

Joanna Markiewicz-Stanny
Uniwersytet Zielonogórski
ORCID: 0000-0002-1842-7243

Interpretacja Europejskiej Konwencji Praw Człowieka a międzynarodowe prawo uchodźcze – kilka uwag na tle pozbawienia wolności w związku z migracyjnym statusem

Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest problem interakcji pomiędzy przepisami prawa międzynarodowego praw człowieka oraz międzynarodowego prawa uchodźczego pokazany na przykładzie tzw. detencji migracyjnej. Na pewnym ogólnym poziomie niezwykle często oba te reżimy są postrzegane w swoistym *iunctim*, jako ściśle połączone ze sobą systemy ochrony praw uchodźców i osób poszukujących ochrony międzynarodowej. Tymczasem podejmowany problem egzemplifikuje złożoność relacji pomiędzy wskazanymi dziedzinami prawa międzynarodowego, która nie jest definiowana jedynie przez konwergencję, ale także przez rozbieżność i odmienne perspektywy regulacji. Inspiracją niniejszych rozważań jest rozległe orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPC) w sprawach, w których osoby poszukujące ochrony międzynarodowej zostały pozbawione wolności na podstawie art. 5 ust.1 lit. f Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej jako EKPC)¹.

Podstawową tezę tego opracowania jest, że pomimo orzeczeń afirmujących znaczenie standardów prawa uchodźczego, Trybunał Strasburski unika takiej wykładni EKPC, która w jego przekonaniu zawężałaby prawo państwa

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z późn. zm.). Trzeba na tym tle odnotować, że polskiemu rządowi zostały sprawy, w których skarżący podnoszą zarzut naruszenia art.5 ust.1 lit. EKPC w związku z ich detencją w trakcie rozpatrywania wniosku o ochronę międzynarodową *A.B. przeciwko Polsce, T.K. i S.B przeciwko Polsce* skargi nr 15845/15 56300/15, zakomunikowane 14 czerwca 2016; *M.Z. przeciwko Polsce*, skarga 79752/16, skarga zakomunikowana 8 stycznia 2018 r.

do kontroli własnego terytorium, nawet jeśli budzi to wątpliwości co do spójności z regulacjami Konwencji dotyczącej statusu uchodźców (dalej jako KSU)².

Na poparcie tej tezy zostaną przedstawione dwa obszary orzecznictwa ETPC. Pierwszym z nich jest ocena dopuszczalności detencji cudzoziemców ubiegających się o ochronę międzynarodową z punktu widzenia jej celów uprawnionych. Drugim zagadnieniem jest interpretacja zasady proporcjonalności ingerencji w wolność i bezpieczeństwo osobiste osób poszukujących ochrony międzynarodowej. W perspektywie europejskiej dodatkowym kontekstem, który wymagałby uwzględnienia, jest system prawa UE, jednak ze względu na ramy niniejszego opracowania, będzie on jedynie zasygnalizowany³.

Ostatnim elementem, który wymaga wyjaśnienia, jest kwestia zakresu podmiotowego podejmowanej problematyki. Rozważania zostały zawężone do detencji stosowanej wobec uchodźców oraz osób poszukujących ochrony międzynarodowej i nie będą obejmowały cudzoziemców w sytuacji nieuregulowanej. Ci ostatni – zwani też imigrantami nieregularnymi lub nieudokumentowanymi – są osobami, które wjechały lub przebywają na terytorium danego państwa nielegalnie, ale przyczyną tego stanu rzeczy nie jest obawa przed prześladowaniem, lecz na przykład trudna sytuacja ekonomiczna w kraju pochodzenia⁴.

Detencja cudzoziemców w systemie EKPC i w międzynarodowym prawie uchodźczym

W systemie EKPC z punktu widzenia prowadzonych tutaj rozważań najistotniejsze znaczenie ma regulacja art. 5 ust.1 lit. f EKPC, który czyni dopuszczalnym *zgodne z prawem zatrzymanie lub aresztowanie osoby w celu zapobieżenia jej nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa albo osoby przeciwko której toczy się postępowanie w celu wydalenia lub ekstradycji*. Wobec uchodźców lub osoby poszukującej ochrony międzynarodowej można za-

² Konwencja dot. statusu uchodźców sporządzona w Genewie 28 lipca 1951 r. (Dz. U. z 1991 r., Nr 119, poz.515). Protokół dot. statusu uchodźców sporządzony w Nowym Jorku 31 stycznia 1967r. (Dz. U. z 1991 r., Nr 119, poz. 517 i 518).

³ Szersze uwagi na temat relacji pomiędzy detencją *asylum seekers* pod rządami prawa UE a regulacjami EKPC zob. m.in. G. Cornelisse, *Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law*, „Refugee Survey Quarterly” 2016, Vol. 35, s. 85-86; *The Constitutionalisation of Immigration Detention: Between EU Law and the European Convention on Human Rights*, Global Detention Project Working Paper, październik 2016. Jednocześnie należy zauważyć, że TSUE stwierdził ważność art. 8 ust.3 lit. a i b przekształconej dyrektywy recepcyjnej na tle zarzutu ich niezgodności z art.5 ust.1 lit. f EKPC – por. K. / Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, wyrok TS UE z 14 września 2017 r. C -18/6 ECLI:EU:C:2017:680, pkt.32.

⁴ Szersze rozważania terminologiczne przeprowadza m.in. M. Perkowska, *Illegal, legal, irregular or regular – who is the incoming foreigner?*, „Studies in Logic, Grammar and Rhetoric” 2016, Vol. 45(1), s. 187-197.

stosować pozbawienie wolności w oparciu o inne wyjątki przewidziane w art. 5 EKPC ust.1⁵, ale przeważająca część spraw z elementem migracyjnym, rozstrzygana była w oparciu o przytoczony przepis⁶.

W międzynarodowym prawie uchodźczym pozbawienie wolności jest dopuszczalne w oparciu o przesłanki wskazane w art. 8, art. 9, art. 26 oraz art. 31 KSU. Istotnym źródłem interpretacji tych przepisów są Konkluzje nr 44 Komitetu Wykonawczego z 1986 r. (XXXVII)⁷. Następnie, na podstawie tych wspomnianych dokumentów, a zarazem w oparciu o standardy praw człowieka, wypracowano *Wytyczne UNHCR dotyczące zastosowalnych kryteriów i standardów dot. detencji osób poszukujących ochrony międzynarodowej i środków alternatywnych* (dalej jako Wytyczne UNHCR)⁸. James C. Hathaway zwrócił uwagę, że przyjęcie tego typu dokumentów doprowadziło do dywersyfikacji źródeł interpretacji KSU, co nie wpływa korzystnie na jej rangę i stosowanie przez sądy krajowe⁹. Jednak z drugiej strony Daniel Wilsher słusznie zauważa, że nawet Konkluzje Komitetu Wykonawczego nie znalazły wystarczającego zastosowania i państwa w obliczu sporych napływów migracyjnych nie stosowały się do nich¹⁰.

We wspomnianych Wytycznych przyjęto, że pod pojęciem detencji rozumie się *pozbawienie wolności lub uwięzienie w zamkniętym miejscu, którego osoba poszukująca azylu nie może dobrowolnie opuścić, włączając w to, chociaż nie ograniczając, więzienia lub wybudowane w tym celu ośrodki detencyjne, zamknięte ośrodki recepcyjne i przetrzymywania, a także inne służące temu obiekty*¹¹. Przytoczona definicja jest adekwatna dla stanów faktycznych identyfikowanych przez ETPC jako pozbawienie wolności w związku z art. 5 ust.1 lit. f EKPC¹².

⁵ Por. wyrok ETPC z 5 lipca 2016 r. w sprawie *O.M. przeciwko Węgrom*, skarga nr 9912/15, par. 45–55, gdzie ETPC analizował dopuszczalność detencji cudzoziemca w celu weryfikacji tożsamości w oparciu o art.5 ust.1 lit. b. Por. także argumentację rządu Malty w sprawie *Aboya Boa Jean przeciwko Malcie*, wyrok ETPC z 2 kwietnia 2019 r., skarga nr 62676/16, par. 51.

⁶ Por. wyroki ETPC w sprawach związane z nielegalnym przekroczeniem granicy: z 2 października 2008 r. w sprawie *Rusu przeciwko Austrii*, skarga nr 34082/02 oraz z 12 lutego 2009 r. *Nolan i K. przeciwko Rosji*, skarga nr 2512/04.

⁷ Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *Detention of Refugees and Asylum-Seekers* No. 44 (XXXVII) 1986, 13 October 1986, No. 44 (XXXVII).

⁸ UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the detention of asylum seekers and Alternatives to Detention*, 2012, s. 9, pkt. 5, <http://www.refworld.org/docid/503489533b8.html> (data dostępu: 23.06.2019).

⁹ Por. J. C. Hathaway, *Rights of Refugees under international law*, Cambridge 2005, s.114–116.

¹⁰ Por. D. Wilsher, *Immigration detention: Law, History, Politics*, Cambridge 2012, s. 133–134.

¹¹ Wytyczne UNHCR, pkt. 5.

¹² Jedną z ciekawszych sytuacji kwalifikowanych przez ETPC jako pozbawienie wolności *de facto* był transfer imigrantów do kwatery policji w wyroku z 23 lipca 2013 r. w sprawie *M.A. przeciwko Cyprowi*, skarga nr 41872/10, par. 195. W kontekście polskim zob. także wyrok ETPC z 27 listopada 2003 r. *Shamsa przeciwko Polsce*, skarga nr 45355/99 i 45357/99, par. 47. Szerzej m.in. N. Mole, C. Meredith, *Asylum and European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2010, Human Rights Files No. 9, s. 138 i nn., [1http://www.refworld.org/pdfid/4ee9b0972.pdf](http://www.refworld.org/pdfid/4ee9b0972.pdf).

Najczęściej detencja administracyjna wobec osób poszukujących ochrony międzynarodowej jest stosowana w kontekście ich nielegalnego wjazdu lub pobytu i znajduje podstawę w z art.31 ust. 2 KSU, który dopuszcza możliwość stosowania niezbędnych ograniczeń poruszania się. Ograniczenia takie mogą być stosowane tylko dopóty, dopóki status tych uchodźców w państwie nie zostanie uregulowany lub dopóki nie zostaną przyjęci w innym państwie. W odniesieniu do powyższego trzeba wskazać, że art. 31 KSU jako całość odnosi się do uchodźców *bona fide*. Chodzi zatem o te osoby, które przybyły bezpośrednio z terytorium¹³, gdzie ich życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo, pod warunkiem niezwłocznego zgłoszenia się do władz danego państwa i przedstawienia wiarygodnych przyczyn nielegalnego wjazdu lub pobytu¹⁴.

W tym miejscu wypada podkreślić, że standardy międzynarodowego prawa uchodźczego nie są ograniczone do „uznanych” uchodźców. Jak zauważył Guy Godwin-Gill, postanowienie art. 31 ust.1 KSU pozbawione byłoby jakiegokolwiek efektu, gdyby nie zostało w tym wypadku rozciągnięte na osoby ubiegające się o status uchodźcy. Jest to także uzasadnione deklaratoryjnym charakterem nadania statusu uchodźcy przez państwo¹⁵.

W tym kontekście należy wziąć pod uwagę, że administracyjne pozbawienie wolności o charakterze prewencyjnym może zostać ocenione jako ekwiwalentne karze właśnie w rozumieniu art. 31 ust.1 KSU. Przepis ten zakazuje nakładania kar za nielegalny wjazd na uchodźców *bona fide*, a jego naruszeniem są wszelkie działania organów państwa, które czynią z detencji administracyjnej środek odstraszący¹⁶. Taki charakter ma arbitralny i dyskryminacyjny sposób stosowania pozbawienia wolności, a zatem m.in. zbyt długi czas jego trwania, brak respektowania zasady, aby był to środek rozsądny i niezbędny, brak zachowania podstawowych gwarancji praw jed-

¹³ Kryterium bezpośredniości przybycia nie wyklucza krótkiego pobytu w państwie trzecim – por. J. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, s. 396 i nn.

¹⁴ Artykuł 31 Konwencji zarówno w ustępie 1 jak i 2 jest powiązany z pilnością konieczności ucieczki, również tej powtórnej. Jeśli w kraju, gdzie uchodźca otrzymał ochronę, doznaje on pewnych trudności a nawet prześladowań, ale nie mają one charakteru niebezpieczeństwa zagrażającego życiu lub wolności, powinien on wypełnić wszystkie wymogi formalne odnośnie wjazdu do innego państwa – zob. szerzej J. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, s. 388–395.

¹⁵ Por. G. Godwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non penalization, detention and protection*, [w:] E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge 2003, s. 193. Autor powołuje się na UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva 1979, par. 28.

¹⁶ Por. m.in. K. Lendgren, *Comments on the UNHCR Position on Detention of Refugees and Asylum Seekers*, [w:] J. Hughes, F. Liebaut (red.), *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, Haga 1998, s. 151. Interesującą analizę samego pojęcia odstraszenia w kontekście detencji osób poszukujących ochrony międzynarodowej przeprowadza M. Kagan, *Limiting Deterrance: Judicial Resistance to Detention of Asylum-Seekers in Israel and the United States*, „Texas International Law Journal” 2016, Vol. 51, s. 193–198.

nostki, a w tym kontroli sądowej¹⁷. W kategoriach odstraszenia postrzega się również traktowanie detencji jako środka utrudniającego złożenie wniosku o ochronę międzynarodową¹⁸. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie ETPC, który wskazuje, że detencja na podstawie art. 5 ust.1 lit. f EKPC nie może mieć charakteru punitwnego i musi być zabezpieczona odpowiednimi gwarancjami¹⁹.

KSU dopuszcza możliwość zastosowania pozbawienia wolności również w stosunku do uchodźców, którzy legalnie przebywają na terytorium państwa, ale tylko w takich granicach w jakich byłoby ono zastosowane wobec cudzoziemców w ogóle w tych samych okolicznościach (art. 26 KSU).

Wobec masowego napływu uchodźców do Europy w ostatnim czasie szczególnie istotna jest możliwość zastosowania środków tymczasowych. W art. 9 KSU przewidziano, że w sytuacji wojny lub w razie zaistnienia innych poważnych i wyjątkowych okoliczności mogą zostać podjęte tymczasowo w stosunku do określonej osoby, środki uznane za niezbędne dla bezpieczeństwa narodowego zanim państwo nie uzna, że dana osoba jest uchodźcą i dalsze stosowanie wspomnianych środków nie jest z tego względu niezbędne. Brzmienie tego postanowienia konwencji nakazuje brać pod uwagę nie tylko poważny i wyjątkowy charakter sytuacji, ale też niezbędność zastosowania tych środków, np. internowania. Są one zgodne z konwencją wtedy, gdy państwo bez ich zastosowania nie byłoby w stanie ocenić czy wobec konkretnego uchodźcy nie zachodzą przesłanki wskazane w art. 1 F KSU lub też czy dana osoba nie zagraża bezpieczeństwu państwa ze względu na działalność szpiegowską²⁰.

Relacje pomiędzy prawami człowieka a prawem uchodźczym

Szczegółowe rozważania na temat interpretacji komentowanych przepisów powinny być poprzedzone nieco szerszym spojrzeniem na relacje pomiędzy prawem międzynarodowym praw człowieka a międzynarodowym pra-

¹⁷ Por. także G. Noll, *Article 31 1951 Convention*, [w:] A. Zimmermann, J. Doerschner, F. Machts (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford 2011, s.1263–1264.

¹⁸ Por. G. Godwin-Gill, op.cit., s. 226. Por także punkt 31–32 Wytycznych UNHCR. Specjalny sprawozdawca do spraw praw człowieka migrantów już kilka lat temu wskazywał na utrudniony bądź żaden dostęp do procedur azylowych migrantów poddanych detencji na południu Europy lub w krajach ościennych – por. Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, *Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants*, U.N. Doc. A/HRC/23/46, 24.4. 2013, par. 53.

¹⁹ Por. wyrok ETPC z 18 kwietnia 2013 r. w sprawie *Azimov przeciwko Rosji*, skarga nr 67474/11, par. 172.

²⁰ Por. J.C. Hathaway, *Rights of Refugees...*, s. 269.

wem uchodźczym. Pokrewieństwo tych dziedzin prawa międzynarodowego jest niewątpliwe i znajduje odzwierciedlenie w preambule KSU wprost odwołującej się do Karty Narodów Zjednoczonych i Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka²¹. W dokumentach Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców (dalej jako UNHCR) istnieje wieloletnia tradycja powoływania się na standardy ochronne praw człowieka²².

Magdalena Forowicz zwracała uwagę, że w przypadku orzecznictwa strasburskiego odniesień do KSU nie jest tak wiele, jak można by oczekiwać²³. Z drugiej strony można zadać pytanie, na ile takie „oczekiwania” są uprawnione i jaka miałyby być ich obiektywna miara, skoro mamy do czynienia z odrębnymi traktatami. Europejska Konwencja Praw Człowieka nie zawiera prawa do azylu i ma zastosowanie tylko wtedy, gdy skargi osób ubiegających się o ochronę międzynarodową wchodzą w zakres potencjalnego naruszenia któregoś z konwencyjnych praw²⁴.

ETPC w sprawie *Amuur przeciwko Francji* stwierdził, że środki przyjmowane przez państwa w oparciu o art. 5 ust. 1 lit f Konwencji są akceptowalne jedynie w celu zapobieżenia nielegalnej migracji *przy jednoczesnym przestrzeganiu ich zobowiązań międzynarodowych wynikających z Konwencji genuejskiej dot. status uchodźcy i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*²⁵. W tym samym wyroku czytamy, że uprawniony interes państwa w zakresie zwalczania nielegalnej migracji nie może pozbawiać osób poszukujących ochrony międzynarodowej ich praw²⁶.

W swym późniejszym orzecznictwie ETPC podnosił, że artykuł 5 ust.1 EKPC odnosi się w stosownych przypadkach do innych norm prawnych mających zastosowanie do zainteresowanych stron, w tym tych które są zakorzenione w prawie międzynarodowym²⁷, a także w prawie Unii Europej-

²¹ *Wysokie Umawiające się Strony, biorąc pod uwagę, że Karta Narodów Zjednoczonych i Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne dnia 10 grudnia 1948 r., potwierdziły zasadę, że wszyscy ludzie bez dyskryminacji powinni korzystać z podstawowych praw i wolności (...)*.

²² Zob. szerzej wywody K. Ogg, *A Something dangerous convergence: refugee law, human rights law and The Meaning of the Effective protection*, „Macquarie Law Journal” 2013, Vol. 112, s. 111. Zob. też zasady 3 i 7 Wytycznych UNHCR.

²³ Por. M. Forowicz, *Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford 2010, s. 235.

²⁴ Wyjątkiem jest prawo do słusznego procesu przewidziane w art. 6 EKPC, który to przepis Trybunał interpretuje w ten sposób, że sprawy związane z wjazdem, pobytem i deportacją cudzoziemców nie wchodzą w zakres przedmiotowy ani praw i obowiązków cywilnych ani sprawy karnej – por. wyrok ETPC z 5 października 2000 r. w sprawie *Maaouia przeciwko Francji*, skarga nr 39652/98, par. 40.

²⁵ Por. wyrok ETPC z 25 czerwca 1996 r. w sprawie *Amuur przeciwko Francji*, skarga nr 19776/92, par. 43.

²⁶ Por. *ibidem*.

²⁷ Por. *Medvedyev i inni przeciwko Francji*, par. 79; wyrok ETPC z 17 stycznia 2012 r. w sprawie *Takush przeciwko Grecji*, skarga nr 2853/09, par. 40; wyrok ETPC z 1 marca 2016 r., w sprawie *Kholmurodov przeciwko Rosji*, skarga nr 58923/14, par. 84.

skiej²⁸. Wydaje się jednak, że pełniejszy obraz wykładni EKPC uzyskamy przywołując wyrok w sprawie *Al-Adsani przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, gdzie ETPC stwierdził, iż EKPC ma być interpretowana w zgodzie z innymi normami prawa międzynarodowego *tak dalece, jak to jest możliwe*²⁹. Ponadto w orzeczeniu *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji* Trybunał Strasburski słusznie zauważył, że nie jest jego rolą badanie czy Państwa – Strony respektują postanowienia KSU³⁰.

Niewątpliwie w orzecznictwie strasburskim można wyodrębnić grupę wyroków, które obwołano triumfem praw uchodźców³¹ i tym samym potwierdzają tezę, że rozwój prawa międzynarodowego praw człowieka nie tylko przyczynił się do wzmocnienia gwarancji ochronnych wynikających z prawa uchodźczego³², ale też rozszerzał je podmiotowo i przedmiotowo w stosunku do KSU³³. Wskazana dynamika praw jednostki nabrała takiego tempa, że zaczęto stawiać pytanie, czy prawa człowieka nie zastąpią prawa uchodźczego³⁴. Równocześnie pojawiły się poglądy, że prawo uchodźcze jest w istocie częścią międzynarodowego praw człowieka³⁵. Pewną podstawą ku temu jest

²⁸ W tym przypadku chodziło o limity czasowe detencji wynikające 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 (dalej jako Dyrektywa powrotowa) Dz. Urz. UE L 348, 24.12.2008 – por. *Thimothawes przeciwko Belgii*, par. 70; wyrok ETPC z 11 lutego 2010 r. w sprawie *Raza przeciwko Bułgarii*, skarga nr 31465/08, par. 74.

²⁹ Por. wyrok ETPC z 21 listopada 2001 r. w sprawie *Al-Adsani przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga 35763/97, par. 55.

³⁰ Por. wyrok ETPC z 21 stycznia 2011 r. w sprawie *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*, skarga nr 30696/09, par. 286

³¹ Choćby takich jak wyrok ETPC z 23 lutego 2012 r. w sprawie *Hirsi Jamaa przeciwko Włochom*, skarga nr 27765/09 czy też wspomniany już wyrok *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*.

³² Przeprowadzanie błyskawicznych deportacji pozbawiających cudzoziemców realnego dostępu do procedur ochrony międzynarodowej uznane za naruszenie art. 13 EKPC w zakresie dostępu cudzoziemców do skutecznego środka odwoławczego – por. wyrok Wielkiej Izby ETPC z 13 grudnia 2012 r. w sprawie *Souza Ribeiro przeciwko Francji*, skarga 22689/07, par. 97–98.

³³ Można wskazać choćby na szerszy w porównaniu z KSU zakres zasady *non-refoulement*, rozszerzanie statusów ochronnych umożliwiających pobyt na terytorium państwa osób nie spełniających kryteriów Konwencji Genewskiej –por. szczegółowo M. Forowicz, op.cit., s. 236–249. Por. także elementy obowiązków proceduralnych związane z ochroną przed wydalaniem do kraju w którym cudzoziemcovi groziłaby śmierć, lub tortury.

³⁴ C. Harvey, *Is Humanity Enough? Refugees, Asylum Seekers and the Rights Regime*, [w:] C. Harvey, S. Juss (red.), *Contemporary Issues in Refugee Law*, Edward Elgar, 2013 s. 13, 69.

³⁵ Taki pogląd prezentuje m.in. H. Lambert, *Protection Against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, „International and Comparative Law Quarterly” 1999, Vol. 48(3), s. 519; pośrednio taki wydzwięk ma stanowisko T. Gammeltoft-Hanssena, *Access to Asylum: International Refugee Law and Globalization of Migration Control*, Cambridge 2011, s. 213. Ponadto niektórzy autorzy traktują Konwencję dot. statusu uchodźców jako traktat prawnoczwolniczy – szerzej zob. J. C. Hathaway, *Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection*, „Journal of Refugee Studies” 1991, Vol. 4(2), s. 113–131, <https://doi.org/10.1093/jrs/4.2.113>; J. McAdam, *The complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford 2007, s. 29–33; T. Einarssen, *Drafting History of the 1951 Convention and 1967 Protocol*, [w:] A. Zimmermann i in. (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a commentary*, Oxford 2011, s. 37–73.

ich pewna funkcjonalna zbieżność rozumiana w ten sposób, że są to dwa źródła praw ochrony uchodźców i osób poszukujących ochrony międzynarodowej. Niemniej, rozpatrując rzecz z punktu widzenia samego zakresu przedmiotowego i podmiotowego regulacji traktatowych, taki pogląd wydaje się zbyt daleko idący choćby dlatego, że prawa człowieka nie są w stanie całkowicie zastąpić i skutecznie gwarantować wszystkich elementów związanych z udzielaniem ochrony międzynarodowej.

W powyżej zarysowanym kontekście warto wskazać, że regulacje obu grup przepisów, aczkolwiek cel mają wspólny, nie są przecież identyczne ani podmiotowo ani przedmiotowo³⁶. Jeśli uwzględnić zakres podmiotowy, to jest on w sposób oczywisty znacznie węższy w przypadku prawa uchodźczego. Ponadto KSU w wielu aspektach zawiera rozwiązania dużo bardziej szczegółowe i dalej idące niż tego wymaga od Państw – Stron EKPC czy inne traktaty³⁷. Wymienić tu należy obowiązki państw w zakresie wydania dokumentu tożsamości uchodźcom, którzy nie posiadają ważnego dokumentu podróży (art. 27 KSU) oraz dokumentów podróży uchodźcom legalnie przebywającym na terytorium na danego państwa (art. 28 KSU), prawa majątkowe związane z nabyciem mienia ruchomego i nieruchomego (art. 13 KSU), zrównane uchodźców z obywatelami w zakresie korzystania z ochrony własności przemysłowej (art. 14 KSU). Ponadto, jeśli spojrzymy na prawa socjalne, które w traktatach praw człowieka są regulowane jako zobowiązania progresywne i realizowane programowo, to na gruncie KSU mają one charakter wiążący bezwzględnie – z punktu³⁸. Można powiedzieć, że są to regulacje sprowadzające się do włączenia uchodźcy legalnie przebywającego na terytorium państwa w rynek pracy i system świadczeń społecznych³⁹. W piśmiennictwie zauważa się również, że celem postanowień KSU jest „nie tylko” zagwarantowanie uchodźcy podstawowych praw i wolności, ale też danie mu możliwości „posmakowania” substancji obywatelstwa⁴⁰.

W literaturze można też spotkać poglądy, że prawo uchodźcze ma charakter subsydiarny wobec praw człowieka, ponieważ jego uruchomienie następuje w sytuacjach, gdy zawodzi ochrona praw jednostki na terytorium państwa, z którego pochodzą uchodźcy⁴¹. Wydaje się jednak, że tak rozumia-

³⁶ Zob. szersze uwagi H. Ragheboom, *The International Legal Status and Protection of Environmentally Displaced Persons: A European Perspective*, Leiden, Boston 2017, s. 182; por. J. C. Hathaway, *Rights of refugees...*, s. 154.

³⁷ Por. K. Ogg, op. cit., s. 111.

³⁸ Są to między innymi: zobowiązanie do przyznania możliwie najkorzystniejszego traktowania w zakresie wykonywania pracy najemnej (art. 17), prawa w zakresie opieki społecznej (art. 23), a także zobowiązanie w zakresie ustawodawstwa pracy i zabezpieczenia społecznego (art. 24).

³⁹ Por. J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, s. 94–95.

⁴⁰ Por. C. Harvey, op. cit., s. 72.

⁴¹ Por. J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, s. 135; K. Ogg, op. cit. s. 112.

na pomocniczość nie powinna determinować automatycznie hierarchizowania zobowiązań jednej czy też drugiej dziedziny prawa międzynarodowego. Biorąc pod uwagę specyfikę wskazanych regulacji bardziej zasadne wydaje się spoglądanie na nie jako na komplementarne wobec siebie zespoły norm prawnych mające na celu ochronę praw jednostki⁴².

Drugą płaszczyzną, która nadaje szerszy kontekst późniejszym wywodom, są odmienne perspektywy z jakich ocenia się te same sytuacje faktyczne. Jedną z najczęstszych przyczyn pozbawienia wolności imigrantów jest konieczność ustalenia ich tożsamości z powodu braku dokumentów lub z powodu posiadania dokumentów fałszywych. W prawie międzynarodowym praw człowieka takie okoliczności – podobnie jak nielegalny wjazd – są oceniane w perspektywie odstępstwa od przyjętych zasad. Tym samym są postrzegane w kontekście ochrony porządku lub bezpieczeństwa publicznego, zwalczania nielegalnej migracji i są powiązane z limitacją korzystania z określonych praw⁴³.

Natomiast w perspektywie KSU jest to sytuacja bliższa regule niż wyjątkowi: uchodźca jest człowiekiem, który najczęściej z powodu prześladowania nie jest w stanie uzyskać stosownych dokumentów. Podobnie rzecz się ma z wjazdem – uchodźca jest na ogół tym, który wjeżdża na terytorium innego państwa nielegalnie, w sposób ukryty, często z pomocą przemytników⁴⁴. Specyfika położenia osób uciekających przed prześladowaniem znajduje odzwierciedlenie choćby we wspomnianych regulacjach art. 27 i art. 28 KSU odnoszących się do wydania dokumentów tożsamości lub podróży, a także stanowi *ratio legis* zakazu penalizacji nielegalnego wjazdu w art. 31 ust. 1 tejże Konwencji. Na tym tle trzeba odnotować sformułowane przez UNHCR postulaty zachowania pewnego realizmu co do liczby i jakości dokumentów, które uchodźca powinien przedstawić władzom. Podnosi się, że tożsamość danej osoby może być przecież ustalona za pomocą innych informacji i środków. Podkreśla się, że wkomponowana w sytuację faktyczną uchodźcy niemożność przedstawienia określonych dokumentów nie powinna być automatycznie interpretowana jako niechęć do współpracy lub sama w sobie uzasadniać negatywnej oceny z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa. Tym, czego pań-

⁴² Dodatkowo trzecim filarem ochrony jest tu międzynarodowe prawo humanitarne. Statement at the International Association of Refugee Law Judges world conference, Stockholm, 21–23 April 2005, by Emanuela-Chiara Gillard, ICRC Legal Adviser, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/6t7g86.html> (data dostępu: 26.02.2016).

⁴³ Por. wyrok ETPC z 12 października 2012 r. w sprawie *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, skarga nr 13178/03, par. 80–81; por. także stan faktyczny w sprawie *Aboya Boa Jean przeciwko Malcie*.

⁴⁴ Chociaż G. Godwin-Gill przywołuje przypadek, gdy jeden z sądów niemieckich odmówił zastosowania art. 31 KSU, jeśli uchodźca skorzystał z pomocy przemytników Decision nr 230/99, *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 14 Jan. 2000. Jak zauważa ten autor jest to interpretacja niezgodna z ideą i duchem konwencji genewskiej, ale także art. 5 Protokołu do przestępczości zorganizowanej – por. G. Godwin-Gill, op. cit., s.202.

stwo powinno oczekiwać, jest przedstawienie rozsądnego wytłumaczenia danej sytuacji, tak aby była możliwa ocena czy nie są to działania obliczone na wprowadzenie w błąd i wynikające z rzeczywistej niechęci do współpracy⁴⁵.

Kolejną odmiennością kontekstów jest kwestia masowego napływu cudzoziemców. Zasadniczo międzynarodowe prawo uchodźcze zostało dla takich sytuacji stworzone, choć z drugiej strony opiera się ono na indywidualizacji oceny sytuacji osoby poszukującej ochrony międzynarodowej. O ile w perspektywie praw człowieka sytuacje kryzysowe wpisują się w okoliczności uzasadniające limitację, a w ściśle określonych okolicznościach także derogację praw jednostki, o tyle istotą prawa uchodźczego jest jego działanie w kryzysie i konstrukcja jako odpowiedzi na kryzys⁴⁶.

Zapobieżenie nieautoryzowanemu wjazdowi lub przeprowadzenie deportacji

Przechodząc do sedna omawianego problemu, wskazana już wcześniej swoista konwergencja pomiędzy prawem praw człowieka a międzynarodowym prawem uchodźczym zachodzi na gruncie wymogu, aby pozbawienie wolności w kontekście migracyjnym było zgodne z prawem. Warunek ten nie jest obecny w warstwie tekstualnej art. 9, 26 ani 31 KSU, natomiast sformulowano go w punkcie b Konkluzji nr 44, a także w Wytycznych UNHCR z wyraźnym odwołaniem do standardów praw człowieka⁴⁷.

W systemie EKPC zgodność z prawem wynika wprost z brzmienia art. 5 EKPC, a w strasburskim *case law* podstawowym odnośnikiem jest tu treść regulacji krajowej – zarówno jej elementy materialne, jak i proceduralne⁴⁸. Niemniej jednak kontrola obejmuje także test zgodności prawa krajowego z celem art. 5 EKPC, jakim jest ochrona jednostki przed arbitralnością⁴⁹, a także z gwarancjami wynikającymi z art. 5 ust.2 oraz art. 5 ust.4 EKPC⁵⁰, choć należy podkreślić, że związek pomiędzy naruszeniami art. 5 ust.1 EKPC a powołanymi przepisami nie jest automatyczny⁵¹.

⁴⁵ Por. Wytyczne UNHCR, par. 25.

⁴⁶ Por. C. Dauvergne, *Refugee Law as a Perpetual Crisis, Regime*, [w:] C. Harvey, S. Juss (red.), *Contemporary Issues in Refugee Law*, Edward Elgar 2013, s. 14.

⁴⁷ Por. Wytyczne UNHCR, par. 15–17, s. 14.

⁴⁸ Por. wyrok ETPC z 11 października 2007 r. w sprawie *Nassruloyev przeciwko Rosji*, skarga nr 656/06, par. 70; *M.A. przeciwko Cyprowi*, par. 197.

⁴⁹ Por. *Amuur przeciwko Francji*, par. 50.

⁵⁰ Por. np. tożsamość zarzutów na tle art. 5 ust. 1 oraz art. 5 ust.4 EKPC w wyroku ETPC z 2 maja 2013 r. w sprawie *Barjamaj przeciwko Grecji*, skarga nr 36657/11, par. 46. Por. także wyroki ETPC: z 10 czerwca 2008 r. w sprawie *Galliani przeciwko Rumunii*, skarga nr 69273/01, par. 47; z 23 listopada 1993 r. w sprawie *Navarra przeciwko Francji*, skarga 13190/87, par. 24; wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29 kwietnia 1999 r. w sprawie *Aquilina przeciwko Malcie*, skarga nr 25642/94, par. 39.

⁵¹ Por. *Aboya Boa Jean przeciwko Malcie*, par. 80.

W standard konwencyjny wpisuje się również element pewności prawa, a zatem pozbawienie wolności musi być przewidziane przez prawo i z nim zgodne, konsekwencje jego zastosowania powinny być przewidywalne⁵². ETPC wskazuje w związku z tym na wymóg odpowiedniej jakości prawa ze względu na zasadę rządów prawa stanowiących wewnętrzną cechę całego systemu Konwencji⁵³.

Detencja w oparciu o art. 5 ust. 1 lit. f EKPC jest zgodna z Konwencją tylko wtedy, gdy jest stosowana w jednym z celów uprawnionych, którymi są: zapobieżenie nielegalnemu wjazdowi, wydalenie oraz przeprowadzenie ekstradycji. Jeśli chodzi o wykładnię pojęcia nieautoryzowanego wjazdu Wielka Izba ETPC w 2008 roku w orzeczeniu *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* zapoczątkowała linię orzeczniczą, która pozostaje aktualna po dziś dzień⁵⁴. Sprawa ta dotyczyła pozbawienia wolności Kurda pochodzącego z Iraku poszukującego ochrony międzynarodowej w Wielkiej Brytanii. Skarżący był niewątpliwie uchodźcą *bona fide*; już na lotnisku zaraz po przybyciu do Wielkiej Brytanii złożył wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej. Otrzymałszy czasowe zezwolenie na pobyt, przez kilka dni przebywał na wolności stosując się do wydanych mu przez władze poleceń stawiania się na lotnisku. Dopiero po tym czasie skarżący został pozbawiony wolności na siedem dni w ramach przyspieszonych procedur w ośrodku recepcyjnym *Oakington*.

Kluczowym elementem w tej sprawie była kwestia oceny, czy pozbawienie wolności skarżącego spełniało konwencyjną przesłankę zapobieżenia nieautoryzowanemu wjazdowi na którą powoływało się skarżone państwo. Zarówno w przypadku EKPC, jak i KSU nie ma wątpliwości, że sam wjazd bez zezwolenia jest aktem nieautoryzowanym⁵⁵. Natomiast przedmiotem rozbieżności stało się ustalenie, kiedy i w jakiej formie dochodzi do autoryzacji pobytu cudzoziemca.

UNHCR, który włączył się w to postępowanie na etapie orzekania przez Wielką Izbę, wskazał, że jeśli państwo dopuszcza na swoje terytorium osobę poszukującą ochrony międzynarodowej, a ta osoba spełnia warunki przewidziane prawem krajowym, czasowy wjazd i pobyt na terytorium tego pań-

⁵² Por. m.in. wyroki ETPC z 18 grudnia 1986 r. w sprawie *Bozano przeciwko Francji*, skarga nr 9990/82, par. 54; z 5 października 2004 r. w sprawie *H.L. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 45508/99, par. 114; z 6 marca 2003 r. w sprawie *Dougoz przeciwko Grecji*, skarga nr 40907/98, par. 55; wyrok Wielkiej Izby ETPC z 23 lutego 2012 r. w sprawie *Creanga przeciwko Rumunii*, skarga nr 29226/03, par. 101.

⁵³ *Nolan i K. przeciwko Rosji*, par. 82; por. także wyrok ETPC z 12 stycznia 2010 r. w sprawie *Al-Agha przeciwko Rumunii*, skarga nr 40933/02, par. 84–86.

⁵⁴ Por. wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29 stycznia 2008 r. w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 13229/03.

⁵⁵ Por. brzmienie art. 31 ust. 1 KSU, zakazującego nakładania kar na uchodźców, którzy weszli lub przebywają na ich terytorium bez zezwolenia (*enter or are present in their territory without authorization*).

stwa nie mogą być uznane za nieautoryzowane⁵⁶. Trzeba przy tym zauważyć, że w KSU mamy do czynienia z dwoma pojęciami, a więc „uregulowania statusu”, o którym mowa w art. 31 ust. 2 oraz „legalnego pobytu” zawartego w treści art. 26 KSU. W analizach powyższych przepisów przyjmuje się, że do uregulowania statusu w rozumieniu art. 31 ust. 2 dochodzi wtedy, kiedy poszukujący ochrony międzynarodowej spełnia wszystkie warunki formalne wymagane do weryfikacji statusu uchodźcy. Zastosowanie pozbawienia wolności może mieć wtedy uzasadnienie jedynie na warunkach wskazanych w art. 26 KSU, który stanowi, iż uchodźca legalnie przebywający na terytorium państwa ma prawo wyboru miejsca stałego zamieszkania i prawo do swobodnego poruszania się w granicach tego terytorium, z zachowaniem przepisów stosowanych wobec cudzoziemców w ogóle w tym samych okolicznościach⁵⁷.

Interpretację zbliżoną do UNHCR przyjmuje również Komitet Praw Człowieka wyrażając pogląd, że cudzoziemiec, który wjedzie na terytorium państwa niezgodnie z przepisami, ale przedstawi wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej, przebywa w danym kraju zgodnie z prawem⁵⁸. Tymczasem w ocenie ETPC decyzja o autoryzacji wjazdu należy do państwa i dopóki nie zostanie ona podjęta, samo zgłoszenie się do władz migracyjnych przez cudzoziemca nie legalizuje jego pobytu, niezależnie od tego, czy chodzi o udzielenie ochrony międzynarodowej, czy inną formę legalizacji a sprawa ta pozostaje zależna od prawa krajowego⁵⁹. Stanowisko to ETPC podtrzymał w wyrokach zapadłych w ciągu ostatnich lat⁶⁰, także w stosunku do Państw – Stron związanych prawem UE, które nakazuje zapewnienie, aby osoby ubiegające się o ochronę międzynarodową miały prawo do pozostawania na ich terytorium⁶¹. W doktrynie podnoszono zatem, że z punktu widzenia prawa UE podejście prezentowane przez ETPC w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* jest mocno wątpliwe i wprowadza element nie-

⁵⁶ Por. stanowisko UNHCR prezentowane w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 56.

⁵⁷ Por. J. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, s. 418.

⁵⁸ Por. General Comment of Human Rights Committee No. 27, *Freedom of movement (art.12)*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.21/Add.9, par. 4; orzeczenie Komitetu Praw Człowieka z 18 lipca 1994 r. w sprawie *Celepli przeciwko Szwecji*, Communication No. 456/1991, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/456/1991, par. 9.2.

⁵⁹ Por. *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 65.

⁶⁰ Por. wyrok ETPC z 23 lipca 2013 r. w sprawie *Suso Musa przeciwko Malcie*, skarga nr 42337/12, par. 90 *Aboya Boa Jean przeciwko Malcie*, par. 53; *Mahamed Jama przeciwko Malcie*, skarga nr 10290/13, wyrok ETPC z 26.11.2015, par. 137.

⁶¹ Por. m.in. art. 7 ust.1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (Dz. Urz. UE L 180, 29.6.2013); art. 9 ust.1 dyrektywy proceduralnej.

pewności⁶². Zarzut ten nie jest do końca trafiony, ponieważ Trybunał Strasburski nie jest związany prawem unijnym i jeśli bierze je pod uwagę, to tylko i wyłącznie w sytuacjach, gdy sprawa dotyczy Państwa – Strony, które jest jednocześnie członkiem UE.

Na tym właśnie tle ETPC stwierdził, że jeśli państwo wykacza poza swoje zobowiązania wynikające z EKPC tworząc bardziej korzystną pozycję jednostki – o czym mowa w art. 53 EKPC – zastosowanie detencji dla zapobieżenia nielegalnemu wjazdowi *może budzić wątpliwości co do jego zgodności z prawem w rozumieniu art. 5 ust.1 f, ponieważ trudno uznać, że środek ten jest ściśle powiązany z celem konwencyjnym*⁶³. Użyte w tym wyroku stwierdzenie „może budzić wątpliwości” należy ocenić krytycznie, ponieważ ETPC nie przyjął precyzyjnego stanowiska czy w takich sytuacjach dochodzi do naruszenia EKPC czy też nie.

Co istotne ETPC w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* stwierdził, że Konkluzje Komitetu Wykonawczego nr 44 jak i jego Wytyczne przewidują możliwość pozbawienia wolności osób poszukujących ochrony międzynarodowej w niektórych sytuacjach. Rzeczywiście w punkcie b powołanego przez Trybunał dokumentu wskazuje się, że detencja może być zastosowana, gdy jest niezbędne w następujących okolicznościach: w celu ustalenia tożsamości, w celu ustalenia okoliczności, na których opiera się wniosek, w sytuacji zniszczenia dokumentów przez wnioskującego lub używania dokumentów podrobionych w celu wprowadzenia w błąd władz kraju ubiegania się o status uchodźcy, gdy istnieje konieczność ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego⁶⁴. Aczkolwiek są to tylko trzy cele, to jednak bardzo szeroko rozumiane. Najszerszy zakres ma przesłanka porządku publicznego obejmująca konieczność zapobieżenia ucieczce lub sytuacje istnienia prawdopodobieństwa braku współpracy, związek z przeprowadzaniem przyspieszonych procedur dla oczywiście bezzasadnych lub nadużywających wniosków, konieczność przeprowadzenia identyfikacji⁶⁵ i oceny z punktu widzenia bez-

⁶² AIDA, *The Legality of Detention of Asylum Seekers under the Dublin III Regulation*, AIDA Legal Briefing nr 1, czerwiec 2015 r., s. 7; C. Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford 2016, s. 296–297. Notabene skarżący w sprawie Saadi oraz Międzynarodowe Stowarzyszenie Prawników powoływali się tu m.in. na treść Dyrektywy powrotowej, w której stanowi się, że osoby aplikujące o międzynarodową ochronę przebywają w danym państwie w sposób zgodny z prawem przez cały czas trwania procedury azylowej. Jednakże trzeba podnieść, że zgodnie z art.2 ust. 1 jej zastosowanie może być wyłączone wobec osób zatrzymanych lub ujętych, które przekroczyły granice państwa w sposób niezgodny z prawem.

⁶³ Por. *Suso Musa przeciwko Macie*, par. 97.

⁶⁴ Konkluzje wykonawcze No. 44 (XXXVII) 1986; Por. Wytyczne UNHCR, zasada 3.

⁶⁵ Generalnie możliwość kilkudniowej detencji w celu weryfikacji tożsamości została przewidziana por. UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Thirteenth Meeting*, 22 November 1951, A/CONF.2/SR.13, pp. 13–15; SR.14, pp. 4 and 10–11; and SR.35, pp. 11–13, 15–16 and 19.

pieczeństwa państwa, konieczności pozyskania informacji niezbędnych dla oceny wniosku, których nie można uzyskać inaczej niż za pomocą pozbawienia wolności⁶⁶. W literaturze podnosi się, że tak szeroki katalog celów uprawionych detencji w gruncie rzeczy stoi w sprzeczności z twierdzeniem, że pozbawienie wolności cudzoziemca powinno mieć charakter wyjątkowy⁶⁷.

W sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* siedmiodniowa detencja w związku z procedurą udzielania ochrony międzynarodowej została potraktowana jako mieszcząca się w ramach pierwszego zdania art. 5 ust. 1 lit. f, podobnie jak sprawie *Kanagaratnam przeciwko Belgii*⁶⁸, ale już w sprawie *Ahmade przeciwko Grecji* oraz *R.U. przeciwko Grecji* była oceniana pod kątem drugiego członu art. 5 ust. 1 lit. f, a więc celem uprawnionym było przeprowadzenie deportacji⁶⁹. W tych przypadkach ETPC stwierdził naruszenie art. 5 ust. 1 lit. f Konwencji, ponieważ zarówno prawo krajowe, jak i międzynarodowe zakazują deportacji osób oczekujących na decyzję w sprawie ich wniosku⁷⁰. Na tej podstawie można by wyciągnąć wniosek, że osoby poszukujące ochrony międzynarodowej nie mogą być pozbawione wolności w celu przeprowadzenia deportacji w świetle art. 5 ust. 1 lit. f EKPC. Tu jednak pojawia się problem praktyczny, a mianowicie jakie uzasadnienie konwencyjne ma w takim razie detencja cudzoziemca wobec którego wszczęto procedury deportacyjne/przymusowego powrotu, a który w trakcie pozbawienia wolności składa wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej? Odpowiedzi na to pytanie w sprawie *Nabil i inni przeciwko Węgrom* udzielił ETPC: *W opinii Trybunału tocząca się sprawa o udzielenie azylu jako taka nie oznacza, że pozbawienie wolności przestało mieć charakter środka prowadzącego do wydalenia – ewentualne odrzucenie wniosków o udzielenie azylu mogło bowiem otworzyć drogę do wykonania nakazu deportacji*⁷¹.

⁶⁶ Por. Wytyczne UNHCR,

⁶⁷ Por. C. Costello, *Human rights and the elusive universal subject: immigration detention under international human rights law and EU law*, „Indiana Journal of Global Legal Studies 2012”, Vol. 19, s. 276.

⁶⁸ Por. wyrok ETPC z 13 grudnia 2011 r. *Kanagaratnam przeciwko Belgii*, skarga nr 15297/09.

⁶⁹ Por. wyrok ETPC z 25 września 2012 r. w sprawie *Ahmade przeciwko Grecji*, skarga nr 50520/09, par. 138–144; wyrok ETPC z 7 czerwca 2011 r. w sprawie *R.U. przeciwko Grecji*, skarga nr 2237/08, par. 93.

⁷⁰ Por. *Ahmade przeciwko Grecji*, par.139; *R.U. przeciwko Grecji*, par.94. wyrok ETPC z 11 czerwca 2009 r. w sprawie *S.D. przeciwko Grecji*, skarga nr 53541/07, par. 62; *R.U. przeciwko Grecji*...

⁷¹ Por. *Nabil i inni przeciwko Węgrom*, par. 3. To rozumowanie zostało powołane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie N. Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 lutego 2016 r. w sprawie *J. N. przeciwko Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C 601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, pkt. 77–80. Jednak TS UE w innym wyroku stwierdził, że w toku postępowania odwoławczego od decyzji w sprawie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej cudzoziemiec nie może przebywać w detencji mającej podstawy w art. 15 Dyrektywy Powrotowej, pomimo że jego pobyt nie jest legalny – wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 czerwca 2018 r w sprawie *Sadikou Gnandi przeciwko Etat belge*, ECLI:EU:C:2018:465, pkt. 62.

Stanowisko ETPC wyrażone w powołanych sprawach greckich zainspirowało pytania o dopuszczalność pozbawienia wolności w celu zabezpieczenia procedury transferu z jednego państwa do drugiego w oparciu o art. 28 Rozporządzenia Dublin III, do którego odsyła art. 8 ust. 3 lit. f Przekształconej Dyrektywy Recepcyjnej⁷². Niewątpliwie ETPC pozbawienie wolności w ramach procedury Dublin III potraktował jako sytuację osoby, wobec której toczy się postępowanie o wydalenie lub ekstradycję w rozumieniu drugiej części art. 5 ust. 1 lit. f⁷³. Stąd też podnoszono, że system dubliński pozostaje w sprzeczności z art. 5 ust. 1 lit. f EKPC, ponieważ legitymizuje zatrzymanie w związku z wydaleniem osób ubiegających się o ochronę międzynarodową, które nie otrzymały ostatecznej decyzji w sprawie ich wniosku⁷⁴. Wydaje się, że w ogóle wykluczanie dopuszczalności detencji w procedurach dublińskich ze względu na prawo uchodźcze jest sprzeczne z pewnym funkcjonalnym postrzeganiem tego ostatniego jako całości. Mianowicie kluczowym dla KSU jest zapewnienie, aby osoba poszukująca ochrony miała do niej dostęp przynajmniej na poziomie złożenia i rozpatrzenia wniosku o nadanie statusu uchodźcy w ramach sprawiedliwych i szybkich procedur, następnie zaś stosownie do ich rozstrzygnięcia potencjalnie nabywała kolejne prawa wynikające z Konwencji. Biorąc to pod uwagę, trudno pominąć, że procedura dublińska, pomimo wielu kontrowersji co do jej wydolności, w swej istocie jest pomyślana jako doprowadzenie do rozpatrzenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej.

Następnie z norm KSU nie wynika całkowity zakaz wydalania uchodźców, choć oczywiście sytuacje te powinny być wyjątkiem⁷⁵. Trudno zatem z prawa uchodźczego wywodzić absolutny obowiązek tolerowania uchodźcy na terytorium państwa, o ile nie dojdzie do naruszenia zasady *non refoulement*⁷⁶, od której przecież dodatkowo art. 33 ust. 2 KSU przewiduje wyjątki⁷⁷. UNHCR również nie kwestionuje legalności pozbawienia wolności w ramach procedury Dublin III, wskazując wszakże na szereg nie-

⁷² Analiza tego przepisu m.in. zob. Ph. De Bruycker (ed.), A. Bloomfield, E. (Lilian) Tsourdi, J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU: Time for Implementation*, Bruksela, s. 55–56.

⁷³ Por. wyrok ETPC z 11 kwietnia 2013 r. w sprawie *Firoz Muneer przeciwko Belgii*, par. 53; wyrok ETPC z 12 lipca 2016 r. w sprawie *A.M. i in. przeciwko Francji*, skarga nr 56324/13, par. 64–65.

⁷⁴ Por. AIDA, *The Legality...*, s. 7; C. Costello, *The Human Rights...*, s. 296–297.

⁷⁵ Por. brzmienie art. 32 ust. 1 KSU, a także art. 31 ust. 2 zdania 1 *in fine* oraz art. 32 ust. 3 KSU.

⁷⁶ Por. w tym zakresie wyrok ETPC w sprawie *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji* odnośnie naruszenia art. 3 EKPC, par. 232.

⁷⁷ Szerzej na temat zob. O. Łachacz, *Zasada non-refoulement w międzynarodowym prawie uchodźczym – zwyczaj międzynarodowy czy też peremptoryjna norma prawa międzynarodowego?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, Vol. XV, s. 134–142.

dociągnięć zaobserwowanych w państwach członkowskich od czasu jej wejścia w życie⁷⁸.

Zakaz arbitralności

Zarówno w międzynarodowym prawie uchodźczym, jak i międzynarodowym prawie praw człowieka gwarantuje się ochronę nie tylko przed bezprawnym, ale też arbitralnym pozbawieniem wolności. Jednakże arbitralność jest na gruncie obu systemów różnie rozumiana. W prawie uchodźczym fundamentalne znaczenie ma traktowanie detencji w kategoriach środka stosowanego tylko, gdy to jest niezbędne (art. 9 i 31 ust. 2 KSU)⁷⁹. W wytycznych UNHCR wskazuje się, że czynnikami, które mogą decydować o niezbędności takiego środka są: etap procedury uchodźczej czy innej procedury ochronnej, zamierzony cel podróży, więzy rodzinne, zachowanie w przeszłości, charakter, ryzyko ucieczki, ewentualne artykułowanie takiego zamiaru, rozumienie potrzeby podporządkowania się określonym zasadom⁸⁰.

W przypadku systemu EKPC sprawa jest bardziej złożona. Z jednej strony jako precedensowy w sprawach pozbawienia wolności osób poszukujących ochrony międzynarodowej wciąż należy traktować wyrok w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. W ocenie ETPC niezbędność nie ma znaczenia z punktu widzenia art. 5 ust. 1 f Konwencji, ponieważ tekst traktatu nie odnosi się do jej zasadności czy podstaw prawnych i wskazuje jedynie, że ma oba być powiązana z celem⁸¹. W konsekwencji Trybunał ogranicza się do przeprowadzenia testu arbitralności jedynie w oparciu o warunek wykonywania pozbawienia wolności w dobrej wierze (*in good faith*)⁸² i ścisłego związku pomiędzy detencją a deklarowanym jej celem⁸³.

⁷⁸ UNHCR, *Left in Limbo: UNHCR study on the implementation of the Dublin III Regulation*, 2017, s. 159–173, <http://www.refworld.org/docid/59d5dcb64.html> (data dostępu: 01.12.2017).

⁷⁹ Por. także Wytyczne UNHCR, par. 19.

⁸⁰ *UNHCR Guidelines*, par. 19. Rozwinięcie zasady 4.

⁸¹ It is therefore immaterial whether the underlying decision to expel can be justified under national or Convention law – por. wyrok ETPC z 12 lutego 2013 w sprawie *Amie i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 58149, par. 72; wyrok ETPC z 15 listopada 1996 w sprawie *Chahal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 22414/93 par. 112; *Slivenko przeciwko Łotwie* [GC], skarga nr 48321/99, par. 146; wyrok ETPC z 22 maja 2008 r. w sprawie *Sadaykov przeciwko Bułgarii*, skarga nr 75157/01, par. 21; *Raza przeciwko Bułgarii*, par. 72. Jednocześnie należy podkreślić, że całe rozumowanie Trybunału w tej sprawie jest krytycznie oceniane w doktrynie – por. C. Costello, *The Human Rights of Migrants...*, s. 290.

⁸² Por. wyrok ETPC z 11 listopada 2011 r. w sprawie *Longa Yonkeu przeciwko Łotwie*, skarga nr 57229/09, par. 143; wyrok Wielkiej Izby ETPC z 19 lutego 2009 r., *A. i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 3455/05, par. 164.

⁸³ Por. *Saadi*, par. 74; *Chahal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 113; wyrok ETPC z 26 kwietnia 2007 r. w sprawie *Gebremedhin [Gaberamadhien] przeciwko Francji*, skarga nr 25389/05, par. 74.

Z drugiej strony kryterium niezbędności detencji bardzo powoli wkrada się do systemu konwencji tylnymi drzwiami⁸⁴. Po pierwsze, ostateczność detencji jest uwzględniana jako element zgodności z prawem, jeśli stanowi to element prawa krajowego⁸⁵. Po drugie, ETPC jest skłonny wywodzić taki wymóg w sprawach detencji dzieci w oparciu art. 3 i 37 Konwencji Praw Dziecka⁸⁶, powołując się przy tym na międzynarodowy konsensus w tej sprawie⁸⁷. Po trzecie, w sytuacji pozbawienia wolności rodzin z dziećmi działania państwa podlegają klauzuli limitacyjnej art. 8 ust. 2 EKPC, która wprowadza kryterium niezbędności ingerencji w prawo do poszanowania życia rodzinnego⁸⁸. Po czwarte, w sprawie *Yoh-Ekale Mwanje przeciwko Belgii*, jedna z izb Trybunału zastosowała test rozważenia mniej ingerujących środków, które umożliwiłyby zabezpieczenie interesu publicznego⁸⁹ uznając, że doszło do naruszenia Konwencji z powodu braku *wystarczającego związku* pomiędzy celem uprawnionym w art. 5 ust. 1 lit. f a pozbawieniem wolności skarżącej⁹⁰. Zdarzyły się też orzeczenia, w których ETPC wskazywał że państwa dysponowały innymi środkami zabezpieczenia wydalenia cudzoziemca w postaci obowiązku regularnego stawiania się na posterunku policji lub innych władz, który został nałożony na nich po zwolnieniu z detencji⁹¹.

Natomiast – co istotne – jak do tej pory nie pojawił się wyrok, w którym Trybunał Strasburski skonstruowałby wymóg niezbędności detencji z odwołaniem się do międzynarodowego prawa uchodźczego. Można powiedzieć, że w większości uzasadnień pojawia się jedynie *passus* z orzeczenia *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, iż Konkluzje nr 44 Komitetu Wykonawcze-

⁸⁴ Por. L. Lavrysen, *European Asylum Law and the ECHR: Un Uneasy Coexistence*, „Goettingen Journal of International Law” 2012, nr 4, s. 253–254.

⁸⁵ Por. *Nabil i inni przeciwko Węgrom*, par. 41; por. wyrok ETPC z 2 października 2008 r. *Rusu przeciwko Austrii*, skarga nr 34082/02, par. 54; art. 15 Dyrektywy powrotowej, art. 8 Przekształconej dyrektywy recepcyjnej.

⁸⁶ Por. *Rahimi przeciwko Grecji*, par. 108; *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 83. W tym wypadku kryterium niezbędności zostało wpisane w test zgodności z prawem. Zob. Handbook on European law relating to the rights of the child, Luxembourg 2015, s. 30, file:///D:/Pobrane/Handbook_rights_child_ENG.pdf.

⁸⁷ Committee on the Rights of the Child, General Comment nr 10: *Children's rights in juvenile justice*, UN Doc. CRC/C/GC/10, 25 April 2007, par. 77, 79 i 80; Committee on the Rights of the Child, General Comment nr 6: *Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, par. 61. Por. także stanowisko Europejskiego Komitetu do spraw Zapobiegania Torturom, 19th General Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), par. 97.

⁸⁸ Por. wyrok ETPC z 10 kwietnia 2018 w sprawie *Bistieva i inni przeciwko Polsce*, skarga nr 75157/14, par. 77 i nn. Zob. szerzej J. Markiewicz-Stanny, *Pozbawienie wolności imigrantów a prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2016, nr 7, s. 160–179.

⁸⁹ Por. wyrok ETPC z 8 czerwca 2004 r. w sprawie *Hilda Hafsteinsdóttir przeciwko Islandii*, skarga nr 40905/98, par. 51. Por. *Yoh-Ekale Mwanje przeciwko Belgii*, par. 124.

⁹⁰ Por. *Yoh-Ekale Mwanje*, par. 125.

⁹¹ Por. *Raza przeciwko Bułgarii*, par. 74; *Mikolenko przeciwko Estonii*, par. 67.

go dopuszczają detencję osób ochrony międzynarodowej. Trzeba jednak podkreślić, że ETPC powołuje się na Konkluzje nr 44 w sposób niepełny, ponieważ cała treść punktu b jest poprzedzona stwierdzeniem, iż ze względu na dolegliwość detencji, środka tego powinno się unikać i stosować tylko wtedy, gdy jest to niezbędne. Ponadto, jak podkreśla UNHCR, detencja w celach wskazanych nie może trwać przez cały okres trwania procedury udzielania ochrony międzynarodowej i powinna być stosowana w kontekście wstępnego przesłuchania cudzoziemca aplikującego o ochronę⁹².

Odwołując się do tekstualnej wykładni Konwencji można argumentować, że wymóg niezbędności nie powinien być z jej tekstu wywodzony, skoro w tekście nie ma o nim mowy. Niemniej jednak w przypadku art. 5 ust. 1 lit. b oraz art. 5 ust. 1 lit. e EKPC brak kryterium niezbędności wyartykułowanego w tekście traktatu nie był dla ETPC przeszkodą do sformułowania takiego standardu⁹³. Trybunał w tym kontekście podnosił argument, że pozbawienie wolności jest środkiem tak poważnej natury, że jest usprawiedliwione tylko jako środek ostateczny, a mniej restrykcyjne środki zostały wzięte pod uwagę i okazały się niewystarczające do ochrony indywidualnego lub publicznego interesu⁹⁴. Powyższe elementy zostały co prawda raz zostały podniesione w kontekście migracyjnym w sprawie *Rusu przeciwko Austrii*⁹⁵, ale dominującą jednak pozostaje ta linia orzecznicza, zgodnie z którą art. 5 ust. 1 lit. f stanowi wyraźnie odrębny poziom ochrony w stosunku do art. 5 ust. 1 lit. c i wystarczy wskazany uprawniony cel działania⁹⁶. Jest to odmienna od wszystkich innych organów traktatowych ochrony praw człowieka, nie odzwierciedla *soft law* Rady Europy⁹⁷, stoi w sprzeczności z instrumentami prawa wtórnego UE i z tych między innymi powodów jest kwestionowana przez część strasburskich sędziów w zdaniach odrębnych⁹⁸.

⁹² UNHCR *Comments on the European Commission's Proposal for a recast of the Directive laying down minimum standards for the reception of asylum-seekers (COM (2008)815 final of 3December 2008)*, 13.03.2009.

⁹³ W przypadku 5 ust.1. lit. b EKPC por. wyrok ETPC z 25 września 2003 r., *Vasileva przeciwko Danii*, skarga nr 52792/99; art. 5 ust. 1 lit. c wyrok ETPC z 31 lipca 2000 r. w sprawie *Jėčius przeciwko Litwie*, skarga nr 34578/97; wyrok ETPC z 8 czerwca 1995 r. w sprawie *Mansur przeciwko Turcji*, skarga nr 16026/90; odnośnie art. 5 ust. 1 lit. e wyrok ETPC z 4 kwietnia 2000 r. w sprawie *Witold Litwa przeciwko Polsce*, skarga nr 26629/95.

⁹⁴ Por. *Witold Litwa przeciwko Polsce*, par. 78; *Hilda Hafsteinsdóttir przeciwko Islandii*, par. 51; wyrok ETPC z 25 stycznia 2005 r. w sprawie *Enhorn przeciwko Szwecji*, skarga nr 56529/00, par. 44.

⁹⁵ Por. *Rusu przeciwko Austrii*, par. 58.

⁹⁶ Por. *Chahal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 112; wyrok ETPC z 23 maja 2013 r. w sprawie *K. przeciwko Rosji*, skarga nr 69235/11, par. 80.

⁹⁷ Por. np. *Recommendation Rec(2003)5 of the Committee of Ministers to member states on measures of detention of asylum seekers* przyjęta 16 kwietnia 2003.

⁹⁸ Por. w tym zakresie opinia odrębna sędziego Lemmensa w sprawie *Thimothawes przeciwko Belgii*, a także cytowana opinia częściowo odrębna sędziów do wyroku w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. Por. C. Costello, *The Human Rights of Migrants...*, s. 292.

Inną kwestią jest, że w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* Trybunał Strasburski odmówił zastosowania odrębnych testów proporcjonalności działania państwa w przypadku ekstradycji i w przypadku nieautoryzowanego wjazdu z uzasadnieniem, że byłyby to zabieg sztuczny⁹⁹. Wielka Izba Trybunału nie uznała słuszności argumentów UNHCR, że taka interpretacja EKPC powoduje zrównanie pozycji osób poszukujących ochrony międzynarodowej z innymi migrantami. Ponadto odrzucenie zastosowania testu niezbędności przy ustalaniu arbitralnego charakteru zatrzymania pozwala państwom na detencję osób poszukujących ochrony międzynarodowej ze względów praktycznych w szerokich okolicznościach, co jest niezgodne z ogólnymi zasadami prawa uchodźczego i prawa międzynarodowego praw człowieka¹⁰⁰.

W zdaniu częściowo odrębnym również wskazywano na konieczność przyjęcia innych standardów postępowania wobec migrantów nieregularnych, w tym osób poszukujących ochrony międzynarodowej i wobec ludzi oczekujących na ekstradycję w związku z popełnieniem przestępstw¹⁰¹. Poniżej rację ku temu dawałaby wcześniejsza wypowiedź ETPC w orzeczeniu *Amuur przeciwko Francji*, gdzie czytamy, że interpretacja art. 5 ust. 1 lit. f w kontekście kontroli terytorium powinna uwzględniać, że chodzi o osoby, które nie popełniły przestępstw i uciekają w obawie o własne życie.

Jednocześnie też w swym późniejszym orzecznictwie ETPC przyjmował taką interpretację Konwencji, choć trzeba zaznaczyć, że w kontekście art. 3 EKPC która wymaga od państw traktowania uchodźców jako osób przynależących do szczególnie upośledzonej grupy znajdującej się w potrzebie szczególnej ochrony¹⁰². Trybunał nawiązał tu do istnienia szerokiego konsensusu na gruncie prawa międzynarodowego wynikającego z KSU oraz standardów wynikających z dyrektywy recepcyjnej¹⁰³. Następnie podobne podejście zaprezentował Trybunał dokonując oceny dopuszczalności detencji nastolatków ubiegających się ochronę międzynarodową, choć standard niezbędności został zastosowany ze względu na wiek skarżących¹⁰⁴.

⁹⁹ Por. *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par.73.

¹⁰⁰ Por. stanowisko UNHCR w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 54.

¹⁰¹ Por. częściowo odrębna opinia sędziów Ch. Rozakisa, F. Tulkens, A. Kovlera, K. Hayijeva, D. Spielmann, P. Hirvela, akapit 4.

¹⁰² Zgodnie z Rezolucją Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 1707 (2010 r.) *vulnerable persons* czyli osoby ze szczególnymi potrzebami co do zasady nie powinny być poddawane detencji, natomiast małoletni bez opieki nigdy nie powinni być poddawani detencji (pkt. 9.1.9)

¹⁰³ Por. *M.S.S. przeciwko Belgii and Grecji*, par. 251; *mutatis mutandis* por. *mutatis mutandis* wyrok Wielkiej Izby ETPC z 16 marca 2010 r. w sprawie *Oršuš i inni przeciwko Chorwacji*, skarga nr 15766/03, par. 147.

¹⁰⁴ Por. wyrok ETPC z 22 listopada 2016 r. w sprawie *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar przeciwko Malcie*, skarga nr 25794/13 i 28151/13, par. 113.

Ostatnim elementem jest kwestia pewnej życzliwości, a nawet pobłażliwości Trybunału wobec działań Państw – Stron, kiedy wchodzi w grę art. 5 ust. 1 lit. f, której w innych przypadkach na tle art. 5 EKPC wcale nie jest skłonny okazywać. Niewątpliwie w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* Trybunał przyjął wyjątkowo życzliwą państwu postawę w ocenie spełnienia przez państwo wymogu działania w dobrej wierze. Pozbawienie wolności zastosowano wobec osoby, która przebywając na wolności stawiała się na życzenie władz w miejscu przez nie wskazanym. W istocie zatem nie było ryzyka ucieczki tego cudzoziemca, a argumentem uzasadniającym zatrzymanie skarżącego były względy, które można określić jako pewną wygodę administrowania¹⁰⁵. Jak słusznie zauważyli sędziowie w zdaniu częściowo odrębnym przyjęcie przez większość Trybunału, warunek dobrej wiary i ścisłego powiązania z celem został w tych okolicznościach spełniony, sankcjonuje dopuszczalność pozbawienia wolności cudzoziemca w dowolnym momencie w trakcie procedur azytowych, bo tak jest wygodniej¹⁰⁶. Warto w tym miejscu przytoczyć pogląd T. Grahl-Madsena, że nie jest wystarczającym, aby zastosowanie pozbawienia wolności było wygodne dla administracji – pod rządami art. 31 ust.2 KSU Państwa – Strony muszą zaakceptować właśnie sytuację pewnej „niewygody”¹⁰⁷.

Również w ostatnim orzecznictwie Trybunału można znaleźć przykłady, kiedy ogólne założenia przyjęte jako wzorzec oceny postępowania państwa nie prowadziły ETPC do wydawałoby się oczywistej konkluzji, iż doszło do naruszenia art. 5 ust.1 lit. f EKPC. Mianowicie w sprawie *Thimothawes przeciwko Belgii* ETPC przypomniał, że *uogólnione lub automatyczne decyzje przetrzymywania osób poszukujących ochrony międzynarodowej bez indywidualnej oceny szczególnych potrzeb zainteresowanych osób mogą prowadzić do naruszenia 5 ust.1 1 f EKPC*¹⁰⁸. Zaskakującym jest, że po takim *dictum* ETPC nie dopatrywał się naruszenia art. 5 ust. 1 f Konwencji pomimo własnej konstatacji, że w tej sprawie sposób sformułowania decyzji o detencji i orzeczeń sądowych był lakoniczny, stereotypowy, a także nie pozwalał skarżącemu ustalić jakie dokładnie są przyczyny zatrzymania¹⁰⁹. Słusznie zatem w opinii odrębnej sędziowie *Karakaş* i *Turković* zwrócili uwagę, że odnośnie takich wypadków istnieje bogate orzecznictwo strasburskie, w którym stwierdzano naruszenie innych liter art. 5 ust. 1 EKPC w przypadkach, gdy sądy krajowe zatrzymywały skarżącego na podstawie decyzji formułowanych

¹⁰⁵ Por. *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 18, par. 51, par. 57.

¹⁰⁶ Por. sędziowie *Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann* i *Hirvela*, akapit 11 zdania częściowo odrębnego w sprawie *Saadi*.

¹⁰⁷ Por. T. Grahl-Madsen, *The Status of refugees in International Law*, Leiden 1972, s. 418; także G. Noll, *op.cit.*, s. 1272.

¹⁰⁸ Por. *Thimothawes przeciwko Belgii*, par. 73.

¹⁰⁹ Por. *Thimothawes przeciwko Belgii*, par. 77.

stereotypowo, nie wspominając o konkretnych faktach, ani nie uwzględniając innych środków zapobiegawczych¹¹⁰.

Podsumowanie

Na tle poczynionych rozważań nasuwają się następujące konkluzje. Po pierwsze, w świetle przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz międzynarodowego prawa uchodźczego, detencja uchodźców lub osób ubiegających się o ochronę międzynarodową jest dopuszczalna, natomiast przesłanki jej stosowania różnią się w sposób zasadniczy. Mianowicie, o ile w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka same cele pozbawienia wolności są określone w sposób wąski i sprowadzają się do dwóch okoliczności, o tyle sposób interpretacji art. 5 ust. 1 lit f EKPC daje Państwom – Stronom znaczną swobodę. W przypadku prawa uchodźczego cele, w imię których można zastosować detencję, są sformułowane szeroko, ale podstawową rolę ochronną pełni tu domniemanie wolności oraz fundamentalna reguła, że detencji należy unikać. Można powiedzieć zatem, że interpretacja art. 5 ust. 1 lit f EKPC jest z tymi zasadami sprzeczna z tego powodu, że ETPC odrzuca co do zasady test niezbędności jako element oceny czy działania Państwa – Strony nie były arbitralne.

Po drugie, trudno oprzeć się wrażeniu, że w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka mamy do czynienia ze swoistą ekwilibrystyką prawniczą i ciężko właściwie jednoznacznie ustalić kiedy międzynarodowe prawo uchodźcze rzeczywiście stanowi istotny punkt odniesienia dla interpretacji Konwencji. Wydaje się też, że Europejski Trybunał Praw Człowieka w przypadku interpretacji art. 5 ust. 1 lit. f EKPC powołując dla celów wykładni Konwencji międzynarodowe prawo uchodźcze czyni to w sposób instrumentalny w tym znaczeniu, że podstawowym celem jest poszukiwanie wzmocnienia argumentacyjnego własnego rozumowania. Dzieje się tak na przykład wtedy, gdy odnosi się nie do całości, lecz tylko do części przepisu. Ponadto trzeba zauważyć, że w przypadku art. 5 ust. 1 lit. f Trybunał nie przyjmuje takiej interpretacji Konwencji, która petryfikowałaby zasadę odróżniania osób poszukujących ochrony międzynarodowej od innych migrantów, choć czynił tak w orzeczeniach przyjmowanych na gruncie innych przepisów Konwencji.

¹¹⁰ Por. m.in. wyrok ETPC z 4 marca 2014 r. w sprawie *Filiz przeciwko Turcji*, skarga nr 28074/08, par. 61; wyrok ETPC z 29 września 2011 r. w sprawie *Tretyakov przeciwko Ukrainie*, skarga nr 16698/05, par. 59; wyrok ETPC z 5 listopada 2015 r. w sprawie *Qing przeciwko Portugalii*, skarga nr 69861/11, par. 67–68; wyrok ETPC z 5 lipca 2016 r. *Buzadji przeciwko Republice Mołdawii*, skarga nr 23755/07, par. 122.

Należy podkreślić, że na tle art. 5 ust. 1 lit. f EKPC Trybunał dysponuje instrumentarium wykładni, które zapewniałoby większą jego spójność z prawem uchodźczym. Mianowicie przynajmniej w przypadku uchodźców *bona fide* kryterium niezbędności detencji zawarte w KSU i niewątpliwie obecne w innych instrumentach prawa międzynarodowego mogłoby stać się elementem oceny kryterium zgodności z prawem art. 5 ust. 1 lit. f EKPC.

Ponadto Europejski Trybunał Praw Człowieka mógłby wywieść przesłankę niezbędności detencji na podstawie art. 5 ust. 1 lit. f w oparciu o podobną argumentację, jaką przyjmował w przypadku innych liter art. 5 ust. 1 EKPC, a więc odnosząc się do fundamentalnego charakteru prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, które musi być chronione w sposób restrykcyjny.

Możliwe byłoby również przyjęcie, że uchodźcy i osoby poszukujące ochrony międzynarodowej przynależą do grupy szczególnie wrażliwej, co implikowałoby wykazanie niezbędności pozbawienia wolności jako elementu dobrej wiary działania Państwa – Strony.

Wykaz literatury

- AIDA, *The Legality of Detention of Asylum Seekers under the Dublin III Regulation*, AIDA Legal Briefing nr 1, czerwiec 2015 r.
- Ball R., *The Legitimacy of the European Union Through Legal Rationality: Free Movement of the Third Country Nationals*, Routledge 2014.
- Cornelisse G., *Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law*, „Refugee Survey Quarterly” 2016, Vol. 35.
- Cornelisse G., *The Constitutionalisation of Immigration Detention: Between EU Law and the European Convention on Human Rights*, Global Detention Project Working Paper, październik 2016.
- Costello C., *Human rights and the elusive universal subject: immigration detention under international human rights law and EU law*, „Indiana Journal of Global Legal Studies” 2012, Vol. 19.
- Costello C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford 2016.
- Dauvergne C., *Refugee Law as a Perpetual Crisis, Regime*, [w:] C. Harvey, S. Juss (red.), *Contemporary Issues in Refugee Law*, Edward Elgar 2013.
- De Bruycker Ph. (ed.), Bloomfield A., Tsourdi E. (Lilian), Pétin J., *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU: Time for Implementation*, Odysseus Network, Bruksela, 2015.
- Einarssen T., *Drafting History of the 1951 Convention and 1967 Protocol*. [w:] Zimmermann A. i inni (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a commentary*, Oxford 2011.
- Forowicz M., *Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford 2010.
- Godwin-Gill G., *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non penalization, detention and protection*, [w:] E. Feller, V. Türk, F. Nicholson

- (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Gammeltoft-Hanssen T., *Access to Asylum: International Refugee Law and Globalization of Migration Control*, Cambridge 2011.
- Grahl- Madsen T., *The Status of refugees in International Law*, Leiden 1972.
- Hathaway J.C., *Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection*, „Journal of Refugee Studies” 1991, Vol. 4(2).
- Hathaway J.C., *Rights of Refugees under international law*, Cambridge 2005.
- Harvey C., *Is Humanity Enough? Refugees, Asylum Seekers and the Rights Regime*, [w:] Harvey C., Juss S. (red.), *Contemporary Issues in Refugee Law*, Edward Elgar, 2013.
- Kagan M., *Limiting Deterrence: Judicial Resistance to Detention of Asylum-Seekers in Israel and the United States*, „Texas International Law Journal” 2016, Vol. 51.
- Lambert H., *Protection Against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, „International and Comparative Law Quarterly” 1999, Vol. 48(3).
- Lavrysen L., *European Asylum Law and the ECHR: Un Uneasy Coexistence*, „Goettingen Journal of International Law” 2012, nr 4.
- Lendgren K., *Comments on the UNHCR Position on Detention of Refugees and Asylum Seekers*, [w:] Hughes J., Liebaut F. (red.), *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, Haga 1998.
- Łachacz O., *Zasada non – refoulement w międzynarodowym prawie uchodźczym – zwyczaj międzynarodowy czy też peremptoryjna norma prawa międzynarodowego?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, Vol. XV.
- Markiewicz-Stanny J., *Pozbawienie wolności imigrantów a prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2016, nr 7.
- McAdam J., *The complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford 2007.
- Mole N., Meredith C., *Asylum and European Convention on Human Rights*, Council of Europe, „Human Rights Files” 2010, No. 9.
- Noll G., *Article 31 1951 Convention*, [w:] A. Zimmermann, J. Doerschner, F. Machts (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford 2011.
- Ogg K., *A Something dangerous convergence: refugee law, human rights law and The Meaning of the Effective protection*, „Macquarie Law Journal” 2013, Vol. 112.
- Perkowska M., *Illegal, legal, irregular or regular – who is the incoming foreigner?*, „Studies in Logic, Grammar and Rhetoric” 2016, Vol. 45(1).
- Ragheboom H., *The International Legal Status and Protection of Environmentally Displaced Persons: A European Perspective*, Leiden, Boston 2017.
- Wilsher D., *Immigration detention: Law, History, Politics*, Cambridge 2012.

Summary

The interpretation of the European Convention on Human Rights and International Refugee Law regarding the issue of deprivation of liberty in relation to a person's immigration status

Key words: international law, asylum seekers, administrative detention, necessity of detention.

This article is devoted to the issue of detention of refugees and asylum seekers as part of asylum and migration procedures, analyzed from the point of view of the interaction between human rights law and refugee law. The purpose of these considerations is to answer the question whether and how the European Court of Human Rights applies the refugee law provisions in the light of the right to liberty and personal security covered in art. 5 of the ECHR. This issue is complex because it concerns two legal regimes which differ in regard to the grounds and permissibility of administrative detention of refugees and asylum seekers. The European Court's case law analysis led to the conclusion that although the Court takes into account the refugee law standards, its attitude seems to be strongly influenced by the fact that immigration detention is closely connected with the states' right to control foreigners' movements within the State's territory. As a consequence, not all solutions the refugee law contained are taken into account. In particular, this concerns of the principle that the detention shall be used as an ultimate measure.