunku do których prowadzone jest postępowanie lub wydano decyzję o zobowiązaniu do powrotu bez określenia terminu dobrowolnego powrotu na podstawie art. 315 ust. 2 pkt 2 ustawy o cudzoziemcach jest tym samym sprzeczne z przepisami prawa unijnego o skutku bezpośrednim

10. Art. 1 pkt 129 – dot. art. 398a ustawy o cudzoziemcach

Postulujemy nowe brzmienie przepisu: „1. Jeżeli zastosowanie środków, o których mowa w art.398 ust. 2, nie jest możliwe, cudzoziemca umieszcza się w strzeżonym ośrodku, jeżeli: [...]”

Taka redakcja przepisu pozwoli na jego dostosowanie do art. 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE, zgodnie z którym detencja cudzoziemca jest dopuszczalna wyłącznie wtedy, gdy jest środkiem ostatecznym. Ponadto, pozwoli ona na zbliżenie reżimu detencji cudzoziemców na podstawie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP (art. 88a ust. 1) oraz ustawy o cudzoziemcach.

Brak możliwości stosowania alternatyw wobec detencji w stosunku do cudzoziemców, w stosunku do których prowadzone jest postępowanie lub wydano decyzję o zobowiązaniu do powrotu bez określenia terminu dobrowolnego powrotu na podstawie art. 315 ust. 2 pkt 2 ustawy o cudzoziemcach jest sprzeczna z przepisami prawa unijnego o skutku bezpośrednim.

W przypadku nieuwzględnienia powyższego postulatu, sugerujemy rozważenie możliwości zrezygnowania z art. 398a pkt 4 lit. b proponowanej zmiany do ustawy o cudzoziemcach. Jego wprowadzenie może doprowadzić do sytuacji, gdy nawet niezawinione przez cudzoziemca niewywiązanie się z nałożonych na niego środków alternatywnych do detencji będzie skutkowało koniecznością jego umieszczenia w ośrodku strzeżonym. Taka redakcja omawianego przepisu nie pozwala na indywidualną ocenę sytuacji danego cudzoziemca i analizy czy rzeczywiście w jego sytuacji zastosowanie innych środków alternatywnych wobec detencji nie okaże się wystarczające.

11. Art. 1 pkt 133 – dot. art. 403 ust. 2 i 2a ustawy o cudzoziemcach

Proponowane zmiany są sprzeczne z prawem unijnym.

Po pierwsze, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 15 ust. 5 w zw. z ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE przedłużenie okresu detencji cudzoziemców dopuszczalne jest jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia 2 warunków:

- 1) detencja musi stanowić środek ostateczny
- 2) w stosunku do cudzoziemca musi istnieć ryzyko ucieczki lub musi on unikać lub utrudniać przygotowanie do powrotu lub proces wydalenia (*Mahdi*, C-146/14, pkt. 61).

Proponowane zmiany w gruncie rzeczy wprowadzają automatyzm przedłużenia środka detencyjnego. Sąd nie jest zobligowany do badania możliwości zastosowania środków alternatywnych wobec detencji, nie bada czy

w stosunku do cudzoziemca istnieje ryzyko ucieczki lub unika lub utrudnia on przygotowanie do powrotu lub proces wydalenia.

Co więcej, przedłużenie detencji będzie niezależne od tego czy organy administracji działały z należytą starannością w celu wydania lub wykonania decyzji o zobowiązaniu do powrotu. W przypadku zawinionego przez organ przedłużenia postępowania powrotowego cudzoziemiec również zostanie narażony na przedłużenie okresu detencji. Takie unormowanie jest sprzeczne zarówno z art. 15 ust. 1 zd. 2 dyrektywy 2008/115/WE, jak również z art. 5 ust. 1 pkt f Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, która dopuszcza detencję jedynie tak długo, jak długo organy prowadzą z należytą starannością działania w celu wydalenia cudzoziemca (*Chahal p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga numer 2214/93, § 113).

12. Art. 1 pkt 134 – dot. art. 406 ust. 5 pkt 4a projektowanej ustawy o cudzoziemcach

Zaproponowana zmiana doprowadzi do sytuacji, w której skutki wadliwego działania organu administracji wydającego decyzję o zobowiązaniu do powrotu zostaną przerzucone na cudzoziemca. Należy wskazać, że decyzja o uchyleniu decyzji organu I instancji i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania wiąże się z istotnym naruszeniem przez organ I instancji przepisów postępowania, które doprowadziło do konieczności wyjaśnienia zakresu sprawy mającego istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie (art. 138 § 2 k.p.a.).

Cudzoziemiec, którego decyzja o zobowiązaniu do powrotu została uchylona przez organ II instancji winien tym samym zostać automatycznie zwolniony z ośrodka strzeżonego. Nie powinien bowiem ponosić negatywnych konsekwencji błędnego działania organów administracji.

13. Art. 1 pkt 131 - dot. art.400a-400d ustawy o cudzoziemcach

Stowarzyszenie z uznaniem odnosi się do proponowanej zmiany wprowadzającej obowiązek zapewnienia świadczeń z zakresu pomocy socjalnej, opieki medycznej i psychologicznej osobom zwalnianym z ośrodków strzeżonych w trybie art. 400 u.c. Na uznanie zasługuje głównie zakres przedmiotowy powyższej pomocy i jej kompleksowość. Zwraca uwagę jednak wąski zakres podmiotowy regulacji- zagwarantowany poziom opieki nie wyczerpuje gwarancji dla cudzoziemców przewidzianych w dyrektywie 2008/115/WE. Stosownie do art.14 ust 1 lit b) ww. dyrektywy, wszystkim osobom w procedurze powrotowej należy zapewnić co najmniej opiekę zdrowotną w nagłych wypadkach oraz leczenie chorób w podstawowym zakresie.

Ustawa nie zezwala komendantowi oddziału lub placówki SG na jakiegokolwiek uznanie co do zakresu świadczeń przyznanych decyzją, tym samym nie uwzględnia przypadków, gdy cudzoziemiec ma np. zapewnione miejsce zamieszkania na terytorium RP i może, mieszkając w owym miejscu, oczekiwać na wykonanie decyzji powrotowej. Nie jest również jasne, czy zamieszkiwanie w miejscu zakwaterowanie jest dla cudzoziemca obowiązkowe. Z jednej strony bowiem, art. 400 c ust. ust. 1 pkt 3 stanowi, iż w decyzji o przyznaniu świadczeń można zobowiązać cudzoziemca do zamieszkiwania w miejscu wyznaczonym w decyzji. Oznacza to, iż nie wszystkie decyzje będą zawierać ten obowiązek. Tymczasem ust. 2 ww. przewiduje sankcję utraty świadczeń

dla cudzoziemca, który opuścił miejsce zamieszkania wyznaczone w decyzji o przyznaniu świadczeń, co wskazywałoby na to, iż sankcją tą zagrożone są jedynie osoby, które dodatkowo w decyzji zobowiązano do zamieszkiwania w wyznaczonym miejscu. Jednakże z kolei art. 400a ust. 1 pkt 1) wymienia jako jedno z zagwarantowanych dla cudzoziemców świadczeń socjalnych- zakwaterowanie w miejscu wyznaczonym w decyzji o przyznaniu świadczeń z zakresu pomocy socjalnej, opieki medycznej i psychologicznej, co z kolei oznaczałoby, iż każda decyzja o przyznaniu świadczeń wyznacza niejako cudzoziemcowi miejsce zakwaterowania, a tym samym w każdym przypadku cudzoziemiec zobowiązany jest do zamieszkiwania w określonym miejscu w przypadku przyznania mu świadczeń. Wskazujemy również na brak upoważnienia ustawowego do wydania aktów wykonawczych regulujących podstawowe zasady funkcjonowania placówek, w których przebywać miałyby osoby z problemami zdrowotnymi zarówno fizycznymi jak i psychicznymi. Wydaje się, iż warunki, na jakich funkcjonować miałyby miejsca zakwaterowania jak i standard usług oferowanych cudzoziemcom np. w zakresie tłumaczeń konsultacji specjalistów, nie powinny być określone jedynie w porozumieniu między podmiotem zlecającym a podmiotem świadczącym usługi, a znaleźć się powinny w akcie co najmniej podustawowym.

W uzasadnieniu projektu projektodawca argumentuje, iż udzielenie świadczeń będzie się odbywało każdorazowo z urzędu, *w drodze decyzji po wydaniu przez lekarza lub psychologa orzeczenia, że cudzoziemiec z powodu niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia albo ze względu na jego stan psychofizyczny był poddany przemocy.* Jednakże ani dotychczasowe przepisy regulujące procedurę zwalniania opisaną w art. 400 ani proponowane przepisy, nie wprowadzają wymogu uprzedniego wydania przez lekarza lub psychologa orzeczenia. Bez dodatkowego zapisu w ustawie, bądź odpowiedniego aktu wykonawczego, brak jest podstawy prawnej, która uzależniałaby przyznanie świadczeń od orzeczenia lekarza czy psychologa. Zwracamy również uwagę, iż proponowane przepisy nie odnoszą się do sytuacji małoletnich cudzoziemców bez opieki, którzy co do zasady zwalniani z ośrodków do placówek opiekuńczo-wychowawczych, nie mają zapewnionej choćby kompleksowej pomocy psychologicznej w zrozumiałym dla nich języku.

Oceniając co do zasady pozytywnie zaproponowane w art 400a-400d rozwiązania, wskazujemy na badania, które wykazują, iż w przypadku osób, które nie zostały umieszczone w detencji, największą efektywność procedur przy jednoczesnym wysokim stopniu poszanowania praw cudzoziemców, osiągnąć można zapewniając migrantom wsparcie w postaci pracy socjalnej w formie tzw. zarządzania przypadkiem (ang. *case management*) wykonywanego przez osoby niebędące pracownikami służb ani urzędów migracyjnych.² Zarządzanie przypadkiem jest kompleksowym i systemowym podejściem do udzielania wsparcia osobom, które nie zostały umieszczone w detencji, zaprojektowanym jako odpowiedź na złożoność sytuacji faktycznej i prawnej takich osób. Badania pokazują, iż przydzielenie cudzoziemcowi specjalnej osoby, która nie mając

² Sampson, R., Chew, V., Mitchell, G., Bowring, L. *There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention (Revised)* (Melbourne: International Detention Coalition, 2015).s.47-56

wpływu na toczące się w jego sprawie procedury administracyjne, koordynuje i ułatwia dostęp do oferowanych mu usług, udziela informacji o jego sytuacji faktycznej i prawnej oraz jest pośrednikiem między cudzoziemcem a urzędem i służbami migracyjnymi, ma pozytywny wpływ na efektywność procedur z udziałem cudzoziemca. Tym samym rekomendujemy uwzględnienie powyższej usługi w zakresie świadczeń oferowanych cudzoziemcom w oparciu o proponowane przepisy.

POSTULATY WPROWADZENIA DODATKOWYCH ZMIAN W OBOWIĄZUJĄCEJ USTAWIE O CUDZOZIEMCACH

1. Poszerzenie katalogu czynności niepodlegających opłacie skarbowej

Stowarzyszenie postuluje równocześnie poszerzenie katalogu zawartego w art. 2 ust. 1 pkt 1 lit. k ustawy o opłacie skarbowej zgodnie, z którym nie podlega opłacie skarbowej dokonanie czynności urzędowej, wydanie zaświadczenia i zezwolenia albo złożenie dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa lub prokury albo jego odpisu, wypisu lub kopii w sprawach udzielenia ochrony międzynarodowej, udzielenia azylu, zgody na pobyt ze względów humanitarnych, zgody na pobyt tolerowany oraz w sprawach ochrony czasowej o postępowanie w sprawach zobowiązania cudzoziemca do powrotu. Obecne brzmienie przepisu w sposób nieuzasadniony wyklucza wskazane postępowanie ze zwolnienia z opłaty skarbowej ustanawiając jednocześnie takie zwolnienie w sprawach o wyrażenie zgody na pobyt ze względów humanitarnych oraz zgody na pobyt tolerowany, a więc w sprawach częściowo zbieżnych przedmiotowo z postępowaniem w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu. Co więcej, należy pamiętać, że cudzoziemcy względem których toczy się postępowanie w sprawie zobowiązania do powrotu nie mogą podejmować zatrudnienia, a tym samym nie mając środków na opłacenie kosztów postępowania.

2. Dopuszczenie dokumentów w języku ojczystym cudzoziemca w procedurze o zobowiązanie cudzoziemca do powrotu

Postulujemy również, dopuszczenie, wzorem ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, możliwości przedkładania w trakcie postępowania w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu dokumentów w ojczystym języku cudzoziemca. Mając na uwadze wskazany powyżej brak środków, często prawo do aktywnego uczestniczenia w postępowaniu dowodowym i przedkładania dowodów mających na celu udowodnienie racji cudzoziemca jest iluzoryczne. W sytuacji braku środków na dokonanie kosztownego tłumaczenia przysięgłego cudzoziemiec nie ma bowiem możliwości składania dowodów na potwierdzenie swoich tez.

3. Zakaz detencji dzieci

Postulujemy wprowadzenie bezwzględnego zakazu detencji małoletnich cudzoziemców, w tym cudzoziemców przebywających z rodzinami.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka organy państwowe, w tym sądy, podejmując decyzje dotyczącą osób małoletnich zobowiązane są do każdorazowego kierowania się ich najlepszym interesem. Dotyczy to również postanowień w przedmiocie umieszczenia w ośrodkach strzeżonych.

Warto przywołać opinię doradcą Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z sierpnia 2014 r., OC-21/14, z której wynika, że detencja małoletniego cudzoziemca w związku z jego statusem imigracyjnym będzie zawsze naruszać zasadę konieczności. Trybunał wskazał, że o ile stanowi ona skuteczną metodę zapewnienia sprawności postępowań administracyjnych, nigdy nie jest absolutnie konieczna w stosunku do osób małoletnich (§154).

Niezależnie od kwestii badania przesłanki konieczności Europejski Trybunał Praw Człowieka zauważa, że umieszczanie w ośrodkach strzeżonych małoletnich cudzoziemców z rodzinami może być niezgodne z bezwzględnym zakazem tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania. Wskazuje się, że akceptowalny z punktu widzenia art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka poziom dolegliwości tego środka jest istotnie niższy w stosunku do osób małoletnich niż dorosłych.

Ograniczenia związane z faktem pozbawienia wolności, a także sama organizacja pracy ośrodka strzeżonego powoduje uczucie lęku i niepokoju u dzieci (A.B. i in. p. Francji, skarga numer 11593/12, §113-114). Małoletni cudzoziemcy umieszczani w ośrodkach strzeżonych mają utrudnioną możliwość nawiązania i podtrzymywania bliskich relacji rodzinnych, obserwacja rodziców w warunkach ich szczególnej bezradności może skutkować wykreowaniem zdewaluowanego obrazu uwięzionych rodziców, a w konsekwencji może wywołać szkodliwą dla dalszego rozwoju dziecka traumę .

Pomimo iż ośrodki są przystosowane do pobytu rodzin z dziećmi nie oznacza to automatycznie, że umieszczenie w nim osób małoletnich nie wpływa w sposób negatywny na ich rozwój psychofizyczny.

Jak wskazano w raporcie Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur z wizytacji Strzeżonego Ośrodka dla Cudzoziemców w Kętrzynie w 2016 r. „niezależnie od tego, w jak wysokim stopniu zadbano by o dobro małoletnich podczas ich pobytu w SOdC, w każdym wypadku pobyt w zamknięciu bardzo negatywnie odbija się na ich psychice i normalnym funkcjonowaniu w przyszłości.”

W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wskazuje się, że detencja małoletnich cudzoziemców z rodzicami w ośrodkach przystosowanych do potrzeb rodzin może naruszać art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, gdy trwa dłużej niż „krótki okres czasu”.

Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że detencja w przystosowanym do potrzeb osób małoletnich ośrodku rodzin z: czteroletnim dzieckiem na okres 18 dni (A.B. i in. p. Francji, skarga numer 11593/12), dwu i pół letnim oraz czteromiesięcznym dzieckiem na okres 7 dni (A.M. i in. p. Francji, skarga numer 24587/12), dwuletnim dzieckiem na okres 10 dni (R.C. i in. p. Francji, skarga numer 76491/14), piętnastomiesięcznym dzieckiem na okres 9 dni (R.K. i in. p. Francji, skarga numer 68264/14), siedmiomiesięcznym dzieckiem na okres 7 dni (R.M. i in. p. Francji, skarga numer 33201/11) narusza art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Trybunał uznał, że długość tej detencji przekroczyła dopuszczalny okres detencji małoletnich

cudzoziemców. Trybunał podkreślił, że warunki panujące w ośrodkach detencyjnych, również tych przystosowanych do potrzeb osób nieletnich, stanowią źródło stresu i niepokoju dla małych dzieci.

Mając na uwadze fakt, że nawet 7 dniowa detencja małoletnich cudzoziemców może zostać uznana za naruszająca zakaz tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej postuluje wprowadzenie bezwzględnego zakazu detencji wszystkich małoletnich cudzoziemców. Niezależnie od długości tej detencji ma ona bowiem negatywny wpływ na ich dalszy rozwój psychofizyczny.

4. Niezwłoczne udostępnienie cudzoziemcowi wniosku o umieszczenie oraz przedłużenie pobytu w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców

Postulujemy wprowadzenie regulacji zobowiązującej organ wnioskujący o umieszczenie lub przedłużenie okresu detencji cudzoziemca do niezwłocznego udostępnienia cudzoziemcowi oraz jego pełnomocnikowi dowodów dołączonych do tego wniosku.

Analogiczna regulacja została zawarta w art. 155 §5a k.p.k. w zakresie udostępniania akt sprawy podejrzanemu w sytuacji złożenia wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania.

Takie uregulowanie pozwoliłoby na zapewnienie większej równowagi stron w omawianym postępowaniu. Cudzoziemcy, wobec których wydaje się decyzję o umieszczeniu lub przedłużeniu okresu pobytu w ośrodku strzeżonym często nie wiedzą co jest przyczyną takiej decyzji, a tym samym nie mają realnej możliwości skutecznej polemiki z twierdzeniami wnioskodawcy.

Należy wskazać, że Europejski Trybunał Praw Człowieka jednoznacznie wskazuje, że w sprawach dotyczących pozbawienia wolności jednostki, w tym migracyjnej detencji cudzoziemców, procedura musi charakteryzować się kontrydykcyjnością, a także równowagą stron – równością broni (A. i in. p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga numer 3455/05). Brak uprzedniej znajomości treści wniosku o umieszczenie lub przedłużenie detencji może skutkować uznaniem takiego postępowania za niegwarantujące równości broni stronom, a tym samym może stanowić naruszenie art. 5 §4 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Osvath p. Węgrom, skarga numer 20723/02).