RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Dziecka
Marek Michalak
ul. Przemysłowa 30/32, 00-450 Warszawa

Warszawa, 16 czerwca 2017 roku

ZSM.422.2.2017.AC

Pan
dr Jakub Skiba
Sekretarz Stanu
w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych
i Administracji

Szanowny Panie Ministrze,

w nawiązaniu do pisma z 12 czerwca 2017 r. (znak: DP-WLM-0231-11/2017/MM), chciałbym podziękować za rozważenie i szczegółowe odniesienie się do – przedstawionych w dniu 15 lutego 2017 r. – uwag Rzecznika Praw Dziecka do projektu ustawy[1] o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej[2] oraz niektórych innych ustaw.

W sposób szczególny pragnę podziękować za uwzględnienie propozycji Rzecznika w zakresie:

- odstąpienia od nadania natychmiastowej wykonalności decyzjom organu I instancji o zobowiązaniu do powrotu, wydanym cudzoziemcom w ramach trybu granicznego postępowania w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej (pkt 1 ww. pisma),
- rezygnacji z dopuszczalności stosowania detencji wobec wszystkich cudzoziemców (w tym – także rodzin z dziećmi), którzy składają wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej w przejściach granicznych, nie dysponując dokumentami uprawniającymi do wjazdu i pobytu na terytorium RP (pkt 3 ww. pisma),
- wyłączenia możliwości powierzenia funkcji członka Rady ds. Cudzoziemców (zgodnie z przedstawioną kolejną wersją[3] projektu ustawy – Kolegium Odwoławczego

[1] Projekt z dnia 30 stycznia 2017 r., http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12294700
[2] Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1836 ze zm.) – dalej: ustawa o udzielaniu cudzoziemcom ochrony / u.u.c.o.
[3] Projekt z dnia 8 czerwca 2017 r., https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12294700/katalog/12410552#12410552

ds. Cudzoziemców) funkcjonariuszowi Straży Granicznej lub pracownikowi Urzędu do Spraw Cudzoziemców (pkt 5 ww. pisma),

- odstąpienia od zaostrzania – względem ogólnych reguł art. 61 § 3 p.p.s.a.[4] – przesłanek zasadności wstrzymania wykonania przez sąd administracyjny decyzji Kolegium Odwoławczego ds. Cudzoziemców o zobowiązaniu do powrotu (pkt 7 ww. pisma).

W mojej ocenie, przychylenie się projektodawcy do powyższych sugestii Rzecznika Praw Dziecka przyczyni się do pełniejszej ochrony praw małoletnich cudzoziemców, wobec których toczyć się będą postępowania w sprawie udzielenia im ochrony międzynarodowej oraz w sprawie zobowiązania ich do powrotu. Będąc wdzięcznym za zaproszenie do prac legislacyjnych nad kolejną wersją projektu ustawy, chciałbym podtrzymać swoje dotychczasowe stanowisko (wyrażone w wystąpieniu z dnia 15 lutego 2017 r.), iż liczne z proponowanych przez projektodawcę rozwiązań wciąż mogą naruszać podstawowe prawa cudzoziemców (dorosłych i dzieci), w szczególności zaś – ich prawo do ochrony przed arbitralnym i nieuzasadnionym pozbawieniem wolności oraz prawo do rozpoznania ich sprawy przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.

Odnosząc się do pierwszego z ww. zagadnień, pragnę po raz kolejny zaapelować o wprowadzenie do polskiego prawa azylowego i migracyjnego całkowitego zakazu detencji małoletnich cudzoziemców. W mojej ocenie, umieszczanie dzieci (zarówno tych pozostających pod opieką dorosłych, jak i tych bez opieki) w strzeżonych ośrodkach dla cudzoziemców stanowi nie tylko naruszenie ich fundamentalnego prawa do wolności osobistej, ale ze względu na pozostawienie trwałego śladu w psychice małoletnich, może poważnie zagrażać całemu ich dalszemu rozwojowi. W pełni podzielam w tym zakresie stanowisko Komitetu Praw Dziecka ONZ, który wskazuje, że: *Detencja dzieci, z powodu ich statusu pobytowego lub statusu pobytowego ich rodziców stanowi naruszenie praw dziecka i zawsze przeczy zasadzie uwzględniania jego najlepszego interesu*[5]. Zgadzam się również ze stanowiskiem Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. tortur, innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania lub karania, który w swoim raporcie dotyczącym standardów ochrony praw dzieci pozbawionych wolności zwraca uwagę, że zasada stosowania detencji jako środka *ultima ratio* nie powinna mieć zastosowania na gruncie postępowań

[4] Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2016 r. poz. 718 ze zm.).

[5] Report of the 2012 Day of general discussion. The rights of all children in the context of international migration, s. 18,

imigracyjnych, gdyż pozbawienie dzieci wolności na tej podstawie: *[...] zawsze wykracza poza niezbędną konieczność, jest rażąco nieproporcjonalne i może stanowić okrutne, nieludzkie lub poniżające traktowanie dzieci migrantów*[6].

W tym kontekście, pragnę ponownie zwrócić szczególną uwagę na wprowadzaną do ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony nową przesłankę zatrzymania i umieszczenia w strzeżonym ośrodku, jaką ma być zasadność skierowania wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej do rozpatrzenia w trybie granicznym (projektowany art. 87 ust. 1 pkt 6 u.u.c.o.). Intencją wprowadzenia przez projektodawcę tego rodzaju przesłanki pozbawienia wolności było – jak się wydaje – wdrożenie do polskiego porządku prawnego art. 8 ust. 3 lit. c dyrektywy 2013/33/UE[7] w zw. z art. 43 dyrektywy 2013/32/UE[8]. Przepisy te dopuszczają stosowanie detencji w stosunku do cudzoziemców, wobec których dopiero toczy się postępowanie w sprawie decyzji co do prawa ich wjazdu na terytorium państwa członkowskiego (tu: postępowanie w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej prowadzone w trybie granicznym). Jak jednak słusznie wskazał w toku prac nad pierwotną wersją projektu ustawy Minister Spraw Zagranicznych[9] oraz Przewodniczący Rady ds. Uchodźców[10], ww. przepisy dyrektyw zakładają jedynie dopuszczalność, tzw. detencji granicznej w strefach tranzytowych w pobliżu granicy państwa – nie zaś w strzeżonych ośrodkach zlokalizowanych w głębi terytorium RP.

Informuję, że Rzecznik Praw Dziecka przychyla się do tego stanowiska, podkreślając ponadto, że pobyt rodzin z dziećmi w strzeżonych ośrodkach nie mógłby być – w mojej ocenie – uznany za normalne zakwaterowanie, jak o tym mowa w art. 43 ust. 1 dyrektywy 2013/33/UE.

Zgodnie z projektowanym art. 88b ust. 2 u.u.c.o., przedstawionym w projekcie ustawy z dnia 30 stycznia 2017 r., sąd rozpoznający wniosek o umieszczenie cudzoziemca w strzeżonym ośrodku nie miałby możliwości zastosowania (w przypadku, gdyby detencja była uzasadniana trybem granicznym postępowania) któregokolwiek ze środków alternatywnych do detencji. W swych uwagach z dnia 15 lutego 2017 r.

---

[6] Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (A/HRC/28/68 from 5 March 2015), s. 17, pkt 80.

[7] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (Dz. Urz. UE z dnia 29 czerwca 2013 r., L 180/96) – dalej: dyrektywa 2013/33.

[8] Dyrektywa 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (Dz. Urz. UE z dnia 29 czerwca 2013 r., L 180/60) – dyrektywa 2013/32.

[9] Pismo z dnia 20 lutego 2017 r. (znak: DPUE.920.387.2017/2/mk), punkt 5.

[10] Pismo z dnia 13 lutego 2017 r. (znak: BRZP.VR.4420.4.1.2017.IBŁ), punkt 4a.

odniosłem się do tego rozwiązania bardzo krytycznie, wskazując na jego niezgodność z art. 26 ust. 1 dyrektywy 2013/32/UE, art. 8 ust. 2 i 4 oraz art. 11 ust. 2 dyrektywy 2013/33/UE, jak również z art. 15 ust. 1 oraz art. 17 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE. Wszystkie te przepisy wyraźnie przewidują zasadę pierwszeństwa stosowania wobec cudzoziemców wolnościowych środków zabezpieczających prawidłowy tok postępowania oraz zapewniających skuteczność wykonania wydanych w tym postępowaniu decyzji. Podnosiłem wówczas, że akceptacja przedłożonej propozycji oznaczałaby w istocie przyzwolenie ustawodawcy na nieuzasadnione naruszenie prawa cudzoziemców (w tym zwłaszcza dzieci) do wolności osobistej oraz na nieproporcjonalność i arbitralność stosowania wobec nich środków skutkujących pozbawieniem wolności.

Projektodawca przychylił się do powyższego stanowiska, proponując, aby również w przypadku stosowania trybu granicznego rozpatrzenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, sąd mógł zastosować wobec cudzoziemców wolnościowe środki zabezpieczające prawidłowy tok tego postępowania. Co jednak istotne, zgodnie z projektowanym art. 88 ust. 3 pkt 2 u.u.c.o., władza dyskrecjonalna sądu zostałaby w tego rodzaju przypadkach poważnie ograniczona – mógłby on bowiem zastosować jedynie łącznie wszystkie środki alternatywne do detencji znane ustawie o udzielaniu cudzoziemcom ochrony. Co za tym idzie, w przypadku nieposiadania przez cudzoziemców środków pieniężnych wystarczających na pokrycie zabezpieczenia pieniężnego (co mogłoby być bardzo częste zwłaszcza w przypadku rodzin czeczeńskich – najczęściej wielodzietnych – stanowiących wciąż najliczniejszą grupę osób wnioskujących w Polsce o udzielenie ochrony międzynarodowej), umieszczenie ich w strzeżonym ośrodku stałoby się w istocie regułą. Jako Rzecznik Praw Dziecka chciałbym w tym kontekście po raz kolejny podkreślić, że nie dostrzegam merytorycznego uzasadnienia dla surowszego traktowania (w zakresie możliwości stosowania środków alternatywnych wobec detencji) osób, które zgodnie z prawem zgłosiły się do odprawy granicznej, deklarując chęć ubiegania się w naszym kraju o udzielenie ochrony międzynarodowej niż cudzoziemców, którzy, np. nielegalnie przekroczyli granicę państwową.

W całości podtrzymuję również negatywne stanowisko względem propozycji, aby dokonać zmiany w przepisach o osobach, których umieszczenie w strzeżonym ośrodku jest niedopuszczalne (projektowany art. 88a ust. 3 pkt 2 u.u.c.o.). Zgodnie

z propozycją projektodawcy, obecne określenie, że detencja jest niedopuszczalna w przypadkach, gdy stan psychofizyczny cudzoziemca może uzasadniać domniemanie, że był on poddany przemocy, miałoby zostać zastąpione przez wskazanie, że stan psychofizyczny cudzoziemca musi uzasadniać domniemanie, że był on ofiarą tortur lub innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania.

W mojej ocenie, proponowana zmiana spowoduje zwiększenie liczby cudzoziemców umieszczanych w strzeżonych ośrodkach. Nie ulega bowiem wątpliwości, że termin „przemoc" jest zdecydowanie szerszy od wyrażenia „tortury lub inne okrutne, nieludzkie lub poniżające traktowanie albo karanie". Uważam także, że organ Straży Granicznej przyjmujący wniosek cudzoziemca o udzielenie ochrony międzynarodowej nie będzie w stanie, na podstawie pierwszych oświadczeń wnioskodawcy, prawidłowo zweryfikować, czy przywoływane przez niego formy przemocy, którym był poddawany odpowiadają pojęciu tortur albo też innego nieludzkiego lub okrutnego traktowania albo karania.

W swym piśmie z dnia 12 czerwca 2017 r. wskazał Pan Minister, że fakt wystąpienia tego rodzaju przesłanek będzie badany przez sąd. Mając tego świadomość, pragnę jednak zauważyć, że ocena, czy cudzoziemiec jest ofiarą tego rodzaju form represji dokonana przez sąd orzekający w przedmiocie detencji może być niestety obarczona licznymi wadami. Podkreślenia wymaga, że tego rodzaju ustalenia są bardzo trudne i z tego właśnie powodu niejednokrotnie wymagają przeprowadzenia nawet kilkuletniego postępowania administracyjnego prowadzonego przez wyspecjalizowane organy – Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców i (obecnie) Radę ds. Uchodźców. Nawet jednak tak dokonana ocena częstokroć jest następnie uznawana za nieprawidłową przez sądy administracyjne, kontrolujące legalność zapadłych rozstrzygnięć administracyjnych. Z tego względu wyrażam obawę, że sądy karne, dla których sprawy detencji cudzoziemców są w istocie sprawami wpadkowymi, mogą nie być w stanie prawidłowo ocenić (zwłaszcza orzekając w ciągu pierwszych dni pobytu takich osób na terytorium RP), czy wspomniani cudzoziemcy są, czy też nie są domniemanymi ofiarami tortur albo innego nieludzkiego, okrutnego albo poniżającego traktowania lub karania.

Mając powyższe na uwadze, Rzecznik Praw Dziecka, ponownie zwraca się o odstąpienie od proponowanej zmiany w obrębie art. 88a ust. 3 pkt 2 u.u.c.o., gdyż jej wprowadzenie mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego i niehumanitarnego pozbawiania wolności osób będących, np. ofiarami przemocy domowej lub przemocy motywowanej

kulturowo, w tym – w szczególności samotnych matek z dziećmi, przybywających do Polski z obszaru Północnego Kaukazu.

Drugą, równie istotną grupą zagadnień, które wciąż wzbudzają moje najwyższe zaniepokojenie jest zapewnienie cudzoziemcom (dorosłym i dzieciom) rzeczywistego prawa do poddania wydawanych wobec nich decyzji kontroli niezawisłego sądu. Mimo zmian wprowadzonych do pierwotnej wersji projektu, uwzględniających niektóre z propozycji Rzecznika Praw Dziecka, wciąż nie mogę zgodzić się ze stanowiskiem projektodawcy, iż powoływany do życia nowy organ administracji publicznej – Kolegium Odwoławcze ds. Cudzoziemców będzie mogło być uznane za sąd w rozumieniu art. 46 ust. 1 i 3 dyrektywy 2013/32/UE oraz, co najistotniejsze, w rozumieniu art. 45 ust. 1 oraz art. 173 Konstytucji.

Choć, zgodnie z projektowanym art. 89s ust. 2 u.u.c.o., członkowie Kolegium będą przy orzekaniu niezawiśli i związani wyłącznie przepisami powszechnie obowiązującego prawa, organ ten nie będzie się jednak składał z sędziów, nie będzie także w pełni niezależny (zwłaszcza w wymiarze organizacyjnym i ekonomicznym) od władzy wykonawczej, pozostanie bowiem jej częścią. W tym kontekście szczególnie krytycznie należy się odnieść do powierzenia obsługi administracyjnej nowoutworzonego Kolegium, jak i finansowania działalności tego organu ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych (projektowany art. 89z ust. 9 i 10 u.u.c.o.), tj. organowi nie tylko odpowiedzialnemu za politykę migracyjną państwa, ale także nadzorującemu Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców oraz Straż Graniczną – instytucje, które będą w I instancji prowadziły postępowania w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej i w sprawie zobowiązania do powrotu.

Mając powyższe na uwadze, niniejszym pozostaję przy stanowisku wyrażonym w piśmie z dnia 15 lutego 2017 r., że dopiero rozpoznanie sprawy przez właściwy wojewódzki sąd administracyjny (obecnie – WSA w Warszawie) oznaczać będzie, że cudzoziemiec skorzystał z prawa do sądu, w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Z tego też względu, zmuszony jestem przedstawić krytyczne stanowisko Rzecznika Praw Dziecka do – podtrzymanej przez projektodawcę – propozycji uchylenia art. 331 ustawy o cudzoziemcach[11], który stanowi obecnie: *W przypadku, gdy cudzoziemiec złożył skargę do wojewódzkiego sądu administracyjnego na decyzję o*

[11] Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2016 r. poz. 1990 ze zm. – dalej: ustawa o cudzoziemcach / u.c.).

zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu wraz z wnioskiem o wstrzymanie jej wykonania, termin dobrowolnego powrotu lub termin przymusowego wykonania tej decyzji z mocy prawa przedłuża się do dnia wydania przez wojewódzki sąd administracyjny postanowienia
w sprawie tego wniosku.

Zgodnie z projektem ustawy, cudzoziemiec, wnosząc do wojewódzkiego sądu administracyjnego skargę na decyzję Kolegium Odwoławczego ds. Cudzoziemców, będzie wprawdzie mógł złożyć wniosek o wstrzymanie jej wykonania. Co jednak niezwykle istotne, nawet w przypadku złożenia skargi wraz z tego rodzaju wnioskiem, cudzoziemiec nie uzyska – jak ma to miejsce obecnie na podstawie art. 331 u.c. – ochrony przed wydaleniem do czasu rozpoznania tego wniosku przez wojewódzki sąd administracyjny (projektowany art. 89zo ust. 5 u.u.c.o.).

Informuję, że Rzecznik Praw Dziecka podtrzymuje stanowisko, że odstąpienie od regulacji zawartej obecnie w art. 331 u.c. niesie ze sobą ryzyko naruszenia prawa cudzoziemców
i ich dzieci do sądu, określonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji. Należy bowiem pamiętać (co znalazło potwierdzenie w utrwalonej linii orzeczniczej sądów administracyjnych), że ich prawo do sądu wyraża się nie tylko w formalnym uprawnieniu do wniesienia skargi, ale również w prawie do realnego uczestnictwa w postępowaniu sądowym. Nie ulega wątpliwości, że cudzoziemiec, który zostanie wydalony z terytorium RP nie będzie mógł w tym znaczeniu skorzystać z przysługującego mu prawa do sądu. Ponadto nawet w przypadku następczego wydania przez wojewódzki sąd administracyjny wyroku o uchyleniu zaskarżonej decyzji Kolegium, orzeczenie to pozostałoby bez jakiegokolwiek wpływu na sytuację cudzoziemca i jego dzieci, których prawa zostałyby już naruszone na skutek nakazania opuszczenia terytorium RP.

W mojej ocenie, absolutnym minimum jeżeli chodzi o gwarancje proceduralne, jakie powinny być zapewnione tym cudzoziemcom jest bez wątpienia możliwość pozostania na terytorium RP do czasu rozpoznania przez sąd (chociażby tylko w pierwszej instancji) wniosku o wstrzymanie wykonania zaskarżonej przez nich decyzji.

W tym miejscu Rzecznik Praw Dziecka zwraca szczególną uwagę na okoliczność, że podtrzymanie decyzji o usunięciu z polskiego porządku prawnego art. 331 u.c., wobec świadomości projektodawcy o utrwalonym orzecznictwie sądowoadministracynym zakładającym zasadność wstrzymywania wykonania decyzji o zobowiązaniu do powrotu,

mogłoby oznaczać naruszenie przez ustawodawcę zasady ochrony zaufania obywatela (tu: cudzoziemca) do państwa wynikającej z art. 2 Konstytucji RP. W ten sposób można byłoby bowiem odczytać decyzję o pozbawieniu cudzoziemców ochrony przed wydaleniem na okres najczęściej kilku miesięcy związanych z oczekiwaniem przez nich na wydanie przez wojewódzki sąd administracyjny postanowienia o wstrzymaniu wykonania zaskarżonej decyzji. W tym okresie organy Straży Granicznej mogłyby bowiem – formalnie zgodnie z prawem – wykonać kwestionowaną przez cudzoziemców (i być może niezgodną z prawem) decyzję, niejako „wyprzedzając" i czyniąc bezprzedmiotowym sądowe wstrzymanie jej wykonania.

Mając powyższe na uwadze, ponownie przedstawiam apel Rzecznika Praw Dziecka o niewykreślanie z polskiego prawa migracyjnego art. 331 u.c.

Wyrażam nadzieję, że przedstawione uwagi, zostaną wzięte pod uwagę w toku dalszych prac legislacyjnych. Mając zaś na uwadze troskę o zapewnienie w nowym prawie jak najwyższego standardu ochrony praw małoletnich cudzoziemców przybywających do Polski, ze swej strony deklaruję gotowość Rzecznika Praw Dziecka do kontynuowania udziału w powyższych pracach.