



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Dziecka
Marek Michalak

Warszawa, 15 lutego 2017 roku

ZSM.422.2.2017.AC

**Pan
Sebastian Chwałek
Podsekretarz Stanu
w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych
i Administracji**

w nawiązaniu do pisma z 30 stycznia 2017 roku (znak: DP-WLM-0231-11/2017/MM), przedstawiam uwagi Rzecznika Praw Dziecka do przedłożonego projektu ustawy¹ o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej² oraz niektórych innych ustaw.

Analiza przedłożonego projektu ustawy nie pozostawia wątpliwości, że zawarte w nim propozycje legislacyjne zmierzają do gruntownej przebudowy polskiego systemu migracyjno-azyłowego. Proponowane zmiany (m.in. wprowadzenie, tzw. procedur granicznych) mają umożliwić skuteczne przeciwdziałanie zjawisku nadużywania postępowania w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej przez cudzoziemców, którzy składają wnioski o tego rodzaju ochronę jedynie w celu uzyskania prawa wjazdu na terytorium państw obszaru Schengen, nie są natomiast w rzeczywistości zainteresowani ubieganiem się o udzielenie ochrony międzynarodowej w Polsce³. Jednym z głównych celów proponowanych rozwiązań jest usprawnienie postępowań prowadzonych w przedmiocie udzielenia cudzoziemcom ochrony międzynarodowej oraz w sprawach dotyczących zobowiązania cudzoziemców do powrotu⁴. Założenia te mają zostać zrealizowane poprzez szereg zmian o charakterze proceduralnym, instytucjonalnym i materialnoprawnym, wprowadzanych tak do ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony, jak i do ustawy o cudzoziemcach⁵.

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) – dalej: ustawa o udzielaniu cudzoziemcom ochrony / u.u.c.o.

³ Uzasadnienie projektu ustawy, str. 3.

⁴ Uzasadnienie projektu ustawy, str. 2.

⁵ Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2016 r. poz. 1990) – dalej: u.c.



Jako Rzecznik Praw Dziecka, pozytywnie oceniam dążenie projektodawcy do maksymalnego skrócenia czasu trwania postępowań prowadzonych wobec cudzoziemców. Z całą pewnością nie jest bowiem zgodne z najlepszym interesem dziecka długotrwałe (obecnie niejednokrotnie kilkuletnie) oczekiwanie przez małoletnich cudzoziemców na ostateczną decyzję, rozstrzygającą o możliwości ich pozostania w Polsce. Tego rodzaju długotrwały stan niepewności co do sytuacji życiowej dziecka niewątpliwie niekorzystnie odbija się na jego dalszym rozwoju psychofizycznym. Podobnie przyjmuję do wiadomości decyzję projektodawcy o wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego trybu granicznego rozpatrywania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej, gdyż taką możliwość dopuszcza wprost dyrektywa 2013/32/UE⁶.

Pragnę jednakże podkreślić, że liczne z proponowanych rozwiązań, mających służyć – wskazanym powyżej – celom projektowanej ustawy, budzą moje najwyższe zaniepokojenie. Uważam bowiem, że część z przedstawionych propozycji legislacyjnych, może naruszać podstawowe prawa cudzoziemców (dorosłych i dzieci), takie jak prawo do dwuinstancyjnego postępowania administracyjnego, czy też prawo do rozpoznania ich sprawy przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.

Co szczególnie istotne, ewentualnym skutkiem naruszenia wskazanych powyżej praw proceduralnych cudzoziemców, może być wydanie i następnie wykonanie wadliwej decyzji administracyjnej. W tym kontekście podkreślenia wymaga zaś, że sprawy dotyczące udzielania ochrony międzynarodowej i zobowiązania cudzoziemców do powrotu są jednymi z najdonioślejszych, jakie rozpatrywane są w ramach postępowania administracyjnego. Wadliwa ocena, że cudzoziemiec nie zostanie w kraju pochodzenia poddany prześladowaniom, torturom lub innym formom niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania może – w przypadku powrotu do tego kraju – nieodwracalnie negatywnie odbić się na dalszym życiu takiej osoby. Z kolei ewentualne prześladowania, które mogą być udziałem dorosłych nie pozostaną bez wpływu na rozwój i prawa ich małoletnich dzieci, w szczególności zaś – na ich prawo do wychowywania w rodzinie. Mając powyższe na uwadze, w przedstawianych uwagach, odnoszę się przede wszystkim do tych propozycji projektodawcy, których wprowadzenie mogłoby szczególnie negatywnie odbić się na rzetelności postępowań i prawidłowości

⁶ 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.

decyzji w przedmiocie udzielenia ochrony międzynarodowej, udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych oraz zobowiązania cudzoziemca do powrotu.

Zgodnie z projektem ustawy, organy prowadzące postępowanie w sprawie udzielenia cudzoziemcowi ochrony międzynarodowej zyskają uprawnienie do orzekania (w ramach tego postępowania) także w przedmiocie zasadności udzielenia mu zgody na pobyt ze względów humanitarnych albo zgody na pobyt tolerowany (projektowany art. 47 ust. 1a i 1b u.u.c.o.). W przypadku, gdyby brak było ku temu przesłanek, decyzją kończąca to postępowanie, cudzoziemiec zostanie zobowiązany do powrotu, w decyzji tej zostanie także orzeczony wobec niego zakaz ponownego wjazdu na terytorium RP i innych państw obszaru Schengen (projektowany art. 51a ust. 1 u.u.c.o.).

Opisana powyżej propozycja zmierza tym samym do przywrócenia stanu prawnego sprzed dnia 1 maja 2014 r. (dzień wejścia w życie obecnie obowiązującej ustawy o cudzoziemcach). Odstąpiono wówczas od orzekania, w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia cudzoziemcowi ochrony międzynarodowej, o udzieleniu / nieudzieleniu mu jednej z krajowych form ochrony przed wydaleniem, ewentualnie o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu. Rozwiązanie to zostało jednak negatywnie oceniane, m.in. przez Najwyższą Izbę Kontroli⁷, którą wskazywała, że prowadzi ono do znacznego wydłużenia pobytu w Polsce cudzoziemców, którzy ostatecznie nie uzyskują prawa pozostania w naszym kraju.

Podzielam to stanowisko, przychylnie odnosząc się do propozycji powierzenia organom właściwym w sprawach udzielania cudzoziemcom ochrony międzynarodowej uprawnienia do orzekania w przedmiocie udzielenia im zgody na pobyt ze względów humanitarnych, zgody na pobyt tolerowany oraz w przedmiocie zobowiązania cudzoziemców do powrotu. Nie widzę przeciwwskazań, aby kwestie dotyczące praw dziecka oraz możliwych negatywnych skutków, jakie dla rozwoju małoletniego mogłoby przynieść opuszczenie przez niego Polski (art. 348 u.c. – przesłanki udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych), były rozpatrywane w ramach postępowania w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej.

Poważne zastrzeżenia budzą natomiast, proponowane przez projektodawcę, obligatoryjne orzekanie o zakazie ponownego wjazdu na terytorium RP i innych państw obszaru Schengen w decyzjach kończących postępowanie w sprawie udzielenia

⁷ Udzielanie przez organy administracji ochrony cudzoziemcom, przebywającym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Informacja o wynikach kontroli. (Nr KPB-4114-002-00/2014).

cudzoziemcom ochrony międzynarodowej. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 11 ust. 1 lit. a dyrektywy 2008/115/WE⁸, zakaz ponownego wjazdu powinien być orzekany obligatoryjnie jedynie wówczas, gdy w decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu nie określono terminu dobrowolnego powrotu. W myśl zaś art. 7 ust. 4 dyrektywy 2008/115/WE, terminu tego można nie wyznaczać wyłącznie w przypadkach, gdy istnieje ryzyko ucieczki cudzoziemca, gdy stanowi on zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego lub bezpieczeństwa i porządku publicznego lub też, gdy wniosek cudzoziemca o zezwolenie na pobyt został odrzucony jako oczywiście bezzasadny lub oparty na fałszywych informacjach.

Stosowanie sankcji zakazu ponownego wjazdu wobec wszystkich cudzoziemców, którym odmówiono udzielenia ochrony międzynarodowej oraz zgody na pobyt ze względów humanitarnych byłoby zatem, w mojej ocenie, nieuzasadnione. Tego rodzaju rozwiązanie mogłyby zostać ponadto uznane za niezgodne z art. 32 Konstytucji RP⁹. Nie ulega wątpliwości, że inna jest sytuacja cudzoziemca, który zostaje zobowiązany do powrotu w związku, np. z nielegalnym przekroczeniem granicy państwowej lub nielegalnym wykonywaniem pracy w Polsce, inna zaś osoby, której odmówiono udzielenia ochrony międzynarodowej i zgody na pobyt ze względów humanitarnych w naszym kraju. W pierwszym z ww. przypadków zastosowanie wobec cudzoziemca sankcji administracyjnej za naruszenie przez niego reguł wjazdu i pobytu jest dopuszczalne. Należy jednak zwrócić uwagę, że stosowanie takiej sankcji w drugim z ww. przypadków byłoby w istocie rzeczą karaniem cudzoziemca i jego dzieci za to, że skorzystali z przysługującego im prawa i zwrócili się do właściwych władz z wnioskiem o udzielenie im ochrony międzynarodowej w Polsce. Okoliczność, że odczuwana przez cudzoziemców subiektywna obawa przed powrotem do kraju pochodzenia nie została przez właściwe organy uznana za obiektywnie potwierdzoną nie może stanowić samodzielnej przesłanki stosowania wobec nich instytucji zakazu ponownego wjazdu. Biorąc pod uwagę dostępne dane statystyczne o cudzoziemcach wnioskujących w Polsce o udzielenie ochrony międzynarodowej (w znacznej części, rodziny wielodzietne), należy podkreślić, że najliczniejszą grupę podmiotów tego rodzaju nieuzasadnionej kary administracyjnej stanowiłyby małoletnie dzieci, tzn. osoby, które

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 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 (Dz. Urz. UE z dnia 24 grudnia 2008 r., L 348/98) – dalej: dyrektywa 2008/115/WE.

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

najczęściej nie miały żadnego wpływu na powziętą przez ich rodziców decyzję o przyjeździe do Polski.

Mając powyższe na uwadze, postuluję rezygnację z propozycji obligatoryjnego orzekania o zakazie ponownego wjazdu w decyzjach kończących postępowanie w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej. Pragnę zaznaczyć, że przed dniem 1 maja 2014 r. decyzje o wydaleniu z terytorium RP, wydawane w ramach postępowania w sprawie o nadanie statusu uchodźcy także nie zawierały orzeczenia o zakazie ponownego wjazdu.

W projekcie ustawy zaproponowano powołanie do życia nowego centralnego organu administracji państwowej – Rady ds. Cudzoziemców. Organ ten miałby przejąć dotychczasowe kompetencje Rady ds. Uchodźców – organu II instancji w sprawach dotyczących udzielania cudzoziemcom ochrony międzynarodowej. Jednocześnie Rada ds. Cudzoziemców miałaby także rozpatrywać odwołania od decyzji organów Straży Granicznej o zobowiązaniu cudzoziemców do powrotu. Należy w tym miejscu wyjaśnić, że właściwi komendanci placówek i oddziałów Straży Granicznej będą prowadzić tego rodzaju postępowania wyłącznie wobec cudzoziemców, którzy nie złożyli w Polsce wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej (np. nie wyjechali z naszego kraju po upływie okresu ważności wydanej im wizy).

Intencją projektodawcy było nadanie nowoutworzonej Radzie ds. Cudzoziemców cech quasi-sądu, co miało umożliwić uznanie tego organu za sąd w rozumieniu art. 46 ust. 1 i 3 dyrektywy 2013/32/UE. Jedynie wówczas możliwe byłoby bowiem przyjęcie, że wraz z rozpatrzeniem przez ten organ sprawy cudzoziemca, ustaje obowiązek zapewnienia mu prawa pozostania na terytorium RP, jak o tym mowa w art. 46 ust. 5 dyrektywy 2013/32/UE i możliwe jest wykonanie (utrzymanej przez Radę ds. Cudzoziemców w mocy) decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu.

Projektodawca proponuje, aby postępowaniu przed Radą ds. Cudzoziemców nadać w tym celu cechy kontradyktoryjności¹⁰. Ma temu służyć, m.in. wprowadzenie zasady, że decyzje tego organu wydawane będą dopiero po przeprowadzeniu rozprawy administracyjnej (projektowany art. 89zf ust. 1 u.u.c.o.). Jedynie w przypadku nieskomplikowanego charakteru sprawy, Przewodniczący Rady ds. Cudzoziemców mógłby skierować ją do rozpatrzenia na posiedzeniu niejawnym (projektowany art. 89zf ust. 2 u.u.c.o.). Na rozprawie status stron przysługiwałby zarówno cudzoziemcowi,

¹⁰ Uzasadnienie projektu ustawy, str. 24.

jak i organowi administracji, którego decyzja jest skarżona (projektowany art. 89zg ust. 1 u.u.c.o.). Co istotne, osoba, której sprawa będzie rozpatrywana przez Radę ds. Cudzoziemców będzie mogła korzystać z nieodpłatnej pomocy prawnej. Podczas rozprawy cudzoziemcowi zapewniona zostanie pomoc tłumacza (projektowany art. 89zh ust. 2 u.u.c.o.), zaś przebieg rozprawy będzie mógł być utrwalany za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk (projektowany art. 89zj ust. 1 u.u.c.o.).

Odnosząc się do opisanych powyżej proponowanych rozwiązań proceduralnych, pragnę wskazać, że przyjmuję je z zadowoleniem. W mojej ocenie, bezpośredni kontakt z cudzoziemcem, jego rodziną, jego małoletnimi dziećmi, jaki uzyska (dzięki przeprowadzeniu rozprawy administracyjnej) organ II instancji przyczyni się do pełniejszej realizacji zasady dążenia do prawdy materialnej w postępowaniu administracyjnym (art. 7 oraz art. 77 § 1 K.p.a.¹¹), powinien także lepiej zabezpieczyć zasadę kierowania się najlepszym interesem dziecka we wszystkich dotyczących go postępowaniach.

Tym niemniej, moim zdaniem, wprowadzenie ww. rozwiązań, nawet jeżeli umożliwi uznanie Rady ds. Cudzoziemców za sąd w rozumieniu art. 46 ust. 1 i 3 dyrektywy 2013/32/UE, nie spowoduje jednak że organ ten będzie mógł zostać uznany za niezależny, bezstronny i niezawisły sąd w rozumieniu art. 45 ust. 1 oraz art. 173 Konstytucji.

Choć, zgodnie z projektowanym art. 89s ust. 2 u.u.c.o., członkowie Rady ds. Cudzoziemców 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 od innych organów władzy wykonawczej. Podkreślenia wymaga, że członków Rady ds. Cudzoziemców ma powoływać Prezes Rady Ministrów (projektowany art. 89r ust. 4 u.u.c.o.), do niego też należało będzie odwoływanie ich z pełnionej funkcji (projektowany art. 89r ust. 8 u.u.c.o.). Zaznaczyć wypada także, że tak obsługa administracyjna nowoutworzonej Rady ds. Cudzoziemców, jak i finansowanie działalności tego organu zapewniane będzie przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych (projektowany art. 89z ust. 7 i 8 u.u.c.o.). Tym samym, Rada ds. Cudzoziemców nie będzie korzystała z – charakteryzującego sądy – przymiotu niezależności ekonomicznej od organów władzy wykonawczej.

¹¹ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23 ze zm.) – dalej: K.p.a.

W tym kontekście krytycznie oceniam także, wyrażoną w projektowanym art. 89t ust. 1 i 3 u.u.c.o. zasadę, zgodnie z którą funkcjonariusze Straży Granicznej i pracownicy Urzędu do Spraw Cudzoziemców będą wyłączeni jedynie od sprawowania funkcji pozaetatowych członków Rady ds. Cudzoziemców. Regulacja ta oznacza bowiem, że projektowana ustawa dopuszcza te osoby do wykonywania funkcji etatowych członków Rady ds. Cudzoziemców. Może to z kolei wywoływać uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób w procesie rozpatrywania sprawy cudzoziemca. Należy bowiem pamiętać, że Rada ds. Cudzoziemców będzie organem odwoławczym w sprawach zakończonych w I instancji właśnie decyzjami organów Straży Granicznej lub Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców.

Mając powyższe na uwadze, pragnę podkreślić, 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.

Powyższe stanowisko jest szczególnie istotne z uwagi na jego konsekwencje dla oceny niektórych rozwiązań zaproponowanych w ramach wprowadzanego trybu granicznego rozpatrywania wniosku o udzielenie cudzoziemcowi ochrony międzynarodowej w Polsce (projektowany art. 39b u.u.c.o.). Zgodnie z propozycją projektodawcy, tryb ten byłby stosowany wobec osób, które złożyły wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej w przejściu granicznym, nie spełniając warunków wjazdu, np. nie posiadając wizy lub innego dokumentu uprawniającego do wjazdu i pobytu na terytorium RP. Drugim koniecznym warunkiem skierowania sprawy do rozpatrzenia w trybie granicznym byłoby wystąpienie przynajmniej jednej z okoliczności wskazanych w art. 31 ust. 8 dyrektywy 2013/32/UE. Katalog tych przesłanek (wskazujących generalnie na niewielkie szanse uzyskania przez cudzoziemca ochrony międzynarodowej) został przeniesiony z ww. przepisu dyrektywy do projektowanego art. 39b ust. 1 pkt 1-8 u.u.c.o.

Projektodawca zdecydował się wprowadzić zasadę, zgodnie z którą, termin na wniesienie przez cudzoziemca odwołania od decyzji organu I instancji wydanej w trybie granicznym wynosiłby nie 14 lecz jedynie 7 dni (projektowany art. 39b ust. 2 pkt 4 u.u.c.o.). Co jednak szczególnie istotne, decyzje wydane w tym trybie przez Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców byłyby natychmiastowo wykonalne (projektowany art. 39b ust. 2 pkt 3 u.u.c.o.). Jedynie w przypadku, gdyby wraz z odwołaniem

cudzoziemiec złożył wniosek o wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji, rozstrzygnięcie to nie podlegałoby wykonaniu do czasu wydania przez Radę ds. Cudzoziemców postanowienia w sprawie tego wniosku (projektowany art. 39b ust. 3 u.u.c.o.).

Analiza obecnego kształtu projektowanych przepisów prowadzi do wniosku, że nie odpowiadają one standardom gwarancyjnym art. 46 ust. 6-8 dyrektywy 2013/32/UE, nawet w przypadku uznania Rady ds. Cudzoziemców za sąd w rozumieniu art. 46 ust. 1 i 3 tej dyrektywy. Zgodnie bowiem z art. 46 ust. 7 dyrektywy 2013/32/UE, cudzoziemcowi należy zapewnić: *co najmniej tydzień, aby przygotować wniosek [dop. o wstrzymanie wykonania decyzji organu I instancji] i przedłożyć sądowi argumenty za przyznaniem mu prawa do pozostania na terytorium do czasu rozpatrzenia środka zaskarżenia.*

Jako Rzecznik Praw Dziecka, pragnę podkreślić, że w oczywistej sprzeczności z tą zasadą pozostaje proponowana koncepcja natychmiastowej wykonalności decyzji Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców. Jej akceptacja oznaczałaby, że cudzoziemiec mógłby skorzystać z ochrony tymczasowej określonej w projektowanym art. 39b ust. 3 u.u.c.o. jedynie wówczas, gdyby odwołanie wraz z wnioskiem o wstrzymanie wykonania wydanej wobec niego decyzji, wniósł niezwłocznie po doręczeniu tego rozstrzygnięcia, co jest w istocie rzeczy niemożliwe. Warto także zwrócić uwagę, że w projekcie ustawy nie przewidziano możliwości złożenia przez cudzoziemca zażalenia na postanowienie Rady ds. Cudzoziemców o odmowie wstrzymania wykonania decyzji Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców.

Takie ukształtowanie przepisów o trybie granicznym mogłoby tym samym doprowadzić do bardzo poważnego naruszenia praw małoletnich cudzoziemców, którzy byliby objęci decyzją wydaną wobec ich rodziców. Wydaje się bowiem, że Rada ds. Cudzoziemców, rozpatrując wniosek o wstrzymanie wykonania decyzji o odmowie udzielenia ochrony międzynarodowej, odmowie udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych i o zobowiązaniu cudzoziemców do powrotu, rozważałaby przede wszystkim, czy sprawa powinna być w ogóle rozpatrywana w trybie granicznym. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w piśmiennictwie powstałym na kanwie art. 135 K.p.a., gdzie wskazuje się, że: *Odnosnie do wstrzymania przez organ odwoławczy wykonania decyzji natychmiast wykonalnej z mocy przepisu ustawy należy przyjąć, że organ*

*może wstrzymać jej wykonanie, jeżeli stwierdzi, iż brak podstaw prawnych do przyjęcia, że podlega ona natychmiastowemu wykonaniu*¹².

Warto w tym kontekście zaznaczyć, że nawet w przypadku wystąpienia, wynikających z przepisów dyrektywy 2013/32/UE, okoliczności uzasadniających stosowanie trybu granicznego, sprawa rozpatrywana w tym trybie będzie nie tylko sprawą o udzielenie ochrony międzynarodowej. Zgodnie z przyjętą przez projektodawcę koncepcją orzekania w postępowaniu w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej także w przedmiocie udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych, w ramach tego postępowania wnikliwemu zbadaniu powinny podlegać także wszystkie przesłanki określone w art. 348 u.c. Wśród nich szczególnego podkreślenia, wymagają możliwość naruszenia praw małoletniego i zaburzenia jego rozwoju, poprzez nakazanie mu opuszczenia terytorium RP. Uważam, że dokonanie rzetelnej oceny tego rodzaju niebezpieczeństwa nie będzie możliwe w sytuacji wydalenia dziecka z Polski przed rozpatrzeniem jego sprawy przez Radę ds. Cudzoziemców.

Jako Rzecznik Praw Dziecka, zdecydowanie krytycznie oceniam, zawartą w art. 2 pkt 15 projektu ustawy, propozycję uchylecia art. 331 u.c. Przepis ten stanowi obecnie, że: *W przypadku, gdy cudzoziemiec złożył skargę do wojewódzkiego sądu administracyjnego na decyzję o 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 Rady ds. Cudzoziemców, będzie 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.).

Warto zwrócić uwagę na skutki przyjęcia tego rodzaju rozwiązania. 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

¹² Jaśkowska M., Wróbel A., *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*, Komentarz do art. 135 K.p.a., LEX 2016.

bowiem pamiętać (co wielokrotnie podkreślały sądy administracyjne), że 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 wydany 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 Rady ds. Cudzoziemców, orzeczenie to może pozostać bez jakiegokolwiek wpływu na sytuację cudzoziemca i jego dzieci, którzy mogli (w tym samym czasie) doznać w kraju, do którego zostali wydani represji, przed którymi uciekali. Podobnie następczy korzystny dla cudzoziemca wyrok, w którym sąd wskaże na nieprawidłowości w dokonanej przez organy ocenie możliwości naruszenia praw i zaburzenia rozwoju dziecka, poprzez nakazanie mu opuszczenia terytorium RP, pozostanie bez wpływu na rzeczywistą sytuację małoletniego. Uprzednie wydalenie dziecka z Polski przerwie jego proces integracyjny w naszym kraju. Samo zaś postępowanie w sprawie udzielenia małoletniemu ochrony międzynarodowej zostanie, po uprawomocnieniu się wyroku uchylającego decyzję o zobowiązaniu dziecka do powrotu, umorzone z uwagi na opuszczenie przez małoletniego i jego rodziców terytorium RP (dorożumiane wycofanie wniosku – art. 40 ust. 2 pkt 5 u.u.c.o.).

Podobnie krytycznie odnoszę się, do propozycji projektodawcy, aby w sprawach cudzoziemców, wnoszących do wojewódzkiego sądu administracyjnego skargę na decyzję Rady ds. Cudzoziemców w przedmiocie zobowiązania do powrotu, nie stosować art. 61 § 2-4 i § 6 P.p.s.a.¹³, dotyczących instytucji wstrzymania wykonania zaskarżonej decyzji (projektowany art. 89zo ust. 8 u.u.c.o.). Zgodnie z założeniem projektodawcy, przesłanki wstrzymania wykonania tego rodzaju decyzji miałyby zostać zastrzone. Odtąd jedynie uprawdopodobnienie przez cudzoziemca, że wykonanie wydanej wobec niego decyzji o zobowiązaniu do powrotu, spowodowałyby nieodwracalne skutki (dziś, zgodnie z art. 61 § 3 P.p.s.a. – trudne do odwrócenia skutki), nadto sprzeczne z zobowiązaniami międzynarodowymi RP, umożliwić będzie wstrzymanie wykonania decyzji (projektowany art. 89zo ust. 1 i 5 u.u.c.o.).

W mojej ocenie, tego rodzaju modyfikacja w obrębie ustawowych przesłanek wstrzymania wykonania zaskarżonej decyzji będzie bezzasadnie dyskryminować

¹³ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2016 r. poz. 718 ze zm.) – dalej: P.p.s.a.

cudzoziemców (dorosłych i dzieci) zobowiązanych do powrotu w zakresie dostępu do sądu. Jako Rzecznik Praw Dziecka, nie znajduję uzasadnienia dla tego, aby stosować wobec nich – co zakłada projekt ustawy – obniżone, względem ogólnych reguł P.p.s.a., standardy gwarancyjne. Wręcz przeciwnie, z uwagi na szczególny charakter i szczególną doniosłość postępowań rozpatrywanych w II instancji przez Radę ds. Cudzoziemców oraz trudne do odwrócenia skutki wykonania wydanych przez ten organ decyzji, cudzoziemcy, których zobowiązano do powrotu powinni mieć możliwość pozostania w Polsce do czasu przeprowadzenia sądowej kontroli legalności tego rodzaju decyzji. Absolutnym minimum jeżeli chodzi o gwarancje proceduralne, jakie powinny być zapewnione tym cudzoziemcom jest zaś bez wątpienia możliwość pozostania na terytorium RP do czasu rozpoznania przez sąd (choćby tylko w pierwszej instancji) wniosku o wstrzymanie wykonania zaskarżonej przez nich decyzji.

Odnosząc się do proponowanych przez projektodawcę zmian w przepisach o środkach zabezpieczających postępowania prowadzone wobec cudzoziemców, niniejszym podtrzymuję stanowisko wielokrotnie już wyrażane przez Rzecznika Praw Dziecka (wystąpienia: z dnia 16 maja 2011 r.; z dnia 16 listopada 2012 r.; z dnia 18 grudnia 2014 r.; z dnia 26 września 2016 r.), iż pożądanym byłoby, zwłaszcza w kontekście istnienia w polskim prawie o cudzoziemcach, tzw. środków alternatywnych do detencji, wprowadzenie zakazu umieszczania małoletnich w strzeżonych ośrodkach dla cudzoziemców. Podobną ocenę przedstawił Komitet Praw Dziecka ONZ w rekomendacji nr H.45(a) z dnia 2 października 2015 r., w której zalecił Polsce, aby: unikała zatrzymywania osób ubiegających się o status uchodźcy w wieku poniżej 18 lat oraz rodzin z dziećmi w ośrodkach bez względu na ich formę i rozważała w takich przypadkach wszystkie możliwe alternatywy, włącznie z bezwarunkowym zwolnieniem, przed zatrzymaniem. Podobne stanowisko wyraziła Grupa Robocza Europejskiej Sieci Rzeczników Praw Dziecka (ENOC) w raporcie „Zagrożenie prawa do bezpieczeństwa i praw podstawowych dzieci w drodze”, który w dniu 25 lutego 2016 r. został przeze mnie przekazany Prezesowi Rady Ministrów.

W tym kontekście, za absolutnie niedopuszczalne uznaję rozwiązanie proponowane w projektowanym art. 88a ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 pkt 6 u.u.c.o. Zgodnie z tym przepisem, niemal wszyscy cudzoziemcy (w tym rodziny z dziećmi), którzy złożyliby w przejściu granicznym wniosek o udzielenie ochrony

międzynarodowej, nie spełniając warunków wjazdu na terytorium RP, mieliby być obligatoryjnie umieszczani w strzeżonych ośrodkach dla cudzoziemców.

Pragnę zwrócić uwagę, że art. 8 ust. 3 lit. c dyrektywy 2013/33/UE¹⁴, który jako przesłankę detencji wskazuje prowadzenie postępowania w przedmiocie dopuszczenia cudzoziemca do terytorium państwa członkowskiego, odwołuje się, jak należy sądzić, do art. 43 dyrektywy 2013/32/UE i określonej w nim procedury granicznej, nie zaś jedynie do niespełniania przez cudzoziemca warunków wjazdu. Innymi słowy, nawet jeżeli intencją projektodawcy było wdrożenie do polskiego porządku prawnego art. 8 ust. 3 lit. c dyrektywy 2013/33/UE, to w projektowanym art. 88a ust. 1 pkt 2 u.u.c.o., powinien on wskazać jako przesłankę zastosowania detencji nie samo niespełnianie przez cudzoziemca warunków wjazdu, a skierowanie jego sprawy do rozpatrzenia w trybie granicznym.

Nadto należy podkreślić, że zgodnie z projektowanym art. 88b ust. 2 u.u.c.o., sąd nie miałby w tym przypadku możliwości zastosowania któregoś ze środków alternatywnych do detencji. W mojej ocenie, tego rodzaju rozwiązanie byłoby niezgodne 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. Nadto żaden z przepisów ww. dyrektyw nie pozwala na wyłączenie możliwości stosowania, w przypadku określonym w art. 8 ust. 3 lit. c dyrektywy 2013/33/UE, środków prawnych alternatywnych do detencji.

Mając powyższe na uwadze, postuluję wprowadzenie odpowiednich zmian do projektowanych przepisów, uwzględniających przedstawione powyżej zastrzeżenia Rzecznika Praw Dziecka. Akceptacja propozycji projektodawcy oznaczałaby bowiem w istocie przyzwolenie ustawodawcy na nieuzasadnione naruszenie prawa cudzoziemców (w tym małoletnich dzieci) do wolności osobistej oraz na nieproporcjonalność i arbitralność stosowania wobec nich środków skutkujących pozbawieniem wolności.

Należy także wskazać, że wprowadzenie rozwiązań wskazanych w projektowanym art. 88a ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 pkt 6 u.u.c.o. prowadziłyby do sytuacji

¹⁴ 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.

paradoksalnych. Oto bowiem, detencja byłaby obligatoryjna względem osoby, która, wykazując lojalność wobec państwa polskiego, stawiała się w przejściu granicznym świadoma, że nie spełnia warunków wjazdu na terytorium RP i złożyła tam wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej. Jednocześnie detencja nie miałaby takiego charakteru w przypadku osoby, która dopuściła się, np. nielegalnego przekroczenia granicy i dopiero zatrzymana złożyła wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej (projektowany art. 87 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 88a ust. 1 pkt 1 u.u.c.o.).

Negatywnie oceniam także propozycję, aby dokonać zmiany przepisów 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, miałyby zostać zastąpione przez wskazanie, że stan psychofizyczny cudzoziemca musi uzasadniać domniemanie, że był on ofiarą tortur lub innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. W mojej ocenie, proponowana zmiana spowoduje zwiększenie liczby cudzoziemców umieszczanych w strzeżonych ośrodkach. Nie ulega wątpliwości, że termin „przemoc” jest zdecydowanie szerszy od wyrażenia „tortury lub inne okrutne, niehumanitarne 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 niehumanitarnego lub okrutnego traktowania albo karania. Jako Rzecznik Praw Dziecka, wyrażam obawę, że przyjęcie proponowanej zmiany w obrębie art. 88a ust. 3 pkt 2 u.u.c.o. mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego i niehumanitarnego umieszczania w strzeżonych ośrodkach, np. samotnych matek oraz ich małoletnich dzieci, będących ofiarami przemocy domowej lub przemocy motywowanej kulturowo.

Poważne obawy wywołuje również regulacja proponowana w art. 8 projektu ustawy, zgodnie z którą postępowania administracyjne wszczęte, a niezakończone przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy, miałyby się toczyć zgodnie z nowym brzmieniem przepisów ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony i ustawy o cudzoziemcach. W mojej ocenie, rozwiązanie to nie jest trafne. O ile zasada ta mogłaby zostać stosunkowo łatwo wdrożona do postępowań toczących się przed organem

I instancji, o tyle poważne problemy mogłoby wywołać jej stosowanie w postępowaniu odwoławczym, toczącym się przed Radą ds. Uchodźców / Radą ds. Cudzoziemców.

Wydaje się, że organ ten, rozpatrując odwołanie od decyzji Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców, kończącej postępowanie w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej, ale niezawierającej orzeczenia o nieudzieleniu zgody na pobyt ze względów humanitarnych i o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, naruszyłby zasadę dwuinstancyjności postępowania określoną w art. 15 K.p.a., samodzielnie wydając takie rozstrzygnięcie. Podobnie wydaje się, że problematycznym byłoby w takim przypadku uchylenie (jedynie z powodu zmiany prawa) decyzji organu I instancji i przekazanie jej do ponownego rozpatrzenia Szefowi Urzędu do Spraw Cudzoziemców. Takie rozstrzygnięcie nie znajdowałoby bowiem uzasadnienia w naruszeniu przepisów postępowania przez organ I instancji (art. 138 ust. 2 K.p.a.).

W powiązaniu z przedstawionymi przeze mnie powyżej zastrzeżeniami odnośnie uchylenia art. 331 u.c. i zmian w zakresie instytucji wstrzymania wykonania zaskarżonej decyzji, prowadziłoby to w konsekwencji do ograniczenia nie tylko instancyjnej, ale i sądowej kontroli decyzji o nieudzieleniu zgody na pobyt ze względów humanitarnych oraz o zobowiązaniu cudzoziemców do powrotu. Tym samym, z przyczyn formalnych, w obrocie prawnym mogłyby pozostać wadliwe decyzje administracyjne, naruszające prawa dzieci i powodujące zagrożenie dla ich dalszego rozwoju psychofizycznego. Tym samym, postuluję, aby projektodawca ponownie rozważył, w jaki sposób projektowana ustawa ma oddziaływać na postępowania będące w toku w dniu jej wejścia w życie.

Wyrażam nadzieję, że przedstawione uwagi, zostaną wzięte pod uwagę w toku dalszych prac legislacyjnych.

→ wyrażam nadzieję
Marek [Signature]