



MSWiA



Warszawa, dnia 14 lutego 2017 r.

Minister
Spraw Zagranicznych

BDG.0240.240.2017 / 3

Pan
Sebastian Chwałek
Podsekretarz Stanu
w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych
i Administracji

Szanowny Panie Ministrze,

W nawiązaniu do pisma z dnia 30 stycznia br. o sygnaturze DP-WKM-0231-11/2017/MM dotyczącego **projektu ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw**, przedstawiam stanowisko Ministerstwa Spraw Zagranicznych, w tym wątpliwości co do zgodności przepisów projektu (art. 1 pkt 6 projektu dotyczący art. 39b ust. 2 pkt 3, art. 39b ust. 3 i art. 89zo ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 1 pkt 30 i 32 projektu dotyczący art. 88a ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 pkt 6) z postanowieniami Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. poz. 284; dalej: Konwencja) oraz orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: Trybunał, ETPCz).

I. Komisja Europejska zarzuca Polsce naruszenie art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej oraz art. 47 Karty Praw Podstawowych polegające na niezapewnieniu skutecznego środka odwoławczego w postaci skargi do Sądu na decyzję konsula w przedmiocie odmowy wydania, unieważnienia lub cofnięcia wizy Schengen. Zostały one po raz pierwszy sformułowane w sierpniu 2012 r. Procedura przedsądowa została już ukończona i w najbliższej przyszłości możliwe jest podjęcie przez kolegium Komisarzy decyzji o skierowaniu skargi do Trybunału Sprawiedliwości UE w trybie art. 258 TFUE. Planowane na wrzesień 2016 r. skierowanie skargi odroczone jednak z uwagi na toczące się postępowanie w sprawie Hassani C-403/16. W tej sprawie pytanie prejudycjalne do Trybunału skierował NSA, a jego istota jest zbieżna z przedmiotem skargi Komisji. Stanowisko Polski przed TSUE

MINISTERSTWO SPRAW WEWNĘTRZNYCH
KANCELARIA GŁÓWNA

wpłynęło dn. 2017 -02- 15

RKP 24662/17 kart. /

wsparty Czechy i Estonia, jednakże stanowisko komisji Europejskiej jest dla RP niekorzystne i skłania się ku przyznaniu cudzoziemcowi prawa do sądu w omawianym zakresie. Efektem orzeczenia może być zobowiązanie do wprowadzenia sądowej kontroli decyzji wizowych konsula.

MSZ stoi niezmiennie na stanowisku, że brak dostępności drogi sądowej w celu podważenia decyzji konsula w sprawie wizy nie stanowi naruszenia Karty Praw Podstawowych. Podkreślenia wymaga, że Wspólnotowy Kodeks Wizowy nie zawiera wyraźnego wskazania drogi sądowej stanowiąc jedynie, że postępowanie odwoławcze prowadzone powinno być zgodnie z prawem krajowym państwa członkowskiego. System odwoławczy przewidziany w prawie krajowym w postaci ponownego rozpoznania sprawy nie jest pozbawiony wad. Na obecnym etapie wskazana jest korekta systemu i należy poddać pod rozagę przeprowadzenie zmiany legislacyjnej poprzez maksymalne dostosowanie systemu odwoławczego do zapisów kodeksu wizowego, jednak bez przyznania prawa do drogi sądowej.

Proponuje się przyjęcie zmiany legislacyjnej polegającej na wyposażeniu Rady do Spraw cudzoziemców w prawo do rozpatrywania skarg cudzoziemców na odmowne decyzje wizowe konsula, po ponownym rozpatrzeniu sprawy przez konsula. Rada do Spraw Cudzoziemców posiadająca atrybuty trybunału administracyjnego i składająca się z członków wskazywanych przez Prezesa Rady Ministrów, Ministra Spraw Wewnętrznych i Ministra Spraw Zagranicznych winna we właściwy sposób zapewnić bezpieczeństwo migracyjne RP. Przyjęcie tej propozycji pozwoli na uniknięcie konieczności poddania tego typu spraw jurysdykcji sądów administracyjnych w Polsce. Odnośnik nr 1 do ustawy winien otrzymać następujące brzmienie:

„Niniejszą ustawą zmienia się ustawy: ustawę z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, ustawę z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, ustawę z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin, ustawę z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach”.

W związku z powyższym w art. 1 pkt 36 lit. a *projektu*, wprowadzającym zmiany w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1836 i 2003 oraz z 2017 r. poz. 60) w proponowanym art. 89p dotychczasową treść ust. 2 sugeruje się oznaczyć jako ust. 3 i konsekwentnie zmienić numerację kolejnych ustępów, zaś po ust. 1 dodać ust. 2 w następującym brzmieniu:

„2. Rada jest organem właściwym do rozpoznawania skarg na decyzje:

- 1) konsula, o których mowa w art. 76 ust. 3 oraz art. 93 ust. 3 ustawy o cudzoziemcach,*
- 2) Komendanta Głównego Straży Granicznej, o których mowa w art. 76 ust. 4 oraz art. 93 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach”.*

W art. 4 pkt 2 *projektu*, wprowadzającym zmiany w ustawie z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2016 r. poz. 1990, 1948 i 2066 oraz z 2017 r. poz. 60) dotychczasową treść należy zapisać w pkt kolejnym, a pkt 2 winien otrzymać następujące brzmienie:

„2)art. 76 otrzymuje następujące brzmienie:

„Art. 76. 1. Od decyzji o odmowie wydania wizy Schengen lub wizy krajowej wydanej przez:

- 1) konsula - przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy przez ten organ;*
- 2) komendanta placówki Straży Granicznej - przysługuje odwołanie do Komendanta Głównego Straży Granicznej.*
- 2. Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy przez konsula składa się w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji o odmowie wydania wizy Schengen lub wizy krajowej.*
- 3. Konsul rozpatruje wniosek, o którym mowa w ust. 2, w terminie 7 dni. W przypadku wydania decyzji o odmowie wydania wizy Schengen lub wizy krajowej w wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy stronie przysługuje skarga do Rady do Spraw Cudzoziemców.*
- 4. Od decyzji Komendanta Głównego Straży Granicznej w sprawie odwołania, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 stronie przysługuje skarga do Rady do Spraw Cudzoziemców.*
- 5. Skargę, o której mowa w ust. 3 składa się pisemnie do Rady do Spraw Cudzoziemców w ciągu 14 dni od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem konsula, który wydał decyzję o odmowie wydania wizy Schengen lub wizy krajowej.*
- 6. Skargę, o której mowa w ust. 4 składa się pisemnie do Rady do Spraw Cudzoziemców w ciągu 14 dni od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem Komendanta Głównego Straży Granicznej.*
- 7. Decyzja Rady do Spraw Cudzoziemców jest ostateczna.”.*

W art. 4 *projektu* po pkt 2 należy dodać pkt 3 w brzmieniu:

„3)art. 93 otrzymuje brzmienie:

„Art. 93. 1. Od decyzji o cofnięciu lub unieważnieniu wizy Schengen lub wizy krajowej wydanej przez:

- 1) konsula - przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy przez ten organ;*
- 2) komendanta oddziału Straży Granicznej lub komendanta placówki Straży Granicznej - przysługuje odwołanie do Komendanta Głównego Straży Granicznej.*
- 2. Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy przez konsula składa się w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji o cofnięciu lub unieważnieniu wizy Schengen lub wizy krajowej.*
- 3. Konsul rozpatruje wniosek, o którym mowa w ust. 2, w terminie 7 dni. W przypadku wydania decyzji o cofnięciu lub unieważnieniu wizy Schengen lub wizy krajowej w wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy stronie przysługuje skarga do Rady do Spraw Cudzoziemców.*

4. *Od decyzji Komendanta Głównego Straży Granicznej w sprawie odwołania, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 stronie przysługuje skarga do Rady do Spraw Cudzoziemców.*
5. *Skargę, o której mowa w ust. 3 składa się pisemnie do Rady do Spraw Cudzoziemców w ciągu 14 dni od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem konsula, który wydał decyzję o cofnięciu lub unieważnieniu wizy Schengen lub wizy krajowej.*
6. *Skargę, o której mowa w ust. 4 składa się pisemnie do Rady do Spraw Cudzoziemców w ciągu 14 dni od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem Komendanta Głównego Straży Granicznej.*
7. *Decyzja Rady do Spraw Cudzoziemców jest ostateczna.”.*

Dodatkowo w projekcie ustawy należy uwzględnić również zmiany w ustawie z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. 2016 r. poz. 718, z późn. zm.), w której art. 5 winno zostać nadane następujące brzmienie:

„Art. 5. Sądy administracyjne nie są właściwe w sprawach:

- 1) *wynikających z nadrzędności i podległości organizacyjnej w stosunkach między organami administracji publicznej;*
- 2) *wynikających z podległości służbowej między przełożonymi i podwładnymi;*
- 3) *odmowy mianowania na stanowiska lub powołania do pełnienia funkcji w organach administracji publicznej, chyba że obowiązek mianowania lub powołania wynika z przepisów prawa;*
- 4) *decyzji wydanych przez Radę do Spraw Cudzoziemców w sprawie wiz,*
- 5) *zezwoleń na przekraczanie granicy w ramach małego ruchu granicznego wydawanych przez konsulów”.*

II. Doprecyzowania, ewentualnie zmiany, wydaje się również wymagać art. 89r w zakresie dotyczącym liczebności Rady. Projekt zakłada, że Rada składać się będzie z 17 etatowych członków. Taka liczba członków Rady, przy założeniu braku członków pozaetatowych, wydaje się być niezasadna w świetle postanowień, że Rada, co do zasady, orzeka w składach trzyosobowych. Celowym wydaje się w tej sytuacji, ustalenie takiej liczby członków Rady, która byłaby podzielna przez trzy.

Wątpliwości budzi ponadto zapis art. 89t ust. 2 i 3. Ust. 3 powołanego artykułu stanowi, że pozaetatowymi członkami Rady nie mogą być także funkcjonariusze Straży Granicznej i pracownicy Urzędu do Spraw Cudzoziemców, co, przy braku wyraźnego wskazania, że zakaz taki dotyczy również etatowego członkostwa w Radzie, prowadzić może do powstania sytuacji, w której funkcjonariusz SG lub pracownik UdSC, zatrudniony będzie np. i w Radzie i w organie I instancji. Może to skutkować zarzutami powstania pewnej „dwoistości” zatrudnienia i braku niezależności członków Rady.

Uwagi co do zgodności przepisów projektu z postanowieniami Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.

I. Natychmiastowa wykonalność decyzji w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej.

Artykułem 1 pkt 6 projektowana ustawa dodaje w ustawie o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP nowy art. 39b wprowadzający, między innymi, zasadę natychmiastowej wykonalności decyzji wydanych w sprawach o udzielenie ochrony międzynarodowej. Kontrolę zasadności tych decyzji będą wykonywały Rada do Spraw Cudzoziemców – w przypadku odwołania od decyzji organu administracyjnego I instancji oraz sąd administracyjny – w przypadku odwołania od decyzji organu administracyjnego II instancji (tzn. Rady do Spraw Cudzoziemców). Po nowelizacji ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP odwołanie od decyzji organu I instancji o wydaleniu cudzoziemca nie będzie zatem wywoływało skutku zawieszającego, tak jak to miało miejsce dotychczas. Wyjątkiem będzie sytuacja, w której skutek wniosku cudzoziemca o wstrzymanie wykonania decyzji, złożonego wraz z jego odwołaniem od decyzji organu I instancji, organ II instancji (Rada do Spraw Cudzoziemców) wyda postanowienie o wstrzymaniu wykonania zaskarżonej decyzji (art. 39b ust. 3). Z kolei na etapie wniesienia skargi do sądu administracyjnego, nowelizowana ustawa przewiduje następujące wyjątki od zasady braku skutku zawieszającego środka odwoławczego, tj. umożliwia wstrzymanie wykonania decyzji:

- skutek postanowienia Rady do Spraw Cudzoziemców w sprawie wniosku cudzoziemca o wstrzymanie wykonania decyzji, złożonego w razie wniesienia przez niego skargi do sądu administracyjnego na decyzję Rady (organu II instancji) – jeśli uprawdopodobni on, że wykonanie decyzji spowoduje nieodwracalne skutki sprzeczne z zobowiązaniami międzynarodowymi RP (art. 89zo ust. 1 i 2);
- po przekazaniu skargi do sądu administracyjnego – skutek postanowienia sądu wydanego na wniosek cudzoziemca, jeśli uprawdopodobni on, że wykonanie decyzji spowoduje nieodwracalne skutki sprzeczne z zobowiązaniami międzynarodowymi RP (art. 89zo ust. 5).

W ocenie MSZ brak automatycznego skutku zawieszającego odwołania od decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu budzi wątpliwości co do zgodności projektu z postanowieniami Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. W tym kontekście należy wskazać, że w przypadkach skarg do ETPCz obejmujących zarzut narażenia na traktowanie sprzeczne z art. 2 (prawo do życia) i art. 3 (zakaz tortur i niehumanitarnego traktowania) Konwencji w przypadku wydalenia do państwa trzeciego, władze pozwanego państwa muszą zagwarantować jednostce dostęp do skutecznego środka prawnego, przewidzianego w art. 13 Konwencji. Środek taki musi zapewnić rzetelne, niezależne i sprawne zbadanie skargi przez organy krajowe. Co więcej, środek odwoławczy musi również w takich przypadkach przewidywać

automatyczny skutek zawieszający decyzji o wydaleniu (zob. wyroki ETPCz w sprawach: Khlaifia i inni p. Włochom, skarga nr 16483/12, wyrok Wielkiej Izby z dnia 15 grudnia 2016 r.; De Souza Riberio p. Francji, skarga nr 22689/07, wyrok Wielkiej Izby z dnia 13 grudnia 2012 r.; Hirsi Jamaa i inni p. Włochom, skarga nr 27765/09, wyrok Wielkiej Izby z dnia 23 lutego 2012 r.). A zatem, pomimo braku wymogu automatycznego skutku zawieszającego środka odwoławczego od decyzji o wydaleniu cudzoziemca w samej Konwencji, z orzecnictwa ETPCz wyraźnie wynika obowiązek zapewnienia automatycznego skutku zawieszającego środka odwoławczego w przypadku, gdy wydalenie mogłoby spowodować naruszenie praw zagwarantowanych w art. 2 i art. 3 Konwencji w sposób powodujący nieodwracalne skutki dla cudzoziemca. Ponadto, w przypadku niezagwarantowania właściwej kontroli odwoławczej decyzji o wydaleniu cudzoziemca Trybunał może stwierdzić naruszenie art. 5 ust. 4 w zw. z art. 5 ust. 1 lit. f Konwencji (prawo do kontroli sądowej legalności zatrzymania w celu zapobieżenia nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa lub wydalenia), bądź wskazanego wyżej art. 13 Konwencji w związku z innym prawem zagwarantowanym Konwencją (w przypadkach cudzoziemców są to najczęściej art. 8, gwarantujący prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz art. 4 Protokołu nr 4 do Konwencji, przewidujący zakaz zbiorowego wydalania cudzoziemców).

Mając na uwadze orzecnictwo ETPCz można więc stwierdzić, że przepisy przedmiotowego projektu wprowadzające zasadę natychmiastowej wykonalności decyzji w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej jedynie z wąskimi wyjątkami i tylko na wniosek cudzoziemca, mogą się okazać niezgodne z Konwencją w zakresie, w jakim nie przewidują automatycznego wstrzymania wykonania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu przed jej uprawomocnieniem się oraz gdy wykonanie tej decyzji spowodowałoby dla niego nieodwracalne skutki, naruszające jego prawa zagwarantowane w art. 2 i art. 3 Konwencji. Wniosek o wstrzymanie wykonania decyzji organu I lub II instancji nie wydaje się być skutecznym środkiem zabezpieczającym w wystarczającym stopniu prawa osoby wydalanej w świetle postanowień Konwencji, uwzględniając chociażby fakt bariery językowej dla wnioskującego.

Ponadto, brak automatycznego skutku zawieszającego środka odwoławczego od decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu będzie stanowić istotną przeszkodę w realizacji zarządzeń tymczasowych (interim measures) wydawanych przez Trybunał w oparciu o art. 39 Regulaminu Trybunału (Dz. U. z 1993 r. poz. 284, zał. 1). Zgodnie z tym przepisem, Trybunał może, na wniosek strony lub innej osoby zainteresowanej albo z urzędu, postanowić o zastosowaniu środka tymczasowego, jaki należy zastosować w interesie stron lub właściwego przebiegu postępowania przed Izbą. Konieczność respektowania przez państwa-strony Konwencji zarządzeń tymczasowych Trybunału wiąże się z obowiązkiem skutecznego zapewnienia skarżącemu prawa do skargi indywidualnej, zagwarantowanego w art. 34 Konwencji. Niezastosowanie się przez państwo do

środka nałożonego zgodnie z art. 39 Regulaminu może skutkować stwierdzeniem naruszenia prawa do skargi indywidualnej (zob. Mamatkulov i Askarov p. Turcji, skargi nr 46827/99 i 46951/99, wyrok z dnia 4 lutego 2005 r.; Essid Sami Ben Khemais p. Włochom, nr skargi 246/07, wyrok z dnia 24 lutego 2009 r.). Należy podkreślić, że większość z zarządzeń tymczasowych wydawanych do tej pory wobec Polski dotyczyła zobowiązania władz polskich do niewydalania osób skarżących z terytorium Polski do czasu zakończenia procedury przed Trybunałem. W związku z powyższym MSZ wskazuje, że projektowane zmiany przewidujące natychmiastową wykonalność decyzji o wydaleniu cudzoziemca mogą w znacznym stopniu utrudnić, a wręcz uniemożliwić wypełnienie zobowiązań nałożonych na podstawie zarządzenia tymczasowego Trybunału i tym samym mogą prowadzić do stwierdzenia przez Trybunał naruszenia przez Polskę art. 34 Konwencji.

Mając na uwadze zasygnalizowane uwagi do projektu MSZ proponuje następujące zmiany w projekcie nowelizacji ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP:

- całkowite wyłączenie decyzji o powrocie cudzoziemca, wydawanych przez organ administracyjny I instancji, spod zasady natychmiastowej wykonalności decyzji;
- wyłączenie decyzji wydawanych przez Radę do Spraw Cudzoziemców spod zasady natychmiastowej wykonalności w przypadkach, w których uprawdopodobnione zostanie, że cudzoziemiec byłby narażony w razie wydalenia na nieodwracalne skutki, sprzeczne z art. 2 i art. 3 Konwencji.

Wskazane rozwiązania umożliwią zapewnienie realizacji uprawnienia cudzoziemca do skutecznego środka odwoławczego zagwarantowanego w art. 13 Konwencji oraz prawidłowe wykonanie przez władze polskie zarządzeń tymczasowych wydawanych przez Trybunał na podstawie art. 39 Regulaminu Trybunału. Brak zapewnienia procedury zgodnej z Konwencją może skutkować masowym napływem skargi przeciwko Polsce do ETPCz i w konsekwencji przegranymi wyrokami niosącymi poważne konsekwencje finansowe oraz obowiązek zmiany przepisów, które doprowadziły do powstania naruszeń Konwencji.

W przypadku braku uwzględnienia powyższych uwag należy ustawowo zagwarantować co najmniej zawieszenie wykonania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu w przypadku zarządzenia tymczasowego wydanego przez ETPCz.

II. Automatyczne umieszczanie cudzoziemców (w tym dzieci pozostającym pod opieką dorosłych cudzoziemców) w strzeżonych ośrodkach lub aresztach.

Projekt nowelizacji ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, poprzez zmiany wprowadzone do art. 87 ust. 1, art. 88a ust. 1 i art. 88b ust. 2 tej ustawy, wprowadza w rzeczywistości obligatoryjne umieszczanie cudzoziemców wnioskujących o ochronę międzynarodową podczas przekraczania granicy RP (w tym dzieci pozostających pod opieką dorosłych cudzoziemców) w strzeżonych ośrodkach lub aresztach dla cudzoziemców. W tym

kontekście wskazuje się, że Europejski Trybunał Praw Człowieka, uznając prawo państwa do zatrzymania cudzoziemca próbującego nielegalnie przekroczyć jego granice, bada czy zatrzymanie nie miało charakteru arbitralnego w świetle gwarancji zawartych w art. 5 ust. 1 lit. f („nikt nie może być pozbawiony wolności, z wyjątkiem zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania osoby w celu zapobieżenia jej nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa lub osoby, przeciwko której toczy się postępowanie o wydalenie lub ekstradycję”), a w przypadku zatrzymania dzieci – także, czy nie został naruszony art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego). W tym celu Trybunał sprawdza m.in., czy państwo działało w dobrej wierze, zbadano indywidualną sytuację cudzoziemca oraz możliwość zastosowania alternatywnego wobec zatrzymania środka (zob. *mutatis mutandis*: *Yoh-Ekale Mwanje p. Belgii*, skarga nr 10486/10, wyrok z dnia 20 grudnia 2011 r., § 124; *Louled Massoud p. Malcie*, skarga nr 24340/08, wyrok z dnia 27 lipca 2010 r., § 68; *Suso Musa p. Malcie*, skarga nr 42337/12, wyrok z dnia 23 lipca 2013 r., § 100).

Na podstawie orzecznictwa ETPCz można uznać, że chociaż samo wprowadzenie *de facto* automatycznego umieszczania cudzoziemców wnioskujących o ochronę międzynarodową podczas przekraczania granicy RP w strzeżonych ośrodkach lub aresztach dla cudzoziemców nie stanowi naruszenia Konwencji, to całkowite wykluczenie możliwości zbadania zastosowania alternatywnych środków wobec zatrzymania w takich przypadkach może potencjalnie doprowadzić do stwierdzenia naruszenia art. 5 ust. 1 pkt f Konwencji. Ma to szczególne zastosowanie do dzieci pozostających pod opieką pełnoletnich cudzoziemców.

Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoim orzecznictwie przykłada szczególną wagę do ochrony praw dzieci i wielokrotnie stwierdził naruszenie art. 3, art. 8, a także art. 5 ust. 1 Konwencji w związku z umieszczeniem dzieci w zamkniętych ośrodkach dla cudzoziemców (zob. wyroki ETPCz w sprawach: *Muskhadziyeva i inni p. Belgii*, skarga nr 41442/07, wyrok z dnia 19 stycznia 2010 r.; *Popov p. Francji*, skargi nr 39472/07 i 39474/07, wyrok z dnia 19 stycznia 2012 r.; *Kanagaratnam p. Belgii*, skarga nr 15297/09, wyrok z dnia 13 grudnia 2011 r.; *Rahimi p. Grecji*, skarga nr 8687/08, wyrok z dnia 5 kwietnia 2011 r.; *A.B. i inni p. Francji*, skarga nr 11593/12, wyrok z dnia 12 lipca 2016 r.).

Zarówno w obecnym, jak i projektowanym stanie prawnym, w strzeżonych ośrodkach i aresztach dla cudzoziemców nie można umieszczać jedynie małoletnich cudzoziemców bez opieki – dzieci pozostające pod opieką rodziców w dalszym ciągu będą mogły zostać umieszczone w tego typu ośrodkach wraz ze swoimi opiekunami. W tym kontekście należy podkreślić, że Trybunał uznał, że umieszczanie dzieci w ośrodkach zamkniętych może stanowić naruszenie art. 3 Konwencji. Trybunał bada każdorazowo indywidualną sytuację danego dziecka, jego wiek i stan zdrowia, okres pobytu w ośrodku, a także czy ośrodek jest odpowiednio wyposażony dla potrzeb dzieci, czy panują tam odpowiednie warunki higieniczne, czy prowadzone są zajęcia dla dzieci oraz czy ośrodek zatrudnia

osoby z odpowiednim przygotowaniem do pracy z dziećmi. Co istotne, okoliczność, iż dzieci przebywają w ośrodku z rodzicami nie zwalnia organów krajowych z podjęcia wszystkich niezbędnych środków w celu ich ochrony, zwłaszcza gdy panują tam nieodpowiednie dla dziecka warunki (Muskhadziyeva i inni p. Belgii). Ponadto, Trybunał może także uznać, że już sam fakt umieszczenia dzieci w zamkniętym ośrodku, bez względu na panujące tam warunki, może powodować u nich uczucie niepokoju i poniżenia oraz zakłócać ich rozwój, stanowiąc tym samym nieludzkie i poniżające traktowanie (Kanagaratnam p. Belgii). W najnowszym orzecznictwie Trybunał podkreślił dodatkowo, że pobyt dziecka w zamkniętym ośrodku wraz z rodzicami będzie zgodny z Konwencją tylko wtedy, gdy władze krajowe zastosowały ten środek jako ostateczny, po ustaleniu, że w okolicznościach danej sprawy nie było możliwe zastosowanie innych środków (A.B. i inni p. Francji). Ponadto, prawo musi przewidywać możliwość odwołania do sądu w celu zbadania legalności pozbawienia wolności, a środek ten musi być dostępny również dla dzieci (Popov p. Francji). Umieszczanie rodzin w ośrodkach zamkniętych może również stanowić naruszenie art. 8 Konwencji w zakresie, w jakim pobyt w warunkach zamkniętych ingeruje w ich prawo do poszanowania życia rodzinnego (Popov p. Francji).

Mając na uwadze przedstawione wyżej orzecznictwo Trybunału, a także fakt, że problem umieszczania małoletnich cudzoziemców w strzeżonych ośrodkach razem z ich opiekunami jest przedmiotem kilku spraw przeciwko Polsce zawisłych obecnie przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (przedmiotowe sprawy dotyczą zarzutu naruszenia art. 3 [w dwóch sprawach], art. 5 ust. 1 lit. f, art. 5 ust. 4, art. 8 i art. 35) – można stwierdzić, że możliwość umieszczania dzieci cudzoziemców w zamkniętych ośrodkach już w obecnym stanie prawnym budzi poważne wątpliwości co do zgodności polskich przepisów z Konwencją. Natomiast projektowana nowelizacja ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony wprowadza dodatkowo automatyzm w umieszczaniu cudzoziemców (również tych z dziećmi) w zamkniętych ośrodkach w określonych w ustawie przypadkach, bez możliwości zbadania przez sąd zasadności zastosowania mniej restrykcyjnych środków. Ponadto, niejasna jest relacja projektowanych przepisów wprowadzających automatyzm w umieszczaniu cudzoziemców w zamkniętych ośrodkach w określonych w ustawie przypadkach do przepisu art. 401 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach, który stanowi, że „sąd rozpatrując wniosek o umieszczenie w strzeżonym ośrodku cudzoziemca wraz z małoletnim pozostającym pod jego opieką kieruje się także dobrem tego małoletniego”, bowiem projektowany art. 88a ust. 1 pkt 2 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony nie daje sądowi możliwości oceny dobra małoletniego cudzoziemca.

W związku z powyższym proponuje się wprowadzenie w projekcie nowelizacji ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP:

– obligatoryjnego badania przez sąd możliwości zastosowania środków alternatywnych wobec umieszczenia cudzoziemca w strzeżonym ośrodku w przypadku, w którym wraz z cudzoziemcem w takim ośrodku miałyby zostać umieszczone także dziecko;

– wyjaśnienia relacji projektowanego art. 88a ust. 1 pkt 2, nakazującego automatyczne umieszczanie cudzoziemców w zamkniętych ośrodkach w przypadkach wskazanych w projektowanym art. 87 ust. 1 pkt 6, do art. 401 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach, który nakazuje sądowi zbadanie dobra małoletniego, jeśli miałby zostać umieszczony w takim ośrodku razem z opiekunem.

Z poważaniem,


z up. Ministra
Spraw Zagranicznych
Renata Szczęch
Podsekretarz Stanu