Joanna Markiewicz-Stanny

DETENCJA CUDZOZIEMCÓW. STANDARDY PRAW CZŁOWIEKA A POLITYKA MIGRACYJNA PAŃSTW EUROPEJSKICH

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

Joanna Markiewicz-Stanny

DETENCJA CUDZOZIEMCÓW. STANDARDY PRAW CZŁOWIEKA A POLITYKA MIGRACYJNA PAŃSTW EUROPEJSKICH

INP PAN

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

Recenzja wydawnicza:
prof. dr hab. Barbara Mikołajczyk
dr hab. Aleksander Gubrynowicz

Publikacja współfinansowana przez Uniwersytet Zielonogórski.

Seria: Rozprawy Prawnicze. Seria Monograficzna INP PAN
Redaktor prowadzący: dr hab. Mateusz Błachucki, prof. INP PAN

Rada Naukowa Wydawnictwa INP PAN:
prof. dr hab. Celina Nowak
dr hab. Mateusz Błachucki, prof. INP PAN
dr hab. Małgorzata Łączkowska-Porawska, prof. INP PAN
prof. dr hab. Anna Młynarska-Sobaczewska
dr hab. Paweł Podrecki, prof. INP PAN
dr Wojciech Drobny

DOI: 10.5281/zenodo.15081489
ISBN 978-83-68199-01-7
e-ISBN 978-83-68199-02-4

Warszawa 2025
Stan prawny 30 maja 2024 r.
Wydanie I

Redakcja językowa: Bożena i Janusz Sigismundowie, Marta Mądziel
Proofreading: Jarosław Szymański
Projekt layoutu, okładka: Wydawnictwo INP PAN
Skład i łamanie tekstu: Adrian Szatkowski

Wydawnictwo INP PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
e-mail: wydawnictwo@inp.pan.pl

Druk i oprawa:
Na zlecenie Wydawnictwa INP PAN – Sowa Druk Sp z o.o.

INP
PAN

SPIS TREŚCI

WYKAZ SKRÓTÓW 9

WSTĘP 13

ROZDZIAŁ I.
ZAGADNIENIA PODSTAWOWE 19

1. Podmiotowe i przedmiotowe ramy badań 19
   1.1. Pojęcie detencji cudzoziemców i jego zakres 19
   1.2. Charakter prawny detencji cudzoziemców 24
      1.2.1. Elementy administracyjnoprawne 24
      1.2.2. Prawnokarny kontekst detencji cudzoziemców. 26
   1.3. Prawo i polityka migracyjna państw europejskich 28
      1.3.1. Selektywna restrykcyjność 28
      1.3.2. Selektywny humanitaryzm 30
      1.3.3. Jednostronność. 32
   1.4. Status cudzoziemców a migracja nieregularna 34
2. Antecedencje. Detencja cudzoziemców w ujęciu historyczno-prawnym. 40
   2.1. Okres XIX i XX w. 40
   2.2. Okres dwóch wojen światowych. 48
   2.3. Lata 1945–1992 53
3. Współczesny kształt detencji cudzoziemców. 59
   3.1. Detencja cudzoziemców jako instrument prawa i polityki migracyjnej po 1992 r. 59
   3.2. Specyfika detencji cudzoziemców 63
   3.3. Skala zjawiska 67
4. Źródła prawa 70
   4.1. Uwagi wprowadzające 70
   4.2. System uniwersalnej ochrony praw człowieka. 72
   4.3. Międzynarodowe prawo uchodźcze 76
   4.4. System Rady Europy 77
   4.5. Prawo UE 81

5. Konkluzje 85

ROZDZIAŁ II.
DETERMINANTY WSPÓŁCZESNEGO KSZTAŁTU DETENCJI CUDZOZIEMCÓW 87

1. Suwerenność państwa i ochrona granic państwowych 87
1.1. Istota suwerenności państwa 87
1.2. Zasada zwierzchnictwa terytorialnego i kontroli granic 95
1.3. Polityka migracyjna jako wyraz suwerenności państwa i ochrony granic 102
1.4. Eksternalizacja kontroli migracji 104
1.4.1. Przeniesienie kontroli migracji poza własne terytorium 104
1.4.2. Eksternalizacja detencji i instrumentalizacja prawa 109
1.5. Ekstraterytorialny wymiar ochrony praw człowieka 113
1.6. Wielość podmiotów zaangażowanych w kontrolę migracyjną 121
1.6.1. Współpraca między podmiotami prawa międzynarodowego 121
1.6.2. Prywatyzacja detencji 123
1.6.3. Problem deficytu odpowiedzialności państwa za działania podmiotów prywatnych 127
2. Migracje ludności jako problem bezpieczeństwa i ochrony granic 128
2.1. Bezpieczeństwo i kontrola a prawa człowieka 128
2.2. Proces tzw. sekurytyzacji migracji i jego konsekwencje 134
2.3. Kryzys migracyjny i masowy napływ cudzoziemców 136
2.4. Migracja a stany nadzwyczajne 140
3. Związki prawa migracyjnego z prawem karnym 144
3.1. Kryminalizacja migracji i prawo migracyjne w służbie prawa karnego 144
3.2. Umiędzynarodowienie norm w zakresie zwalczania handlu ludźmi, przemytu ludźmi i kontroli granicznych 146
3.3. Penalizacja nielegalnego wjazdu lub pobytu w prawodawstwie krajowym 149
3.4. Mechanizmy prawa karnego i ich związki z detencją cudzoziemców 154
4. Konkluzje 155

ROZDZIAŁ III.
MIĘDZYNARODOWY STANDARD POZBAWIENIA WOLNOŚCI
CUDZOZIEMCÓW 157

1. Detencja cudzoziemców jako ingerencja w prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. 157
1.1. Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego 157
1.2. Pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5 EKPC 161
1.2.1. Kryteria orzecznicze 161
1.2.2. Pozbawienie wolności a kontrole graniczne 167
1.2.3. Pobyt cudzoziemców w strefach tranzytowych i ośrodkach recepcyjnych 169
2. Przesłanki dopuszczalności pozbawienia wolności 174
2.1. Zgodność z prawem 174
2.1.1. Pojęcie prawa w art. 5 EKPC 174
2.1.2. Jakość i pewność prawa 179
2.1.3. Proceduralny wymiar zgodności z prawem 185
2.2. Dopuszczalne przypadki pozbawienia wolności 189
2.2.1. Nielegalne wkroczenie na terytorium państwa 189
2.2.2. Pozbawienie wolności w celu deportacji. 195
2.3. Zakaz arbitralności 198
2.3.1. Zasady ogólne 198
2.3.2. Kryterium niezbędności 202
2.3.3. Dobra wiara 208
2.3.4. Uprawniony cel 209
2.3.5. Arbitralność a warunki pozbawienia wolności. 216
3. Gwarancje przysługujące osobom pozbawionym wolności 219
3.1. Prawo do informacji 219
3.1.1. Zagadnienia ogólne 219
3.1.2. Forma poinformowania 222
3.1.3. Zrozumiałość języka. 224
3.1.4. Natychmiastowość poinformowania 226
3.2. Kontrola sądowa. 227
3.2.1. Uwagi ogólne. 227
3.2.2. Pojęcie sądu. 232
3.2.3. Zakres kontroli sądowej 233

3.2.4. Szybkość kontroli sądowej 237
3.2.5. Periodyczność kontroli sądowej 240
3.2.6. Efektywność kontroli sądowej 241
4. Prawo do odszkodowania za bezprawne pozbawienie wolności 244
5. Konkluzje 247

ROZDZIAŁ IV.
PRAWO I PRAKTYKA PAŃSTW 251

1. Ogólna charakterystyka detencji cudzoziemców w prawie krajowym . . 251
2. Zakres i przesłanki dopuszczalności zastosowania detencji 257
2.1. Związek z celem uprawnionym 257
2.2. Wybrane okoliczności dodatkowo uzasadniające detencję 261
2.2.1. Ryzyko ucieczki 261
2.2.2. Utrudnianie lub unikanie powrotu oraz brak współpracy cudzoziemca 264
2.2.3. Bezpieczeństwo narodowe i porządek publiczny 265
2.2.4. Względy prawnokarne 268
3. Czas trwania detencji 271
3.1. Maksymalny okres trwania detencji 271
3.2. Detencja przedłużająca się lub nieograniczona czasowo 273
3.3. Dopuszczalność detencji wielokrotnej 276
4. Zakres podmiotowy stosowania detencji 278
4.1. Cudzoziemcy w sytuacji nieregularnej i osoby poszukujące ochrony międzynarodowej 278
4.2. Małoletni pozbawieni opieki 279
4.3. Rodziny z małoletnimi dziećmi 283
4.4. Pozostałe osoby w sytuacji szczególnej wrażliwości 284
5. Proporcjonalność detencji 289
5.1. Zagadnienia ogólne 289
5.2. Środki alternatywne 292
6. Organy kompetentne w sprawach detencyjnych 298
7. Gwarancje proceduralne 300
7.1. Obowiązki informacyjne 300
7.2. Dostęp do tłumacza 303
7.3. Dostęp do pomocy prawnej 306
7.4. Kontrola sądowa 312

7.4.1. Zagadnienia ogólne 312
7.4.2. Dostęp do sądu 314
7.4.3. Efektywność i jakość kontroli 316
7.5. Prawo do odszkodowania za niesłuszne pozbawienie wolności. . . 319
8. Instytucjonalny wymiar detencji – miejsca pozbawienia wolności 320
8.1. Specjalne ośrodki dla cudzoziemców 320
8.2. Inne miejsca pozbawienia wolności 323
8.3. Detencja stosowana bez odpowiedniej podstawy prawnej 326
9. Traktowanie cudzoziemców pozbawionych wolności 330
9.1. Reżim pozbawienia wolności 330
9.2. Materialne warunki pobytu. 334
9.3. Opieka medyczna 337
9.4. Mechanizmy skarg i nadzoru. 339
10. Konkluzje 340

ROZDZIAŁ V.
KONSEKWENCJE BEZPRAWNEJ I ARBITRALNEJ DETENCJI CUDZOZIEMCÓW 343

1. Arbitralna detencja jako instrument karania, presji, ekskluzji i dyskryminacji cudzoziemców. 343
1.1. Karanie z pominięciem procedur karnych. 343
1.1.1. Ocena dolegliwości detencji. 347
1.1.2. Ocena odstraszającego charakteru detencji 349
1.2. Detencja jako środek wywierania presji w sprawach związanych ze statusem migracyjnym. 351
1.3. Detencja jako instrument ekskluzji 354
1.4. Dyskryminacja i pozbawienie dostępu do ochrony prawnej 360
2. Stosowanie detencji a inne prawa jednostki 366
2.1. Zakaz tortur, nieludzkiego lub poniżającego karania lub traktowania. 366
2.1.1. Absolutny charakter zakazu a trudności w zarządzaniu migracjami 366
2.1.2. Próg złego traktowania. 368
2.1.3. Element podmiotowy. 369
2.1.4. Warunki pozbawienia wolności 373
2.1.5. Opieka medyczna 377

2.1.6. Zobowiązania pozytywne 379
2.1.7. Mechanizmy skarg i obowiązek skutecznego śledztwa 382
2.2. Detencja cudzoziemców a prawo do zdrowia 385
2.3. Prawo do życia prywatnego i rodzinnego 389
3. Stosowanie detencji a wykonywanie zobowiązań międzynarodowych w dobrej wierze 395
4. Konkluzje 402

ZAKOŃCZENIE 405

BIBLIOGRAFIA 413
Źródła prawa 413
Umowy międzynarodowe zawarte przez Unię Europejską 418
Umowy międzynarodowe, których stroną nie jest Rzeczpospolita Polska 419
Prawo państw obcych 420
Orzecznictwo sądów krajowych 426
Soft law 428
Orzecznictwo międzynarodowe i decyzje ciał traktatowych 431
Dokumenty organizacji międzynarodowych międzyrządowych 444
Materiały organizacji pozarządowych 489
Dokumenty rządowe 492
Prasa 492

STRESZCZENIE 495

SUMMARY 497

WYKAZ SKRÓTÓW

AKPC	Amerykańska Konwencja Praw Człowieka
AsylG	Asylgesetz
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet, [ustawa o pobycie, zatrudnianiu i integracji cudzoziemców w Niemczech] 25.02.2008
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BOA	Boletín Oficial del Estado
CEDAW	Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet)
CERD	Committee on the Elimination of Racial Discrimination (Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej)
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
CMW	Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (Komitet do Ochrony Praw Wszystkich Pracowników – Migrantów i Członków ich Rodzin)
CPT	European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Europejski Komitet ds. Zapobiegania Torturom)
Dz.U.	Dziennik Ustaw
Dz.Urz. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
Dz.Urz. WE	Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich
EOG	Europejski Obszar Gospodarczy
EKPC	Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności
EKS	Europejska Karta Socjalna
KSGiP	Europejska Straż Graniczna i Przybrzeżna
EWG	Europejska Wpólnota Gospodarcza
EWHC	High Court judgment (England and Wales) (Administrative Court)
ESM	Europejska Sieć Migracyjna
ETPC	Europejski Trybunał Praw Człowieka
GDP	Global Detention Project
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt

I.C.J.	Reports International Court of Justice Reports
IOM	International Organisation for Migration (Międzynarodowa Organizacja ds. Migracji)
k.k.	Ustawa z dnia 6.06.1997 r. – Kodeks karny
KM RE	Komitet Ministrów Rady Europy
KMPT	Krajowy Mechanizm Prewencji Tortur
KNZ	Karta Narodów Zjednoczonych
KPC	Komitet Praw Człowieka
KPD	Komitet Praw Dziecka
k.p.k.	Ustawa z dnia 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego
KPP	Karta Praw Podstawowych UE
KPT	Komitet przeciwko Torturom
KSU	Konwencja dotycząca statusu uchodźców
k.w.	Ustawa z 20.06.1971 r. – Kodeks wykroczeń
MPPOiP	Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych
MPGSiK	Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych
MTPC	Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka
MTS	Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości
OBWE	Organizacja Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie
OSNKW	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa
OTK-A	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A
OTK ZU	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy
PDPC	Powszechna Deklaracja Praw Człowieka
Rozporządzenie Dublin III	Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 604/2013 z 26.06.2013 r. w sprawie ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich złożonego przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca (wersja przekształcona)
SOC	strzeżony ośrodek dla cudzoziemców
SA	Sąd Apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur	UN Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

SPT	The Subcommittee on Prevention of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Podkomitet ds. Zapobiegania Torturom oraz innemu okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu)
SRHRM	Special Rapporteur on the human rights of migrants (Specjalny Sprawozdawca ds. Praw Człowieka Migrantów)
Stat.	United States Statutes at Large
TK	Trybunał Konstytucyjny
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286 Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero	(Dekret ustawodawczy z dnia 25 lipca 1998 r., n. 286 Tekst jednolity przepisów dotyczących dyscypliny imigracyjnej oraz zasad dotyczących sytuacji cudzoziemców)
u.c.	Ustawa z 12.12.2013 r. o cudzoziemcach
UE	Unia Europejska
UKHL	United Kingdom House of Lords judgment
UKSC	United Kingdom Supreme Court judgment
UNTS	United Nations Treaty Series
U.S.	United States Reports
UNHCR	United Nations High Commisioner for Refugees (Wysoki komisarz Narodów Zjednoczonych do spraw uchodźców)
u.u.c.o.	Ustawa z 13.06.2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej
WGAD	Working Group on Arbitrary Detention (Grupa Robocza ds. Arbitralnych Uwięzień)
WLR	Weekly Law Reports
Wytyczne UNHCR – Wytyczne dot. zastosowalnych kryteriów i standardów dot. detencji osób poszukujących ochrony międzynarodowej z 2012 r.	
ZEKS	Zrewidowana Karta Socjalna
ZO NZ	Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych
ZP RE	Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy

WSTĘP

Przedmiotem niniejszej monografii jest pozbawienie wolności stosowane w związku z wykonywaniem przez państwo prawa do kontroli nad ruchem osobowym, w skrócie nazywane detencją cudzoziemców. Rozumieć przez to należy te wszystkie sytuacje, kiedy państwo pozbawia wolności jednostkę w kontekście takich procedur jak zapobieżenie nielegalnemu wjazdowi, wydalenie, udzielenie ochrony międzynarodowej czy też przekazanie innemu państwu w celu rozpoznania wniosku o azyl. W sposób zamierzony tytuł monografii odnosi się do cudzoziemców, ponieważ najpełniej odzwierciedla fakt, że detencja tego typu jest stosowana lub może mieć zastosowanie do wszystkich osób, które nie mają obywatelstwa danego państwa. Jest to jeden z wyjątków od prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, odnoszący się do sytuacji wielu tysięcy osób rocznie w samej tylko Europie, choć podkreślić należy, że precyzyjne dane liczbowe są niedostępne, a przyczyny tego stanu rzeczy zostaną w tej monografii wyjaśnione.

Główną tezą tej rozprawy jest stwierdzenie, że stosowanie detencji cudzoziemców jest przykładem głębokiego rozdźwięku pomiędzy treścią przepisów prawa międzynarodowego i krajowego a praktyką. Prawo międzynarodowe praw człowieka zawsze nakazuje pytać nie tylko o to, czy prawa jednostki są zawarte w przepisach, ale także o skuteczność ich ochrony. Stąd też cała konstrukcja tych rozważań opiera się na poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie, jaki jest standard prawnomiędzynarodowy ochrony praw jednostki i jak on się ma do stosowania detencji w państwach europejskich. W sposób świadomy autorka operuje tutaj pojęciem standardu międzynarodowego, które obejmuje nie tylko same normy prawne, ale także ich wykładnię przeprowadzaną przez liczne organy ochrony praw człowieka, a przyjmowaną jako wzór do osiągnięcia.

Przedmiotem badań w tej monografii stały się przepisy Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej jako EKPC lub Europejska Konwencja Praw Człowieka)[1] – zwłaszcza jej art. 5 – oraz ich interpretacja

[1] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie, zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, 4.11.1950, (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm).

w rozległym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Z tą płaszczyzną rozważań została zestawiona druga, czyli prawo i polityka migracyjna wybranych Państw-Stron EKPC.

Ponadto celem tej książki było wykazanie złożoności detencji cudzoziemców jako instrumentu prawnego, a można powiedzieć więcej: analiza jego natury oraz zdefiniowanie sposobu jego oddziaływania na cudzoziemców. W ocenie autorki pozwala to przyjąć perspektywę oceny prawnej stosowania detencji, która jest szersza niż stwierdzenie, że w danym jednostkowym przypadku doszło do bezprawnego lub arbitralnego pozbawienia wolności. Mianowicie trudno nie dostrzegać, iż detencja cudzoziemców jest ściśle powiązana z głębokim kryzysem przestrzegania praw cudzoziemców, instrumentalizacją prawa międzynarodowego oraz wprowadzaniem stanów nadzwyczajnych w związku z masową migracją.

Główny nurt niniejszych rozważań biegnie wokół standardu prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, natomiast wydaje się wręcz konieczne dostrzeżenie, że organy ochrony praw człowieka w związku z detencją cudzoziemców równocześnie analizują zarzuty, iż doszło do naruszenia zakazu tortur, poniżającego lub nieludzkiego karania lub traktowania, oraz prawa do prywatności i poszanowania życia rodzinnego. Równie ważny, choć rzadko podejmowany, pozostaje wieloaspektowy wpływ tego typu pozbawienia wolności na zdrowie cudzoziemców.

Chociaż pozbawienie wolności w kontekście kontroli nad ruchem osobowym na terytorium państwa potencjalnie ma zastosowanie w stosunku do każdego cudzoziemca, to jednak są grupy, które doświadczają go najczęściej. Wymienić tu trzeba osoby poszukujące ochrony międzynarodowej, uchodźców oraz cudzoziemców, którzy nie mają prawa wjazdu lub pobytu na terytorium danego państwa – na potrzeby niniejszej monografii nazywani cudzoziemcami w sytuacji nieregularnej lub migrantami w sytuacji nieregularnej.

ŹRÓDŁA I LITERATURA

W niniejszej monografii problem detencji cudzoziemców jest omawiany przede wszystkim z perspektywy zobowiązań prawnomiędzynarodowych państw europejskich z zakresu praw człowieka. Fundamentalne znaczenie ma tutaj Europejska Konwencja Praw Człowieka, niemniej jednak świadomym zabiegiem autorki jest sięganie po standardy uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka oraz międzynarodowego prawa uchodźczego.

W monografii zawarto liczne odniesienia do przepisów prawa UE. Wynika to przede wszystkim z faktu, że polityki dotyczące kontroli granicznych, azylu

i imigracji, o których mowa w art. 77–80 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[2], są obszarem kompetencji dzielonych pomiędzy UE a jej państwa członkowskie. W konsekwencji rozwiązania prawne w zakresie detencji, które przyjęto w aktach prawa wtórnego UE, mają bezpośredni wpływ na prawo i praktykę krajową. Dotyczy to detencji stosowanej w procedurach zobowiązania do powrotu, w ramach procedur udzielania ochrony międzynarodowej oraz w związku z przekazaniem osoby ubiegającej się o ochronę międzynarodową w ramach procedury Dublin III. Należy jednak podkreślić, iż prawo Unii Europejskiej pozostanie poza głównym nurtem rozważań. Uzasadnieniem jest tu po pierwsze znacznie szerszy w porównaniu z UE krąg Państw-Stron EKPC, z czego przynajmniej kilka z nich stosuje detencję na szeroką skalę. Po drugie pomimo deklarowanej zbieżności obu tych porządków prawnych w zakresie ochrony praw człowieka, gdy przychodzi do interpretacji zobowiązań, zarówno Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jak i Trybunał Strasburski kierują się logiką własnego systemu normatywnego.

Literatura przedmiotu jest z jednej strony bardzo bogata, zwłaszcza jeśli chodzi o piśmiennictwo poświęcone detencji cudzoziemców w poszczególnych państwach. Z drugiej strony wśród monografii dotyczących wyłącznie detencji, a stricte odnoszących się do prawa międzynarodowego praw człowieka, trzeba wymienić wydaną 14 lat temu pracę Galiny Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty* (2010). Jest to dzieło fundamentalne, jednak jego aktualność wobec dynamiki rozwoju orzecznictwa, jak również procesów, które zaszły w państwach europejskich po 2015 r., jest ograniczona. Poza tym przedmiot wspomnianej książki był skoncentrowany głównie na orzecznictwie ETPC i szczególnym związku pomiędzy detencją a terytorialnie ukształtowaną koncepcją suwerenności.

Ponadto przed kilku laty ukazała się wieloautorska praca M. Flynna, M. Grange, I. Majcher *Immigration detention in the European Union: In the shadow of crisis* (Springer 2020), w której przedstawiono detencję cudzoziemców z podziałem na poszczególne regiony Europy. W tej monografii autorka proponuje podejście odmienne, oparte na analizie praktyki państw w ujęciu problemowym z punktu widzenia poszczególnych praw jednostki. Założeniem autorki tych rozważań było przedstawienie określonego modelu prawnego, charakterystycznego dla detencji cudzoziemców i wykazanie, które elementy regulacji prawnych państw można uznać za wspólne, powszechne i właściwe dla tej instytucji prawnej w jej współczesnym kształcie. Z tego powodu ważkim

[2] Traktat o funkcjonowaniu UE (wersja skonsolidowana), 25.03.1957 (Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 1).

zagadnieniem było również wskazanie na to, co jest regułą, a co pewnym odstępstwem charakterystycznym dla jednego lub kilku państw. W polskiej literaturze naukowej problem ten został zbadany częściowo, głównie w odniesieniu do prawa i praktyki krajowej.

METODY BADAŃ

Niniejsza monografia jest pomyślana jako szczegółowe studium prawnomiędzynarodowych standardów praw jednostki odnoszących się do detencji cudzoziemców, przeprowadzone w kontekście polityki migracyjnej państw europejskich. W związku z tym zastosowano metodę formalno – dogmatyczną, związaną z analizą przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – zwłaszcza jej art. 5 – oraz ich wykładnią w strasburskim *case law*. W rozważaniach uwzględnione zostały także przepisy traktatów uniwersalnej ochrony praw człowieka, takich jak Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych[3] (dalej jako MPPOiP) czy Konwencja o Prawach Dziecka[4] (dalej jako KPD). W monografii zasadne było również operowanie odniesieniami do międzynarodowego prawa uchodźczego a także regulacji prawa UE. Równocześnie przeprowadzono analizę przepisów prawa wybranych Państw-Stron EKPC.

W ramach przeprowadzonych rozważań użyta została również metoda historyczno-prawna. Zastosowanie detencji na szeroką skalę jest pewnym fenomenem końca wieku XX, któremu wcześniej nie poświęcono zbyt wielu opracowań doktrynalnych. Stąd też postronny obserwator mógłby wręcz odnieść wrażenie, że ośrodki detencyjne dla cudzoziemców pojawiły się pod koniec lat osiemdziesiątych XX w. niejako znikąd, a ich protoplastów poszukiwać można li tylko w obozach dla uchodźców z czasów obu wojen światowych. Historyczne rozważania służyły zatem przede wszystkim wykazaniu, iż detencja jako instytucja prawna pojawiła się niemal równolegle do kontroli granic państwowych. Stanowi ona dla niej narzędzie niezbędne, a skala jej zastosowania tego typu pozbawienia wolności rośnie razem ze wzrostem skali przepływów migracyjnych do danego państwa.

Trzecią metodą wykorzystaną w monografii jest metoda prawno-porównawcza zastosowana w badaniach nad prawem i praktyką wybranych państw europejskich. Możliwe są przynajmniej dwa podejścia do tej materii. Mianowicie można

[3] Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, 16.12.1966 (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

[4] Konwencja o prawach dziecka, 20.11.1989 (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526).

przyjąć za właściwe przedstawienie detencji cudzoziemców z perspektywy każdego badanego państwa z osobna. Możliwe jest również przyjęcie układu problemowego, a więc przeprowadzenie porównania jak poszczególne elementy tej formy pozbawienia wolności są uregulowane i jaka jest w tym zakresie praktyka badanych państw. W tym przypadku właściwsze wydało się przyjęcie metody drugiej. Badaniu poddano porządki prawne państw mierzących się z różnymi problemami związanymi z migracją, a także odmienną jej charakterystyką. W konsekwencji przyjęto za zasadne operowanie odniesieniami do prawa i praktyki następujących siedmiu państw: Bułgarii, Francji, Niemiec, Hiszpanii, Królestwa Niderlandów, Polski oraz Szwecji. W wybranej grupie znalazły się państwa tranzytowe, państwa od lat zmagające się z dużymi napływami migracyjnymi, jak i takie, które dopiero od niedawna określają swoją sytuację w związku z migracją jako kryzysową. Przyjęcie tego minimum nie oznacza, że prawo i praktyka pozostałych państw nie zostały uwzględnione. W opracowaniu znalazły się także między innymi odniesienia do unormowań belgijskich, brytyjskich, fińskich, litewskich, węgierskich oraz włoskich. Nawiązania te mają głównie charakter komentarza poszerzającego perspektywę oceny omawianych rozwiązań normatywnych.

STRUKTURA PRACY

Książka jest podzielona na pięć rozdziałów, poprzedzonych wstępem i zakończona krótkim podsumowaniem. W rozdziale pierwszym zostały przedstawione przedmiotowe i podmiotowe ramy badań oraz terminologia używana w monografii. Rozdział ten miał na celu wyjaśnienie w sposób ogólny na czym polega detencja cudzoziemców, przedstawienie jej cech charakterystycznych jako instytucji prawnej, wskazanie na jej genezę oraz ewolucję stosowania. Wskazano także na charakterystykę polityki migracyjnej państw europejskich, w zakresie tych elementów, które mają wpływ na stosowanie detencji cudzoziemców. W sposób syntetyczny omówione zostały źródła prawa, przyjęte jako podstawa normatywna rozważań.

Rozdział II odnosi się do kontekstu i czynników, które wpływają na to, jak detencja cudzoziemców jest unormowana oraz stosowana zarówno na poziomie międzynarodowym, jak i krajowym. W pierwszej kolejności zatem chodziło o wykazanie złożoności i wielości instrumentów prawnych, za pomocą których dzisiaj państwa kontrolują wjazd i pobyt cudzoziemców na swoim terytorium. Oprócz tego wskazano na prawne mechanizmy przenoszenia kontroli migracyjnej na terytorium innych państw oraz na podmioty prywatne, co ma bezpośredni wpływ na ekstraterytorialne stosowanie detencji oraz jej prywatyzację.

Następnie wskazano na wielopłaszczyznowe związki pomiędzy detencją a procesem sekurytyzacji oraz kryminalizacji migracji.

Rozdział III został poświęcony dogłębnemu badaniu standardów prawa międzynarodowego praw człowieka w zakresie dopuszczalności stosowania detencji cudzoziemców jako elementu prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego oraz gwarancji proceduralnych. Ze względu na znaczenie warunków detencji jako kryterium jej ewentualnej arbitralności ta część monografii dotyczy również standardów traktowania cudzoziemców w trakcie pozbawienia wolności.

Rozdział IV dotyczy w całości detencji cudzoziemców w prawie i praktyce państw europejskich. Problem ten został przedstawiony w taki sposób, aby wykazać, że obecnie można pisać o pewnym modelu prawnym, charakterystycznym dla uregulowania detencji w Europie. Opisane zostały podstawy prawne detencji w prawie krajowym, najczęściej występujące przesłanki jej zastosowania, jak również takie kwestie jak organy odpowiedzialne za orzekanie o detencji, infrastruktura wykorzystywana do detencji cudzoziemców i warunki pozbawienia wolności.

Ostatni rozdział jest poświęcony badaniu tego, co wynika z zestawienia standardów międzynarodowych z praktyką badanych państw. Najistotniejsza była tutaj analiza, jak należałoby spojrzeć na detencję cudzoziemców, jeśli jest ona stosowana w sposób bezprawny lub arbitralny na zasadzie systemowej, stanowiąc element polityki migracyjnej danego państwa. Wykazano, iż w takiej sytuacji detencja staje się instrumentem równoważnym sankcji karnej, wpisuje się w politykę wykluczenia, dyskryminacji i odmowy sprawiedliwości wobec cudzoziemców. Ponadto niezbędne w ocenie autorki było opisanie wpływu detencji cudzoziemców na korzystanie z innych niż prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego praw człowieka, co w sposób szczególny obejmuje zakaz poniżającego lub nieludzkiego karania lub traktowania oraz prawo do poszanowania życia prywatnego lub rodzinnego. W sposób zamierzony ostatnim zagadnieniem poruszonym w monografii jest problem oceny detencji cudzoziemców z punktu widzenia fundamentalnej dla porządku prawnomiędzynarodowego zasady dobrej wiary.

ROZDZIAŁ I.
ZAGADNIENIA PODSTAWOWE

1. PODMIOTOWE I PRZEDMIOTOWE RAMY BADAŃ

1.1. POJĘCIE DETENCJI CUDZOZIEMCÓW I JEGO ZAKRES

Przedmiotem niniejszej monografii jest pozbawienie wolności cudzoziemców stosowane w związku z wykonywaniem przez państwo prawa do kontroli nad ruchem osobowym. W prawie międzynarodowym praw człowieka odnaleźć można tylko dwa traktaty, które expressis verbis odnoszą się do tej instytucji prawnej – są to: Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz Konwencja o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących oraz członków ich rodzin (dalej jako Konwencja o ochronie pracowników migrujących)[1]. W art. 5 ust. 1 lit. f EKPC mowa jest o pozbawieniu wolności osoby w celu zapobieżenia jej nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa, jak również o pozbawieniu wolności w celu przeprowadzenia deportacji oraz ekstradycji. Z kolei art. 17 ust. 3 Konwencji o ochronie pracowników migrujących dotyczy *pozbawienia wolności w kraju tranzytu lub w kraju zatrudnienia z powodu naruszenia przepisów dotyczących migracji*. W pozostałych umowach międzynarodowych z zakresu praw człowieka detencja cudzoziemców wpisuje się w zakres przedmiotowy ogólnych gwarancji prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego.

Organy międzynarodowej ochrony praw człowieka posługują się w tym kontekście wyrażeniem detencja migrantów (*detention of migrants*)[2], „detencja migracyjna" (*immigration detention*)[3] – które są dość powszechnie przyjmowane

---

[1] Konwencja została przyjęta 18.12.1990 r. Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego, A/RES/45/158, UNTS 2220, s. 3; Rzeczpospolita Polska nie jest stroną tego traktatu.

[2] Por. m.in. Special Rapporteur on the human rights of migrants (dalej jako SRHRM), Banking on mobility over a generation: follow-up to the regional study on the management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, A/HRC/29/36, 8.05.2015.

[3] Por. Komitet Praw Człowieka (dalej jako KPC) decyzja w sprawie *F.J. i inni v. Australia*, Communication Nr 2233/2013, CCPR/C/116/D/2233/2013, 2.05.2016, § 10.4; Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka, Human Rights of Migrants, Refugees, Stateless Persons, Victims

w anglojęzycznej literaturze naukowej[4] – a także sformułowaniem *detention or arrest based on his or her migratory status*[5].

Detencja jest także instytucją występującą w międzynarodowym prawie uchodźczym. W Konwencji dot. statusu uchodźców (dalej jako KSU)[6] określa się ją jako „środki wyjątkowe" (art. 8 KSU), „środki tymczasowe" (art. 9 KSU); w przypadku uchodźców przebywających nielegalnie w państwie przyjmującym używa się określenia: „ograniczenia w poruszaniu się" (art. 31 ust. 2 KSU). Natomiast wieloletnią praktyką UNHCR jest posługiwanie się sformułowaniem „detencja uchodźców i osób poszukujących ochrony międzynarodowej (*detention of refugees and asylum seekers*) lub też detencja osób poszukujących ochrony międzynarodowej (*detention of asylum seekers*)"[7].

Na tym tle trzeba zwrócić uwagę na terminologię prawa Unii Europejskiej. W dyrektywie 2013/33/UE[8], która ma zastosowanie do procedur udzielania ochrony międzynarodowej użyto pojęcia „zatrzymanie", natomiast w art. 16 dyrektywy 2008/115/WE dotyczącej procedur powrotowych prawodawca posłużył się sformułowaniem „środek detencyjny"[9]. Pierwsze z tych pojęć ma definicję legalną i obejmuje „umieszczenie osoby ubiegającej się o ochronę międzynarodową przez państwo członkowskie w określonym miejscu, w którym osoba ta jest pozbawiona swobody przemieszczania się" (art. 2 lit. h dyrektywy

---

of Human Trafficking and Internally Displaced Persons: Norms and Standards of the Inter-American Human Rights System, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 46/15, 31. 12.2015, s. 179–195.

[4] Por. M. Bosworth, *Inside Immigration Detention*, Oxford 2014; A. Nethery, S.J. Silverman, *Understanding of Immigration Detention and its Human Impact*, [w:] A. Nethery, S.J. Silverman (red.), *Immigration Detention: The Migration of a Policy and its Human Impact*, London 2015, s. 1–13; M. Flynn, M. Flynn (red.), *Challenging Immigration Detention: Academics, Activists and Policy Makers*, Cheltenham–Northampton 2017; M. João Guia, R. Koulish, V. Mitsilegas (red.), *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime*, Cham 2016; A.T. Gallagher, F. David, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge 2014, s. 599.

[5] Por. *Velez Loor v. Panama*, wyrok MTPC z 23.11.2010 r., § 107.

[6] Konwencja dot. statusu uchodźców, 28.07.1951 (Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515) oraz Protokół dot. statusu uchodźców sporządzony w Nowym Jorku, 31.01.1967 (Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 517 i 518).

[7] Por. Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Detention of Refugees and Asylum-Seekers No. 44 (XXXVII) – 1986, 13.10.1986, Nr 44 (XXXVII) (dalej jako Conclusions nr 44).

[8] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2013/33/UE z dnia 26.06.2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE L 180 z 29.06.2013 r., s. 96).

[9] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/115/WE z dnia 16.12.2008 r. *w sprawie* wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (dalej jako dyrektywa 2008/115/WE lub dyrektywa powrotowa) (Dz. Urz. UE L 348 z 24.12.2008 r., s. 98).

2013/33/UE). TSUE w swym orzecznictwie interpretuje ten przepis w taki sposób, iż zdefiniowane w ten sposób zatrzymanie nie sprowadza się tylko do ograniczenia wolności, ale też oznacza jej pozbawienie, które charakteryzuje się odizolowaniem danej osoby od reszty społeczeństwa[10], co jest uzasadnione brzmieniem tekstu dyrektywy i jego genezą[11] Jednocześnie też TSUE ustalił, że pojęcie środka detencyjnego, o którym mowa w art. 16 dyrektywy 2008/115/WE ma identyczne znaczenie i ten sam charakter co zatrzymanie w myśl przepisów art. 2 lit h dyrektywy 2013/33/UE, obejmując w istocie jedną i tę samą sytuację faktyczną[12].

W prawie polskim pojęcie „detencja" czy „środek detencyjny" mają swój odpowiednik w trzech instytucjach prawnych: zatrzymaniu, umieszczeniu w ośrodku strzeżonym oraz areszcie dla cudzoziemców, które są uregulowane w ustawie o cudzoziemcach oraz ustawie o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP[13]. Trzeba na tym tle zauważyć, że pojęcie „zatrzymania" w obu ustawach jest rozumiane wąsko i odnosi się tylko do pierwszej fazy pozbawienia wolności cudzoziemca[14]. Natomiast w prawie UE ma ono znacznie szerszy zakres i w dyrektywie 2013/33/UE obejmuje wszystkie formy pozbawienia wolności, które mają zastosowanie w postępowaniu o udzielenie ochrony międzynarodowej. Biorąc pod uwagę wcześniejsze ustalenia, zasadne jest stwierdzenie, że zatrzymanie w rozumieniu dyrektywy 2013/33/UE odnosi się do wszystkich form pozbawienia wolności, uregulowanych w ustawie o cudzoziemcach oraz ustawie o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP[15].

---

[10] Por. wyrok TSUE z 14.05.2020 r. *FMS i inni v. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság and Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság* (dalej jako *FMS i inni*), sprawy połączone C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, pkt 217.

[11] Por. Uzasadnienie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającej minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl, COM(2008) 815 wersja ostateczna, Bruksela, 3.12.2008, KOM(2008) 815 wersja ostateczna 2008/0244 (COD), tytuł 3 pkt 4.

[12] TSUE argumentował, że żaden element nie pozwala uznać, iż prawodawca Unii zamierzał nadać pojęciu środka detencyjnego w kontekście dyrektywy 2008/115/WE znaczenia odmiennego w stosunku do zatrzymania w kontekście dyrektywy 2013/33/UE – por. wyrok w sprawie *FMS i inni*, pkt 224.

[13] Por. przepisy działu IX ustawy z dnia 12.12.2013 r o cudzoziemcach (Dz.U. z 2024 r., poz. 769, 1222) (dalej jako u.c.) oraz działu II rozdział VI ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP (Dz.U. z 2024 r., poz. 854) (dalej jako u.u.c.o.).

[14] Por. art. 394 u.c., zgodnie z którym zatrzymanie nie może trwać dłużej niż 48 godzin. Dalsze pozbawienie wolności wymaga postanowienia sądu o umieszczeniu cudzoziemca w ośrodku strzeżonym lub areszcie dla cudzoziemców na wniosek Straży Granicznej.

[15] Por. także T. Sieniow, *Stosowanie alternatyw do detencji cudzoziemców w Polsce. Raport z monitoringu*, Instytut na rzecz Państwa Prawa, Lublin 2016, s. 15–16; J. Markiewicz-Stanny, *Wolność i bezpieczeństwo osobiste osób ubiegających się o ochronę międzynarodową – refleksje na*

Na potrzeby niniejszej monografii szerokie spektrum środków polegających na zastosowaniu pozbawienia wolności w kontekście kontroli nad ruchem osobowym będzie określane jako „detencja cudzoziemców". Jest to pojęcie języka prawniczego, którego dość powszechnie używa się w polskiej doktrynie[16] i niewątpliwie ma ono kilka istotnych zalet. Po pierwsze jest ono uniwersalne i na tyle szerokie, że odnosi się do wszystkich osób, które doświadczają tego typu pozbawienia wolności w praktyce. Studium rozmaitych stanów faktycznych daje asumpt do tego, by twierdzić, że detencja ma potencjalnie zastosowanie do każdego cudzoziemca bez względu na motywy migracji czy rodzaj przepływu osób. Nie jest to instrument stosowany wyłącznie wobec cudzoziemców w sytuacji nieregularnej czy też w przypadku państw UE ograniczony do obywateli państw trzecich. Aczkolwiek w porównaniu ze zobowiązaniem do powrotu obywateli państw trzecich liczba przypadków, kiedy to obywatel jednego z państw UE podlega wydaleniu z innego państwa członkowskiego jest niewielka, to jednak trzeba je brać pod uwagę[17].

Po drugie pojęcie detencji cudzoziemców obejmuje zarówno osoby poszukujące ochrony międzynarodowej, jak i podlegające wydaleniu. Przesłanki zastosowania pozbawienia wolności są w przypadku każdej z tych grup zróżnicowane, co zostanie dokładnie jeszcze objaśnione. Niemniej jednak już w tym miejscu trzeba napisać, że korzystanie z gwarancji międzynarodowego prawa uchodźczego staje się coraz bardziej problematyczne ze względu na mieszane przepływy

tle Dyrektywy Nr 2013/33, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego" 2015, t. 13, s. 63–64.

[16] Zob. A. Liszewska, *Zatrzymanie cudzoziemca oraz strzeżone ośrodki i areszty dla cudzoziemców*, [w:] J. Chlebny (red.), *Prawo o cudzoziemcach. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 759; T. Sieniow, *Stosowanie alternatyw…*, op. cit.; P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny, W. Chróścielewski, P. Dańczak, P. Dąbrowski, R. Rogala, *Ustawa o cudzoziemcach. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 840; W. Klaus, *Cudzoziemcy niemile widziani. Detencja cudzoziemców jako przykład kryminalizacji migracji*, [w:] D. Pudzianowska (red.), *Status cudzoziemca w Polsce wobec współczesnych wyzwań międzynarodowych*, Warszawa 2016, s. 170–191; J. Białas, *Detencja cudzoziemców a standard EKPC*, [w:] D. Pudzianowska (red.), *Status cudzoziemca w Polsce wobec współczesnych wyzwań międzynarodowych*, Warszawa 2016, s. 191–207.

[17] Przesłanki wydalenia obywateli państw UE określa ustawa z dnia 14.07.2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej oraz członków ich rodzin (Dz.U. z 2024 r., poz. 633) oraz Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29.04.2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG (Dz. Urz. UE L 158 z 30.04.2004 r., s. 77).

migracyjne[18] oraz praktyczne przeszkody w dostępie do ochrony międzynarodowej[19]. Inną ważną kwestią jest dynamika zmian statusu prawnego cudzoziemców[20] – ta sama osoba wczoraj pozbawiona wolności jako „migrant nieregularny" w związku z nielegalnym wkroczeniem na terytorium, dziś składa wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej, stając się z punktu widzenia prawa *asylum seeker*[21]. Oczywiście dzieje się też odwrotnie. W sytuacji odmowy udzielenia ochrony międzynarodowej cudzoziemcy stają się z dnia na dzień osobami, które podlegają wydaleniu[22].

Wreszcie pojęcie „detencja cudzoziemców" pozwala w sposób zbiorczy odnosić się do trzech form pozbawienia wolności przewidzianych w prawie polskim, a także rozbudowanego katalogu oraz nazewnictwa środków detencyjnych w innych państw europejskich, o czym będzie jeszcze szerzej mowa. Pewną wadą tego określenia jest brak bezpośredniego nawiązania do kontroli nad wjazdem i pobytem cudzoziemców na terytorium państwa, które jest widoczne w przypadku terminu „detencja imigracyjna". Niemniej jednak ten ostatni zwrot w języku polskim mógłby sugerować ograniczenie jego zakresu do procedur związanych z wydaleniem i wyłączenia kontekstu uchodźczego, co w sposób szczególny nie ma uzasadnienia w Polsce, gdzie dokładnie w tych

---

[18] Por. A. Desmond, *From Migration Crisis to Migrants Rights Crisis: The Centrality of Sovereignty in the EU Approach to the Protection of Migrants Rights*, „Leiden Journal of International Law" 2023, t. 36, nr 2, s. 315.

[19] Zob. szerzej uwagi T. Gammeltoft-Hanssena, *Access to Asylum: International Refugee Law and Globalization of Migration Control*, Cambridge 2011, s. 202–230; stan faktyczny w sprawie *M.A. i inni v. Litwa*, skarga nr 59793/17, wyrok ETPC z 11.12.2018 r.; także m.in. *M.K. i inni v. Polska*, skarga nr 40503/17, wyrok ETPC z 8.07.2021 r., § 210; *D.A. i inni v. Polska*, skarga nr 51246/17, wyrok ETPC z 8.07.2021 r.; Naczelny Sąd Administracyjny, m.in. wyroki o sygn. akt: II OSK 345/18, II OSK 829/18, II OSK 830/18, II OSK 890/18, II OSK 962/18, II OSK 1025/18, II OSK 1062/18, II OSK 1532/18, II OSK 1627/18, II OSK 1674/18, II OSK 1675/18, II OSK 1713/18, II OSK1965/18, II OSK 2003/18, II OSK 2109/18, II OSK 2766/17.

[20] Por. na ten temat m.in. K. Koser, *Dimensions and Dynamics of Irregular Migrations*, „Population, Space and Place" 2010, t. 16, nr 3, s. 183.

[21] Por. np. art. 24 ust. 2 u.u.c.o., w którym stanowi się o właściwości organów SG, jeśli cudzoziemiec składający wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej przebywa w SOC. Rzecznik Praw Obywatelskich sygnalizował, że zaistniały przypadki wprowadzania cudzoziemców w błąd przez Straż Graniczną, iż wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej może być złożony dopiero w ośrodku detencyjnym – por. RPO, Pismo do Szefa Urzędu ds. Cudzoziemców, XI. 543.242.2022. MKR, 22.08.2022 r., s. 2, https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/2022-08/Do_UdsC_ochrona_miedzynarodowa_wnioski_2.08.2022.pdf [dostęp: 18.12.2023].

[22] Na to w polskiej doktrynie zwraca się uwagę, że ustawa o cudzoziemcach i ustawa o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP mają w związku z tym naprzemienne zastosowanie – por. P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny, W. Chróścielewski, P. Dańczak, P. Dąbrowski, R. Rogala (red.), *Ustawa o cudzoziemcach. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 841.

samych ośrodkach strzeżonych przebywają osoby poszukujące ochrony międzynarodowej oraz cudzoziemcy podlegający procedurze powrotu[23].

1.2. CHARAKTER PRAWNY DETENCJI CUDZOZIEMCÓW

1.2.1. ELEMENTY ADMINISTRACYJNOPRAWNE

Detencja cudzoziemców najczęściej jest utożsamiana z pozbawieniem wolności na podstawie prawa administracyjnego dla zabezpieczenia realizacji celów związanych z decyzjami dotyczącymi wjazdu i pobytu cudzoziemców na terytorium państwa[24] lub też z powodów powiązanych z polityką migracyjną oraz azylową[25]. Jak to stanowi art. 5 ust. 1 lit. f EKPC chodzi o pozbawienie wolności stosowane w celu zapobieżenia nielegalnemu wjazdowi lub w celu przeprowadzenia deportacji. Funkcja detencji jako instrumentu umożliwiającego przeprowadzenie określonych procedur jest doskonale widoczna także w prawie UE. W art. 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE zastosowanie środka detencyjnego jest dopuszczalne tylko „w celu przygotowania powrotu lub przeprowadzenia procesu wydalenia". W konsekwencji regulacje państw UE wprowadzające kary pozbawienia wolności z związku z nielegalnym wjazdem lub pobytem obywateli państw trzecich są traktowane jako podważające skuteczność tych przepisów[26].

Niewątpliwie detencja cudzoziemców wpisuje się w katalog administracyjnych form pozbawienia wolności, który obejmuje między innymi: pozbawienie wolności ze względu na bezpieczeństwo państwa[27], administracyjne pozbawienie wolności w kontekście ekstradycji, pozbawienie wolności stosowane w formie środka dyscyplinarnego[28], pozbawienie wolności ze względu na zdrowie publiczne[29]. Sytuacje te są objęte literami d–f art. 5 ust. 1 EKPC

---

[23] Por. J. Markiewicz-Stanny, *Wolność i bezpieczeństwo osobiste…*, op. cit., s. 63–64.

[24] Por. S.J. Silverman, E. Massa, *Why Immigration Detention is Unique*, „Population, Space and Place" 2012, t. 18, nr 6, s. 679.

[25] Por. G. Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden–Boston 2010, s. 4–5.

[26] Wyrok TSUE z 28.04.2011 r. w sprawie *Hassen el Dridi alias Karim Soufi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, pkt 62; wyrok TSUE z 6.12.2011 r. w sprawie *Alexandre Achughbabian v. Préfet du Val-de-Marne*, C-329/11, ECLI:EU:2011:807.

[27] Por. KPC, *General Comment No. 35, Article 9 (Liberty and security of person)*, 16.12.2014, CCPR/C/GC/35, § 15.

[28] Na przykład w przypadku wojska, policji lub innych służb odpowiedzialnych za bezpieczeństwo państwa.

[29] Por. ZO ONZ, Rezolucja 46/119, Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care, A/RES/46/119, 17.12.1991, principles 16, 17, 18 i 20; por. także ZO ONZ, Rezolucja 2856 (XXVI), Declaration on the Rights of Mentally

z wyjątkiem detencji w kontekście bezpieczeństwa państwa, która nie znajduje uzasadnienia w żadnym z konwencyjnych przepisów.

Istotne jest ustalenie, co odróżnia administracyjne pozbawienie wolności od detencji natury karnej. Zdarzają się poglądy, iż pozbawienie wolności ma charakter administracyjny, jeżeli *de iure* lub *de facto* zostało zarządzone przez władzę wykonawczą, a decyzja o jego przeprowadzeniu spoczywa wyłącznie na organach administracyjnych, nawet jeżeli istnieje możliwość zaskarżenia takiej decyzji do sądu[30]. Wydaje się, że samo przyporządkowanie kompetencji do stosowania detencji nie jest wystarczającym kryterium, ponieważ w praktyce państw zdarza się, iż jest ona powierzona właściwości sądów karnych, tak jak to się dzieje w prawie polskim[31]. Mając to na uwadze, prostsze a pełniejsze w ujęciu jest stwierdzenie, iż chodzi o taki typ pozbawienia wolności, który nie jest powiązany z postawieniem zarzutów karnych i nie jest związany z realizacją funkcji procesu karnego[32]. Grupa Robocza ds. Arbitralnych Uwięzień (dalej jako WGAD) wskazuje, że przez detencję administracyjną należy rozumieć aresztowanie i przetrzymywanie osób przez władze państwowe poza kontekstem prawa karnego, na przykład ze względów bezpieczeństwa, w tym terroryzmu, jako formę zatrzymania zapobiegawczego, a także w celu powstrzymania nieregularnych migrantów[33]. Podobnie jest zresztą w międzynarodowym prawie humanitarnym: internowanie lub detencja administracyjna są definiowane jako pozbawienie wolności jednostki, które zostało zainicjowane lub zarządzone przez władzę wykonawczą – nie zaś sądowniczą – bez postawienia zarzutów karnych internowanemu[34].

Przeniesienie powyższego na grunt omawianej instytucji oznacza nie tylko, że detencja ma służyć zabezpieczeniu obecności cudzoziemca na potrzeby postępowań administracyjnych, ale także jej funkcją nie jest zabezpieczenie w związku

---

Retarded Persons, A/RES/2856 (XXVI), 20.12.1971, https://www.refworld.org/legal/resolution/unga/1971/en/6184 [dostęp: 01.07.2024], art. 4, art. 7.

[30] Por. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Report on the practice of administrative detention, E/CN. 4/Sub. 2/1989/27, 6.07.1989, § 17.

[31] Por. art. 401 ust. 2 u.c. oraz art. 89 ust. 2 u.u.c.o.

[32] Szersze porównanie detencji prawnokarnej z administracyjną zob. S. Greer, *Preventive Detention*…, op. cit., s. 24–25.

[33] Por. WGAD, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/13/30, 18.01.2010, § 77.

[34] Por. Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann, *Commentary on the Protocol Additional to Geneva Conventions of 12 August 1949 relating to Protection of Victims of International Armed conflicts (Protocol I)*, Art. 75 (3), [w:] C. Pilloud, Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva 1987, § 3063; zob. J. Pejic, *Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, „International Review of the Red Cross" 2005, t. 87, nr 858, s. 375–376.

z popełnionym czynem zabronionym[35]. Niejako w konsekwencji fundamentalny charakter ma założenie, że detencja cudzoziemców nie może mieć charakteru punitywnego[36]. W słowniku publikowanym przez Komisję Europejską detencję/zatrzymanie określa się jako

> środek administracyjny, niemający charakteru represyjnego, nałożony przez organ władzy administracyjnej lub sądowej, w celu ograniczenia wolności osoby poprzez jej zamknięcie / aresztowanie, tak aby umożliwić przeprowadzenie innego postępowania[37].

W przypadku traktatów praw człowieka administracyjnoprawny charakter detencji jest widoczny w samej warstwie tekstualnej EKPC. Jest ona uregulowana odrębnie w stosunku do uwięzienia powiązanego z zarzutami natury karnej (art. 5 ust. 1 lit. c EKPC), co łączy się z odmiennymi gwarancjami kontroli sądowej[38]. W przypadku pozbawienia wolności związanego z podejrzeniem popełnienia czynu zagrożonego karą, o którym mowa w art. 5 ust. 1 lit. c EKPC, kontrola sądowa ma podstawy w art. 5 ust. 3 Konwencji[39] i musi być automatyczna[40]. Natomiast w przypadku detencji administracyjnej mającej podstawy w art. 5 ust. 1 lit. f wystarczające jest zapewnienie kontroli na wniosek zgodnie z art. 5 ust. 4 EKPC. Na koniec trzeba zasygnalizować, że administracyjnoprawny charakter omawianego środka skutkuje tym, że warunki pozbawienia wolności cudzoziemców w kontekście migracyjnym powinny się różnić od środków izolacyjnych stosowanych w ramach odpowiedzialności karnej, a cudzoziemcy powinni być oddzieleni od oskarżonych lub skazanych za przestępstwa.

1.2.2. PRAWNOKARNY KONTEKST DETENCJI CUDZOZIEMCÓW

Poczynienie powyższych ustaleń nie zmienia faktu, iż pogłębiają się związki pomiędzy prawem karnym a prawem migracyjnym określane mianem kryminalizacji

---

[35] Zob. szerzej M. Lewicki, *Pojęcie sankcji prawnej w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo" 2002, nr 8, s. 62–75; ponadto omówienie poglądów polskiej doktryny zob. M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008, s. 17–21.

[36] Por. R. Sampson, G. Mitchell, *Global Trends in Immigration Detention and Alternatives Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales*, „Journal on Migration and Human Security" 2013, t. 1, nr 3, s. 99.

[37] Por. *detention*, https://home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/detention_en [dostęp: 20.04.2022].

[38] Ta kwestia zostanie szerzej omówiona w rozdziale III.

[39] Por. *Ciulla v. Włochy*, skarga nr 1152/84, wyrok ETPC z 22.02.1989 r., § 38.

[40] Por. także brzmienie art. 9 ust. 3 MPPOiP.

migracji[41] lub też *crimmigration*[42]. Prawo migracyjne staje się środkiem używanym w celu zapewnienia porządku i bezpieczeństwa publicznego, co zazwyczaj jest domeną regulacji prawnokarnych[43].

Zagadnienie to zostanie jeszcze szczegółowo omówione, ale już na tym etapie należy wskazać, że chodzi tu m.in. o wzrost liczby przepisów dopuszczających stosowanie sankcji karnej pozbawienia wolności za naruszenia przepisów prawa migracyjnego, następnie o umieszczanie osób poddanych procedurom administracyjnym w zakładach karnych, a także naruszanie wskazanej już zasady oddzielania cudzoziemców w detencji administracyjnej od przestępców. Jednocześnie nie sposób pominąć okoliczności, że nawet w przypadku, gdy detencja odbywa się w specjalnych ośrodkach, pozostaje środkiem dolegliwym, w wielu elementach zbliżonym do pozbawienia wolności natury karnej i odbieranym jako kara więzienia przez samych cudzoziemców[44].

W związku z tym w opracowaniach doktrynalnych wskazuje się, iż detencja cudzoziemców nabiera cech charakterystycznych dla środków prewencyjnych w rozumieniu prawa karnego[45]. Wskazane czynniki niewątpliwie mają wpływ na zakres przedmiotowy definicji detencji cudzoziemców w niektórych dokumentach międzynarodowych. W wypracowanych przez UNHCR *Wytycznych dot. zastosowalnych kryteriów i standardów dot. detencji osób poszukujących ochrony międzynarodowej* z 2012 r. (dalej jako Wytyczne UNHCR), detencją jest „pozbawienie wolności lub uwięzienie w zamkniętym miejscu, którego osoba poszukująca ochrony międzynarodowej nie może dobrowolnie opuścić, włączając w to, chociaż nie ograniczając, więzienia lub wybudowane w tym celu

---

[41] Zob. V. Mitsilegas, *The Criminalization of Migration in Europe: Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Cham 2014.

[42] Ten termin jako pierwsza zastosowała Juliet Stumpf w kontekście amerykańskim, zob. Eadem, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, „American University Law Review" 2006, t. 56, nr 2, s. 367–419; następnie pojęcie to recypowali badacze europejscy – por. m.in. M. Van der Woude, J. van der Leun, *Crimmigration Checks in the Internal Border Areas of the EU: Finding the Discretion that Matters*, „European Journal of Criminology" 2017, t. 14, nr 1, s. 27–45; I. Majcher, *Crimmigration in the European Union Through the Lens of Immigration Detention*, Global Detention Project (dalej jako GDP), Working Paper No 6, September 2013; T. Miller, *Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the new Penology*, „Georgetown Immigration Law Journal" 2003, t. 17, s. 619.

[43] Zob. K. Franko Aas, *The Ordered and the Bordered Society: Migration Control, Citizenship, and the Northern Penal State*, [w:] K. Franko Aas, M. Bosworth (red.), *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford 2013, s. 21–39.

[44] Por. W. Klaus, *Cudzoziemcy niemile widziani…*, op. cit., s. 177.

[45] G. Campesi, *Genealogies of Immigration Detention: Migration Control and the Shifting Boundaries between the 'Penal' and the 'Preventive' State*, „Social & Legal Studies" 2020, t. 29, nr 4, s. 529.

ośrodki detencyjne, zamknięte ośrodki recepcyjne i przetrzymywania, a także inne służące temu obiekty”[46].

Z kolei Międzynarodowa Organizacja ds. Migracji (dalej jako IOM) przyjęła, że „detencja migrantów” to „albo karnoprocesowe albo też administracyjne ograniczenie poruszania się przez uwięzienie, które zostało zarządzone przez władzę administracyjną lub sądową”[47]. Również w dokumentach WGAD problem detencji cudzoziemców jest traktowany szeroko i uwzględnia pozbawienie wolności w policyjnych aresztach, a także w placówkach powiązanych z wymiarem sprawiedliwości[48].

Z tych względów zawężenie rozważań do środków natury administracyjnej miałoby ograniczony potencjał wyjaśniający. Stąd też zasadne jest, aby badając prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego w kontekście migracyjnym, nie pomijać całkowicie tymczasowego aresztowania lub uwięzienia w wyniku oskarżenia lub skazania, o ile mają one związek z kontrolą nad ruchem osobowym[49]. Celem przyjęcia tej szerokiej perspektywy jest ustalenie, czy zastosowanie detencji wobec cudzoziemców rzeczywiście w danych okolicznościach można traktować jako środek wyłącznie administracyjny, jak również wskazanie na konsekwencje prawne oceny, iż detencja spełnia także funkcje charakterystyczne i właściwe normom prawnokarnym.

1.3. PRAWO I POLITYKA MIGRACYJNA PAŃSTW EUROPEJSKICH

1.3.1. SELEKTYWNA RESTRYKCYJNOŚĆ

Jest pewnym truizmem, że normy odnoszące się do legalności wjazdu lub pobytu cudzoziemców są pochodną decyzji politycznych i w swej treści uwarunkowane

[46] UN High Commissioner for Refugees (dalej jako UNHCR), Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012, (dalej jako *Detention Guidelines)*, s. 9, § 5; ta definicja nawiązuje do wcześniejszych dokumentów UNHCR – por. np. *Note* on Accession to International Instruments and the Detention of Refugees and Asylum-Seekers, 19.08.1986 r., 37th Session, EC/SCP/44, § 25; za szerokim zakresem tego pojęcia opowiada się także G. Goodwin-Gill, *International Law and Detention of Asylum Seekers*, „International Migration Review” 1986, t. 29, nr 2, s. 194.

[47] IOM, *Glossary on Migration. No. 25*, Geneva 2011, s. 27.

[48] WGAD, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN. 4/1998/44, 19.12.1997, § 41 – tu mowa o *custody* (*retention*). Przy czym dodać trzeba, że wskazuje się tu również na środki, które należy zakwalifikować jako ograniczenia poruszania się.

[49] Por. SRHRM, Report, Specific Groups and Individuals, 30.12.2002, E/CN. 4/2003/85, § 17–19.

wyborem, z których państw imigracja będzie swobodna, a z których ograniczana. Co istotne, jest to obszar coraz silniejszego rozdźwięku pomiędzy treścią norm prawnych a praktyką, zwłaszcza tam, gdzie chodzi o gwarancje chroniące prawa jednostki. Prawo migracyjne jest wyznacznikiem tego, kogo traktujemy jako „przynależnego", a kto powinien pozostawać poza wspólnotą. Alessandro De Giorgi wręcz pisze, iż kontrole graniczne pełnią rolę instrumentu wykorzystywanego do zhierarchizowanego rozróżniania cudzoziemców[50]. W konsekwencji polityka migracyjna jest niezwykle restrykcyjna wobec obywateli jednych państw i niezwykle liberalna wobec innych. Doświadczenie trudności w uzyskaniu wizy czy zezwolenia na dłuższy pobyt dla jednych jest regułą, dla innych zaś wyjątkiem, co w istocie w niewielkim stopniu zależy od indywidualnych zachowań i postaw cudzoziemców.

Zygmunt Bauman zauważa, że zniesienie wiz dla jednych cudzoziemców i utrzymywanie restrykcyjnych kontroli dla innych jest metaforą nowej tworzącej się stratyfikacji społecznej[51].

Z funkcjonującego obecnie modelu polityki migracyjnej państw europejskich wyłania się podział na obywateli państw uprzywilejowanych[52] oraz nieuprzywilejowanych[53]. W Europie jest to mechanizm głównie powiązany z procesami integracyjnymi. Z jednej strony bowiem rozwój struktur integracji regionalnej powoduje, że w państwach, które się integrują, czynnik obywatelstwa przestaje odgrywać istotną rolę[54]. W wyniku procesów integracji europejskiej azyl

---

[50] Por. A. De Giorgi, *Re-Thinking the Political Economy of Punishment: Perspectives on Post--Fordism and Penal Politics*, Aldershot 2006, s. 113; zob. Z. Bauman, *Globalizacja i co z tego dla ludzi wynika*, Warszawa 2000, s. 101–106.

[51] Por. Z. Bauman, *Globalizacja…*, op. cit., s. 104.

[52] W kontekście UE wymienić tu można obywateli państw członkowskich i ich rodziny, ale też cudzoziemców z zezwoleniem na osiedlenie się, rezydentów długoterminowych UE, osoby ze szczególnymi uprawnieniami wynikającymi z umów międzynarodowych, następnie członków rodzin osób mających przynależność państwową krajów EOG oraz Szwajcarii, wynikającymi z podpisania umowy o EOG. Szczególny status mają obywatele Turcji i członkowie ich rodzin na podstawie umowy stowarzyszeniowej pomiędzy WE a Turcją z 12.09.1963 r., zob. EEC-Turkey Association Agreement, Dz. Urz. WE L 361 z 29.12.1964 r. (Ankara Agreement), uzupełnionego Protokołem Dodatkowym, 23.11.1970, art. 36–40. Tekst umowy razem z Protokołem opublikowano w Dz. Urz. WE L 361 z 31.12.1977 r., s. 29.

[53] Zob. szerzej J. Białocerkiewicz, *Problematyka cudzoziemców jako czynnik integracji państw członkowskich Unii Europejskiej*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego" 2010, nr 1, s. 9–21; por. także definicję cudzoziemca w art. 1 ust. 2 ustawy z 15.06.2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2021 r., poz. 1745). W rozumieniu tej ustawy cudzoziemcami nie są: obywatele państw UE, państw, które są stroną umowy o EOG, obywatele Konfederacji Szwajcarskiej oraz członkowie ich rodzin.

[54] Dorota Pudzianowska zwraca uwagę, iż na skutek rozmaitych współczesnych procesów nie mamy już do czynienia z dychotomią cudzoziemiec–obywatel, ale raczej z „kontinuum statusów

i imigracja znalazły się w obszarze kompetencji dzielonych między UE a państwami członkowskimi podobnie jak ochrona granic zewnętrznych, a obywatele państw UE korzystają z maksymalnych ułatwień w zakresie przemieszczania się, wjazdu, pobytu i zatrudnienia wewnątrz wspólnoty[55]. Z drugiej strony nie zanika potrzeba budowania wspólnoty społecznej i podstawowego rozróżnienia na „swoich" i „obcych", czego wyrazem jest odmienny status cudzoziemców pochodzących z państw niezintegrowanych. Analizując tę kwestię w kontekście polskim, rację ma Magdalena Kumela-Romańska, pisząc, że na gruncie języka prawnego posługiwanie się pojęciem cudzoziemiec bez dodatkowego doprecyzowania czy chodzi o obywateli UE, czy obywateli innych państw, nie jest możliwe bez narażenia się na niejednoznaczność[56].

1.3.2. SELEKTYWNY HUMANITARYZM

W społeczeństwach europejskich niewątpliwie daje się zaobserwować podział cudzoziemców na tych, którym należy się troska i opieka i na tych „innych" niosących zagrożenie. Znajduje to odzwierciedlenie w podwójnych standardach traktowania cudzoziemców, a także w swego rodzaju selektywnym humanitaryzmie.

Niewątpliwie za zjawisko bez precedensu po II wojnie światowej można uznać przyjęcie przez państwa europejskie uchodźców w związku z wojną w Ukrainie[57]. W skali europejskiej jednomyślną decyzją Rady UE[58] po raz pierwszy w historii uruchomiono mechanizmy ochrony czasowej[59]. W konsekwencji we wszystkich państwach UE obywatele Ukrainy uzyskali uproszczony dostęp do ochrony międzynarodowej. Państwo polskie przyjęło największą grupę osób uciekających przed wojną. Standardy traktowania tych osób można określić jako zbliżone do traktowania narodowego, a szczegółowo określa je ustawa z dnia 12.03.2022 r.

jednostki w państwie" – por. D. Pudzianowska, *Obywatelstwo w procesie zmian*, Warszawa 2013, s. 255.

[55] Por. art. 77–80 Traktatu o funkcjonowaniu UE (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 47).

[56] Por. M. Kumela-Romańska, *Administracyjnoprawny status cudzoziemca w Polsce*, Warszawa 2017, s. 156.

[57] W związku z konfliktem zbrojnym w Ukrainie w dyskursie publicznym zafunkcjonowała kategoria „uchodźca wojenny" zob. np. P. Długosz, L. Kryvachuk, D. Izdebska-Długosz, *Uchodźcy wojenni z Ukrainy – życie w Polsce i plany na przyszłość*, Academicon, Lublin 2022.

[58] Por. Decyzja wykonawcza Rady (UE) 2022/382 z dnia 4.03.2022 r. stwierdzająca istnienie masowego napływu wysiedleńców z Ukrainy w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2001/55/WE i skutkująca wprowadzeniem tymczasowej ochrony (Dz. Urz. UE L 71 z 4.03.2022 r., s. 1–6).

[59] Dyrektywa Rady 2001/55/WE z dnia 20.07.2001 r. w sprawie minimalnych standardów przyznawania tymczasowej ochrony na wypadek masowego napływu wysiedleńców oraz środków wspierających równowagę wysiłków między Państwami Członkowskimi, związanych z przyjęciem takich osób wraz jego następstwami (Dz. Urz. UE L 212 z 7.08.2001 r., s. 12–23).

o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa[60].

Skrajnie odmiennie kształtuje się sytuacja prawna cudzoziemców napływających do państw europejskich spoza kontynentu. Za swoistą cezurę dla obecnego stanu rzeczy należy uznać procesy, które nastąpiły po 2015 r., kiedy przeciążenia z powodu napływu migrantów i osób poszukujących ochrony międzynarodowej doświadczyły nie tylko państwa Europy Południowej, ale także Niemcy czy państwa skandynawskie. Wspomniana data wyznacza w tych państwach początek daleko idących zmian legislacyjnych zmierzających do znacznego ograniczenia liczby cudzoziemców na własnym terytorium[61]. W przypadku państw skandynawskich pisano wręcz o zmianie założeń polityki prowadzonej wobec *asylum seekers* z integracji długoterminowej na pobyt krótkoterminowy, z naciskiem na ich jak najszybszy powrót do kraju pochodzenia[62].

Ponadto polityka państw europejskich w zakresie utrudniania dostępu do ochrony międzynarodowej cudzoziemcom spoza Europy, a w tym stosowania zbiorowych wydaleń i *push back* jest zjawiskiem tyleż niepożądanym, co utrwalonym. O ile początkowo była obserwowana raczej na południu Europy, to obecnie funkcjonuje również na wschodzie kontynentu. Aczkolwiek ta kwestia nabrała szczególnego znaczenia latem 2021 r., to jednak warto zauważyć, że przynajmniej od 2016 r. państwo polskie poprzez arbitralne działania Straży Granicznej w zakresie przyjmowania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej[63] w sposób systemowy ogranicza, a nawet pozbawia cudzoziemców dostępu do procedur udzielania ochrony międzynarodowej[64].

---

[60] Ustawa z dnia 12 marca 2022 r. o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa (Dz.U. z 2024 r., poz. 1222).

[61] Zob. A. Hagelund, *After the Refugee Crisis: Public Discourse and Policy Change in Denmark, Norway and Sweden*, „Comparative Migration Studies" 2020, t. 8, https://comparativemigrationstudies.springeropen.com/articles/10.1186/s40878-019-0169-8 [dostęp: 13.06.2021]; V. Hänsel, S. Hess, S. Schurade, *Refugee Protection. Germany Country Report*, Paper 2019/28, Göttingen 2019; J. Markiewicz-Stanny, *The Paradigm of the Migration Crisis and its Influence on National Legislation on Irregular Migration*, „Studia Prawnicze KUL" 2021, t. 4, nr 88, s. 108–125.

[62] J.P. Brekke, J. Vedsted-Hansen, R. Thorburn Stern, *Temporary Asylum and Cessation of Refugee Status in Scandinavia Policies, Practices and Dilemmas*, „European Migration Network" 2020, s. 25, https://www.udi.no/globalassets/global/european-migration-network_i/emn-norway-papers/emn-occasional-paper-temporary-asylum-and-cessation-of-refugee-status-in-scandinavia-2020.pdf [dostęp: 20.04.2021]. Zob. także rozważania przeprowadzone w rozdziale IV.

[63] Zob. w tym względzie M. Półtorak, *Czy można odmówić przyjęcia wniosku o ochronę międzynarodową i kiedy uznaje się go za złożony?*, [w:] W. Klaus (red.), *Poza prawem. Prawna ocena działań państwa polskiego w reakcji na kryzys humanitarny na granicy polsko-białoruskiej*, Warszawa 2022, s. 5–7.

[64] Por. *M.K i i inni v. Polska*, § 174–175.

1.3.3. JEDNOSTRONNOŚĆ

Kwestią, która wydaje się istotna dla całości rozważań, jest dostrzegana w socjologii prawa jednostronność prawa migracyjnego. Cudzoziemcy – zwłaszcza ci w sytuacji nieregularnej – z natury rzeczy nie mają wpływu na proces tworzenia prawa i nie uczestniczą w nim[65]. Jednocześnie zaś przepisy prawa są niejednokrotnie tworzone po to, aby „wysłać" cudzoziemcom „wiadomość" na podstawie założenia, że te normy w sposób efektywny wpływają na decyzje poszczególnych osób w innych państwach zarówno w przedmiocie decyzji o emigracji, jak i o wyborze państwa docelowego[66]. Takie regulacje prawne zwykle uwzględniają punkt widzenia jednego państwa, podczas gdy w pracach naukowych podkreśla się złożoność czynników kształtujących migracje międzynarodowe[67]. Niezwykle trafne są spostrzeżenia Arjena Leerkesa i Mieke Kox, że ogromna liczba prac naukowych w dziedzinie migracji jest poświęcona zagadnieniu nieprzestrzegania prawa w tym obszarze, natomiast brakuje badań na temat tego, jak poszczególne jednostki postrzegają prawo obcego państwa, jaki jest stopień jego znajomości i jakie są ewentualne motywacje jego przestrzegania[68].

---

[65] Por. M. Ticktin, *Casualties of Care Immigration Policy Immigration and the Politics of Humanitarianism in France*, Berkeley 2011, s. 33.

[66] W oficjalnej instrukcji dla urzędników Zjednoczonego Królestwa rząd stwierdził, że wydalenia do Rwandy mają „odstraszać osoby poszukujące ochrony międzynarodowej od niepotrzebnych i niebezpiecznych podróży do Zjednoczonego Królestwa". Home Office, Inadmissibility: Safe Third Country Cases, 28.06.2022, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1084315/Inadmissibility.pdf [dostęp: 18.12.2023], s. 7; zob. także kampanię duńskiego rządu w libijskich mediach prowadzoną w 2015 r., https://www.thelocal.dk/20150907/denmarks-anti-refugee-ads-published-in-foreign-papers/ [dostęp: 26.02.2021].

[67] Zob. EASO, *Significant Pull/Push Factors for Determining of Asylum-Related Migration. A Literature Review*, 2016, s. 29–30; H. de Haas, M. Czaika, M.L. Flahaux, E. Mahendra, K. Natter, S. Vezzoli, M. Villares-Varela, *International Migration: Trends, Determinants, and Policy Effects*, „Population and Development Review" 2019, t. 45, nr 4, s. 907. M. Zamboni, *Swedish Legislation and the Migration Crisis*, „The Theory and Practice of Legislation" 2019, t. 7, nr 2, s. 118–119.

[68] Por. A. Leerkes, M. Kox, *Pressured into a Preference to Leave? A Study on the „Specific" Deterrent Effects and Perceived Legitimacy of Immigration Detention*, „Law & Society Review" 2017, t. 51, nr 4, s. 925; na gruncie amerykańskim takie badania prowadziła Emily Ryo, zob. Eadem, *Less Enforcement, More Compliance: Rethinking Unauthorized Migration*, „UCLA Law Review" 2015, t. 62, s. 622–670. W Polsce problem ten jest badany raczej jako element badań nad przestępczością cudzoziemców jako taką, zob. M. Perkowska, *Przestępczość graniczna cudzoziemców*, Warszawa 2013; I. Rzeplińska, *Cudzoziemcy – sprawcy przestępstwa przekupstwa na terenie Polski*, „Archiwum Kryminologii" 2016, t. 38, s. 175–189; prace zbiorowe W. Klaus, K. Laskowska i I. Rzeplińska (red.) *Przestępczość cudzoziemców. Aspekty prawne, kryminologiczne i praktyczne*, Warszawa 2017; J. Włodarczyk-Madejska, M. Kopeć, G. Goździk, O *przestępczości cudzoziemców i przestępczości wobec cudzoziemców w Polsce na podstawie statystyki policyjnej*, „Archiwum Kryminologii" 2021, t. 43, nr 2, s. 282–291.

Ponadto polityka migracyjna jest tak konstruowana, jak gdyby to cudzoziemiec decydował zawsze i w sposób wyłączny o tym, czy wyjedzie lub też wjedzie do jakiegoś państwa. Niewątpliwie tak jest w wielu przypadkach. Niemniej jednak trzeba zwrócić uwagę na pewne prawidłowości, które mają charakter systemowy. Jedną ze stosunkowo częstych sytuacji jest zaprzeczanie przez władze państwa pochodzenia, iż dana osoba jest jego obywatelem. Zdarzają się też przypadki odmowy przyjęcia cudzoziemca przez własne państwo, na przykład ze względu na przestępstwa, których dokonał[69], co istotne nawet wtedy, gdy sam zainteresowany był skłonny wrócić do kraju pochodzenia[70].

Przynajmniej część norm prawa migracyjnego ma zapewnić ograniczenie migracji, czego konsekwencją staje się specyficzna podatność cudzoziemców w sytuacji nieregularnej na łamanie praw człowieka[71]. Dostrzegane i dokumentowane przypadki niehumanitarnego traktowania, arbitralności, a nawet systemowego pozbawienia dostępu do prawa powodują, że finalnie legitymacja i słusznościowe uzasadnienie prawa migracyjnego są kwestionowane i to znacznie częściej, niż to się dzieje w przypadku innych gałęzi prawa[72]. Następnie charakterystyczne jest postrzeganie cudzoziemców o nieuregulowanym statusie jako tych, którzy świadomie zniszczyli swoje dokumenty lub posługują się dokumentem fałszywym. Znowu, oczywiście jest to częściowo uzasadnione, ale trzeba uwzględniać systemowe uwarunkowania w państwach pochodzenia. UNHCR od lat sygnalizuje narastanie w skali ogólnoświatowej problemu bezpaństwowości dzieci[73], który w konsekwencji będzie dotyczył coraz większej populacji dorosłych. Ponadto problem braku udokumentowania tożsamości jest dodatkowo uwarunkowany strukturalnymi problemami wynikającymi z częściowej dysfunkcji struktur administracyjnych w państwach globalnego południa, zwłaszcza jeśli chodzi o regiony znajdujące się w dużej odległości od ich stolic[74].

Równocześnie zaś w związku z gwałtownym wzrostem napływu cudzoziemców z terytorium Białorusi do państw UE, można zaobserwować stosunkowo nowe zjawisko, określane mianem „instrumentalizacji migrantów". Rozumieć przez to należy wykorzystywanie przez państwa międzynarodowego przepływu

---

[69] Por. A. Leerkes, M. Kox, *Pressured into a Preference to Leave…*, op. cit., s. 920.

[70] Por. ibidem, s. 924.

[71] Por. *M.S.S. v. Belgia i Grecja*, skarga nr 30696/09, wyrok ETPC z 21.01.2011 r., § 251; *Chowdury i inni v. Grecja*, skarga nr 21884/15, wyrok ETPC z 30.03.2017 r., § 97.

[72] Por. A. Leerkes, M. Kox, *Pressured into a Preference to Leave…*, op. cit., s. 926.

[73] Problem ten jest systemowy, ponieważ obecnie w 27 porządkach prawnych nie istnieje możliwość nabycia przez dziecko obywatelstwa po matce, por. UNHCR, *I Am Here, I Belong: The Urgent Need to End Childhood Statelessness: Statelessness Report*, 2015, s. 6.

[74] Zob. B. Ghosh, *Huddled Masses and Uncertain Shores: Insights into Irregular Migration*, London 1998, s. 6–7 oraz s. 62–64.

osób jako narzędzia walki politycznej poprzez manipulowanie cudzoziemcami, wprowadzanie ich błąd i ułatwianie im nielegalnej migracji do innego państwa[75].

Jeszcze innym problemem, który trzeba dostrzegać, jest rosnąca liczba osób, które wjechały legalnie, ale przebywają od kilku do kilkunastu lat na terytorium danego państwa po wygaśnięciu wizy lub innego zezwolenia na pobyt[76]. Utrzymuje się również znacząca dysproporcja pomiędzy liczbą wydanych przez państwa decyzji o wydaleniu (o zobowiązaniu do powrotu) a liczbą rzeczywistych wyjazdów. Dlatego też zarówno na poziomie europejskim, jak i w poszczególnych państwach zagadnieniem postrzeganym jako strategiczne jest zwiększenie odsetka wydaleń/przymusowych powrotów[77]. Zagadnienie to wymagałoby znacznie szerszego omówienia, ale wydaje się ważne, iż samo wydalenie cudzoziemca nie daje żadnej gwarancji, że nie przybędzie on do Europy ponownie. Z tego punktu widzenia kluczowe jest pytanie, co zrobić, aby cudzoziemcy wydaleni z państw europejskich, pozostali w swoim kraju pochodzenia. Samo zastosowanie przymusu w postaci wydalenia tego problemu nie rozwiązuje.

1.4. STATUS CUDZOZIEMCÓW A MIGRACJA NIEREGULARNA

Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego doznaje w kontekście kontroli nad ruchem osobowym wyjątków, które w istocie dotykają tylko cudzoziemców. Dodatkowo nie chodzi tu o cudzoziemców w ogóle, lecz o tych, wobec

[75] Por. Komisja Europejska (dalej jako KE), Wniosek w sprawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie środków wobec przewoźników, którzy ułatwiają handel ludźmi lub przemyt migrantów w związku z nielegalnym wjazdem na terytorium Unii Europejskiej lub zajmują się takim handlem lub przemytem, 23.11.2021 COM(2021) 753 final 2021/0387 (COD), preambuła, pkt 2.

[76] Na przykład w sprawie *Jeunesse v. Królestwo Niderlandów*, skarżąca obywatelka Surinamu wjechała do Królestwa Niderlandów na podstawie wizy turystycznej, a po jej wygaśnięciu zamieszkiwała w tym państwie przez dalsze 16 lat, skarga 12738/10, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 3.10.2014 r.; por. A. de Chickera, N. Murray, *Protecting Stateless Persons from Arbitrary Detention An Agenda for Change*, London 2017, s. 7.

[77] Była to bezpośrednia przyczyna wprowadzenia zmian do ustawodawstwa niemieckiego w postaci *Zweites Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, Gesetz vom* 15.08.2019, BGBL 2019 Teil I, Nr 31, s. 1294; jest to także zagadnienie stale podnoszone na poziomie UE: por. KE, Wniosek w sprawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (wersja przekształcona), COM(2018) 634, 12.09.2018, s. 2; Zalecenie w sprawie zapewnienia większej skuteczności powrotów zalecenia Komisji (UE) 2017/432 (Dz. Urz. UE L 66 z 11.03.2017 r., s. 15), pkt 2; Zalecenie Komisji (UE) 2017/2338 z dnia 16.11.2017 r. ustanawiające wspólny *Podręcznik dotyczący powrotów* przeznaczony do stosowania przez właściwe organy państw członkowskich wykonujące zadania związane z powrotami (dalej jako *Podręcznik dotyczący powrotów 2017*) (Dz. Urz. UE L 339 z 19.12.2017 r., s. 83).

których toczą się procedury powrotu lub udzielania ochrony międzynarodowej, a w przypadku prawa UE także procedury przekazania do innego państwa członkowskiego w związku z rozpatrywaniem wniosku o azyl. Aczkolwiek w przeważającej liczbie przypadków detencja dotyczy cudzoziemców, którzy nielegalnie wjechali bądź przebywają na terytorium danego państwa, to jednak nie jest to bezwzględna reguła. Państwa podejmują decyzje również o wydaleniu cudzoziemców przebywających na ich terytorium legalnie, na przykład ze względu na zagrożenie bezpieczeństwa państwa[78]. Ponadto działania państwa odnoszące się do dorosłych wywołują skutki faktyczne i prawne wobec ich dzieci. Praktyką wciąż obserwowaną w Europie jest pozbawianie wolności dzieci razem z rodzicami ze względu na status migracyjny tych ostatnich. W polskim kontekście warto zwrócić uwagę na przypadek ze sprawy *Bistieva v. Polska*, kiedy to kilkumiesięczne dziecko przebywające legalnie na terytorium RP, zostało poddane detencji razem z matką ze względu na jej nieregularny status[79].

Nie można też zapominać o praktykach tyleż bezprawnych co dyskryminacyjnych, a polegających na poddawaniu detencji cudzoziemców ze względu na rasę, pochodzenie etniczne czy przynależność państwową[80]. W sprawie *FAJ v. Grecja* zakomunikowanej Komitetowi Praw Człowieka skarżący – będący Syryjczykiem, który uzyskał status uchodźcy w Niemczech – podnosi, iż pomimo legalnego pobytu i wjazdu na terytorium tego państwa, został poddany bezprawnej detencji oraz procedurze powrotu ze względu na swoją rasę[81].

---

[78] Por. np. art. 302 ust. 1 pkt 9 u.c., zgodnie z którym decyzję o zobowiązaniu do powrotu wydaje się cudzoziemcowi, gdy wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub interes Rzeczypospolitej Polskiej; zob. pozbawienie skarżącego obywatelstwa państwa i wydanie decyzji o wydaleniu ze względu na bezpieczeństwo państwa w sprawie *Al.-Husini v. Bośnia i Hercegowina nr 2*, skarga nr 10112/16, wyrok ETPC z 25.06.2019 r., § 6–15; prawo włoskie: art. 13 ust. 1 Decreto Legislativo 25.07.1998, n. 286 Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero [Dekret ustawodawczy z dnia 25.07.1998 r., n. 286 Tekst jednolity przepisów dotyczących dyscypliny imigracyjnej oraz zasad dotyczących sytuacji cudzoziemców], GU n. 191 del 18.08.1998, Suppl. Ordinario n. 139 (dalej jako TUI).

[79] Por. *Bistieva i inni v. Polska*, skarga nr 75157/14, wyrok ETPC z 10.04.2018 r.

[80] KPC, Concluding observations on the fourth periodic report of Bulgaria, CCPR/C/BGR/C/4, 15.11.2018, § 29; CERD, *Concluding Observations on the Combined Twenty-Third to Twenty-Fifth Periodic Reports of Bulgaria*, CERD/C/BGR/CO/23-25, 27.12.2023, § 28 b.

[81] Z tego powodu w ocenie skarżącego doszło do naruszenia art. 9, oraz 26 w związku z art. 2 MPPOiP, https://c5e65ece-003b-4d73-aa76-854664da4e33.filesusr.com/ugd/14ee1a_4e9dea36dd1043d48e6a-50dbe5b78f04.pdf [dostęp: 20.03.2023], § 31–36; podobne przypadki odnotowywano także w regionie Azji i Pacyfiku – por. Draft Guiding Principles on the Right to Challenge the Legality of Arbitrary Detention IDC SUBMISSION, 2013, s. 12 http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/DraftBasicPrinciples-/IDC_WGAD.pdf. [dostęp: 20.07.2023].

W UE detencji doświadczają przede wszystkim obywatele państw trzecich, choć trzeba zwrócić uwagę, że wydalenia, a w konsekwencji powiązana z nimi detencja, są stosowane w przypadku egzekwowania zakazu wjazdu, który dotyczy także obywateli UE. Na przykład w Finlandii grupą najliczniej poddawaną deportacji – i powiązanej z nią detencji – byli obywatele Estonii i Rumunii, a dopiero w dalszej kolejności obywatele Gambii, Iraku czy Rosji[82].

Ponadto niekiedy na terytorium państw znajdują się osoby, którym państwo nie udziela pełnej i całkowitej zgody na pobyt, ale toleruje ich obecność w takim rozumieniu, że nie podejmuje czynności zmierzających do ich wydalenia[83]. W doktrynie brakuje jednolitego poglądu na to, czy osoby tolerowane powinny być traktowane jako przynależne do populacji osób w sytuacji nieregularnej[84]. Należy zauważyć, że osobną kategorią są cudzoziemcy niepożądani, którzy niekoniecznie muszą przebywać na terytorium danego państwa, natomiast ich wjazd jest przedmiotem sprzeciwu władz danego państwa[85].

W odniesieniu do osób, które nie mają prawa wjazdu lub pobytu na terytorium danego państwa, stosuje się cały katalog określeń: nielegalny migrant, migrant nieregularny, osoba nieudokumentowana (*persons without papers* lub francuskie *sans papiers*)[86], imigranci ukryci *clandestine immigrants* (*clandestinos*)[87]. Najbardziej adekwatne wydaje się jednak używanie kategorii pojęciowej „cudzoziemcy w sytuacji nieregularnej" lub „cudzoziemcy w sytuacji nieuregulowanej". Wybór ten jest uzasadniony intencją zmniejszenia stygmatyzującego oddziaływania określenia „nielegalny migrant" i stanowi pokłosie całego szeregu postulatów formułowanych

---

[82] Por. J. Könönen, *Immigration Detention as a Routine Police Measure: Discretionary Powers in Preemptive Detention of Noncitizens in Finland*, „Law and Society Review" 2022, t. 56, nr 3, s. 423.

[83] Np. cudzoziemcy w Niemczech funkcjonujący bez zezwolenia na pobyt, ale tolerowani przez państwo na podstawie tzw. Duldung. Według ostatnich statystyk władz niemieckich w 2011 r. było to ponad 80 tysięcy osób. https://web. archive.org/web/2012 r., 1113213558/https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat-/Bevoelker-ung/MigrationIntegration/Auslaendische-Bevolkerung/Tabellen/AufenthaltsrechtlicherStatus.Html [dostęp: 20.07.2023].

[84] Por. C. Morehouse, M. Blomfield, *Irregular Migration in Europe*, Washington 2011, s. 4.

[85] Por. art. 435 u.c.; P. Dąbrowski, C*udzoziemiec niepożądany w polskim prawie o cudzoziemcach*, Warszawa 2011, s. 85; art. 101 ust. 3 lit c. Emergency Ordinance n. 194/2002 on the regime of aliens in Romania, 12.12.2002 ze zmianami:194/2002; 482/2004; 113/2005, 158/2013 – tekst w wersji anglojęzycznej https://www.refworld.org/legal/decreees/natlegbod/2002/en/102140 [dostęp: 21.07.2023].

[86] Zob. np. w polskiej doktrynie A.M. Kosińska, *Problem detencji nieudokumentowanych obywateli państw trzecich w kontekście ochrony praw podstawowych migrantów*, [w:] A.M. Kosińska, P. Wojtasik (red.), *Acquis Return. Doświadczenia implementacji i rozwój polityki powrotowej Unii Europejskiej*, Lublin 2015, s. 57–66; por. także CEDAW, C*oncluding Observations on the Combined Third to Fifth Periodic Reports of Malaysia*, 14.03.2018, CEDAW/C/MYS/CO 3-5, § 13, § 40c.

[87] Por. M. Perkowska, *Illegal, Legal, Irregular or Regular – Who Is the Incoming Foreigner?*, „Studies in Logic, Grammar and Rhetoric" 2016, t. 45, nr 1, s. 188; por. *Hirsii Jamaa i inni v. Włochy*, skarga nr 27765/09, wyrok ETPC z 23.02.2012 r., § 125.

na poziomie organizacji międzynarodowych popieranych również doktrynalnie[88]. W literaturze naukowej pisze się zwłaszcza o tym, że w dyskursie publicznym wyrażenie „nielegalny migrant" należy do grupy „przekonujących definicji", w których emocjonalne znaczenie słowa zastępuje jego opisowe znaczenie, a w skrajnych przypadkach może doprowadzić do zrównania migracji z aktem przestępczym[89] lub też utożsamienia migrantów jako takich z przestępcami kryminalnymi[90].

Część doktryny uznaje jednak, iż pomimo wad związanych z kryminalizującymi skojarzeniami, terminologia „nielegalny migrant" czy „nielegalna migracja" powinna być stosowana[91], bądź też jest najbardziej adekwatna[92]. Trudno bowiem pominąć fakt, że pojęcie nielegalnej migracji (*illegal migration*, *l'immigration illégale*, *inmigración ilegal*, *illegale Einwanderung*) występuje w art. 79 ust. 1 oraz art. 79 ust. 2 lit. c TFUE, a także w polskim ustawodawstwie[93]. Tym samym pojęcie „nielegalny migrant" może zostać uznane za logiczny i naturalny skutek używania terminologii stosowanej wobec określonych zachowań[94]. Argumenty te nie są pozbawione logiki, natomiast za istotniejsze należy

[88] Zob. szerzej J. Markiewicz-Stanny, *Język aktów prawnych a ekskluzja społeczna imigrantów w sytuacji nieregularnej*, „Lingwistyka Stosowana" 2017, t. 24, nr 4, s. 95–107; por. stanowisko Komisarza Praw Człowieka Rady Europy, Paper Criminalization of Migration in Europe: Human Rights Implications, s. 4–5; CommDH/IssuePaper (2010) 1, Strasbourg 2010; Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ, Measures to ensure the human rights and dignity of all migrant workers, Rezolucja nr 3449 (XXX) z 9.12.1975 r., pkt 2. Recommendations on Statistics of International Migration. Revision 1, „Statistical Papers" Series M, Nr 58, Rev 1. Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division, United Nations 1998, s. 24, 32, 62, 93; ZP RE, Resolution 1509 (2006 r.), pkt 7; pomimo to wciąż się zdarza, że takich sformułowań używa także ETPC – por. choćby sprawę *Darboe i Camara v. Włochy*, skarga nr 5797/19, wyrok ETPC z 21.07.2022 r., § 173. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 14.01.2009 r. w sprawie stanu praw podstawowych w Unii Europejskiej w latach 2004–2008 (2007/2145(INI)), pkt 159.

[89] Por. C. Stevenson, *Ethics and Language*, New Haven 1969, s. 33; por. także K. Franko, *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*, Milton 2021, s. 98.

[90] Por. także K. Franko, *The Crimmigrant Other…*, op. cit., s. 98; zob. szerzej C. Dauvergne, *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge 2008, s. 9–28.

[91] Zob. M. Schrover, J. van der Leun, L. Lucassen, C. Quispel, *Illegal Migration and Gender in a Global and Historical Perspective*, Amsterdam 2008, s. 10.

[92] Por. M. Perkowska, *Illegal, Legal, Irregular…*, op. cit., s. 188.

[93] Por. art. 1 ust. 1 ustawy o Straży Granicznej, w którym stanowi się, że Straż Graniczna ma zapobiegać i przeciwdziałać nielegalnej migracji – ustawa z dnia 12.10.1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. z 2024 r., poz. 1562).

[94] Por. stanowisko Komisji Europejskiej w odniesieniu do art. 63 pkt 3 „b" Traktatu o WE – obecnie art. 79 TFUE: Green paper on a community return policy on illegal residents, COM/2002/175 final, 10.04.2002, EUR-Lex – 52002DC0175 – EN, wstęp; podobnie jak w przypadku określenia „nielegalny rezydent" Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on a community return policy on illegal residents, COM(2002)564, s. 7, pkt 1.2.1; M. Svantesson, *Threat Construction inside Bureaucracy. A Bourdieusian Study of the European Commission and the Framing of Irregular Immigration 1974–2009*, Stockholm 2014, s. 100.

uznać racje natury aksjologicznej – nazywanie człowieka „nielegalnym" w tekście aktu prawnego kłóci się z osobową godnością istoty ludzkiej[95]. Jednocześnie przyjęcie terminu „cudzoziemiec w sytuacji nieuregulowanej" pozwala wyraźnie rozdzielić sferę działalności przestępczej od jej ofiar i zarezerwować „nielegalność" w kontekście migracyjnym dla czynów związanych z przemytem ludzi i handlem ludźmi[96]. Wydaje się również niezwykle istotne, że „nieregularność" czy „nieuregulowanie sytuacji" odnosi się do statusu prawnego jednostki w danym momencie lub okresie nie zaś do samej osoby, jak również nie jest ich niezmienną cechą[97].

Przeciwnicy używania takich pojęć jak „nieregularna migracja", „nieregularność" czy „nieudokumentowania" wskazują, iż nie są one wystarczająco precyzyjne i używane niekonsekwentnie[98]. Rzeczywiście nie ma uniwersalnie akceptowanej definicji migracji nieregularnej, a praktyka w tym względzie jest daleka od jednolitej[99]. Na przykład niekiedy czyni się rozróżnienie pomiędzy migracją nieregularną a statusem nieregularnym poszczególnych cudzoziemców. Proponowane rozdzielenie tych wyrażeń opiera się na zawężeniu znaczeniowym słowa „migracja" do samego przepływu osób przez granicę, natomiast nieregularność statusu ma obejmować również ich sytuację prawną po wjeździe na dane terytorium[100]. Wydaje się jednak, że w przypadku prawa wada braku precyzji może być usunięta za pomocą definicji legalnej, tak jak to uczyniono w przypadku art. 5 Konwencji o ochronie pracowników migrujących. Zgodnie z jej art. 5 lit. a pracownicy migrujący lub członkowie ich rodzin są uznawani za udokumentowanych lub w sytuacji regularnej wtedy, gdy mają prawo do wjazdu, pobytu i podjęcia działalności zarobkowej

---

[95] Zob. szerzej K. Koser, *Irregular Migration, State Security and Human Security*, Paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme of the Global Commission on International Migration, 2005; T. Hammarberg, *It Is Wrong to Criminalize Migration*, „European Journal of Migration and Law" 2009, t. 11, nr 4, s. 384; także F. Crepeau, *Mainstreaming a Human Rights-Based Approach to Migration within the High Level Dialogue*, Statement by the UN Special Rapporteur on the human rights of migrants, PGA Plenary Session – Criminalization of Migrants, New York, 2.10.2013, https://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/SRMigrants/Pages-/HighLevelDialogueonMigrationandDevelopment.aspx [dostęp: 19.11.2024].

[96] Por. IOM, *Glossary on Migration. No. 25*, Geneva 2011, s. 54.

[97] Por. M. Vespe, F. Natale, L. Pappalardo, *Data Sets on Irregular Migration and Irregular Migrants in the European Union*, „Migration Policy Practice" 2017, t. 7, nr 2, s. 26.

[98] Por. M. Schrover, J. van der Leun, L. Lucassen, C. Quispel, *Illegal Migration and Gender…*, op. cit., s. 10.

[99] Na przykład IOM definiuje migrację nieregularną jako „ruch, który odbywa się poza normami regulacyjnymi kraju wysyłającego, tranzytowego i przyjmującego" – po IOM, *Glossary on Migration No. 34*, Geneva 2019, s. 116; por. także J. Torpey, *State and the Regulation of Migration in the Twentieth Century North Atlantic World*, [w:] P. Andreas, T. Snyder (red.), *The Wall Around the West: State Borders and Immigration Controls in North America and Europe*, Oxford 2000, s. 33.

[100] Por. B. Vollmer, *Irregular Migration in the UK: Definitions, Pathways and Scale*, Oxford 2011, s. 3.

na terytorium danego państwa zgodnie z jego prawem i międzynarodowymi porozumieniami, których to państwo jest stroną. Osoby niespełniające tych warunków są pozbawione dokumentów lub w sytuacji nieregularnej (art. 5 lit. b)[101]. Również IOM wypracowała w tym zakresie własną definicję. Zgodnie z nią w nieregularnej sytuacji znajduje się cudzoziemiec, który wjeżdża lub przebywa w danym państwie bez odpowiednich dokumentów. Obejmuje to między innymi: osobę (a), która nie posiada dokumentów umożliwiających wjazd do danego państwa zgodnie z prawem, ale udaje się jej wejść potajemnie, (b) która wjeżdża lub przebywa z wykorzystaniem fałszywych dokumentów, (c) która po wejściu w posiadanie stosownych dokumentów przekroczyła termin zgodnego z prawem pobytu na terytorium danego państwa, pozostając na nim bez zezwolenia[102]. Nieuregulowany status cudzoziemca może obejmować wszystkie z wymienionych elementów lub tylko jeden z nich.

Elementem, który ma istotne znaczenie jest sam język aktów prawnych. Aczkolwiek występuje w nim element nielegalności pobytu czy wjazdu, to jednak sam sposób dookreślania hipotez norm prawnych jest neutralny. Charakterystyczne jest tutaj posługiwanie się określeniem „cudzoziemiec" lub „obywatel państwa trzeciego", w stosunku do którego zachodzą określone przesłanki. W tekście art. 5 ust. 1 lit. f Europejskiej Konwencji Praw Człowieka nie wspomina się o elemencie podmiotowym, lecz czyni dopuszczalnym pozbawienie wolności w określonym celu. W polskim prawie ustawodawca wskazuje, że detencji może być poddany cudzoziemiec, wobec którego zachodzą określone okoliczności, a więc na przykład takie, które uzasadniają wydanie decyzji o zobowiązaniu do powrotu[103]. Z kolei w przepisach UE w zakresie procedur powrotu jest mowa o obywatelach państwa trzeciego nielegalnie przebywających na terytorium państwa członkowskiego[104]. W przypadku pozbawienia wolności stosowanego w związku z procedurą udzielania ochrony międzynarodowej, w prawie UE oraz krajowym prawodawca odnosi się do detencji „wnioskodawcy" lub „osoby, w imieniu której wnioskodawca występuje"[105].

---

[101] Por. także art. 5 ust. 1 lit. f EKPC, w którym mowa o pozbawieniu wolności w celu zapobieżenia nielegalnemu wjazdowi (*unauthorised entry*) oraz brzmienie art. 31 ust. 1 KSU zakazujący nakładania kar na osoby, które wjechały lub przebywają na terytorium *without authorization.*

[102] R. Perruchoud, J. Redpath-Cross, *Glossary on Migration…*, op. cit., s. 102.

[103] Por. u.c. art. 394.1. Cudzoziemiec, wobec którego zachodzą okoliczności uzasadniające wydanie mu decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu albo który uchyla się od wykonania obowiązków określonych w tej decyzji, albo nie wywiązuje się z obowiązków określonych w postanowieniu o zastosowaniu wobec niego środków, o których mowa w art. 398 ust. 2, może być zatrzymany na okres nie dłuższy niż 48 godzin.

[104] Por. art. 2 ust. 1 i art. 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE.

[105] Por. art. 8 dyrektywy 2013/33/UE oraz art. 87 u.u.c.o.

2. ANTECEDENCJE. DETENCJA CUDZOZIEMCÓW W UJĘCIU HISTORYCZNO-PRAWNYM

2.1. OKRES XIX I XX W.

Pozbawienie wolności cudzoziemców ze względu na migracyjny status łączy się ściśle z ukształtowaniem się kontroli państwa nad ruchem osobowym w postaci kontroli granicznych, paszportów i wiz, a także nowoczesnym ustawodawstwem dotyczącym obywatelstwa[106]. Współczesny sposób myślenia o prawie migracyjnym jest zdeterminowany postrzeganiem dostępu cudzoziemców do terytorium państwa jako sfery dyskrecjonalnej władzy państwa z pewnymi koncesjami na rzecz regulacji prawnomiędzynarodowych. Niejednokrotnie też tak ukształtowany balans pomiędzy suwerennością a wolnością przemieszczania się jest postrzegany jako „odwieczny" i immanentny dla prawa międzynarodowego. Tymczasem wolność przemieszczania się – wywodzona z prawa do komunikowania się – jako jedna z zasad prawa międzynarodowego stanowiła istotny element refleksji pierwszych przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego, takich jak Vittoria czy Grotius[107]. Ten ostatni rozumiał wolność przemieszczania się jako konstrukt złożony z dwóch wzajemnie uzupełniających się praw: prawa do opuszczenia własnego kraju i prawa do pozostawania na terytorium innego kraju. Podkreślić należy, iż w koncepcji Grotiusa żadne z tych praw nie było absolutne. Prawo do pozostawania na terytorium obcego państwa wymagało słusznej przyczyny oraz przestrzegania przepisów państwa pobytu. Grotius czynił w konsekwencji rozróżnienie pomiędzy cudzoziemcami zasługującymi na schronienie i opiekę oraz przestępcami[108].

Na tym tle trzeba dostrzegać, że współczesna polityka migracyjna ma swoje korzenie w okresie w stosunku do tych koncepcji późniejszym, a mianowicie rozpoczętym tuż po pokoju westfalskim procesie demarkacji granic, który nie sprowadzał się jedynie do zamknięcia geograficznie określonej przestrzeni pod władzą suwerenną, ale także doprowadził do wyznaczenia przestrzeni „przynależności" i wspólnoty osób na tym obszarze żyjących[109]. Dopiero w tym okresie

---

[106] Bardzo szczegółowo problem dokumentów podróży i paszportów w ujęciu historycznym omawia w swojej pracy J. Torpey, *Invention of the Passport. Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge 2000.

[107] Zob. szerzej V. Chetail, *Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations. An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel*, „European Journal of International Law" 2016, t. 27, nr 4, s. 903–910.

[108] Por. V. Chetail, *Sovereignty and Migration…*, op. cit., s. 909.

[109] Por. S. Mau, H. Brabandt, L. Laube, C. Roos, *Liberal States and the Freedom of Movement: Selective Borders, Unequal Mobility*, Basingstoke 2012, s. 14–15.

pojawiły się poglądy przedstawicieli doktryny prawa narodów, którzy prawo wyjazdu z własnego państwa oraz dostęp cudzoziemców do terytorium innego państwa traktowali jako odrębne byty, nie zaś – jak to ujął Vincent Chetail – dwie strony tej samej monety w postaci wolność komunikacji i poruszania się[110]. Zarówno Samuel von Pufendorf, jak i Christian von Wolff wywodzili, że państwo dysponuje dyskrecjonalną władzą odmowy wstępu cudzoziemców na własne terytorium[111].

Z punktu widzenia podejmowanej tu problematyki istotne znaczenie mają procesy zachodzące w wieku XIX, który jest opisywany jako okres przejścia ze świata kosmopolitycznego[112] do świata zamkniętych państw narodowych[113]. Przejściowość należy rozumieć jako współistnienie zjawisk charakterystycznych dla liberalnego podejścia do przepływu osób, gdzie przynależność państwowa odgrywała drugoplanową rolę – oraz przeciwstawnych im restrykcji odzwierciedlających tendencję do wprowadzenia pełnej kontroli dostępu cudzoziemców do terytorium, a także centralizację – upaństwowienie tego procesu. Z jednej strony zatem w latach 1843–1889 niemal w całej Europie zniesiono paszporty lub też ich w praktyce nie wymagano[114]. Z drugiej strony państwa wcale nie zrezygnowały z kontroli nad ruchem osobowym, a pełna swoboda podróży i osiedlania się były udziałem zamożniejszych oraz uprzywilejowanych warstw społecznych[115]. Wydaje się, że dominujące znaczenie miała ówcześnie potrzeba władzy państwowej sprawowania kontroli nad przemieszczaniem się ludności jako takiej, nie zaś tylko cudzoziemców. Poniekąd pewnym potwierdzeniem tej tezy jest fakt, iż w pierwszych badaniach prowadzonych nad

[110] Por. V. Chetail, *Sovereignty and Migration…*, op. cit., s. 907.

[111] W przypadku C. von Wolffa prawo to było uzasadnione patrymonialnym charakterem władzy państwa – poglądy te szczegółowo omawia V. Chetail, *Sovereignty and Migration…*, op. cit., s. 913 i nast.

[112] Ciekawym przykładem swoistego „kosmopolityzmu" tamtej epoki jest brzmienie art. V chińsko-amerykańskiego Traktatu Burlingame-Seward z 1868 r., w którym mowa o przyrodzonym i niezbywalnym prawie człowieka do zmiany swego domu oraz korzystania „also the mutual advantage of the free migration and emigration of their citizens and subjects respectively from one country to the other" – tekst: https://history.iowa.gov/history/education/educator-resources/primary-source-sets/immigration-regulation-response-and/burlingame-treaty [dostęp: 19.11.2024].

[113] Por. D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 41.

[114] Por. J. Torpey, *Invention of Passport…*, op. cit., s. 91–92. Choć trzeba zaznaczyć, że zostały one utrzymane w carskiej Rosji oraz imperium otomańskim.

[115] Zwłaszcza od połowy XIX w. rosła liczba funkcjonariuszy i instrumentów kontroli stosowanych na granicach jak i wewnątrz poszczególnych państw; ponadto rozbudowywano fortyfikacje graniczne, zakaz emigracji w Zjednoczonym Królestwie, Austro-Węgrzech, kryminalizowanie emigracji w wielu państwach niemieckich przed zjednoczeniem.

migracjami pod koniec XIX w. nie stosowano jeszcze w ogóle podziału na migracje wewnętrzne i międzynarodowe[116].

Pozbawienie wolności cudzoziemców w związku z kontrolą terytorium w omawianym okresie o ile znajdowało zastosowanie, to w służebnej roli wobec wydalenia. Ówcześnie dość powszechnie hołdowano tradycji pozostawiania cudzoziemcom swobody wyboru kraju do którego mieli być wydaleni[117], ale na początku XIX w. poczęto zawierać pierwsze umowy readmisyjne, które miały ułatwić wykonanie wydalenia[118].

W Europie kontynentalnej decyzje o wydaleniu były dość częstym zjawiskiem będącym konsekwencją naruszenia przepisów karnych, a w przeważającej mierze wynikały z niezdolności do zarobkowania, żebractwa i włóczęgostwa. Druga grupa wydaleń wiązała się z naruszeniami porządku publicznego oraz działalnością wywrotową[119]. Przynależność państwowa czy narodowość nie były istotne w tym znaczeniu, że kluczową kwestią było wydalenie osób sprzeciwiających się władzy, zagrażających istniejącym jej strukturom w danym państwie[120].

Nieco inaczej rzecz się przedstawiała w świecie *common law* – obawy przed importem idei jakobińskich z rewolucyjnej Francji były bezpośrednią przyczyną wprowadzenia pod koniec XVIII wieku w Anglii[121] oraz w USA[122] prawodawstwa

---

[116] Zwracają na to uwagę A. Wimmer, N. Glick-Schiller, *Methodological Nationalism and Beyond: Nation-State Building, Migration and the Social Science*, „Global Networks" 2002, t. 2, nr 4, s. 313 – autorzy podają przykład pracy: E.G. Ravenstein, *The Laws of Migration: Second Paper*, „Journal of Royal Statistical Society" 1889, t. 52, s. 241–305.

[117] Dotyczyło to przepisów belgijskich, holenderskich, także praktyki władz ówczesnej Francji. Najczęściej stosowanym mechanizmem zapobiegającym powrotowi takiego cudzoziemca była kara więzienia. Wyjątkiem w tym zakresie były Prusy i późniejsze Niemcy, które jako pierwsze stosowały zasadę wydalenia do kraju pochodzenia.

[118] Zob. szerzej N. Coleman, *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden 2009, s. 12–14.

[119] Por. F. Caestecker, *The Transformation of Nineteenth-Century West European Expulsion Policy, 1880–1914*, [w:] A. Fahrmeier, O. Faron, P. Weil (red.), *Migration Control in the North Atlantic World*, New York 2002, s. 120–121.

[120] Por. W. Walters, *Deportation, Expulsion and International Police of Aliens*, [w:] N. De Genova, N. Peutz (red.), *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Durham 2010, s. 85.

[121] W Anglii przyjęto w 1793 r. Aliens Act – por. L. Rabben, *Give Refuge to the Stranger: The Past, Present, and Future of Sanctuary*, Walnut Creek 2011, s. 74.

[122] Por. An Act Respecting Alien Enemies (1 Stat. 577), 6.07.1798, który uprawniał prezydenta do wydalenia cudzoziemców, których uznał on za zdrajców lub jednostki niebezpieczne dla pokoju lub bezpieczeństwa. Osoby, które pozostały wbrew tej decyzji lub powróciły po wydaleniu, mogły być pozbawione wolności tak długo jak tego w opinii prezydenta wymagało bezpieczeństwo publiczne (sec. 2). Co prawda, do oceny sądu należało ustalenie, czy doszło do naruszenia, ale władzy wykonawczej pozostawiano decyzję, jak długo powinno trwać to swoiste internowanie

imigracyjnego umożliwiającego detencję i wydalenie cudzoziemców niosących takie zagrożenie. Jednak w okresie późniejszym w obu tych państwach (zwłaszcza w latach 1823–1905) przypadki wydaleń poszczególnych cudzoziemców były znacznie rzadsze w porównaniu z Europą kontynentalną[123]. Pozostający na danym terytorium „przyjacielski" cudzoziemiec[124] miał prawo pobytu, które mogło być zakwestionowane jedynie sądownie, a wydalenie było traktowane jako kara. Sytuacja ta ulegała stopniowej zmianie przez cały wiek XIX między innymi także w związku z debatą na temat zakresu praw konstytucyjnych cudzoziemców[125].

W II połowie XIX stulecia dała się zaobserwować prawidłowość charakterystyczna również dla współczesnych państw narodowych, a polegająca na tym, iż konkretne grupy cudzoziemców w zależności od interesu państwa w danym momencie zaczęto postrzegać bądź jako promotorów rozwoju bądź jako intruzów[126]. Istotne jest, że w tym przypadku decyzje o wydaleniu nie opierały się na indywidualnej ocenie zachowań poszczególnych osób, lecz na kryterium narodowościowym lub obywatelstwa[127]. Jeśli można im nadać jakiś wspólny mianownik, to było nim przekonanie, że dana grupa cudzoziemców stanowi zagrożenie dla struktur politycznych czy ekonomicznych danego państwa.

Można postawić tezę, że podłożem takich regulacji była także obawa przed przewagą cudzoziemców obcych kulturowo lub etnicznie, zwłaszcza w przypadku ich dużego napływu. W Australii, USA, Kanadzie, Nowej Zelandii oraz koloniach brytyjskich przyjęto prawodawstwo, które zawierając pozornie neutralne kryteria ograniczało wjazdy osób innych ras niż biała – przede wszystkim Chińczyków.

---

po skazaniu przez sąd (sec. 3) – tekst aktu https://www.archives.gov/milestone-documents/alien-and-sedition-acts#enemies.

[123] Por. E. Fripp, red. *The Law and Practice of Expulsion and Exclusion from the United Kingdom. Deportation, removal, and Deprivation of Citizenship*, Oxford–Portland Oregon 2015, s. 3–5.

[124] Podział na „cudzoziemców przyjaciół" i „cudzoziemców wrogów" był ograniczony do czasu wojny i determinowany przynależnością do określonej strony konfliktu. Wtedy wrogi cudzoziemiec mógł zostać nie wpuszczony na terytorium państwa lub poddany detencji – por. T.W.E. Roche, *The Key in the Lock: A history of immigration control in England from 1066 to the present day*, London 1969, s. 56.

[125] Jednym z wielu podnoszonych argumentów był ten, że cudzoziemcy nie są „stroną" Konstytucji i z tego powodu nie można wyprowadzać ich praw konstytucyjnych – zob. D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 4.

[126] A. Wimmer, N. Glick-Schiller proponują następującą periodyzację relacji pomiędzy budowaniem państwa narodowego, migracją i naukami społecznymi: 1870–1918, 1919–1945, 1946–1989, 1990 – do czasów obecnych – por. *Methodological Nationalism…*, op. cit., s. 312 i nast.

[127] Por. np. we Francji wydano Dekret o ekspulsji z 1870 r. nakazujący mężczyznom pochodzenia niemieckiego opuszczenie Paryża w ciągu trzech dni – szerzej zob. B. Taithe, C*itizenship and Wars; France in Turmoil 1870–1871*, London–New York 2001, s. 82–97. Te regulacje zostały zastosowane w 1895 r. także w Tuluzie i Marsylii.

Były to pierwotnie wysokie opłaty za wjazd (*landing taxes*) oraz limity w zakresie liczby osób określonego pochodzenia, które mogą znajdować się na pokładzie statku np. w przeliczeniu liczby osób na tonę[128]. Na Zachodnim Wybrzeżu USA były to nie tylko obostrzenia w zakresie wjazdu, ale też konieczność rejestracji jako warunku legalności pobytu, a także utrudnienia w ponownym wjeździe na terytorium USA[129]. Po 1890 r. z kolei zaczęto wykorzystywać test piśmienności. Znów pozornie było to neutralne kryterium, które w rzeczywistości ograniczało wjazdy cudzoziemców głównie z Afryki i Azji, a ponadto było niezwykle wygodne w zastosowaniu, ponieważ oficerowie migracyjni dysponowali nieograniczoną praktycznie swobodą co do poziomu trudności testów i dyktand[130]. Ten typ restrykcji w stosunkowo krótkim czasie powielono w całym świecie Commonwealthu. Rozwiązania te nie były wprost dyskryminujące rasowo ze względu na międzynarodowe umowy bilateralne wiążące poszczególne państwa czy to z Chinami, czy to z Japonią, a oficjalna dyskryminacja nadwyrężyłaby dobre stosunki z tymi państwami.

Jak zauważa Daniel Ghezelbash, jedną z istotnych przyczyn tak rozpowszechnionej recepcji była obawa, że jeśli w jednym państwie prawo zostało zaostrzone, to migranci będą wybierali państwa stosujące łagodniejsze rozwiązania prawne[131]. Można tu dostrzec wyraźną paralelę dla rozprzestrzeniania się restrykcyjnego prawa migracyjnego w państwach zachodniej hemisfery w latach 90. XX w. i w XXI w. Według tego autora, jeśli w ramach jednej jurysdykcji w państwach współczesnych przyjmuje się jakieś rozwiązania maksymalizujące kontrolę migracyjną bez bezpośredniego naruszenia KSU, to wkrótce w ślad za nimi pojawiają się kolejne. Tak zdaniem tego autora tłumaczyć należy rozpowszechnione obligatoryjne stosowanie detencji w kontekście migracyjnym w USA, Australii, Kanadzie i Nowej Zelandii[132].

Otwarcie dyskryminacyjny charakter miały restrykcyjne kontrole w latach 1880–1914 tranzytu Żydów rosyjskich, którzy przez terytorium Niemiec chcieli

---

[128] Por. D. Ghezelbash, *Legal Transfers of Restrictive Immigration Laws*, „International and Comparative Law Quarterly" 2017, t. 66, nr 1, s. 239; por. np. *An Act to Make Provision for Certain Immigrants* (No. 39 of 1855), http://www.foundingdocs.gov.au/item-sdid-18.html [dostęp: 23.03.2023] – szersze omówienie tych regulacji zob. K. Cronin, *Controlling Immigration: Australian Legislation and Practice*, „Australian Law Reform Commission Reform Journal" 1999, t. 75, nr 6, s. 6–9.

[129] Zob. D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 18–23.

[130] Zob. D. Ghezelbash, *Legal Transfers…*, op. cit., s. 245–251.

[131] Por. D. Ghezelbash, *Legal transfers…*, op. cit., s. 251.

[132] Por. B. Ryan, *Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?*, [w:] B. Ryan, V. Mitsilegas (red.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Boston 2010, s. 3 i 22.

wyemigrować do USA[133], a także przeprowadzone w latach 80. XIX w. usunięcie z terytorium Niemiec około 40 tysięcy Polaków pochodzących z zaboru austriackiego i rosyjskiego[134]. Interesujące jest, że potężne niedobory rąk do pracy wymusiły w pruskiej części Niemiec powrót do korzystania z polskiej siły roboczej; stworzono jednak unikalny w ówczesnej Europie system administrowania zatrudnieniem, który miał zapobiec stałemu osiedleniu się i założeniu rodzin przez pracujących tam Polaków[135]. Jak zauważa Klaus Bade ów system miał swoje uwarunkowania raczej w ochronie bezpieczeństwa państwa niż w przekonaniu o konieczności regulacji dostępu cudzoziemców do rynku pracy; natomiast niewątpliwie stanowił on pierwowzór rozwiązań późniejszych[136].

Na przełomie XIX i XX w. przynależność państwowa stała się podstawowym elementem identyfikacji jednostki, a proces ten ściśle wiązał się z rosnącym zakresem regulacji państwa i rozwojem jego obowiązków w przestrzeni sfery dobrobytu i ochrony „narodowego" rynku pracy[137]. Wtedy też kształtowało się nowe podejście do problemu wjazdu cudzoziemców na terytorium państwa[138] – w wielu państwach pojawiło się ustawodawstwo nakładające rozmaite ograniczenia w zakresie ich wjazdu lub pobytu[139], a przedstawiciele doktryny prawa międzynarodowego pod koniec XIX w. podejmowali próby dokonania kodyfikacji ogólnych zasad dostępu cudzoziemców do terytorium oraz ewentualnego ich wykluczenia[140]. Niewątpliwie zaś ugruntował się pogląd, że żadne państwo nie ma obowiązku przyjęcia cudzoziemca. Jego władza miała być w tym zakresie dyskrecjonalna i niczym nieograniczona jak to stwierdził sąd amerykański w sprawie

---

[133] Por. K. Bade, *Migration in European History*, Malden 2003, s. 152.

[134] Por. A. Wimmer, N. Glick-Schiller, *Methodological Nationalism…*, op. cit., s. 313.

[135] Polegał on na ścisłym przypisaniu poszczególnej osoby poszczególnemu pracodawcy, rozdzielaniu kobiet i mężczyzn, zakazie wjazdu z rodziną, konieczności powrotu na tzw. okres zimowy; bardzo często robotnicy rolni musieli przebywać w jednym z licznych obozów przeznaczonych dla tej grupy.

[136] Por. K. Bade, *Migration in European…*, op. cit., s. 164.

[137] Por. m.in. K. Bade, *Migration in European…*, s. 149, 156.

[138] Zob. szerzej D. Wilsher, *Immigration detention…*, op. cit., s. 36–40.

[139] Zjednoczone Królestwo 1905, Australia: *An Act to place certain restrictions on Immigration and to provide for the removal from the Commonwealth of prohibited Immigrants*, Act No. 17 of 1901, 23.12.1901 (często cytowany w literaturze jako Immigration Restriction Act 1901), https://www5.austlii.edu.au/au/legis/cth/num_act/ira1901171901304/ira1901171901304.pdf [dostęp: 20.01.2024]; we Francji pod koniec XIX w. wprowadzono ustawodawstwo nakładające na cudzoziemców obowiązek rejestracji pobytu, a także wniesienia stosownej opłaty pobytu, jeśli chcieli oni wykonywać jakąś pracę – por. K. Bade, *Migration in European…*, op. cit., s. 170.

[140] Por. International Rules on Admission and Expulsion of Foreigners, 9.09.1892 przyjęte przez Instytut Prawa Międzynarodowego – por. także International Law Commision Third report on the expulsion of aliens by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur, 19.04.2007, A/CN. 4/581, § 4.

Nishimura Ekiu v. United States[141]. W uzasadnieniu tego orzeczenia sąd zacytował pogląd Ericha Vattela, iż jest przyjętą maksymą prawa międzynarodowego, że każdy suwerenny naród ma władzę nierozerwalnie związaną z suwerennością i niezbędną dla jej zachowania, zakazywania wjazdu cudzoziemcom w ramach swego zwierzchnictwa lub dopuszczania ich tylko w takich przypadkach i na takich warunkach, jakie uzna za odpowiednie. W doktrynie zauważono, że cytat ten został wyjęty z kontekstu i nie względniał całej konstrukcji myślowej Vattela. Ta zaś zakładała istnienie „prawa konieczności", z którego w ściśle określonych okolicznościach mogło wynikać prawo dostępu cudzoziemca do terytorium innego państwa[142].

Deportacja stała się przedmiotem bilateralnych umów międzynarodowych, a podstawową zasadą stało się obligatoryjne wydalenie do państwa pochodzenia, a nie jak do tej pory kraju wybranego przez cudzoziemca[143]. Wymagało to niejednokrotnie uruchamiania mechanizmów dyplomatycznych, mających na celu ustalenie przynależności państwowej danej osoby i było przyczyną przetrzymywania cudzoziemców oczekujących na wydalenie w aresztach[144].

Rozwój kontroli granic z jednej strony i międzynarodowego ruchu osobowego z drugiej strony w sposób bezpośredni wpłynął na to, że sięgnięto po pozbawienie wolności w ramach kontroli wjazdu, a umożliwiające ustalenie stanu zdrowia, identyfikację, kontrolę dokumentów, a także przeprowadzenie deportacji[145]. W Europie regulacje prawne przewidujące pozbawienie wolności cudzoziemca do czasu jego wydalenia pojawiły się już w 1875 r.[146] W 1905 r.

---

[141] *Nishimura Ekiu v. United States* 142 U.S. 662: „It is an accepted maxim of international law, that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty, and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions, or to admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe".

[142] Por. J. Nafziger, *The General Admission of Aliens under International Law*, „American Journal of International Law" 1983, t. 77, nr 4, s. 811; V. Chetail, *Sovereignty and Migration…*, op. cit., s. 917.

[143] Por. F. Caestecker, *The Transformation…*, op. cit., s. 128.

[144] Por. ibidem, s. 127–128.

[145] W USA np. Immigration Act z 1882 r. w sekcji 2 zakazywał wjazdu idiotom, prostytutkom, osobom niezdolnym do samodzielnego utrzymania się oraz lunatykom – por. An act to regulate immigration, Sess. I Chap. 376; 22 Stat. 214. 47th Congress, 3.08.1882; Immigration Act z 1903 r. poszerzał tę listę m.in. o anarchistów i epileptyków: por. An Act To regulate the immigration of aliens into the United States, Sess. II. Chs. 1011, 1012., 57th Congress, 3.03.1903.

[146] Por. cytowany par. 14 Danish Act No 52 of 15 May 1875 concerning the supervision of aliens and travelers: „a person not of Danish nationality is refused permission to remain in Denmark, such person will be subject to police supervision and custody until deportation can take place", tekst za: Compilation of the comments of Governments on the Draft international Covenant on Human Rights and on the Additional Proposed Articles, 22.03.1950, U.N. Doc. E/CN. 4/ 365, s. 32.

mechanizmy kontroli migracyjnej wobec niepożądanych migrantów zaczęto stosować w Zjednoczonym Królestwie, a kategoria *exclude 'undesirables'* obejmowała osoby, które nie byłyby w stanie utrzymać samodzielnie siebie i swoich bliskich[147]. Z kolei w 1914 r. deportacja oraz powiązana z nią detencja zostały przewidziane w szwedzkiej ustawie o deportacji, a przesłanki zastosowania tych środków zostały rozbudowane w ustawie o cudzoziemcach z 1927 r. i jej kolejnych nowelizacjach[148].

Pierwszym państwem na świecie, które nie tylko wprowadziło pozbawienie wolności jako obligatoryjny element procedur migracyjnych, ale też stworzyło ku temu odrębną od więziennej infrastrukturę były USA[149]. Początkowo cudzoziemców poddawano stosunkowo krótkiemu internowaniu na statkach, natomiast pierwszym ośrodkiem detencyjnym była stacja migracyjna założona w 1892 r. na wyspie Ellis w Nowym Jorku[150]. W 1910 r. podobny ośrodek utworzono na Angel Island w Zatoce San Francisco[151]. Co istotne jednak, w USA w owym czasie w mniejszym lub większym stopniu wykorzystywano środki alternatywne w postaci warunkowego zwolnienia z możliwością ponownej detencji, jeśli cudzoziemiec popadł w nędzę[152].

---

[147] Por. art. 1 ust. 3 Aliens Act 1905, z 11.08.1905 r., 5 Edw. 7, Ch. 13, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1905/13/pdfs/ukpga_19050013_en.pdf [dostęp: 20.06.2023].

[148] Zob. szerzej D. Debono, S. Rönnqvist, K. Magnusson, *Humane And Dignified? Migrants' Experiences of Living in a 'State of Deportability' in Sweden*, Malmö 2015.

[149] Na szczególną uwagę zasługuje tutaj Immigration Act z 1891 r: An act in amendment to the various acts relative to immigration and the importation of aliens under contract or agreement to perform labor, Sess. II Chap. 551; 26 Stat. 1084. 51st Congress; 3.03.1891, tekst: https://govtrackus.s3.amazonaws.com-/legislink/pdf/stat/26/STATUTE-26-Pg1084a.pdf [dostęp: 20.06.2024].

[150] Na początku swojej działalności stacja migracyjna Ellis Island była odbierana raczej w kategoriach miejsca będącego „bramą" do Ameryki niż jako instrument opresji. Głównie z tego powodu, że ówcześnie stosowana kontrola napływających mas ludzkich nie miała na celu ograniczania migracji jako takiej, lecz selekcję migrantów pod kątem zdrowia fizycznego i psychicznego lub ewentualnego braku funduszy. Stacja zakończyła swoją działalność w 1954 r. Zatrudniano tam ponad setkę personelu, a infrastruktura tego miejsca obejmowała nawet kawiarnie – zob. szerzej J.S. Berman, *Ellis Island,* New York 2003.

[151] Zob. szerzej H. Markel, A.M. Stern, *Which Face, Whose Nation? Immigration Public Health and the construction of disease at Americas Ports and Borders from 1891 to 1928*, [w:] N. Foner, R.G. Rumbaut, S.J. Gold (red.), *Immigration Research for a New Century: Multidisciplinary Perspectives*, New York 2000, s. 100–102.

[152] Por. D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 17–18.

2.2. OKRES DWÓCH WOJEN ŚWIATOWYCH

Okres dwóch wojen światowych w sposób symboliczny wyznacza koniec trwającego przez całe dziewiętnaste stulecie procesu monopolizowania przez państwo prawa do legitymizowania ruchu osobowego. W jego efekcie państwo stało się jedynym podmiotem decydującym tym, kto może wjechać na jego terytorium lub poruszać się w jego ramach i tworzenia w tym zakresie regulacji prawnych[153]. Jednocześnie wspomniana monopolizacja objęła także prawo do użycia siły i stosowania przymusu na danym terytorium, a państwo stało się podmiotem w sposób ekskluzywny władającym określoną przestrzenią. W kategoriach wyłączności zaczęto też postrzegać więź jednostki z państwem.

W momencie wybuchu I wojny światowej w pełni rozwinęły się reżim paszportowy i kontrola granic, a cudzoziemców zaczęto utożsamiać z zagrożeniem bezpieczeństwa państwa z powodu potencjalnego szpiegostwa. W związku z tym w latach 1914–1918 państwa zaangażowane w konflikt zbrojny dość powszechnie stosowały wobec „wrogich nacji" internowanie, repatriację lub deportację. Klaus Bade podaje, że łącznie w Europie trakcie I wojny światowej pozbawiono wolności około 400 tysięcy „wrogich cudzoziemców"[154]. W Zjednoczonym Królestwie liczba internowanej ludności cywilnej pochodzenia niemieckiego wyniosła w 1915 r. 32 440[155]. We Francji pod koniec tego samego u pozbawiono wolności 45 tysięcy cudzoziemców pochodzących z Niemiec, Austro-Węgier czy Turcji[156]. W Niemczech pod koniec wojny w 18 obozach przebywało 110 tysięcy cywilów. W Rosji z kolei nastąpiła potężna fala przesiedleń i deportacji Niemców rosyjskiego pochodzenia oraz Żydów[157]. W USA fala detencji miała miejsce w latach 1917–1920 na mocy *Enemy Alien Statute* z 1798 r. i objęła Amerykano-Niemców oraz Niemców mających

[153] Por. J. Torpey, *Invention of the Passport…*, op. cit., s. 4–17.

[154] Por. K. Bade, *Migration in European…*, op. cit., s. 176.

[155] Por. P. Panayi, *Barbed Wire Disease or a Prison Camp Society: The Everyday Lives of Geman Interness on Isle of Man 1914–1919*, [w:] P. Panayi (red.), *Germans as Minorities during the First World War: A Global Comparative Perspective*, Burlington 2014, s. 100; Aliens Restriction Act 1914, 5.08.1914, s. 1 (1), https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1914/12/pdfs/ukpga_19140012_en.pdf [dostęp: 20.06.2023]; zob. szerzej omówienie J. Swan, *Aliens Restriction Act*, „Criminal Law and Justice Weekly" 13.08.2016, t. 180, s. 575–577. Byli to Niemcy i osoby pochodzące z Austro-Węgier – głównie mężczyźni, uznani za zagrożenie bezpieczeństwa wewnętrznego. Część tych cudzoziemców została repatriowana, ale pod koniec wojny w obozach przebywało około 24 tysięcy osób – por. K. Bade, *Migration in European…*, op. cit., s. 176.

[156] Por. A. Bauerkämper, *National Security and Humanity: The Internment of Civilian 'Enemy Aliens' during the First World War*, „German Historical Institute London Bulletin" 2018, t. 40, nr 1, s. 71.

[157] Por. K. Bade, *Migration in European…*, op. cit., s. 177–181.

legalny pobyt na terytorium USA[158]. Wspomniane działania korespondowały z ogólną atmosferą wrogości wobec „obcych", stąd też w literaturze można spotkać pogląd, że umieszczenie ludności kojarzonej z wrogim państwem w obozach miało w pewnym ograniczonym zakresie walor ochronny i ratowało ją przed niekontrolowanymi aktami agresji i możliwym samosądem[159].

Pozbawienie wolności „wrogich cudzoziemców" w tamtym okresie stanowi pierwszy przypadek wykorzystania na tak dużą skalę detencji w specjalnie ku temu przeznaczonych obozach o rozmaitym poziomie opresyjności, przeznaczeniu i czasie funkcjonowania; obok obozów dla „wrogich cudzoziemców", tworzono także obozy dla uchodźców, obozy dla wewnętrznie przesiedlonych, obozy dla jeńców wojennych[160].

Internowanie „wrogich cudzoziemców" choć nie było powiązane w tym przypadku stricte z ich prawem do pobytu czy zezwoleniem na wjazd na terytorium państwa, było instrumentem ich ekskluzji, stosowanym w formie pozbawienia wolności w trybie administracyjnym. W tym znaczeniu zasadne jest twierdzenie, że jest to jeden z korzeni współczesnej detencji administracyjnej stosowanej wobec migrantów i osób poszukujących ochrony międzynarodowej. Jest w jakimś stopniu symptomatyczne, że w latach 1915–1920 we Francji w specjalnych obozach przetrzymywano robotników, którzy przybyli z kolonii północnoafrykańskich i południowoazjatyckich. Reżim i warunki tam panujące były tak surowe, że miejscowa ludność francuska była przekonana, że są to więźniowie[161].

W 1919 r. w Finlandii przyjęto Dekret o wjeździe i pobycie cudzoziemców na terytorium Finlandii upoważaniający policję do używania detencji w sytuacji, gdy cudzoziemcy pozostawali w tym państwie po upływie przewidzianego prawem terminu lub nie wyjechali w okresie przeznaczonym na dobrowolny wyjazd[162].

W literaturze naukowej rozpowszechnione wręcz jest określanie całego XX w. mianem „stulecia obozów"[163], natomiast warto zauważyć, że używanie

---

[158] Zob. szerzej A. Krammer, *Undue Process: the Untold Story of America's German Alien Internees*, London 1997.

[159] M. Bernadot, *Camps d'entrangers*, Paris 2008, s. 103.

[160] W. Borodziej i M. Górny podają, że w trakcie I wojny światowej łącznie było około 8,5–9 milionów jeńców – por. W. Borodziej, M. Górny, *Nasza wojna*. T. I: *Imperia 1912–1916*, Warszawa 2014, s. 189.

[161] Por. K. Bade, *Migration in European…*, op. cit., s. 169.

[162] Za. M. Kmak, A. Seilonen, *Balancing Control with Rights. Immigration Detention in Finland*, [w:] A. Nethery, S.S.J. Silverman (red.), *Immigration Detention. The Migration of a Policy and its Human Impact*, London 2014, s. 40.

[163] Zob. Z. Baumann, *Das Jahrhundert der Lager?*, [w:] M. Dabag, K. Mihran-Platt (red.), *Genozid und Moderne*, Band I: *Strukturen Kollektiver Gewalt im 20. Jahrhundert*, Opladen 1998, s. 81–99; J. Kotek, P. Rigoulot, *Das Jahrhundert der Lager. Gefangenschaft, Zwangsarbeit, Vernichtung*, Berlin

tych instytucji jest w pewnym sensie praktyką nie tyle stałą, co powtarzaną. We współczesnym ustawodawstwie określenie „obóz" nie jest używane, ale jeśli odłożyć na bok samą terminologię, to niewątpliwie można zaobserwować pewną stałą skłonność współczesnych państw do używania detencji administracyjnej w celu izolacji grup, które w danym momencie ocenia się jako zagrożenie, bądź też nie ma zgody na to, aby osiedliły się w danym państwie. Za przykład może tu posłużyć jeden z najbardziej znanych ośrodków detencyjnych we Francji *Camp de Rivesaltes*. Obóz ten założono dla uchodźców hiszpańskich w latach 1939–1941, następnie zaś reaktywowano go na potrzeby internowania *Harkis* w latach 1962–1964[164]. W 1986 r. ponownie rozpoczął on swoje funkcjonowanie jako instytucja przeznaczona głównie dla Hiszpanów, którzy wkroczyli nielegalnie na terytorium Francji, działając aż do 2007 r. jako ośrodek detencyjny dla pozostałych cudzoziemców w sytuacji nieregularnej[165].

W trakcie I wojny światowej detencja „wrogich cudzoziemców" została zastosowana jako środek zapewnienia bezpieczeństwa wewnętrznego i kontroli nad ludźmi, którym na gruncie procedur karnych nie można było zarzucić popełnienia przestępstwa. Mechanizmy te były wykorzystywane także bezpośrednio po I wojnie światowej w USA. Wydalenia i powiązanej z nim detencji używano na przykład w stosunku do osób reprezentujących środowiska o tzw. orientacji komunistycznej lub anarchistycznej[166].

Pomiędzy dwiema wojnami światowymi nierozerwalność i absolutny charakter relacji pomiędzy państwem, ludnością a tożsamością osiągnął swój szczyt, a paszport stał się niezbędnym elementem międzynarodowego ruchu osobowego[167]. Odzwierciedlenie tego można znaleźć w prawie polskim, w art. 19 w zw. z art. 2 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 23.12.1927 r. o granicach Państwa[168]. Przepis ten sankcjonował karą aresztu do roku lub karą grzywny, bądź też wskazanymi karami łącznie, zachowanie polegające na przekraczaniu granicy państwa bez właściwych dokumentów lub w miejscu do tego nieprzeznaczonym albo mimo zamknięcia ruchu granicznego.

2001; U. Herbert, *Das „Jahrhundert der Lager": Ursachen, Erscheinungsformen, Auswirkungen*, [w:] P. Reif-Spirek, B. Ritscher (red.), *Speziallager in der SBZ. Gedenkstätten mit „doppelter Vergangenheit"*, Berlin 1999, s. 11–19.

[164] Byli to Algierczycy walczący w wojnie algierskiej po stronie Francji, którzy po zakończeniu wojny wyemigrowali do Francji po porozumieniach z Evian.

[165] Obóz zamknięto w 2007 r. – zob. V. Marcos, J. Marcos, *Les camps de Rivesaltes: une histoire de l'enfermement (1935–2007)*, Portet-sur-Garonne 2009.

[166] Por. D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 30.

[167] G. Cornelisse, *Immigration detention…*, op. cit., s. 168.

[168] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 23 grudnia 1927 r. o granicach Państwa (Dz.U. z 1927 r. Nr 117, poz. 996).

W tym samym czasie w wyniku upadku imperium otomańskiego, a także rewolucji październikowej, wiele milionów ludzi znalazło się w sytuacji, w której nie mogło takich dokumentów uzyskać bądź to z powodu samych trudności natury administracyjnej, bądź to z powodu swojej bezpaństwowości. Był to asumpt do wynegocjowania pierwszych dokumentów międzynarodowego prawa uchodźczego, które umożliwiły posługiwanie się paszportami nansenowskimi[169].

Można postawić tezę, że w tym okresie faktem dokonanym stała się zmiana w statusie prawnym cudzoziemców rozumiana jako traktowanie ich w kategoriach podmiotów o odmiennej pozycji prawnej w stosunku do obywateli nie tylko w kontekście ich prawa do pobytu na danym terytorium, ale w ogóle w całym porządku prawnym państwa. Kontrola i ograniczenia stały się podstawowymi instrumentami prawa migracyjnego i kształtowania dostępu do rynku pracy[170]. Szły one w parze z kształtowaniem się protekcjonistycznej roli państwa i budową gospodarki autarkicznej. W 1920 r. w Zjednoczonym Królestwie przyjęto *Aliens Order*[171], w którym upoważniono oficerów migracyjnych do pozbawiania wolności tych osób, wobec których jeszcze nie zapadła decyzja o zgodzie na wjazd, nieregularnych migrantów lub podejrzanych o to, osób oczekujących na wydalenie, oraz tych, którzy naruszyli warunki pobytu. Władza oficerów migracyjnych była bardzo szeroka i nie podlegała ani automatycznej sądowej ocenie, ani też nie była kontrolowana pod kątem adekwatności czasu trwania pozbawienia wolności[172].

W USA wprowadzono system kwot ograniczających wjazd cudzoziemców określonej narodowości, głównie osób pochodzących spoza zachodniej hemisfery[173]. Była to kontynuacja polityki ograniczającej migrację osób narodowości chińskiej i japońskiej[174].

W tym okresie detencja przestała również funkcjonować jedynie związku z deportacją. Pojawiła się nowa kategoria cudzoziemców – takich, których

---

[169] Por. G. Jaeger, *On the History of International Protection of Refugees*, „International Review of Red Cross" 2001, t. 83, nr 843, s. 727–732.

[170] Por. K. Bade, *Migration in European…*, op. cit., s. 182.

[171] Był to akt o charakterze Statutory Rules, SR&O 1920/448, wydany na podstawie The Aliens Restriction (Amendment) Act 1919, 9 & 10 Geo. 5. c. 92.

[172] Por. A. Bloch, L. Schuster, *At the Extremes of Exclusion: Deportation, Detention and Dispersal*, „Ethnic and Racial Studies" 2005, t. 28, nr 3, s. 499.

[173] Por. Emmergency Quota Act, Ch. 8, 42 Stat. 5 of May 19, 192; The Immigration Restriction Act 1924, https://loveman.sdsu.edu/docs/1924ImmigrationAct.Pdf [dostęp: 20.06.2023] – zob. J.M. Togman, *Ramparts of Nations: Institutions and Immigration Policies in France and the United States*, Westport 2002, s. 31–33.

[174] Por. *An act to regulate the immigration of aliens to, and the residence of aliens in, the United States*, zwany także *Asiatic Barred Zone Act*, bądź *Literacy Act*, 39 Stat. 874, 64th Congress, February 5th, 1917, https://hdl.loc.gov/loc.gdc/gdclccn. 22019016 [dostęp: 15.03.2023].

pobyt nie był legalny i państwa decydowały się na ich zamknięcie w specjalnych obozach. Dotyczyło to choćby Ormian przebywających we Francji w latach 1920–1930 czy przybyłych tam uchodźców z wojny hiszpańskiej[175].

W trakcie II wojny światowej znalazły zastosowanie podobne mechanizmy jak w latach 1914–1918 z tą jednak fundamentalną różnicą, że w państwach osi represja i dyskryminacja rasowa wobec internowanych osiągnęły niespotykane dotychczas rozmiary, stając się jednocześnie instrumentem ludobójstwa i zbrodni przeciwko ludzkości. Wysoka śmiertelność i bardzo złe warunki bytowe, stanowią *signum specificum* instytucji obozu począwszy od 1860 r.[176], niewątpliwie jednak dopiero w trakcie II wojny światowej obozy koncentracyjne zostały w tych państwach użyte w sposób w pełni zamierzony jako narzędzia eksterminacji i element systemowego wyniszczenia biologicznego[177].

W państwach koalicji antyfaszystowskiej, w tym w Zjednoczonym Królestwie, Kanadzie i Australii osoby powiązane narodowościowo z Niemcami, Japonią czy Włochami podlegały internowaniu[178]. Szczególne rozmiary przybrało internowanie w USA około 120 tysięcy osób japońskiego pochodzenia, z czego około 2/3 miało obywatelstwo amerykańskie[179]. Polityka ta opierała się na założeniu, że japońskie pochodzenie ex definitione predystynuje nielojalność wobec państwa amerykańskiego. Niezwykle interesujące jest to, że inaczej traktowano Włochów i Niemców, internując jedynie te osoby, które w ocenie służb bezpieczeństwa mogły stanowić rzeczywiste niebezpieczeństwo, a po śledztwie większość została zwolniona[180].

---

[175] M. Bernadot, C*amps d'étrangers*, Paris 2008, passim, s. 52, 130; por. J.-F. Berdah, *A Devil in France. The Tragedy of Spanish Republicans and French Policey after Civil War (1936–1945)*, „Clothes. Discrimination and Tolerance in Historical Perspective" 2008, t. 3, s. 311. Warto podkreślić, że wiele z tych osób zostało ponownie aresztowanych lub deportowanych w Vichy pod rządami marszałka Petaina, por. J.F. Berdah, *A Devil in France*…, op. cit., s. 314.

[176] Por. J. Merriman, J. Winter, *Europe 1789–1914. Encyclopedia of the Age of Industry and Empire*, T. I, Detroit 2006, s. 257.

[177] Na temat oceny prawnej funkcjonowania obozów zob. m.in. J. Markiewicz-Stanny, O*bóz jako instrument ludobójstwa – analiza wybranych zagadnień*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne" 2014, t. 5, s. 167–192.

[178] Por. N. Labanca, M. Ceccorulli, *The Geography and history of camps*, [w:] N. Labanca, M. Ceccorulli (red.), *The EU, Migration and the Politics of Administrative Detention*, London 2014, s. 90.

[179] Podstawą prawną tych działań był prezydencki Executive Order 9066, z 19.02.1942 r., w którym zostali oni określeni jako *alien enemies*, https://www.nps.gov/museum/tmc/MANZ/handouts/Beads_Executive_Order_9066.pdf [dostęp: 20.06.2023].

[180] Zob. szerzej M. Ngai, *Impossible Subjects: Illegal Aliens and the Making of Modern America*, Princeton 2004, s. 175–202.

2.3. LATA 1945–1992

W okresie bezpośrednio powojennym (po II wojnie światowej) utworzono obozy dla około 40 milionów osób, które na skutek tego konfliktu znalazły się w obcych państwach i nie miały prawa do pobytu na ich terytorium[181]. Często upływały lata, zanim ich los został określony w drodze negocjacji politycznych. Z jednej strony trudno było tych ludzi odesłać do państwa pochodzenia, ale z drugiej strony nie dawano im prawa do zgodnego z prawem osiedlenia się w państwie obecnego pobytu[182]. W podobnej sytuacji znaleźli się *harki's*, którzy w liczbie około 90 tysięcy osób zostali internowani w obozach we Francji po porozumieniach z Evian w 1962 r.[183].

Po 1945 r. narodził się nowy ład prawnomiędzynarodowy, w ramach którego z jednej strony nadal przyjmowano, że państwo jest jedynym decydentem co do tego kto i na jakich zasadach może przebywać na jego terytorium. Z drugiej strony, jak zauważa Vincent Chetail, ten element jurysdykcji państwa co do zasady i w istocie rzeczy krajowy uległ internacjonalizacji poprzez prawo zwyczajowe i traktatowe. W art. 2 ust. 1 ostatnie zdanie *Deklaracji praw osób nie mających obywatelstwa państw, które zamieszkują,* stanowi się, że prawo państwa do kontroli wjazdu i pobytu cudzoziemców nie może być sprzeczne z jego międzynarodowymi zobowiązaniami, w tym tymi, które dotyczą praw człowieka[184].

Problemy, z jakimi borykano się w wyniku II wojny światowej, niewątpliwie zdeterminowały sposób uregulowania detencji w KSU. Najistotniejsze wydaje się, że w tym traktacie wprowadzono dystynkcję pomiędzy detencją w czasie wojny i innych sytuacji nadzwyczajnych, o których mowa w art. 9 tego traktatu – oraz pozbawieniem wolności w czasie pokoju, regulowanym przez art. 26 i 31.

W przypadku czasów pokoju w KSU dokonano rozróżnienia pomiędzy uchodźcami przebywającymi legalnie i nielegalnie na terytorium państwa. Zgodnie z art. 26 KSU ci, którzy przebywają legalnie (*refugees lawfully in it's*

---

[181] G. Loescher, *The UNHCR and World Politics: A Perrilous Path*, Oxford 2001, s. 34.

[182] Por. D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 126; szczegółowo na temat funkcjonowania tych obozów zob. G. Woodbridge, *UNRRA: The History of the United Nations Relief and Rehabilitation Administration*, T. 2, New York 1950, s. 496–532.

[183] Zob. także S. Thenault, *Wartime Internment of Algerians in the Ninetennth and Twentieth Centuries; For a History of Forms Captivity in the Long Term*, [w:] A.M. Pathé, F. Théofilakis (red.), *Wartime Captivity in the 20th Century: Archives, Stories, Memoriess*, New York 2016, s. 193–197; C. Eldridge, *From Empire to Exile: History and Memory within the Pied-Noir and Harki Communities 1962–2012*, Manchester 2016, s. 70–98.

[184] ZO ONZ, Rezolucja 40/144 Declaration on the Human Rights of Individuals Who Are Not Nationals of the Country in Which They Live, A/RES/40/144, 13.12.1985, https://www.refworld.org/legal/resolution/unga/1985/en/7028 [dostęp: 1.07.2023].

territory), korzystają z prawa do swobodnego poruszania się. Natomiast kwestię pozbawienia wolności przebywających nielegalnie uregulowano w art. 31 tego traktatu.

Następnie, niemal w tym samym czasie (a więc w r. 1949), przyjęto IV Konwencję Genewską, w której położono kres legalności zbiorowego pozbawienia wolności „wrogich cudzoziemców" ze względu na ich przynależność państwową[185]. Po pierwsze w art. 42 IV KG ustanowiono regułę, że internowanie cudzoziemców lub wyznaczenie im przymusowego miejsca zamieszkania może mieć miejsce tylko wówczas, gdy wymaga tego bezwzględnie bezpieczeństwo państwa, w którego władzy osoby te się znajdują[186]. W Konwencji tej zagwarantowano osobom internowanym prawo do wniesienia żądania o ponowne rozpatrzenie decyzji o internowaniu w jak najkrótszym czasie przez sąd lub organ administracyjny, a także periodycznej ich kontroli (art. 43)[187].

Odnotować trzeba, że w 1950 r. wynegocjowano Europejską Konwencję Praw Człowieka, w której wprowadzono wyjątek dopuszczający pozbawienie wolności w celu kontroli nad ruchem osobowym w art. 5 ust. 1 lit. f. Problem pozbawienia wolności cudzoziemców w kontekście migracyjnym poruszano w trakcie prac nad Powszechną Deklaracją Praw Człowieka i negocjacji tekstu Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Ostatecznie jednak w obu dokumentach zrezygnowano z wprowadzenia katalogu okoliczności, w których dopuszczalna jest ingerencja w prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego[188].

Po okresie późnych lat 40. i wczesnych lat 50. zastosowanie detencji wobec cudzoziemców z powodów migracyjnych było zjawiskiem incydentalnym – państwa nie tworzyły wtedy ani rozbudowanej infrastruktury, ani też nie przyjmowano zbyt wielu regulacji prawnych w tym przedmiocie[189]. W USA w 1953 r.

---

[185] Konwencja o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV konwencja genewska), 12.08.1949 (Dz.U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171, załącznik).

[186] W orzecznictwie MTKJ interpretuje się ten przepis jako nakazujący zindywidualizowaną ocenę każdego przypadku – por. *Prosecutor v. Delalić*, Case Nr IT-96-21-T, Judgment, Trial Chamber, § 576, a także sprawa *Prosecutor v. Dario Kordić, Mario Cerkez*, Case IT-95-14/2T, Judgment, Trial Chamber, 26.02.2001, § 282–285.

[187] Por. również art. 78 IV KG: w przypadku okupacji przewiduje się możliwość zastosowania wobec cudzoziemców środków zabezpieczających w postaci przymusowego miejsca zamieszkania lub internowania, ale tylko wtedy gdy będzie to konieczne ze względu na nagłe wymagania bezpieczeństwa. Decyzje w tym przedmiocie będą wydane w normalnym postępowaniu, które mocarstwo okupacyjne ustali zgodnie z postanowieniami niniejszej konwencji. Ustanawia się wymóg odwołania, które powinno być rozpatrzone w możliwie krótkim terminie.

[188] Por. L. Marcoux Jr, *Protection from Arbitrary Arrest and Detention under International Law*, „Boston College International & Comparative Law Review" 1982, t. 5, nr 2, s. 348.

[189] Trzeba wspomnieć jednak, że w USA na fali maccartyzmu dość powszechnie stosowano detencję cudzoziemców uzasadnioną względami bezpieczeństwa państwa – zob. szerzej D. Wilsher,

zamknięto stację migracyjną na Ellis Island, a w latach 1954–1981 wobec cudzoziemców o nieuregulowanym statusie stosowano przede wszystkim środki o charakterze wolnościowym[190].

Również detencja w kontekście ochrony międzynarodowej po rozwiązaniu problemów uchodźstwa II wojny światowej w państwach zachodnich pozostawała zagadnieniem bez większego znaczenia praktycznego aż do lat 80.[191] Ten stan rzeczy znalazł odzwierciedlenie w Konkluzjach Komitetu Wykonawczego nr 7 z 1977 r. Komitet w ogóle nie poruszył w nich kwestii *asylum seekers*, odnosząc się wyłącznie do sytuacji uznanych uchodźców. Wskazał on, że decyzja o wydaleniu powinna być połączona z pozbawieniem wolności tylko wtedy, jeśli jest to absolutnie niezbędne ze względu na bezpieczeństwo państwa lub porządek publiczny i nie może być nadmiernie przedłużana. Istotne jest, że wyraźnie położono tu nacisk na element indywidualizacji oceny, a także kwestię proporcjonalności trwania pozbawienia wolności[192].

Natomiast pierwsze sygnały, że pozbawienie wolności w sposób sprzeczny z KSU staje się problemem odnotowano w 1979 r. na konferencji w Arushy poświęconej sytuacji uchodźców w Afryce[193]. Ponownie, choć nie bezpośrednio, problem detencji pojawił się w Konkluzjach Komitetu Wykonawczego Nr 22 w 1981 r.[194] Ten dokument odnosił się do uchodźstwa o charakterze masowym, z którym w tym czasie zaczęły się zmagać państwa globalnego południa i rozwijające się. Chodziło więc o zdestabilizowaną Amerykę Środkową, wojnę w Afganistanie, której efektem były miliony uciekinierów w państwach Azji Środkowej, a także Afrykę nękaną postkolonialnymi konfliktami

Immigration Detention…, op. cit., s. 59–63. Por. tu orzeczenia w sprawie *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953) oraz *Carslon v. Landon*, 342 U.S. 524 (1952), s. 537.

[190] W 1952 r. przyjęto nowy Immigration and Nationality Act, 27.06.1952, Ch. 47, Stat. 66, public law 414 przewidujący cały szereg alternatyw, nawet jeśli zarządzono deportację. Co prawda, prawo wciąż wymagało zastosowania detencji w trakcie procedury wjazdu, ale rząd przyjął system „zwolnień warunkowych" (*parole*), które właściwie powodowały, że większość imigrantów pozostawała na wolności.

[191] Por. D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 130–131.

[192] Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *Expulsion No. 7 (XXVIII) – 1977*, 12 October 1977, Nr 7 (XXVIII). Contained in United Nations General Assembly Document Nr 12A (A/32/12/Add. 1). Conclusion endorsed by the Executive Committee of the High Commissioner's Programme upon the recommendation of the Sub-Committee of the Whole on International Protection of Refugees, 12.10.1977, lit. „e" http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c4320/expulsion.html [dostęp:23.03.2023].

[193] Por. G. Goodwin-Gill, *International Law and Detention of Asylum Seekers*, „International Migration Review" 1986, t. 29, nr 2, s. 193.

[194] Por. Executive Committee Conclusions Nr 22 (XXII) – 1981 Protection of Asylum Seekers in Situations of Large-scale Influx, Report of 32nd Session: A/AC. 96/601, § 57 (2).

i funkcjonowaniem niezwykle represyjnych reżimów. Wtedy rozpoczęła się trwająca do dziś epoka wymuszania na uchodźcach, jak również osobach wewnętrznie przesiedlonych – przebywania w izolowanych obozach na peryferiach państw i w dużych odległościach od lokalnej społeczności[195]. Oczywiście takie przypadki zdarzały się już wcześniej, ale mowa tu o mającej powszechne zastosowanie regule. Komitet Wykonawczy wskazał w związku z tym, że osoby poszukujące ochrony międzynarodowej nie powinny być poddane innym ograniczeniom w poruszaniu się niż te, które są niezbędne dla zdrowia publicznego i porządku publicznego[196]. Tymczasem państwa utrzymujące takie obozy nie przewidywały możliwości ich opuszczenia innej niż powrót uchodźców do kraju pochodzenia w bliższej lub dalszej perspektywie. Stąd też ludność zamknięta w obozach nie była poddawana procedurom udzielania ochrony międzynarodowej, pozostając w swoistej próżni prawnej, odcięta od możliwości i praw wynikających z KSU[197]. Następnie problemy związane z arbitralną detencją były sygnalizowane przez UNHCR w 1985 r.[198]

Na początku lat 80. zaobserwowano początki zasadniczych zmian w polityce migracyjnej w USA i w Europie. W tym pierwszym przypadku kluczowy był rok 1981, kiedy to w wyniku potężnego napływu ludności z Kuby oraz Haiti administracja prezydenta Ronalda Reagana odstąpiła od dotychczasowej polityki stosowania środków wolnościowych wobec osób poszukujących ochrony międzynarodowej i w USA rozpoczęła się era zastosowania na szeroką skalę detencji w bardzo opresyjnych warunkach[199].

Również w poszczególnych państwach europejskich w latach 80. rozpoczął się stopniowy proces tworzenia lub rozbudowy ośrodków detencyjnych i zaostrzania polityki migracyjnej. W 1981 r. we Francji przyjęto akt prawny wprowadzający podwójny test niezbędności oraz kontrolę sądową pozbawienia wolności cudzoziemców, którzy, o ile było to konieczne, mieli przebywać w specjalnych ośrodkach[200]. Opierając się na tych regulacjach, funkcjonował

[195] Należy zauważyć, że w okresie lat 60. i 70. uchodźcy w Afryce nie byli pozbawiani wolności i mieli możliwość osiedlenia się w danym kraju.

[196] Por. II A2 (a) KSU.

[197] Por. D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 133.

[198] Por. UNHCR, Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *General Conclusion on International Protection No. 36 (XXXVI) – 1985*, Nr 36 (XXXVI), 18.10.1985, lit. f; Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Refugee Children No. 47 (XXXVIII) – 1987, Nr 47 (XXXVIII), 12.10.1987, lit. (e).

[199] Por. C. Joppke, *Immigration and the Nation State: USA, Germany, Great Britain*, Oxford 1999, s. 47.

[200] Loi n° 81–82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000516044 [dostęp: 23.01.2024].

wspomniany *Camp de Rivelsate* czy *Camp of Bourg-Lastic*, służący internowaniu irackich Kurdów[201]. W 1992 r. rząd francuski wprowadził tzw. strefy oczekiwania (*zone d'attente)* w celu przetrzymywania w nich cudzoziemców, którym odmówiono wjazdu i tych, którzy wnioskowali o wjazd na potrzeby procedur ochrony międzynarodowej w portach lotniczych, morskich i na stacjach kolejowych[202]. W 1988 r. powstał także pierwszy ośrodek detencyjny w Belgii[203].

W literaturze stawia się tezę, iż w Europie Zachodniej szczególne warunki dla zastosowania detencji na obecną skalę powstały na skutek zaistnienia dwóch równoległych zjawisk: rozwoju integracji europejskiej i niespotykanego wcześniej napływu cudzoziemców z innych kontynentów. Przez całe lata 80. w całej zachodniej hemisferze odnotowywano wzrost liczby osób poszukujących ochrony międzynarodowej. Liczba wniosków o jej udzielenie rejestrowanych rocznie w Europie, Ameryce, Australii i Japonii wzrosła ze 100 tysięcy w 1983 r. do 891 tysięcy w 1992 r.[204]

W tych okolicznościach pomiędzy UNHCR a zainteresowanymi państwami doszło do debaty na temat sposobu zastosowania środków detencyjnych i interpretacji KSU. Jej efektem końcowym było przyjęcie Konkluzji Komitetu Wykonawczego nr 44 w 1986 r. Dokument ten zasługuje na szczególną uwagę między innymi z tego powodu, że rozszerzał zakres podmiotowy ochrony wynikającej z art. 31 Konwencji dot. statusu uchodźców, odnosząc się również do osób poszukujących ochrony międzynarodowej. Z drugiej strony wprowadzał on regulacje umożliwiające stosowanie detencji w szerokich okolicznościach. W doktrynie podnosi się, że był to źle opracowany i nieprzemyślany dokument będący wynikiem pewnego kompromisu, który odzwierciedlał obawy państw zachodnich związane z zagrożeniem bezpieczeństwa, jakie miałby nieść ze sobą napływ uchodźców[205].

Jednocześnie trzeba dostrzegać, że na przestrzeni lat 80. doszło do istotnego rozdźwięku pomiędzy standardami UNHCR a tym, co rzeczywiście w zakresie detencji uchodźców praktykowano. Przede wszystkim odnotowano wzrost liczby przypadków długotrwałego pozbawienia wolności uchodźców w bardzo złych

---

[201] Por. S.J. Laizer, *Into Kurdistan: Frontiers Under Fire*, London–New York 1991, s. 108.

[202] Ich funkcjonowanie stało się przedmiotem wyroku w sprawie *Amuur v. Francja*, skarga nr 19776/92, wyrok ETPC z 25.06.1996 r., który stanowi jedno z najistotniejszych orzeczeń ETPC w tej materii. Początkowo zastosowanie tego środka nie miało podstawy prawnej, ale na skutek odpowiednich zmian stało się dopuszczalne na okres 20 dni z możliwością sądowego przedłużenia o kolejnych dziesięć.

[203] Por. S. Gsir, *Report from Belgium*, [w:] J. Doomernik, M. Jandl (red.), *Modes of Migration Regulation and Control in Europe*, Amsterdam 2008, s. 55.

[204] Za D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 133.

[205] Por. ibidem, s. 134.

warunkach, bez stosownego uzasadnienia. Ponadto pojawiły takie problemy jak: przetrzymywanie uchodźców razem z przestępcami pospolitymi, przepełnienie i tragiczne warunki higieniczne w miejscach pozbawienia wolności[206].

Z początkiem lat 90. imigracja nieregularna stała się rosnącym problemem państw byłego bloku wschodniego[207]. Z powodu otwarcia granic i reform ekonomicznych państwa te stały się atrakcyjniejsze zwłaszcza dla obywateli państw kaukaskich, Azji Środkowej, byłej Jugosławii. Ponadto na skutek rozpadu Związku Radzieckiego pojawiły się całe grupy ludności osiadłej, niemającej obywatelstwa państwa, w którym przebywały. Jednocześnie warto zwrócić uwagę, że wszystkie państwa postkomunistyczne miały wspólne doświadczenie kilkudziesięciu lat obowiązywania restrykcyjnych przepisów w zakresie wjazdu i wyjazdu z kraju, funkcjonowania rozwiniętych mechanizmów kontroli nad stosunkowo wąską grupą cudzoziemców, a także rozbudowanego prawodawstwa skoncentrowanego na restrykcjach w zakresie wolności poruszania się własnych obywateli. Aczkolwiek większość z tych rygorów uległa redukcji, to jednak ich wieloletnie wcześniejsze obowiązywanie utrwaliło w tych społeczeństwach pewien typ myślenia, który można określić jako kulturę kontroli nad jednostką. Jak się wydaje, uwagi te mają zastosowanie również do Polski[208].

W PRL do końca lat 80. imigracja była znikoma, a wszelkie kwestie związane z cudzoziemcami przebywającymi w Polsce zostały powierzone Komendom Wojewódzkim milicji[209]. Zgodnie z art. 30 dekretu z dnia 23.03.1956 r. o ochronie granic państwowych[210] karze więzienia od roku do lat 5 podlegał ten, kto przekraczał granicę państwową bez zezwolenia. Przestępstwo nielegalnego przekroczenia granicy zostało po raz pierwszy wprowadzone do kodeksu karnego z 1969 r. w art. 288 w rozdziale XXXVI zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu"[211]. Jego późniejszą i bardziej rozbudowaną wersją jest art. 264 kodeksu karnego z 1997 r.[212]

Cezurą zamykającą te rozważania jest 1992 r., kiedy to RP ratyfikowała Konwencję dot. statusu uchodźców, a jednocześnie do ustawy o cudzoziemcach z 1963 r.[213] wprowadzono trzy nowe instytucje: zatrzymanie cudzoziemca do

---

[206] UNHCR, Note on International Protection, A/AC. 96/713, 15.08.1988, § 21.

[207] Por. A. Bloch, E. Schuster, *At the Extremes of Exclusion…*, op. cit., s. 492.

[208] Por. uwagi P. Dąbrowskiego, *Cudzoziemiec niepożądany…*, op. cit., s. 62–69.

[209] Por. M. Matkowska, *Polska polityka migracyjna. Zarys problemu*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania" 2013, nr 33, s. 80.

[210] Dz.U. z 1956 r. Nr 9, poz. 51 ze zm.

[211] Ustawa Kodeks karny z 19.04.1969 r. (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94 ze zm.).

[212] Ustawa Kodeks karny z 6.06.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

[213] Ustawa o cudzoziemcach z 29.03.1963 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 7, poz. 30).

48 godzin, wyznaczenie przymusowego pobytu w ośrodku strzeżonym oraz areszt w celu wydalenia. Niewątpliwie od tego momentu datuje się rozwój i instytucjonalizacja ośrodków detencji cudzoziemców w Polsce.

3. WSPÓŁCZESNY KSZTAŁT DETENCJI CUDZOZIEMCÓW

3.1. DETENCJA CUDZOZIEMCÓW JAKO INSTRUMENT PRAWA I POLITYKI MIGRACYJNEJ PO 1992 R.

Rutynowe i rozpowszechnione na całym świecie stosowanie detencji wobec cudzoziemców jest fenomenem ostatniego trzydziestolecia, a bezprecedensową dynamikę jego wzrostu odnotowano w perspektywie 20–25 lat wstecz[214]. W tym czasie znacząco wzrosła liczba przypadków zastosowania środków detencyjnych oraz wydłużył się czas pozbawienia wolności[215]. Pozbawienie wolności cudzoziemców stało się elementem systemowo wpisanym w politykę migracyjną[216], a środek ten zaczęły stosować państwa niemające w tym zakresie wcześniejszych doświadczeń[217].

Obiektywnym miernikiem jest tutaj rozwój infrastruktury tworzonej specjalnie w tym celu. Tytułem przykładu utworzony w 1993 r. brytyjski ośrodek detencyjny *Campsfield House*[218] początkowo dysponował miejscami dla 250 osób, a już 10 lat później mógł przyjąć 2644 cudzoziemców[219]. W Królestwie Niderlandów

[214] Dobrze ilustruje to przykład USA, gdzie liczba migrantów poddanych detencji w 2008 r. potroiła się w stosunku do 1996 r., a w 2011 r. osiągnęła już 400 tysięcy osób rocznie – dane za Physicians for Human Rights, Dual Loyalties: The Challenges of Providing Professional Health Care to Immigration Detainees, 2011, s. 1 i 29.

[215] Por. D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 116.

[216] Por. International Detention Coalition, Draft Guiding Principles on the right to Challenge the Legality of Arbitrary Detention, s. 5, http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/DraftBasicPrinciples-/IDC_WGAD.pdf [dostęp: 20.03.2023]; G. Goodwin-Gill, *International Law and Detention of Refugees and Asylum Seekers*, „International Migration Review"1986, t. 20, nr 2, s. 204; szerzej H. O'Nions, *No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience*, „European Journal of Migration and Law" 2008, t. 10, nr 2, s. 149–185.

[217] Na przykład w Belgii pierwszy ośrodek detencyjny powstał w 1988 r. – por. S. Gsir, *Report from Belgium*, [w:] J. Doomernik, M. Jandl (red.), *Modes of Migration…*, op. cit., s. 55; stosunkowo późno, bo dopiero w 2005 r. pojawiły się pierwsze ośrodki detencyjne w Hiszpanii: dane za GDP, https://www.globaldetentionproject.org/countries/europe/spain [dostęp: 15.09.2016].

[218] Wcześniej było to więzienie dla młodocianych.

[219] Por. C. Bacon, *The Evolution of Immigration Detention in the UK: The Involvement of Private Prison Companies*, Refugee Studies Centre, wrzesień 2005, s. 2, https://www.rsc.ox.ac.uk/files/publications/working-paper-series/wp27-evolution-immigration-detention-uk-2005.pdf [dostęp: 12.09.2022].

pierwszy ośrodek detencyjny zaczął funkcjonować w 1995 r.[220] Do tego czasu cudzoziemcy byli pozbawiani wolności w niektórych więzieniach, i w 1980 r. dysponowano miejscami dla 45 osób. Natomiast w 2006 r. ośrodki detencyjne w tym państwie mogły przyjąć już 3310 cudzoziemców[221], przy czym w 2013 r. odnotowano spadek do 2000 „łóżek"[222]. Podobne procesy zachodziły poza Europą – w USA w 1994 r. ośrodki detencyjne mogły przyjąć 6785 osób, tymczasem w 2017 r. pojemność tej infrastruktury została obliczona na 45 tysięcy osób[223]. Z kolei w Australii na przełomie lat 2010/2011 liczba ośrodków detencyjnych wzrosła z 10 do 21[224].

Rozwój infrastruktury przeznaczonej na pozbawienie wolności w kontekście migracyjnym należy wiązać nie tylko z pewną normalizacją używania tego instrumentu, ale też ze zwiększonym i stale rosnącym napływem cudzoziemców w sytuacji nieregularnej. Jeśli państwa decydowały się na stosowanie detencji, musiały podjąć działania w celu poprawy warunków pozbawienia wolności, zwłaszcza jeśli chodzi o likwidację przeludnienia[225], a także dotrzymania standardu przetrzymywania migrantów oddzielnie od przestępców[226].

W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na dwie cezury czasowe, które dały szczególny impuls do rozwoju regulacji prawnych dotyczących detencji cudzoziemców. Pierwszą z nich stanowią ataki z 11 września 2001 r.[227], postrzegane jako początek rozwoju idei wzmocnienia kontroli państwa nad ruchem osobowym. Jako że kontrola ta z racji globalizacji stawała się coraz trudniejsza, nielegalne przepływy migracyjne zaczęto łączyć z zagrożeniem społeczeństwa

[220] Por. A. Leerkes, *Back to the Poorhouse? Social Protection and Social Control of Unauthorised Immigrants in the Shadow of the Welfare State*, „Journal of European Social Policy" 2016, t. 26, nr 2, s. 146.

[221] D. Broeders, *Return to Sender?: Administrative Detention of Irregular Migrants in Germany and the Netherlands*, „Punishment & Society" 2010, t. 12, nr 2, s. 169–186.

[222] Zob. C. van Schijndel, N. van Gemmert, *Vreemdelingenbewaring in getal 2009–2013*, DJI, The Hague, za: A. Leerkes, *Back to the…*, op. cit., s. 146.

[223] Dane publikowane przez GDP, www. globaldetentionproject.org [dostęp: 20.02.2020].

[224] Por. R. Sampson, G. Mitchell, *Global Trends…*, op. cit., s. 101.

[225] Por. konieczność podjęcia takich działań przez Turcję ze względu na przepełnienie dotychczas istniejącej infrastruktury, zob. szerzej, European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (dalej jako CPT), Report to the Turkish Government on the visit to Turkey carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 16 to 23 June 2015, 17.10.2017, CPT/Inf (2017) 32, s. 4.

[226] Por. na przykład zalecenie CPT sformułowane po wizytach w szwedzkich ośrodkach detencyjnych – CPT/Inf (2016) 1, 17.02.2016, § 72.

[227] Por. R. Sampson, G. Mitchell, *Global Trends…*, op. cit., s. 99; M. Welch, L. Schuster, *Detention of Asylum Seekers in the UK and USA: Deciphering Noisy and Quiet Constructions*, „Punishment & Society" 2005, t. 7, nr 4, s. 397.

i państwa[228]. Następnie w przypadku UE, za drugi punkt zwrotny należy uznać wejście w życie dyrektywy 2008/115/WE. Przepisy tego aktu prawnego przyczyniły się do tego, że systematycznie używanie detencji zaczęto postrzegać jako legitymizowane narzędzie polityki migracyjnej[229]. Co prawda, na poziomie UE detencja już była uwzględniona w mechanizmach rozporządzenia Dublin II[230], ale to właśnie dyrektywa 2008/115/WE wyznacza początek procesu swoistej instytucjonalizacji detencji, który jeszcze się pogłębił po 2015 r.[231] Trzeba przy tym zauważyć, że wprowadzona dyrektywą rutynowość detencji wywołała sprzeciw na forum międzynarodowym, a szczególnie krytycznie odnoszono się do dopuszczalności stosowania łącznie 18-miesięcznego okresu pozbawienia wolności[232].

W swoistym sprzężeniu zwrotnym w stosunku do wzrostu restrykcyjności polityki migracyjnej, na początku nowego millenium zaczęły się pojawiać coraz liczniejsze dokumenty i kampanie podnoszące problem braku poszanowania praw cudzoziemców w sytuacji nieregularnej. Od początku lat dziewięćdziesiątych w dokumentach UNHCR stwierdzano, iż ochrona uchodźców doznaje uszczerbku w związku z nieuzasadnioną i długotrwałą detencją[233]. W 2010 r. w Rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy stwierdzono, że pomimo powszechnej zgody co do tego, iż pozbawienie wolności w procedurach migracyjnych powinno być stosowane w ostateczności, jest ono środkiem używanym w pierwszej kolejności i pełni funkcję odstraszającą[234].

---

[228] A. Bloch, L. Schuster, *At the Extremes of Exclusion*…, op. cit., s. 492.

[229] Por. SRHRM, Report: Regional Study: Management of the External Borders of the European Union and its Impact on the Human Rights of Migrants, 24.04.2013, A/HRC/23/46, 24.04.2013, § 47; por. V. Mitsilegas, *The Criminalization of Migration*…, op. cit., s. 96.

[230] Rozporządzenie Rady (WE) nr 343/2003 z dnia 18.02.2003 r. *ustanawiające kryteria i mechanizmy określania państwa członkowskiego właściwego dla rozpatrywania wniosku o azyl, wniesionego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego* (Dz. Urz. UE L 50 z 25.02.2003 r., s. 1).

[231] Por. I. Majcher, M. Flynn, M. Grange, *Immigration Detention in the European Union. In the Shadow of the „Crisis"*, Cham 2020, s. 8.

[232] Por. brzmienie art. 15 ust. 5 dyrektywy nr 2008/115/WE; krytyczne uwagi w tym zakresie podnieśli w swym liście do państwa prezydującego ówcześnie UE eksperci ONZ, a także Komisarz ds. Praw Człowieka Rady Europy, por. Commissioner for Human Rights, *Criminalization of Migration in Europe: Human Rights Implications*, CommDH/IssuePaper (2010)1, Strasbourg 2010, https://rm.coe.int/16806da917 [dostęp: 20.06.2023]. s. 3; por. także T. Hammarberg, *It Is Wrong*…, op. cit., s. 384.

[233] Executive Committee of the High Commissioner's Programme, General Conclusion on International Protection No. 71 (XLIV) – 1993, 8.10.1993, Nr 71 (XLIV), lit. (f); z kolei w General Conclusion on International Protection No. 108 (LIX) – 2008, 10.10.2008 zwrócono uwagę na długotrwałą detencję i uchodźstwo przewlekłe: wstęp oraz litery (l) – (n).

[234] Por. Zgromadzenie Parlamentarne RE, Resolution 1707 (2010), Detention of asylum seekers and irregular migrants, 28.01.2010, pkt 3.

Rok wcześniej Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w Rezolucji 63/184 wezwało państwa do zaprzestania stosowania arbitralnej detencji i aresztowań migrantów w sytuacji nieregularnej, a także zweryfikowania okresów pozbawienia wolności w celu uniknięcia nadmiernego czy też nadużywającego jego zastosowania oraz przyjęcia, o ile to możliwe środków alternatywnych[235]. Jednocześnie przynaglono w niej do przyjęcia efektywnych środków w celu zapobiegania i karania wszelkich form bezprawnego pozbawienia wolności migrantów przez poszczególne osoby lub grupy[236]. W Rezolucji zwrócono także uwagę na konieczność szkolenia funkcjonariuszy państwa w taki sposób, aby traktowali migrantów z szacunkiem i zgodnie z obowiązującym prawem. Podobną w treści Rezolucję przyjęła Rada Praw Człowieka, wzywając w niej do zaprzestania arbitralnych aresztowań i detencji migrantów oraz przyjęcia, o ile są one zastosowalne, alternatyw wobec detencji[237].

Na tym tle trzeba zauważyć, że w dłuższej perspektywie czasowej okazało się, że rozwiązania przyjęte w dyrektywie 2008/115/WE, które początkowo wydawały się niezwykle surowe, wymusiły w wielu państwach UE wprowadzenie wymogu traktowania detencji jako ośrodka ostatecznego, kontrolę sądową decyzji o pozbawieniu wolności lub o jego przedłużeniu, a przede wszystkim wprowadzono do prawodawstwa krajowego środki alternatywne do detencji i zaczęto po nie sięgać w praktyce[238].

Oczywiście ma tu znaczenie liczba wjazdów cudzoziemców, ale są autorzy zwracający uwagę, że nie zawsze daje się zaobserwować bezpośredni związek pomiędzy samym wzrostem liczb a zaostrzeniem przepisów migracyjnych, co zazwyczaj skutkuje większą liczbą przypadków detencji. Zarówno w USA, jak i Zjednoczonym Królestwie odnotowano na przykład, że w okresach spadku napływów migracyjnych raz zaostrzona polityka migracyjna nie ulegała złagodzeniu[239]. Wydaje się to zrozumiałe, jeśli wziąć pod uwagę, że niezwykle istotną rolę odgrywa nie tylko sama liczba cudzoziemców, ale także klimat społeczny i polityczny wokół nich.

Podsumowując, można stwierdzić, że obecnie liczba cudzoziemców pozbawionych wolności w kontekście migracyjnym na całym świecie jest znacznie

---

[235] Por. Rezolucje Zgromadzenia Ogólnego NZ: A/RES/63/184, 18.12.2008, § 9; A/RES/64/166, 18.12.2009, § 4a.

[236] Por. Rezolucja ZO NZ: A/RES/63/184, (…) § 10.

[237] Rada Praw Człowieka, Rezolucja 15/16 *Human rights of migrants*, A/HRC/RES/15/16, 6.10.2010, § 8.

[238] Zob. KE, Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu w sprawie polityki UE w zakresie powrotów, COM (2014) 0199 final, 28.03.2014, s. 16–24, CELEX:52014DC0199.

[239] Por. A. Bloch, E. Schuster, *At the Extremes of Exclusion*…, op. cit., s. 492.

wyższa w stosunku do okresu lat 80. czy początku 90. W państwach europejskich zastosowanie środków detencyjnych wobec cudzoziemców w sytuacji nieregularnej jest dość powszechną praktyką, częściowo łagodzoną poprzez częstsze sięganie po środki alternatywne, przykładanie większej wagi do standardów i warunków panujących w ośrodkach detencyjnych, a także unikanie w stopniu większym niż do tej pory pozbawiania wolności dzieci i rodzin z dziećmi[240].

3.2. SPECYFIKA DETENCJI CUDZOZIEMCÓW

Przedmiot niniejszej monografii dotyczy instytucji, której dolegliwość i formy występowania są bardzo zróżnicowane. Może tu chodzić zarówno o kilku – kilkunastogodzinny okres przetrzymywania cudzoziemca w specjalnym pomieszczeniu na lotnisku[241], jak i o wielomiesięczny pobyt w izolowanych od świata specjalnych ośrodkach detencyjnych[242]; aczkolwiek nie jest to regułą, wciąż zdarzają się przypadki detencji kilkuletniej[243]. Zróżnicowane pozostają warunki pozbawienia wolności: odmienności obserwuje się nie tylko w obrębie poszczególnych państw[244], lecz nawet pomiędzy ośrodkami w jednym państwie reprezentującymi formalnie ten sam typ placówek[245]. Jednocześnie trzeba odnotować, że specyficzną formą ośrodków, gdzie stosuje się detencję są *hotspoty*[246], których

[240] Por. W. Klaus, A. Kunicka, *Detencja dzieci cudzoziemców*, „Biuletyn RPO. Źródła" 2012, nr 11, s. 59.

[241] Por. stan faktyczny w sprawie *Nolan i K. v. Rosja*, skarga nr 2512/04, wyrok ETPC z 12.02.2009 r.

[242] Por. np. sytuację osób poszukujących ochrony międzynarodowej u wybrzeży Australii, a przetrzymywanych na wyspie Manus pod jurysdykcją Papui Nowej Gwinei ok. 10 tys. km od Sidney.

[243] Na przykład przeciętny czas pobytu cudzoziemca w ośrodkach detencyjnych na wyspie Melila wynosi około dwóch lat – por. H. Koff, G. Naranjo Giraldo, *Living on the Edge: Migration, Citizenship and the Renegotiation of Social Contracts in European Border Regions*, [w:] F. Fauri (red.), *The History of Migration on Europe: Prospectives from Economics, Politics and Sociology*, London–New York 2015, s. 241; por. także sytuację w Bułgarii: European Network on Statelessness, *Protecting Stateless Persons from Arbitrary Detention in Bulgaria*, London 2017, s. 5.

[244] Odnośnie do praktyki brytyjskiej M. Bosworth, *Border Criminologies: Assessing the Changing Architecture of Crime and Punishment*, Global Detention Project Working Paper No 10, 2016, s. 2.

[245] Por. krytyczne uwagi Komitetu przeciwko Torturom (dalej jako KPT) dotyczące zróżnicowania warunków i traktowania cudzoziemców w poszczególnych Polizei Anhalte Zentrums – Concluding observations of the Committee against Torture: Austria. CAT/C/AUT/CO/4-5, 20.05.2010.

[246] Obszar hotspotu oznacza obszar utworzony na wniosek przyjmującego państwa członkowskiego, na którym przyjmujące państwo członkowskie, Komisja, właściwe agencje Unii i uczestniczące państwa członkowskie współpracują w celu zarządzania istniejącym lub potencjalnym wyjątkowo trudnym wyzwaniem związanym z migracją, które charakteryzuje się znacznym wzrostem

funkcjonowanie zostało zainicjowane w maju 2015 r. przez Komisję Europejską[247]. Są to placówki obecnie lokowane na granicy włoskiej i greckiej w celu lepszego zarządzania migracjami poprzez zapewnienie, że przybywający cudzoziemcy są identyfikowani, rejestrowani i poddani właściwym procedurom.

Zakres podmiotowy detencji jest niezwykle szeroki w tym znaczeniu, że obejmuje osoby w każdym wieku, płci i stanie zdrowia. Pozbawia się wolności samotnie podróżujących dorosłych, rodziny, jak również dzieci pozbawione opieki. Są to sprawni fizycznie, zdrowi ludzie, jak i osoby chore (w tym zakażone wirusem HIV), kobiety w ciąży, osoby w podeszłym wieku, ofiary tortur, ofiary prześladowań często cierpiące poważnie psychicznie z powodu stresu pourazowego. Jeśli wziąć pod uwagę inne elementy można pisać o obywatelach innego państwa, bezpaństwowcach, migrantach nieregularnych, uchodźcach, osobach poszukujących ochrony międzynarodowej, migrantach ekonomicznych, ofiarach handlu ludźmi, przemycanych migrantach. Stosowne normy prawa międzynarodowego nakazują odmienne traktowanie osób przynależących do tych poszczególnych grup, a kluczowe znaczenie ma zasada rozróżniania uchodźców i osób poszukujących ochrony międzynarodowej od pozostałych migrantów[248]. W praktyce cudzoziemcy najpierw są identyfikowani jako ci bez dokumentów, którzy nielegalnie przekroczyli granicę czy naruszyli przepisy dotyczące pobytu. Trzeba tu jednak wskazać na okoliczność obiektywnie występującą – ustalenie czy dany cudzoziemiec jest uchodźcą, dzieckiem lub ofiarą tortur wymaga niejednokrotnie podjęcia całego szeregu czynności administracyjnych lub sądowych.

Środki detencyjne stosowane wobec cudzoziemców można podzielić ze względu na cel ich zastosowania: pierwszym jest pozbawienie wolności związane z zapobieżeniem nielegalnemu wjazdowi na terytorium państwa, drugim pozbawienie wolności związane z wydaleniem, określanym jako procedura powrotowa w przypadku państw UE, trzecim pozbawienie wolności połączone z procedowaniem wniosku o ochronę międzynarodową, choć należy podkreślić, iż sama okoliczność złożenia wniosku nie może być wyłączną podstawą detencji. W prawie UE przypadkiem uregulowanym odrębnie jest zastosowanie detencji w związku z procedurą dublińską, a zatem w celu przeprowadzenia procedury

liczby migrantów przybywających na granice zewnętrzne – por. rozporządzenie 2019/1896/UE, art. 2 pkt 23.

[247] Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Europejski Program w zakresie migracji, 13.05.2015 COM (2015) 240 final, s. 7.

[248] Por. UNHCR, Conclusions nr 44, lit. b; ZP RE Rezolucja 1707(2010), pkt 6.

przekazania osób poszukujących ochrony międzynarodowej[249]. Jest to podział, który najczęściej przyjmuje się w literaturze[250], przy czym w orzecznictwie ETPC pozbawienie wolności w ramach procedur ochrony międzynarodowej jest traktowane jako mieszczące się w kategorii zapobiegania nielegalnemu wjazdowi.

Powyższa typologia jest ściśle związana z procedurami, które mają zastosowanie wobec cudzoziemców. Nie oznacza to jednak, że ma ona odzwierciedlenie w rodzajach czy typach placówek, w których cudzoziemcy faktycznie są pozbawiani wolności. W dokumentach WGAD wylicza się, że detencja cudzoziemców odbywa się w placówkach na granicy i w obszarze przygranicznym, na komisariatach policji, w obiektach zarządzanych przez administrację penitencjarną, obiektach wykorzystywanych w tym celu ad hoc, przybiera postać aresztu domowego, ma miejsce w strefach tranzytowych, w wyspecjalizowanych w tym celu ośrodkach detencyjnych oraz w szpitalach[251]. Przede wszystkim zaś trzeba napisać, że cudzoziemcy są pozbawiani wolności zarówno w placówkach specjalnie ku temu przeznaczonych, jak i w miejscach powiązanych z wymiarem sprawiedliwości w sprawach karnych, co zostanie szczegółowo omówione w rozdziale poświęconym praktyce państw[252]. Michael Flynn twierdzi, że chociaż nie ma tu jednoznacznych danych, istnieje duże prawdopodobieństwo, iż używanie miejsc o proweniencji karnej jest najczęstsze w skali całego globu – głównie z braku środków na rozbudowę osobnej infrastruktury[253].

W tym miejscu należy zauważyć, że równie niejednolity jest obraz organów i służb, których kompetencji są podporządkowane instytucje, w których detencja się odbywa. Są to zarówno władze samorządowe, organy administracji rządowej na poziomie ogólnopaństwowym jak i lokalnym, policja lub jej wyspecjalizowane

[249] Por. art. 28 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 604/2013 z 26.06.2013 r. w sprawie ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich złożonego przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca (wersja przekształcona) (dalej jako Rozporządzenie Dublin III) (Dz. Urz. UE L 180 z 29.06.2013 r., s. 31).

[250] Zob. E. Guild, *Report for the European Parliament: Directorate General Internal Policies of the Union: A typology of different types of centres in Europe (DG Internal Policies of the Union, Citizens Rights and Constitutional Affairs*, Brussels 2006; G. Campesi, *Genealogies…*, op. cit., s. 530–532; G. Cornelisse, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 9–22; C. Intrand, P.A. Perrouty, *La diversité des camps d'étrangers en Europe: Présentation de la carte des camps de Migreurop*, „Cultures & Conflits" 2005, t. 57, s. 74–76; S. Silverman, E. Massa, *Why Immigration Detention is Unique*, „Population, Space and Place" 2012, t. 18, nr 6, s. 679.

[251] Por. WGAD, Report…, E/CN. 4/1998/44, 19.12.1997, op. cit., § 41.

[252] Na przykład Austria dopiero w 2014 r. otworzyła pierwszy ośrodek przeznaczony tylko dla cudzoziemców – wcześniej przebywali oni we wspomnianych Polizeianhaltezentrum (PAZ).

[253] Por. M. Flynn, *Immigration Detention and Proportionality*, Global Detention Project Working Paper No 4, 2011, s. 16, http://www.refworld.org/pdfid/545b38404.pdf [dostęp: 20.06.2023].

formacje[254], jednostki wojskowe[255], służby migracyjne sensu stricto[256]. W niektórych państwach występuje również rozproszenie kompetencji z podziałem na poszczególne grupy cudzoziemców. Na przykład na Węgrzech placówki dla osób w procedurach powrotowych znajdują się w kompetencji policji, natomiast te tworzone dla osób ubiegających się o ochronę międzynarodową podlegają służbie migracyjnej[257].

Zagadnieniem, które składa się na skomplikowany obraz omawianego problemu, jest stosowanie detencji ad hoc z wykorzystaniem do tego celu budynków i pomieszczeń do tego nieprzystosowanych. W wielu przypadkach wskazane improwizowane działania nie łączą się z traktowaniem danych miejsc w sposób formalny jako instytucji detencyjnych[258], jak również nie podlegają one kontroli pod tym kątem. Stosowanie takich rozwiązań przejściowo, krótkotrwale i w niezbędnym zakresie wydaje się dopuszczalne[259]. Zdarzało się jednak, że pomimo braku odpowiedniego przystosowania były to miejsca wykorzystywane nagminnie, przez całe lata do zatrzymań wielotygodniowych, a nawet wielomiesięcznych[260].

Ostatnim problemem, który wymaga sygnalizacji, są udokumentowane przypadki przetrzymywania migrantów przez podmioty prywatne bądź to z inicjatywy tych właśnie podmiotów i bez wiedzy władz[261], bądź też we współdziałaniu

---

[254] Por. np. w Austrii są to Landes Polizeidirektionen zgodnie z art. 78 (1) Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG), BGBl. I Nr. 100/2005 ze zm.

[255] Por. ośrodki Hal Safi oraz Lyster na terenie baz wojskowych i pod kontrolą wojska – SRHRM, Report on mission to Malta, A/HRC/29/36/Add. 3, 12.05.2015, s. 14, § 73–74.

[256] Por. Azerbejdżan: Decree No. 047 of 2012 r., Guidelines on Managing Detention Centers for Irregular Migrants under the State Migration Service of the Republic of Azerbaijan, 17.10.2012, pkt 2.1, 2.2.

[257] Aliens Policing Department of the Office of Immigration and Nationality (OIN) or the police, while the Refugee Department of the OIN orders detention according to the Asylum Act http://helsinki. hu/en/information-leaflets-for-asylum-seekers.

[258] Choć zdarza się, że tymczasowo funkcjonujące ośrodki pozbawienia wolności tak też są nazywane: np. Ad Hoc Centro de Internamiento de Extranjero-La Gomera („El Camello"), działający w Hiszpanii w 2007 r.

[259] Por. Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/57/173, 2.07.2002, § 7–8.

[260] Organizacje pozarządowe w swych raportach donosiły o półoficjalnym lub w ogóle nieodnotowywanym wykorzystywaniu pomieszczeń w porcie w Marsylii w latach 1964–1980; podobnie funkcjonowały pomieszczenia na lotnisku Roissy w latach 1980–1992 – por. Migreurope, *The Hidden Face of Immigration Detention Camps in Europe*, 2014, http://migreurop.org/IMG/pdf/hiddenfaceimmigrationcamps-okweb.pdf [dostęp: 20.09.2022], s. 13.

[261] Por. Report of the Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2002/62 Addendum Communications sent to the Governments and replies received, E/CN. 4/2003/85/Add. 1, 30.01.2003, § 146–148.

z funkcjonariuszami służb migracyjnych[262]. Szczególnym przypadkiem jest pozbawianie wolności cudzoziemców, którzy nie mają dokumentów podróży i zostali odkryci na statku już po wyjściu z portu[263].

3.3. SKALA ZJAWISKA

Badanie problematyki detencji cudzoziemców jest utrudnione z tego względu, że jest to instrument, którego stosowanie nie we wszystkich państwach jest transparentne[264]. Dane statystyczne – o ile istnieją – są niepełne lub też nie do końca adekwatne[265], często nie obejmują całej populacji cudzoziemców pozbawionych wolności[266]. Wśród przyczyn tego stanu rzeczy wymienić można: brak statystyk prowadzonych przez część państw w tym zakresie lub ograniczenie danych tylko do określonych kategorii cudzoziemców; niektóre państwa nawet jeśli gromadzą dane, to nie podają ich do publicznej wiadomości; ze względu na praktykę detencji ad hoc, część zatrzymań cudzoziemców w ogóle nie jest wykazywana jako pozbawienie wolności; należy też uwzględniać, że wiele państw traktuje detencję w strefach tranzytowych jedynie w kategoriach ograniczeń swobody poruszania się; bywa też, że „liczy" się tylko cudzoziemców pozbawionych wolności w ośrodkach detencyjnych, bez uwzględniania osób zatrzymanych przez policję i przebywających czasowo w aresztach[267]. Szczególne znaczenie ma również praktyka stosowania detencji *de facto*, kiedy to szczególnie trudno

[262] Por. np. przypadek Japonii – Addendum to the Report of the Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2002/62, E/CN. 4/2003/85/Add. 1, 29.01.2003, s. 28–29, § 93–97.

[263] Por. Migreurope, *At the Margins of Europe: Externalizations of Migration Control, 2010/2011. Protecting Stateless Persons from Arbitrary Detention in Bulgaria*, London 2017, s. 61–63.

[264] Por. K. Franko, *The Crimmigrant Other*…, op. cit., s. 69.

[265] Por. PACE Committee on Migration, Refugees and Population, Report on the detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe (the Mendonça Report), 11.01.2010, Doc. 12105, § 7.

[266] Problem braku wiarygodnych statystyk podnosi także UNHCR, wpisując poprawę sytuacji w tym zakresie jako jeden z elementów strategii globalnego przeciwdziałania detencji migracyjnej – por. UNHCR, *Beyond Detention: A Global Strategy to Support Governments to end the Detention of Asylum-Seeker and Refugees, 2014–2019*, 2014, s. 7, przyp. 3; *Migration and Human Rights. Improving Human Rights-Based Governance of International Migration*, http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_Report.pdf [dostęp: 20.06.2023], s. 37–38; KPC wyrażał zaniepokojenie brakiem statystyk dotyczących liczby osób poddawanych deportacji ze Zjednoczonego Królestwa, jak również brakiem danych o przetrzymywaniu takich osób w policyjnych celach – por. KPC, Concluding Observations, CCPR/C/GBR/CO/6, 30.07.2008, § 21.

[267] Por. C. Bacon, *The Evolution*…, op. cit., s. 6; GDP, *Uncounted: The Detention of Migrants and Asylum Seekers in Europe*, 2015, s. 3.

o ustalenie rzeczywistej liczby cudzoziemców pozbawionych wolności, dalszą kwestią są pytania o identyfikację zatrzymanych, udokumentowanie pozbawienia wolności, a także dostęp do procedur udzielania ochrony międzynarodowej[268].

Symptomatyczne jest, że Eurostat nie prowadzi w tym względzie statystyk, a oficjalny dokument[269], dotyczący liczby cudzoziemców poddanych detencji w całej Unii Europejskiej został opublikowany dopiero w 2014 r.[270] Raportem zostało objętych 25 państw członków i Norwegia, przy czym kilka państw członkowskich w ogóle nie podało danych za 2013 r.[271] Jak to spostrzegła Komisja Europejska, „dane takie jak średnia długość stosowania środka detencyjnego, podstawy zatrzymania, liczba nieudanych powrotów oraz stosowanie zakazów wjazdu, okazały się dostępne jedynie w ograniczonej liczbie państw członkowskich"[272]. Można powiedzieć, że zarysowane problemy są odzwierciedleniem trudności w gromadzeniu danych dotyczących migracji nieregularnej w ogóle. Statystyki w tym zakresie są fragmentaryczne lub też niekompletne[273].

Ponadto kluczowe wydają się nie tylko informacje o liczbie cudzoziemców pozbawionych wolności, lecz zagadnienie proporcji, w jakiej pozostają decyzje o umieszczeniu w detencji w stosunku do liczby nielegalnych wjazdów, prowadzonych postępowań powrotowych czy też decyzji o zastosowaniu środków alternatywnych[274]. Liczba 43 656 cudzoziemców pozbawionych wolności we Francji w 2022 r.[275] czy 24 500 w 2021 r. w Zjednoczonym Królestwie jest obiektywnie

---

[268] Por. stan faktyczny w sprawie *Hirsi Jamaa i innych v. Włochy*, skarga nr 27765/09, wyrok ETPC z 23.02.2012 r.

[269] *The Use of Detention and Alternatives to Detention in the Context Immigration Policies. Synthesis Report to EMN Study*, 2014. Raport nie objął Włoch, Rumunii i Danii.

[270] Dodać należy, że ta agenda unijna dysponuje jedynie danymi odnośnie do liczby osób wjeżdżających na terytorium UE.

[271] Cypr, Grecja i Portugalia.

[272] Komisja Europejska, *Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego w sprawie polityki UE w zakresie powrotów* /* COM/2014/0199 final */, s. 16.

[273] Na przykład rząd włoski przestał publikować informacje o liczbie akcji ratunkowych na morzu w 2020 r. – por. *Accesss to the territory and push backs. Italy. Country report [last updated 3 June 2021]*, https://asylumineurope. org/reports/country/italy/asylum-procedure/access-procedure-and-registration/access-territory-and-push-backs-/#_ftnref9 [dostęp: 25.09.2021]; zob. także J. Schachter, *International Standards for Measuring International Migration: Definitions, Concepts, and Terminology*, [w:] *Eurostat, Power from Statistics: Data, Information and Knowledge. Outlook Report*, Luxembourg 2018.

[274] Na temat problemów z prawidłową oceną tych zjawisk w kategoriach statystycznych zob. M. Vespe, F. Natale L. Pappalardo, *Data Sets on Irregular Migration and Irregular Migrants in the European Union*, „Migration Policy Practice" 2017, t. 7, nr 2, s. 26–33.

[275] Dane za GDP, https://www.globaldetentionproject.org/countries/europe/france#statistics--data [dostęp: 20.11.2023]. Z kolei organizacja pozarządowa La Cimade szacuje, że rocznie we

duża[276], ale też napływ migrantów do tych państw jest równie wielki. Warto w tym miejscu nadmienić, że w Polsce w 2022 r. sądy wydały 4132 postanowienia o umieszczeniu lub przedłużeniu pobytu w ośrodku strzeżonym lub areszcie dla cudzoziemców lub o przedłużeniu takiego środka, natomiast w 2021 r. takich postanowień było 5047[277].

Ustalenie czy detencja stosowana wobec cudzoziemców w danym państwie jest środkiem nie tylko dolegliwym, ale także nadużywanym, wymaga dodatkowych analiz, które wykraczają poza ramy tego opracowania. Niemniej jednak zasadne jest stwierdzenie, że zastosowanie detencji wobec cudzoziemców jest zjawiskiem występującym coraz częściej w skali całego globu. Niezależny ośrodek badań nad detencją, „Global Detention Project" w 2017 r. podał, że toku dwunastu lat swojej działalności zetknął się z informacjami o około 2100 placówek używanych w celu pozbawienia wolności w kontekście migracyjnym w 100 państwach[278]. Natomiast w raporcie z 2022 r. jest już mowa o ponad 2300 ośrodkach detencyjnych działających w 143 państwach[279]. Aczkolwiek najwięcej uwagi przyciąga restrykcyjna polityka migracyjna UE i jej państw członkowskich, warto wspomnieć, że detencja jest szeroko stosowana przez Turcję[280] oraz Federację Rosyjską[281]. Z kolei stosunkowo najrzadziej sięga się po ten instrument w państwach Ameryki Południowej[282].

Francji jest poddawanych około 50 tysięcy cudzoziemców, https://www.lacimade.org/nos-actions/retention-et-expulsion/ [dostęp: 20.01.2024].

[276] The Migration Observatory, *Immigration Detention in the UK*, https://migrationobservatory.ox.ac.uk/resources/briefings/immigration-detention-in-the-uk/ [dostęp: 20.01.2024].

[277] Por. W. Klaus, M. Szulecka, D. Wzorek, *Detencja i jej alternatywy. Analiza orzecznictwa sądowego w sprawie umieszczania cudzoziemców w ośrodkach strzeżonych*, Warszawa 2024, s. 56 i tabela nr 47.

[278] Dokładnie rzecz ujmując GDP podaje, iż w ciągu swej pracy badawczej naukowcy tego projektu przebadali właśnie taką liczbę ośrodków detencyjnych – por. GDP, *Annual Report 2017*, s. 5.

[279] Zob. szerzej GDP, *Annual Report 2022*, s. 10.

[280] Asylum Information Database (dalej jako AIDA) podaje, że w 2022 r. było to około 20 tysięcy osób ubiegających się o ochronę międzynarodową – por. AIDA, C*ountry Report: Türkiye 2022*, s. 103.

[281] W 2014 r. organizacje pozarządowe zidentyfikowały około 90 instytucji detencyjnych rozmieszczonych na terytorium Federacji Rosyjskiej, w których w tym czasie przebywało ponad 37 tysięcy osób, natomiast w 2015 r. już ponad 42 tysiące. Nowszych danych nie opublikowano – por. GDP, https://www.globaldetentionprOject.org/countries/europe/russian-federation [dostęp:20.01.2024].

[282] Chociaż w latach 2016–2017 odnotowano pewien zwrot w kierunku szerszego stosowania detencji w Ekwadorze i Argentynie; P. Ceriani Cernadas, *Immigration Detention through the Lens of International Human Rights: Lessons from South America*, Global Detention Project Working Paper No 23, 2017, s. 6–7.

4. ŹRÓDŁA PRAWA

4.1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Kluczowe dla niniejszej monografii pozostaje zagadnienie wolności jednostki od bezprawnego lub arbitralnego pozbawienia wolności. W orzecznictwie często się podkreśla, że standard ochrony wolności osobistej jednostki ma charakter fundamentalny dla demokratycznego społeczeństwa, wpisując się w kanon współcześnie formułowanych katalogów praw i wolności człowieka[283]. Wydaje się też w pełni uzasadniona teza, iż wolność od arbitralnego pozbawienia wolności przez organy państwa należy do praw jednostki najwcześniej „zidentyfikowanych" i unormowanych w systemach prawnych w ogóle[284]. Ponadto w doktrynie i orzecznictwie kwalifikuje się ją jako normę zwyczajowego prawa międzynarodowego[285] oraz *jus cogens*[286]. Zastosowanie detencji cudzoziemców w sposób arbitralny lub w celu, który nie jest przewidziany prawem jest niezwykle poważnym naruszeniem praw człowieka[287]. Jest to praktyka dyskryminacyjna i zaprzeczająca zasadom sądowego wymiaru kary.

---

[283] Por. *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 13229/03, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29.01.2008 r., § 63; *Medvedyev i inni v. Francja*, skarga nr 3394/03, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29.03.2010 r., § 76; *Ladent v. Polska*, skarga nr 11036/03, wyrok ETPC z 18.03.2008 r., § 45.

[284] Por. m.in. B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo osobiste w sprawach karnych w świetle standardów Rady Europy*, Toruń 1996, s. 15–16.

[285] Por. WGAD, *Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law*, A/HRC/22/44, 24.12.2012, § 51; *Arbitrary Detention*, A/HRC/48/55, 6.08.2021, § 62; United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*United States of America v. Iran*), Judgments, I.C.J. Reports 1980, s. 42, § 91; Restatement of the Law: The Foreign Relations Law of the United States, 1987.

[286] Por. R. Lillich, *The Growing Importance of Customary International Human Rights Law*, „Georgia Journal International & Comparative Law" 1995–1996, t. 25, nr 1, s. 3–4; L.T. Toomey, *The Declaration Against Arbitrary Detention in State-to-State Relations: A New Means of Addressing Discrimination Against Foreign and Dual Nationals?*, „Harvard Human Rights Journal" 2022, t. 35, s. 233; T. Meron, O*n a Hierarchy of International Human Rights*, „American Journal of International Law" 1986, t. 80, nr 1, s. 191–192; WGAD, *Deliberation No 9*, § 51; por. Committee on the Protection of the Rights of Migrant Workers and Their Families (dalej jako CMW), *General Comment No. 5 (2021) on Migrants' Rights to Liberty and Freedom from Arbitrary Detention and their Connection with other Human Rights*, CMW/C/GC/5, 21.07.2022, § 16.

[287] Jak stwierdził Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w sprawie zakładników w Iranie bezprawne (*wrongfully*) pozbawianie ludzi wolności w trudnych warunkach jest samo w sobie w sposób oczywisty niezgodne z zasadami Karty Narodów Zjednoczonych, jak również z podstawowymi zasadami wyrażonymi w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka – por. MTS, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I.C.J. Reports 1980, s. 3, 24.05.1980, § 91.

Jednocześnie zaś zwraca się uwagę, że pozbawienie wolności jednostki jest niezwykle często poddawane kontroli orzeczniczej organów ochrony praw człowieka, co świadczy o tym, iż praktyka państw stale przysparza wątpliwości co do tego, czy ów standard międzynarodowy jest przestrzegany[288]. Na tle praktyki ogólnoświatowej James Hathaway poczynił wręcz uwagę, iż należy wątpić, czy zakaz arbitralnego pozbawienia wolności wobec niezwykle licznych jego naruszeń powinien być traktowany jako norma zwyczajowego prawa międzynarodowego[289]. Jest też symptomatyczne, że w 2018 r. WGAD opublikowała *Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants*[290]. Wersja zrewidowana ukazała się dwadzieścia lat po pierwszej z tego względu, że pozbawianie wolności migrantów i osób ubiegających się o ochronę międzynarodową w ostatnich latach nie tylko pozostaje problemem rosnącym, ale też ewoluującym[291].

O skali problemu świadczy również i to, że stosowanie detencji jako środka ostatecznego oraz używanie alternatyw w stosunku do detencji stało się celem nr 13 *Global Compact on Safe and Orderly and Regular Migration*[292]. Z jednej strony samo sformułowanie takiego celu jest godne poparcia wobec niezwykle częstej praktyki stosowania pozbawienia wolności cudzoziemców niemal automatycznie. Z drugiej strony Global Compact należy do dokumentów *soft law* i co istotne nie tworzy nowych norm prawnych. W konsekwencji może to prowadzić do osłabienia i „rozwodnienia" istniejących zobowiązań przyjmowanych w tym zakresie w traktatach praw człowieka. Pomimo tych zastrzeżeń w doktrynie jest dostrzegany pewien potencjał wzmacniania przez postanowienia Global Compact zasady rządów prawa i ochrony cudzoziemców przed arbitralną detencją w obszarze implementacji norm prawnomiędzynarodowych na poziomie krajowym oraz monitorowanie ich przestrzegania[293].

---

[288] Zwracał na to uwagę już P. Hofmański [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*. T. I. *Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 156; por. także O. Cabaj, O. Łachacz, *Strasburski standard prawa człowieka do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Implikacje w sferze prawa polskiego*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego" 2012, s. 16.

[289] Por. J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge 2005, s. 38.

[290] WGAD, *Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants* (dalej jako *Revised Deliberation Nr 5*), 7.02.2018, A/HRC/39/45, annex, § 3.

[291] Por. ibidem. Szerzej na temat dorobku WGAD – zob. J. Genser, *The UN Working Group on Arbitrary Detention: Commentary and Guide to Practice*, Cambridge 2020.

[292] ZO ONZ, Rezolucja 73/195, Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, A/RES/73/195, 19.12.2018.

[293] Zob. I. Majcher, *GCM Objective 13: In Search of Synergies with the UN Human Rights Regime to Foster the Rule of Law in the Area of Immigration Detention*, „Laws" 2022, t. 11, s. 52, https://doi.org/10.3390/laws-11040052.

Do detencji cudzoziemców mają zastosowanie te wszystkie gwarancje prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, w których nie dokonuje się rozróżnienia między prawnokarnym a administracyjnym pozbawieniem wolności. Jednocześnie nie sposób nie zauważyć, iż stosowanie środków detencyjnych wobec cudzoziemców niezwykle często jest rozpatrywane pod kątem naruszenia zakazu tortur oraz nieludzkiego lub poniżającego karania lub traktowania. Ponadto ze względu na fakt, iż detencji są poddawane rodziny z dziećmi, orzecznictwo międzynarodowe staje przed koniecznością analizy detencji cudzoziemców w kontekście prawa do życia prywatnego i rodzinnego, a także ochrony praw dziecka. W systemie EKPC, jeśli traktowanie będące przedmiotem skargi mieści się w zakresie dwóch lub więcej przepisów Konwencji podejście Trybunału do takich sytuacji nie jest jednolite. Zdarzyły się zarówno przypadki badania skargi na podstawie każdego przepisu Konwencji oddzielnie[294], jak i łącznej oceny zarzutów[295]. Następnie w niektórych sytuacjach ETPC nie uznawał potrzeby rozważenia skargi na podstawie art. 8, jeśli stwierdził naruszenie art. 2 lub art. 3 EKPC[296].

Dostrzegać należy, iż regulacje prawne dotyczące tej formy administracyjnego pozbawienia wolności bywają zróżnicowane podmiotowo. W ogólnych traktatach praw człowieka nie wynika to wprost z samych przepisów dotyczących wolności i bezpieczeństwa osobistego, natomiast pewne elementy są wyprowadzane z brzmienia innych przepisów prawa międzynarodowego.

4.2. SYSTEM UNIWERSALNEJ OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

W systemie uniwersalnej ochrony praw człowieka detencję cudzoziemców należy oceniać w perspektywie gwarancji prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego zawartych w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (art. 3, 8, 9, 10), Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 2 (3), 4, 5, 9,

[294] Por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga v. Belgia*, skarga nr 13178/03, wyrok ETPC z 12.10.2006 r.; *D.P. i J.C. v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 38719/97, wyrok ETPC z 10.10.2002 r., § 118–119.

[295] Por. *M.C. v. Bulgaria*, skarga nr 39272/98, wyrok ETPC z 4.12.2003 r.

[296] Por. *Z. i inni v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 29392/95, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 10.05.2001 r., § 76–77; *Al-Nashiri v. Polska*, skarga nr 28761/11, wyrok ETPC z 24.07.2014 r., § 538–540 – ETPC stwierdził tu jedynie, że rodzaj naruszeń praw skarżącego na tle art. 2 i 3 EKPC nakazuje konkluzję, że ingerencja w integralność psychiczną i fizyczną jednostki na tle art. 8 Konwencji nie spełniała standardu zgodności z prawem.

10 (1) i 14 (1)[297], Konwencji o Prawach Dziecka (art. 37), Konwencji w sprawie likwidacji dyskryminacji rasowej (art. 5b)[298], Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem (art. 17 1, 17, 18, 20, 21, i 22)[299] oraz Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych (art. 14)[300]. W tym miejscu wspomnieć trzeba także o Konwencji o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących i ich rodzin (art. 16 § 1, art. 17 § 1, 5, 6 i 7 oraz 18 § 1), ale ze względu na to, że tylko dwa państwa europejskie są jej stroną, jej przepisy nie będą szczegółowo omawiane[301].

W systemie ONZ poza działalnością organów kontrolnych poszczególnych traktatów praw człowieka ochrona cudzoziemców przed arbitralną i bezprawną detencją jest przedmiotem mandatu przynajmniej siedmiu podmiotów: Zgromadzenia Ogólnego, Wysokiego Komisarza ds. Uchodźców, Wysokiego Komisarza Praw Człowieka, Rady Praw Człowieka, Grupy Roboczej ds. Arbitralnych Uwięzień (dalej jako WGAD)[302], Specjalnego Sprawozdawcy ds. Praw Człowieka Migrantów (dalej jako SRHRM)[303], Specjalnego Sprawozdawcy ds. Tortur i innego nieludzkiego lub poniżającego karania lub traktowania (dalej jako Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur lub SRT).

Zgodnie z art. 9 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych „każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Nikt nie może być arbitralnie zatrzymany lub aresztowany. Nikt nie może być pozbawiony wolności inaczej, jak tylko na zasadach i w trybie ustalonym przez ustawę". Przepis ten chroni zarówno wolność, jak i bezpieczeństwo osobiste

---

[297] Por. np. uwagi KPC odnośnie do respektowania przez Polskę art. 14 MPPOiP wobec cudzoziemców przebywających w ośrodkach strzeżonych – Concluding Observations, CCPR/C/POL/CO/6, 15.10.2010.

[298] Konwencja z 7.03.1966 (Dz.U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187).

[299] Konwencja z 20.12.2006 podpisana przez Polskę, ale nie ratyfikowana, UNTS. 2716 (p. 3) I-48088.

[300] Konwencja z 13.12.2006 (Dz.U. z 2012 r., poz. 1169).

[301] Są to Albania oraz Bośnia i Hercegowina. Trzeba także nadmienić, że Konwencja o ochronie pracowników migrujących nie ma zastosowania do uchodźców oraz bezpaństwowców (art. 3d), chyba że takie zastosowanie jest gwarantowane prawem krajowym lub ewentualnie będzie to wynikało z instrumentów międzynarodowych.

[302] Powołana przez Komisję Praw Człowieka w 1991, E/CN. 4/RES/1991/42. Jest to organ, którego funkcjonowanie opiera się na samej Karcie Narodów Zjednoczonych, nie zaś ciałem traktatowym jak np. KPC.

[303] Powołany Rezolucją Komisji Praw Człowieka 1999/44, Human rights of migrants, E/CN.4/RES/1999/44, 27.04.1999. Jego mandat był dwukrotnie przedłużany – najpierw Rezolucją Komisji 2005/47, następnie zaś Rezolucją Rady Praw Człowieka: Rezolucja 8/10 *Human rights of Migrants: Mandate of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*, A/HRC/RES/8/10, 18.06.2008.

jednostki, nawiązując do art. 3 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (dalej jako PDPC)[304], który stanowi, że każda osoba ma prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego, a także art. 9 tej Deklaracji, zgodnie z którym nikt nie może podlegać arbitralnemu zatrzymaniu, aresztowaniu lub wygnaniu. Użyte w tekście traktatu kategorie arbitralności oraz bezprawności pozostają w ścisłym związku, a ich zakres jest częściowo wspólny. Pozbawienie wolności, które jest sprzeczne z prawem nie musi nosić cech arbitralności; może też być zgodne z prawem, ale arbitralne, wreszcie może być zarówno bezprawne, jak i arbitralne[305]. Natomiast areszt lub zatrzymanie, którym całkowicie brak podstawy prawnej są zawsze arbitralne[306].

W tekście MPPOiP bezpośrednio po gwarancjach w zakresie wolności i bezpieczeństwa osobistego następuje art. 10 ustanawiający regułę humanitarnego traktowania osób pozbawionych wolności i poszanowania ich przyrodzonej godności. Jest to przepis komplementarny wobec zakazu tortur poniżającego lub nieludzkiego karania lub traktowania zawartego w art. 7 Paktu[307]. KPC w realiach konkretnej sprawy decyduje, czy i który z tych przepisów należy zastosować[308].

Ze względu na to, iż migracja coraz częściej jest łączona ze stanami nadzwyczajnymi trzeba zwrócić uwagę na kwestię derogacji. Zgodnie z art. 4 ust. 2 MPPOiP zobowiązania Państw-Stron wynikające z art. 9 MPPOiP mogą ulec zawieszeniu pod warunkami określonych w art. 4 ust. 1 Paktu. Natomiast trzeba zauważyć, iż wszelkie działania Państw-Stron w tym zakresie podlegają ocenie z punktu widzenia zakazu dyskryminacji, a jednocześnie nie mogą naruszać praw niederogowalnych, w tym zakazu tortur czy prawa do podmiotowości prawnej. Ponadto KPC wyraził pogląd, iż aczkolwiek pewne zastrzeżenia do art. 9 MPPOiP mogą być akceptowalne, to jednak byłoby sprzeczne z przedmiotem i celem tego

[304] Deklarację przyjęto Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A, 10.12.1948.

[305] Por. KPC, *General Comment No. 35…*, op. cit., § 11.

[306] Por. *Essono Mika Miha v. Equatorial Guinea*, Communication Nr 414/1990, CCPR/C/51/D/414/1990 (1994) 8.07.1990, par. 6.5. por. również w art. 16 ust. 4 Konwencji dot. Praw Pracowników Migrujących zakazuje się arbitralnego pozbawiania wolności zarówno indywidualnie, jak i zbiorowo.

[307] Por. Komitet stwierdza, że jest to przepis pozytywnie uzupełniający treść art. 10 KPC, *General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, 10.03.1992, § 2; niejako na marginesie warto przywołać treść art. 17 Konwencji o ochronie pracowników migrujących, w którym stanowi się o humanitarnym traktowaniu z poszanowaniem godności osoby ludzkiej oraz ich tożsamości kulturowej.

[308] Por. Y. Arai-Yokoi, *Grading Scale of Degradation: Identifying The Threshold Of Degrading Treatment Or Punishment Under Article 3 ECHR*, „Netherlands Quarterly of Human Rights" 2003, t. 21, nr 3, s. 405. and KPC, *Eversley Thompson v. Saint Vincent and the Grenadines*, Nr 806/1998, 18.10.2000, § 8.4.

traktatu, gdyby Państwa-Strony zastrzegały sobie możliwość arbitralnego pozbawiania wolności jednostek[309]. Niederogowalne są gwarancje zakazu arbitralnego pozbawienia wolności, a więc takiego, które nie jest uzasadnione i konieczne w danych okolicznościach[310]. Natomiast istnienie stanu nadzwyczajnego czy jego natura może być kryterium oceny, czy pozbawienie wolności było arbitralne. KPC zwracał uwagę, że również w czasie międzynarodowego konfliktu zbrojnego normy międzynarodowego prawa humanitarnego zawierają gwarancje ochrony jednostki przed arbitralnym pozbawieniem wolności[311]. Nawet zatem w sytuacji prawidłowej derogacji wymogi ścisłej konieczności i proporcjonalności ograniczają stosowanie pozbawienia wolności ze względów bezpieczeństwa. Musi być ono ograniczone w czasie i powinny mu towarzyszyć zabezpieczenia proceduralne łącznie z kontrolą sądową takiej detencji[312].

W warstwie *soft law* wspomnieć trzeba o *Zbiorze zasad mających na celu ochronę wszystkich osób poddanych jakiejkolwiek formie aresztowania bądź uwięzienia* (art. 1, 2, 4, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 32, 33 and 35)[313]. W przypadku tego aktu Komisja Praw Człowieka wprost stwierdziła, że obejmuje on także detencję administracyjną[314]. Ponadto mają tu zastosowanie Wzorcowe reguły minimalne Organizacji Narodów Zjednoczonych dotyczące postępowania z więźniami[315] reguła 4 (1), 95, część I, oraz część IIc[316], Rezolucje Zgromadzenia Ogólnego[317], Rezolucje Komisji Praw Człowieka[318], a wśród nich Zasady

---

[309] Por. KPC, *General Comment No. 35*…, op. cit., § 68; por. także *General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6, 4.11.1994, § 8.

[310] Por. KPC, *General Comment No. 29*: *Article 4: Derogations during a State of Emergency*, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11, 31.08.2001, § 4 i § 11.

[311] Por. KPC, *General Comment No. 29*…, op. cit., § 3.

[312] Por. KPC, *General Comment No. 35*…, op. cit., § 66.

[313] Por. ZO ONZ, Rezolucja 43/173 *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*, A/RES/43/173, 9.12.1988; tekst polski publikowany, [w:] „Palestra" 1991, t. 35, nr 3–4, s. 49–57 (dalej jako Body of Principles); ZO ONZ, Rezolucja 45/111 *UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, Basic Principles for the Treatment of Prisoners*, A/Res/45/111, 14.12.1990.

[314] Por. Komisja Praw Człowieka, Rezolucja 1993/36, *Question of Arbitrary Detention*, E/CN. 4/RES/1993/36, 5.03.1993.

[315] Por. ZO ONZ, Rezolucja 70/175, *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (zwane także Regułami Mandeli), 29.09.2015.

[316] Zgodnie z regułą 122.

[317] Por. ZO ONZ, Rezolucja 34/178, *The Right of Amparo, Habeas Corpus or other Legal Remedies to the same Effect*, A/RES/34/178, 17.12.1979.

[318] Por. Komisja Praw Człowieka, Rezolucja 1992/35, *Habeas corpus*, E/CN. 4/RES/1992/35, 28.02.1992, i Rezolucja 1993/36, op. cit…, § 16.

z Syrakuz dotyczące przepisów o ograniczaniu i zawieszaniu praw w MPPiOP, (zasada 70)[319].

4.3. MIĘDZYNARODOWE PRAWO UCHODŹCZE

W międzynarodowym prawie uchodźczym administracyjne pozbawienie wolności uchodźców jest dopuszczalne na podstawie przesłanek wskazanych w art. 9, art. 26 oraz art. 31 KSU[320]. Istotnym źródłem interpretacji tych przepisów są Konkluzje nr 44 Komitetu Wykonawczego z 1986 r.[321] Ponadto szczegółowe zasady stosowania detencji zostały zawarte we wspomnianych Wytycznych UNHCR z 2012 r.[322]

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. Następnie w art. 26 traktat ten 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.

W praktyce państw obecnie największe znaczenie ma art. 31 ust. 2 KSU, w którym stanowi się, że umawiające się państwa nie będą nakładały na poruszanie się uchodźców innych ograniczeń niż niezbędne. Ograniczenia takie będą stosowane tylko dopóty, dopóki status tych uchodźców w państwie nie zostanie uregulowany lub dopóki nie zostaną przyjęci w innym państwie. Na tym etapie należy zasygnalizować jedynie, że ocena prawna zastosowania środków detencyjnych na podstawie art. 31 ust. 2 Konwencji może być powiązana z art. 31 ust. 1 Konwencji, w którym zakazuje się nakładania na uchodźców kar za nielegalny wjazd.

---

[319] Komisja Praw Człowieka, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, E/CN. 4/1985/4 Annex, 28.09.1984.

[320] Międzynarodowe prawo uchodźcze w tym przypadku obejmuje KSU wraz z Protokołem Nowojorskim oraz akty soft law przyjmowane przez Komitet Wykonawczy Wysokiego Komisarza (ExCom).

[321] Por. UNHCR, Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *Detention of Refugees and Asylum-Seekers* Nr 44 (XXXVII) – 1986, 13.10.1986, Nr 44 (XXXVII).

[322] Wytyczne te zastąpiły document z 1999 roku zatytułowany UNHCR Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum Seekers.

4.4. SYSTEM RADY EUROPY

W niniejszej monografii detencja cudzoziemców zostanie szczegółowo zbadana z perspektywy standardów wynikających z art. 5 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[323]. Pierwszym z nich jest wysłowienie samego prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5 ust. 1 zdanie 1)[324], co – jak się podkreśla – odzwierciedla treść art. 3 i 9 PDPC[325].

Następnie w regulacji tej sformułowano przepisy, które współtworzą zakaz bezprawnej i arbitralnej ingerencji w wolność osobistą jednostki; w art. 5 ust. 1 zdanie 2 EKPC określono w sposób zamknięty sytuacje, w których pozbawienie wolności może być usprawiedliwione. Takie rozwiązanie jest specyficzne tylko dla EKPC[326]. W pozostałych aktach prawa międzynarodowego[327] poprzestano na ogólnie sformułowanych regułach legalności działania państw przy stosowaniu środków detencyjnych, wskazując jednocześnie, że zakres oraz tryb pozbawienia wolności muszą być zgodne z prawem krajowym[328]. Co istotne, konwencyjne wyliczenie sytuacji, w których dopuszcza się ingerencję państwa odnosi się do wolności osobistej, natomiast nie dotyczy bezpieczeństwa osobistego.

Kluczowe znaczenie ma tutaj art. 5 ust. 1 lit. f tego traktatu, zgodnie z którym dopuszczalne jest „zgodne z prawem zatrzymanie lub aresztowanie osoby w celu zapobieżenia jej nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa lub osoby przeciwko której toczy się postępowanie o wydalenie lub o ekstradycję". ETPC wielokrotnie już wskazywał w swym orzecznictwie, że wyliczone w literach a–f art. 5 ust. 1 EKPC wyjątki od prawa do wolności osobistej muszą być interpretowane ściśle[329]. Wymagają one wąskiej wykładni, ponieważ stanowią wyjątki od

[323] Choć od strony systemowej trzeba wspomnieć o zakazie niewoli za długi z art. 1 Protokołu nr 4 oraz o prawie do odszkodowania za niesłuszne skazanie przez sąd, o którym mowa w art. 3 Protokołu nr 7 do EKPC. Gwarancje te zawiera także art. 11 MPPOiP oraz art. 14 ust. 6 tego traktatu.

[324] Por. *Bozano v. Francja*, skarga nr 9990/82, wyrok ETPC z 18.12.1986 r., § 54.

[325] Por. P. Hofmański, *Konwencja o Ochronie Praw…*, op. cit., s. 155; por. W. Schabas, *Commentary to European Convention on Human Rights*, Oxford 2017, s. 220; B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo…*, op. cit., s. 31.

[326] Zob. szersze omówienia wyjątków B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo…*, op. cit., s. 29.

[327] Aczkolwiek rozważano taką możliwość w przypadku art. 9 MPPOiP to jednak ostatecznie uznano, że formułowanie katalogu dozwolonych sytuacji pozbawienia wolności mija się z celem ze względu na niezwykle rozległy wachlarz okoliczności, w których państwa to czynią – por. M.J. Bossuyt, *Guide to the 'Travaux Preparatoires' to International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht 1986, s. 193.

[328] Por. B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo…*, op. cit., s. 29.

[329] Por. orzecznictwo ETPC w następujących sprawach *Winterwerp v. Królestwo Niderlandów* skarga nr 6301/73, wyrok ETPC z 24.10.1979 r., § 37; *Guzzardi v. Włochy*, skarga nr 7367/76, wyrok ETPC z 6.11.1980 r., § 98.

fundamentalnej zasady wolności osobistej[330]. Stąd też w wyroku *A i inni v. Zjednoczone Królestwo* Trybunał Strasburski stwierdził, że artykuł art. 5 ust. 1 lit. f lub inne wyjątki przewidziane w art. 5 ust. 1 EKPC nie pozwalają na osiągnięcie równowagi między prawem jednostki do wolności a interesem państwa w ochronie ludności przed zagrożeniem terrorystycznym[331]. Zupełny i zamknięty charakter katalogu ustalonego w art. 5 ust. 1 a–f nie wyklucza możliwości kumulatywnego wystąpienia kilku okoliczności, które uzasadniają pozbawienie wolności[332].

Przedmiotem regulacji art. 5 EKPC jest przede wszystkim sama utrata wolności, a nie warunki, w jakich pozbawienie wolności się odbywa. Niemniej jednak na gruncie art. 5 EKPC ocenie prawnej podlega zgodność pomiędzy deklarowanym celem pozbawienia wolności a jego warunkami, pozostając elementem testu, czy pozbawienie wolności nie było arbitralne[333].

W art. 5 ust. 2–5 EKPC ustalono katalog minimalnych gwarancji przysługujących każdej osobie pozbawionej wolności, choć już w tym miejscu należy zaznaczyć, że nie są one identyczne dla każdego typu pozbawienia wolności. W pierwszej kolejności sformułowane zostało prawo do bycia niezwłocznie poinformowanym o przyczynach pozbawienia wolności i zarzutach (art. 5 ust. 2); następnie wspomnieć należy o zasadzie *habeas corpus* (art. 5 ust. 4), która w przypadku osób zatrzymanych lub aresztowanych w związku z popełnieniem czynu zabronionego jest dodatkowo wzmocniona prawem do niezwłocznego doprowadzenia do organu sądowego (art. 5 ust. 3). Katalog gwarancji przewidzianych w art. 5 EKPC zamyka prawo do odszkodowania za bezprawne pozbawienie wolności (art. 5 ust. 5).

W tekście art. 5 EKPC nie wyrażono expressis verbis zakazu arbitralnego pozbawiania wolności[334]. Jest to odmienność, którą można zaobserwować w stosunku do innych instrumentów prawnomiędzynarodowych, takich jak PDPC, MPPOiP, AKPC oraz niektórych dokumentów OBWE. Niemniej jednak niezwykle rozbudowane orzecznictwo ETPC w zakresie art. 5 EKPC pozwala przyjąć,

---

[330] Por. *John v. Grecja*, skarga nr 199/05, wyrok ETPC z 10.05.2007 r., § 29; *Quinn v. Francja*, skarga nr 18580/91, wyrok ETPC z 22.03.1995 r., § 42.

[331] Por. *A. i inni v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 3455/05, wyrok ETPC z 19.02.2009 r., § 171.

[332] Por. *Eriksen v. Norwegia*, skarga nr 102/1995/608/696, wyrok ETPC z 27.05.1997 r., § 76; *Witold Litwa v. Polska*, wyrok ETPC z 4.04.2000 r., § 36; *Pankiewicz v. Polska*, wyrok ETPC z 12.02.2008 r., § 38.

[333] Por. m.in. *Mahamed Jama v. Malta,* skarga nr 10290/13, wyrok ETPC z 26.11.2015 r., § 95.

[334] Choć pierwotnie w *travaux preparatoires* zawarto przepis art. 3a o następującym brzmieniu: „nikt nie będzie poddany arbitralnemu zatrzymaniu, aresztowaniu lub wygnaniu" – por. *Collected Edition of the Travaux Preparatoires*, s. 22 i 36. Syntetyczne ujęcie prac nad tym przepisem zob. W. Schabas, *Commentary to European Convention…*, op. cit., s. 221–226.

że ochrona przed arbitralnym pozbawieniem wolności jest dla tego unormowania immanentna i – jak wielokrotnie podkreślał Trybunał Strasburski – traktowana jako cel całego artykułu 5 EKPC[335].

Trzeba w tym miejscu odnotować, że w doktrynie podnoszono, iż brak zakazu arbitralności wyrażonego bezpośrednio w tekście konwencji jest jej pewnym niedostatkiem. Z jednej strony silne umocowanie zakazu arbitralności wynikające z praktyki orzeczniczej nie zmienia faktu, iż jest to efekt zabiegów interpretacyjnych organów traktatowych. Bożena Gronowska słusznie zauważyła, iż postrzegając rzecz w kategoriach stricte formalnych i legalistycznych za wątpliwe można uznawać stawianie znaku równości pomiędzy uregulowaniem prawnym wprowadzającym expressis verbis zakaz arbitralności a rekonstrukcją danego standardu w orzecznictwie[336]. Wydaje się jednak z drugiej strony, iż brak zakazu arbitralności w tekście EKPC ma coraz mniejsze znaczenie. W tym mianowicie sensie, że pewna dynamika postrzegania materii chronionej przepisami konwencji wsparta koncepcją efektywności ochrony praw jest cechą charakterystyczną dla systemów ochrony praw jednostki, a liczba kwestii, których funkcjonowanie w systemie konwencji jest wynikiem zabiegów interpretacyjnych ETPC, rośnie[337].

Artykuł 5 EKPC nie został objęty zakazem derogacji wyrażonym w art. 15 ust. 2 EKPC, co w konsekwencji oznacza, że o ile zaistnieją przesłanki wskazane w art. 15 ust. 1 EKPC Państwa-Strony mogą podjąć środki uchylające zobowiązania wynikające z art. 5 EKPC. Środki te muszą ściśle odpowiadać wymogom sytuacji nadzwyczajnej i mogą mieć zastosowanie, o ile nie są one sprzeczne z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego[338]. W orzecznictwie strasburskim kwestia prawidłowości zastosowania klauzuli derogacyjnej jest szczególnie często oceniana, jeśli chodzi o proporcjonalność środków podejmowanych przez Państwa-Strony[339]. Tak więc o ile ustawodawstwo antyterrorystyczne przyjęte w Zjednoczonym Królestwie, które ograniczało stosowanie art. 5 ust. 3 EKPC, ETPC uznał za zgodne z Konwencją[340], o tyle w sprawach

[335] Pogląd taki już dawno został sformułowany przez S. Trechsela, *The Right to Liberty and Security of the Person – Article 5 of the European Convention on Human Rights in the Strasbourg Case-Law*, „Human Rights Law Journal" 1980, t. 1, s. 99.

[336] Por. B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo*…, op. cit., s. 33.

[337] Przywołać tu można zakaz handlu ludźmi, który wprost w art. 4 EKPC nie został wyrażony, natomiast ETPC bardzo słusznie traktuje jako element gwarancji ochronnych wynikających z zakazu niewolnictwa, poddaństwa i pracy przymusowej – por. wyrok *Rantsev v. Cypr i Rosja*, skarga nr 25965/04, wyrok ETPC z 7.01.2010 r.

[338] Por. *Lawless v. Irlandia (No. 3)*, skarga nr 332/57, wyrok ETPC z 1.06.1961 r., § 22.

[339] Por. *Irlandia v. Zjednoczone Królestwo*, wyrok ETPC z 18.01.1978 r., § 207.

[340] Por. *Branningan i McBride v. Zjednoczone Królestwo*, wyrok ETPC z 26.05.1993 r., § 43.

tureckich, gdzie chodziło o środki przyjmowane w kontekście sytuacji w Kurdystanie, Trybunał orzekł o ich niezgodności z Konwencją właśnie ze względu na nieproporcjonalny charakter ograniczeń[341].

Jednocześnie należy wspomnieć o dokumentach *soft law*, a więc rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczącej środków detencyjnych wobec osób poszukujących ochrony międzynarodowej Rec (2003)5[342], Dwudziestu wytycznych w sprawie powrotów przymusowych[343], Wytycznych dotyczących ochrony praw człowieka w przyspieszonych procedurach ochrony międzynarodowej (2009)[344], oraz Rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 1707 (2010) *Detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe*[345]. Na uwagę zasługuje także Rekomendacja Komitetu Ministrów R (98)15, w której rekomenduje się państwom przeprowadzenie szkoleń funkcjonariuszy odpowiedzialnych za przekazywanie wniosków o ochronę międzynarodową właściwym organom, w ramach których nabędą oni podstawową wiedzę dotyczącą ograniczeń stosowania detencji wynikających z prawa krajowego i międzynarodowego[346].

Odrębną kwestią są standardy traktowania w trakcie detencji. W systemie Rady Europy – podobnie jak w systemie uniwersalnym – jak dotąd nie powstał dokument, który by dotyczył minimalnych standardów traktowania osób pozbawionych wolności w kontekście migracyjnym[347]. Co prawda, niemal dekadę temu podjęto prace przygotowawcze, ale nie zostały one zakończone[348]. W ograniczonym zakresie mogą tu mieć zastosowanie Europejskie Reguły Więzienne (1, 14, 15, 24, 37. 1. – 37. 2, 37. 3, 37. 4, 41,42, 43), ale dotyczyć to

---

[341] Por. *Aksoy v. Turcja*, skarga nr 21987/93, wyrok ETPC z 18.12.1996 r., § 76 i nast.

[342] Komitet Ministrów Rady Europy (dalej jako KM RE), *Recommendation Rec (2003) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures of Detention of Asylum Seekers*, 16.04.2003; na ten dokument powołał się TSUE w sprawie *J.N. v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, wyrok z 16.02.2016 r., C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, pkt 63.

[343] KM RE, *Twenty guidelines of the Committee of Ministers of Europe on forced return*, 4.05.2005. Tekst wraz komentarzami September 2005, https://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/20_-Guidelines_Forced_Return_en.pdf [dostęp: 20.04.2022].

[344] KM RE, *Guidelines on Human Rights Protection in the Context of Accelerated Asylum Procedures*, 1.07.2009, § XI. 1.

[345] ZP RE, *Rezolucja 1707 (2010)*, pkt 9.1.4.

[346] KM RE, *Recommendation No. R (98) on the training of officials who first come into contact with asylum seekers, in particular at border points*, 15.12.1998, pkt 1.4.

[347] Por. CPT, *CPT Standards*, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2010, 8.03.2011, s. 58, § 78.

[348] Konferencja na temat środków detencyjnych stosowanych w Europie wobec migrantów, Strasbourg, w dniach 21–22.11.2013 r. Trzeba odnotować, że Komisja Europejska wyraziła tu swoje poparcie; por. Komunikat Komisji Europejskiej do Rady i Parlamentu UE w sprawie polityki UE w zakresie powrotów, COM (2014), final. 199, 28.03.2014, s. 10.

będzie wyłącznie w sytuacji, gdy cudzoziemiec zostanie umieszczony w zakładzie karnym[349]. W związku z powyższym kluczowa okazała się działalność Europejskiego Komitetu ds. Zapobiegania Torturom (dalej jako CPT), który wypracował standardy oceny czy cudzoziemcy są traktowani nie tylko humanitarnie, ale także odpowiednio do specyfiki tego typu pozbawienia wolności[350].

4.5. PRAWO UE

W prawie UE wolność i bezpieczeństwo osobiste są gwarantowane w art. 6 KPP[351]. W Wyjaśnieniach do KPP czytamy, że art. 6 Karty ma taką treść, jaką ma art. 5 EKPC[352]. Niemniej jednak zachodzi tu pewien stopień komplikacji relacji wzajemnych. Być może nie od rzeczy już w tym miejscu jest wskazanie, że Trybunał Sprawiedliwości UE przynajmniej w kilku orzeczeniach stwierdził, iż Europejska Konwencja Praw Człowieka gwarantuje pewien minimalny próg ochrony, a gwarancje wypływające z prawa wtórnego UE są dalej idące, jeśli chodzi o ich walor gwarancyjny.

Dorobek prawny UE w przedmiocie detencji cudzoziemców ma podstawy w art. 78 TFUE (polityka azylu, ochrony uzupełniającej i ochrony czasowej) oraz art. 79 TFUE (polityka imigracyjna) i jest ograniczony do państw biorących udział w dorobku Schengen[353]. Przesłanki pozbawienia wolności cudzoziemców w celu kontroli nad ruchem osobowym są zawarte w przepisach kilku instrumentów prawa wtórnego: motywie 20 i art. 28 rozporządzenia Dublin III, następnie zaś w art. 15–17 dyrektywy 2008/115/WE oraz art. 8–11 dyrektywy 2013/33/UE[354]. Dodatkowo trzeba wspomnieć o art. 26 dyrektywy 2013/32/UE,

---

[349] KM RE, *Recommendation Rec (2006)2 rev. on the European Prison Rules*, 11.01.2006 oraz *Recommendation No. R (87) 3, adopted by the Council of Europe Committee of Ministers on the European Prison Rules*, 12.02.1987; por. European Committee on Crime Problems, *Revised Rules And Commentary To Recommendation Cm/Rec(2006)2 of The Committee of Ministers To Member States On The European Prison Rules*, Council of Europe, Strasbourg 20.09.2018, PC-CP 2018, 15 rev. 2, s. 8.

[350] CPT, *CPT Standards…*, op. cit., s. 53–72.

[351] Szersze uwagi zob. A. Błachnio-Parzych, *Objaśnienia do art. 6*, [w:] red. A. Wróbel (red.) *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 194 i n.

[352] Szersze omówienie art. 5 EKPC zob. m.in. O. Cabaj, O. Łachacz, *Strasburski standard prawa człowieka do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Implikacje w sferze prawa polskiego*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego" 2012, nr 3, s. 15–35.

[353] Zatem nie są nim związane Irlandia i Dania, natomiast trzeba uwzględniać, że są państwa niebędące członkami Unii, które go stosują, takie jak Szwajcaria, Norwegia, Lichtenstein.

[354] Por. KE, *Zielona Księga w sprawie przyszłego wspólnego europejskiego systemu azylowego*, 6.06.2007, Com/2007/0301 końcowy/, s. 6.

który stanowi, że państwa członkowskie nie mogą pozbawić wolności osoby ubiegającej się ochronę międzynarodową wyłącznie na podstawie faktu, że jest ona wnioskodawcą w takiej procedurze[355].

Na uwagę zasługuje, że w dyrektywie 2013/33/UE expressis verbis nałożono na państwa członkowskie obowiązek określenia w prawie krajowym środków alternatywnych do detencji (art. 8 ust. 4), podczas gdy w dyrektywie 2008/115/WE taki obowiązek nie jest sformułowany wprost. Może być on wywodzony pośrednio ze sformułowania zawartego w art. 15 ust. 1 tej dyrektywy stanowiącego o dopuszczalności zastosowania środków detencyjnych, dopiero gdy nie mogą zostać zastosowane wystarczające, ale mniej represyjne środki.

Co istotne, zarówno w dyrektywie 2008/115/WE, jak i w dyrektywie 2013/33/UE uregulowane zostały nie tylko same przesłanki zastosowania detencji i gwarancje proceduralne, ale także ogólne zasady dotyczące warunków pobytu w ośrodkach detencyjnych, z uwzględnieniem potrzeb osób szczególnie wrażliwych, zwłaszcza dzieci[356].

Ponadto pojedyncze normy prawne dotyczące detencji występują również w innych aktach prawnych, ale w powiązaniu z przedstawionymi już instrumentami prawa wtórnego. Wymienić tu można przykład z art. 13 ust. 1 kodeksu granicznego Schengen (rozporządzenia 2016/399/UE)[357] – wedle tego przepisu osoba, która nielegalnie przekroczyła granicę i która nie ma prawa przebywać na terytorium danego państwa członkowskiego, zostaje zatrzymana i poddana procedurom spełniającym wymogi dyrektywy 2008/115/WE. Podobne przepisy zawiera Rozporządzenie 656/2014 *ustanawiające zasady ochrony zewnętrznych granic morskich*[358]. W jego art. 6–8 wyliczono przypadki, w których jednostki uczestniczące w operacjach morskich ESGiP (Frontex)[359] mogą dokonywać zatrzymań migrantów znajdujących się na statkach w przypadku, gdy znajdą się

[355] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2013/32/UE z 26.06.2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE L 180 z 29.06.2013 r., s. 60), s. 60.

[356] Por. w tym względzie np. art. 17 dyrektywy 2008/115/WE.

[357] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/399 z dnia 9.03.2016 r. w sprawie unijnego kodeksu zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen) (t.j. Dz. Urz. UE L 77 z 23.03.2016 r., s. 1).

[358] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 656/2014 z dnia 15 maja 2014 r. ustanawiające zasady ochrony zewnętrznych granic morskich w kontekście współpracy operacyjnej koordynowanej przez Europejską Agencję Zarządzania Współpracą Operacyjną na Granicach Zewnętrznych państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 189 z 27.06.2014 r., s. 93).

[359] Zgodnie z art. 2 ust. 5 rozporządzenia „jednostka uczestnicząca" oznacza jednostkę morską, lądową lub powietrzną, która działa pod zwierzchnictwem przyjmującego państwa członkowskiego lub uczestniczącego państwa członkowskiego i bierze udział w operacji morskiej.

dowody na to, że dany statek przewozi osoby planujące obejść odprawę na przejściach granicznych lub uczestniczy w przemycie migrantów drogą morską.

Na koniec trzeba wspomnieć o zmianach, które mają być wprowadzone przez państwa w połowie 2026 r., a wynikają z przyjętego przez Radę w dniu 14 maja 2024 r. Paktu o migracji i azylu. Pakt zawiera łącznie dziewięć aktów prawnych, ale z punktu widzenia omawianej problematyki kluczowe zdaje się wprowadzenie dodatkowych okoliczności uzasadniających detencję w Rozporządzeniu dotyczącym kontroli przesiewowej (dalej jako rozporządzenie 2024/1356/UE)[360] oraz detencję w ramach przyśpieszonych procedur granicznych w Rozporządzeniu w sprawie procedur azylowych (dalej jako rozporządzenie 2024/1348/UE)[361].

Detencja stosowana w ramach kontroli przesiewowej ma trwać maksimum 7 dni[362]. Celem kontroli przesiewowej jest identyfikacja, ustalenie, czy osoby podlegające kontroli mogą stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa wewnętrznego, wstępna ocena stanu zdrowia i czy dana osoba nie stanowi zagrożenia dla zdrowia publicznego, identyfikacja osób szczególnie wrażliwych. Co chyba jednak najistotniejsze, przeprowadzany *screening* kończy się zakwalifikowaniem cudzoziemca do odpowiedniej procedury: azylowej albo azylowej procedury granicznej albo powrotowej procedury granicznej. Należy w tym miejscu zauważyć, że z przepisów rozporządzenia 2024/1356/UE wcale wprost nie wynika, iż cudzoziemiec będzie poddany detencji w ramach procedur przesiewowych. W motywie 11 preambuły wskazuje się, że państwo członkowskie może poddać cudzoziemca detencji, jeśli okaże się to konieczne i na podstawie indywidualnej oceny każdego przypadku, o ile nie można skutecznie zastosować innych, mniej represyjnych środków alternatywnych. W przepisie tym stanowi się także, iż w trakcie kontroli przesiewowej mają mieć zastosowanie przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1346[363] w odniesieniu do osób ubiegających się o ochronę międzynarodową oraz odpowiednie przepisy dotyczące środka detencyjnego określone w dyrektywie 2008/115/WE. Niemniej te elementy nie są obecne już w dalszej części normatywnej Rozporządzenia

[360] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1356 z dnia 14 maja 2024 r. w sprawie wprowadzenia kontroli przesiewowej obywateli państw trzecich na granicach zewnętrznych oraz zmiany rozporządzeń (WE) nr 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 i (UE) 2019/817 (Dz. Urz. UE L 2024/1356, z 22.05.2024 r.).

[361] Por. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1348 z dnia 14 maja 2024 r. w sprawie ustanowienia wspólnej procedury ubiegania się o ochronę międzynarodową w Unii i uchylenia dyrektywy 2013/32/UE (Dz. Urz. UE L 2024/1348 z 22.05.2024 r.).

[362] Por. art. 8 ust. 3 rozporządzenia Parlamentu i Rady (UE) 2024/1356.

[363] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1346 z dnia 14 maja 2024 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania osób ubiegających się o ochronę międzynarodową (Dz.Urz. UE L 2024/1346 z 22.05.2024 r.).

2024/1356/UE. W art. 6 oraz art. 7 ust. 1 jest mowa o pozostawaniu cudzoziemca do dyspozycji władz[364]. Z kolei w art. 8 ust. 1 i 2 tego aktu stanowi się, iż kontrolę przeprowadza się w dowolnym odpowiednim miejscu i odpowiedniej lokalizacji wyznaczonej przez każde państwo członkowskie. Można na tej podstawie wnioskować, iż kontrola przesiewowa mogłaby być przeprowadzana także w warunkach wolnościowych. O detencji wspomina się dopiero w art. 10 ust. 2 lit. a i b w kontekście obowiązku wprowadzenia przez państwa członkowskie niezależnego monitoringu, który ma obejmować przestrzeganie przepisów dotyczących detencji podczas kontroli przesiewowej, jak również dostęp ciał monitorujących do ośrodków detencyjnych.

Po przeprowadzeniu kontroli przesiewowej państwo członkowskie może zastosować przyspieszoną procedurę graniczną określoną w rozporządzeniu 2024/1348/UE, która jest w istocie nowym i dodatkowym rodzajem postępowania o udzielenie ochrony międzynarodowej, trwającym w założeniu do 12 tygodni (art. 51 ust. 2 rozporządzenia 2024/1348/UE). W jej trakcie osoby wnioskujące o udzielenie ochrony międzynarodowej mają być poddane detencji na warunkach określonych dyrektywą 2024/1346/UE, będącą przekształconą wersją dyrektywy 2013/33/UE. Z tego względu katalog przesłanek do detencji osób ubiegających się o ochronę międzynarodową został, zgodnie z art. 10 ust. 4d dyrektywy 2024/1346/UE, poszerzony o sytuacje podjęcia decyzji, w kontekście procedury granicznej zgodnie z art. 43 rozporządzenia 2024/1348/UE. Przepisy funkcjonujące w ramach Rozporządzenia Dublin III zaczną po nowelizacji funkcjonować jako jedna z części Rozporządzenia w sprawie zarządzania azylem i migracją (dalej jako rozporządzenie 2024/1351/UE), a przesłanki zastosowania środka detencyjnego zostały uregulowane w jego art. 44.

W przypadku odmowy udzielenia ochrony międzynarodowej cudzoziemcy nadal będą przebywali w ośrodkach detencyjnych, ale już tym razem na podstawie przesłanek przewidzianych dyrektywą 2008/115/WE w ramach procedur powrotowych. Trzeba też zauważyć, iż detencja w ramach procedur granicznych oraz powrotowych może zostać przedłużona w sytuacji kryzysu na podstawie art. 11 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie reagowania na sytuacje

[364] W artykule 6 stanowi się, że w przypadku kontroli przesiewowej na granicy zewnętrznej państwa członkowskie powinny zapewnić, aby obywatele państw trzecich pozostawali do dyspozycji organów odpowiedzialnych za przeprowadzanie kontroli przesiewowej w miejscach, o których mowa w art. 8, przez czas trwania kontroli przesiewowej w celu zapobieżenia ryzyku ucieczki, potencjalnym zagrożeniom dla bezpieczeństwa wewnętrznego wynikającym z takiej ucieczki lub potencjalnym zagrożeniom dla zdrowia publicznego. W art. 7 ust. 1 ustanawia się podobny obowiązek względem obywateli państw trzecich, którzy przekroczyli nielegalnie granicę, ale znaleźli się już na terytorium państwa członkowskiego.

kryzysowe i spowodowane działaniem siły wyższej (dalej jako rozporządzenie 2024/1359/UE)[365].

Niewątpliwie całokształt nowych rozwiązań prawnych będzie się wiązał ze wzrostem liczby sytuacji, w których dopuszczalne stanie się pozbawienie wolności cudzoziemców.

5. KONKLUZJE

W podsumowaniu powyższych rozważań należy zauważyć, że detencja cudzoziemców w kontekście migracyjnym jest zjawiskiem stosunkowo nowym. Pierwsze regulacje prawne i rozwiązania instytucjonalne w tym zakresie wprowadzono pod koniec XIX w., a palmę pierwszeństwa w tym względzie należy przyznać USA. W XX w. niewątpliwie była to już instytucja znana, choć pod względem skali ustępowała detencji administracyjnej cudzoziemców podczas obu wojen światowych i tej używanej w bezpośrednim następstwie uchodźstwa powojennego. Sytuacja uległa zmianie dopiero na przełomie lat 80. i 90. tego stulecia, kiedy pozbawienie wolności cudzoziemców w kontekście kontroli terytorium przekształciło się w stały element polityki migracyjnej większości państw na świecie, przyjmując niespotykane wcześniej rozmiary, o czym szczegółowo traktować będzie następna część monografii.

Regulacje prawne wprost odnoszące się do detencji cudzoziemców w traktatach praw człowieka są skąpe i sprowadzają się do dwóch przepisów. Nie zmienia to faktu, że jest to jeden z typów czy rodzajów pozbawienia wolności, którego zastosowanie podlega regulacjom prawnym dotyczącym prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Ich substancja normatywna sprowadza się do ochrony jednostki przed bezprawnym lub arbitralnym pozbawieniem wolności. Charakterystyczny jest tu pewien wzorzec, który obejmuje nie tylko zakaz bezprawnego i arbitralnego stosowania środków detencyjnych na etapie samej decyzji o pozbawieniu wolności, ale także szereg innych gwarancji obejmujących całokształt sytuacji prawnej osoby pozbawionej wolności. Pomimo pewnego zróżnicowania w samym sposobie ich sformułowania gwarancje te obejmują prawo do bycia poinformowanym o pozbawieniu wolności i jego przyczynach, prawo do kontroli sądowej decyzji dotyczących zastosowania lub przedłużenia tego środka oraz prawo do odszkodowania, jeśli pozbawienie wolności było niezgodne z prawem.

[365] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1359 z dnia 14 maja 2024 r. w sprawie reagowania na sytuacje kryzysowe i sytuacje spowodowane działaniem siły wyższej w dziedzinie migracji i azylu oraz w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) 2021/1147 (Dz. Urz. UE L 1359 z 22.05.2024 r.).

ROZDZIAŁ II.
DETERMINANTY WSPÓŁCZESNEGO KSZTAŁTU DETENCJI CUDZOZIEMCÓW

1. SUWERENNOŚĆ PAŃSTWA I OCHRONA GRANIC PAŃSTWOWYCH

1.1. ISTOTA SUWERENNOŚCI PAŃSTWA

Zastosowanie detencji wobec cudzoziemców stanowi wypadkową punktu równowagi pomiędzy dwiema wartościami fundamentalnymi dla porządku prawnego wartościami: wolnością osobistą jednostki oraz zasadą zwierzchnictwa terytorialnego egzekwowaną w praktyce przez organa państwa, na którego terytorium znajduje się przetrzymywany cudzoziemiec[1]. Prawo do decydowania o zasadach wjazdu i pobytu cudzoziemców jest immanentne dla współczesnego rozumienia państwa jako bytu publiczno-prawnego zarówno w sferze prawa wewnętrznego, jak i międzynarodowego[2] i postrzega się je jako kluczowy element tradycyjnego postrzegania suwerenności[3]. Jednak, jak zauważył Jan Białocerkiewicz, trudno dziś byłoby obronić tezę, że podmiot suwerenny jest niczym nie skrępowany w tym procesie decyzyjnym[4]. Niewątpliwie, pomimo że kontrola migracji *per se* jest legitymizowanym sposobem

---

[1] Jak stwierdził sędzia Simon Denis Brown, wolność od pozbawienia wolności przez władzę wykonawczą jest prawdopodobnie najbardziej podstawowym ze wszystkich praw – por. United Kingdom Supreme Court z 23.03.2011 r. w sprawie *R (Lumba) v. Secretary of State for the Home Department*, UKSC 12, § 341.

[2] W polskiej literaturze szeroko o suwerenności w perspektywie prawa międzynarodowego zob. J. Kranz, *Pojęcie suwerenności we współczesnym prawie międzynarodowym*, Warszawa 2015, a także R. Kwiecień, *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, Kraków 2004.

[3] Por. D. Wilsher, *Immigration Detention and the Common European Asylum Policy*, [w:] A. Baldaccini, E. Guild, H. Toner (red.), *Whose Freedom, Security and Justice?: EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford 2007, s. 396.

[4] Por. J. Białocerkiewicz, *Status prawny cudzoziemca w świetle standardów międzynarodowych*, Toruń 1999, s. 106.

realizowania władzy państwowej, to jednak musi być wykonywana w granicach prawa międzynarodowego[5].

Obecnie państwa realizują swoje cele w zakresie polityki imigracyjnej lub azylowej, bardzo szeroko wykorzystując międzynarodowe formy współpracy dwustronnej i multilateralnej[6]. W przypadku państw będących członkami UE mechanizmy te przyjmują postać konstrukcji prawnej granic zewnętrznych UE – a szerzej dorobku prawnego Schengen – opartego na traktatowym podziale kompetencji w zakresie polityki wizowej, kontroli granicznych oraz azylowej pomiędzy UE a państwa członkowskie[7]. Skutkuje to modyfikacją sposobu wykonywania władzy suwerennej Państw-Członków UE w tych obszarach, choćby na poziomie sposobu przyjmowania wiążących norm prawnych. Ponadto, zgodnie z art. 80 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej polityki Unii dotyczące kontroli granicznej, azylu i imigracji oraz ich wprowadzanie w życie podlegają zasadzie solidarności i sprawiedliwego podziału odpowiedzialności między państwami członkowskimi[8].

Ograniczenia państw dotyczące dopuszczenia cudzoziemców do terytorium wynikają z prawa międzynarodowego praw człowieka, będąc efektem związania się przez państwa normami prawnomiędzynarodowymi, a także przyjęcia stosownych norm prawa krajowego[9]. W orzecznictwie strasburskim często

---

[5] Por. G. Goodwin-Gill, J. McAdam, E. Dunlop, *The Refugee in International Law*, Oxford 2021, s. 434.

[6] Tradycyjnie do tego typu instrumentów należą umowy o readmisji – por. D. Bouteillet-Paquet, *Passing the Buck, a Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and its Member States'*, „European Journal of Migration and Law" 2003, nr 5, s. 359 i n.; C. Billet, *EC Readmission Agreements: A Prime Instrument of the External Dimension of the EU's Fight Against Irregular Immigration. An Assessment After ten Years of Practise*, „European Journal of Migration and Law" 2010, t. 12, s. 45–79; zob. S. Morgades, *The Externalisation of the Asylum Function in the European Union*, 2010, GRITIM Working Paper Series Nr 4, https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/6245/GRITIM%284%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y [dostęp: 17.07.2024]; S. Collinson, *Visa Requirements, Carrier Sanctions, 'safe third countries' and 'readmission': the development of an Asylum 'buffer zone' in Europe*, „Transactions of the Institute of British Geographers" 1996, t. 21, nr 1, s. 76; szczegółowe studium na temat umów readmisyjnych RP zob. m.in. M. Zdanowicz, *Readmisja w relacjach Polski i Ros*ji, „Białostockie Studia Prawnicze" 2011, nr 9, s. 131–139.

[7] Por. art. 77 ust. 1c TFUE stanowiący o stopniowym wprowadzaniu zintegrowanego systemu zarządzania granicami zewnętrznymi; Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1896 z dnia 13.11.2019 r. w sprawie Europejskiej Straży Granicznej i Przybrzeżnej oraz uchylenia rozporządzeń (UE) nr 1052/2013 i (UE) 2016/1624 (Dz. Urz. UE L 295 z 14.11.2019 r., s. 1).

[8] Warto zwrócić uwagę na opracowanie Sergio Carrery, w którym szczegółowo autor ten omawia problematykę pewnej realnej skuteczności stosowania umów readmisyjnych w ramach UE: por. tenże *Implementation of EU Readmission Agreements: Identity Determination Dilemmas and the Blurring of Rights*, Springer, 2016, s. 23–59.

[9] Na marginesie należy zwrócić uwagę na brzmienie art. 4 kodeksu granicznego Schengen, przy którego stosowaniu państwa UE są zobowiązane przestrzegać Karty Praw Podstawowych Unii

pada stwierdzenie, iż „zgodnie z utrwalonym prawem międzynarodowym oraz z zastrzeżeniem zobowiązań traktatowych, w tym wynikających z Konwencji, umawiające się państwa mają prawo kontrolować wjazd, pobyt i wydalanie cudzoziemców”[10]. Jednocześnie w ocenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka swoboda kształtowania polityki migracyjnej i interes państwa w zwalczaniu obchodzenia prawa migracyjnego nie mogą pozbawiać cudzoziemców ochrony przyznawanej przez dokumenty prawa międzynarodowego[11]. W sprawie *Popov v. Francja* Trybunał stwierdził między innymi, że władze mają obowiązek zachowania właściwej równowagi pomiędzy konkurencyjnymi interesami jednostki i społeczeństwa jako całości, która to równowaga powinna być zagwarantowana z uwzględnieniem konwencji międzynarodowych, w tym w okolicznościach tej sprawy KPD[12]. W istocie chodzi zatem o pogodzenie ochrony praw człowieka z ograniczeniami wynikającymi z przepisów migracyjnych danego państwa[13].

Te fundamentalne rzec można założenia dla oceny relacji pomiędzy prawem migracyjnym a prawem międzynarodowym praw człowieka są obecne nie tylko w europejskim systemie ochrony praw jednostki. KPC stwierdził, że przyjmowanie i realizacja polityki migracyjnej są ograniczone obowiązkami państw poszanowania, ochrony i promocji praw człowieka wszystkich osób na ich terytorium lub pod ich jurysdykcją[14]. W orzecznictwie Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka prawo do prowadzenia polityki migracyjnej[15], która obejmuje stworzenie mechanizmów kontroli wjazdu i wyjazdu z danego terytorium cudzoziemców,

---

Europejskiej, prawa międzynarodowego, w tym KSU, w szczególności zasady *non-refoulement* oraz praw podstawowych.

[10] Por. *M.A. i inni v. Litwa*, skarga nr 59793/17, wyrok ETPC z 11.12.2018 r., § 102; *Paposhvili v. Belgia*, skarga nr 41738/10, wyrok ETPC z 13.12.2016 r., § 172; *Hirssii Jamaa i inni v. Włochy*, § 113; *Abdulaziz, Cabales i Balkandali v. Zjednoczone Królestwo*, skargi nr 9214/80, 9473/81, 9474/81, wyrok ETPC z 28.05.1985 r., § 67–68; *Boujlifa v. Francja*, skarga nr 25404/94, wyrok ETPC z 21.10.1997 r., § 42; *N. v. Zjednoczone Królestwo,* skarga nr 26565/05, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 27.05.2008 r., § 30; *Amuur v. Francja*, § 41; *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 70/1995/576/662, wyrok ETPC z 11.11.1996 r., § 71; por. E. Dynia, *Ewolucja polityki migracyjnej Unii Europejskiej – wnioski de lege ferenda,* [w:] A. Kosińska (red.), *W obliczu kryzysu. Przyszłość polityki azylowej i migracyjnej Unii Europejskiej*, Lublin 2017, s. 10.

[11] Por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga v. Belgia,* skarga nr 13178/03, wyrok ETPC z 12.10.2006 r., § 81.

[12] Trybunał wskazał tu także mutatis mutandis *Wagner i J.M.W.L. v. Luksemburg*, skarga nr 76249/01, wyrok ETPC z 28.06.2007 r., § 120.

[13] Por. *Popov v. Francja*, skargi nr 39472/07, 39474/07, wyrok ETPC z 19.01.2012 r., § 139.

[14] KPC, *General Comment No. 15*: *The position of aliens under Covenant*, 11.04.1986, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), § 5.

[15] Por. wyrok MTPC z 23.11.2010 r., *Velez Loor v. Panama*, § 169; „The immigration policy of a State includes any institutional act, measure or omission (laws, decrees, resolutions, directives, administrative acts etc.) that refers to the entry, departure or residence of national or foreign

powinno być zgodne ze standardami ustanowionymi w Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka[16]. MTPC stwierdził jednocześnie, że aczkolwiek państwa cieszą się w tym zakresie marginesem swobody oceny, to jednak cele tej polityki powinny uwzględniać poszanowanie praw człowieka migrantów[17]. Państwa, przyjmując środki w celu zwalczania czy też zapobiegania naruszeniom prawa migracyjnego, powinny respektować prawa człowieka i gwarancje ich wykonywania dla wszystkich osób znajdujących się na ich terytorium, bez dyskryminacji opartej na ich regularnym lub nieregularnym statusie, przynależności państwowej, rasie, płci i jakichkolwiek innych powodach[18]. Również SRHRM stwierdził, że chociaż suwerennym prawem wszystkich państw jest ochrona granic i regulowanie ich polityki imigracyjnej, państwa powinny zapewnić poszanowanie praw człowieka migrantów, uchwalając i wdrażając krajowe przepisy imigracyjne[19].

Podobnie w rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego ONZ stanowi się, że wykonując swoje prawa suwerenne do wykonywania i implementacji środków migracji i bezpieczeństwa granic, państwa mają obowiązek wypełniania zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego, włączając w to prawo międzynarodowe praw człowieka, w celu zapewnienia pełnego respektowania praw człowieka migrantów[20]. Z kolei głowy państw i rządów iberoamerykańskich wskazywały na konieczność promocji wzmocnienia praw człowieka jako kluczowego komponentu polityki migracyjnej krajów pochodzenia, tranzytu oraz krajów docelowych, zapewniając ochronę praw człowieka migrantów w ramach prawa każdego państwa, niezależnie od statusu migracyjnego, obywatelstwa, pochodzenia etnicznego, płci czy wieku[21].

Z jednej strony zatem faktem jest proces humanizacji prawa międzynarodowego polegający na tym, że prawa człowieka modyfikują sposób wykonywania praw suwerennych przez państwo. Wpływają one również na to, jak rozumiana

persons in its territory" – por. MTPC, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Immigrants*, Opinia Doradcza OC-18/03,17.09.2003, Series A N. 18, § 163.

[16] Por. *Case of Haitians and Dominicans of Haitian-origin in the Dominican Republic regarding the Dominican Republic. Provisional Measures*. Order of the Court of 18.08.2000, Considering fourth.

[17] Por. MTPC, Opinia Doradcza, OC-18/03, § 168; *Velez Loor v. Panama*, § 97.

[18] Por. MTPC, Opinia Doradcza, OC-18/03, § 118.

[19] Por. SRHRM, Report: *Promotion and Protection of All Human, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development*, 25.02.2008, A/HRC/7/12, § 14.

[20] Rezolucja 63/184, A/RES/63/184, 17.03.2009; Rezolucja 65/170, A/RES/65/170, 17.03.2011, § 5; Rezolucja 64/166, A/RES/64/166, 18.12.2009, art. 3b.

[21] Por. Montevideo Commitment on Migration and Development of the Heads of State and Government of the Ibero-American Community, dokument przyjęty w ramach XVI Szczytu Państw Ibero-Amerykańskich, Montevideo 11.04.2006, § 25(g).

jest relacja pomiędzy jednostką a państwem. Idea przyrodzonych i niezbywalnych praw jednostki niezależnych od nadania przez państwo, a także oparcie ich regulacji na słowie „każdy" przesuwa na dalszy plan kwestię przynależności państwowej, czyniąc ją w niektórych przypadkach wręcz irrelewantną. KPC w *General Comment* odnoszącym się do natury zobowiązań wynikających z MPPOiP wskazał, że korzystanie z praw zagwarantowanych Paktem nie jest ograniczone do obywateli Państw-Stron, lecz musi być niezależne od obywatelstwa lub bezpaństwowości[22]. Podobnie wypowiedziały się Komitet Praw Dziecka[23] oraz Komitet Praw Gospodarczych Społecznych i Kulturalnych. Ten ostatni stwierdził, że obywatelstwo nie powinno być przeszkodą w dostępie do praw przewidzianych Paktem, ponieważ regulacje tego traktatu mają zastosowanie do wszystkich, w tym pracowników migrujących niezależnie od ich statusu prawnego[24].

Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka w jednej z opinii doradczych stwierdził, że dla oceny obowiązku państwa zapewnienia przestrzegania i poszanowania praw człowieka motywy, powody, dla których dana osoba znalazła się na terytorium danego państwa, nie mają znaczenia. Obowiązek ten musi być realizowany w każdych warunkach, ponieważ jest oparty na cechach osoby ludzkiej. W szczególności, zdaniem Trybunału, nie ma znaczenia, czy dana osoba jest obywatelem danego państwa, czy cudzoziemcem i czy wkroczyła na dane terytorium w sposób zgodny z przepisami prawa[25].

Naturalną tego konsekwencją jest, że prawa człowieka stanowią punkt centralny dla rozwoju praw migrantów w Europie i na świecie. Yasemin Soysal stwierdziła wręcz, że ewolucja praw człowieka spowodowała, iż człowieczeństwo zastąpiło obywatelstwo jako pierwszy i najważniejszy punkt odniesienia dla korzystania z praw, umniejszając poniekąd różnicę pomiędzy obywatelami i cudzoziemcami[26]. Ma też rację Dorota Pudzianowska, stwierdzając, że standardy praw człowieka generują nową logikę w podejściu do obywatelstwa,

---

[22] Por. KPC, *General Comment No. 31: The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*, 26.05.2004, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13, § 10.

[23] Por. Komitet Praw Dziecka, *General Comment No. 5*: *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, 27.11.2003, CRC/GC/2003/5, § 1 oraz General Comment No. 6: *Treatment of unaccompanied and separated children outside their countries of origin*, 1.09.2005, CRC/GC/2005/6, § 12.

[24] Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, *General Comment No. 20*: *Non-discrimination in economic, social and cultural rights*, 2.07.2009, E/C.12/CG/20, § 30.

[25] Por. MTPC, *Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*, Opinia Doracza OC-21/14, 19.08.2014, § 61–62.

[26] Por. Y. Soysal, *Limits of Citizenship of Migrants and Post National Membership of Europe*, Chicago 1994, s. 1, 7, 53 (passim).

sprzyjając rozwojowi statusów cudzoziemców, które autorka określa jako *quasi-obywatelskie*[27]. Niewątpliwie rozwój praw osób długotrwale przebywających na terytorium państwa niejako sprowokował ewolucję przynależności nowego typu, niezależnych od obywatelstwa. Tym samym napięcie pomiędzy prawami człowieka a suwerennością, zyskuje nowy wymiar, a mianowicie wymaga nowego sposobu definiowania warunków przynależności do wspólnoty[28]. Jednocześnie podział na swoich i obcych, oparty dotychczas głównie na kryterium obywatelstwa, traci na swojej czytelności[29].

Z drugiej strony można powiedzieć, że jest to tylko część złożonej rzeczywistości, ponieważ normy będące wyrazem suwerenności państwa zwłaszcza w zakresie kontroli migracji modyfikują i kształtują normy w zakresie praw człowieka[30]. Owszem prawa człowieka są uniwersalne, ale model ich międzynarodowej ochrony jest zakorzeniony w tradycyjnym postrzeganiu państwowości i jej atrybutów. Ta państwowość jest definiowana między innymi poprzez zdolność do pewnej samoidentyfikacji wspólnoty, która w swej istocie jest partykularna, rozumiana terytorialnie poprzez wyznaczone granice i głównie określana przez obywatelstwo. W tym właśnie punkcie można dostrzegać nierozwiązywalną sprzeczność pomiędzy uniwersalnymi prawami człowieka a demokratycznym prawem do samookreślenia[31]. Jest to widoczne także w międzynarodowym prawie zwyczajowym, które dopuszcza szeroki margines oceny państwa, jeśli chodzi o detencję cudzoziemców w kontekście kontroli nad ruchem osobowym[32].

Korzystanie z niektórych praw jest w szeregu traktatów zastrzeżone wyłącznie dla obywateli, co dotyczy prawa do udziału w życiu politycznym, praw wyborczych czy dostępu do służby publicznej (art. 25 MPPOiP), a także prawa dostępu

---

[27] Por. D. Pudzianowska, *Obywatelstwo w procesie zmian*, Warszawa 2013, s. 19 – szerzej zob. s. 242–269.

[28] Por. G. Cornelisse, *Immigration Detention*…, op. cit., s. 105; L. Bosniak, *Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants*, [w:] B. Bogusz, R. Cholewiński, A. Cygan, E. Szyszczak (red.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden–Boston 2004, s. 329.

[29] Por. M. Walzer, *Sfery sprawiedliwości: obrona pluralizmu i równości*, Basic Books, 1983, s. 31–32.

[30] Por. S. Meckled-Garcia, B. Cali, *Lost in Translation: the Humans Rights Ideal and International Human Rights Law*, [w:] S. Meckled-García, B. Cali (red.), *The Legalization of Human Rights: Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law*, London 2006, s. 16.

[31] Por. S. Meckled-Garcia, B. Cali, *Lost in Translation*…, op. cit., s. 19.

[32] Por. D. Wilsher, *Immigration Detention and the Common European Asylum Policy*…, op. cit., s. 396; zob. także R. Jennings, A. Watts, *Oppenheims International Law*, London 1992, s. 897–898, 941.

do terytorium własnego państwa (art. 12 ust. 4 MPPOiP, art. 3 ust. 2 Protokołu nr 4 do EKPC, art. 22 ust. 5 AKPC)[33] i bezwzględnej ochrony przed wydaleniem (art. 3 ust. 1 Protokołu nr 4 do EKPC, art. 22 ust. 5 AKPC). Kryteria i zasady nabywania obywatelstwa są wyłączną decyzją państwa. Co prawda, z umów międzynarodowych są wyprowadzane ograniczenia swobody decyzyjnej państwa w tym zakresie – na przykład w związku z zakazem dyskryminacji – ale prawo do nabycia obywatelstwa jako prawo jednostki nie jest gwarantowane traktatowo – z wyjątkiem art. 7 KPD[34].

Następnie sam fakt fizycznego przebywania na terytorium państwa nie daje cudzoziemcom możliwości korzystania ze wszystkich praw człowieka ze względu na to, że część z nich jest powiązana z legalnością pobytu. Dotyczy to wolności poruszania się (art. 12 ust. 1 MPPOiP, art. 2 Protokołu nr 4 EKPC, art. 22 ust. 1 AKPC)[35], a także ochrony przed arbitralnym i bezprawnym wydaleniem (art. 13 MPPOiP, art. 1 Protokołu nr 7 EKPC, art. 22 ust. 6 AKPC). Co prawda, w art. 1 ust. 1 Protokołu nr 7 do EKPC w jego anglojęzycznej wersji użyto węższego określenia legalnego zamieszkiwania *(lawfully resident)*[36], ale orzecznictwo ETPC interpretujące ten przepis jest w pełni adekwatne dla interpretacji art. 2 Protokołu nr 4 EKPC[37].

Kryterium legalności pozostawania na terytorium państwa stanowi element licznych zastrzeżeń i ograniczeń w zakresie podejmowania pracy, jest warunkiem korzystania z zabezpieczenia społecznego oraz wielu gwarancji natury socjalnej, takich jak np. mieszkanie publiczne czy pomoc na starość[38]. W kontekście europejskim trzeba mieć zwłaszcza na uwadze brzmienie ustępu 1 Załącznika do Europejskiej Karty Socjalnej oraz Zrewidowanej Karty Socjalnej, zgodnie

---

[33] Zob. szerzej KPC, *General Comment No. 15*…, op. cit., § 5–6.

[34] Por. stanowisko Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, który wskazuje na obowiązki Państw-Stron Konwencji w zakresie niedyskryminacyjnego dostępu do obywatelstwa, zakaz pozbawiania obywatelstwa tylko na podst. pochodzenia, a także na to, że odmowa obywatelstwa osobom długotrwale przebywającym na terytorium państwa może powodować „the creation of disadvantage for the people affected in terms of access to employment and social benefits, in violation of the Convention's antidiscrimination principles", General Recommendation nr 34 adopted by the Committee Racial Discrimination against people of African descent, CERD/C/GC/34, 30.09.2011, § 47–49.

[35] Wyjątkiem jest art. 13 ust. 1 PDPC, który nie zawiera tego kryterium – „każda osoba jest uprawniona do wolności poruszania się i osiedlania w granicach każdego państwa".

[36] To ostatnie pojęcie jest oczywiście węższe w tym znaczeniu, że można przebywać legalnie na terytorium państwa, ale nie zamieszkiwać go.

[37] Por. W. Schabas, *Commentary to European Convention*…, op. cit., s. 1057.

[38] Por. E. Borchardt, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York 1922, s. 186; por. art. 6 Konwencji nr 97 Międzynarodowej Organizacji Pracy dot. pracowników migrujących (zrewidowana) – nie została ratyfikowana przez Polskę.

z którym korzystanie z praw gwarantowanych w Karcie jest ograniczone do cudzoziemców tylko jeśli są obywatelami innych Stron, legalnie mieszkającymi lub pracującymi na terytorium zainteresowanej Strony. Następnie zgodnie z ustępami 2 i 3 Załącznika prawa wynikające z Karty powinny być także gwarantowane uchodźcom oraz bezpaństwowcom, ale pod warunkiem legalnego zamieszkiwania terytorium Państwa-Strony.

W tym miejscu trzeba zaznaczyć, że Europejski Komitet Praw Społecznych w decyzji w sprawie *FIDH v. Francja* z 2004 r. rozszerzył podmiotowy zakres stosowania niektórych postanowień EKS/ZEKS wbrew literalnemu brzmieniu Załącznika. Stwierdził on, że „ustawodawstwo albo praktyka, które negują tytuł do pomocy medycznej obcym obywatelom, na terytorium Państwa-Strony, nawet jeśli znajdują się oni tam nielegalnie, są sprzeczne z Kartą. (…)"[39]. Komitet doszedł do wniosku, że ograniczenia zawarte w Załączniku Karty nie mogą być odczytywane w sposób, który nie daje się pogodzić z ludzką godnością, ochroną prawa do życia lub integralności fizycznej oraz zakazem tortur, nieludzkiego karania, poniżającego traktowania[40].

Jeśli dostęp do opieki zdrowotnej łączy się w sposób bezpośredni z prawem do życia i integralności fizycznej[41], to ścisła interpretacja ust. 1 Załącznika skutkowałaby brakiem uznania zobowiązania Państw-Stron do poszanowania i zabezpieczenia tego prawa cudzoziemcom nielegalnie obecnym na ich terytorium, co nie dawałoby się pogodzić z jus cogens[42]. W sprawach dotyczących dzieci EKPS stwierdził także, iż literalna interpretacja ust. 1 Załącznika byłaby sprzeczna z gwarancjami wynikającymi z KPD[43].

Komitet argumentuje, że EKS/ZEKS została pomyślana jako uzupełnienie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, a jej celem jest urzeczywistnienie na poziomie europejskim praw zagwarantowanych wszystkim ludziom przez Powszechną Deklarację Praw Człowieka[44]. Jednocześnie należy podkreślić, że EKPS uważa taką interpretację Karty za szczególne odstępstwo od jej literalnej wykładni i najwięcej jego orzeczeń w tym zakresie dotyczy małoletnich

---

[39] Por. *FIDH v. Francja*, skarga nr 14/2003, decyzja EKPS z 8.09.2004 r., § 32; *D.C.I. v. Belgia*, skarga nr 69/2011, decyzja EKPS z 23.10.2012 r., § 120.

[40] *Conference of the European Churches (CEC) v. Królestwo Niderlandów*, skarga nr 90/2013, Decyzja EKPS o dopuszczalności skargi z 1.07.2013 r., § 10; *D.C.I v. Belgia*, § 28.

[41] Por. *FIDH v. Francja*, § 30–31. Brak zapewnienia dostępu do opieki zdrowotnej oznaczałby brak zapewnienia prawa do zachowania godności ludzkiej oraz wystawienie dzieci i młodzieży na poważne zagrożenie dla życia i ich fizycznej integralności na tle art. 11 EKS/ZEKS; por. *D.C.I. v. Belgia*, § 102.

[42] Por. *D.C.I. v. Belgia*, § 29.

[43] Por. ibidem, § 31.

[44] Por. *FIDH v. Francja*, § 26.

cudzoziemców, których szczególna wrażliwość i ograniczona autonomia połączone z nieregularnym statusem wymagają od Państw-Stron szczególnych działań[45].

Komitet wskazywał, że rozszerzenie gwarancji wynikających z EKS/ZEKS jest *zupełnie wyjątkowe* i znajduje usprawiedliwienie w wyłącznie w przypadku, gdy wykluczenie cudzoziemców nieregularnych z ochrony przyznawanej przez Kartę pociągałoby poważnie niszczące konsekwencje dla ich praw podstawowych, stawiając tych odnośnych cudzoziemców w sytuacji nie do zaakceptowania w porównaniu z sytuacją obywateli i legalnie tam przebywających cudzoziemców[46]. Wydaje się jednak, że nie jest to jedyne kryterium, ponieważ podobny zabieg zastosował EKPS także w przypadku art. 17 § 2 EKS, wskazując, że norma ta zobowiązuje Państwo-Stronę, aby dzieci bezprawnie przebywające na ich terytorium miały efektywny dostęp do edukacji, na równi z każdym innym dzieckiem[47].

1.2. ZASADA ZWIERZCHNICTWA TERYTORIALNEGO I KONTROLI GRANIC

Suwerenność państwa definiowania jest przez władzę, która wyraża się między innymi w zwierzchnictwie terytorialnym[48]. Przez to ostatnie rozumie się podporządkowanie władzy zwierzchniej wszystkich rzeczy i osób położonych na terytorium państwa[49]. W doktrynie prawa międzynarodowego wielokrotnie już stwierdzano, że istnienie państwa bez terytorium nie jest możliwe, ponieważ w ramach tej przestrzeni państwo wykonuje swoją zwierzchnią i wyłączną władzę[50]. Zwierzchnictwo terytorialne realizuje się zatem w zamkniętej, wyodrębnionej przestrzeni, którą wyznaczają ściśle określone granice, a podstawową emanacją tej władzy jest ich kontrola. W literaturze wskazuje się, że kontrola graniczna „stanowi symboliczną demonstrację władzy państwa i jego suwerenności, zakładającą *ipso facto* potencjalną możliwość zamknięcia granic państwowych

---

[45] Por. *D.C.I. v. Belgia*, argumentacja odnośnie do naruszenia art. 17 § 1 EKS, § 37.

[46] Por. ibidem, § 35.

[47] Por. *Médecins du Monde – International v. Francja*, skarga nr 67/2011, decyzja EKPS z 11.09.2012 r., § 128.

[48] Por. M. Cesarz, *Kontrola mobilności a suwerenność terytorialna państw*, „Rocznik Europeistyczny" 2018, t. 4, s. 61.

[49] Por. A. Klafkowski, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1979, s. 189.

[50] Por. J. O'Brien, *International Law*, London 2001, s. 201; H. Lauterpacht, O*ppenheims International Law*, 1955, t. 1, s. 451; s. 229 za: R.Y. Jennings, A.D. Watts, O*ppenheim's International Law*, London 1992, s. 563–564.

oraz ścisłej regulacji wjazdów i kontroli przepływów osobowych łącznie z pozbawieniem prawa wjazdu określonych kategorii obcokrajowców"[51].

Istnienie granic generuje w sferze prawa międzynarodowego dla państwa nie tylko prawa, ale także obowiązki. W przypadku prawa międzynarodowego praw człowieka jedną z najbardziej aktualnych pozostaje w tym zakresie sprawa *N.D. i N.T. v. Hiszpania.* Rząd skarżonego państwa argumentował, iż jego obowiązki wynikające z art. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka zostały ograniczone terytorialnie w ten sposób, że postawione na terytorium Hiszpanii trzy ogrodzenia stanowią tzw. granicę operacyjną[52]. Tym sposobem miało dojść do przesunięcia granicy państwa w głąb terytorium w wyniku jednostronnego działania władz hiszpańskich. Zdaniem rządu oznaczało to, iż cudzoziemcy znajdowali się pod jurysdykcją hiszpańską dopiero, gdy przekroczyli wszystkie trzy ogrodzenia wchodzące w skład systemu kontroli granicznej i minęli tzw. linię policyjną. Nawet jeśli schodzili oni z tych ogrodzeń pod nadzorem funkcjonariuszy hiszpańskich i byli następnie odprowadzani na terytorium Maroka, to bez przekroczenia linii policyjnej nie pozostawali pod jurysdykcją Hiszpanii. Hiszpański rząd argumentował, że gdyby było inaczej, rezultatem byłby efekt domina w postaci narastającej liczby cudzoziemców forsujących ogrodzenia, który mógłby przerodzić się w poważny kryzys humanitarny[53].

Odnosząc się do tych argumentów ETPC stwierdził, iż pojęcie „jurysdykcji" w rozumieniu art. 1 EKPC ma takie znaczenie jak w prawie międzynarodowym publicznym[54]. Zgodnie z nim istnienie ogrodzenia znajdującego się w pewnej odległości od granicy nie upoważnia państwa do jednostronnego wyłączenia, zmiany lub ograniczenia swojej właściwości terytorialnej, która rozpoczyna się na linii tworzącej granicę[55]. Trybunał dostrzegł, iż rząd argumentował ograniczenie swojej jurysdykcji trudnościami w zarządzaniu nielegalną imigracją przez enklawę Melilla, wskazując na szturmowanie ogrodzeń granicznych przez grupy składające się na ogół z kilkuset cudzoziemców. Kluczowe jednak było, iż nie wykazano

---

[51] M. Cesarz, *Kontrola mobilności…*, op. cit., s. 62; por. także J. Torpey, *Coming and Going: On the State Monopolization of the Legitimate Means of Movement*, „Sociological Theory" 1998, t. 16, nr 3, s. 240; V. Mitsilegas, *Extraterritorial Migration Control in the 21st Century. The Individual and State Transformed*, [w:] B. Ryan, V. Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Boston 2010, s. 58.

[52] Granica operacyjna składała się z kombinacji trzech kilkumetrowych ogrodzeń umieszczonych w pewnej odległości, przez które można było przejść specjalnymi bramami.

[53] Por. *N.D i N.T. v. Hiszpania*, § 91–92.

[54] Por. ibidem, § 109; *Ilaşcu i inni v. Mołdawia i Rosja*, skarga nr 48787/99 wyrok Wielkiej Izby ETPC z 8.07.2004 r., § 312; *Assanidze v. Gruzja*, skarga nr 71503/01, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 8.04.2004 r., § 137.

[55] Por. *N.D. i N.T. v. Hiszpania*, § 109.

jakoby ta sytuacja uniemożliwiła Państwu–Stronie pełne sprawowanie władzy nad tą częścią terytorium. Zdaniem ETPC nie było wątpliwości, iż działały tam wyłącznie władze hiszpańskie. Posługując się założeniami przyjętymi w sprawie *Ilascu i inni v. Mołdawia i Rosja*, uznał, iż nie można dostrzec w tym przypadku „ograniczającej faktycznej sytuacji" lub „obiektywnych faktów", które mogłyby ograniczyć skuteczne wykonywanie władzy państwa hiszpańskiego nad jego terytorium na granicy z Melillą, a w konsekwencji obalić domniemanie kompetencji w odniesieniu do skarżących[56]. Jako instrument konstytucyjny europejskiego porządku publicznego[57] Konwencja nie może być selektywnie ograniczona tylko do części terytorium państwa poprzez sztuczne ograniczenie zakresu jej obowiązywania *ratione loci*. Przyjęcie innego poglądu oznaczałoby pozbawienie znaczenia skutecznej ochrony praw człowieka leżącej u podstaw całej konwencji[58].

Ważnym elementem, który pojawił się w tej sprawie było zagadnienie efektywności w zarządzaniu przepływami osób, która w ocenie skarżonego państwa miała wpływać na sposób interpretacji art. 1 EKPC. Niewątpliwie przybywanie znacznej liczby migrantów wbrew przepisom migracyjnym poszczególnych państw i często poza ich kontrolą, inspiruje część badaczy do twierdzeń o anachroniczności koncepcji suwerenności[59], a także do ocen, iż globalizacja powoduje utratę kontroli państwa nad własnym terytorium[60]. W tym ostatnim przypadku miałoby się to wiązać z przepływem dóbr, usług i kapitału czy choćby informacji, których uregulowanie przybiera postać transgraniczną, w coraz większym stopniu ograniczając swobodę decyzyjną państw. Zwraca się uwagę, iż współczesna ekonomia i decyzje gospodarcze, a nawet wojskowe są uwarunkowane całą siecią powiązań, gdzie trudno o pełną wyłączność, samodzielność oraz unilateralność działań poszczególnych rządów[61]. Trzeba wszak zastrzec, że są to koncepcje bliższe naukom politycznym niż prawnym. Oceniając rzecz z punktu widzenia norm prawnych, można stwierdzić, że wszelkie ewentualne ograniczenia

---

[56] Por. *Ilasçu i inni v. Mołdawia i Rosja*, § 108, 313, 333.

[57] Zob. *Loizidou v. Turcja (zarzuty wstępne)*, skarga nr 15318/89, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 23.03.1995 r., § 75; *Al-Skeini i inni v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 55721/07, wyrok Wielkiej Izby ETPC 7.07.2011 r., § 141.

[58] Por. *Assanidze v. Gruzja*, § 142.

[59] Por. M. Weiner, *Ethics, National Sovereignty, and the Control of Migration*, „International Migration Review" 1996, nr 30, s. 180–181.

[60] Por. V. Guiradon, G. Lahav, *A Reappraisal of the State Sovereignty Debate: The Case of Migration Control*, „Comparative Political Studies" 2000, t. 33, nr 2, s. 164; zob. także G. Lahav, *Migration and Security: The Role of Non-State Actors and Civil Liberties United Nations Population Division*, UN/POP/2003/MIGR.

[61] Por. L. Wiśniewski, M.M. Bieczyński, *Swoboda przemieszczania się w prawie międzynarodowym, prawie Unii Europejskiej i polskim prawie krajowym. Przegląd zagadnień*, Warszawa 2015, s. 168.

kompetencji decyzyjnych i regulacyjnych państwa powstają w wyniku zawierania przez nie umów międzynarodowych i nie mają charakteru nieodwracalnego, co egzemplifikuje choćby wyjście Zjednoczonego Królestwa ze struktur Unii Europejskiej. W prawie międzynarodowym publicznym to państwo *ex definitione* jest pierwotnym i wyłącznym decydentem odnośnie do statusu prawnego wszelkich podmiotów znajdujących się na jego terytorium oraz treści norm prawnych regulujących określone procesy na nim zachodzące.

Ponadto wydaje się, że koncentracja na samym poziomie efektywności kontroli państw nie trafia w sedno problemu. Jak słusznie zauważył John Torpey, współczesna organizacja świata nie sprowadza się tylko do efektywności kontrolowania ruchu granicznego, lecz przede wszystkim wyraża się w tym, że państwo jest jedynym podmiotem, który ma w tym zakresie władzę i pozostaje tu monopolistą[62]. W tym kontekście warto uwzględnić również fakt, iż cechą charakterystyczną współczesnych państw jest wprowadzanie rozmaitych instrumentów kontroli nie tylko nad cudzoziemcami, lecz nad całą ludnością zamieszkującą ich terytorium. Na uwagę zasługują liczne regulacje administracyjnoprawne obejmujące rejestrację urodzeń dzieci, prowadzenie akt stanu cywilnego, obowiązek posiadania kart identyfikacyjnych, numerów ubezpieczenia społecznego, dowodów, legitymacji, na aktach zgonu skończywszy. Równocześnie stosuje się w tym zakresie coraz bardziej zaawansowane urządzenia i rozwiązania techniczne, których celem jest niewątpliwe zidentyfikowanie danej osoby, odróżnienie jej od innych i wyeliminowanie błędów w ustalaniu tożsamości[63].

Nawet jeśli skuteczność kontroli nad przepływem osób jest ograniczona, to poziom determinacji państw, aby ją utrzymać, daje asumpt do twierdzeń, że współczesne procesy powiązane z globalizacją wcale nie muszą oznaczać „wyczerpania się" suwerenności jako podstawowego konceptu definiującego współczesne państwo[64]. Większa przenikalność granic nie zmienia zasady, że osoby postrzegane jako intruzi nie mają prawa wejść na terytorium[65]. W przypadku migracji suwerenność państwa jest wyjątkowo mocno podkreślana i potwierdzana w skrajnej swej postaci zmierzając ku militaryzacji kontroli granic. Jednocześnie

---

[62] Por. J. Torpey, *Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge 2000, s. 5.

[63] Por. J. Torpey, *Coming…*, op. cit., s. 242.

[64] Por. S. Benhabib, *Borders, Boundaries and Citizenship*, „Political Science and Politics" 2005, t. 38, nr 4, s. 673. Na temat „westfalskich" i „postwestfalskich" koncepcji suwerenności zob. m.in. N. Walker, *Late Sovereignty in the European Union*, [w:] N. Walker (red.), *Sovereignty in Transition*, Oxford–Oregon Portland 2003, s. 5–10. Krytycznie wobec ogłaszania zmierzchu suwerenności, a także wobec samych tych koncepcji, zob. R. Kwiecień, *Suwerenność…*, op. cit., s. 116.

[65] Por. S. Benhabib, *Borders…*, op. cit., s. 674.

trudno nie dostrzegać, że nagłe masowe napływy cudzoziemców traktuje się w kategoriach sytuacji wyjątkowych nie tylko w sferze politycznej, ale i normatywnej, o czym będzie jeszcze mowa.

Negując – w odniesieniu do międzynarodowego przepływu osób – słuszność diagnoz co do erozji państwa i jego barier terytorialnych, a także zaniku państwa postrzeganego jako przestrzeń zamknięta[66], trzeba zwrócić uwagę, że niewątpliwej ewolucji ulega sam sposób wykonywania kontroli granicznych. Klasyczny ich model oparty na jednolitym reżimie kontroli ruchu osobowego na granicach państwa czy w portach lotniczych ulega modyfikacji. System odprawy granicznej przeprowadzanej na tych samych warunkach wobec wszystkich cudzoziemców coraz częściej przybiera postać selektywną, a więc minimalnej kontroli jednych i szczegółowej kontroli innych[67]. W przypadku państw przynależących do UE ma to bezpośrednie uzasadnienie w procesach integracyjnych i w podziale cudzoziemców na obywateli UE oraz obywateli państw trzecich. Nie zmienia to jednak faktu, iż decyzje o dopuszczeniu cudzoziemca do terytorium pozostają w gestii zainteresowanego państwa członkowskiego UE[68]. We wspomnianej sprawie *ND. i N.T. v. Hiszpania* niektóre państwa – interwenienci podnosiły argument, że działania Hiszpanii stanowiły wykonywanie obowiązku ochrony granic wynikających z art. 13 kodeksu granicznego Schengen[69]. ETPC wskazał jednak, iż prawodawstwo UE nie wpływa na jurysdykcję hiszpańską na mocy prawa międzynarodowego[70].

Prawo międzynarodowe praw człowieka – a także międzynarodowe prawo uchodźcze – zasadzają się na klasycznym rozumieniu funkcji państwa jako jedynego gwaranta praw jednostki, mając subsydiarny charakter wobec ochrony wynikającej z prawa krajowego. Zatem uniwersalne prawa człowieka są realizowane przez partykularnie określające się państwo.

---

[66] Por. S. Sassen, *Losing Control?: Sovereignty in an Age of Globalization*, New York 1996, s. 52.

[67] Por. art. 8 ust. 2 i 3 kodeksu granicznego Schengen różnicujący zasady odprawy granicznej. Minimalna odprawa dotyczy korzystających ze swobodnego przepływu osób, natomiast obywatele państw trzecich podlegają szczegółowej odprawie granicznej. Z kolei w art. 10 tego aktu stanowi się o utworzeniu dwóch pasów ruchu dla tych kategorii osób.

[68] Zgodnie z art. 82 ust. 11 rozporządzenia 2019/1896/UE decyzje o odmowie wjazdu, o odmowie wydania wizy na granicy są podejmowane wyłącznie przez funkcjonariuszy straży granicznej przyjmującego państwa członkowskiego lub członków zespołów upoważnionych przez przyjmujące państwo członkowskie do działania w jego imieniu.

[69] Por. stanowisko rządów Włoch i Belgii, § 96–97.

[70] Por. *N.D. i N.T. v. Hiszpania*, § 109. Dodać trzeba, iż przepis ten ustanawia ogólny obowiązek ochrony granicy w taki sposób, aby zapobiegać unikaniu odprawy granicznej (art. 13 ust. 2), a także dostosowania metod, liczebności straży granicznej do ryzyka i zagrożeń występujących pomiędzy przejściami granicznymi (art. 13 ust. 3).

Treść gwarancji praw jednostki w tym zakresie zasadniczo wpisuje się w obecnie obowiązujący wzorzec polegający na pełnej swobodzie wyjazdu z państwa zarówno jego obywateli jak i cudzoziemców oraz restrykcyjnych przepisów w zakresie wjazdu cudzoziemców. W konsekwencji wyjazd z kraju jest prawem człowieka wyartykułowanym w art. 13 ust. 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka[71] art. 12 ust. 2 MPPOiP, art. 2 ust. 2 Protokołu nr 4 do EKPC i Akcie Helsińskim[72]. Natomiast dostęp do terytorium innego państwa takim prawem już nie jest, pozostając elementem swobody decyzyjnej wpisanej w suwerenność państwa[73]. Expressis verbis wyraża to art. 79 Konwencji o ochronie pracowników migrujących, który stanowi, że nic w tej konwencji nie może dotykać praw każdego Państwa-Strony do ustalania kryteriów dostępu pracowników migrujących i członków ich rodzin do terytorium. Swobodę podróżowania cechuje zatem swoista asymetria, której specyfika dodatkowo jest uwarunkowana jej transgranicznym charakterem. Mianowicie wolność wyboru obywatela państwa tzw. Południa, dokąd chce wyjechać nie gwarantuje rzeczywistej możliwości skorzystania z niej, jeśli polityka państw tzw. Północy – gdzie potencjalnie chciałby się znaleźć – czyni to prawo iluzorycznym[74].

W związku z powyższym, nawet wziąwszy pod uwagę poszanowanie zasady *non refoulement*, trzeba przyznać, że dostęp do terytorium w związku z poszukiwaniem ochrony międzynarodowej nie jest prawem człowieka[75]. Co prawda, w art. 14 PDPC sformułowano prawo do poszukiwania azylu, ale nie do jego uzyskania, a milczenie traktatów jest w tej kwestii symptomatyczne. Trzeba zważyć, iż prawo do azylu znalazło się w art. 18 KPP, ale z brzmienia tego przepisu nie wynikają konkretne obowiązki państw w zakresie dopuszczenia cudzoziemca do terytorium. Niewątpliwie należy tu dostrzegać, iż złożenie wniosku o ochronę międzynarodową wymaga dostępu do terytorium państwa, a przynajmniej znalezienia się pod jego jurysdykcją. ETPC w sposób systematyczny przypomina, że EKPC jako taka nie gwarantuje prawa do azylu, a ochrona konwencyjna ogranicza się do zastosowania zakazu wydalania w związku z art. 3 EKPC[76].

---

[71] „Każda osoba jest uprawniona do opuszczania jakiegokolwiek kraju, włączając swój własny kraj, jak również do powrotu do swego kraju".

[72] Por. art. 12 ust. 4 MPPOiP stanowiący, że nikt nie może być arbitralnie pozbawiony prawa wjazdu do swego własnego kraju – jak zauważa Guofiu Liu dla kilkudziesięciu państw, nawet tych, które są związane Kartą Narodów Zjednoczonych i uznają treść PDPC, prawo to ma charakter raczej programowy – por. G. Liu, *The Right to leave and return and Chinese Migration Law*, Leiden–Boston 2007, s. 46.

[73] L.B. Sohn, T. Buergenthal, *The Movement of Persons Across Borders*, Washington 1992, s. 3; E. Haddad, *The Refugee in International Society: Between Sovereigns*, Cambridge 2008, s. 88.

[74] Por. G. Liu, *The Right to leave*…, op. cit., s. 48.

[75] Por. *Javeed v. Królestwo Niderlandów*, skarga nr 47390/99, decyzja ETPC z 3.07.2001 r.

[76] Por. *N.D. i N.T. v. Hiszpania*, § 188.

Jedną z istotniejszych wypowiedzi ETPC w tej kwestii jest wspomniany wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *ND. i N.T. v. Hiszpania*. Trybunał stwierdził w nim między innymi, że w przypadku państw, takich jak Hiszpania, których granice pokrywają się, przynajmniej częściowo, z zewnętrznymi granicami strefy Schengen, skuteczność praw wynikających z EKPC wymaga, aby państwa te udostępniły rzeczywisty i skuteczny dostęp do legalnego wjazdu, tym, którzy przybyli na granicę[77], co implikuje istnienie wystarczającej liczby takich przejść granicznych. Trybunał stwierdził, że samo wprowadzenie obowiązku, aby wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej były składane na wyznaczonych przejściach granicznych[78], nie jest sprzeczne z Konwencją, o ile Państwo-Strona umożliwia w sposób rzeczywisty i skuteczny wykonywanie tego prawa. W związku z tym może ono odmówić wjazdu na swoje terytorium cudzoziemcom, którzy bez uzasadnionych przyczyn nie zastosowali się do tych przepisów, starając się przekroczyć granicę w innym miejscu, zwłaszcza, jak to miało miejsce w tym przypadku, działając w dużej liczbie i używając siły[79].

Trzeba przy tym zwrócić uwagę, że o ile prawo międzynarodowe nie przewiduje obowiązku państwa przyjęcia cudzoziemca na terytorium, o tyle obowiązek taki istnieje w stosunku do własnych obywateli. Jest to zasada, w myśl której, jak stwierdził TSUE państwo nie może odmówić przyjęcia własnego obywatela, niezależnie od tego jak niepożądany i potencjalnie szkodliwy byłby jego wjazd i pobyt[80].

Na tej płaszczyźnie można dostrzegać, że prawo międzynarodowe praw człowieka pomimo swoistego oderwania od obywatelstwa jako warunku sine qua non korzystania z praw jest w swej istocie silnie zakorzenione w państwie definiowanym jako podmiot w sposób wyłączny władający określonym terytorium i pozostający pierwotnym decydentem co do statusu prawnego podmiotów na nim się znajdujących. W związku z powyższym idea uniwersalizmu praw człowieka pozostaje w silnym napięciu z partykularnie zróżnicowaną identyfikacją poszczególnych państw[81].

---

[77] Por. ibidem, § 209.

[78] W tej sprawie zasady przekraczania granic były częściowo regulowane przez art. 4 ust. 1 kodeksu granicznego Schengen, który stanowi, że granice zewnętrzne można przekraczać tylko na przejściach granicznych i w ustalonych godzinach ich otwarcia.

[79] Por. *N.D. i N.T. v. Hiszpania*, § 210.

[80] Por. *Yvonnne Van Duyn v. Home Office*, C-41/74, wyrok TSUE z 4.12.1974 r., ECLI:EU:C:1974:133, pkt 22.

[81] Por. C. Joppke, *Asylum and State Sovereignty: A Comparison of the United States, Germany and Britain*, [w:] C. Joppke, *Challenge to the Nation–State: Immigration in the Western Europe and the United States*, New York 1998, s. 110.

1.3. POLITYKA MIGRACYJNA JAKO WYRAZ SUWERENNOŚCI PAŃSTWA I OCHRONY GRANIC

Migracje międzynarodowe przybierają nieznaną dotąd skalę, ale przepływ migracyjny w świecie zorganizowanym przez państwa i przynależnych im obywateli okazuje się ruchem przeciwko takiej organizacji świata. Migracja, którą niekiedy określa się wręcz jako zjawisko właściwe ludzkiej naturze[82], w sensie prawnym jest przeniesieniem z jednej jurysdykcji do drugiej, a w pełni swobodny przepływ migrantów jest traktowany jako redukcja suwerennych praw państwa do danego terytorium, będąc przejawem utraty kontroli nad terytorium i ludnością[83]. Ma to swoje głębsze uzasadnienie w definiowaniu współczesnego państwa jako bytu zamkniętego w określonych granicach, których kontrola jest podstawowym atrybutem państwowości i zapewniania bezpieczeństwa państwa[84]. Ten porządek rzeczy jest petryfikowany w prawie międzynarodowym praw człowieka w tym znaczeniu, że jak już wskazano pomimo swego uniwersalizmu powstało ono i rozwija się w określonym sposobie definiowania państwa i jego atrybutów.

Nie ulega wątpliwości, że współcześnie państwa postrzegają kontrolę nad wjazdem i pobytem cudzoziemców na własnym terytorium jako fundamentalny element własnej państwowości i traktują przepływ osób w sposób odmienny od przepływu dóbr czy usług[85]. W przypadku tych ostatnich można pisać o daleko idącej liberalizacji ułatwiającej handel międzynarodowy, to w przypadku przepływu osób zachodzą dwa równoległe procesy o charakterze selektywnym: liberalizacji oraz postępującej restrykcyjności. Państwa są gotowe ułatwiać przepływ osób z określonych państw lub wykazujących się określonym wykształceniem, natomiast w pozostałych przypadkach prawo migracyjne jest skoncentrowane na ograniczaniu dostępu do terytorium, zakazach wjazdu i wydaleniach.

Co więcej, fakt, iż część cudzoziemców przekracza granice poza kontrolą państwa jest utożsamiany z kwestionowaniem wyłączności jego władzy nad określonym obszarem i w związku z powyższym traktowany w kategoriach najpoważniejszych zagrożeń państwowości[86]. Wydaje się, że przesadną, a jednak ilustrującą

---

[82] Por. Population Division Department of Economic and Social Affairs, United Nations Secretariat, International Migration Report 2002, ST/ESA/SER. A/220, the United Nations, New York 2002, s. 1.

[83] Por. A.R. Zolberg, *Changing Sovereignty Games and International Migration*, „Indiana Journal of Global Legal Studies" 1994, t. 2, nr 1, s. 153–154.

[84] Por. M. Cesarz, *Kontrola mobilności*…, op. cit., s. 60.

[85] Por. M. Schain, *Border. The Police and Politics in Europe and the United States*, Oxford 2019, s. 209–209.

[86] S. Mau, L. Laube, C. Roos, S. Wrobel, *Globalized Borders? Selectivity, Internationalization, Exterritorialization*, AUP Working Paper, No. 82, American University Paris 2009, s. 7,

takie właśnie postrzeganie argumentacją posłużył się rząd Hiszpanii w sprawie *N.D. i N.T. v. Hiszpania*. Na etapie orzekania przez Wielką Izbę przedstawiciel tego rządu podniósł, iż próby zatrzymania i odesłania na terytorium Maroka migrantów usiłujących dostać się na terytorium Hiszpanii – w tym przypadku chodziło o enklawę Ceuta – stanowiły formę wykonywania prawa państwa do samoobrony w rozumieniu art. 51 Karty Narodów Zjednoczonych[87]. ETPC słusznie jednak zważył, że Hiszpania nie zwróciła się wcześniej w tej kwestii do Rady Bezpieczeństwa, jak wymaga tego art. 51 KNZ i w konsekwencji uznał ten argument za niezasadny[88]. Osobną kwestią jest, że pewnej ostrożności wymagałoby zakwalifikowanie takich sytuacji jako „napaści zbrojnej" w rozumieniu wspomnianego przepisu.

Zwrócić tu należy uwagę, iż funkcjonujące dziś obszary międzynarodowego prawa migracyjnego[89], których przedmiotem są prawa osób migrujących, a więc międzynarodowe prawo pracy, międzynarodowe prawo uchodźcze powstały jeszcze przed II wojną światową i nie uległy specjalnej ewolucji, jeśli chodzi o ich zakres przedmiotowy. Oczywiście można argumentować, że obecnie poza statusem uchodźcy w państwach europejskich wypracowano inne formy ochrony międzynarodowej. Nie przyjęto jednak w tym zakresie nowych rozwiązań traktatowych. Symptomatyczne jest również, iż ani w systemie uniwersalnym, ani w ramach współpracy regionalnej nie powstała międzyrządowa organizacja międzynarodowa wyspecjalizowana w problematyce migracyjnej. Międzynarodowa Organizacja ds. Migracji jest podmiotem o charakterze konsultacyjnym, który nie kreuje żadnych wiążących standardów w przedmiocie swej działalności.

Niezwykle dziś przecież rozbudowana materia traktatów z zakresu ochrony praw jednostki czy międzynarodowego prawa pracy pozostaje w swych regulacjach

---

https://researchportal.vub.be/en/publications/globalized-borders-selectivity-internationalization-exterritorial, [dostęp 20.10.2024].

[87] Zgodnie z tym przepisem każdy członek ONZ, przeciwko któremu dokonano zbrojnej napaści, ma prawo do indywidualnej lub zbiorowej samoobrony, zanim Rada Bezpieczeństwa zastosuje środki konieczne do utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Środki podjęte przez członków w wykonaniu tego prawa powinny być natychmiast podane do wiadomości Radzie Bezpieczeństwa i w niczym nie powinny naruszać wynikającej z niniejszej Karty kompetencji i odpowiedzialności Rady do podjęcia w każdym czasie akcji, jaką uzna ona za konieczną dla utrzymania albo przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Por. *N.D. i N.T. v. Hiszpania*, § 16.

[88] Por. ibidem, § 166.

[89] Przez międzynarodowe prawo migracyjne rozumie się międzynarodowe normy prawne regulujące migrację, pochodzące z różnych źródeł prawa międzynarodowego mających zastosowanie do przepływu osób w obrębie państw lub pomiędzy państwami oraz regulują kompetencje i obowiązki państw, status migrantów, ich prawa i obowiązki, a także współpracę międzynarodową – zob. IOM, *Glossary on Migration*, International Migration Law Series Nr 34, 2019, s. 113.

skąpa i szczątkowa, jeśli chodzi o prawa osób migrujących. Konwencja o ochronie pracowników migrujących została ratyfikowana przez niewielką liczbę państw, a jej stronami nie są państwa docelowe dla migrantów.

Wydaje się także symptomatyczne, iż zasada solidarności, o której wspomina się w art. 80 TFUE w ściśle określonych okolicznościach znalazła w praktyce ograniczone i warunkowe zastosowanie. W sytuacji konieczności przejęcia z Grecji i Włoch przez inne państwa części osób poszukujących ochrony międzynarodowej, które znalazły się na terytorium państw UE w czasie kryzysu migracyjnego w 2015 r.[90] kilka państw UE odmówiło wykonania stosownej decyzji Rady UE o relokacji, kierując się partykularnym interesem i własną wizją tego, kto powinien znaleźć się na ich terytorium[91] Ta postawa Państw-Członków UE zdaje się świadczyć o tym, iż współpraca międzynarodowa państw w zakresie kontroli nad ruchem osobowm jest tak długo skuteczna, jak długo pozostaje zbieżna z decyzjami i interesami poszczególnych państw.

1.4. EKSTERNALIZACJA KONTROLI MIGRACJI

1.4.1. PRZENIESIENIE KONTROLI MIGRACJI POZA WŁASNE TERYTORIUM

Wzmożony napływ migrantów połączony z rozwojem międzynarodowych norm praw człowieka spowodowały, że zamożne państwa poprzez działanie zasady *non refoulement* czy ochronę prawa do poszanowania życia rodzinnego stanęły nie tylko przed wyzwaniem, jakim jest fizyczna obecność znacznych liczb cudzoziemców, lecz także wobec konieczności tolerowania osób, które niekoniecznie postrzegają jako pożądane[92]. Dość powszechnym zjawiskiem stały się różne formy przeniesienia kontroli migracyjnej na terytorium sąsiadów, państw tranzytu lub będących miejscami pochodzenia migrantów[93]. Celem tego typu działań nie jest jednak rezygnacja z kontroli nad cudzoziemcami – raczej chodzi o to, aby

[90] Por. Decyzja Rady (UE) 2015/1601 z 22.09.2015 *ustanawiająca środki tymczasowe w obszarze ochrony międzynarodowej na rzecz Włoch i Grecji* (Dz. Urz. UE L 248 z 24.09.2015 r., s. 80–94) (decyzja wygasła 26.09.2017 r.).

[91] Były to m.in. Polska, Czechy i Węgry – zob. *Komisja v. Polska, Czechy i Węgry*, C-715/17, C-718/17 i C-719/17 wyrok TSUE z 2.04.2020 r., ECLI:EU:C:2020:257.

[92] Zob. szerzej T. Gammeltoft-Hanssen, *Access to Asylum: Refugee Law and Globalization of Migration Control*, Cambridge 2011, s. 1–2.

[93] Klasycznym już przykładem spoza Europy jest Regional Resettlement Arrangement between Australia and Papua New Guinea (zwany potocznie PNG solution) z 19.07.2013 r.; tekst dostępny: http://www.refworld.org/docid/51f61a504.html [dostęp: 15.04.2025]. W literaturze spotykany jest także termin ekstraterytorializacja – por. uwagi M. Cremony, J. Rijpmy, *The Extra Territorialization, of EU Migration Policy and the Rule of Law*, EUI Working Paper 2007/01, s. 11–12.

pomimo jej wykonywania przez inne podmioty zachować faktyczny wpływ na to, czy i kto dotrze na terytorium zainteresowanego państwa[94].

Mechanizmy eksternalizacji kontroli migracji przybierają różną postać. Z jednej strony są to instrumenty klasyczne, takie jak wydawanie wiz przez przedstawicielstwa dyplomatyczne i konsularne[95]. Wzrasta liczba umów readmisyjnych, które postrzega się jako skuteczne w zwalczaniu nieregularnej imigracji[96]. Jednak w przypadku tych ugruntowanych już instytucji nie ma wątpliwości, że decyzje te są przypisywalne konkretnemu państwu, które ponosi odpowiedzialność za ich działania lub zaniechania[97]. Z drugiej strony rozpowszechnione są środki mające na celu wywarcie zarówno formalnego, jak i nieformalnego pośredniego wpływu na proces decyzyjny, który przebiega w państwie wyjazdu lub tranzytu. Od połowy lat 80. XX w. rozwija się instytucja delegowania urzędników łącznikowych ds. migracji, których rolą – poza wymianą informacji – jest doradzanie służbom migracyjnym lub przewoźnikom w innych państwach w zakresie przewozu pasażerów[98].

Poza oczywistym już, rzec można, przykładem porozumienia UE–Turcja[99], stałą aktywność w zakresie angażowania państw sąsiadujących w kontrolę

---

[94] Niekiedy w tym kontekście używa się określenia kontrola progresywna.

[95] J. Torpey, *Invention of Passport…*, op. cit., s. 120; na przykład już w 1924 r. konsulom USA powierzono ocenę czy dany cudzoziemiec mieści się w „kwotach" wyznaczonych przez państwo i czy spełnia inne warunki wjazdu (medyczne, dotyczące wykształcenia) – por. A. Zolberg, *The Great Wall against China; The Response to the First immigration Crisis*, [w:] *Migration, Migration History, History: Old Paradigms and New Perspectives*, New York 1997, s. 308–309.

[96] Co nie oznacza, że umowy readmisyjne pozbawione są wad, zob. np. S. Carrera, *Implementation of EU…*, op. cit., s. 23–59.

[97] W tym przypadku państwo ma bezpośrednią kontrolę, a granica ma charakter metaforyczny; Lord Bingham of Comhill in Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre i inni (Appellants) [2004] UKHL 55.

[98] Por. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1240 z 20.06.2019 r. w sprawie utworzenia europejskiej sieci urzędników łącznikowych ds. imigracji (Dz. Urz. UE L 198 z 25.07.2019 r., s. 88–104); por. także Treaty between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the French Republic concerning the reinforcement of cooperation for the coordinated management of their shared border z 18.01.2018 r., tzw. Traktat z Sandhurst, art. 5; por. działalność szwedzkich oficerów łącznikowych w Afganistanie, a także bilateralne umowy między Szwecją a Afganistanem, J. Ahlander, *Sweden Intensifies Crackdowns Against Illegal Immigrants*, Reuters, 13 July 2017, https://www.reuters.com/article/us-sweden-immigration-crackdown/sweden-intensifies-crackdown-on-illegal-immigrants-idUSKBN19Y0G8 [dostęp: 22.01.2023].

[99] Umowa między Unią Europejską a Republiką Turcji o readmisji osób przebywających nielegalnie (Dz. Urz. UE L 134 z 7.05.2014 r., s. 3–27). Ciekawym przypadkiem jest Oświadczenie UE–Turcja w postaci podanej do publicznej wiadomości po spotkaniu z 1.03.2016 r. za pomocą komunikatu prasowego nr 144/16. W dyskursie publicznym dość powszechnie określa się je jako umowę (*deal*), tymczasem TSUE nie uznał tego porozumienia ani za akt pochodzący od

przepływów migracyjnych wykazują Włochy. W 1997 r. państwo to zawarło umowę z Albanią w zakresie poszukiwania i wychwytywania migrantów na wodach międzynarodowych i wodach albańskich oraz obecności albańskich funkcjonariuszy na pokładzie dwóch włoskich okrętów wojennych[100]. W 2023 r. podpisano Memorandum of Understanding, zgodnie z którym rząd Albanii zadeklarował, że na jego terytorium powstaną dwa ośrodki detencyjne o maksymalnej pojemności 3000 osób, w których rocznie będzie przebywało około 36 tysięcy osób wnioskujących o ochronę międzynarodową we Włoszech[101]. Wcześniej, bo w 2017 r., rząd włoski podpisał Memorandum of Understanding z libijskim rządem Libya's Government of National Accord (GNA) umożliwiające libijskiej straży granicznej przechwytywanie łodzi zmierzających do Włoch i zawracanie wszystkich osób znajdujących się na pokładzie do stref zejścia na ląd w Libii, gdzie zostaną następnie zatrzymane[102]. Warto odnotować, że wszystkie państwa UE w deklaracji z Malty z 2017 r. zadeklarowały Libii pomoc w zakresie zwalczania nieregularnej migracji[103]. Następnie w ramach operacji Frontexu „Hera" Hiszpania podpisała Memoranda of Understanding z Senegalem i Mauretanią. Na tej podstawie senegalscy i mauretańscy urzędnicy imigracyjni zostali upoważnieni do przebywania na hiszpańskich statkach w celu przechwytywania migrantów nieregularnych[104].

---

którejkolwiek instytucji UE (czy to natury politycznej czy prawnej) ani też za sytuację, w której doszło do działania UE jako podmiotu prawa międzynarodowego – zob. *NF v. Rada Europejska*, T-192/16, Postanowienie sądu z 28.02.2017 r., ECLI:EU:T:2017, s. 128, pkt 71–72.

[100] Protocollo tra i rispettivi ministeri della difesa di attuazione dello scambio di lettere del 25.03.1997, relativo alla collaborazione per la prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico nei due paesi e l'immediato aiuto umanitario quando e' messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'albania, tekst publikowany https://ambtirana.esteri.it/it/italia-e-albania/rapporti-politici/accordi/ [dostęp: 22.01.2024].

[101] Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonche' norme di coordinamento con l'ordinamento interno, GU Serie Generale n. 44 del 22.02.2024 – szerzej zob. S. Carrera, G. Campesi, D. Colombi, *The 2023 Italy-Albania protocol on extraterritorial migration management. A worst practice in migration and asylum policies*, https://cdn.ceps.eu/wp-content/uploads/2023/12/ASILE_Italy-Albania-MoU-Extraterritorial-Migration-Management.pdf [dostęp: 20.03.2024].

[102] Associated Press, *Italian Effort to Stop Migrants Fuels Bloody Battle in Libya*, 5.10.2017, https://www.voanews.com/a/libya-militias-migrants-sabratha/4057716.html [dostęp: 23.01.2024].

[103] Rada Europejska, *Malta Declaration by the Members of the European Council on the External Aspects of Migration: Addressing the Central Mediterranean Route*, 3.02.2017, tekst: www.consilium.europa. eu/en/press/press-releases/2017/02/03/malta-declaration/ [dostęp: 23.01.2023].

[104] Por. T. Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum…*, op. cit., s. 137. W tym przypadku jest to cała seria Memorandów of Understanding i innych umów bilateralnych. Jednym z najistotniejszych wydaje się tu *Memorandum of Understanding between Spain and Senegal to fight against illegal*

Następnie na uwagę zasługują umowy międzynarodowe pomiędzy Zjednoczonym Królestwem a Rwandą, których przedmiotem jest wydalenie osób poszukujących ochrony międzynarodowej w Zjednoczonym Królestwie do Rwandy i przeniesienie na to państwo odpowiedzialności za rozpatrywanie wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej. Najpierw zawarto w tym względzie 13.04.2022 Memorandum of Understanding[105]. Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa orzekł jednak, że porozumienie to jest niezgodne z prawem, ponieważ Rwanda nie jest krajem bezpiecznym zarówno ze względu na poważne niedociągnięcia, jeśli chodzi o procedowanie wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej, jak i o ogólną sytuację w zakresie respektowania praw człowieka w tym państwie[106]. Dodać należy, że przed ETPC jest rozpatrywana skarga, w której skarżący podnosi naruszenie art. 3 EKPC w związku ze swoim wydaleniem[107]. Trybunał udzielił w tej sprawie interim measure, wskazując na brak jakichkolwiek mechanizmów umożliwiających powrót skarżącego do Zjednoczonego Królestwa w przypadku skutecznej skargi merytorycznej przed sądami krajowymi[108]. W związku z orzeczeniem Sądu Najwyższego rząd zawarł z Rwandą nowy traktat[109]. Aczkolwiek rozszerzono w nim krąg podmiotów, które mogą być deportowane do Rwandy, to jednak wprowadzono dodatkowe zabezpieczenia

immigration, 24.08.2006, zawierające postanowienia dotyczące współpracy policyjnej w zakresie kontroli migracji między obydwoma państwami, w tym wspólnych patroli, rozszerzenia operacji Frontexu na wody senegalskie, szkolenie personelu senegalskiego oraz obecność hiszpańskich oficerów łącznikowych w Senegalu. Jak podaje Spanish Commission for Refugees (CEAR) treść tego porozumienia nie została opublikowana, *Border Externalization and Migration Control in Senegal: Risks for Development Cooperation*, 2022, s. 10.

[105] Por. *Memorandum of Understanding Between The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland And The Government of the Republic of Rwanda*, Tekst porozumienia zob. https://www.gov.uk/government/publications/memorandum-of-understanding-mou-between-the-uk-and-rwanda/memorandum-of-understanding-between-the-government-of-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-government-of-the-republic-of-r#memorandum-of-understanding [dostęp: 23.01.2023].

[106] High Court of Justice, Case Nos: CO/2032/2022, CO/2104/2022, CO/2077/2022, CO/2080/2022, CO/2098/2022, CO/2072/2022, CO/2094/222, and CO/2056/2022, wyrok z 19.12.2022 r., [2022] EWHC 3230 (Admin).

[107] Por. *N.S.K. v. the Zjednoczone Królestwo*, skarga 28774/22 – skarga została zakomunikowana rządowi 5.04.2023. Skarżący podniósł, iż jego wydalenie do Rwandy stanowi potencjalne naruszenie art. 3 EKPC.

[108] W tej sprawie ETPC zastosował *interim measure* 14.06.2023.

[109] Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership to strengthen shared international commitments on the protection of refugees and migrants, 5.12.2023, https://www.gov.uk/government/publications/uk-rwanda-treaty-provision-of-an-asylum-partnership/uk-rwanda-treaty-provision-of-an-asylum-partnership-accessible [dostęp: 5.05.2024].

proceduralne w zakresie rozpatrywania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej[110] oraz zakaz wydalania cudzoziemców do krajów innych niż Zjednoczone Królestwo[111]. Traktat został ratyfikowany 25.04.2024 r., co jednocześnie spowodowało wejście w życie przepisów, zgodnie z którymi Rwanda została uznana za kraj bezpieczny[112].

Trzeba także wspomnieć o opartych na odpowiednich umowach międzynarodowych kontrolach granicznych dokonywanych przez funkcjonariuszy państwa docelowego na terytorium państwa wyjazdu[113]. Jedną z bardziej zaawansowanych form takiej współpracy są tzw. zestawione czy też równoległe kontrole graniczne (*juxtaposed border controls*) przeprowadzane na określonych trasach międzynarodowych, gdzie każde Państwo-Strona ma kompetencje do przeprowadzania kontroli osób i towarów na terytorium innego Państwa-Strony[114]. Zjednoczone Królestwo, Francja, a także Belgia zawarły szereg porozumień dotyczących wzajemnego dokonywania kontroli podróżnych na stacjach i w pociągach Eurostar oraz w portach nad kanałem La Manche i na Morzu Północnym[115]. Z tych rozwiązań wynikają przynajmniej trzy konsekwencje prawne: utworzenie tzw. stref kontroli, w których państwo docelowe operuje w państwie wyjazdu[116]; ustalenie, że odpowiedzialność za rozpatrzenie wniosku o ochronę międzynarodową

---

[110] Por. art. 15 przewidujący funkcjonowanie Independent Monitoring Committee.

[111] Por. art. 10 ust. 3 Agreement between the Government of The United Kingdom.

[112] Por. *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024*, c. 8, tekst aktu https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2024/8 [dostęp: 5.05.2024].

[113] Zob. także w tym zakresie porozumienia międzynarodowe USA a Bermudami; Hiszpanią a Marokiem. – szerzej zob. B. Ryan, *Extraterritorial…*, op. cit., s. 17–18; G. Clayton, *The system of Immigration Control*, [w:] G. Clayton (red.), *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford 2016, s. 202–203.

[114] Por. Protocol between the UK and France concerning frontier controls and policing, Co-operation in Criminal Justice, Public Safety and Mutual Assistance Relating to The Channel Fixed Link, 25.11.1991, Treaty Series Nr 70 1993 – dalej jako Protokół z Sangatte; umowa ta została uzupełniona przez Additional Protocol to the Sangatte Protocol on the Establishment of Bureaux Responsible for Controls on Persons Travelling by Train between France and the United Kingdom, z 29.05.2000 – dalej jako Protokół uzupełniający.

[115] Por. Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the French Republic concerning the Carrying of Service Weapons by the Officers of the UK Border Agency on French Territory in Application of the Treaty concerning the Implementation of the Frontier Controls at the Sea Ports of Both Countries on the Channel and North Sea, Treaty Series N. 21 (2011) – dalej jako tzw. Porozumienie Le Touquet. Ostatnią umową międzynarodową tego rodzaju jest wspomniany w Traktat z Sandhurst z 2018 r. Został on zawarty w celu koordynacji działań zapobiegających nielegalnej imigracji w regionie północnej Francji, szczególnie za pomocą małych łódek, przez Kanał La Manche. Jednocześnie jednak w porozumieniu tym znalazły się postanowienia ułatwiające i przyspieszające łączenie rodzin – por. art. 3, art. 4.

[116] Por. art. 5 Protokołu z Sangatte, art. 3 Porozumienie Le Touquet.

spoczywa na państwie wyjazdu[117]; ustalenie iż za osoby, którym odmówiło wjazdu państwo docelowe, odpowiada państwo wyjazdu[118].

1.4.2. EKSTERNALIZACJA DETENCJI I INSTRUMENTALIZACJA PRAWA

Jednym z przejawów eksternalizacji kontroli migracji jest stosowanie detencji w państwach tranzytu lub w państwach sąsiadujących, jak również na izolowanych obszarach własnego terytorium np. na wyspach (*offshore detention centers*)[119]. Klasycznym przykładem eksternalizacji jest funkcjonowanie ośrodków detencyjnych na podstawie porozumienia pomiędzy Australią a Papuą Nową Gwineą (tzw. *Pacific Solution*)[120], na mocy którego każdy migrant wkraczający bez zezwolenia na terytorium Australii drogą morską podlegał automatycznej detencji w Papui Nowej Gwinei, gdzie przebywał do czasu zakończenia procedury udzielania ochrony międzynarodowej[121]. Niektóre z tych ośrodków zostały zamknięte ze względu na orzeczenie o braku legalności ich funkcjonowania przez Sąd Najwyższy Papui Nowej Gwinei[122], a administrowanie pozostałymi powierzono podmiotom prywatnym[123].

Na tym tle należy wspomnieć kilka instrumentów polityki migracyjnej państw europejskich. W 2006 r. Hiszpańska Agencja Rozwoju Współpracy Międzynarodowej poniosła część kosztów budowy ośrodka detencyjnego w Mauretanii.

---

[117] Por. art. 4 Protokół uzupełniającego, art. 9 Porozumienia Le Touquet.

[118] Por. art. 18 Protokołu z Sangatte, art. 3 Protokołu dodatkowego, art. 7 Porozumienia Le Touquet, art. 6 Porozumienia z Belgią z 2004 r.

[119] Por. np. obecne rozwiązania stosowane przez Grecję, które są zbliżone do stanu faktycznego w sprawie *Guzzardi v. Włochy*, skarga nr 7367/76, wyrok ETPC z 6.11.1980 r.

[120] *Regional resettlement arrangement between Australia and Papua New Guinea*, 19.07.2013, tekst publikowany http://www.refworld.org/docid/51f61a504.html [dostęp: 15.06.2023]. Warto zauważyć, że umowa ta oficjalnie powstała w celu zwalczania przemytu ludzi – cyt. art. 1 „Australia and Papua New Guinea recognize the serious and urgent humanitarian and border security challenge presented to regional countries by people smuggling".

[121] Por. art. 3 cytowanego porozumienia. Papua Nowa Gwinea jest stroną KSU, ale złożyła zastrzeżenia m.in. do art. 26, art. 31, art. 32, a więc najistotniejszych gwarancji dla *asylum seekers* wkraczających nielegalnie na terytorium Państwa-Strony.

[122] *Namah and others versus National Executive Council and the State of Papua New Guinea*, SC1497, wyrok Sądu Najwyższego Papui Nowej Gwinei z 26.04.2016 r., https://www.lawsociety.org.nz/assets/news-files/0020-100568-Namah-v-Pato-2016-PGSC-13.pdf [dostęp: 5.07.2024].

[123] Było to przedsiębiorstwo Paladin Solutions, które rozpoczęło swoją działalność w ośrodkach detencyjnych w październiku 2017 na podstawie Performance Management Framework (PMF). W 2019 r. na skutek kontroli okazało się, że podmiot ten dopuścił się licznych nieprawidłowości, co było szeroko komentowane medialnie – zob. np. M. Yin, *Privatization, Offshore Processing and Externalization: Who Benefits?*, 23.03.2022, https://arts.unimelb.edu.au/school-of-social-and-political-sciences/our-research/comparative-network-on-refugee-externalisation-policies/blog/privatisation-offshore-processing-and-externalisation-who-benefits [dostęp: 23.01.2023].

Oficjalnie ośrodek ten jest administrowany przez służby bezpieczeństwa wewnętrznego Mauretanii, ale władze tego państwa już dekadę temu przyznały, że jego funkcjonowanie opiera się na wytycznych władz Hiszpanii[124]. Z kolei przy wsparciu finansowym UE powstały ośrodki detencyjne m.in. w Turcji[125], Libii[126], a także Albanii[127]. Na uwagę zasługuje zwłaszcza porozumienie włosko-albańskie. Zgodnie z jego art. 4 ust. 2 ośrodkami detencyjnymi zarządzają władze włoskie zgodnie z obowiązującym ustawodawstwem włoskim i europejskim. Prawo wjazdu i pobytu na terytorium Albanii cudzoziemców pozbawionych wolności ma służyć wyłącznie przeprowadzeniu procedur granicznych oraz przymusowego powrotu, a za transport tych osób oraz ich usunięcie z terytorium Albanii odpowiada strona włoska (art. 4 ust. 3). Koszty założenia ośrodków detencyjnych ponosi strona włoska (art. 4 ust. 5).

Jednym z istotnych motywów, które są powiązane z eksternalizacją kontroli migracyjnej jest możliwość argumentowania o braku lub ograniczonym zastosowaniu przepisów prawa krajowego bądź międzynarodowego głównie ze wskazaniem, że cudzoziemiec nie znalazł się jeszcze na terytorium, na którym owe gwarancje obowiązują, bądź też w ogóle nie podlega jurysdykcji danego państwa[128]. W przypadku państw europejskich można posłużyć się tu przykładem francuskiego ośrodka Pamandżi na wyspie Majotta w archipelagu Komorów. Wyspa jest obecnie częścią terytorium Francji, ale z tej racji, że do 2014 r. miała ona status zamorskiej zbiorowości terytorialnej obowiązywała tutaj tylko część przepisów prawa francuskiego, a także nie było to terytorium UE. Niewątpliwie były to warunki sprzyjające temu, aby przez całe lata *Pamandżi Center* pozostawał jednym z najbardziej przepełnionych i opresyjnych ośrodków detencyjnych, gdzie cudzoziemcy spali i jedli na gołej podłodze, nie mając dostępu do lekarza i pomocy prawnej[129]. Od strony formalnoprawnej sytuacja uległa zmianie, gdy wyspa stała

[124] Por. European Social Watch, *Spain: Externalization of Migration and Asylum Policies: The Nouadhibou Detention Center* 2009, National Reports, https://www.socialwatch.org/sites/default/files-/ESW2009_spain_eng.pdf [dostęp: 20.06.2022].

[125] Por. Special Rapporteur's report on his mission to Turkey, A/HRC/23/46/Add. 2, 17.04.2013, § 40.

[126] International Federation for Human Rights, Libya: The Hounding of Migrants Must Stop, 2012, s. 45–70, http://www.fidh.org/IMG/pdf/libyemignantsuk-ld.pdf [dostęp: 3.06.2022].

[127] Por. SRHRM, Report: mission to Albania, 10.04.2012, A/HRC/20/24/Add. 1, § 59–65.

[128] Zob. także sytuację Kubańczyków przez wiele lat przetrzymywanych w Guantanamo, a także ośrodki detencyjne tworzone przez USA na terytorium Bahamów i Panamy – szerzej na temat statusu osób pozbawionych wolności zob. m.in. J. Wachs, *The Need to Define the International Legal Status of Cubans Detained at Guantanamo*, „American University Journal of International Law and Policy" 1996, t. 11, s. 80–86; D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 241.

[129] Obecnie pełna nazwa ośrodka brzmi: Centre de rétention administrative de Dzaoudzi (Mayotte). Sprawa ta była upubliczniana przynajmniej kilkukrotnie por. Memorandum by Thomas

się departamentem zamorskim Francji i najbardziej oddalonym regionem UE[130]. Niestety, jak donoszą organizacje pozarządowe, w praktyce zastosowanie przepisów francuskiego Kodeksu wjazdu i pobytu cudzoziemców oraz prawa do azylu[131], dyrektywy 2008/115/WE oraz gwarancji związanych ze skutecznym środkiem odwoławczym pozostaje fikcją[132]. KPC zwrócił uwagę, że Francja utrzymuje tutaj niezwykle restrykcyjne procedury dotyczące wjazdu oraz ubiegania się ochronę międzynarodową, poprzez wprowadzenie wyłączeń od wspomnianego kodeksu[133].

Trzeba również zwrócić uwagę na przykład Litwy. Cudzoziemcy składający wnioski o ochronę międzynarodową – jak również ci, których wnioski zostały uznane za niedopuszczalne lub poddane procedurze przyspieszonej – są pozbawiani wolności na przejściach granicznych, w strefach tranzytowych oraz w pomieszczeniach straży granicznej, jednak prawo litewskie traktuje te osoby jako pozostające poza terytorium tego państwa[134].

Stosowanie detencji na granicy w kontekście procedur powrotowych sytuacje umożliwiają wyłączenie stosowania przepisów dyrektywy 2008/115/WE, zgodnie z przesłankami przewidzianymi w jej artykule 2[135]. Komisja Europejska

---

Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights, following his visit to France from 21 to 23.05.2008, Comm DH (2008) 34, dział VII, pkt 11; por także informacje na stronie https://echrnews.wordpress.com/tag/pamandzi/ [dostęp: 8.06.2015]; E. Carver, *Mayotte: The French Immigration Frontline You've Never Heard of, IRIN News*, „The New Humanitarian", 14.02.2018, https://www.irinnews.org/feature/2018/02/14/mayotte-french-migration-frontline-you-ve-never-heard [dostęp: 12.07.2023].

[130] Decyzja Rady Europejskiej *w sprawie zmiany statusu Majotty wobec Unii Europejskiej* z 11.07.2012 r., 2012/419/UE, (Dz. Urz. UE L 204 z 31.07.2012 r.). Status departamentu zamorskiego Francji uzyskała 31.03.2011.

[131] Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, 22.02.2005, www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070158/ dalej jako CESEDA.

[132] Por. GDP, *Immigration Detention in France: Longer, More Widespread, and Harder to Contest*, Global Detention Project 2018, s. 35–38.

[133] KPC, Concluding observations on the fifth periodic report of France, CCPR/C/FRA/CO/5, 17.08.2015, § 19c.

[134] UNHCR, *UNHCR legal observations on the amendments to the Law of the Republic of Lithuania on Legal Status of Aliens (No XIV-506)*, 28.07.2021, https://www.refworld.org/docid/610d26971a1.html, § 6.

[135] W art. 2 ust. 2 lit. a) umożliwia się państwom członkowskim niestosowanie dyrektywy w określonych „sytuacjach na granicy" (w odniesieniu do osób, którym zakazano wjazdu na granicy, i w odniesieniu do osób zatrzymanych w związku z nielegalnym przekroczeniem granicy). W takim przypadku nadal ma zastosowanie zestaw podstawowych minimalnych gwarancji wymienionych w art. 4 ust. 4. W art. 2 ust. 2 lit. b) umożliwia się państwom członkowskim niestosowanie dyrektywy w określonych „sytuacjach przewidzianych w prawie karnym" (w odniesieniu do osób podlegających sankcji karnej, która przewiduje zobowiązanie do powrotu, lub osób podlegających ekstradycji).

zapewniała, że osoby pozbawione wolności w takich miejscach korzystają z ochrony o „poziomie zbliżonym" do tego, jaki obowiązuje na terytorium państw członkowskich[136]; jednak odnotowano sygnały, że twierdzenia te nie są zgodne z rzeczywistością, zwłaszcza jeśli chodzi o gwarancje proceduralne, a w tym prawo do skutecznego środka odwoławczego[137].

Eksternalizacja kontroli migracji może być przykładem instrumentalizacji prawa, którą w doktrynie anglosaskiej określa się mianem hiperlegalizmu[138]. Cechą charakterystyczną tego zjawiska jest powoływanie się przez państwa na literę prawa międzynarodowego lub krajowego po to, aby nadać pozór legalności działaniom sprzecznym z jego duchem oraz istotą[139]. Chodzi o to, aby działać w sposób niezgodny z prawem międzynarodowym przy zachowaniu pozorów, że się tego nie robi; co więcej, można nawet argumentować, iż dane postępowanie jest wypełnieniem zobowiązań traktatowych[140]. Najczęściej, aby ten cel osiągnąć, manipuluje się normami prawnymi, np. poprzez formalistyczną ich interpretację, jak również wykorzystanie luk w przepisach prawa międzynarodowego. W skrócie można powiedzieć, że jest to obejście jednych norm prawa międzynarodowego poprzez powołanie się lub zastosowanie tych samych lub innych norm prawa międzynarodowego. Charakterystyczny jest w tym względzie przykład Węgier, które nie zaprzeczając swoim zobowiązaniom prawnomiędzynarodowym w zakresie ochrony uchodźców, stworzyły system prawny niemal całkowicie wykluczający możliwość skorzystania z niej[141].

Jednocześnie trzeba zwrócić uwagę, że rozbieżność pomiędzy tym co deklarowane a rzeczywistością wydaje się istotnym problemem polityki migracyjnej nie tylko poszczególnych państw, ale też UE[142]. Ponadto ze względu na to, iż

---

[136] Por. KE, *Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego w sprawie polityki UE w zakresie powrotów*, COM (2014) 0199 final, 28.03.2014, s. 26.

[137] Por. M. Flynn, *The Hidden Costs of Human Rights: The Case of Immigration Detention*, Global Detention Project Working Paper Nr 7, Global Detention Project (GDP), September 2013, https://www.refworld.org/reference/themreport/gdc/2013/en/102195 [dostęp: 19.07.2024], s. 3.

[138] Por. D. Ghezelbasch, *Hyper-legalism and Obfuscation: How States Evade Their International Obligations Towards Refugees* „American Journal of Comparative Law", 2020, t. 68, nr 3, s. 480.

[139] Zob. także C. Inder, *International Refugee Law, 'Hyper-Legalism' and Migration Management: The Pacific Solution*, [w:] M. Geiger, A. Pécoud (red.), *The Politics of International Migration Management*, Basingstoke 2010, s. 232.

[140] Por. ibidem, s. 221.

[141] Por. T. Hoffmann, *Illegal Legality and Façade of Good Faith. Migration and Law in Populist Hungary*, „Review of Central and East European Law" 2022, t. 47, nr 1, s. 165.

[142] Zob. szerzej E. Cusumano, *Migrant Rescue as Organized Hypocrisy: EU Maritime Missions Offshore Libya between Humanitarianism and Border Control*, „Cooperation and Conflict" 2019, t. 54, nr 1, s. 3–24.

zabiegi interpretacyjne mają swoje granice, państwa wykorzystują drugi typ strategii czy też taktyki postępowania, a więc ukrywania swoich działań podejmowanych w ramach polityki migracyjnej[143]. Niewątpliwie szczególnym przykładem podmiotu, o którego aktywności niewiele wiadomo, a zarzuty dotyczące braku transparentności wydają się uzasadnione, jest Frontex[144].

1.5. EKSTRATERYTORIALNY WYMIAR OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

Argumentacja państw dotycząca braku obowiązywania tych czy innych przepisów prawa międzynarodowego, europejskiego lub krajowego sprawia, że kwestia jurysdykcji i sposobu jej określania, jeśli chodzi o traktatowe mechanizmy ochrony praw jednostki, staje się w sprawach migracyjnych zagadnieniem kluczowym[145].

W orzecznictwie strasburskim utrwalony jest pogląd, że użyte w art. 1 EKPC sformułowanie „pozostawanie pod jurysdykcją" ma co do zasady wymiar terytorialny[146], a wszelkie przypadki ekstraterytorialnego zastosowania Konwencji, muszą być oceniane zawsze z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy[147]. Odpowiedzialność państwa w tych przypadkach jest konsekwencją wykonywania przez państwa jurysdykcji w sytuacjach dwojakiego rodzaju: pierwszą jest sprawowanie jurysdykcji nad innym niż własne terytorium, drugą jest wykonywanie jurysdykcji personalnej, czego przejawem jest między innymi sprawowanie kontroli nad jednostką poprzez zamknięcie danej osoby w jakimś budynku, ośrodku, pomieszczeniu czy na określonym statku[148]. Jak to zostało powiedziane

---

[143] Por. D. Ghezelbasch, *Hyper-legalism and Obfuscation: How States Evade Their International Obligations Towards Refugees*, „American Journal of Comparative Law" 2020, t. 68, nr 3, s. 480.

[144] Por. ibidem, s. 498; a także J. Pollak, P. Slominski, *Experimentalist but Not Accountable Governance? The Role of Frontex in Managing the EU's External Borders*, „Western European Politics" 2009, t. 32, nr 5, s. 919; S. Keller, U. Lunacek, B. Lochbihler, H. Flautre, *Frontex Agency: Which Guarantees for Human Rights?, A study conducted by Migreurop (*www.migreurop.org*) on the European External Borders Agency in view of the revision of its mandate*, 2011, s. 44–45, http://migreurop.org/IMG/pdf/Frontex-PE-Mig-ENG.pdf [dostęp: 17.06.2023].

[145] Por. w tym względzie stanowisko Specjalnego Sprawozdawcy ds. Tortur, UN Interim Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Report, 7.08.2015, A/70/303, § 11.

[146] Podobnie jak art. 1 AKPC; por. MTPC, Opinia Doradcza, OC-21/14, § 61–62.

[147] Por. *N.D. i N.T. v. Hiszpania*, § 103; *Al-Skeini v. Zjednoczone Królestwo*, § 132.

[148] UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol,

m.in. w sprawie *Al-Skeini v. Zjednoczone Królestwo* jest jasne, że kiedykolwiek państwo przez swoich funkcjonariuszy sprawuje kontrolę i władzę nad jednostką, a zatem wykonuje jurysdykcję, jest zobowiązane na podstawie art. 1 EKPC do zapewnienia praw i wolności jednostki, które są adekwatne do jej sytuacji[149].

Fundamentalnym argumentem uzasadniającym ekstraterytorialne zastosowanie EKPC jest skuteczność i efektywność ochrony praw konwencyjnie chronionych. ETPC konsekwentnie powtarza, że szczególny kontekst, jakim są migracje międzynarodowe, nie może uzasadniać istnienia obszarów poza prawem, w którym jednostki nie podlegają żadnemu systemowi prawnemu, który byłby w stanie zapewnić im korzystanie z praw i gwarancji chronionych przez Konwencję[150]. Jednocześnie też art. 1 EKPC nie może być interpretowany jako umożliwiający Państwu-Stronie dopuszczenie się naruszeń praw człowieka na terytorium innego państwa, które nie byłyby możliwe na jego własnym terytorium[151].

W sprawach związanych z kontrolą migracji wydaje się ustalona już linia orzecznicza ETPC, iż wykonywanie jurysdykcji ma miejsce, nawet jeśli dana osoba nie przekroczyła fizycznie granic terytorium danego państwa[152] albo też nie uczyniła tego w sensie technicznym[153]. Jak to stwierdził ETPC w sprawie *Hirsii Jamaa v. Włochy* chodzi o wszelkie działania, których efektem jest zapobieganie wkroczeniu przez cudzoziemców w granice państwa, a nawet ich zawrócenie do innego państwa[154]. Poglądy Trybunału w tym zakresie są zbieżne ze stanowiskiem UNHCR, który już w latach 70. wskazywał, na fundamentalne znaczenie przestrzegania zasady „non-refoulement – zarówno na granicy, jak i na terytorium państwa"[155]. Jej respektowanie obejmuje wszelkie środki przypisywane państwu, które mogłyby skutkować wysłaniem osoby poszukującej ochrony lub uchodźcy z powrotem na terytorium, na którym jego życie lub wolność byłyby zagrożone,

---

Geneva, 26.01.2007, § 35: „decisive criterion is not whether that person is on the State's national territory, or within a territory which is de jure under the sovereign control of the State, but rather whether or not he or she is subject to that State's effective authority and control".

[149] Por. *Al-Skeini v. Zjednoczone Królestwo*, § 137.

[150] Por. mutatis mutandis *Hirsi Jamaa i inni v. Włochy*, § 178; *Medvedyev v. Francja*, skarga nr 3394/03, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29.03.2010 r., § 81.

[151] Por. *Issa i inni v. Turcja*, skarga nr 3821/96, wyrok ETPC z 16.11.2004 r., § 71.

[152] Por. *Sharifi i inni v. Włochy i Grecja*, § 212 – cyt. „Trybunał nie uważa zatem za konieczne ustalenie w niniejszej sprawie, czy skarżący zostali wydaleni po wjeździe na terytorium Włoch, czy też zostali wydaleni, zanim mogli to zrobić".

[153] Por. *D. v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 30240/96, wyrok ETPC z 2.05.1997 r., § 48.

[154] *Hirsi Jamaa i inni v. Włochy*, § 180; w kontekście tych rozważań istotne wydaje się, iż tekst art. 4 PD IV w ogóle nie odnosi się do terytorium.

[155] Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *Non-Refoulement No. 6 (XXVIII) – 1977*, Nr 6 (XXVIII), 12.10.1977, pkt c dostępny https://www.refworld.org/docid/3ae68c43ac.html [dostęp: 15.06.2023].

i gdzie groziłoby prześladowanie; w tym odrzucenie od granicy, przechwytywanie i pośrednie wydalenie[156]. Na tym tle trzeba przywołać orzeczenie *M.A. i inni v. Litwa*, w którym ETPC stwierdził, iż trzykrotna odmowa ze strony litewskich funkcjonariuszy straży granicznej przyjęcia wniosków o ochronę międzynarodową od czeczeńskiej rodziny na granicy z Białorusią stanowiło działanie przypisywalne Litwie na podstawie art. 1 EKPC[157].

Z drugiej strony ETPC obawia się stworzenia jurysdykcji uniwersalnej, co wyraźnie stwierdził w decyzji o niedopuszczalności skargi w sprawie *M.N. i inni v. Belgia*. Trybunał orzekł w tym przypadku, że złożenie przez skarżących wniosku o wizę w belgijskiej ambasadzie w Bejrucie nie wywołało związku jurysdykcyjnego z Belgią. Sam fakt, że skarżący wszczął postępowanie przed organem Państwa-Strony, z którym nie miał żadnych powiązań, nie może wystarczyć do ustalenia jurysdykcji na mocy art. 1 EKPC. Inne stwierdzenie byłoby równoznaczne z ustanowieniem prawie powszechnego stosowania Konwencji na podstawie jednostronnych wyborów każdej osoby, niezależnie od tego, gdzie na świecie ta osoba się znajduje, a zatem z nałożeniem na Państwa-Strony nieograniczonego obowiązku umożliwienia wjazdu osobie, która może być narażona na złe traktowanie sprzeczne z Konwencją poza ich jurysdykcją[158].

Powyższe *dictum* należy zestawić z omówioną sprawą *N.D. i N.T. v. Hiszpania*, kiedy to Trybunał argumentował, że nie doszło do naruszenia EKPC, ponieważ skarżący mogli ubiegać się o ochronę międzynarodową w przedstawicielstwach dyplomatycznych i konsularnych Hiszpanii w krajach swojego pochodzenia lub tranzytu, stwierdzając także, że prawo hiszpańskie zapewniało skarżącym kilka zgodnych z prawem sposobów ubiegania się o przyjęcie na terytorium kraju[159]. W takiej sytuacji ochrona konwencyjna cudzoziemców wydaje się niepełna i dotknięta wewnętrzną sprzecznością. Mianowicie cudzoziemcy, którzy próbują dostać się na terytorium państwa w sposób nielegalny, mogą być odpychani od granicy na podstawie argumentu, że mają możliwość udania się do przedstawicielstwa dyplomatycznego. Natomiast jeśli rzeczywiście udadzą się do ambasady lub konsulatu danego państwa, EKPC ich nie chroni ze względu na brak związku jurysdykcyjnego.

---

[156] Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *Note on international protection*, 13.09.2001 r., A/AC.96/951, pkt 16, s. 5–6, dostęp: http://www.refworld.org/docid/3bb1c6cc4. html [dostęp: 15.05.2018].

[157] Por. *M.A. i inni v. Litwa*, skarga nr 59793/17, wyrok ETPC z 11.12.2018 r., § 70.

[158] Por. *M.N. i inni v. Belgia*, skarga nr 3599/18, decyzja Wielkiej Izby ETPC z 5.05.2020 r., § 123; por. także *H.F. i inni v. Francja*, skarga nr 24384/19 44234/20, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 4.09.2022 r., § 195.

[159] Por. *N.D. i N.T. v. Hiszpania*, § 212.

Europejski Trybunał Praw Człowieka podtrzymał swój pogląd w sprawie *H.F. i inni v. Francja* i nie uznał istnienia związku jurysdykcyjnego pomiędzy Francją a jej obywatelami więzionymi w obozach w Syrii na tle art. 3 EKPC[160]. Zdaniem Trybunału sam fakt, że decyzje podjęte na szczeblu krajowym wywarły wpływ na sytuację osób fizycznych przebywających za granicą, nie może uzasadniać jurysdykcji danego państwa nad nimi poza jego terytorium[161]. Co jednak istotne, ETPC ustalił, iż skarżący pozostawali pod jurysdykcją Państwa-Strony, jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 3 ust. 2 Protokołu nr 4 postawiony im na podstawie kumulacji szczególnych okoliczności, przy czym zastrzegł, że jest to wykładnia w tej konkretnej sprawie[162].

Skorzystanie z formuły „szczególnych okoliczności sprawy" umożliwiło Trybunałowi ustalenie związku jurysdykcyjnego bez uciekania się do innych koncepcji. Wspomnieć tu bowiem trzeba, że Komitet Praw Dziecka[163], KPC, a także ostatnio niektóre sądy krajowe opierają związek jurysdykcyjny na „władzy i zdolności państwa" do ochrony praw skarżących[164]. KPC w General Comment nr 36 stwierdził, że istnienie jurysdykcji państwa może wynikać między innymi z „bezpośredniego i dającego się racjonalnie przewidzieć" wpływu na prawo do życia[165]. W sprawie przeciwko *A.S. v. Malta* Komitet stwierdził, że państwo to miało efektywną kontrolę nad operacjami ratowniczymi na morzu „and, therefore, capacity to intervene against a loss of lives which was direct and reasonably foreseeable"[166].

W skardze tych samych skarżących przeciwko Włochom[167] Komitet oparł swoją decyzję na argumencie, że w szczególnych okolicznościach sprawy między osobami znajdującymi się na statku w niebezpieczeństwie a Włochami został

[160] Niemal identyczne sprawy rozpatrywał również Komitet Praw Dziecka – por. *S.H., M.A., A.A., J.A., A.A., R.A., L.F., A.F., S.F., N.F. i A. v. Francja*, decyzja Komitetu Praw Dziecka z 30.09.2020 r., CRC/C/85/D/79/2019-CRC/C/85/D/109/2019, § 9.6 (dalej jako *S.H. i inni v. Francja*).

[161] Por. *H.F. i inni v. Francja*, § 200; *M.N. i inni v. Belgia*, § 112. Trybunał tym samym odrzuca doktrynę *cause – effect*, co uczynił już w sprawie *Medvedyev v. Francja*, § 64.

[162] Por. *H.F. i inni v. Francja*, § 212.

[163] Por. *S.H. i inni v. Francja*, § 9.7.

[164] Por. wyrok Bundesverfassungsgericht z 19.05.2020 r., 1 BvR 2835/17 dotyczący niezgodności z Konstytucją RFN transgranicznej inwigilacji komunikacji stosowanej przez Federalną Służbę Wywiadowczą.

[165] Por. KPC, *General Comment No. 36: Article 6 (Right to Life)*, 3.09.2019, CCPR/C/GC/35, § 22.

[166] Por. *A.S., D.I., O.I. i G.D. v. Malta*, CCPR/C/128/D/3043/2017, decyzja KPC z 13.03.2020 r., § 6.7.

[167] Por. *A.S, D.I., O.I. i G.D v. Włochy*, CCPR/C/130/D/3042/2017, decyzja KPC z 4.11.2020 r., § 7.8.

ustanowiony szczególny stosunek zależności[168]. W rezultacie decyzje podjęte przez władze włoskie miały bezpośredni wpływ na osoby znajdujące się na statku w niebezpieczeństwie w sposób racjonalnie przewidywalny w świetle odpowiednich zobowiązań prawnych Włoch[169].

Z kolei Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że jeśli istnieje związek przyczynowy między działaniem, które miało miejsce na terytorium państwa, a negatywnym wpływem na prawa człowieka osób znajdujących się poza jego terytorium, osoby, których prawa zostały naruszone, podlegają jurysdykcji państwa[170].

Jest to podejście niewątpliwie znacznie dalej idące w stosunku do strasburskiego *case law*[171], a w doktrynie odnotowano, że General Comment nr 36 KPC ani razu nie został powołany przez ETPC w sprawach związanych z prawem do życia[172]. Być może nie od rzeczy jest zauważyć, że model związku jurysdykcyjnego opartego na władzy *(capability and power)* i wpływu na prawa skarżących (*impact on the rights*) nie jest pozbawiony wad. W doktrynie zwraca się między innymi uwagę na jego swoistą konfuzję z oceną należytego wypełniania zobowiązań pozytywnych, jak również na to, iż oferuje on możliwości rozszerzenia ekstraterytorialnego oddziaływania traktatów praw człowieka znacznie poza aktualnie przewidywane scenariusze[173]. Niemniej jednak rozbudowane już i kazuistyczne w istocie orzecznictwo ETPC, skłania samych sędziów Trybunału[174], jak i przedstawicieli doktryny do proponowania koncepcji, które uczyniłyby ekstraterytorialne zastosowanie EKPC bardziej klarownym i przewidywalnym[175].

---

[168] Szczegółowy komentarz. M. Giufre, *A Functional-impact Model of Jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights'*, „Questions of International Law" 2021, nr 82, s. 71–75.

[169] Por. *A.S. i inni v. Włochy*, § 7.8.

[170] Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka, *The Environment and Human Rights, Advisory Opinion*, OC-23/17, 15.11.2017, § 104 lit h.

[171] Jak zauważa M. Giuffré, ETPC z jednej strony odrzucił koncepcję wpływu na prawa skarżących w sprawie Bankovic, ale pewne elementy jednak milcząco zaakceptował, choćby w sprawie *Kebe inni v. Ukraina*, skarga nr 12552/12, wyrok ETPC z 12.01.2017 r., § 76 – por. taż, *A Functional-impact Model of Jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights'* „QIL– Questions of International Law" 2021, t. 82, s. 68.

[172] B. Cali, C. Costello, S. Cunningham, *Hard Protection through Soft Courts? 'Non-Refoulement before the United Nations Treaty Bodies*, „German Law Journal" 2020, t. 21, s. 355–357.

[173] Zob. A. Ollino, *The 'capacity-impact' model of jurisdiction and its implications for States' positive human rights obligations*, „Questions of International Law", Zoom-in 2021, t. 82, s. 81–100.

[174] Zob. zbieżną opinię sędziego Bonello w sprawie *Al-Skeini i inni v. Zjednoczone Królestwo.*

[175] Por. M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford 2011; V. Moreno-Lax, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the „Operational Model"*, „German Law Journal" 2020, t. 21, nr 3, s. 385–416; L. Raible, *Extraterritoriality between a Rock*

W przypadku spraw detencyjnych ekstraterytorialne stosowanie EKPC jest klarowne w tym znaczeniu, że pozbawienie wolności danej osoby spełnia kryterium przynajmniej kontroli *de facto*, jak np. w sprawie *Medvedyev i inni v. Francja*, w której to załoga statku Winner podejrzana o przemyt narkotyków została na nim uwięziona przez funkcjonariuszy francuskich sił zbrojnych[176]. Podobnie rzecz się ma w systemie uniwersalnym. KPC stwierdził, że biorąc pod uwagę art. 2 ustęp 1 Paktu, Państwa-Strony mają obowiązek szanować i zapewniać prawa wynikające z artykułu 9 MPPOiP wszystkim osobom, które mogą przebywać na ich terytorium oraz wszystkim osobom podlegającym ich jurysdykcji[177]. Artykuł 2 ust. 1 Paktu nakłada na Państwo-Stronę obowiązek poszanowania i zapewnienia praw „wszystkim osobom znajdującym się na jego terytorium i podlegającym jego jurysdykcji", ale nie oznacza to braku odpowiedzialności za naruszenia praw wynikających z Paktu, których dopuszczają się jego funkcjonariusze na terytorium innego państwa, czy to za zgodą rządu tego państwa, czy też bez niej[178].

Pozbawienie wolności wprowadza osobę pod skuteczną kontrolę państwa, a zatem Państwa-Strony nie mogą arbitralnie lub bezprawnie aresztować lub przetrzymywać osoby poza własnym terytorium[179], jak również mają obowiązek ochrony prawa do życia tych osób[180]. Zasługuje na uwagę, że Komitet powołuje się tutaj na art. 5 ust. 1 Paktu, który stanowi, iż żadne postanowienie tego traktatu nie może być interpretowane jako przyznanie jakiemukolwiek państwu, grupie lub osobie jakiegokolwiek prawa do podjęcia czynności lub dokonania

and a Hard Place, „QIL – Questions of International Law", 2021, t. 82, s. 7–29; C. Mallory, *A Second Coming of Extraterritorial Jurisdiction at the European Court of Human Rights?*, „QIL – Questions of International Law" 2021, t. 81, s. 32–51; M. Giuffré, *A Functional-impact Model of Jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights,'* "QIL – Questions of International Law" 2021, t. 82, s. 53–68.

[176] Por. *Medvedev v. Francja*, § 67.

[177] *General Comment No. 35*…, op. cit., § 63; *General Comment No. 31*…, op. cit., § 10; zob. szerzej m.in. M. Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Oxford, Portland Oregon 2012, s. 23–24.

[178] Por. decyzje KPC w sprawach: *Saldías de López v. Urugwaj*, Communication CCPR/C/13/D/52/1979, 29.07.1981, § 12.3; *Liliana Celiberti de Casariego v. Urugwaj*, CCPR/C/13/D/56/1979, 29.07.1981, § 10.3.

[179] Por. m.in. decyzję o bezprawności pozbawienia wolności skarżących przez władze Gruzji na terytorium Azerbejdżanu – *Domukovsky i inni v. Gruzja*, Communications CCPR/C/62/D/623/1995, 624/1995, 626/1995 i 627/1995623,624,626,627/1995, decyzja KPC z 6.04.1998 r., § 18.2.

[180] KPC, *General Comment No. 31*…, op. cit., § 10; *General Comment No. 36*…, op. cit., § 63 (*Saldías de López v. Urugwaj*, § 12.1–13; *Celiberti de Casariego v. Urugwaj*, § 10.1–11; *Domukovsky v. Gruzja*, § 18.2.).

aktu mającego na celu zniweczenie praw lub wolności uznanych w niniejszym Pakcie albo ich ograniczenie w szerszym stopniu, niż przewiduje to niniejszy Pakt. W tych okolicznościach, zdaniem KPC, byłoby nierozsądne interpretować odpowiedzialność wynikającą z artykułu 2 Paktu w taki sposób, aby zezwalać Państwu-Stronie na dokonywanie naruszeń Paktu na terytorium innego państwa, których nie mogłoby popełnić na własnym terytorium[181].

W systemie EKPC Trybunał Strasburski prezentuje funkcjonalne podejście do kontroli granicznych, skoncentrowane nie na ogólnym teście odnoszącym się do jej geograficznych i personalnych aspektów, lecz raczej na szczególnej władzy wykonywanej przez państwo ekstraterytorialnie[182]. Stosowana przez ETPC koncepcja indywidualizacji jurysdykcji jest szczególnie istotna, kiedy przypisanie odpowiedzialności napotyka pewne trudności z powodu wielości podmiotów zaangażowanych w kontrole graniczne, a także gdy powstaje niepewność prawa wynikająca z luk w odpowiedzialności wynikających z delegacji tych kompetencji[183]. Jeśli takie ośrodki są utrzymywane przez jedno państwo na terytorium innego państwa, to oba są współodpowiedzialne za ewentualne naruszenia prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego[184]. Problem ten może zilustrować funkcjonowanie na terytorium francuskim (port w Calais oraz terminal Coqcuelles przy Eurotunelu) ośrodków detencyjnych administrowanych przez funkcjonariuszy Zjednoczonego Królestwa, a które powstały w efekcie wspomnianych „zestawionych kontroli" granicznych. Są to instytucje krótkotrwałego pozbawienia wolności, zarządzane przez personel delegowany przez Zjednoczone Królestwo. Przez lata nie podlegały one inspekcjom kontrolnym z tego powodu, że ich status prawny w okresie 2005–2013 charakteryzował: „brak jasności co do wykonywanej jurysdykcji"[185]. Obecnie ustalono, że jurysdykcja jest wykonywana przez oba państwa i w konsekwencji przeprowadza się wspólne inspekcje,

[181] Por. *Saldías de López v. Urugwaj*, § 12.3.

[182] T. Gammeltoft-Hansen, *The Rise of the Private Border Guard*, [w:] T. Gammeltoft-Hansen, N. Nyberg Sørensen (red.), *The Migration Industry and the Commercialization of International Migration*, New York 2013, s. 124.

[183] Por. V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration…*, op. cit., s. 10. Szerzej na temat różnych dróg poszukiwania odpowiedzialności państw w zakresie kontroli migracji w regionie Morza Śródziemnego, zob. A. Pijnenburg, K. van der Paas, *Strategic Litigation against European Migration Control Policies: The Legal Battleground of the Central Mediterranean Migration Route*, „European Journal of Migration and Law" 2022, t. 24, nr 3, s. 401–429.

[184] Por. WGAD, Opinion Nr 52/2014.

[185] Por. Report on unannounced joint inspection of Coquelles and Calais non-residential short--term holding facilities by HM Chief Inspector of Prisons and Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté, 6–7 November 2012, s. 5, https://www.justiceinspectorates.gov.uk/prisons/wp- content/uploads/sites/4/2014/03/calais-coquelles-2012.pdf [dostęp 20.01.2024].

realizując w ten sposób zobowiązania wynikające z Protokołu Dodatkowego do Konwencji przeciwko Torturom[186].

W tym miejscu należy wspomnieć o sprawie *J.H.A v. Hiszpania* rozpatrzonej przez Komitet Przeciwko Torturom (dalej jako KPT)[187]. Skarga została wniesiona przez 23 indyjskich migrantów poszukujących ochrony międzynarodowej, zostało wyłowionych z morza przez władze hiszpańskie i na mocy porozumienia międzynarodowego przetransportowanych do Mauretanii. Tam zostali oni poddani identyfikacji przez hiszpańską policję, a następnie pozbawieni wolności w byłej przetwórni ryb w miejscowości *Nouadhibou*. Rząd Hiszpanii podnosił w tej sprawie kwestię niedopuszczalności skargi ze względu na brak terytorialnego aspektu wykonywania swojej jurysdykcji. KPT, powołując się na swój General Comment wskazał, że art. 2 ust. 1 Konwencji przeciwko torturom wymaga[188], aby państwa podejmowały efektywne środki zapobiegania torturom nie tylko na swoim terytorium, ale także na każdym terytorium znajdującym się pod ich jurysdykcją (*in any territory under its jurisdiction*). Pojęcie to obejmuje wszystkie obszary, gdzie Państwo-Strona wykonuje pośrednio lub bezpośrednio w całości lub w części de iure lub *de facto* kontrolę, zgodnie z prawem międzynarodowym[189]. Komitet wskazał, że pojęcie terytorium użyte w tym postanowieniu konwencji – a także w jej art. 5, 11,12,13 i 16 – odnosi się do pokładów statków zarejestrowanych pod banderą Państwa-Strony, do okupacji, operacji pokojowych, a także do takich miejsc jak ambasady, bazy wojskowe, budynki więzienne (*detention facilities*), nad którymi państwo wykonuje faktyczną i efektywną kontrolę. W tej sprawie nie było wątpliwości, że Komitet uznał, że Hiszpania sprawowała nad osobami pozbawionymi wolności zarówno kontrolę *de facto* jak i de iure na mocy porozumienia dyplomatycznego pomiędzy rządem Hiszpanii i Mauretanii[190].

---

[186] Por. ibidem…, s. 5. Ponadto zgodnie z art. 4 Protokołu Dodatkowego Konwencji przeciwko stosowaniu tortur, Państwo-Strona musi zezwalać na wizyty w każdym miejscu podlegającym jego jurysdykcji i kontroli, gdzie przebywają lub mogą przebywać osoby pozbawione wolności na podstawie polecenia organu władzy publicznej bądź za jego namową, zgodą lub przyzwoleniem (zwanych dalej „miejscami zatrzymań").

[187] Por. *J.H.A. v. Hiszpania*, CAT/C/41/D/323/2007, decyzja KPT z 21.11.2008 r., § 8.2.

[188] Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych, 10.12.1984 r., (Dz.U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378).

[189] Por. KPT, *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties*, CAT/C/GC/2, 24.01.2008, § 7 i 16.

[190] Por. *J.H.A. v. Hiszpania*, § 8.2.

1.6. WIELOŚĆ PODMIOTÓW ZAANGAŻOWANYCH W KONTROLĘ MIGRACYJNĄ

1.6.1. WSPÓŁPRACA MIĘDZY PODMIOTAMI PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

Poza instrumentami angażującymi w kontrolę migracji same państwa trzeba zwrócić uwagę, iż w przypadku UE współpraca w zakresie kontroli migracji angażuje ESGiP (FRONTEX)[191]. Zgodnie z art. 7 ust. 1 rozporządzenia 2019/1896/UE podmiot ten wdraża europejskie zintegrowane zarządzanie granicami w ramach wspólnej odpowiedzialności Agencji[192] oraz odpowiednich organów krajowych. Jednak w zdaniu drugim tego przepisu czytamy, że podmiotem odpowiedzialnym w pierwszej kolejności za zarządzanie odcinkami swoich granic zewnętrznych pozostają państwa członkowskie[193].

Z punktu widzenia problematyki poruszanej w monografii szczególne znaczenie mają działania związane z przechwytywaniem migrantów inicjowane lub koordynowane samodzielnie przez ESGiP bądź wspólnie z państwami trzecimi. W operacjach tych biorą udział osoby mające różny status; część z nich to funkcjonariusze straży granicznej poszczególnych państw, natomiast część to członkowie personelu statutowego Agencji[194]. Ci ostatni, jak to stwierdza się w art. 55 ust. 7 f rozporządzenia 2019/1896/UE, muszą mieć możliwość wykonywania określonych zadań, a w tym podejmowania środków wobec osób, które nielegalnie przekroczyły granicę, takich jak przechwytywanie lub zatrzymywanie.

Zgodnie z art. 73 ust. 2 rozporządzenia 2019/1896/UE, prowadząc współpracę z organami państw trzecich, o której mowa w ust. 1 niniejszego artykułu, Agencja działa w ramach polityki działań zewnętrznych Unii, w tym w odniesieniu do ochrony praw podstawowych i danych osobowych, zasady *non-refoulement*,

---

[191] Europejską Straż Graniczną i Przybrzeżną tworzą organy krajowe państw członkowskich odpowiedzialne za zarządzanie granicami, w tym straże przybrzeżne w zakresie realizowanych przez nie zadań kontroli granicznej, organy krajowe odpowiedzialne za powroty oraz Europejska Agencja Straży Granicznej i Przybrzeżnej (zwana dalej „Agencją").

[192] Chodzi o Europejską Agencję Straży Granicznej i Przybrzeżnej.

[193] Natomiast w sytuacjach wymagających zwiększonej pomocy technicznej i operacyjnej Agencja może koordynować współpracę operacyjną między państwami członkowskimi i państwami trzecimi w odniesieniu do zarządzania granicami zewnętrznymi (art. 36 ust. 2 lit. c rozporządzenia 2019/1896/UE).

[194] Zgodnie z art. 2 pkt 15 rozporządzenia 2019/1896/UE jest to personel zatrudniony przez Europejską Agencję Straży Granicznej i Przybrzeżnej zgodnie z regulaminem pracowniczym urzędników Unii Europejskiej (zwanym dalej „regulaminem pracowniczym") i warunkami zatrudnienia innych pracowników Unii Europejskiej (zwanymi dalej „warunkami zatrudnienia"), określonymi w Rozporządzeniu Rady (EWG, Euratom, EWWiS) nr 259/68.

zakazu arbitralnego stosowania środków detencyjnych. Należy podzielić prezentowany w doktrynie pogląd, że pomimo obecności funkcjonariuszy państw trzecich czy użycia wspólnych patroli, czy też jedynie asystowaniu przy przejęciu przez państwo trzecie, przechwytywanie migrantów jest wykonywaniem władzy państwa lub kompetencji Unii Europejskiej. Do takich wniosków skłania także art. 71 ust. 3 rozporządzenia 2019/1896/UE, w którym stanowi się, że zarówno na Agencji, jak i państwach członkowskich ciąży obowiązek przestrzegania prawa UE, w tym norm i standardów wchodzących w zakres dorobku prawnego Unii, także wtedy, gdy współpraca z państwami trzecimi ma miejsce na terytorium tych państw. W każdej z tych sytuacji agencja UE albo państwo członkowskie wykonują wystarczający poziom efektywnej kontroli, która nawet jeśli nie może być podstawą wyłącznej odpowiedzialności, to odpowiedzialność tę implikuje przynajmniej częściowo[195].

Interesujące jest jednak, że nieco inaczej unormowano tę kwestię w przypadku operacji ochrony granic prowadzonych przez państwa członkowskie we współpracy operacyjnej z Frontexem, ale na zewnętrznych granicach morskich. Tu czytamy, że w przypadku gdy współpraca z państwami trzecimi odbywa się na terytorium tych państw lub na ich morzu terytorialnym, państwa członkowskie i Agencja powinny przestrzegać norm i standardów „co najmniej równoważnych" normom i standardom określonym w prawie Unii[196].

Trzeba zauważyć, że rola Frontexu jeszcze wzrośnie w związku z nowymi regulacjami wprowadzonymi Paktem o Migracji i Azylu. Na podstawie art. 8 rozporządzenia 2024/1356/UE oznaczać to będzie zaangażowanie ekspertów, oficerów łącznikowych oraz zespołów Agencji w kontrole przesiewowe przeprowadzane przez państwa UE. Ponadto drugim szczególnym obszarem mają być działania w zakresie skutecznych i sprawiedliwych powrotów. Wedle oficjalnych komunikatów rozumieć przez to należy przyspieszenie procedur powrotu i stworzenie ścisłego powiązania między azylem a procesem powrotu. Co więcej, agencja ma dzielić się ze służbami granicznymi poszczególnych państw najlepszymi praktykami w zakresie zarządzania granicami zewnętrznymi z poszanowaniem praw podstawowych[197]. Samo powołanie się na prawa człowieka jako aksjologiczny fundament działań tego podmiotu nie zmienia podstawowego deficytu, który w tym kontekście się pojawił już dawno i raczej ulega pogłębieniu. Mianowicie

---

[195] G. Goodwin-Gill, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non Refoulement*. „International Journal of Refugee Law" 2011, t. 23, nr 3, s. 453.

[196] Por. rozporządzenie 656/2014/UE, preambuła, motyw 5.

[197] Por. Frontex and the new Pact on Migration and Asylum, https://www.frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/frontex-and-the-new-pact-on-migration-and-asylum-OAJMo3 [dostęp: 20.05.2024].

brakuje tu mechanizmów traktatowych ochrony praw człowieka w tym sensie, iż ani Unia Europejska, ani tym bardziej Agencja nie są stroną Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W Rozporządzeniu o ESGiP prawa podstawowe są jednym z częściej pojawiających się pojęć, ale odpowiedzialność z tytułu naruszeń praw jednostki sprowadza się do mechanizmów w istocie wewnętrznych, które nie są wprost zabezpieczone możliwością sądowej drogi dochodzenia roszczeń z tego tytułu.

1.6.2. PRYWATYZACJA DETENCJI

W niektórych państwach europejskich w funkcjonowanie ośrodków detencyjnych są angażowane podmioty prywatne. Można tu zaobserwować dwa modele. Pierwszy obejmuje zawieranie umów dotyczących świadczenia konkretnych usług na rzecz ośrodków detencyjnych, choć zdarzają się także kontrakty na dokonywanie kontroli pojazdów, statków i samolotów oraz osób[198]. W przepisach brytyjskich dopuszcza się nawet, iż pracownicy odpowiednio upoważnionego przedsiębiorstwa mają prawo użyć siły, jak również poddać daną osobę krótkotrwałej detencji[199]. Ponadto w Zjednoczonym Królestwie przedsiębiorstwa są angażowane do konwojowania przymusowych powrotów, a także do opieki medycznej[200]. Świadczenie opieki zdrowotnej przez prywatne podmioty – pomimo zastrzeżeń norweskiego Ombudsmana – ma miejsce w norweskim ośrodku detencyjnym Trandum[201]. Prywatyzacja obejmuje również stosunki zatrudnienia. Osoby zatrudnione przez prywatnych pracodawców stanowią personel w ośrodkach detencji krótkoterminowej w rejonie Calais i Coquelles we Francji[202], jak również w Zjednoczonym Królestwie[203].

---

[198] Por. rozwiązania brytyjskie zawarte w art. 40 Immigration, Asylum and Nationality Act, 2006 r. – treść aktu dostępna https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006r./13/section/40 [dostęp: 20.12.2023]; zob. także M. Bosworth, *Immigration Detention and Juxtaposed Border Controls on the French North Coast*, „European Journal of Criminology" 2022, t. 19, nr 4, s. 516.

[199] W przypadku gdy zaistnieje prawdopodobieństwo, iż doszło do naruszenia przepisów o wjeździe na terytorium państwa, dalsze czynności są przeprowadzane przez oficerów migracyjnych – por. art. 40 pkt 7 lit. c i lit. e Immigration, Asylum and Nationality Act.

[200] Na przykład przedsiębiorstwo MITIE na swojej stronie internetowej informuje, że jest największym dostawcą usług zarządzania i obsługi ośrodków deportacyjnych dla migrantów oraz bezpiecznych usług eskortowania (w kraju i za granicą) dla Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i obecnie ma pod swoją opieką ponad 1300 zatrzymanych, https://www.mitie.com/all-services/care-custody/ [dostęp: 20.03.2024].

[201] Por. GDP, *Immigration Detention in Norway: Fewer Asylum Seekers but more Deportees*, 2018, s. 13.

[202] Por. M. Bosworth, *Immigration Detention and Juxtaposed…*, op. cit., s. 517.

[203] Por. M. Bosworth, *Immigration Detention: Policy Challenges*, Migration Observatory, Oxford 2011, s. 2–3.

Drugi model to sytuacja, gdy prywatni przedsiębiorcy stają się podmiotami odpowiedzialnymi za funkcjonowanie ośrodka detencyjnego jako całości, jak to miało miejsce jeśli chodzi o przedsiębiorstwo Gepsa we Włoszech[204] i we Francji[205]. Stosunkowo wysoki poziom prywatyzacji usług związanych z migracją można zaobserwować w Zjednoczonym Królestwie, gdzie w zarządzanie poszczególnymi ośrodkami detencyjnymi jest zaangażowanych przynajmniej kilka podmiotów prywatnych[206].

Warto przy tym zauważyć, że prywatyzacja oznacza także działalność podmiotów non profit. Kontrakty z NGO's dotyczące administrowania ośrodkami lub świadczenia tych czy innych usług zawarto między innymi we Francji[207] czy Włoszech[208], ale także w Austrii[209]. W Zjednoczonym Królestwie organizacja charytatywna Barnardo wspólnie z transnarodową korporacją GS4 współtworzyła ośrodek detencyjny dla rodzin CEDAR[210].

---

[204] Por. C. Bove, M. Romana, *AIDA: Country Report: Italy, Update 2021*, s. 169–170. Ośrodek detencyjny w Turynie jest zarządzany przez stowarzyszenie kulturalne w Acquarinto.

[205] Michael Flynn podaje, że chodzi o osiem Centres de Retention Admnistrative – por. M. Flynn, *Statement to the Working Group on the Use of Mercenaries Panel on PMSCs in Places of Deprivation of Liberty and Their Impact on Human Rights*, Global Detention Project, 27 April 2017, https://www.globaldetentionproject.org/statement-to-the-working-group-on-the-use-of-mercenaries-panel-onpmscs-in-places-of-deprivation-of-liberty-and-their-impact-on-human-rights [dostęp: 20.01.2023], s. 6.

[206] Por. Independent Chief Inspector of Borders and Immigration, *An Inspection of Home Office Outsourced Contracts for Escorted and Non-Escorted Removals and Cedars Pre-Departure Accommodation July–November 2015 Presented to Parliament pursuant to Section 50 (2) of the UK Borders Act 2007*, March 2016, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment/data/file/549239/ICIBI-report-on-Outsourced-Contracts-and-Cedars_March_2016.pdf, dostępny na stronie: www.gov.uk/government/publications [dostęp: 20.01.2023], s. 8.

[207] Por. M. Flynn, *Statement to the Working Group*…, op. cit., s. 3.

[208] Zasady angażowania podmiotów niepaństwowych w działalność ośrodków detencyjnych we Włoszech zostały określone okólnikiem Ministra Spraw Wewnętrznych, Ministero dell'interno Circolare 27 novembre 2002, n. 3154 Oggetto: Convenzione tipo e „linee guida" per la gestione di Centri di Permanenza Temporanea e Assistenza (CPT) e di Centri di Identificazione (CId, già centri d'accoglienza). Tekst dostępny: https://www2.immigrazione.regione.toscana.it/?q=norma&doc=/db/nir/DbPaesi/circolari/_circolare-3154-2002. xml&datafine=20180906 – szerzej zob. F. Esposito, E. Caja, G. Mattiello, *Detention and COVID in Italy, No One is Looking at Us Anymore*, November 2020, s. 13–14, https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-crimi nology/centreborder-criminolo-gies/blog/2020/11/no-one-looking-us [dostęp: 17.03.2023].

[209] Por. np. działalność „Caritas" i „Diakonie" w Austrii – GDP, *Immigration Detention in Austria: Where the Refugee „Crisis" Never Ends*, Global Detention Project, styczeń 2020, s. 23.

[210] Por. F. Webster, *Barnardo's and G4S, Partners in the Child Detention Business*, https://www.opendemocracy.-net/en/shine-a-light/barnardos-and-g4s-partners-in-child-detention-business/ [dostęp: 15.02.2022].

Nie od rzeczy będzie w tym kontekście wspomnieć, że odwrotne procesy zaszły w Szwecji[211] i obecnie trwają w Austrii. W tych państwach działalność podmiotów prywatnych w ośrodkach detencyjnych budziła wiele kontrowersji i nie przynosiła zadowalających efektów, co przyczyniło się do powrotu do w pełni państwowego modelu administrowania ośrodkami detencyjnymi[212].

Specyficznym typem prywatyzacji detencji jest pozbawianie wolności cudzoziemców przez przewoźników. Kluczowe pozostają tutaj działania kontrolne wobec osób podróżujących do danego państwa, zanim fizycznie znajdą się one w jego pobliżu czy też na jego terytorium[213]. W myśl całego szeregu przepisów prawa międzynarodowego UE oraz krajowego każdy przewoźnik ma obowiązek upewnienia się, że pasażer ma dokumenty wymagane przy wjeździe na terytorium danego państwa[214]. Wypełnienie wskazanych obowiązków jest zabezpieczone sankcjami, które przybierają postać kary administracyjnej za sam akt przewozu[215]. Ponadto przewoźnicy stają się odpowiedzialni za cudzoziemców,

---

[211] Por. GDP, *Immigration Detention in Sweden: Increasing Restrictions and Deportations, Growing Civil Society Resistance*, Global Detention Project 2018, s. 14–16.

[212] Zob. GDP, *Immigration Detention in Austria…*, op. cit., s. 23–24.

[213] Por. G. Lahav, V. Guiraudon, *Comparative Perspectives on Border Control: Away from the Border Outside the State*, [w:] P. Andreas, T. Snyder (red.), *The Wall around the West: State Borders and Immigration Controls in North America and Europe*, Boulder–New York–Oxford 2000, s. 64.

[214] Por. art. 11 ust. 3 Protokołu przeciwko przemytowi migrantów drogą morską, lądową i powietrzną, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, (dalej jako Protokół przeciwko przemytowi migrantów) (Dz.U. z 2005 r. Nr 18, poz. 162) a także art. 11. ust. 3 Protokołu uzupełniającego do Konwencji ONZ przeciwko Międzynarodowej Przestępczości Zorganizowanej dot. zapobiegania, zakazu i karania handlu ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi (zwany dalej Protokołem z Palermo lub Protokołem uzupełniającym) (Dz.U. z 2005 r. Nr 18, poz. 162); por. P. Twomey, *Europe's Other Market: Trafficking in People*, „European Journal of Migration and Law" 2000, t. 2, nr 1, s. 29–30.

[215] W 1987 r. zostały one wprowadzone do ustawodawstwa Belgii, Danii, Włoch, Niemiec i Zjednoczonego Królestwa – UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR Position: Visa Requirements and Carrier Sanctions*, September 1995, tekst dostępny: https://www.refworld.org/docid/3ae6b33a10.html [dostęp: 4.03.2022], s. 1. W art. 11 ust. 4 obu Protokołów przewiduje się wprowadzenie przez Państwa-Strony sankcji, które zabezpieczałyby realizację tego obowiązku przez, jeśli byłoby to niezbędne, Państwa-Strony powinny wprowadzić odstraszające, skuteczne i proporcjonalne sankcje za jego nieprzestrzeganie. Por. art. 26 ust. 1 lit. b Konwencji Wykonawczej do Układu z Schengen z dnia 14.06.1985 r. między Rządami Państw Unii Gospodarczej Beneluksu, Republiki Federalnej Niemiec oraz Republiki Francuskiej w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach (Dz. Urz. UE L 239 z 22.09.2000 r., s. 19, a także art. 45 ust. 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1240 z 12.09.2018 r. ustanawiające europejski system informacji o podróży oraz zezwoleń na podróż (ETIAS) i zmieniające rozporządzenia (UE) nr 1077/2011, (UE) nr 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 i (UE) 2017/2226, (Dz. Urz. UE L 236 z 19.09.2018 r.); Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/1152 z dnia 7.07.2021 r. w sprawie zmiany rozporządzeń (WE) nr 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1860, (UE) 2018/1861 oraz (UE)

którym odmówiono wjazdu[216], co w praktyce oznacza obowiązek ich odwiezienia[217]. Jeżeli odwiezienie cudzoziemca nie jest możliwe, obowiązkiem przewoźnika jest niezwłoczne znalezienie na swój koszt innego środka transportu umożliwiającego cudzoziemcowi opuszczenie terytorium danego państwa, a także poniesienie kosztów pobytu takiego cudzoziemca[218].

Nieco innym aspektem tego samego zagadnienia są normy prawne, które nakładają na właścicieli portów i terminali, operatorów obowiązki w zakresie uniemożliwienia osobom nieuprawnionym dostępu do portu[219], jak również czyniące armatorów i kapitanów odpowiedzialnymi za zabezpieczenie statków przed obecnością *stowaways* (pasażerów na gapę)[220]. W przypadku odkrycia obecności

2019/817 w odniesieniu do ustanowienia warunków dostępu do innych systemów informacyjnych UE do celów europejskiego systemu informacji o podróży oraz zezwoleń na podróż (Dz. Urz. UE L 249 z 14.07.2021 r.), s. 15.

[216] Zgodnie z art. 26 ust. 1 lit. a) konwencji z Schengen Państwa-Strony, mają zapewnić, że w przypadku, kiedy cudzoziemcom odmówiono wjazdu na terytorium jednej z Umawiających się Stron, przewoźnik „jest zobowiązany do niezwłocznego ponownego przejęcia za nich odpowiedzialności". Przepisy te stosuje się również wtedy, gdy odmówiono wjazdu obywatelowi państwa trzeciego znajdującemu się w tranzycie – por. art. 2 dyrektywy 2001/51/WE; ponadto zgodnie pkt 5.9. załącznika 9 do Konwencji chicagowskiej „przewoźnik lotniczy będzie odpowiedzialny za koszty opieki i nadzoru osoby nieposiadającej właściwych dokumentów podróży od momentu, w którym osoba ta została objęta zakazem wjazdu i zawrócona do przewoźnika lotniczego celem wydalenia z danego państwa".

[217] Na poziomie UE obowiązek ten jest skorelowany z brzmieniem Załącznika V A ust. 2 kodeksu granicznego z Schengen, który nakłada na właściwe organy straży granicznej „obowiązek nakazania przewoźnikowi nadzoru nad obywatelem państwa trzeciego i przewiezienie go niezwłocznie do państwa trzeciego, z którego przybył, do państwa trzeciego, które wydało dokument uprawniający go do przekroczenia granicy lub do jakiegokolwiek innego państwa trzeciego, w którym ma on zagwarantowane przyjęcie, lub do znalezienia środków dalszego przewozu zgodnie z art. 26 konwencji z Schengen i dyrektywą Rady 2021/51/WE". Zgodnie z art. 460 ust. 1 u.c. musi on zostać zrealizowany niezwłoczne na wniosek organu Straży Granicznej do granicy państwa, z którego go przywiózł, a gdy jest to niemożliwe – do państwa, w którym cudzoziemcowi wystawiono dokument podróży, na podstawie którego podróżował, lub do każdego innego państwa, które zapewnia, że go przyjmie. Po drugie obowiązek ten obciąża przewoźników w trzech przypadkach: cudzoziemcowi odmówiono wjazdu na terytorium RP lub też odmowa ta nastąpiła ze strony władz państwa docelowego, graniczącego z RP lub też przewoźnik, który miał go przewieźć do tego państwa, odmówił wykonania przewozu.

[218] Por. w tym zakresie art. 3 dyrektywy 2001/51/WE oraz art. 460 ust. 2 i 3 u.c.

[219] Por. IMO, *Guidelines on Allocation of Responsibilities to seek The Successful Resolution of Stowaway cases. Revised guidelines on the prevention of access by stowaways and the allocation of responsibilities to seek the successful resolution of stowaway* cases 2018, resolution fal. 13 (42), 8.06.2018 (dalej: Guidelines on Allocation), § 4.1.1.

[220] Por. Rezolucję Nr 1 o zmianach w Konwencji SOLAS (Międzynarodowej konwencji o bezpieczeństwie życia na morzu, 1974, sporządzonej w Londynie 1.11.1974 r. (Dz.U. z 1984 r. Nr 61, poz. 318 ze zm.) – wersja nieobowiązująca) wraz z Protokołem dotyczącym Międzynarodowej konwencji o bezpieczeństwie życia na morzu, 1974, sporządzonym w Londynie 17.02.1978 r. (Dz.U.

stowaway właściciel statku ponosi koszty jego wydalenia, pozbawienia wolności[221], opieki i wysadzenia w zakresie przewidzianym przepisami danego państwa[222]. Cudzoziemcy są wtedy zamykani w specjalnej kajucie na statku i zdarza się, że taka detencja przedłuża się ze względu na trudności związane z dopełnieniem wszystkich formalności związanych z wydaleniem cudzoziemca do państwa, z którego przybył[223].

1.6.3. PROBLEM DEFICYTU ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTWA ZA DZIAŁANIA PODMIOTÓW PRYWATNYCH

Niewątpliwie problemem fundamentalnym, i dość powszechnie dostrzeganym, są deficyty w zakresie odpowiedzialności państwa za działania podmiotów prywatnych[224]. Państwa z pewnym rozmysłem korzystają z pewnej dwoistości czy też niejasności, jaka jest wkomponowana w przeniesienie określonych zadań na podmioty prywatne, zwłaszcza w przestrzeni sankcji przewozowych[225]. Thomas Gammeltoft-Hansen słusznie zauważa, że używanie podmiotów niepaństwowych ułatwia zaprzeczanie odpowiedzialności i jej unikanie poprzez tworzenie wrażenia, że kontrola migracji jest prywatną działalnością, niejako zewnętrzną czy też niezależną w stosunku do samego państwa[226].

KPC zwracał uwagę, iż powierzanie podmiotom prywatnym czynności w zakresie objętym decyzjami władczymi państwa osłabia ochronę praw wynikających z MPPOiP. Podkreślał on, że państwo pozostaje odpowiedzialne w każdych okolicznościach za przestrzeganie wszystkich przepisów Paktu[227]. Europejski Trybunał Praw Człowieka już dość dawno w sprawie *Costello-Roberts v. Zjednoczone*

---

z 1984 r. Nr 61, poz. 320) i z Protokołem dotyczącym Międzynarodowej konwencji o bezpieczeństwie życia na morzu, 1974, sporządzonym w Londynie 11.11.1988 r. (Dz.U. z 2008 r. Nr 191, poz. 1173 ze zm.), Rozdział XI 2, prawidło 8 pkt 1; tekst jednolity z 2015 r. publikowany http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/BBE300FC4797CB7BC1257EAC00357024/%24File/3833-cz.%20II.pdf; por. Guidelines on Allocation, § 4.2.1 oraz § 4.2.2.

[221] W przypadku por. Immigration Act 1971, Schedule 2, § 8.

[222] Por. Guidelines on Allocation, § 5.2.3. a także 5.3.6.

[223] Por. Migreurope, *At the Margins of Europe: Externalization of Migration Control*, 2010/2011, s. 61–63; J. Markiewicz-Stanny, *Prywatyzacja kontroli migracyjnej w Europie – kazus przewoźników morskich*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2022, nr 3, s. 135.

[224] Por. G. Caldwell, *Private Security and Armed Military Guards: Minimising State Liability in the Fight against Maritime Piracy*, „RUSI Journal" 2012, t. 157, nr 5, s. 16–20.

[225] Niezwykle trafnie na temat intencjonalnego charakteru powstałych deficytów regulacji prawnych w zakresie ekstraterytorialnej detencji oraz ratownictwa morskiego pisze I. Mann, *Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law*, „European Journal of International Law" 2018, t. 29, nr 2, s. 365–369.

[226] Por. T. GammeltoftHansen, *The Rise of the Private…*, op. cit., s. 143.

[227] Por. KPC, *Comments on the 4th UK Periodic Report*, CCPR/C/79/Add. 55, 27.07.1995, § 16.

Królestwo orzekł, że państwo nie może zwalniać się od odpowiedzialności przez przekazanie określonych obowiązków podmiotom prywatnym[228].

Warto podkreślić, że regułą powinien być publiczno-prawny charakter zatrudnienia pracowników ochrony ośrodków detencyjnych; działanie prywatnych podmiotów świadczących takie usługi powinno być wyjątkiem. Jednocześnie powierzone im zadania nie powinny obejmować tych, które są zarezerwowane dla administracji państwowej. Dotyczy to na przykład używania środków przymusu bezpośredniego[229]. Komitet ds. Praw Pracowników Migrujących wskazywał, że warunkiem korzystania z prywatnych usług w zakresie ochrony jest odpowiednie przeszkolenie potencjalnych zatrudnionych w zakresie norm praw człowieka i standardów traktowania osób pozbawionych wolności[230].

Fundamentalną kwestią pozostaje również zachowanie należytego poziomu nadzoru nad podmiotami prywatnymi i ich działalnością. Niezbędne jest, aby w sposób rygorystyczny wyznaczono zakres władzy powierzonej podmiotom prywatnym, a także poddano je ścisłej i efektywnej kontroli, tak aby zapobiec nadużyciom prowadzącym do arbitralnego zatrzymania lub aresztowania. Państwa muszą podjąć odpowiednie kroki, aby zapobiegać, badać, karać i naprawiać naruszenia praw człowieka popełniane przez prywatny personel ośrodków detencyjnych[231], jak również zagwarantować migrantom, którzy są ich ofiarami, dostęp do wymiaru sprawiedliwości.

2. MIGRACJE LUDNOŚCI JAKO PROBLEM BEZPIECZEŃSTWA I OCHRONY GRANIC

2.1. BEZPIECZEŃSTWO I KONTROLA A PRAWA CZŁOWIEKA

Celem tej części monografii jest umieszczenie detencji cudzoziemców na bardzo istotnym tle, jakim jest napięcie pomiędzy optyką praw człowieka a optyką kontroli i bezpieczeństwa. W literaturze można spotkać pogląd, że prawa człowieka

[228] Por. *Costello-Roberts v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 13134/87, wyrok ETPC z 25.03.1993 r., § 27.

[229] Por. *Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination* (dalej jako *Report of the Working Group on the use of mercenaries*) *Visit to Austria*, A/HRC/42/42/Add. 2, 9.09.2019, § 104 f.

[230] Por. Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (dalej jako CMW), *General Comment No. 5*…, op. cit., § 30.

[231] Report of the Working Group on the use of mercenaries, § 68.

obecnie stanowią nowy normatywny fundament porządku prawnomiędzynarodowego jako całości; wraz z prawem humanitarnym stały się one czymś w rodzaju aksjologicznego trzonu, nadrzędnego kodeksu wartości, mającego inny status prawny (*erga omnes i jus cogens*) w stosunku do pozostałych norm prawnomiędzynarodowych i w tym znaczeniu dotykają wszystkich innych obszarów prawa międzynarodowego publicznego[232]. Prawom człowieka przypisuje się także funkcję wspólnego mianownika dla wyspecjalizowanych reżimów prawa międzynarodowego, który tym samym działa antyfragmentacyjnie, przyjmując formę niepisanej konstytucji, która rekonstytuuje strukturę, cele i wartości porządku prawnomiędzynarodowego[233]. Odzwierciedleniem tak formułowanych poglądów jest postulat, aby prawa człowieka miały prymat i znajdowały się w centrum każdego środka w zarządzania migracjami. Wysoki Komisarz Praw Człowieka ONZ wskazuje, że łącznie z zasadą niedyskryminacji oraz zasadą pomocy i ochrony przed szkodą prymat praw jednostki powinien stanowić fundament wszelkich działań państw na granicach międzynarodowych[234]. Z kolei Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w Rezolucji 63/184 z 2008 r. wezwało państwa i inne podmioty społeczności międzynarodowej, aby podejmowane przez nie działania w zakresie migracji uwzględniały priorytet praw jednostki, zwłaszcza w kontekście sytuacji migrantów w sytuacji nieregularnej[235]. Takie ujęcie zakłada swoistą nadrzędność ochrony praw jednostki wobec innych elementów polityki migracyjnej i azylowej.

---

[232] Powyższe tezy wpisują się w nurt określany „humanizacją prawa międzynarodowego". T. Meron definiuje ją m.in. poprzez wskazanie na przesunięcie orientacji tej dziedziny prawa z państwowo-centrycznej na człowieczo-centryczną. Słusznie zauważa jednak, że nie we wszystkich obszarach prawa międzynarodowego można zaobserwować wpływ praw człowieka na tym samym poziomie. Są takie dziedziny jak prawo traktatów, gdzie rola umów z zakresu praw jednostki jest fundamentalna, ale też i takie jak terytorium czy rozwiązywanie sporów, kiedy jest ona niewielka – por. T. Meron, *The Humanization of International Law*, Leiden 2006, wstęp, s. XV, a także s. 187 i n.; por. także A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Leiden–Boston 2010, s. 56–61.

[233] Por. M. Prost, *The Concept of Unity in Public International Law*, Oxford–Portland 2012, s. 179; Autor powołuje tu prace R. Teitel, *Humanity's Law*, Oxford 2011, a także: R. Teitel, R. Howse, *Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented But Interconnected Global Order*, „New York University Journal of International Law and Politics" 2009, t. 41, nr 4, s. 969. Implicit in this argument is, once again, the notion of 'super-determination' of material norms by a more or less coherent and formalized set of values – por. M. Prost, *The Concept…*, op. cit., s. 179.

[234] OHCHR, *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders*, 2014, s. IV, 1–9, http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHRRecommendedPrinciplesGuidelines.pdf [dostęp: 15.04.2025].

[235] Por. Zgromadzenie Ogólne NZ, *Protection of migrants*, A/Res/63/184, Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2008, pkt 6.

Niemniej jednak coraz częściej poszczególne państwa – zwłaszcza te docelowe dla migrantów – kierują się przede wszystkim motywacją związaną z bezpieczeństwem i kontrolą granic. Kwestia bezpieczeństwa jest podnoszona zwłaszcza wtedy, gdy chodzi o masowe napływy migracyjne i nie dotyczy to tylko obecnego czasu. Już w latach 80. państwa afrykańskie argumentowały, że uchodźcy muszą przebywać w obozach, ponieważ umożliwienie tak dużym grupom ludności swobodnego osiedlenia się na ich terytorium stwarza rozliczne zagrożenia. Aczkolwiek problem jest bardzo złożony, to w piśmiennictwie naukowym podnosi się, że samo stworzenie obozów nie gwarantuje bezpieczeństwa ani uchodźcom, ani ludności danego państwa. W niektórych przypadkach kumulacja uchodźców w jednym miejscu – zwłaszcza w pobliżu granicy – wręcz sprzyja powstawaniu lub zaostrzeniu konfliktów z lokalną ludnością, rozwojowi przemocy wewnątrz obozów, a zwłaszcza tworzeniu grup paramilitarnych angażujących się w konflikt w państwie uchodźstwa[236].

Specjalny Sprawozdawca ds. Praw Człowieka Migrantów, stwierdził, że w niektórych państwach problem migrantów jest widziany przede wszystkim z perspektywy bezpieczeństwa narodowego lub prawa karnego przy jednoczesnym negowaniu konieczności uwzględniania praw człowieka w tym obszarze[237]. W tej perspektywie kluczową rolę odgrywa koncentracja na aspekcie kontrolnym i wykonywaniu praw suwerena, natomiast prawa jednostki schodzą na dalszy plan[238]. Te ostatnie nie są w tym wypadku immanentną komponentą procesu decyzyjnego, lecz jego ewentualnym – choć co istotne nie niezbędnym – punktem odniesienia. Prawo migracyjne i prawo praw człowieka są postrzegane jako dwa odrębne zbiory norm, które nie muszą być współstosowane. Interes państwa w postaci kontroli wjazdu cudzoziemców jest w tym przypadku traktowany jako a priori nadrzędny, natomiast prawa człowieka, utożsamiane z prawami „obcych", „niechcianych" i „niepożądanych" i „zagrażających istniejącej strukturze społecznej" postrzega się jako kosztowny balast. Taka polityka jest charakterystyczna dla zamożnych państw docelowych

[236] Zob. szerzej S.K. Lischer, *Dangerous Sanctuaries: Refugee Camps, Civil War, and the Dilemmas of Humanitarian Aid*, New York 2005, s. 9–30.

[237] Por. SRHRM, *Report*, 12.04.2012, A/HRC/20/24, § 8.

[238] Por. m.in. przeorientowanie obserwowane w polityce Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii po 2005 r. – F. Duevell, *Report from the United Kingdom*, [w:] J. Doomernik, M. Jandl (red.), *Modes of Migration…*, op. cit., s. 190; por. także uwagi na temat rezygnacji z gwarancji non refoulement w rozporządzeniu Dublin III – S. Velutti, *Who has the Right to have Rights? The Judgments of the CJEU and the ECtHR as Building Blocks for a European 'ius commune in Asylum Law*, [w:] S. Morando-Foadi, L. Vickers (red.), *Fundamental Rights in the EU: A Matter of two Courts*, London 2015, s. 147; C. Costello, *Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored. Migration and Human Rights: The European Approach*, „Human Rights Law Review" 2012, t. 12, s. 335.

migrantów, zwłaszcza USA[239], Kanady[240], Australii[241]. Również w Europie bezpieczeństwo, kontrola i eliminacja potencjalnych zagrożeń zdają się mieć priorytet[242], co wyraża się pojęciem sekurytyzacji zarządzania granicami *securitization of border management*[243]. Dotyczy to choćby obserwowanego przez Valsamisa Mitsilegasa specyficznego przesunięcia w używanej terminologii – z „kontroli granic" na „bezpieczeństwo granic". Bezpieczeństwo granic miało zostać osiągnięte poprzez trzy elementy: ustanowienie Frontex, ustanowienie mechanizmów umożliwiających przekazywanie danych pasażerów oraz rozszerzenie i pogłębienie zarówno krajowych, jak i UE baz danych w zakresie identyfikacji cudzoziemców oraz ich interoperacyjność/interoperability[244]. Należy podkreślić, że zarówno w prawodawstwie UE, jej państw członkowskich czy innych krajów europejskich normy z zakresu praw jednostki są obecne w wielu aktach prawnych, ale istotą problemu jest przełożenie treści tych regulacji na praktykę, a tu jak już wspomniano obserwuje się poważny dysonans pomiędzy tym co politycznie i formalnie zadeklarowane a rzeczywistością[245].

W polskiej literaturze naukowej słusznie wskazuje się, że związki bezpieczeństwa i migracji wyrażające się w pojęciu bezpieczeństwa migracyjnego są w swej istocie wieloaspektowe, a na podstawie orzecznictwa TSUE można tu wyróżnić cztery płaszczyzny. Pierwszą są normy prawne dotyczące bezpośrednio ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, drugą te regulacje, które przewidują możliwość ograniczenia cudzoziemcom niepożądanym wjazdu na terytorium państw członkowskich oraz swobody poruszania się. Trzeci element obejmuje

---

[239] Zob. R.L. Doty, *Immigration and the Politics of Security*, „Security Studies" 1998, t. 8, nr 2–3, s. 71–93.

[240] M. Ibrahim, *The Securitization of Migration: A Racial Discourse*, „International Migration" 2005, t. 43, nr 5, s. 163–187.

[241] C. Tazreiter, *History, Memory and the Stranger in the Practice of Detention in Australia*, „Journal of Australian Studies" 2002, t. 26, nr 72, s. 1–12.

[242] Por. Program haski: wzmacnianie wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 53 z 3.03.2005 r.) § 1.6.4; § 1.7.2.; motyw 2 preambuły dyrektywy 2008/115/WE; J. Hathaway, *The Rights of Refugees*…, op. cit., s. 65; por. Report of the Special Rapporteur on Human Rights of Migrants*: Regional Study: Management of the External Borders of the European Union and its Impact on the Human Rights of Migrants*, A/HRC/23/46, 24.04.2013, § 31, 34; Report of the Special Rapporteur on Human Rights of Migrants: *Banking on Mobility over a Generation: Follow-Up to the Regional Study on the Management of the External Borders of the European Union and its Impact on the Human Rights of Migrants*, A/HRC/ 29/36, 8.05.2015, § 23.

[243] Por. Report of the Special Rapporteur, A/HRC/23/46, 2013, § 42–46.

[244] Por. V. Mitsilegas, *Border Security in the European Union: Towards Centralized Controls and Maximum Surveillance*, [w:] A. Baldaccini, E. Guild, H. Toner (red.), *Whose Freedom, security and Justice*…, op. cit., s. 359.

[245] Por. Report of the Special Rapporteur, A/HRC/23/46, 2013, § 38.

zakaz wjazdu nakładany na cudzoziemców o nieuregulowanym statusie, natomiast czwarty dotyczy zapewnienia bezpieczeństwa migracji na terytorium wszystkich państw członkowskich, między innymi poprzez solidarne dzielenie odpowiedzialności przez państwa członkowskie w obliczu masowego napływu migrantów[246].

Niewątpliwie istotne pozostają próby znalezienia bardziej efektywnej niż do tej pory odpowiedzi na problemy związane z zagrożeniem życia na morzu, do których zaliczyć można doktrynalne propozycje stworzenia prawa do bycia ratowanym na morzu. Prawo to odpowiadałoby obowiązkom ratowniczym wynikającym z międzynarodowego prawa morza oraz prawa międzynarodowego praw człowieka[247]. Trudno nie dostrzegać, że migracje międzynarodowe, a szczególnie napływ migrantów do państw zachodnich stały się bardzo ważną przestrzenią zagospodarowywania lęku przed obcymi[248]. Jak się podnosi w literaturze, obecnie obserwowane ograniczenia nakładane na określone grupy cudzoziemców mają korzenie w prymitywnej podejrzliwości i obawach przed outsiderem, a także naturalnym lęku przed „innym" i „obcym"[249]. Już jakiś czas temu naukowe analizy dokumentów urzędowych UE wykazywały, że w kontekście kontroli granicznej migranci są przede wszystkim kategorią stwarzającą zagrożenie, a nie podmiotami wymagających ochrony[250]. Jak zauważa R. Anderson w retoryce dokumentów Frontex dochodzi do dość zaskakującego odwrócenia postrzegania rozłożenia sił; to granice UE jawią się słabe i drażliwe, natomiast cudzoziemcy je przekraczający pozostają zagrożeniem, przed którym należy je chronić[251]. Co istotne, retoryka zagrożenia w tym przypadku nie jest jedynie domeną poszczególnych państw, ale także organów ONZ oraz UNHCR[252].

---

[246] Zob. szerzej A.M. Kosińska, *The Problem of Migration Security in the Current Case-Law of the CJEU – the Perspective of Member States*, „Rocznik Integracji Europejskiej" 2019, nr 13, s. 175–188.

[247] Zob. A. Papachristodoulou, *The Recognition of the Right to be Rescued at Sea in International Law*, „Leiden Journal of International Law" 2022, t. 35, nr 2, s. 337–356.

[248] Interesujące jest jednak, że nie zawsze zaostrzenie polityki migracyjnej idzie w parze z faktycznym wzrostem liczby migrantów – por. K. Hamilton, *Immigrant Detention Center in the United States and International Human Rights Law*, „Berkeley La Raza Law Journal" 2011, t. 21, s. 98.

[249] Por. M. McDougal, H.S. Laswell, L. Lu-Chen, *Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights*, „American Journal of International Law" 1976, t. 70, s. 433.

[250] Por. J. Milner, *Refugees, the State and the Politics of Asylum in Africa*, New York 2009, s. 77–78.

[251] Por. R. Anderson, *Europe's Failed 'Fight' against Irregular Migration: Ethnographic Notes on a Counterproductive Industry*, „Journal of Ethnic and Migration Studies" 2016, t. 42, nr 7, s. 1061.

[252] Por. E. Mogire, *Victims as Security Threats: Refugee Impact on Host State Security in Africa*, Burlington 2013, s. 24–25. por. Konkluzje Komitetu Wykonawczego 1990, 2002.

Organizacje pozarządowe zwracają również uwagę na potężną przewagę środków finansowych inwestowanych w środki techniczne, stosowny sprzęt, wyposażenie, personel i mechanizmy mające przeciwdziałać fizycznemu napływowi migrantów do Europy nad stosunkowo niewielkimi sumami inwestowanymi w procedury i ośrodki ochronne, infrastrukturę przeznaczoną dla przyjmowanych migrantów[253].

Wydaje się, że skrajne pozycje w przypadku napięcia pomiędzy bezpieczeństwem a prawami człowieka w kontekście migracyjnym zajmują z jednej strony gremia międzynarodowe i organizacje pozarządowe, których mandat jest skoncentrowany na ochronie praw jednostki, a z drugiej strony państwa podlegające silnej presji migracyjnej. W jakimś sensie symptomatyczna jest tutaj szczątkowa obecność problematyki praw jednostki na płaszczyźnie nieformalnej współpracy państw w zakresie migracji międzynarodowych. Państwa wykorzystują przynajmniej kilkadziesiąt forów i instytucji międzynarodowych do debaty nad tym, jak sobie poradzić z migracją nieregularną, skupiając uwagę na samej kontroli przepływu ruchu osobowego, natomiast problematyka praw osób migrujących jest tu praktycznie nieobecna lub ma jedynie fasadowy charakter[254].

W oba zaprezentowane podejścia wpisany jest element hierarchizowania bądź to praw człowieka, bądź to bezpieczeństwa państwa jako wartości i dóbr leżących u podstaw polityki migracyjnej i azylowej. Wydaje się, że jest to pochodna szerszego problemu ważenia pomiędzy wolnością a bezpieczeństwem po 2001 r., który niewątpliwie jest swoistą cezurą dla początku procesu przechylenia szali na rzecz bezpieczeństwa[255].

Ważną determinantą dla nadania swoistego prymatu bezpieczeństwu państwa jest narracja określonych problemów w przestrzeni publicznej. Tę zaś cechuje prymat retoryki zagrożeń i braku bezpieczeństwa w skali globalnej[256]. Ponadto

---

[253] Por. Amnesty International, *The Human Cost of Fortress Europe. Human Rights Violations against Migrants and Refugees at Europe's Borders*, Amnesty International, 2014, https://www.amnesty.org/en-/documents/eur05/001/2014/en/ [dostęp: 20.11.2023], s. 9.

[254] Zob. szerzej J. Markiewicz-Stanny, *Rozwój współpracy międzynarodowej w dziedzinie migracji w kontekście wykonywania prawa do kontroli własnego terytorium*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes, W. Pęksa, W.Sz. Staszewski, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *Idee, normy i instytucje Kongresu Wiedeńskiego – 200 lat później – perspektywa prawnomiędzynarodowa*, Warszawa 2016, s. 589–604.

[255] Por. R. Wieruszewski, *Wolność czy bezpieczeństwo – dylematy na tle 60. rocznicy Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka ONZ*, [w:] T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Dylematy praw człowieka*, Toruń 2009, s. 19–20.

[256] Zob. szerzej. D. Bigo, *Globalized (In)Security: The Field and the Ban-Opticon*, [w:] D. Bigo, A. Tsoukala (red.), *Terror, Insecurity and Liberty Illiberal practices of liberal regimes after 9/11*, London–New York 2008, s. 10–49.

w dyskursie publicznym zachodzi nieporozumienie polegające na postrzeganiu systemu ochrony praw jednostki jako w całości i z definicji antagonistycznego wobec interesu państwa. Tymczasem w przypadku praw człowieka kluczowa jest odpowiedź na pytanie, jak w sytuacji konfliktu zważyć te dwa dobra, a regulacje traktatowe w zakresie limitacji i derogacji praw dają określone fundamenty stosownych rozstrzygnięć. Nie są one oparte na udzieleniu z góry ustalonych odpowiedzi na pytanie o zakres ingerencji państwa, lecz analizowane na podstawie kryteriów zgodności z prawem, celu uprawnionego i zasady proporcjonalności[257]. Prawa jednostki nie jawią się tu jako centralna kategoria polityki migracyjnej, lecz jako czynnik ograniczający swobodę działania państwa w tym obszarze. Nie sposób też nie dostrzegać, że model międzynarodowej ochrony praw człowieka jest zakorzeniony w takim postrzeganiu funkcji państwa, w które wpisany jest szeroki margines oceny władz państwowych w dziedzinie kontroli migracyjnej[258]. Niewątpliwie jednak powinien istnieć minimalny poziom sprawiedliwości – symboliczny wynik końcowy, który wyznacza granice uznaniowości władzy[259].

2.2. PROCES TZW. SEKURYTYZACJI MIGRACJI I JEGO KONSEKWENCJE

Balans pomiędzy wolnością jednostki a interesem zbiorowości jest szczególnie uwarunkowany tym, że instrumenty prawne w zakresie migracji są coraz częściej postrzegane jako immanentnie przynależące do sfery bezpieczeństwa publicznego i bezpieczeństwa państwa – dodajmy na zasadzie wyłącznej[260]. W tym kontekście często pisze się o dwupoziomowym czy też dwupłaszczyznowym procesie sekurytyzacji migracji. Po pierwsze bowiem kontrola migracyjna jest używana do osiągnięcia celów związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa – z czym dość ściśle łączy się element militaryzacji ochrony granic.

Militaryzacja w tym przypadku polega nie tylko na używaniu terminologii odwołującej się do walki, ale także na stosowaniu całego wachlarza rozwiązań

[257] Por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga v. Belgia*, § 80–81.

[258] Por. np. L. Bosniak, *Universal Citizenship and the Problem of Alienage*, „Northwestern Law Review" 2000, t. 94, s. 963 i n.

[259] D. Gyollai, A. Amatrudo, *Controlling Irregular Migration: International Human Rights Standards and the Hungarian Legal Framework*, „European Journal of Criminology" 2019, t. 16, nr 4, s. 391–508; M. van der Woude, J. van der Leun, *Crimmigration checks*…, op. cit., s. 43.

[260] Por. WGAD, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, WGAD Annual Report 2008, A/HRC/10/21, 16.02.2009, § 68.

i urządzeń technicznych mających na celu jak najszybsze wykrycie i zatrzymanie osób próbujących przekroczyć granicę. Wymienić tu trzeba stawianie wysokich ogrodzeń, murów, używanie sprzętu wojskowego, helikopterów, technologii satelitarnej, specjalnych systemów komunikacji, radiolokacji[261] etc. Środki te służą także skutecznym i szybkim interwencjom ratunkowym, ale w praktyce bywa, że ratowanie życia ludzkiego jest wykorzystywane jako pretekst do przeprowadzania akcji fizycznego zatrzymania migrantów niezależnie od tego, czy rzeczywiście coś im zagraża – dotyczy to zwłaszcza wybrzeży Afryki[262].

Po drugie zaś czynności administracyjne – do tej pory dominujące w przypadku kontroli granicznych i migracyjnych – ustępują coraz częstszemu zastosowaniu metod mających proweniencję w zwalczaniu przestępczości, prawie karnym i karnoprocesowym[263].

Proces sekurytyzacji może mieć poważne implikacje. Mianowicie z trójelementowej relacji: wolność osobista jednostki – kontrola terytorium – bezpieczeństwo państwa, może powstać relacja dwuelementowa: wolność osobista jednostki – bezpieczeństwo państwa. W relacji trójelementowej regulacja prawna, dotycząca pozbawienia wolności cudzoziemców w związku z kontrolą terytorium, wskazuje na zagrożenie bezpieczeństwa państwa jako jeden z kilku różnych względów uzasadniających detencję cudzoziemca. Dzieje się tak np. w ramach procedur udzielania ochrony międzynarodowej[264]. Związek pomiędzy pozbawieniem wolności a zagrożeniem bezpieczeństwa może mieć też charakter pośredni. Mianowicie taki, że jeśli państwo nie zgadza się na pobyt cudzoziemca, który w jego ocenie zagraża jego bezpieczeństwu, to najczęściej w konsekwencji dochodzi do uruchomienia procedury wydalenia i detencji umożliwiającej jej przeprowadzenie. W obu wymienionych sytuacjach ochrona bezpieczeństwa państwa stanowi jedną z przesłanek zastosowania określonych przepisów w ramach kontroli migracyjnej i nie jest ex definitione z nimi tożsama.

Drugie podejście, a więc proces sekurytyzacji migracji, prowadzi do sytuacji, w której każde przekroczenie przepisów dotyczących wjazdu i pobytu cudzoziemców jest utożsamiane z zagrożeniem bezpieczeństwa i to w relacji do tego dobra oceniana jest zasadność pozbawienia wolności cudzoziemca. W tym miejscu trzeba zauważyć, iż art. 5 ust. 1 EKPC nie dopuszcza pozbawienia

---

[261] Zob. szerzej K. Franko Aas, *Crimmigrant' Bodies and Bona Fide Travelers: Surveillance, Citizenship and Global Governance*, „Theoretical Criminology" 2011, t. 15, nr 3, s. 331–346.

[262] Por. R. Andersson, *Europe's Failed 'Fight'…*, op. cit., s. 1060; szerzej zob. R. Andersson, *Illegality, Inc.: Clandestine Migration and the Business of Bordering Europe*, Oakland 2014.

[263] Por. V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration…*, op. cit., s. 29.

[264] Por. art. 8 ust. 3e dyrektywy 2013/33/UE; por także UNHCR, Detention Guidelines…, op. cit., wytyczna 3. Natomiast ta przesłanka nie jest wymieniona w dyrektywie 2008/115/WE.

wolności jednostki wyłącznie we względu na bezpieczeństwo państwa[265]. Ewentualne odstępstwo od wymogów konwencyjnych, np. odnośnie do internowania czy detencji prewencyjnej bez postawienia zarzutów, może się opierać jedynie na mechanizmach prawidłowej derogacji[266].

2.3. KRYZYS MIGRACYJNY I MASOWY NAPŁYW CUDZOZIEMCÓW

Migracja nieregularna jest postrzegana nie tylko w kategoriach zagrożenia bezpieczeństwa państwa; niejako równolegle duże napływy cudzoziemców na terytorium poszczególnych państw są widziane w kategoriach kryzysu i presji, które skutkują zagrożeniem porządku publicznego i funkcjonowania państwa. W pierwszej kolejności jest to kwestia ocen politycznych i dyskursu publicznego[267]. Narracja kryzysu związanego z nielegalną migracją jest dziś dość powszechna i używa się jej w Europie z różnym natężeniem od co najmniej dekady[268].

Trzeba przy tym zauważyć, że rozumienie, czym jest ten kryzys wcale nie jest jednolite nawet już od strony samego nazewnictwa. Niekiedy jest mowa o „kryzysie migracyjnym", innym razem o „kryzysie uchodźczym", a kiedy indziej o „kryzysie humanitarnym". Ponadto w ramach językowej analizy dyskursu zidentyfikowano swoistą dwoistość sposobu przedstawiania migracji w debacie publicznej. Z jednej strony używa się strategii nazywania, które budzą strach, odwołują się do ryzyka zniszczenia, budzą podejrzenia, kryminalizują migrantów[269]. Z drugiej strony równie silna pozostaje retoryka wstydu i winy, połączona z aprobatą dla otwartości, opiekuńczości i solidarności[270].

---

[265] Por. *A. i inni v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 3455/05, wyrok ETPC z 19.02.2009 r., § 172.

[266] Na temat detencji w okolicznościach nadzwyczajnych por. wyrok *Irlandia v. Zjednoczone Królestwo,* w którym ETPC orzekł, że stosowanie detencji przez rząd Zjednoczonego Królestwa jest sprzeczne w art. 5 EKPC, ale odpowiada wymogom nadzwyczajnej sytuacji w rozumieniu art. 15 ust. 1 Konwencji, a rząd nie przekroczył w tym zakresie marginesu oceny – por. *Irlandia v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 5310/71, wyrok ETPC z 18.06.1978 r., § 214. *Lawless v. Irlandia (No. 3)*, § 13 i 14; *Irlandia v. Zjednoczone Królestwo*, § 194–196 i 212–213.

[267] Na temat używania retoryki kryzysu w kontekście migracji zob. m.in. J. Jeandesboz, P. Pallister-Wilkins, *Crisis, Enforcement and Control at the EU Borders*, [w:] A. Lindley (red.), *Crisis and Migration: Critical Perspectives*, London 2014, s. 115–135.

[268] Por. E. Fontanari, M. Ambrosini, *Into the Interstices: Everyday Practices of Refugees and Their Supporters in Europe's Migration 'Crisis'*, „Sociology" 2018, t. 52, nr 3, s. 2.

[269] Por. J. Bielecka-Prus, *Retoryka lęku przed obcym w polskim dyskursie prasowym*, „Colloquium Wydziału Nauk Humanistycznych i Społecznych AMW" 2018, nr 1, s. 21–22.

[270] Por. J. Bielecka-Prus, *Retoryka lęku…*, op. cit., s. 19, 24.

W literaturze pisze się także o „kryzysie praw" migrantów. Jak diagnozuje Alan Desmond proces ten polega po pierwsze na unikaniu i lekceważeniu wielostronnych umów międzynarodowych, a po drugie na współpracy w przenoszeniu praw migrantów do sfery instrumentów prawa miękkiego, czego szczególnym przykładem jest Global Compact[271]. Pisze on o „post 2015 migrant protection regime", który charakteryzuje rozwój wielostronnej współpracy państw głównie tam, gdzie umożliwia to obronę suwerenności oraz instytucjonalizację prawa miękkiego jako narzędzia ochrony praw migrantów[272]. Niewątpliwie poziom zaangażowania państw w wykrywanie nielegalnej migracji, a zwłaszcza działalności przemytników i handlarzy ludźmi jest znacznie wyższy w porównaniu z ochroną praw osób migrujących, które często są jednocześnie ofiarą tych procederów.

Następnie kryzys migracyjny jest kategorią dwubiegunową. Jeśli bowiem pierwszym czynnikiem definiującym kryzys jest masowy napływ cudzoziemców, to drugim elementem są słabości systemu azylowego, rozumiane jako trudności w rozpatrzeniu odpowiedniej liczby wniosków oraz załamanie się systemu ochrony i zaspokajania potrzeb.

Niejako naturalnie się nasuwa pytanie, jak wskazane procesy wpływają na regulacje prawne i ich stosowanie. W 2015 r. na Węgrzech przyjęto dekret rządu ogłaszający, iż doszło w tym państwie do kryzysu wywołanego masową migracją[273], co pociągnęło za sobą liczne zmiany legislacyjne. W pozostałych państwach słowo kryzys czy sytuacja nadzwyczajna jeszcze wtedy nie wystąpiły w samych aktach prawnych, ale dyskurs kryzysu oraz retoryka nadzwyczajnych zagrożeń

[271] Zob także przykłady nieformalnej współpracy w UE; A. Ott, *Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges'*, „Yearbook of European Law" 2020, t. 39, nr 1, s. 569.

[272] Por. A. Desmond, *From Migration Crisis*…, op. cit., s. 314.

[273] Government Decree 269/2015 of 15 September 2015 *Announcing a Crisis Situation Caused by Mass Immigration and Establishing the Rules related to the Declaration, Maintenance and Termination of the Crisis Situation*, nieoficjalne tłumaczenie tekstu na jęz. ang. zob https://www.refworld.org/legal/decreees/natlegbod/2015/en/107160, [dostęp: 23.01.2023]; zob. także 2007. évi LXXX törvény a menedékjogról [Ustawa LXXX z 2007 r. o azylu] Magyar Közlöny; Numer: 2007/83, tekst w wersji elektronicznej https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a0700080.tv [dostęp: 23.01.2023]. Zgodnie z jego art. 80/A par. 1 sytuacja kryzysowa może zostać ogłoszona, jeśli liczba cudzoziemców przybywających na Węgry przekracza określone przez prawo progi lub w przypadku migracji sytuacja stwarza bezpośrednie zagrożenie dla ochrony granic węgierskich lub jeżeli stanowi bezpośrednie zagrożenie dla społeczeństwa, bezpieczeństwa, porządku publicznego lub zdrowia publicznego, w szczególności w przypadku wybuchu zamieszek lub popełnienia czynu z użyciem przemocy, np. w obiekcie noclegowym dla cudzoziemców.

jako takie stały się niejako naturalnym uzasadnieniem dla licznych zmian prawodawczych w państwach europejskich[274].

Trzeba na tym tle zauważyć, że w art. 78 ust. 3 TFUE stanowi się o możliwość wprowadzenia środków tymczasowych[275] w przypadku, gdy jedno lub kilka państw członkowskich „znajdzie się w nadzwyczajnej sytuacji charakteryzującej się nagłym napływem obywateli państw trzecich"[276]. Ponadto w ramach rozporządzenia 2024/1359/UE wprowadzono mechanizmy reagowania na wyjątkowe sytuacje kryzysowe, a w tym sytuację masowego napływu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców i sytuację instrumentalizacji oraz sytuacje spowodowane działaniem wyższej[277]. W art. 18 dyrektywy 2008/115/WE przewidziano, że gdy wyjątkowo duża liczba obywateli państw trzecich podlegających zobowiązaniu do powrotu w sposób nieprzewidziany znacząco obciąża ośrodki detencyjne państwa członkowskiego lub jego personel administracyjny lub sądowy, to państwo członkowskie może, na czas trwania tej wyjątkowej sytuacji, postanowić o dopuszczeniu dłuższych terminów kontroli sądowej niż przewidziane w art. 15 ust. 2 akapit trzeci, oraz podjąć pilne działania w odniesieniu do warunków pobytu w ośrodku detencyjnym, odbiegające od tych przewidzianych w art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 dyrektywy. W tych dwóch ostatnich przypadkach chodzi o obowiązek umieszczania cudzoziemców jedynie w wyspecjalizowanych ośrodkach oraz zapewnienia oddzielnych pomieszczeń gwarantujących odpowiedni poziom prywatności rodzinom. Odstępstwa od innych przepisów dyrektywy 2008/115/WE nie są możliwe.

Z punktu widzenia prawa międzynarodowego praw człowieka granicą bezwzględnie nieprzekraczalną są po pierwsze prawa niederogowalne, a zwłaszcza

---

[274] Por. S.M. Utych, *How Dehumanization Influences Attitudes Toward Immigrants*, „Political Research Quarterly" 2018, t. 71, nr 2, s. 441; S. Carrera, J. Varra, T. Strik, *Introduction: Crisis, Rule of Law and Legitimacy*, [w:] S. Carrera, J. Varra, T. Strik (red.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis, Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Northampton 2019, s. 2; M. Krzyżanowski, *„We Are a Small Country That Has Done Enormously Lot": The 'Refugee Crisis' and the Hybrid Discourse of Politicizing Immigration in Sweden*, „Journal of Immigrant & Refugee Studies" 2018, t. 16, nr 1–2, s. 97–112; J.P. Brekke, J. Vedsted-Hansen, R. Thorburn Stern, *Temporary Asylum and Cessation of Refugee Status in Scandinavia Policies, Practices and Dilemmas*, European Migration Network, 2020, s. 15; R. Stern, *When the Ends Justify the Means? Quality of Law-Making in Times of Urgency*, „The Theory and Practice of Legislation" 2019, t. 7, nr 2, s. 87.

[275] Co w istocie nastąpiło odnośnie do Włoch i Grecji – por. Decyzja Rady (UE) nr 2015/1601, s. 80. (decyzja wygasła 26.09.2017).

[276] Szczegółową wykładnię tego przepisu TSUE przeprowadził w sprawie *Republika Słowacka i Węgry v. Rada Unii Europejskiej*, sprawy połączone C-643/15, C-647/15 wyrok z 6.09.2017 r., ECLI:EU:C:2017:631, pkt 113–135.

[277] Por. art. 1 rozporządzenia 2024/1359/UE.

art. 3 EKPC, ale też reguła, iż żaden stan nadzwyczajny – również w ten związany z dużymi przepływami migrantów lub osób poszukujących ochrony międzynarodowej – nie może być usprawiedliwieniem dla arbitralnego pozbawienia wolności[278].

Na tym tle wydaje się istotne odróżnienie retoryki używanej w dyskursie publicznym od rzeczywistych problemów, z którymi zmagają się Państwa-Strony EKPC. ETPC już kilkukrotnie rozstrzygał w sprawach, w których ewentualne naruszenie EKPC miało miejsce w powiązaniu z masowym napływem cudzoziemców[279]. Co ciekawe, pomimo pewnej dominacji oceny danych sytuacji jako kryzysowych[280] Europejski Trybunał Praw Człowieka nie jest skłonny do przyjmowania takich twierdzeń na wiarę. Dokonuje analiz statystyk, porównań z innymi państwami, jak również ocenia możliwości skarżonego Państwa-Strony w realiach danego stanu faktycznego. Na przykład w orzeczeniu *Khlaifia i inni v. Włochy* Wielka Izba Trybunału rozpoczęła swoje rozważania od podnoszonego przez rząd kontekstu kryzysu humanitarnego (*humanitarian emergency*), z jakim zmagały się Włochy w okresie objętym orzekaniem[281]. Trybunał wziął tu pod uwagę dane statyczne podane przez Podkomitet Ad Hoc Zgromadzenia Parlamentarnego[282] i rząd włoski[283], jak również fakt, że Włochy ogłosiły stan wyjątkowy na Lampeduzie. Niewątpliwie świadczyły one o zmasowanym napływie migrantów z Afryki Północnej, który spowodował trudności organizacyjne, logistyczne i strukturalne dla władz włoskich w związku z tym, że poza opieką i zakwaterowaniem cudzoziemców, konieczne było również podejmowanie działań ratowniczych wobec niektórych statków na morzu[284]. Trybunał uznał również, że sytuacja ta spowodowała obciążenie rządu wieloma różnymi zadaniami, ponieważ poza troską o migrantów, należało zapewnić potrzeby miejscowej ludności oraz utrzymać porządek publiczny[285].

Z kolei w sprawie *S.F. i inni v. Bułgaria* ETPC ustalił, że wbrew argumentacji rządu, Bułgaria w żadnym razie nie była państwem najbardziej dotkniętym masowym napływem cudzoziemców. Liczba obywateli państw trzecich przebywających nielegalnie na jej terytorium w 2015 r. była około dwudziestokrotnie

[278] WGAD, *Revised Deliberation Nr 5*, § 8.

[279] Por. *M.S.S. v. Belgia i Grecja*, par. 223; *Hirsi Jamaa i inni v. Włochy*, § 122 i 176; oraz *Khlaifia i inni v. Włochy*, skarga nr 16483/12, wyrok Wielkiej Izby ETPC 15.12.2016 r., § 241.

[280] J. Ritter, M. Rhomberg, C. Griessler, M. Barlai, *Introduction*, [w:] M. Barlai, B. Fähnrich, C. Griessler, M. Rhomberg (red.), *The Migrant Crisis: European Perspectives and National Discourses*, Münster 2017, T. 13 z Studien zur politischen Kommunikation, s. 14.

[281] Por. *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 178; argumentacja rządu § 151.

[282] Por. ibidem, § 48–50.

[283] Por. ibidem, § 148–156.

[284] Por. ibidem, § 179.

[285] Por. ibidem, § 183.

niższa niż w Grecji i około czterdziestoczterokrotnie niższa niż na Węgrzech. Nie można było zatem powiedzieć, że w przedmiotowym czasie Bułgaria znajdowała się w sytuacji nadzwyczajnej o takich rozmiarach, że władze tego państwa praktycznie nie były w stanie zapewnić przynajmniej przyzwoitych warunków w krótkoterminowych ośrodkach przetrzymywania, w których umieszczano małoletnich migrantów[286].

Niewątpliwie ocena, czy napływ cudzoziemców ma dużą skalę, czy też jest masowy w kategoriach liczbowych powinna się różnić w zależności od kraju lub regionu. W ewentualnych analizach trzeba brać pod uwagę nie tylko wielkość takiego napływu, ale też czas i jego natężenie w stosunku do wielkości danego państwa oraz jego możliwości w zakresie recepcji, a w tym udzielania ochrony międzynarodowej[287].

2.4. MIGRACJA A STANY NADZWYCZAJNE

Zjawiskiem stosunkowo nowym było wprowadzenie w 2021 r. przez Polskę[288], Łotwę, Litwę[289] oraz Estonię stanów nadzwyczajnych w związku z napływem cudzoziemców z terytorium Białorusi. Komisja Europejska, odnosząc się do tej sytuacji, stwierdziła, że Białoruś dopuściła się instrumentalizacji migrantów. Jest to zdaniem Komisji zjawisko coraz bardziej niepokojące, które może wiązać się z przemytem migrantów lub handlem ludźmi zagrażając w ten sposób życiu i bezpieczeństwu migrantów, stwarzając jednocześnie zagrożenie dla bezpieczeństwa granic Unii[290]. Następnie pojęcie instrumentalizacji migrantów zawiera rozporządzenie 2024/1359/UE w sprawie reagowania na sytuacje kryzysowe

[286] Por. *S.F. i inni v. Bulgaria*, skarga nr 8138/16), wyrok ETPC z 7.12.2017 r., § 91.

[287] Por. UNHCR, *Global Consultations on International Protection, Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework*, EC/GC/01/4, 19.02.2001 r., § 14.

[288] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 2.09.2021 r. w sprawie wprowadzenia stanu wyjątkowego na obszarze części województwa podlaskiego oraz części województwa lubelskiego (Dz.U. z 2021 r., poz. 1612); jak zauważa się w literaturze w polskim porządku prawnym wątpliwa jest możliwość wprowadzenia stanu wyjątkowego zgodnie z art. 230 Konstytucji RP w sytuacji, gdy chodzi o zagrożenia w swej istocie zewnętrzne, a nie wewnętrzne; por. M. Perkowska, A. Gutauskas, *Were the Lithuanian and Polish Responses to the Refugee Influx Legal or Illegal?*, „Bialostockie Studia Prawnicze" 2023, t. 28, nr 1, s. 121.

[289] Najpierw była to deklaracja rządu: Government of the Republic of Lithuania Resolution Nr 517 of 2 July 2021, „On the Declaration of State-level Emergency and Appointment of the Head of State-level Emergency Operations", a następnie parlamentu litewskiego Seimas of the Republic of Lithuania, Declaration of the State Emergency 2021 November 9, Nr XIV-617.

[290] Por. Komisja Europejska, Wniosek…, COM (2021) 753 final 2021/0387 (COD), preambuła pkt 2.

i sytuacje wywołane działaniem siły wyższej w dziedzinie migracji i azylu. Zgodnie z art. 1 ust. 4 lit. b tego aktu instrumentalizacja jest jednym z dwóch rodzajów sytuacji kryzysowej i oznacza sytuację, „w której państwo trzecie lub wrogi podmiot niepaństwowy zachęcają obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców do przemieszczania się na granice zewnętrzne lub do państwa członkowskiego, lub ułatwiają im to przemieszczanie, w celu destabilizacji Unii lub państwa członkowskiego, oraz w przypadku gdy takie działania mogą zagrozić podstawowym funkcjom państwa członkowskiego, w tym utrzymaniu prawa i porządku lub ochronie jego bezpieczeństwa narodowego". Innym rodzajem sytuacji kryzysowej jest zgodnie z art. 1 ust. 4 lit. a wyjątkowa sytuacja masowego przybywania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców do państwa członkowskiego[291].

Trzeba tu również zwrócić uwagę, że napływ migrantów nieregularnych inspirowany przez inne państwo został określony przez premierów rządów zainteresowanych państw jako element wojny hybrydowej[292]. Na Litwie wprost stwierdzono, że nielegalna migracja międzynarodowa zorganizowana przez wrogie Litwie reżimy stanowi zagrożenie dla jej porządku konstytucyjnego i spokoju publicznego[293].

W Polsce, poza samymi przepisami wprowadzającymi stan wyjątkowy, na uwagę zasługują unormowania tzw. ustawy wywózkowej[294]. Na gruncie tych przepisów możliwe stało się pozostawienie bez rozpatrzenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, który został złożony przez cudzoziemca zatrzymanego po nielegalnym przekroczeniu granicy państwa. Ponadto unormowania te dają podstawę prawną do praktyki zawracania cudzoziemców z granicy państwa, które można określić jako próbę legitymizowania *push back*. Stan wyjątkowy

[291] Mają one mieć taką skalę i charakter, że biorąc pod uwagę, między innymi, liczbę ludności, PKB i specyficzne uwarunkowania geograficzne danego państwa członkowskiego, w tym wielkości terytorium, że powoduje, że dobrze przygotowany system azylowy, system przyjmowania, w tym służby odpowiedzialne za ochronę dzieci, lub system powrotów w danym państwie członkowskim przestaje funkcjonować – w tym w wyniku sytuacji występującej na poziomie lokalnym lub regionalnym – do tego stopnia, że mogłoby to mieć poważne konsekwencje dla funkcjonowania wspólnego europejskiego systemu azylowego.

[292] Zob. *Oświadczenie Premierów Polski, Litwy, Łotwy i Estonii w sprawie ataku hybrydowego na naszych granicach ze strony Białorusi*, https://www.gov.pl/web/nato/oswiadczenie-premierow-ingridy-imonyt-litwa-artursa-krijnisa-karia-lotwa-kai-kallas-estonia-i-mateusza-morawieckiego-polska-w-sprawie-ataku-hybrydowego-na-naszych-granicach-ze-strony-bialorusi [dostęp: 26.01.2023]; Von der Leyen: *Hybrydowy atak Białorusi jest wyzwaniem rzuconym całej Unii*, https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/swiat/artykuly/8298731,von-der-leyen-hybrydowy-atak-bialorusi-jest-wyzwaniem-rzuconym-calej-unii.html [dostęp: 26.01.2023].

[293] Por. M. Perkowska, A. Gutauskas, *Were the Lithuanian…*, op. cit., s. 120.

[294] Por. ustawa o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw z 14.10.2021 r. (Dz.U. z 2021 r., poz. 1918).

formalnie trwał do 30.06.2022 r., natomiast liczne elementy ograniczeń praw obywatelskich i politycznych zostały utrzymane po jego zakończeniu poprzez odpowiednią nowelizację ustawy o ochronie granicy państwowej.

Jak podaje się w raporcie Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur (dalej jako KMPT) w okresie od 30.06.2021 do 31.12.2021 r. liczba miejsc dostępnych w strzeżonych ośrodkach dla cudzoziemców (dalej jako SOC) w Polsce wzrosła ponad czterokrotnie, natomiast w ośrodkach o charakterze otwartym przybyło jedynie 315 dodatkowych miejsc[295]. Trudno się nie zgodzić z wnioskiem, że te dane świadczą o systemowej preferencji pozbawienia wolności cudzoziemców[296]. Pomimo tak wielkiego wzrostu liczby osób pozbawionych wolności w SOC nie zwiększono liczebności personelu medycznego i psychologicznego. W efekcie zaczęły one spełniać funkcję wyłącznie izolacyjną, a zaniedbania w opiece medycznej nad cudzoziemcami, skłaniały do stwierdzeń, iż doszło do nieludzkiego lub poniżającego traktowania[297].

Na Litwie po ogłoszeniu nadzwyczajnej sytuacji 2.06.2021 r. parlament w ramach przyspieszonej ścieżki legislacyjnej przyjął zmiany do ustawy o statusie prawnym cudzoziemców, w których zalegalizowano automatyczną detencję każdego cudzoziemca w tym także osób poszukujących ochrony międzynarodowej, jak również ograniczono ich prawa proceduralne[298]. W Estonii po nowelizacji ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony międzynarodowej[299] oraz ustawy o obowiązku wyjazdu i zakazie wjazdu[300], możliwe stało się pozbawienie wolności cudzoziemców na okres do 48 godzin bez zezwolenia sądu administracyjnego[301], jak również ich umieszczanie poza ośrodkami detencyjnymi, a więc na przykład w więzieniach[302].

---

[295] Liczba ta pierwotnie wynosiła 513, zaś w 2021 r. 2103, por. KMPT, *Sytuacja cudzoziemców w ośrodkach strzeżonych w dobie kryzysu na granicy Polski i Białorusi. Raport z wizytacji Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur*, 2022, s. 14.

[296] Raport KMPT, s. 14.

[297] Ibidem.

[298] UNHCR, *UNHCR Legal Observation*…, Nr XIV-506 (…).

[299] *Välismaalasele rahvusvahelise kaitse andmise seadus* RT I 2006, 2,3 [ustawa o udzielaniu cudzoziemcom ochrony międzynarodowej] 14.12.2005, ze zmianami wprowadzonymi 20.06.2023 – wersja angielska https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/530062020004/consolide/current [dostęp: 05.05.2024].

[300] *Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadus*, dalej jako ustawa o obowiązku wyjazdu i zakazie wjazdu, 21.10.1998, Elektrooniline Riigi Teataja RT I 1998, 98, 1575; ostatnie zmiany RT I, 21.06.2024, 33 – wersja angielska https://www.riigiteataja.ee/en/eli/505082024005/consolide [dostęp 05.09.2024]

[301] Por. § 36^6 (2) i (3) ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony międzynarodowej, § 15^4 (2) ustawy o obowiązku wyjazdu i zakazie wjazdu.

[302] Por. § 36^6 (7), § 15^4 (7) ustawy o obowiązku wyjazdu u zakazie wjazdu.

Obecnie w literaturze naukowej detencja cudzoziemców jest w związku z powyższym postrzegana przynajmniej na dwa sposoby. Jedna grupa badaczy sugeruje, że cudzoziemcy są traktowani jako jednostki wrogie, które zagrażają istniejącej wspólnocie politycznej. Pisze się wręcz, że w ostatnich latach prawo migracyjne przekształciło się w rodzaj „prawa wroga" pozwalającego władzy wykonawczej na zawieszenie zwykłych gwarancji prawnych przeciwko arbitralnemu pozbawieniu wolności w obliczu konieczności ochrony bezpieczeństwa społeczności[303].

Drugi punkt widzenia traktuje migrantów nie tyle jako wrogów, co źródło zakłóceń porządku publicznego, którym należy odpowiednio zarządzać. Ponieważ cudzoziemcy jawią się jako jednostki nieodpowiedzialne i niegodne zaufania, ich zachowania należy poddać kontroli. W tej perspektywie sama obecność cudzoziemców nie jest zagrożeniem, lecz ich niekontrolowany napływ. W takiej sytuacji detencja może być postrzegana jako odzwierciedlenie rosnącej roli prewencyjnych środków kontroli i nadzoru we współczesnych społeczeństwach. Normy prawne regulujące detencję cudzoziemców można wtedy uznać za przykład rozszerzającego się wpływu logiki ostrożności „zarządzania ryzykiem", zgodnie z którą organy ścigania są wzywane do neutralizowania zagrożenia, jakie niektóre osoby mogą stanowić dla porządku społecznego, nawet zanim jakakolwiek rzeczywista szkoda została wyrządzona[304].

Należy również uwzględniać rozwiązania normatywne przyjmowane na czas tzw. kryzysów humanitarnych, które funkcjonują obok pozbawienia wolności, a polegające na maksymalnej koncentracji cudzoziemców w ściśle wyznaczonych miejscach. W związku z dużym napływem migrantów państwa – jak na przykład Grecja[305] czy Niemcy – tworzą specjalną infrastrukturę, w ramach której

---

[303] G. Campesi, *Genealogies*…, op. cit., s. 534; S. Krasmann, *The Enemy on the Border: Critique of a Programme in Favour of a Preventive State*, „Punishment & Society" 2007, t. 9, nr 3, s. 301–318; J.A. Brandariz Garcia, *The Control of Irregular Migrants and the Criminal Law of the Enemy, Notes on the Exclusion and Inclusion in the Field of Penal Policy in Spain*, [w:] M.J. Guia, M. Van der Woude, J. Van der Leun (red.), *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, The Hague 2013, s. 255–266.

[304] G. Campesi, *Genealogies*…, op. cit. s. 534.

[305] W 2020 r. w Grecji pojawiły się „zamknięte kontrolowane struktury wyspowe" („KEDN"). Są to wielofunkcyjne ośrodki tymczasowego przyjmowania i zakwaterowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców. W ramach tych struktur oprócz wydzielonych obszarów dla grup szczególnie wrażliwych, przewidziano funkcjonowanie Ośrodków Recepcyjno-Identyfikacyjnych (RIC/K.Y.T.), Tymczasowe Zamknięte Struktury Recepcyjne oraz Areszt Przeddeportacyjny dla Cudzoziemców (PRO. KE. K.A.) – zob. Νόμος Υπ' Αριθμ. 4686: Βελτίωση της μεταναστευτικής νομοθεσίας, τροποποίηση διατάξεων των νόμων 4636/2019 (Α΄ 169), 4375/2016 (Α΄ 51), 4251/2014 (Α΄ 80) και άλλες διατάξεις [Law No 4686: Improving immigration legislation, amending Laws 4636/2019 (Gov. Gaz. A' 169), 4375/2016 (Gov. Gaz. A' 51), 4251/2014 (Gov. Gaz. A' 80). Gov. Gaz. 96/A/12-5-2020, art, 30. 4 amending Law 4375/2016, art. 8. 4, Element 6.

przyjmuje się duże grupy ludności. Na ogół są to ośrodki recepcyjne, w których cudzoziemcy nie są pozbawieni wolności, a obiekty te mają zapewniać pomoc i ochronę. Przebywając w ośrodkach recepcyjnych, migranci mają zaspokojone najważniejsze potrzeby, ale bardzo często pod warunkiem poddania się kontroli podmiotów prowadzących dany ośrodek.

3. ZWIĄZKI PRAWA MIGRACYJNEGO Z PRAWEM KARNYM

3.1. KRYMINALIZACJA MIGRACJI I PRAWO MIGRACYJNE W SŁUŻBIE PRAWA KARNEGO

Jak to już zostało zasygnalizowane, istnieją przesłanki wskazujące na związki detencji cudzoziemców w kontekście migracyjnym z prawem karnym, których odzwierciedleniem jest tzw. kryminalizacja migracji. Jest ona rozumiana jako wieloaspektowy proces polegający na tym, że zarządzanie ruchami migracyjnymi odbywa się po pierwsze poprzez wprowadzanie rosnącej liczby norm prawa karnego materialnego, po drugie poprzez wykorzystywanie w sprawach migracyjnych tradycyjnych mechanizmów charakterystycznych dla egzekucji prawa karnego. Po trzecie kryminalizację charakteryzuje także stosowanie pozbawienia wolności jako elementu mechanizmów prewencyjnych połączone z dawaniem pierwszeństwa instrumentom charakterystycznym dla zwalczania zagrożeń kryminalnych[306].

Kryminalizacja migracji nie oznacza pełnego utożsamienia prawa karnego i migracyjnego, ponieważ wciąż istotna jest odmienność kontekstów, w jakich państwo wykonuje jurysdykcję[307]. Relacje pomiędzy prawem karnym a migracyjnym są obustronne – nie tylko prawo karne służy egzekwowaniu prawa migracyjnego[308], ale również prawo migracyjne jest wykorzystywane do osiągania celów prawa karnego (*immigrationalisation of criminal law*)[309]. Państwa coraz częściej postrzegają deportację w kategoriach legalnego instrumentu kontroli przestępczości i sposobu ochrony bezpieczeństwa publicznego[310]. Jednocześnie

[306] Por. V. Mitsilegas, *The Criminalisation in Migration…*, op. cit., s. 2.

[307] Por. G. Cornelisse, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 26.

[308] M. van der Woude, J. van der Leun, J.A. Nijland, *Crimmigration in the Netherlands*, „Law & Social Inquiry" 2014, t. 39, nr 3, s. 507.

[309] Por. F. Pakes, K. Holt, *Crimmigration and the Prison: Comparing Trends in Prison Policy and Practice in England & Wales and Norway*, „European Journal of Criminology" 2017, t. 14, nr 1, s. 69.

[310] Zob. szerzej S. Turnbull, I. Hasselberg, *From Prison to Detention: The Carceral Trajectories of Foreign-National Prisoners in the United Kingdom*, „Punishment & Society" 2017, t. 19,

zaś prawo karne ma na celu nie tylko zwalczenie przestępczości, ale także odstraszanie w zakresie międzynarodowej mobilności[311]. W rezultacie karanie cudzoziemców ulega zmianom, ponieważ ma na celu przede wszystkim deportację, a nie odstraszanie i resocjalizację, co ma także wpływ na sposób doświadczania kary i jej rozumienie[312].

Trzeba także wspomnieć o występowaniu instytucji określanych jako „więzienia krymigracyjne", a więc zakładów karnych przeznaczonych wyłącznie dla skazanych cudzoziemców. Funkcjonują one w Zjednoczonym Królestwie[313], a także w Norwegii, gdzie w zakładzie karnym Kongsvinger osadza się tylko tych cudzoziemców, których deportacja ma się odbyć w perspektywie krótszej niż dwa lata[314]. Sam sposób funkcjonowania tych instytucji jest różny, ale kluczowe znaczenie ma fakt, że więźniowie mają być deportowani po odbyciu kary, co podaje w wątpliwość sens działań resocjalizacyjnych. Tym samym cudzoziemców poddaje się jednocześnie środkom kontroli karnej, jak i migracyjnej, co ma służyć osiągnięciu dwóch celów: ukarania i deportacji[315].

Ponadto badacze w niektórych państwach zaobserwowali, że prawo karne i migracyjne są stosowane kumulatywnie w stosunku do cudzoziemców będących obywatelami państw UE, natomiast wobec obywateli państw trzecich na zasadzie wymiennej[316]. Zjawisko alternatywnego stosowania przez władzę norm administracyjnoprawnych i karnoprawnych określa się mianem „instrumentalizacji ad hoc"[317]. Ta ostatnia jest definiowana jako sposób myślenia o prawie i instytucjach prawnych, który przywiązuje niewielką wagę do formalnych kategorii prawnych, a zamiast tego postrzega przepisy i procedury prawne jako zestaw wymiennych narzędzi[318].

---

nr 2, s. 135–154; szczegółowa analiza tego problemu w prawie i praktyce amerykańskiej – D. Kanstroom, *Deportation, Social Control and Punishment: Some Thoughts about Why Hard Laws Make Bad Cases*, „Harvard Law Review" 2000, t. 113, nr 8, s. 1890–1935.

[311] Por. K. Franko, *The Crimmigrant Other…*, op. cit., s. 53.

[312] Por. J. Brouwer, *Bordered Penality in the Netherlands: The Experiences of Foreign National Prisoners and Prison Officers in a Crimmigration Prison*, „Punishment & Society" 2020, t. 22, nr 5, s. 704–705.

[313] Szeroko kwestię tę omawia E. Kaufman, *Punish and Expel. Border Control, Nationalism, and the New Purpose of the Prison*, Oxford 2015.

[314] Por. T. Ugelvik, D. Damsa, *The Pains of Crimmigration Imprisonment: Perspectives from a Norwegian All-Foreign Prison*, „The British Journal of Criminology" 2018, t. 58, nr 5, s. 1025–1043.

[315] J. Brouwer, *Bordered penalty…*, op. cit., s. 705; por. K. Franko, *The Crimmigrant Other…*, op. cit., s. 54.

[316] Por. K. Franko, *The Crimmigrant Other…*, op. cit., s. 101.

[317] Zob. D.A. Slansky, *Crime, Immigration and ad hoc instrumentalism*, „New Criminal Law Review" 2012, t. 15, nr 2, s. 157–223.

[318] Por. ibidem, s. 161.

Istotnym elementem jest nakładanie się na te procesy zróżnicowanego traktowania cudzoziemców i obywateli w zakresie zwalczania przestępczości i polityki karnej, jak również – co jest obserwowane najczęściej – bezpośredniego połączenia migracji z przestępczością[319]. Dotyczy to kryminalizacji naruszeń prawa migracyjnego i utożsamiania migracji nieregularnej z przestępczością transnarodową, a więc handlem ludźmi, terroryzmem, co w społecznym odbiorze może skutkować wrażeniem, że cudzoziemcy nieregularni dokonujący czynów niezgodnych z prawem lub też prędzej czy później będą zaangażowani w taką działalność[320].

3.2. UMIĘDZYNARODOWIENIE NORM W ZAKRESIE ZWALCZANIA HANDLU LUDŹMI, PRZEMYTU LUDŹMI I KONTROLI GRANICZNYCH

Na poziomie międzynarodowym kluczowe jest sankcjonowanie działań podmiotów ułatwiających migrację nieregularną i obejmujących następujące obszary: handel ludźmi[321], przemyt ludzi[322], przewóz cudzoziemców nieposiadających odpowiednich dokumentów[323], a następnie w prawodawstwie samej UE powierzanie wykonywania pracy cudzoziemcom niemającym prawa pobytu na terytorium danego państwa[324]. W art. 5 Protokołu przeciwko przemytowi migrantów drogą morską, lądową i powietrzną, stanowi się, że migranci nie będą podlegali odpowiedzialności karnej z tego tytułu, że stali się obiektem przemytu oraz innych przestępstw wymienionych w art. 6 tego traktatu. Protokół dotyczący zwalczania handlu ludźmi nie zawiera bezpośrednio unormowań w tym przedmiocie, jednak zasada braku penalizacji jest artykułowana przez Grupę Roboczą ds. Handlu Ludźmi, która wskazała, że „kryminalizacja ogranicza dostęp ofiar

[319] Por. M. Kmak, *Crimmigration and Othering in the Finnish Law and Practice of Immigration Detention*, „No Fundations – an Interdisciplinary Journal of Law and Justice" 2018, nr 15, s. 14.

[320] Por. *Specific groups and individuals: migrant workers; Human rights of migrants*: Report submitted by Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, Special Rapporteur, in conformity with resolution 2002/62 of the Commission on Human Rights, E/CN. 4 2003/85, § 41, § 43.

[321] Por. wspomniany Protokół z Palermo.

[322] Por. Protokół przeciwko przemytowi migrantów.

[323] Por. art. 11 ust. 3 Protokołu z Palermo, oraz art. 11 ust. 3 Protokołu przeciwko przemytowi migrantów.

[324] Por. art. 4 ust. 1 lit a-c dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/52/WE z dnia 18.06.2009 r. przewidujące minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich (Dz. Urz. UE L 168 z 30.06.2009 r., s. 24).

handlu ludźmi do wymiaru sprawiedliwości i ochrony"[325]. Następnie w Model Law against Trafficking in Persons zaleca się się, aby państwa przyjęły zasadę, iż ofiary handlu ludźmi nie będą ścigane, karane czy w inny sposób odpowiedzialne w związku z tym procederem[326].

Zarówno w przypadku przemytu ludzi, jak i handlu ludźmi kryminalizacja łączy się z umiędzynarodowieniem regulacji prawnych dotyczących kontroli granicznych, o czym wspomniano w rozważaniach wcześniejszych[327].Umiędzynarodowienie norm karnych w zakresie handlu ludźmi oraz przemytu ludzi jest procesem globalnym[328], ale na szczególną uwagę zasługuje daleko posunięty zakres kryminalizacji przemytu ludzi w prawie UE. Mianowicie przepisy dyrektywy definiującej ułatwianie nielegalnego wjazdu, tranzytu i pobytu[329], nie łączą tych czynów z kierowaniem się korzyściami majątkowymi, tak jak to ma miejsce w przypadku art. 6 ust. 1 Protokołu przeciwko przemytowi migrantów[330]. W istocie zatem sankcjom podlegają również te sytuacje, gdy motywacja była niemajątkowa i wynikała choćby ze względów osobistych[331]. W dyrektywie pozostawiono państwom członkowskim decyzję o nienakładaniu

[325] UN Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Working Group on Trafficking in Persons, Non-Punishment and Non-Prosecution of Victims of Trafficking in Persons: Administrative and Judicial approaches to Offences Committed in the Process of Such Trafficking (9 December 2009), CTOC/COP/WG. 4/2010/4 2–3, § 5–6.

[326] UN Office on Drugs and Crime (UNODC), *Model Law against Trafficking in Persons*, 05.08.2009, s. 34, [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf [dostęp: 20.01.2023].

[327] Jak stwierdza J.C. Hathaway w istocie zamienia ona sprawy tradycyjnie postrzegane jako czysto wewnętrzne, czyli karanie osób, które pomagają w nielegalnym wjeździe na terytorium państwa) w transnarodowe zobowiązanie – Idem, *The Human Rights Quagmire of ‚Human Trafficking*, „Virginia Journal of International Law" 2008, t. 49, nr 1, s. 6.

[328] Por. wspólne dla obu Protokołów art. 11 ust. 1, art. 11 ust. 6, art. 11 ust. 5; J.C. Hathaway, *The Human Rights*…, op. cit., s. 25–35.

[329] Dyrektywa z 28.11.2002 r. definiująca ułatwianie nielegalnego wjazdu, tranzytu i pobytu (Dz. Urz. UE L 328 z 5.12.2002 r., s. 17–18); sankcjom ma podlegać każda osoba, która umyślnie pomaga osobie nie będącej obywatelem Państwa Członkowskiego we wjeździe, lub tranzycie przez terytorium Państwa Członkowskiego z naruszeniem przepisów dotyczących wjazdu lub tranzytu cudzoziemców (art. 1 ust. 1 lit. a). Prawodawca unijny nie wskazał poziomu i rodzaju sankcji, stawiając jednak wymóg, że mają być one skuteczne, proporcjonalne i odstraszające (art. 3 dyrektywy).

[330] W przepisie tym mowa o penalizacji czynów, o ile są popełnione świadomie w celu uzyskania pośrednio lub bezpośrendnio korzyści finansowej lub innej korzyści materialnej.

[331] Element korzyści finansowych pojawia się w przypadku udzielenia umyślnej pomocy osobie nie będącej obywatelem Państwa Członkowskiego w zamieszkaniu na terytorium Państwa Członkowskiego z naruszeniem przepisów dotyczących pobytu cudzoziemców w art. 1 ust. 1 lit. b dyrektywy 2002/90/WE.

sankcji, gdy celem zachowania jest zapewnienie pomocy humanitarnej wobec osoby, której to dotyczy (art. 1 ust. 2). Jedną z konsekwencji wskazanego szerokiego zakresu penalizacji przemytu ludzi jest wysyłanie społeczeństwu komunikatu, iż kontakt z cudzoziemcami jest ryzykowny i wiąże się z narażeniem na sankcję karną[332]. W tym między innymi upatruje się przyczyny tak wielu utonięć migrantów na licznie uczęszczanych szlakach żeglugowych Morza Śródziemnego[333].

Reżim wielopodmiotowych kontroli granicznych, w połączeniu z niezwykle restrykcyjną polityką wizową skutkuje najczęściej brakiem realnych możliwości legalnego przekroczenia granicy przez cudzoziemców pochodzących z państw biednych czy ogarniętych konfliktami, a ponadto faktycznym pozbawieniem tych osób możliwości poszukiwania ochrony międzynarodowej. Stąd też ukryte przepływy migracyjne – zwłaszcza przemyt ludzi – stały się naturalnym obszarem aktywności zorganizowanych grup przestępczych[334].

W literaturze krytykuje się przyjęte rozwiązania, wskazując na ich nadmierną koncentrację na elemencie kryminalizującym[335]. Co prawda, obowiązują również takie przepisy prawne, które mają na celu ochronę migrantów jako podmiotów poszkodowanych, ale poziom ich implementacji, skuteczność i rzeczywiste oddziaływanie są oceniane nisko[336]. W istocie zatem stworzono reżim oddziałujący wieloaspektowo na sytuację migrantów, który w niewielkim stopniu odnosi się do ich ochrony[337]. Warto w tym kontekście przywołać standardy ONZ formułowane *w soft law*, iż państwa powinny rozważyć

---

[332] Commissioner for Human Rights, C*riminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, February 2010, s. 39, https://www.refworld.org/docid/4b6a9fef2.html [dostęp: 13.08.2019].

[333] Por. T. Basaran, *The Saved and the Drowned: Governing Indifference in the Name of Security*, „Security Dialogue" 2015, t. 46, nr 3, s. 210.

[334] Por. T. Obokata, *EU Action against Trafficking of Human Beings: Past, Present and the Future*, [w:] E. Guild, P. Minderhoud (red.), *Immigration and Criminal Law in the European Union. The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Leiden–Boston 2006, s. 401.

[335] Por. D.F. Haynes, *(Not) Found Chained to a Bed in a Brothel: Conceptual, Legal, and Procedural Failures to Fulfill the Promise of the Trafficking Victims Protection Act*, „Georgetown Immigration Law Journal" 2007, t. 21, s. 345–346.

[336] Por. Y. Jin Shin, *A Transnational Human Rights Approach to Human Trafficking Empowering the Powerless*, Leiden–Boston 2017, s. 19–26; A. Gallagher, *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, „Human Rights Quarterly" 2001, t. 23, s. 990–993; J.C. Hathaway, *The Human Righ*ts…, op cit., s. 2–3; D. Kyle, R. Koslowski, *Introduction*, [w:] D. Kyle, R. Koslowski (red.), *Global Human Smuggling: Comparative perspective*, Baltimore 2011, s. 20–22.

[337] Nałożone na państwa obowiązki w tym zakresie wynikają nie tylko bezpośrednio z traktatów, lecz w orzecznictwie międzynarodowym wpisywane są zobowiązania pozytywne wynikające

zapewnienie, że przepisy zapobiegają ściganiu, zatrzymywaniu lub karaniu ofiar handlu ludźmi za nielegalność ich wjazdu lub pobytu lub za działania, w które są zaangażowane, w bezpośredniej konsekwencji pozostawania ofiarami handlu ludźmi[338].

3.3. PENALIZACJA NIELEGALNEGO WJAZDU LUB POBYTU W PRAWODAWSTWIE KRAJOWYM

Penalizacja handlu i przemytu ludzi, dokonuje się także na poziomie krajowym[339], a kolejnym elementem jest odpowiedzialność karna samych migrantów wynikająca z naruszenia przepisów migracyjnych poszczególnych państw[340]. Co prawda, zgodnie z art. 5 Protokołu przeciwko przemytowi migrantów wyłączona jest odpowiedzialność karna z tego tytułu, że jednostka stała się obiektem przemytu lub też czynów umożliwiających przemyt, a także umożliwienia nielegalnego pozostawania na terytorium danego państwa. Następnie jednak w art. 6 ust. 4 tego traktatu stanowi się, iż żadne z postanowień niniejszego protokołu nie zabrania Państwu-Stronie podjęcia działań przeciwko osobie, której czyn stanowi przestępstwo na mocy własnego prawa krajowego. Zatem aczkolwiek samo skorzystanie z usług przemytników nie podlega odpowiedzialności karnej, to nielegalny wjazd, pozostawanie, zamieszkiwanie na terytorium państwa mogą stanowić przestępstwo.

Obecnie w Europie utrzymuje się trend polegający na wzroście liczby przepisów penalizujących nielegalny wjazd lub pobyt cudzoziemców. W określonych przypadkach sankcja karna pozbawienia wolności jest przewidziana

z ogólnych zakazów niewolnictwa, poddaństwa, handlu istotami ludzkimi – zob. szczegółowo rozważania J. Hathaway, *The Human Right*s…, op cit., s. 4–26.

[338] Por. United Nations High Commissioner for Human Rights (UNHCHR), *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*, E/2002/68/Add. 1, UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 20.05.2002, wytyczna 4, § 5.1.

[339] Por. w art. 264a § 1 k.k. ustawodawca dokonał penalizacji podejmowania działań, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, polegających na bezprawnym umożliwianiu lub ułatwianiu innej osobie pobytu na terytorium RP Zwiększono także ustawowe zagrożenie karą za przestępstwo określone w art. 264 § 3 k.k. (organizowanie nielegalnego przekraczania granicy) poprzez ustalenie jej wymiaru w granicach od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności.

[340] Zob. A. Aliverti, *Making People Criminal: The Role of Criminal Law in Immigration Enforcement*, „Theoretical Criminology" 2012, t. 16, nr 4, s. 417–434. Na przykład na gruncie praktyki amerykańskiej zob. J.M. Chacón, *Managing Migration through Crime*, „Columbia Law Review Sidebar" 2009, t. 109, s. 135–148.

w prawodawstwie Estonii, Finlandii[341], Francji, Niemiec, Grecji, Węgier[342], Irlandii, Włoch, Litwy[343]. W pozostałych państwach europejskich samo przekroczenie granicy w sposób niezgody z prawem jest sankcjonowane jako wykroczenie. W Polsce jest to wykroczenie sankcjonowane karą grzywny (art. 49a kodeksu wykroczeń)[344], ale w sytuacji gdy cudzoziemiec zostanie za to ukarany dwukrotnie i w ciągu dwóch lat od ukarania popełni podobne wykroczenie umyślnie, możliwe jest orzeczenie wobec niego kary aresztu (art. 38 k.w.)[345]. Ponadto odpowiedzialność karna może być związana z zachowaniami i okolicznościami, które wjazdowi towarzyszą. W Polsce są to sytuacje objęte art. 264 § 2 k.k.[346], a więc użycie przemocy, groźby, podstępu bądź we współdziałaniu sprawcy z innymi osobami, posłużenie się sfałszowanymi dokumentami (art. 270 k.k.), użycie poświadczenia nieprawdy (art. 273 k.k.) lub też posłużenie się dokumentem innej osoby (art. 275 k.k.). Następnie w ścisłym związku z europejską polityką *push back* pozostaje wprowadzenie przez państwa Afryki Pn. ustawodawstwa czyniącego przestępstwem nie tylko wjazd na terytorium państwa, ale też nielegalny wyjazd[347].

Jednym z najczęstszych argumentów używanych przeciwko stosowaniu sankcji karnej z tytułu nielegalnego wjazdu lub pobytu jest ten, że chodzi tu

[341] Zgodnie z Kodeksem karnym (Rikoslaki) taki czyn jest zagrożony karą jednego roku pozbawienia wolności, ale w przypadku krótkiego pobytu oraz wystąpienia innych okoliczności łagodzących może być w zamian zastosowana kara grzywny (Chapter 17, Sections 7–7a). Oprócz tego nielegalny pobyt na mocy ustawy o cudzoziemcach jest zagrożony karą grzywny na podstawie ustawy o cudzoziemcach (Section 185).

[342] Na Węgrzech postawiono rodzaj muru z drutu kolczastego na granicy z Serbią i Chorwacją, a także wprowadzono do kodeksu karnego karę pozbawienia wolności do lat trzech za nielegalny wjazd na terytorium tego państwa – por. M. Pardavi, *How Hungary Systematically Violates European Norms On Refugee Protection*, „Social Europe" 2016, t. 31, nr 2, https://www.socialeurope.eu/2016/08/hungary-systematically-violates-european-norms-refugee-protection/ [dostęp: 23.01.2024].

[343] Por. GDP, *Immigration Detention in Lithuania: Detention and Denial Amidst Extreme Population Decline,* 2019, https://www.globaldetentionproject.org/immigration-detention-lithuania-detention-denial-amidst-extreme-population-decline, [dostęp 20.01.2023], s. 19.

[344] Por. Ustawa z 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2023 r., poz. 2119).

[345] Przekroczenie granicy w sposób niezgodny z przepisami stało się wykroczeniem w 2005 r. na mocy ustawy z 22.04.2005 r. o zmianie ustawy o Straży Granicznej i zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2005 r. Nr 90, poz. 757), która uchyliła art. 264 § 1 k.k.

[346] Choć nie można również wykluczyć odpowiedzialności karnej z tytułu organizowania innym osobom przekraczania granicy wbrew przepisom ustawy i zastosowania art. 264 § 3 k.k; zob. szerzej M. Jachimowicz, *Nowe zasady odpowiedzialności za przekroczenie granicy*, „Prokuratura i Prawo" 2006, nr 5, s. 49 i n.

[347] Algeria: Law No 08-11 of 25 June 2008 on the conditions of entry, residence and movement of migrants. Maroko: Law of 11 November 2003 on the entry and residence of migrants, and irregular emigration and immigration. Tunezja: Law No 75–40 of 14 May 1975 on passports and travel documents.

o tzw. przestępstwa bez ofiar (*victimless crimes*). Zachowania te, co prawda, godzą w nienaruszalność granic i porządek publiczny, ale kryminalizacja w tym przypadku jest sprzeczna z zasadą proporcjonalności i wystarczałaby tu w zupełności sankcja administracyjna[348]. Kwestia ta jest bardzo często podnoszona w uniwersalnym systemie ochrony praw człowieka. Specjalny Sprawozdawca podkreślał, że nieregularny wjazd lub pobyt nigdy nie powinny być przestępstwami (*criminal offences*) nie są one bowiem skierowane przeciwko osobom lub mieniu. Wyraził on pogląd, że kryminalizacja nieregularnego przekraczania granic przekracza uprawniony interes państwa do kontroli i regulacji migracji nieregularnej i prowadzi do zbędnej detencji (*unnecessary detention*)[349]. Niemal identyczne jest stanowisko WGAD[350]. Również CMW w swoim General Comment stwierdził, że nielegalne przekroczenie granicy lub pobyt w danym państwie po przekroczeniu czasu, na jaki państwo udzieliło zgody, mają naturę wykroczeń administracyjnych i ta sytuacja nie powinna implikować sankcji karnych[351].

Bezkompromisowy w tej kwestii jest MTPC, twierdząc, że pozbawienie wolności jako kara lub sankcja karna w sferze kontroli migracyjnej musi być uznana za arbitralną i sprzeczną z Amerykańską Konwencją Praw Człowieka i Amerykańską Deklaracją Praw Człowieka[352].

W wypowiedziach innych organów międzynarodowych zwraca uwagę łączenie dwóch elementów: a mianowicie postulat, aby nie kwalifikować naruszeń prawa migracyjnego jako przestępstw, a następnie, aby nie stosować takiego traktowania, które będzie miało punitywny charakter[353]. W tym ostatnim przypadku chodzi zarówno o samo stosowanie detencji administracyjnej w związku z tymi naruszeniami, jak i taki sposób jej wykonywania, który można kwalifikować jako nieodpowiedni dla osób, które nie popełniły żadnego przestępstwa[354].

Na gruncie prawa uchodźczego zakazuje się karania za nielegalny wjazd lub pobyt na terytorium państwa uchodźców przybywających bezpośrednio z kraju,

---

[348] T. Hammarberg, *It Is Wrong…*, op. cit., s. 384.

[349] Por. SRHRM, Report, A/HRC/20/24, § 13; WGAD, Report, A/HRC/7/4, 10.01.2008, § 53; zob. także stanowisko CMW, *General Comment No. 5…*, op. cit., § 35.

[350] Por. WGAD, *Report 2009*, A/HRC/13/30, § 58.

[351] CMW, *General Comment No. 2 (2013) on the rights of migrant workers in irregular situation and members of their families*, CMW/C/GC/2, 28.08.2013, § 24.

[352] Por. MTPC, *Vélez Loor v. Panama*, op. cit., § 169.

[353] Por. SRHRM, Report, A/HRC/20/24, op. cit., § 70; już w 2002 r. Specjalny Sprawozdawca zwracał uwagę, że detencja nie może mieć w żadnym przypadku charakteru punitywnego – por. E/CN.4/2003/85, …, § 73; z kolei w Raporcie z 2009 r. stwierdził, że kryminalizacja nielegalnego pobytu prowadzi do naruszeń praw człowieka: Idem, *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social, and Cultural Rights, Including the Right to Development*, A/HRC/11/7, 14.05.2009, § 65.

[354] UNHCR/OHCHR, *Summary Conclusions from Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-Seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons*, 11–12.05.2011, s. 2.

gdzie groziło im niebezpieczeństwo. Pojęcie kary obejmuje również stosowanie sankcji dyscyplinarnych[355]. Artykuł 31 KSU, będący podstawą prawną detencji administracyjnej jest jednym z najczęściej powoływanych unormowań tej konwencji, tymczasem wiele Państw-Stron KSU nie przyjęło norm prawnych, które ten przepis implementują. Zatem realizacja zobowiązania dotyczącego nienakładania kar za nielegalny wjazd odbywa się na poziomie sądowego stosowania prawa[356] i nie zawsze z korzyścią dla osób poszukujących ochrony międzynarodowej. Charakterystyczny jest tu przykład Węgier. Osoby oskarżone o przestępstwo nielegalnego wjazdu[357] podnoszą w trakcie postępowań karnych, iż nastąpił on w okolicznościach, o których mowa w art. 31 KSU. Niestety sądy węgierskie konsekwentnie stwierdzają, że kwestie związane z udzielaniem ochrony międzynarodowej nie są istotne dla odpowiedzialności karnej[358].

Ponadto praktyka obfituje w przykłady sytuacji, w których państwa prowadzą politykę zwalczania procederu używania fałszywych dokumentów, bez zindywidualizowanej oceny, nie dając zainteresowanemu możliwości złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej[359]. Nałożenie kary za nielegalny wjazd bez rozpatrzenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej może potencjalnie stanowić naruszenie praw człowieka[360].

O niedopuszczalności zastosowania sankcji karnej pozbawienia wolności za nielegalny wjazd orzekał TSUE, ale należy podkreślić, że podstawowym czy bezpośrednim argumentem nie była tu kwestia ochrony praw jednostki, lecz uderzanie takich sankcji w skuteczność i efektywność dyrektywy 2008/115/WE[361]. Pośrednio TSUE uwzględnił kwestię praw jednostki, a zwłaszcza zasadę proporcjonalności, ale w takim wymiarze, w jakim ma je zapewniać sama dyrektywa.

---

[355] Ibidem, s. 3, § 4.

[356] Por. G. Goodwin-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. 217, a także zaprezentowany wcześniej w tej pracy przegląd ustawodawstwa Państw-Stron, s. 197–201.

[357] W węgierskim kodeksie karnym przewiduje się odpowiedzialność z tytułu nielegalnego wjazdu (art. 352/A), a także dewastacji ogrodzenia granicznego (art. 352/B), utrudnianie prac budowlanych związanych z ogrodzeniem granicznym art. 352/C, Act C of 2012 r. on the Criminal Code.

[358] Por. UNHCR, *Hungary as a Country of Asylum: Observations on Restrictive Legal Measures and Subsequent Practice Implemented between July 2015 and March 2016*, UNHCR 2016, s. 23, http://www.refworld.org/docid/57319d514.html [dostęp: 7.02.2024].

[359] Por. G. Goodwin-Gill, *Article 31…*, op. cit., s. 217–218.

[360] Por. ibidem, s. 187.

[361] Por. wyrok TSUE: z 6.12.2011 r., C-329/11, *Alexandre Achughbabian v. Préfet du Val-de-Marne*, ECLI:EU:C:2011:807.

W orzecznictwie europejskim doszło tu jednak do pewnej modyfikacji odnośnie do takich stanów faktycznych, gdzie nielegalny wjazd i pobyt cudzoziemca wynikają z naruszenia wydanego już wcześniej zakazu wjazdu, a zatem dochodzi tu do swoistej „recydywy". W sprawie C*elaj* TSUE orzekł, że w takim przypadku zastosowanie sankcji karnej pozbawienia wolności jest dopuszczalne i nie godzi w skuteczność przepisów dyrektywy 2008/115/WE[362].

Kryminalizacja za pomocą prawa karnego materialnego ma na zastosowanie detencji cudzoziemców wpływ pośredni. Wyraża się on chociażby w tym, że karą za popełnienie przestępstwa przez cudzoziemca może być jego wydalenie. W takiej sytuacji pozbawienie wolności jest stosowane w celu przeprowadzenia deportacji wynikającej z wyroku skazującego[363].

Jednocześnie rosnąca liczba norm sankcjonujących tworzy określony klimat społeczny wokół migrantów. Jeśli imigracja nieregularna, jako zjawisko, jest utożsamiana, a przynajmniej kojarzona z działalnością przestępczą, to wtedy stosowanie pozbawienia wolności w procedurach migracyjnych wydaje się działaniem szczególnie uzasadnionym[364].

Jednocześnie należy zauważyć, że proces kryminalizacji pozostaje w silnym związku z tzw. nową penologią, a więc sposobem analizy odpowiadającym transformacji polityki penalnej. Jej istotę można zdefiniować jako tworzenie mechanizmów prawidłowej identyfikacji, klasyfikacji i zarządzania grupami kategoryzowanymi według postrzeganego zagrożenia, głównie przy użyciu mechanizmów zarządzania ryzykiem[365]. W rezultacie przymus i wymiar sprawiedliwości koncentrują się w sposób nierównomierny na określonych grupach społecznych – w tym przypadku na migrantach – które ocenia się jako potencjalne zagrożenie, między innymi także poprzez coraz częstsze sięganie po stosowanie pozbawienia wolności[366].

---

[362] Por. TSUE wyrok z 1.10.2015 r. w sprawie C-290/14, postępowanie karne przeciwko Serdjanowi Celajowi, ECLI:EU:C:2015:640.

[363] Por. np. w prawie hiszpańskim procedura wydalenia, gdy cudzoziemiec ma zostać wydalony po skazaniu za przestępstwo w sprawie, w której prawo przewiduje wydalenie zamiast kary pozbawienia wolności przekraczającej jeden rok (do sześciu lat) albo zapłatę grzywny art. 57 (2), (4) (7) i art. 89 Kodeksu karnego – Ley Orgánica 4/2000, art. 53–54.

[364] Por. CMW, *General Comment No. 5*…, op. cit., § 35.

[365] Por. S. Easton, C. Piper, *Sentencing and Punishment: The Quest for Justice*, Oxford 2008, s. 20–21. M. Welch, *Detained: Immigration Laws and the Expanding INS Jail Complex*, Philadelphia 2002, s. 74; na temat nowej penologii: M. Feeley, J. Simon, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications*, „Criminology" 1992, t. 30, nr 4, s. 449–474.

[366] Zob. szerzej Z. Bauman, *Social Issues of Law and Order*, „British Journal of Criminology" 2000, t. 40, nr 2, s. 212–216.

3.4. MECHANIZMY PRAWA KARNEGO I ICH ZWIĄZKI Z DETENCJĄ CUDZOZIEMCÓW

Detencja cudzoziemców jest sferą, w której dochodzi do łączenia regulacji administracyjnych z technikami, mechanizmami, praktykami właściwymi egzekwowaniu prawa karnego[367]. Poza formalnie zadeklarowanym celem może ona w praktyce spełniać funkcje represyjne i odstraszające, właściwe również prawu karnemu, co zostanie szczegółowo jeszcze przedstawione[368]. Można tę sytuację określić jako karanie bez prawomocnego skazania. W tym przypadku kryminalizacja oznacza, że cudzoziemcy nie są przestępcami w rozumieniu przepisów prawa materialnego, ale doświadczają takiego traktowania. Jest to szczególnie czytelne wtedy, gdy cudzoziemcy przebywają w zakładach karnych[369]. Niemniej jednak równie dolegliwe jest uderzające podobieństwo pomiędzy warunkami pozbawienia wolności, personelem i metodami stosowanymi w zakładach karnych a warunkami panującymi w ośrodkach detencji imigracyjnej[370].

W przypadkach gdy więzienia stają się instrumentem kontroli migracyjnej, dochodzi do konfuzji w zakresie celów funkcjonowania instytucji prawnokarnych i prawa migracyjnego. Celem zakładów karnych jest między innymi naprawa i resocjalizacja, reintegracja ze społeczeństwem osób pozbawionych wolności. Detencja w kontekście migracyjnym nie jest tak pomyślana, zwłaszcza że stosuje się ją w ramach procesów ekskluzji, a nie inkluzji społecznej, w powiązaniu z deportacją. Zamiast przywracania jednostki społeczeństwu intencją czy też celem władz jest raczej taki wpływ na jednostkę, aby była gotowa wyjechać z danego kraju i porzucić aspiracje do stania się członkiem społeczeństwa[371]. Nawet wtedy, gdy cudzoziemcy są pozbawieni wolności w ramach procedur poszukiwania ochrony międzynarodowej, ich wydalenie jest możliwe dopóki nie uzyskają pozytywnej decyzji dotyczącej ich statusu.

---

[367] Por. T. Miller, *Citizenship & Severity…*, op. cit., s. 619.

[368] Kwestia ta zostanie szerzej omówiona w rozdziale ostatnim monografii. W kategoriach odstraszania postrzega się również traktowanie detencji jako środka utrudniającego złożenie wniosku o ochronę międzynarodową – por. G. Goodwin-Gill, *Article 31…*, op. cit., s. 226.

[369] J. Brouwer, *Bordered penalty…*, s. 703.

[370] M. Bosworth, S. Thurnbull, *Immigration, Detention and the Expansion of Penal Power in the United Kingdom*, [w:] K. Reiter, A. Koenig, *Extreme punishment: Comparative studies in detention, incarceration, and solitary confinement*, Palgrave Macmillan, London 2015, s. 50–51; M. Bosworth, *Border Criminologies…*, s. 5.

[371] Por. K. Franko, *The Crimmigrant Other…*, op. cit., s. 69.

4. KONKLUZJE

Pozbawienie wolności w kontekście migracyjnym pozostaje w ścisłym związku z prawem państwa do kontroli nad ruchem osobowym na jego terytorium, które to prawo zarówno w sferze prawnej, jak i politycznej jest współcześnie postrzegane w kategoriach fundamentu definiującego państwo jako podmiot prawa międzynarodowego. Pomimo łatwości podróżowania i masowych migracji międzynarodowy przepływ osób odbywa się wedle podstawowej reguły, iż cudzoziemcy nie mają prawa wjazdu na terytorium innego państwa bez jego zgody.

Kontrolę nad przepływem osób wykonuje się nie tylko na granicy rozumianej fizycznie, ale coraz częściej – i zdaje się przede wszystkim – jest ona pomyślana funkcjonalnie w kategoriach pewnej bariery natury administracyjnej. Detencja cudzoziemców jest bezpośrednim tego przejawem w tym znaczeniu, że uniemożliwia swobodne poruszanie się cudzoziemca po danym terytorium, pozostając w ścisłym związku z decyzjami państwa dotyczącymi jego wjazdu, pobytu czy też wydalenia.

Jednocześnie dążenie do kontroli bądź wręcz zatrzymania napływu cudzoziemców identyfikowanych jako niechciani lub niepożądani jest jednym z najsilniejszych impulsów rozwoju współpracy międzynarodowej w dziedzinie migracji. Dotyczy to w sposób szczególny tych form, które wzmacniają lub umożliwiają skuteczne egzekwowanie norm zapobiegających nielegalnemu wjazdowi lub pobytowi cudzoziemców na terytorium zainteresowanych państw. Ze względu na prawnomiędzynarodowe zobowiązania z zakresu prawa uchodźczego oraz praw człowieka, państwa są zdeterminowane w rozwijaniu takich instrumentów, które zapewnią, iż cudzoziemcy zostaną zatrzymani, zanim znajdą się pod ich jurysdykcją. Stąd też kontrola terytorium jest dzisiaj wielopodmiotowa i wykracza poza obszar wyznaczony granicami zainteresowanego państwa. Wspieranie rozwoju i budowy ośrodków detencyjnych poza własnym terytorium jest bezpośrednim tego przejawem.

Wydaje się w związku z tym, że coraz poważniejszym problemem staje się następująca kwestia: państwa traktują działania ekstraterytorialne jako istotny element swojej polityki migracyjnej, a niekiedy wręcz czynią z nich regułę. Tymczasem w systemie EKPC ekstraterytorialne zastosowanie Konwencji jest wyjątkiem, którego zastosowanie jest dalekie od jasności. Orzecznictwu ETPC brak jednolitego uniwersalnego podejścia do tej problematyki, a formuła „szczególnych okoliczności sprawy" jeszcze ten problem pogłębia. Pozornie pozbawienie wolności jest przypadkiem nie nastręczającym problemów, o ile cudzoziemcy znajdują się pod kontrolą funkcjonariuszy danego państwa, nawet jeśli rzecz się dzieje poza jego terytorium. Niemniej jednak w Europie zdarzają się przypadki

współdziałania kilku państw w zakresie prowadzenia i utrzymywania ośrodków detencyjnych, jak również sytuacje związane z działaniem Frontex, kiedy to kwestia jurysdykcji nie jest jednoznaczna.

Prywatyzacja detencji cudzoziemców w tym obszarze czyni szczególnie prawdopodobnym zaistnienie luk w zakresie odpowiedzialności za naruszenia praw cudzoziemców. Na tym tle nie sposób nie zauważyć, że państwa instrumentalizują prawo zarówno krajowe, jak i międzynarodowe, poszukując ucieczki od wypełniania swoich zobowiązań prawnomiędzynarodowych.

Detencja stanowi najdalej idącą ingerencję w swobodę poruszania się jednostki, powodując, że dana osoba znajduje się we „władaniu" organów państwa. Stąd też pozbawienie wolności jako fizyczne „zatrzymanie" jednostki jest najdalej idącą formą kontroli nad jednostką, a jednocześnie jest jedną z emanacji działań kontrolujących. Ma ono bowiem zastosowanie wobec tych, którzy próbują wejść lub przebywać na terytorium państwa w sposób ukryty, a więc próbują uniknąć kontroli granicznej, a szerzej migracyjnej.

Współczesne państwo jest w domniemaniu omnipotentne w zakresie zdolności kształtowania sytuacji prawnej jednostek, jak i odpowiedzialności za nie, stąd też zwłaszcza ci cudzoziemcy, którzy naruszają prawo migracyjne, mogą być postrzegani jako z osoby z definicji stwarzające zagrożenie.

Zastosowanie detencji jest swoistą pochodną norm prawnych regulujących kwestie wiz, zasady wjazdu, prawo do pobytu i podejmowania działalności zarobkowej na terytorium danego państwa. Mowa tu o regulacjach prawnych o charakterze administracyjnym, niewątpliwie jednak postrzeganych jako takie, na których naruszenie reakcja powinna być restrykcyjna, a ich przestrzeganie ściśle egzekwowane. Stąd też pewnym, obiektywnie zachodzącym procesem jest istnienie coraz silniejszego związku pomiędzy naruszeniami norm prawa migracyjnego a reakcją prawnokarną państwa na taki typ zachowań.

Relacja pomiędzy detencją a kryminalizacją migracji wyraża się w tym, że im więcej norm kryminalizujących tym bardziej cudzoziemcy są postrzegani jako jednostki społecznie niebezpieczne, co niejako naturalnie uzasadnia zastosowanie pozbawienia wolności w kontekście migracyjnym. Wydaje się jednak, że w niektórych państwach te zjawiska mają dalsze konsekwencje w postaci procesu włączania lub swoistego mieszania polityki migracyjnej z polityką karną państwa i stosowania detencji jako środka prewencyjnego w kontekście ochrony porządku publicznego. Co najmniej dwa Państwa-Strony EKPC używają więzień jako instrumentu karania i polityki migracyjnej, tworząc zakłady karne wyłącznie dla skazanych cudzoziemców, którzy po odbyciu kary mają być wydaleni.

ROZDZIAŁ III.
MIĘDZYNARODOWY STANDARD POZBAWIENIA WOLNOŚCI CUDZOZIEMCÓW

1. DETENCJA CUDZOZIEMCÓW JAKO INGERENCJA W PRAWO DO WOLNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA OSOBISTEGO

1.1. PRAWO DO WOLNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA OSOBISTEGO

Na początek tych rozważań konieczne jest odniesienie się do dwóch kategorii pojęciowych: wolności oraz bezpieczeństwa osobistego, o których mowa m.in. w art. 5 ust. 1 EKPC, art. 3 PDPC oraz art. 9 ust. 1 MPPOiP. Wydaje się istotne, iż zakres znaczeniowy słowa wolność w rozumieniu tych przepisów jest węższy w stosunku do szerokiego pojęcia „praw i wolności" człowieka. W art. 5 EKPC przedmiotem ochrony jest wolność fizyczna rozumiana – jak to ujmuje Piotr Hofmański – w sensie lokomocyjnym[1]. Bożena Gronowska pisze, że chodzi tu o wolność osobistą człowieka, która jest jednym z wymiarów szeroko pojętej autonomii ludzkiej zarówno w sferze wewnętrznej, jak i zewnętrznej[2]. W systemie europejskim bezpieczeństwo osobiste jedynie incydentalnie pojawia się jako odrębny przedmiot analizy orzeczniczej[3], przy czym nawet w tych nielicznych przypadkach nie stworzono definicji tego pojęcia na potrzeby EKPC[4]. Natomiast, co istotne, występuje ono jedynie w kontekście pozbawienia wolności. W sprawie *A., B., C., D., E., F., G., H. i I. v. Niemcy* Europejska Komisja Praw

---

[1] Por. P. Hofmański, s. 15; W. Schabas, *Commentary to European Convention…*, op. cit., s. 226.

[2] Por. B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo…*, op. cit., s. 11.

[3] *East African Asians v. Zjednoczone Królestwo,* skarga nr 4626/70 dec. EKPC z 6.03.1978 r.

[4] W sprawie *Bozano v. Francja* czytamy, że przedmiotem ochrony jest nie tylko prawo do wolności, ale także prawo do wolności bezpieczeństwa osobistego, ale brak w tym względzie dalszych wywodów – por. w tym orzeczeniu, § 54.

Człowieka stwierdziła, że wolność i bezpieczeństwo wymagają czytania łącznie, odnosząc się wyłącznie do fizycznej wolności i bezpieczeństwa, przy czym to drugie pojęcie oznacza ochronę przed arbitralną ingerencją w wolność[5]. Zatem bezpieczeństwo osobiste jest gwarantowane przez zakaz arbitralnej ingerencji władz publicznych w wolność jednostki. Każda decyzja podjęta w sferze zastosowania art. 5 EKPC musi – w celu ochrony prawa jednostki do „bezpieczeństwa osobistego" – spełniać wymogi proceduralne i merytoryczne ustanowione przez już istniejące prawo[6]. W konsekwencji poza zakresem takiej konstrukcji pozostają inne elementy, z którymi potocznie kojarzy się bezpieczeństwo. W innej decyzji Europejska Komisja Praw Człowieka stwierdziła bowiem, iż pojęcie to nie może być rozumiane szeroko, jako inkorporujące zasadę rządów prawa w ten sposób, że zabezpiecza możliwość zgłoszenia powództwa cywilnego do sądu[7]. Doktrynalnie wskazuje się także, iż poza zakresem bezpieczeństwa osobistego w rozumieniu art. 5 EKPC pozostają bezpieczeństwo socjalne, gospodarcze, jak również bezpieczeństwo w sensie psychicznym[8]. Inaczej rzecz się ma w systemie uniwersalnym[9] oraz w systemie międzyamerykańskim, gdzie gwarancje bezpieczeństwa osobistego są postrzegane szerzej i znalazły zastosowanie w kontekście gróźb śmierci oraz różnych form zastraszania[10]. W rozstrzygnięciach Komitetu Praw Człowieka prawo do bezpieczeństwa osobistego stanowi samodzielną podstawę roszczeń, która nie musi funkcjonować jedynie w kontekście pozbawienia wolności[11]. Na poziomie doktrynalnym wskazuje się, że za postrzeganiem bezpieczeństwa osobistego w kategoriach ochrony integralności osobistej jednostki przed ingerencją ze strony innych osób prywatnych

---

[5] Por. *A., B., C., D., E., F., G. i I. v. Niemcy*, skarga nr 5573/72, decyzja EKPC z 16.07.1976 r., § 28.

[6] Por. *East African Asians*…, op. cit., s. 21, pkt 6 uzasadnienia.

[7] Por. *G. Dyer v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 1045/83, decyzja EKPC z 9.10.1984 r., § 23–25 uzasadnienia.

[8] Por. P. van Dijk, G.J. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer–Boston 1990, s. 253.

[9] Por. KPC, *Concluding Observations on the sixth periodic report of Belgium*, CCPR/C/BEL/CO/6, 6.12.2019, § 33.

[10] Por. KPC, *Dalkadura Arachchige Nimal Silva Gunaratna v. Sri Lanka*, Communication Nr 1432/2005, CCPR/C/95/D/1432/2005, 17.03.2009, § 8.4; *Chongwe v. Zambia*, Communication Nr 821/1998, CCPR/C/70/D/821/1998, 25.10.2000, § 5.3; *Dias v. Angola*, Communication Nr 11/1996, CCPR/C/68/D/711/1996, 29.03.2000, § 8.3; *Jayalath Jayawardena v. Sri Lanca*, Communication Nr 916/2000, CCPR/C/75/D/916/2000, 26.07.2002, § 7.2.

[11] Por. *Delgado Paez v. Kolumbia*, Communication Nr 195/1985, CCPR/C/39/D/195/1985, 12.07.1990, § 5.5 – szerzej zob. S.S. Belete, *The Right to Liberty and Security versus Counter-Terrorism under International Law: Analysing the Ethiopian Legal and Institutional Frameworks as a Case Study of an 'Authoritarian State'*, Norderstedt 2018, s. 321–324.

przemawiają względy historyczne, wykładnia systemowa MPPOiP, a także potoczne znaczenie tego pojęcia[12].

W porównaniu z tym podejściem koncepcja bezpieczeństwa osobistego w systemie EKPC jest wąska. W tym sensie, że nie odpowiada szerokiemu ujmowaniu bezpieczeństwa w języku potocznym, a także w niewielkim stopniu odnosi się do subiektywnego poczucia braku zagrożenia danej osoby. Tak rozumiane bezpieczeństwo osobiste nie obejmuje swym zakresem sytuacji zagrożenia w trakcie pozbawienia wolności. W przypadku cudzoziemców przebywających w ośrodkach detencyjnych jest to zagadnienie istotne. Tytułem przykładu w sprawie *Darboe i Camara v. Włochy* skarżący podnosili, że będąc nieletnimi przebywali w przepełnionym ośrodku detencyjnym dla dorosłych, gdzie na skutek braku odpowiedniej kontroli władz znajdowały się noże, narkotyki i alkohol, a także dochodziło do aktów przemocy i prostytucji[13].

Zaistnienie takich okoliczności może rodzić poczucie zagrożenia w związku z warunkami pozbawienia wolności. Przy wąskiej interpretacji bezpieczeństwa osobistego, przyjmowanej w orzecznictwie strasburskim, nie mogą być one kwalifikowane jako mieszczące się *ratione materiae* w jego zakresie. Z jednej strony można argumentować, że system EKPC nie gwarantuje absolutnej ochrony przed wszelkimi dolegliwościami, a pozbawienie wolności z natury rzeczy niesie ze sobą cierpienie, co zresztą znajduje wyraz w sposobie definiowania poziomu dolegliwości na tle art. 3 EKPC. Z drugiej strony wymienione sytuacje trudno uznać za wynikające z samego reżimu pozbawienia wolności. Ich charakter wymagałby jednak uruchomienia mechanizmów ochrony przed niehumanitarnym traktowaniem, choć kwestią do ustalenia ad casum było ustalenie, czy osiągają one poziom dolegliwości właściwy dla zastosowania art. 3 EKPC. Wydaje się, że w tej sytuacji odpowiednie gwarancje zawiera art. 10 MPPOiP, który w sposób odrębny od zakazu tortur, poniżającego karania lub traktowania wyrażonego w art. 7 MPPOiP, ustanawia prawo osób pozbawionych wolności do humanitarnego traktowania[14].

Zastosowanie art. 5 EKPC do sytuacji w trakcie pozbawienia wolności ze wskazaniem na bezpieczeństwo osobiste wymagałoby zatem znaczenie szerszej interpretacji tego przepisu konwencji niż obecnie przyjmowana[15], przy równoczesnym

---

[12] Por. M. Nowak, *UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll: CCPR-Kommentar*, Kehl Am Rhein–StraßBurg–Arlington 1989, s. 171–172.

[13] Por. *Darboe i Camara v. Włochy*, § 23.

[14] Podobne brzmienie ma art. 17 *Konwencji dot. praw pracowników migrujących*, ale jego treść została wzbogacona o obowiązek poszanowania tożsamości kulturowej osób pozbawionych wolności.

[15] Co zresztą już wiele lat temu postulowała B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo*..., op. cit., s. 42.

odwołaniu się do koncepcji pozytywnego obowiązku państwa do ochrony jednostki przed złym traktowaniem ze strony innych osób pozbawionych wolności, a szerzej, w ogóle przed zamachami na bezpieczeństwo osobiste ze strony innych podmiotów prywatnych. Kwestia ta pojawiła się w sprawie *O.M. v. Węgry*. W tym stanie faktycznym skarżący twierdził, że jest osobą homoseksualną i z tego powodu musiał uciekać z Iranu. Biorąc to pod uwagę, ETPC zauważył, że w przypadku detencji osób należących do grupy szczególnie narażonej w kraju, który musiały opuścić, władze powinny zachować szczególną ostrożność, aby uniknąć powtórzenia się prześladowań. W ocenie Trybunału mogłoby do tego dojść ze strony innych osób pozbawionych wolności, zwłaszcza że spora ich liczba pochodzi z krajów o powszechnych uprzedzeniach kulturowych lub religijnych wobec osób o orientacji homoseksualnej. W konsekwencji decyzje władz nie stanowiły reakcji odpowiedniej do indywidualnego położenia skarżącego, członka wrażliwej grupy z powodu przynależności do mniejszości seksualnej w Iranie[16].

Przynajmniej w kilku wyrokach Europejski Trybunał Praw Człowieka ustalił horyzontalne zastosowanie art. 5 EKPC w związku z pozbawieniem wolności przez podmioty prywatne[17]. W ocenie ETPC art. 5 ust. 1 zdanie pierwsze EKPC należy interpretować jako nakładające na państwo pozytywny obowiązek ochrony wolności jednostek[18]. W jednym z orzeczeń Trybunał stwierdził, iż nie ma żadnych powodów, aby zobowiązania pozytywne powstałe na tle art. 5 EKPC były inne, niż te wynikające z art. 2 EKPC, a władze mają obowiązek położenia kresu arbitralnemu pozbawieniu wolności w sytuacji, gdy dysponują one odpowiednimi po temu środkami[19]. Podobnie KPC stwierdzał, że zakres przedmiotowy art. 9 MPPOiP obejmuje ochronę jednostki przed działaniem podmiotów przestępczych, podmiotów prywatnych działających legalnie zarówno w sytuacjach działań autoryzowanych, jak i nieautoryzowanych przez państwo[20].

Na gruncie art. 5 ust. 1 EKPC bezpieczeństwo osobiste należy traktować w kategoriach prawa absolutnego, od którego odstępstw się nie przewiduje, a konwencyjne wyjątki dotyczą ingerencji w wolność[21]. W konsekwencji

---

[16] Por. *O.M. v. Węgry*, skarga nr 9912/15, wyrok ETPC z 5.07.2016 r., § 53–54.

[17] Por. *Storck v. Niemcy*, skarga nr 61603/00, wyrok ETPC z 16.06.2005 r., § 102; *Riera Blume i inni v. Hiszpania*, skarga nr 37680/97, wyrok ETPC z 14.10.1999 r., § 35; *Medova v. Rosja*, skarga nr 25385/04, wyrok ETPC z 15.01.2009 r., § 123–124.

[18] Por. *Storck v. Niemcy*, § 102.

[19] Por. *Medova v. Rosja*, § 124. W sprawie *Rantsev v. Cypr i Rosji* dwugodzinny przymusowy pobyt Oksany Rantsevej mieszkaniu prywatnym ETPC zakwalifikował jako pozbawienie wolności, za które odpowiedzialność ponosiło państwo – por. *Rantsev v. Cypr i Rosja*, § 315–325.

[20] Por. *General Comment No. 35*…, op. cit., § 7–8; Zob. M. Nowak, s. 210–240.

[21] Por. *Kamma v. Królestwo Niderlandów*, skarga nr 47171, decyzja EKPC z 14.07.1974 r., Decisions and Reports (DR) 1, s. 9, pkt D.

w odniesieniu do bezpieczeństwa osobistego nie jest możliwe zastosowanie art. 18 EKPC, który statuuje zakaz wykorzystywania przewidzianych w Konwencji ograniczeń praw w innych celach niż wskazane w tym traktacie. Ze sposobu sformułowania art. 18 wynika, że jego naruszenie może nastąpić tylko wtedy, gdy dane prawo lub wolność podlegają ograniczeniom dozwolonym na mocy Konwencji[22].

1.2. POZBAWIENIE WOLNOŚCI W ROZUMIENIU ART. 5 EKPC

1.2.1. KRYTERIA ORZECZNICZE

W systemie Konwencji wypracowano założenie, że chronione w art. 5 EKPC prawo do wolności osobistej dotyczy wolności fizycznej[23]. Przy ocenie, czy doszło do pozbawienia wolności w rozumieniu art. 5 EKPC zawsze muszą być brane pod uwagę okoliczności konkretnej sprawy oraz kryteria takie jak: typ, czas trwania, skutki, sposób realizacji ocenianego środka. ETPC przyjmuje, że różnica pomiędzy pozbawieniem wolności a ograniczeniami swobody poruszania się dotyczy „stopnia, czy też nasilenia, nie zaś natury czy też istoty tych pojęć"[24].

Trybunał Strasburski stwierdza, że nie jest w tym zakresie związany oceną władz krajowych i podejmuje własne autonomiczne decyzje co do tego, czy w danym przypadku doszło do pozbawienia wolności w rozumieniu tego przepisu[25]. Niewątpliwie w związku z pojawianiem się coraz bardziej zaawansowanych środków technicznych, które umożliwiają kontrolę nad jednostką bez umieszczania jej w zamknięciu, zagadnienie to może nastręczać trudności

---

[22] Por. *Merabishvili v. Gruzja*, skarga nr 72508/13, wyrok ETPC z 28.11.2018 r., § 290 wraz cytowanym tam orzecznictwem.

[23] Wprost wyartykułowano to w art. 7 ust. 2 AKPC – „nikt nie będzie pozbawiony swojej wolności fizycznej z wyjątkiem przyczyn i na warunkach określonych wcześniej przez konstytucję danego Państwa-Strony lub ustawy zgodnie z nią ogłoszonej". Por. w tym względzie wywód ETPC w sprawie *Ilias i Ahmed v. Węgry*, skarga nr 47287/15), wyrok Wielkiej Izby ETPC z 21.11.2019 r., § 248, w którym to Trybunał wskazywał, iż sama obawa związana z umorzeniem postępowania w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej jest kwestią prawną i nie wpłynęła na fizyczną wolność opuszczenia strefy tranzytowej.

[24] Por. *De Tommaso v. Włochy*, skarga nr 43395/09, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 23.02.2017 r., § 80; *Guzzardi v. Włochy*, § 92; *Medvedyev i inni v. Francja*, § 73; *Creangă v. Rumunia* skarga nr 29226/03, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 23.02.2012 r., § 91; *Guzzardi v. Włochy*, skarga nr 7367/76, wyrok z 6.11.1980 r., § 92. Powtórzony następnie w sprawie *M.A. v. Cypr*, por. także wyrok TSUE w sprawie *FMS*, pkt 220.

[25] *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 71; *H.L. v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 45508/99, wyrok ETPC z 5.10.2004 r., § 90; *Creangă v. Rumunia*, § 92.

interpretacyjnych[26]. Na przykład w kontekście ograniczeń stosowanych w związku z opieką psychiatryczną stosuje się rozmaite czujniki, podkładki dociskowe i sterowane zamki umożliwiające kontrolę aktywności danej osoby w domu. Z jednej strony są one postrzegane jako środki alternatywne w stosunku do pozbawienia wolności w szpitalu, z drugiej strony argumentuje się, że w istocie są one jeszcze jedną formą pozbawienia wolności[27].

Również w odniesieniu do cudzoziemców, zwłaszcza tych w sytuacji nieregularnej, instrumentarium kontroli państwa znacznie wykracza poza zamknięcie w obozie lub ośrodku. Oprócz rozwoju rozmaitych baz danych dla celów identyfikacji pojawiły się specjalne karty elektroniczne lub aplikacje[28]. Służą one na przykład zarejestrowaniu danych osób jako poszukujących ochrony i procedowaniu ich wniosków[29], komunikowaniu się władz z nimi, umożliwiają cudzoziemcom skorzystanie z transferu pieniędzy lub też potwierdzenie obecności w danym miejscu. W związku z powyższym w literaturze socjologicznej pisze się nawet o „digital refugees"[30]. Dodatkowo w piśmiennictwie zauważa się, że uzależnienie pomocy humanitarnej oraz innych świadczeń socjalnych od obowiązku przebywania w ośrodku recepcyjnym może być skuteczniejszym środkiem wpływania na cudzoziemców niż jakiekolwiek mury i kraty stosowane w przypadku pobytu w ośrodku detencyjnym[31].

W takich sytuacjach ETPC stosuje kryterium „rodzaju" i „sposobu realizacji" danego środka umożliwiające uwzględnienie szczególnego kontekstu i okoliczności ograniczeń, które niekoniecznie odpowiadają utrwalonemu schematowi

---

[26] Zob. N. Allen, *Restricting Movement or Depriving Liberty?*, „Journal of Mental Health Law" 2009, nr 19, s. 22–24.

[27] Por. N. Allen, op. cit., s. 20.

[28] Na przykład aplikacja Viber w Grecji. Początkowo była ona używana przez UNHCR w celu udzielania migrantom pomocy finansowej, ale po wybuchu pandemii władze Grecji zaczęły ją powszechnie stosować jako główny kanał komunikacyjny z osobami poszukującymi ochrony międzynarodowej – por. M. Tazzioli, *The Technological Obstructions of Asylum: Asylum Seekers as Forced Techno-Users and Governing through Disorientation*, „Security Dialogue" 2021, t. 53, nr 3.

[29] Za przykład może posłużyć system zdalnego procedowania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej na wyspie Pagani – por. Refugee Support Aegan, *Report of Legal Organizations on the quality of remote asylum interviews at RAO Lesvos and the conditions they are conducted under, which pose a health risk to asylum seekers and employees*, 8.12.2020, https://rsaegean.org/en/report-of-legal-organizations-on-the-quality-of-remote-asylum-interviews-at-rao-lesvos/?fbclid=IwAR1KI%E2%80%93Fxsyf1tcT2jLuYfcnKAblgWQoA-10oPX6BuPM-nqjMnGmu7nNUJ [dostęp: 22.01.2023].

[30] Por. K.L. Jacobsen, L. Fast, *Rethinking Access: How Humanitarian Technology Governance Blurs Control and Cares*, „Disasters" 2019, t. 43, s. 156; M. Tazzioli, *Refugees' Debit Cards, Subjectivities, and Data Circuits: Financial-Humanitarianism in the Greek Migration Laboratory*, „International Political Sociology" 2019, t. 13, nr 4, s. 392–408.

[31] Por. G. Campesi, *Geealogies*…, op. cit., s. 536.

łączenia pozbawienia wolności z uwięzieniem w celi. Dotyczy to zwłaszcza rozmaitych form kontroli poruszania się, które są nakładane ze względu na porządek i bezpieczeństwo publiczne[32].

W sprawie *Guzzardi v. Włochy* ETPC uznał, iż doszło do pozbawienia wolności, pomimo że skarżący nie przebywał w więzieniu. Został on objęty specjalnym nadzorem, zobowiązany był do zamieszkiwania na konkretnej wyspie – dodajmy w konkretnym budynku na wydzielonym jej obszarze – wymagano od niego zgłaszania się do odpowiednich organów dwa razy dziennie, a także ograniczono i nadzorowano jego kontakty ze światem zewnętrznym – w tym rozmowy telefoniczne. Skarżący mógł podróżować wyłącznie w asyście policji. Co ważne, dla ETPC istotna była nie tyle dolegliwość poszczególnych restrykcji, lecz ich kumulacja, która spowodowała, iż sytuacja skarżącego przypominała pobyt w otwartym więzieniu[33].

Z kolei w sprawie *Raimondo v. Włochy* skarżącego umieszczono pod nadzorem policji, ale stopień natężenia środków nadzoru był mniejszy. Skarżący nie mógł opuścić domu bez poinformowania policji, jak również nie mógł poza nim przebywać w porze nocnej, ale nie potrzebował zezwolenia, żeby wyjść na zewnątrz. W związku z tym ETPC uznał, że nie doszło do pozbawienia wolności, a wobec skarżącego zastosowano ograniczenia w poruszaniu się[34].

Europejski Trybunał Praw Człowieka niejednokrotnie wskazywał, że ocena, czy art. 5 EKPC ma zastosowanie, wymaga spojrzenia poza pozory i używany język oraz koncentracji na realiach danego przypadku. Charakterystyka danej sytuacji faktycznej przez państwo nie może w sposób decydujący wpłynąć na konkluzje Trybunału odnośnie do zaistnienia pozbawienia wolności[35]. W systemie uniwersalnym również wskazuje się, że o tym, czy doszło do pozbawienia wolności, nie decyduje określenie danego środka w prawie krajowym. WGAD stwierdziła, że „pozbawienie wolności jest nie tylko kwestią definicji ustalonej przepisów prawa, ale także stanu faktycznego"[36]. Niezależnie jak dane miejsce jest określane, najważniejszą kwestią jest ustalenie, czy jednostka może je opuścić[37].

---

[32] *De Tommaso v. Włochy*, § 81; *Nada v. Szwajcaria*, skarga nr 10593/08, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 12.09.2012 r., § 226; *Austin i inni v. Zjednoczone Królestwo*, skargi Nr 39692/09 40713/09 41008/09, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 15.03.2012 r., § 59.

[33] Por. *Guzzardi v. Włochy*, § 95.

[34] Por. *Raimondo v. Włochy*, skarga nr 12954/87, wyrok ETPC z 22.02.1994 r., § 39.

[35] Por. *Creangă v. Rumunia*, § 92; por. także *Dzhabarov i inni v. Bułgaria* skargi Nr 6095/11, 74091/11 i 75583/11, wyrok ETPC z 31.03.2016 r., § 66; por. także *Kasparov v. Rosja*, skarga nr 53659/07, wyrok ETPC z 16.10.2016 r., § 36.

[36] Por. WGAD, A/HRC/36/37, 19.07.2017, § 56.

[37] Por. WGAD, A/HRC/36/37, § 52; por. także stanowisko CMW, na tle art. 16 i 17 – por. *General Comment No. 5*…, op. cit., § 13–14.

Jest to niezwykle istotne, ponieważ stosowana przez Państwa-Strony EKPC terminologia, dotycząca pozbawienia wolności w kontekście migracyjnym, jest daleka od jednolitej i niejednokrotnie może być myląca. W praktyce dość często zamiast określeń wskazujących na funkcje detencyjne danego miejsca, używa się pojęć związanych z „zakwaterowaniem"[38] czy też „zastosowaniem ograniczeń w poruszaniu się"[39]. Niekiedy Państwa-Strony EKPC czynią tak dla poparcia tezy, iż w tych konkretnych przypadkach w ogóle nie dochodzi do ingerencji w prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego[40]. Na przykład jeszcze w 2017 r. rząd włoski zaprzeczał temu jakoby we Włoszech w ogóle stosowano środki detencyjne wobec cudzoziemców[41]. Stanowisko to zostało zaprezentowane pomimo że kilkanaście miesięcy wcześniej w sprawie *Khlaifia v. Włochy* Wielka Izba ETPC uznała naruszenie art. 5 EKPC w związku z detencją skarżącego w ośrodku pierwszej pomocy i recepcji na Lampeduzie[42]. Z kolei francuski minister sprawiedliwości w 2018 r. w debacie na temat zmian w prawie migracyjnym argumentował, że detencja rodzin w *rétention administrative* jest formą „umożliwienia wspólnego pobytu dzieciom z rodzicami w ośrodku administrowanym przez państwo"[43].

Europejska Komisja Praw Człowieka w swym wczesnym orzecznictwie formułowała pogląd, iż dla oceny, czy doszło do pozbawienia wolności, kluczowy jest cel obecności jednostki w danym miejscu[44] lub okoliczność, czy skarżący mógłby opuścić dane miejsce, gdyby poprosił[45]. Podobnie został przez Europejską Komisję Praw Człowieka oceniony fakt, że skarżący nie miał zamiaru opuścić sali sądowej, kiedy brał udział w przesłuchaniu[46]. Obecnie jednak w wyniku

---

[38] Por. np. ośrodki zakwaterowania (*Centre de cazare)* w Rumunii – art. 103 Ordonanța de Urgență nr. 194 din 12 decembrie 2002 privind regimul străinilor în România – tekst https://www.mae.ro/sites /default/files /file/anul_2021/2021_pdf/2021.05.20_oug_nr.194-2002.pdf [dostęp: 20.01.2024].

[39] Zob. szerzej M. Grange, *Smoke Screens: Is There a Correlation between Migration Euphemisms and the Language of Detention*, Global Detention Project Working Paper Nr 5, Global Detention Project 2013, file:///D:/Pobrane/grange_smoke_screens_gdp_working_paper%20(1).pdf [dostęp: 26.02.2018].

[40] Por. *Abdolkhani i Karimnia v. Turcja*, skarga nr 30471/08), wyrok ETPC z 22.09.2009 r., § 120.

[41] Por. V. Pisani, *Consideration of Italy – Replies of Italy: 62nd Session of the Committee Against Torture*, 15.11.2017, http://bit.ly/2DlJ6VG; por także stanowisko rządu Włoch przed KPT w 2017 r., cytowane w GDP, *Imigration Detention in Italy: Complicit in Grave Human Rights Abuses?*, Global Detention Project 2019, s. 9.

[42] Por. *Khlaifia i inni v. Włochy*.

[43] A. Baddou, *Nicole Belloubet: „Nous voulons des jugements beaucoup plus rapides pour les crimes"*, France Inter, 22.04.2018, https://bit.ly/2HWm4XW za: GDP, *Immigration detention in France…*, op. cit., s. 11.

[44] *X. v. Niemcy*, skarga nr 8819/79, decyzja EKPC z 19.03.1981 r.

[45] *Guenat v. Szwajcaria*, skarga nr 24722/94, decyzja EKPC z 10.04.1995 r.

[46] Por. *E.G. v. Austria*, skarga nr 22715/93, decyzja EKPC z 15.05.1996 r.

ewolucji orzecznictwa cele, dla których państwo podjęło określone środki, nie są decydujące[47]. Znaczenie podstawowe ma poziom oraz intensywność zastosowanych ograniczeń i dopiero po ustaleniu, iż doszło do pozbawienia wolności można analizować cele, w imię których miało ono miejsce[48].

W systemie EKPC pełne zastosowanie ma definicja zaproponowana przez Łukasza, Corę, iż pozbawieniem wolności, bez względu na długość jego trwania – czy jest ono chwilowe lub krótkotrwałe[49], np. „do wytrzeźwienia" – jest każde uniemożliwienie swobodnego poruszania się, polegające na umieszczeniu w miejscu odosobnienia, którego dana osoba nie jest w stanie opuścić z własnej woli[50]. Element przymusu w wykonywaniu policyjnych uprawnień do zatrzymania i przeszukania wskazuje na pozbawienie wolności niezależnie od krótkiego okresu trwania środka[51]. Jeżeli po zbadaniu okoliczności sprawy nie jest realistyczne założenie, że skarżący mógł swobodnie odejść, oznacza to zwykle, że doszło do pozbawienia wolności[52]. Może tak być nawet wtedy, gdy danej osoby nie poddano bezpośrednio fizycznym ograniczeniom, na przykład poprzez zakucie w kajdanki lub umieszczenie w zamkniętej celi[53]. W sprawie *M.A. v. Cypr* ETPC ocenił, że brak wspomnianych elementów wcale nie decydował o tym, czy doszło do pozbawienia wolności; kluczową rolę odegrały inne czynniki[54]. Mianowicie migranci protestujący przeciwko swojej deportacji

---

[47] Por. *M.A. v. Cypr*, skarga nr 41872/10, wyrok ETPC z 23.07.2010 r., § 189.

[48] *Creangă v. Rumunia*, § 93; *Osypenko v. Ukraina*, skarga nr 4634/04, wyrok ETPC z 9.11.2010 r., § 51–65; *Salayev v. Azerbejdżan*, skarga nr 40900/05, wyrok z 9.11.2010 r., § 41–42; *Iliya Stefanov v. Bułgaria*, skarga nr 65755/01, wyrok ETPC z 22.05.2008 r., § 71; *Soare i inni v. Rumunia*, skarga nr 24329/02, wyrok ETPC z 22.02.2011 r., § 234.

[49] *Brega i inni v. Mołdawia*, skarga nr 61485/08, wyrok ETPC z 24.01.2012 r., § 43; *Shimovolos v. Rosja*, skarga nr 30194/09, wyrok ETPC z 21.06.2011 r., § 48–50; *Iskandarov v. Rosja*, skarga nr 17185/05, wyrok ETPC z 23.09.2010 r., § 140; *Rantsev v. Cypr i Rosji*, § 317; *Foka v. Turcja*, skarga nr 28940/95, wyrok ETPC z 24.06.2008 r., § 75.

[50] Por. Ł. Cora, O *pojęciu pozaprocesowego zatrzymania osoby*, „Państwo i Prawo" 2008, nr 3, s. 77; zob. także J. Grajewski, [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. I. *Komentarz do art. 1–424 k.p.k.*, Kraków 2003, s. 779; por. *Ostendorf v. Niemcy*, skarga nr 15598/08, wyrok ETPC z 7.03.2013 r., § 64; *Witold Litwa v. Polska*, § 46 – w tym stanie faktycznym pozbawienie wolności w izbie wytrzeźwień trwało sześć i pół godziny; por. *Creanga v. Rumunia*, § 93.

[51] Por. *Krupko i inni v. Rosja*, skarga nr 26587/07, wyrok ETPC z 26.06.2014 r., § 36; *Foka v. Turcja*, § 78; *Gillan i Quinton v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 4158/05, wyrok ETPC z 12.01.2010 r., § 57; *Shimovolos v. Rosja*, § 50; *Brega i inni v. Mołdawia*, § 43.

[52] *Hoalgă i inni v. Rumunia*, skarga nr 76672/12, wyrok ETPC z 15.03.2016 r., § 102.

[53] *Popoviciu v. Rumunia*, skarga nr 52942/09, wyrok ETPC z 1.03.2016 r., § 59; *Lazariu v. Rumunia*, skarga nr 31973/03, wyrok ETPC z 13.11.2014 r., § 100; *Iustin Robertino Micu v. Rumunia*, skarga nr 41040/11, wyrok ETPC z 13.01.2015 r., § 89; *Valerian Dragomir v. Rumunia*, skarga nr 51012/11, wyrok ETPC z 16.09.2014 r., § 70; *Ghiurău v. Rumunia*, skarga nr 55421/10, wyrok ETPC z 20.11.2012 r., § 80; *Krupko i inni v. Rosja*, § 36; *M.A. v. Cypr*, § 193.

[54] Por. *M.A. v. Cypr*, § 193.

zostali w środku nocy otoczeni przez 250 policjantów, którzy zmusili cudzoziemców, aby wsiedli do autobusów. Następnie skarżący zostali przewiezieni do kwatery głównej cypryjskiej policji w celu zidentyfikowania i zweryfikowania ich migracyjnego statusu, co zdaniem ETPC należało ocenić jako pozbawienie wolności *de facto*[55]. Trybunał słusznie stwierdził, że trudno sobie wyobrazić, by rzeczywiście ktoś miało prawo odmówić wejścia do autobusu[56]. Przedmiotem ochrony konwencyjnej są nie tylko sytuacje, które proceduralnie można zakwalifikować jako administracyjne lub karne, lecz także pozbawienie wolności *de facto*[57].

Trzeba zauważyć, iż w orzecznictwie strasburskim pojęcie pozbawienia wolności zawiera zarówno obiektywny element uwięzienia osoby w wydzielonej ograniczonej przestrzeni przez nieokreślony czas, jak i element subiektywny, a więc brak zgody na odosobnienie[58]. Niemniej jednak znaczenie elementu subiektywnego jest ograniczone, ponieważ samo wyrażenie woli pozostawania w więzieniu czy innej instytucji o charakterze detencyjnym nie powoduje, iż ochrona wynikająca z art. 5 EKPC przestanie mieć zastosowanie[59]. Prawo do wolności osobistej jest zbyt ważne w społeczeństwie demokratycznym, aby dana osoba straciła korzyści wynikające z ochrony wynikającej z Konwencji tylko z tego powodu, że sama poddała się aresztowi, zwłaszcza gdy osoba ta jest prawnie niezdolna do wyrażenia zgody lub jej braku na określone działanie[60].

Każda nowa decyzja dotycząca osoby już pozbawionej wolności podlega ocenie z punktu widzenia standardów przyjętych w art. 5 EKPC[61], co ma znaczenie na przykład przy podejmowaniu decyzji przedłużającej pobyt danej osoby w detencji. Natomiast jeśli w trakcie pobytu w ośrodku detencyjnym zostaną wobec cudzoziemca zastosowane środki takie jak umieszczenie w odosobnieniu (celi izolacyjnej), należy traktować je jako modyfikację dotychczasowego pozbawienia wolności, a nie jako nową detencję[62]. Niemniej jednak jest to środek, którego

---

[55] Por. ibidem, § 195.

[56] Por. także *I.I. v. Bułgaria*, skarga nr 44082/98, wyrok ETPC z 9.06.2005 r., § 87; *Osypenko v. Ukraina*, § 32.

[57] Por. *Nolan i K. v. Rosja*, § 96.

[58] Por. *Stanev v. Bułgaria*, skarga nr 36760/06, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 17.01.2012 r., § 117; por. *Foka v. Turcja*, § 78.

[59] Por. np. kwestię zgody skarżącego na pozostawanie w szpitalu psychiatrycznym *N. v. Rumunia*, skarga nr 59152/08, wyrok ETPC z 28.11.2017 r., § 165–167.

[60] Por. *H.L. v. Zjednoczone Królestwo*, § 90; *Stanev v. Bułgaria*, § 119.

[61] Por. P. Hofmański, *Europejska konwencja praw człowieka i jej znaczenie dla prawa karnego*, Białystok 1993, s. 193–194; B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo…*, op. cit., s. 47.

[62] Zob. *mutatis mutandis* na tle art. 5 ust. 1 lit. c EKPC *Bollan v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 42117/98, decyzja ETPC z 4.05.2000 r. Podobnie choć na tle odosobnienia w szpitalu psychiatrycznym ETPC orzekł w sprawie *Munjaz v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 2913/06, wyrok ETPC z 17.07.2012 r., § 68–73; por. 21st General Report of the European Committee for

nadużywanie lub nieprawidłowe zastosowanie może być z pewnością postrzegane w kategoriach działań arbitralnych, a także naruszenia zakazu tortur oraz nieludzkiego oraz poniżającego karania lub traktowania[63].

Na omówienie zasługuje wyrok w sprawie C*reanga v. Rumunia,* w którym ETPC przyjął modus operandi rozstrzygania przypadków, gdy zainteresowany i władze państwa pozostają w sporze co do tego, czy doszło do pozbawienia wolności, a także co do faktów, które mogłyby być podstawą dokonania takich ustaleń. Podejście to wymaga, aby skarżący przedstawił dowody na to, że faktycznie przebywał pod wyłączną kontrolą władz w danym momencie, a więc został oficjalnie wezwany przez władze i wszedł do pomieszczeń, które były pod ich kontrolą. W takiej sytuacji powstaje domniemanie, że skarżący nie mógł swobodnie odejść, szczególnie gdy prowadzone były działania dochodzeniowe. W konsekwencji rząd musiałby dostarczyć szczegółowego raportu na temat tego, co wydarzyło się w przedmiotowym miejscu, oraz rozliczenia czasu spędzonego tam przez skarżącego. Twierdzenia rządu w tym zakresie musiałyby być poparte przekonującymi i pisemnymi dowodami[64].

1.2.2. POZBAWIENIE WOLNOŚCI A KONTROLE GRANICZNE

Podsumowując powyższe, można stwierdzić, że w orzecznictwie ETPC ukształtował się model oceny, czy doszło do pozbawienia wolności poprzez odpowiedź na dwa kluczowe pytania: czy dana osoba jest pozbawiona swobody przemieszczania się i czy może dane miejsce opuścić bez względu na czas trwania tej sytuacji. Okazuje się jednak, że Europejski Trybunał Praw Człowieka modyfikuje tę konstrukcję w przypadku oceny działań służb granicznych związanych z kontrolą poszczególnych osób. W polskiej doktrynie podniesiono, iż trudność w rozróżnieniu pomiędzy środkami ograniczającymi wolność a pozbawieniem wolności na tle art. 5 EKPC może dotyczyć kwalifikacji prawnej zatrzymania cudzoziemca legalnie przebywającego na terytorium RP przez Straż Graniczną na podstawie przepisów ustawy o Straży Granicznej[65]. Odpowiedź na pytanie, czy w tym kontekście doszło do pozbawienia wolności w rozumieniu art. 5 EKPC, musiałaby zostać udzielona *ad casum*. W orzeczeniu w sprawie *Gahramanov v. Azerbejdżan*

---

the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) CPT/Inf (2011) 28, s. 42–50.

[63] Por. *Khodorkovskiy i Lebedev v. Rosja,* skargi nr 11082/06, 13772/05, wyrok ETPC z 25.07.2013 r., § 470–474; A. Shahshahani, A.N. El-Sergany, *Challenging the Practice of Solitary Confinement in Immigration Detention in Georgia and Beyond* „Cuny Law Review" 2016, t. 16, nr 2, s. 262–266.

[64] C*reangă v. Rumunia*, § 90; por. także *Kasparov v. Rosja*, § 35.

[65] Por. P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach*…, op. cit., s. 842.

Trybunał Strasburski stwierdził, że trwające około czterech godzin zatrzymanie pasażera przez funkcjonariuszy granicznych w pokoju straży granicznej podczas kontroli na lotnisku w celu wyjaśnienia jego sytuacji, nie wchodzi w zakres art. 5 EKPC, „jeśli nie przekroczyło czasu absolutnie niezbędnego do dopełnienia odpowiednich formalności"[66]. ETPC poprzedził to stwierdzenie wywodem dotyczącym kontekstu, w którym podejmowane są działania władz. Jest to ważny czynnik, który należy wziąć pod uwagę, ponieważ w nowoczesnym społeczeństwie często występują sytuacje, kiedy ograniczenia swobody przemieszczania się lub wolności są podejmowane w interesie wspólnym[67].

Kontynuując swoje rozumowanie, ETPC stwierdził, iż wybierając podróż samolotem, jednostka w sposób domniemany wyraża zgodę na serię kontroli bezpieczeństwa[68]. W szczególności kontrole te mogą obejmować sprawdzenie dokumentów tożsamości lub przeszukanie bagażu, a także oczekiwanie na dalsze zapytania w celu stwierdzenia jego tożsamości lub ustalenia, czy dana osoba nie stanowi zagrożenia bezpieczeństwa dla lotu. Należałoby w tym miejscu poczynić uwagę, iż ta argumentacja w większym stopniu odpowiada nie tyle ocenie, czy doszło do pozbawienia wolności, co raczej ustaleniu, czy było to działanie uprawnione. Ponadto odwołując się do domniemanej zgody pasażera, ETPC przyjął – w przeciwieństwie do wcześniejszego wyroku w sprawie *H.L. v. Zjednoczone Królestwo* – iż dopuszczalne jest zrzeczenie się ochrony wynikającej z art. 5 EKPC.

Z kolei w orzeczeniu *Kasparov v. Rosja* sytuacja podobna, choć nie identyczna została zakwalifikowana jako pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5 EKPC. W tym stanie faktycznym zatrzymanie trwało około pięciu godzin w związku z przedstawieniem przez skarżącego biletu lotniczego, który – jak twierdziły władze – miał zostać sfałszowany[69]. Zdaniem ETPC ten przypadek należało odróżnić od sprawy *Gahramanova*, ponieważ nie było to rutynowe zatrzymanie do kontroli bezpieczeństwa[70]. W analizowanym przypadku policja wykroczyła poza zwykłe wyjaśnienie sytuacji związanej z biletami skarżącego i rzekomo rozpoczęła dochodzenie w sprawie przestępstwa fałszerstwa. Tym samym przetrzymywanie w specjalnym pomieszczeniu wykraczało poza czas ściśle niezbędny do weryfikacji formalności, zwykle związanych z podróżami lotniczymi[71].

Wadą przyjętego przez ETPC modelu rozumowania jest zaburzenie prostoty i klarowności dotychczas przyjmowanych ocen. Ustalenie w sprawie *Gahramanov*

---

[66] Por. *Gahramanov v. Azerbejdżan*, skarga nr 26291/06, decyzja ETPC z 15.10.2013 r., § 41.
[67] Por. *Austin i inni v. Zjednoczone Królestwo*, § 59.
[68] Por. *Gillan i Quinton v. Zjednoczone Królestwo*, § 64.
[69] Por. *Kasparov v. Rosja*, § 7–23.
[70] Por. ibidem, § 41–47.
[71] Por. ibidem, § 46.

v. Rosja kryterium czasu ściśle niezbędnego do weryfikacji formalności związanych z podróżami lotniczymi, a także kontekstu ich przeprowadzenia, wydaje się otwierać pole do kazuistycznych rozstrzygnięć. Jest to, jak się wydaje, sztuczna konstrukcja sprzeczna ze zdrowym rozsądkiem, ponieważ przez cały czas kontroli osobistej czy bagażu jednostka znajduje się w sytuacji przymusu. Nie może odmówić poddania się czynnościom kontrolnym lub opuścić pomieszczenia, do którego ją zaprowadzono, niezależnie od czasu trwania danej sytuacji. Kryterium czasu ściśle niezbędnego do przeprowadzenia kontroli może ponadto prowadzić na manowce w ten sposób, że jeśli państwo będzie potrzebowało na weryfikację ośmiu godzin, to również będzie można uznać, iż pobyt w zamkniętym pokoju na lotnisku pod strażą nie jest pozbawieniem wolności.

W sytuacji gdyby jednak kontrola graniczna została uznana za ograniczenie swobody poruszania się, potencjalnym wzorcem oceny działań państwa byłby art. 2 Protokołu nr 4 z tym jednak wyraźnym zastrzeżeniem, że nie ma on zastosowania w stosunku co cudzoziemców przebywających nielegalnie na terytorium państwa[72]. Charakter ograniczeń swobody poruszania się mają środki alternatywne w stosunku do detencji, a które pozwalają na zachowanie kontroli nad cudzoziemcem bez pozbawiania go wolności[73].

1.2.3. POBYT CUDZOZIEMCÓW W STREFACH TRANZYTOWYCH I OŚRODKACH RECEPCYJNYCH

Kwalifikacja prawna sytuacji osób przetrzymywanych w strefach tranzytowych nie jest jednoznaczna. W strasburskim case law swoistym punktem wyjścia w tym zakresie jest wyrok w sprawie *Amuur v. Francja*, w którym ETPC, orzekając o naruszeniu art. 5 ust. 1 lit. f, stwierdził, iż „sam fakt, że osoby ubiegające się o status uchodźcy mogą dobrowolnie opuścić kraj, w którym chcą się schronić, nie wyklucza ograniczenia wolności”[74]. W swoim późniejszym orzecznictwie ETPC w takich przypadkach badał następujące elementy: indywidualną sytuację skarżących wynikającą z ich wyborów, a więc czy skarżący znaleźli się w danej sytuacji z własnej woli np. w wyniku dobrowolnego przekroczenia granicy danego państwa; obowiązujące przepisy prawne oraz cel ich zastosowania; czas trwania zastosowanych środków, zwłaszcza w świetle ich celu oraz ochrony proceduralnej

[72] Por. *Omwenyeke v. Niemcy*, skarga nr 44294/04, dec. ETPC z 20.11.2007 – w tej sprawie ETPC odmówił zastosowania tego przepisu Protokołu do Konwencji wskazując, iż jeśli cudzoziemiec naruszył warunki, na jakich mógł przebywać na terytorium państwa, to jego pobyt przestał być legalny.

[73] Por. KE, *Podręcznik dotyczący powrotów 2017*, s. 150–153.

[74] Por. *Amuur v. Francja*, § 48.

przysługujących skarżącym; charakter i stopień rzeczywistych ograniczeń nałożonych lub doświadczanych przez skarżących[75].

Stosując te kryteria w sprawie *Ilias i Ahmed v. Węgry*[76], ETPC uznał, iż pobyt skarżącego w strefie tranzytowej w Röszke nie nosił cech pozbawienia wolności. Po pierwsze trwał on dwadzieścia trzy dni i nie przekroczył maksymalnego okresu ustalonego przez prawo krajowe dla rozpatrzenia wniosku o azyl w postępowaniu administracyjnym oraz sądowym[77]. Trybunał argumentował, że z braku innych istotnych czynników sytuacja osoby ubiegającej się o wjazd i oczekującej przez krótki okres na weryfikację jej wjazdu nie może być określona jako pozbawienie wolności, gdyż w takich przypadkach organy państwowe nie podjęły wobec danej osoby „żadnych innych kroków niż reagowanie na zamiar wjazdu"[78].

Zatem w ocenie ETPC okres pobytu cudzoziemca w strefie tranzytowej, o ile nie przekracza znacząco czasu potrzebnego do zakończenia procedur azylowych – i nie zajdą jakieś szczególne okoliczności – sam w sobie nie powinien być decydującym kryterium analizy w sprawie zastosowania art. 5 EKPC. Muszą tu jednak zaistnieć takie warunki jak korzystanie z praw proceduralnych i gwarancji przed nadmiernymi okresami oczekiwania na rozpatrzenie wniosku, oraz krajowe regulacje prawne ograniczające długość pobytu w strefie tranzytowej[79]. Tych elementów zabrakło w sprawie *R.R. i inni v. Węgry*, kiedy to pobyt skarżących w strefie tranzytowej trwał prawie cztery miesiące[80], nie było odpowiedniej podstawy prawnej takich działań, a prawo krajowe nie określało maksymalnego okresu pozbawienia wolności[81]. W sprawie tej nie przestrzegano również terminów rozpatrywania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej[82].

Następnym kryterium, które w przypadku stref tranzytowych ETPC bierze się pod uwagę, jest swoboda wyjazdu. Niektóre Państwa-Strony EKPC, takie

---

[75] Por. *Z.A. i inni v. Rosja*, skargi nr 61411/15, 61420/15, 61427/15, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 21.11.2019 r., § 138; *Ilias i Ahmed v. Węgry*, § 217–218.

[76] Por. *Ilias i Ahmed v. Węgry*, § 249.

[77] Por. ibidem, § 225–227. W związku z powyższym zob. decyzje o niedopuszczalności skargi rodziny z dziećmi, która przebywała w strefie 40 dni *A.S. v. Węgry*, skarga nr 34883/17 decyzja z 15.05.2022 r., § 15; 27 dni – *N.A. i inni v. Węgry* skarga nr 37325/17, decyzja z 1.02.2022 r.

[78] *Ilias i Ahmed v. Węgry*, § 225; *Z.A. i inni v. Rosja*, § 144; *R.R i inni v. Węgry*, skarga nr 36037/17, wyrok ETPC z 2.03.2021 r., § 77.

[79] *Ilias i Ahmed v. Węgry*, § 227; *Z.A. i inni v. Rosja*, § 147.

[80] Por. stwierdzenie naruszenia art. 5 w przypadku umieszczania w strefach tranzytowych rodzin z dziećmi na okresy kilkumiesięczne: *M.B.K. i inni v. Węgry*, skarga nr 73860/17, 24.02.2022 r.; *A.A.A. i inni v. Węgry*, skarga nr 37327/17, 9.06.2022 r.; *W.O. i inni*, skarga nr 36896/18, 25.08.2022 r.; *H.M. i inni v. Węgry*, skarga nr 38967/17, 2.06.2022 r. W każdej z tych spraw ETPC stwierdził, iż doszło tu do pozbawienia wolności *de facto*.

[81] Por. *R.R. i inni v. Węgry*, skarga nr 36037/17, wyrok ETPC z 2.03.2021 r., § 74–84 i 89–92.

[82] Por. ibidem, § 79.

jak: Niemcy, Hiszpania Węgry, nie uznają, aby w takich sytuacjach dochodziło w ogóle do pozbawienia wolności właśnie z uzasadnieniem, iż cudzoziemcy mogą taką strefę w każdej chwili opuścić, udając się tam, skąd przybyli[83].

Deklarowana swoboda wyjazdu powinna być ściśle połączona z badaniem, czy jest ona rzeczywista, czy też iluzoryczna ze względu na to, że cudzoziemiec musiałby wyjechać do państwa, gdzie grozi mu niebezpieczeństwo[84]. W ocenie Trybunału możliwość wyjazdu staje się teoretyczna, jeżeli żadne inne państwo oferujące ochronę porównywalną do ochrony, jaką dane osoby spodziewają się znaleźć w kraju, w którym ubiegają się o azyl, nie jest skłonne lub przygotowane do ich przyjęcia[85]. W sprawach *Iliad i Ahmed v. Węgry* oraz *R.R. v. Węgry* ETPC wskazał na zasadniczą różnicę w tych stanach faktycznych w stosunku do sprawy *Amuur v. Francja*. W przypadku sprawy francuskiej skarżący znajdował się strefie tranzytowej lotniska, której nie mógł opuścić inaczej, niż wchodząc na pokład samolotu. Było to niemożliwe bez zezwolenia i bez gwarancji dyplomatycznych dotyczących jedynego państwa przeznaczenia. Istotne było, iż tym państwem była Syria, która nie jest stroną KSU. Trybunał ocenił, że w tych warunkach skarżący był całkowicie zależny od działań władz i zmiana jego sytuacji nie zależała od jego woli[86]. Tymczasem w sprawach węgierskich, co prawda skarżącym nie zezwolono na opuszczenie strefy tranzytowej Röszke w kierunku pozostałego terytorium Węgier, to jednak mieli oni praktyczną możliwość przejścia do granicy i udania się do Serbii, związanej KSU[87]. Skarżący podnosili, że ich wyjazd do Serbii niósł ryzyko traktowania sprzecznego z art. 3 EKPC ze względu na to, iż mogliby zostać nie wpuszczeni do Serbii lub nie uzyskaliby dostępu do procedury azylowej. Ponadto wskazywali oni na udokumentowaną serbską praktykę łańcuchowych wydaleń do Republiki Macedonii Północnej lub Grecji bez odpowiedniego rozpatrzenia wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej[88]. W ocenie ETPC te elementy nie stanowiły bezpośredniego zagrożenia dla życia

[83] Na Węgrzech jest to jedyne miejsce, w którym mogą przebywać osoby poszukujące ochrony międzynarodowej Hungarian Helsinki Committee (HHC), „Country Report: Hungary – 2019 Update" Asylum Information Database (AIDA) and European Council on Refugees and Exiles (ECRE), 2019, http://www.asylumineurope.org/reports/country/hungary [dostęp: 20.02.2022], s. 83 i n.; CPT, *Report on the visit to Hungary from 20 to 26 October 2017*, CPT/Inf(2018) 42, 18.09.2018.

[84] Por. *Amuur v. Francja*, § 38–49; *Riad i Idiab v. Belgia*, skargi nr 29787/03 i 29810/03, wyrok ETPC z 24.01.2008 r.; *Nolan i K. v. Rosja*, § 93–96.

[85] Por. *Amuur v. Francja*, § 48.

[86] Por. także stan faktyczny w sprawie *J.R. i inni v. Grecja*, skarga nr 22696/16, wyrok ETPC z 25.01.2018 r.; *Ilias i Ahmed v. Węgry*, § 240.

[87] Por. *Ilias i Ahmed v. Węgry*, § 72 oraz § 241; *R.R. i inni v. Węgry*, § 81.

[88] Por. *Ilias i Ahmed v. Węgry*, § 100–107.

lub zdrowia skarżących, lecz raczej uchybienia w funkcjonowaniu serbskiego systemu azylowego[89] i nie wystarczyły do uznania, że art. 5 EKPC ma zastosowanie[90]. Związek pomiędzy prawami wynikającymi z art. 3 EKPC a prawami wynikającymi z art. 5 EKPC polega na zapobieganiu aktom zagrażającym życiu lub złemu traktowaniu w trakcie pozbawienia wolności[91]. Dlatego art. 5 EKPC nie mógł być zastosowany na tej podstawie, władze Węgier nie wypeniły swoich odrębnych obowiązków wynikających z art. 3 Konwencji[92].

Innym elementem podnoszonym przez skarżących była okoliczność, że na mocy węgierskiej ustawy o azylu opuszczenie strefy tranzytowej przez skarżących przed ostateczną decyzją w sprawie ich wniosku oznaczało *de facto* rezygnację z ich rozpatrzenia[93]. Jednak również i w tym przypadku Trybunał Strasburski uznał, że wobec braku bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia skarżących, które byłoby wiadome władzom węgierskim, sama obawa związana z umorzeniem postępowania w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej jest kwestią prawną i nie wpłynęła na fizyczną wolność skarżących opuszczenia strefy tranzytowej[94].

Odmiennie kwestię tę ocenia TSUE[95], jak również UNHCR[96] i KPC[97]. W sprawie *FMS* Trybunał Luksemburski nie zgodził się z argumentacją rządu węgierskiego, iż skarżący mają swobodę opuszczenia strefy tranzytowej w celu

---

[89] Por. ibidem, § 100–107 oraz § 242.

[90] Por. ibidem, § 243–248.

[91] Por. także *Kurt v. Turcja*, skarga nr 24276/94, wyrok ETPC z 25.05.1998 r., § 123; por. *Ilias i Ahmed v. Węgry*, § 245.

[92] Por. *Ilias i Ahmed v. Węgry*, § 246.

[93] Ustawa o azylu, Act nr LXXX of 2007, art. 66 (2); W tym miejscu trzeba zwrócić uwagę na zmiany w prawie węgierskim, które nastąpiły w 2017 r. na mocy ustawy z dnia 28.03.2017 r. o zmianie niektórych ustaw dotyczących zaostrzenia procedur prowadzonych w strzeżonej strefie przygranicznej) (*Magyar Közlöny* 2017/39, zwana dalej „ustawą nr XX z 2017 r."). Zgodnie ze znowelizowanym brzmieniem tych przepisów złożenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej może nastąpić wyłącznie w jednej z dwóch stref tranzytowych w Röszke i w Tompie (art. 80/J). Następnie zgodnie art. 80/K tej ustawy opuszczenie strefy łączy się z możliwością podjęcia przez właściwy organ decyzji o umorzeniu postępowania, która to decyzja nie podlega kontroli sądowo-administracyjnej. Tym samym opuszczenie Węgier mogło skutkować utratą szansy na uzyskanie statusu uchodźcy w tym państwie.

[94] Por. *Ilias i Ahmed*, § 248.

[95] Por. TSUE, *FMS i inni*; por. *Komisja v. Węgry*, w sprawie C-808/18, wyrok TSUE z 17.12.2020 r., ECLI:EU:C:2020:1029. W zakresie szczegółowego porównania orzecznictwa TSUE i ETPC w sprawach detencyjnych zob. M. Łysienia, *Seeking Convergence? A Comparative Analysis of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union on Seeking Asylum*, Zürich 2022, s. 269–374.

[96] Por. UNHCR, UNHCR Chief visits Hungary, calls for greater access to asylum, end to detention and more solidarity with refugees, 12.09.2017.

[97] Por. KPC, Concluding observations on the sixth periodic report of Hungary, CCPR/C/HUN/CO/6, 9.05.2018.

udania się do Serbii. Po pierwsze z tego względu, że przekroczenie granicy serbskiej nastąpiłoby niezgodnie z prawem, co groziło skarżącym sankcjami[98]. Po drugie z powodu wspomnianej regulacji ustawy o azylu skarżący byli narażeni na ryzyko utraty szansy na uzyskanie statusu uchodźcy w wyniku opuszczenia strefy tranzytowej[99].

Natomiast oba Trybunały podobnie oceniły reżim ograniczeń wolności w strefach tranzytowych[100]. W okresie objętym skargami strefa tranzytowa Röszke zajmowała bardzo ograniczoną powierzchnię, była w pełni strzeżona, otoczona wysokim ogrodzeniem i drutem kolczastym. Osoby tam przebywające kwaterowano w kontenerach o powierzchni nie większej niż 13 m^2. Wewnątrz strefy skarżący mogli komunikować się z innymi osobami ubiegającymi się o status uchodźcy i przyjmować wizyty, na przykład prawnika, ale było to możliwe tylko za zgodą władz. Umożliwiono im spędzanie czas na świeżym powietrzu na wąskim pasie ziemi przed kontenerami. W ocenie ETPC swoboda poruszania się skarżących była ograniczona w bardzo istotnym stopniu i odpowiadała ograniczeniom charakterystycznym dla reżimu karnego o łagodnym rygorze[101]. Dodatkowym elementem, który pojawił się w sprawie *R.R. v. Węgry* było poddanie skarżących jeszcze ściślejszym ograniczeniom wynikającym z półtoramiesięcznej izolacji w odosobnionej części strefy tranzytowej ze względu na chorobę skarżącej[102].

Jeśli chodzi o zagadnienie umieszczania cudzoziemców w ośrodkach recepcyjnych, znów należy podkreślić, że istotna nie jest nazwa miejsca, w którym cudzoziemiec przebywa, ale istota ograniczeń z tym się wiążących. W sprawie *J.R. i inni v. Grecja* skarżący – obywatele afgańscy – po przybyciu na wyspę Chios zostali aresztowani przez władze greckie i umieszczeni w zamknięciu w „hotspocie" Vial. Po upływie jednego miesiąca placówka ta stała się półotwarta, a skarżący mogli ją opuszczać w ciągu dnia. Trybunał uznał, że skarżący zostali pozbawieni wolności w rozumieniu art. 5 EKPC w ciągu pierwszego miesiąca pobytu w ośrodku, a później podlegali tylko ograniczeniom swobody poruszania się. Jak wyjaśnił ETPC, art. 5 EKPC co do zasady nie dotyczy prostych ograniczeń swobody przemieszczania się, które reguluje art. 2 Protokołu nr 4 do Konwencji. Przypomniał on, że pomiędzy pozbawieniem a ograniczeniem wolności

[98] Por. *FMS i inni*, pkt 229.

[99] Por. ibidem, pkt 230.

[100] Por. ibidem, pkt 226. W ocenie TSUE reżim ograniczeń wolności nie różnił się od reżimu zatrzymania tak jak jest ono rozumiane na podstawie dyrektywy 2008/115/WE oraz dyrektywy 2013/33/UE. Por. *FMS i inni*, pkt 231.

[101] Por. *R.R. i inni v. Węgry*, § 82; *Ilias i Ahmed v. Węgry*, § 232.

[102] Warunki pobytu w izolacji w ocenie Trybunału spełniały kryteria traktowania zakazanego w art. 3 EKPC, Por. *R.R. i inni v. Węgry*, § 57 i 65.

istnieje jedynie różnica stopnia lub intensywności, a nie charakteru czy istoty[103]. Przetrzymywanie uchodźców w ośrodkach recepcyjnych, identyfikacyjnych i rejestracyjnych stanowi ograniczenie wolności, ale ograniczenie to nie może być pod każdym względem utożsamiane z ograniczeniem, którego doświadczają w ośrodkach detencyjnych cudzoziemcy oczekujący na deportację[104].

Na koniec należy zauważyć, że w czasie pandemii COVID-19 bardzo aktualne stało się zagadnienie oceny, czy poddanie cudzoziemców kwarantannie jest pozbawieniem wolności. WGAG stwierdziła, że jeśli jest to miejsce, w którym jednostka musi przebywać i nie może go opuścić, dochodzi do pozbawienia wolności *de facto*, w związku z czym niezbędne staje się zastosowanie zabezpieczeń przed arbitralnością. Wszelkie formy ukrytego pozbawienia wolności jednostek czy przetrzymywania incommunicado stanowią niezwykle poważne naruszenie praw człowieka i pozostawiają jednostkę w sytuacji braku ochrony prawnej. Ukryte pozbawienie wolności nie może być częścią wprowadzanych nadzwyczajnych środków ochrony zdrowia publicznego[105].

2. PRZESŁANKI DOPUSZCZALNOŚCI POZBAWIENIA WOLNOŚCI

2.1. ZGODNOŚĆ Z PRAWEM

2.1.1. POJĘCIE PRAWA W ART. 5 EKPC

Element zgodności z prawem pojawia się w art. 5 EKPC wielokrotnie, stanowiąc jednocześnie cechę immanentną dla całego systemu Konwencji. Po pierwsze w drugim zdaniu ustępu 1 stwierdza się, że nikt nie będzie pozbawiony wolności z wyjątkiem wyliczonych przypadków i w trybie ustalonym przez prawo (element legalności). Następnie w tym przepisie jest mowa o zgodności z prawem; jest ona warunkiem wpisanym w poszczególne litery ustępu 1 dopuszczające pozbawienie wolności w ściśle określonych celach uprawnionych. W sprawie *Winterwerp v. Królestwo Niderlandów* ETPC wyjaśnił, iż „legalność" oraz „tryb ustalony przez prawo" są wyrażeniami częściowo zbieżnymi. Kryterium „trybu ustalonego przez prawo" odnosi się do proceduralnego wymiaru zgodności z przepisami danego państwa, natomiast termin legalność /„zgodność

[103] Por. *Amuur v. Francja*, § 42.
[104] Por. *J.R. i inni v. Grecja*, § 84.
[105] Por. WGAD, *Deliberation Nr 11 on prevention of arbitrary deprivation of liberty in the context of public health emergencies*, A/HRC/45/16 (Annex I), 8.05.2020, § 8 i § 9.

z prawem" obejmuje zarówno przepisy materialne i proceduralne. Jednocześnie zgodność z prawem – co potwierdza art. 18 EKPC – aby ograniczenia były zgodne z celami dozwolonymi przez art. 5 ust. 1; ma to zastosowanie zarówno w odniesieniu do zarządzenia, jak i wykonania środków polegających na pozbawieniu wolności[106]. Te dwa wyrażenia odzwierciedlają znaczenie celu leżącego u podstaw art. 5 ust. 1 EKPC: a mianowicie, aby nikt nie był pozbawiony wolności w sposób arbitralny[107]. W demokratycznym społeczeństwie przestrzegającym rządów prawa[108] żadne pozbawienie wolności, które jest arbitralne, nie może być nigdy uznane za „zgodne z prawem"[109].

Nawet jeśli zgodność z prawem nie jest wyrażonym *expressis verbis* elementem przepisu – jak to się dzieje choćby w art. 9 MPPOiP – stanowi immanentną cechę gwarancji praw jednostki oraz *conditio sine qua non* jakiejkolwiek dopuszczalnej ingerencji w wolność i bezpieczeństwo osobiste[110].

Trzeba uwzględnić również, że w systemie Konwencji zgodność z prawem obejmuje przynajmniej dwie warstwy analizy: pierwszą z nich jest istnienie wystarczającej – odpowiedniej podstawy prawnej dla danego typu ingerencji w prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Jeśli w danym państwie podstawą prawną pozbawienia wolności może być wyłącznie ustawa, to powoływanie się na treść aktów normatywnych niższego rzędu nie jest wystarczające do uznania, że kryterium zgodności z prawem zostało spełnione[111]. Drugim elementem są wynikające z Konwencji – włącznie z zasadami w niej wyrażonymi lub

---

[106] Por. *Winterwerp v. Królestwo Niderlandów*, § 39; także *Engel i inni v. Królestwo Niderlandów*, § 68.

[107] Por. ibidem, § 58.

[108] Por. *Golder v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 4451/70, wyrok ETPC z 21.02.1975 r.; *Klass i inni v. Niemcy*, skarga nr 5029/71, wyrok ETPC z 6.09.1978 r., § 55. Na temat samej kategorii rządów prawa zob. m.in. F. Tan, *The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?*, „Goettingen Journal of International Law" 2018, t. 9, s. 114–115 – wraz cytowaną przez autorskę literaturą; J. Schukking, *Protection of Human Rights and the Rule of Law in Europe: Shared Responsibility*, „Netherlands Quarterly of Human Rights" 2018, t. 36, nr 2, s. 152–158; European Commission For Democracy Through Law, Report on The Rule of Law Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26.03.2011) Strasbourg, 4.04.2011, Study Nr 512 / 2009 CDL-AD(2011)003rev.

[109] Por. *Winterwerp v. Królestwo Niderlandów*, § 39.

[110] Detencja zgodna z prawem oznacza nie tylko taką, która spełnia wymogi art. 9 ust. 1 Paktu, ale także innych jego postanowień, a więc na przykład – zgodnie z art. 9 ust. 4 MPPOiP – wymaga kontroli sądowej legalności *Saed Shams i inni v. Australia,* Communication Nr 1255/2004, 11.09.2007, § 7.3; por także *Yklymova v. Turkmenistan*, Communication Nr 1460/2006, CCPR/C/96/D/1460/2006, 20.07.2009, § 7.4; *Aboussedra v. Libia*, Communication Nr 1751/2008, CCPR/C/100/1751/2008, 2.11.2010, § 7.6.

[111] Por. *Shamsa v. Polska,* skarga nr 45355/99, wyrok ETPC z 27.11.2003 r., § 54.

z niej wynikającymi[112] – wymagania jakościowe stawiane treści norm prawnych w związku z ochroną jednostki przed arbitralnością[113].

Pojęcie „prawo[114]" użyte w art. 5 Konwencji ma wielorakie znaczenie, ale podstawowym jest treść regulacji krajowej – zarówno jej elementy materialne, jak i proceduralne[115]. Jeśli Konwencja odnosi się do prawa krajowego, tak jak to ma miejsce w art. 5 EKPC, jego przestrzeganie staje się integralną częścią zobowiązań konwencyjnych[116]. Tym samym ocena legalności pozbawienia wolności dokonywana przez ETPC może uwzględniać elementy, które nie zawsze wynikają z Konwencji, natomiast są obecne w unormowaniach poszczególnych państw. I tak na przykład w sprawie *Rusu v. Austria* ETPC orzekł, iż detencja cudzoziemca nie była zgodna z prawem, ponieważ władze nie wykazały jej niezbędności, tak jak tego wymagały przepisy[117]. Z kolei w sprawie *Nabil i inni v. Węgry* zgodność z prawem krajowym wymagała, aby decyzję o przedłużeniu detencji podjęto po uwzględnieniu takich okoliczności jak utrudnienia w wydaleniu, możliwość zastosowania łagodniejszych środków, a także po przeprowadzeniu analizy czy deportacja ostatecznie może być wykonana[118]. Niemniej jednak ze względu na subsydiarny charakter swojej roli Trybunał w takich przypadkach ogranicza się do zbadania, czy wykładnia przepisów prawnych przez władze krajowe nie była arbitralna lub nieuzasadniona[119].

W europejskim systemie ochrony praw człowieka ocena zgodności z prawem nie obejmuje tylko norm powstałych w ramach procesu legislacyjnego, lecz powinna uwzględniać inne regulacje prawne mające zastosowanie w poszczególnych

---

[112] Por. ibidem, § 48.

[113] Por. ibidem, § 60.

[114] Por. także UNHCR, *Detention Guidelines…*, wytyczna 3 również wskazuje, iż detencja ma być zgodna z prawem i przewidziana przez prawo; por. KM RE, *Recommendation Rec(2003) 5*, § 4 w którym stanowi się, że środki pozbawienia wolności osób poszukujących ochrony międzynarodowej będą implementowane jako przewidziane przez prawo i w zgodności ze standardami ustalonymi przez odpowiednie instrumenty prawa międzynarodowego i orzecznictwo ETPC.

[115] Por. *Lokpo i Toure v. Węgry*, skarga nr 10816/10, wyrok ETPC z 20.09.2011 r., § 21; por. także *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 67; *Del Rio Prada v. Hiszpania*, skarga nr 42750/09, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 21.10.2013 r., § 125; *Mozer v. Mołdawia i Rosja*, skarga nr 11138/10, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 23.02.2016 r., § 134; *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 91; *Mooren v. Niemcy*, skarga nr 11364/03, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 9.07.2009 r., § 72 i 76.

[116] Por. *Włoch v. Polska*, skarga nr 27785/95, wyrok ETPC z 19.10.2000 r., § 110; *Galliani v. Rumunia*, skarga nr 69273/01, wyrok ETPC z 10.06.2008 r., § 45; *Eminbeyli v. Rosja*, skarga nr 42443/02, wyrok ETPC z 26.02.2009 r., § 44; *Longa Yonkeu v. Łotwa*, skarga nr 57229/09, wyrok ETPC z 15.11.2011 r., § 121.

[117] Por. *Rusu v. Austria*, skarga nr 34082/02, wyrok ETPC z 2.10.2008 r., § 54.

[118] Por. *Nabil i inni v. Węgry*, skarga nr 62116/12, wyrok ETPC z 22.09.2015 r., § 40.

[119] Por. *Włoch v. Polska*, § 116; *Rusu v. Austria*, § 55; *Nabil i inni v. Węgry*, § 40–43.

przypadkach[120]. Stąd też w sprawie *Riad i Idiab v. Belgia* bezprawność detencji wynikała z braku wykonania dwóch orzeczeń sądowych nakazujących zwolnienie skarżących[121].

Zgodnie z orzecznictwem ETPC, artykuł 5 ust. 1 EKPC odnosi się w stosownych przypadkach do innych norm prawnych mających zastosowanie do Państw-Stron, a więc prawa międzynarodowego[122], a także prawa Unii Europejskiej[123]. Zagadnienie interpretacji EKPC w kontekście innych instrumentów prawa międzynarodowego wymagałoby odrębnego opracowania, a postawa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest w tym zakresie ambiwalentna[124]. Z jednej bowiem strony wydał on orzeczenia, w których inne normy prawnomiędzynarodowe są powoływane, a ich treść determinowała ocenę zobowiązań wynikających z EKPC. Na przykład w uzasadnieniach wyroków zapadłych na tle art. 5 ust. 1 f ETPC dość często powołuje się na unormowania zawarte w KPD[125]. W sprawie *Rahimi v. Grecja* ETPC wskazał na art. 3 oraz art. 37 b KPD, które nakładają na Państwa-Strony obowiązek zapewnienia, aby zatrzymanie lub aresztowanie dziecka było zgodne z prawem i zastosowane jako środek ostateczny na możliwie najkrótszy czas[126]. W tym orzeczeniu sędziowie strasburscy stwierdzili, że istnieje szeroki konsensus międzynarodowy – identyfikowany przez ETPC także na tle art. 8 EKPC – który nakazuje, aby we wszystkich decyzjach dotyczących dziecka, pierwszeństwo miała zasada uwzględniania jego najlepszego interesu[127]. Z kolei w sprawie *Amuur v. Francja* ETPC stwierdził, iż środki polegające

---

[120] Dodać należy, że już w sprawie *The Sunday Times v. Zjednoczone Królestwo (nr 1)* ETPC wskazywał na znaczenie wszelkich rodzajów prawa Państwa-Strony, a w tym niepisanego prawa zwyczajowego – skarga nr 6538/74, wyrok ETPC z 26.04.1979 r., § 46–48.

[121] Por. *Riad and Idiab v. Belgia*, § 77–79; z kolei ciekawym przypadkiem rozpatrywanym przez sądy angielskie była sytuacja, w której podstawę prawną pozbawienia wolności migrantów – oprócz załącznika nr 2 do ustawy o imigracji – stanowił ministerialny dokument – *Nadarajah v. Secretary of State for the Home Department* [2003] EWCA Civ 1768, [2004] INLR 139, § 54.

[122] *Medvedyev i inni v. Francja*, § 79; *Takush v. Grecja*, skarga nr 2853/09, wyrok ETPC z 17.01.2012 r., § 40; *Kholmurodov v. Rosja*, skarga nr 58923/14, wyrok ETPC z 1.03.2016 r., § 84.

[123] Por. *Thimothawes v. Belgia*, skarga nr 39061/11, wyrok ETPC z 4.04.2017 r., § 70. *Raza v. Bułgaria*, skarga nr 31465/08, wyrok ETPC z 11.02.2010 r., § 74.

[124] Zob. szerzej. M. Forowicz, *Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford 2010, s. 235.

[125] Choć zwraca się uwagę, że w przypadku innych postanowień konwencji podejście Trybunału do KPD należy określić jako ambiwalentne zob. European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, Luxembourg 2015, s. 30.

[126] Por. *Rahimi v. Grecja*, skarga nr 8687/08, wyrok ETPC z 5.04.2011 r., § 108. Szczegółowe i obszerniejsze odniesienia do art. 37b KPD – zob. G. Van Buerren, *The International Law on The Rights of the Child,* The Hague–Boston–London 1998, s. 206–215.

[127] Por. *Rahimi v. Grecja*, § 109.

na pozbawieniu wolności są akceptowalne jedynie w celu zapobieżenia nielegalnej migracji „przy jednoczesnym przestrzeganiu zobowiązań międzynarodowych wynikających z Konwencji genewskiej dot. statusu uchodźców i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka"[128].

Z drugiej strony nie oznacza to jakiegoś automatyzmu przenoszenia rozwiązań czy standardów prawnomiędzynarodowych na grunt Konwencji. W sprawie *Al-Adsani v. Zjednoczone Królestwo* Trybunał stwierdził, iż EKPC ma być interpretowana w zgodzie z innymi normami prawa międzynarodowego „tak dalece jak to jest możliwe"[129]. Ponadto w orzeczeniu *M.S.S. v. Belgia i Grecja* Trybunał Strasburski słusznie zauważył, że nie jest jego rolą badanie czy Państwa-Strony respektują postanowienia KSU[130]. W konsekwencji w rozległym orzecznictwie ETPC w sprawach detencji cudzoziemców są orzeczenia, których wydźwięk jest znacznie mniej korzystny dla osób poszukujących ochrony międzynarodowej, niż to miało miejsce w sprawie *Amuur v. Francja*. Do takich spraw zaliczyć można wyrok w sprawie *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*. ETPC, aczkolwiek stwierdził naruszenie art. 3 EKPC oraz art. 5 ust. 4 EKPC, to jednak uznał za zgodną z art. 5 ust. 1 lit. f EKPC trwającą około sześciu lat detencję w celu wydalenia osoby, której wniosek o nadanie statusu uchodźcy został odrzucony[131]. W opinii odrębnej do tego wyroku sędzia Pettiti zarzucił Trybunałowi brak kontynuacji rozumowania w sprawie *Amuur v. Francja* i to, że ETPC oparł kontrolę działań państwa wyłącznie na ogólnych zasadach art. 3 i 5 EKPC, nie włączając do ich interpretacji standardów prawa uchodźczego. W tym przypadku istniałoby ku temu uzasadnienie, ponieważ drugi okres pozbawienia wolności skarżącego był związany z wydaleniem i miał podstawę w KSU, której proceduralne aspekty określa art. 32 ust. 2 Konwencji i inne dokumenty UNHCR[132].

Następnie od sprawy *Saadi v. Zjednoczone Królestwo* ETPC w swej praktyce orzeczniczej konsekwentnie odmawia takiej interpretacji art. 5 ust. 1 lit. f Konwencji, która by odpowiadała standardom UNHCR w zakresie wymogu traktowania detencji osób poszukujących ochrony międzynarodowej jako środka ostatecznego[133]. Co prawda, Trybunał odwołał się w tym wyroku do norm międzynarodowego prawa uchodźczego, dowodząc, że detencja osób poszukujących

[128] Por. *Amuur v. Francja*, § 43.

[129] Por. *Al-Adsani v. Zjednoczone Królestwo*, skarga 35763/97, wyrok ETPC z 21.11.2001 r., § 55.

[130] Por. *M.S.S. v. Belgia i Grecja*, § 286.

[131] Por. *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 114–116.

[132] Por. ibidem, § 37, § 61–63.

[133] Chociaż element ten pojawił się już także w sprawie *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 112.

ochrony międzynarodowej jest w prawie uchodźczym dopuszczalna, ale pominął fakt, że wymaga się, aby to był środek stosowany w ostateczności i wobec dolegliwości, jakie on ze sobą niesie, należy go unikać[134]. Przyjęty w tej sprawie pogląd ETPC utrzymuje się od lat pomimo krytyki doktrynalnej[135] i jak zauważyła C. Costello, Trybunał broni pozycji, które większość Państw-Stron Konwencji już opuściła, przyjmując na siebie zobowiązania wynikające z Konwencji dot. statusu uchodźców lub też prawa UE[136].

2.1.2. JAKOŚĆ I PEWNOŚĆ PRAWA

Immanentnym składnikiem konwencyjnego kryterium legalności jest pewność prawa i jego zgodność treściowa z zasadami *rule of law*. Sprowadza się to do oceny, czy z punktu widzenia Konwencji przepisy prawa krajowego są sformułowane w sposób prawidłowy i precyzyjny[137]. Jak to zostało powiedziane w sprawie C*reanga v. Rumunia*, jest istotne, aby w sprawach związanych z pozbawieniem wolności prawo krajowe jasno definiowało przesłanki pozbawienia wolności, a także było przewidywalne w zastosowaniu[138]. Wtedy adresat normy jest w stanie w stopniu odpowiadającym konkretnym okolicznościom przewidzieć konsekwencje swoich działań. Warto w tym miejscu zauważyć, że część sędziów ETPC w opiniach odrębnych w sprawie *Saadi v. Zjednoczone Królestwo* wyraziła pogląd, iż niepewność prawa wprowadził sam Trybunał, interpretując art. 5 ust. 1 lit. f EKPC w taki sposób, że uznaje dopuszczalność detencji cudzoziemca właściwie w każdym momencie procedury ochrony międzynarodowej bez konieczności dowodzenia przez państwo niezbędności takich działań[139].

Dostępność prawa jest w orzecznictwie strasburskim rozumiana przede wszystkim jako opublikowanie przepisów w odpowiednim dzienniku urzędowym[140]. Kryterium to nie jest spełnione, jeśli pozbawienie wolności opiera się

---

[134] Por. UNHCR, Conclusions nr 44, lit. b; KM RE, Rec. (2003)5, *Recommendation to member states on measures of detention of asylum seekers*, 16.04.2003.

[135] Por. m.in. G. Cornelisse, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 308–312; P. Langford, I. Bryan, *The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights*, „Nordic Journal of International Law" 2011, t. 80, nr 2, s. 193–218.

[136] Por. C. Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford 2016, s. 292.

[137] Por. *Rashed v. Republika Czeska*, skarga nr 298/07, wyrok ETPC z 27.11.2008 r.

[138] Por. C*reanga v. Rumunia*, § 101.

[139] Por. zdania częściowo odrębne do wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, a także zdania odrębne sędziów Cassadevala, Traja i Sikuty dołączone do wyroku Izby ETPC w tej samej sprawie – *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, wyrok ETPC z 11.06.2006 r.

[140] Por. *Al-Agha v. Rumunia*, skarga nr 40933/02, wyrok ETPC z 12.01.2010 r., § 89.

na wewnętrznych przepisach dotyczących przekraczania granicy, które nie były publikowane lub udostępnione w inny sposób[141].

W kontekście art. 5 EKPC kryterium odpowiedniej jakości prawa nie jest jedynie odniesieniem do zwrotów właściwych klauzulom limitacyjnym, zawartych w art. 8–11 EKPC, ale też jest powiązane z zasadą rządów prawa stanowiącą wewnętrzną cechę całego systemu konwencji[142]. W związku z tym stawia się prawu krajowemu – a także postępowaniu władz – wymóg wystarczającej dostępności, precyzji i przewidywalności w zastosowaniu pozbawienia wolności[143]. Normy prawne w tym przedmiocie nie mogą mieć charakteru retroaktywnego[144]. W konsekwencji wymogi EKPC przekładają się w tym przypadku na określoną treść prawa, które zarówno od strony materialnoprawnej, jak i proceduralnej, powinno zabezpieczać jednostkę przed arbitralnością[145].

Wymóg precyzji prawa wyprowadzany jest również z art. 9 ust. 1 zdanie trzecie MPPOiP, który jak to podnosi KPC, pozwala uniknąć zbyt szerokiego bądź arbitralnego zastosowania przepisów[146]. Mając powyższe na względzie w systemie uniwersalnym wskazywano, że funkcjonujące w prawodawstwie Państw-Stron Paktu pojęcia „kontroli migracyjnej" czy też „kontroli nad terytorium" jako przesłanki pozbawienia wolności mają zbyt szeroki zakres. Ochrona prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego wymaga węższego zdefiniowania celu uprawnionego, jak również wyliczenia w sposób wyczerpujący precyzyjnie sformułowanych przesłanek zastosowania detencji[147].

Na gruncie europejskim jednym z przykładów braku precyzji prawa jest stan faktyczny w sprawie *M. i inni v. Bułgaria,* kiedy to nakaz deportacji skarżącego nie określał kraju przeznaczenia, ponieważ nie było to wymagane na mocy

---

[141] *Nolan i K. v. Rosja*, op. cit., § 98–99; Border Crossing Guidelines – wprowadzone wewnętrznym order nr 0234 of the Federal Border Service of 4.08.2000. Ten akt prawny został powołany w cytowanym orzeczeniu – § 46.

[142] Por. *K. v. Rosja*, skarga 69235/11, wyrok ETPC z 23.05.2013 r., § 82.

[143] Por. *Bozano v. Francja*, § 54; *H.L. v. Zjednoczone Królestwo*, § 114; *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga v. Belgia,* § 97.

[144] Por. *Amuur v. Francja,* § 53.

[145] Por. *K. v. Rosja,* § 82; *Nolan i K. v. Rosja*, § 98; *Lokpo i Toure v. Węgry*, § 21.

[146] KPC zwracał uwagę zwłaszcza na zbyt szeroki i niejasny zakres takich pojęć, jak bezpieczeństwo narodowe, terroryzm, działalność ekstremistyczna por. *Concluding observations: Sudan*, 19.11.1997, CCPR/C/79/Add. 85, § 13; Mauritius, 27.04.2005, CCPR/CO/83/MUS, § 12; Federacja Rosyjska, 24.11.2009, CCPR/C/RUS/CO/6, § 7; Tanzania, 6.08.2009, CCPR/C/TZA/CO/4, § 12.

[147] WGAD, Report, A/HRC/13/30, § 59;, Recommendation of the UN Working Group on Arbitrary Detention (WGAD), *Report to the Fifty-sixth session of the Commission on Human Rights,* E/CN. 4/2000/4, 28.12.1999, Annex II, Deliberation Nr 5, principle 6, s. 30 (dalej jako Deliberation Nr 5).

prawa krajowego. ETPC stwierdził naruszenie art. 5 ust. 1 lit. f EKPC, ponieważ brak jasności co do kraju przeznaczenia mógł utrudnić skuteczną kontrolę władz w zakresie przeprowadzenia wydalenia[148].

Kwestia przewidywalności prawa nabiera szczególnego znaczenia wszędzie tam, gdzie wchodzą w grę sprawy związane z bezpieczeństwem państwa. ETPC kilkakrotnie wyraził pogląd, iż poziom przewidywalności prawa w takich sprawach nie może być taki sam jak w wielu innych kwestiach[149], co jednak nie oznacza, że jednostka ma być pozbawiona ochrony przed arbitralnością[150]. Pewnym ogólnym standardem jest, iż powoływanie się na przesłankę bezpieczeństwa państwa nie może mieć charakteru hipotetycznego i powinno się odnosić do realnego i bezpośredniego zagrożenia[151]. W wyroku w sprawie *J.N.* TSUE stwierdził, że zastosowanie klauzuli porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego jest możliwe wtedy, gdy chodzi o rzeczywiste i dostatecznie poważne zagrożenie godzące w jeden z podstawowych interesów społeczeństwa lub też bezpieczeństwo wewnętrzne lub zewnętrzne danego państwa członkowskiego[152]. Ponadto władze mają obowiązek sprawdzić w każdym przypadku, czy zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego ze strony cudzoziemca odpowiada wadze ingerencji w wolność osobistą jednostki[153].

Europejska Komisja Praw Człowieka wskazywała, iż zasady precyzji i przewidywalności prawa nie kreują w sposób niezbędny konieczności podawania wyczerpującej i wszechstronnej definicji pojęcia bezpieczeństwa państwa. Słusznie argumentowano bowiem, że ta dziedzina wymaga elastyczności, nieunikniony jest też element większej lub mniejszej niedookreśloności norm prawnych w tym zakresie, a ich interpretacja i zastosowanie jest kwestią praktyki[154].

Europejski Trybunał Praw Człowieka z kolei w swym orzecznictwie przyjął, że wymóg przewidywalności prawa nie idzie tak daleko, aby wymagać od państwa

---

[148] Por. *M. i inni v. Bułgaria*, skarga nr 41416/08, wyrok ETPC z 26.07.2011 r., § 69.

[149] Por. *Al-Agha v. Rumunia*, § 90; *Ahmed v. Rumunia*, § 33; *Leander v. Szwecja*, wyrok ETPC z 26.03.1987 r., § 51; *Al-Nashif v. Bułgaria*, skarga nr 50963/99, wyrok ETPC z 20.06.2002 r., § 121.

[150] Por. *Al-Agha v. Rumunia*, § 90.

[151] Por. KPC, *Aleksandr Belyatsky i inni v. Białoruś*, Communication 1296/2004, CCPR/C/90/D/ 1296/2004, 24.07.2007, § 7.3; *Jeong-Eun Lee v. Republika Korei*, Communication 1119/2002, CCPR/C/84/D/1119/2002, 2.07.2005, § 7.2.

[152] Por. J.N. pkt 65; zob. także *Z.Zh. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie i Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie v. I.* O, C-554/13, wyrok TSUE z 11.06.2015 r., EU:C:2015:377, pkt 60 i przytoczone tam orzecznictwo, w odniesieniu do art. 7 ust. 4 dyrektywy 2008/115/WE; a także *H.T. v Land Baden-Württemberg* (dalej jako T.), C-373/13, 24.06.2015, EU:C:2015:413, pkt 78–79 na tle art. 27 i 28 dyrektywy 2004/38/WE.

[153] Por. J.N., pkt 69.

[154] *Christie v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 21482/93, decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 27.06.1994 r.

stworzenia norm wyliczających w szczegółach zachowania, które mogą uzasadniać decyzję o deportacji cudzoziemca ze względu na zagrożenie bezpieczeństwa państwa. Ze swej natury zagrożenia te mogą mieć różny charakter, często nieoczekiwany i trudny do zdefiniowania z góry[155]. Niemniej jednak w ocenie ETPC owa elastyczność nie powinna wykraczać poza „naturalne granice znaczeniowe", co miało miejsce na przykład w przypadku łączenia tego pojęcia z podejrzeniami o sprowadzanie i handel narkotykami[156] lub też zarzutami związanymi z zaangażowaniem w handel ludźmi[157].

W sprawie *Al-Agha v. Rumunia*, w związku z trwającą 3 lata i pięć miesięcy detencją skarżącego w areszcie na lotnisku ETPC, że aczkolwiek uzasadnienie przedłużania detencji skarżącego miało podstawę w bezpieczeństwie państwa, to jednak nie podjęto wobec niego żadnych działań ani w Rumunii, ani w jakimkolwiek innym państwie, świadczących o udziale w popełnieniu jakiegokolwiek przestępstwa[158]. Ten fragment rozumowania Trybunału wymaga pewnej refleksji. Z jednej strony powołanie się na ochronę bezpieczeństwa państwa powinno mieć uzasadnienie w realnym bezpośrednim zagrożeniu, którego istnienie władza winna udowodnić. Z drugiej strony z tego orzeczenia można wnioskować, że detencja byłaby uzasadniona, gdyby państwo było w stanie zarzucić skarżącemu jakieś działania przestępcze i w tym zakresie podjęto jakieś czynności. W takiej sytuacji należałoby jednak oczekiwać, że skarżący będzie pozbawiony wolności w ramach procedur karnych, nie zaś migracyjnych. Oczywiście określona aktywność cudzoziemca nie jest całkowicie pozbawiona znaczenia dla statusu migracyjnego i może przyczynić się do tego, że cudzoziemiec zostanie uznany za niepożądanego – co zresztą miało miejsce w tym przypadku – ale to nie kto inny jak właśnie sędziowie strasburscy przyjęli, że powody, dla których została wdrożona procedura deportacyjna, są irrelewantne z punktu widzenia art. 5 ust. lit. 1 f EKPC.

W omawianej sprawie ocena detencji jako bezprawnej w rozumieniu EKPC opierała się również na braku podania skarżącemu dodatkowych informacji o faktach leżących u podłoża zarzutów, które w sposób dorozumiany stanowiły powody pozbawienia wolności[159].

Na zgodność z prawem składa się wymóg zindywidualizowanej oceny każdej sprawy, rozumiany jako rzeczywiste badanie jej istoty, co ma stanowić

---

[155] *Al-Nashif v. Bułgaria*, skarga nr 50963/99, wyrok ETPC z 20.06.2002 r., § 121.

[156] Por. C.G. *i inni v. Bułgaria*, skarga nr 1365/07, wyrok ETPC z 24.04.2008 r., § 43.

[157] Por. *Raza v. Bułgaria*, skarga nr 31465/08, wyrok ETPC z 11.02.2010 r., § 53. Por. także orzecznictwo TSUE w sprawie J.N. pkt 66; zob. podobnie wyrok *Land Baden-Württemberg v. Panagiotis Tsakouridis*, C-145/09, EU:C:2010:708, wyrok TSUE z 23.11.2010 r., pkt 43, 44.

[158] Por. *Al-Agha v. Rumunia*, § 91.

[159] Por. ibidem, § 91.

zabezpieczenie jednostki przed ryzykiem samowoli ze strony władz. W konsekwencji kryterium jakości prawa nie spełnia jedynie formalna kontrola sądowa decyzji organów administracyjnych – że skarżący jest osobą niepożądaną – skutkująca automatyzmem kolejnych decyzji o przedłużeniu pozbawienia wolności[160].

W tym miejscu warto podnieść, iż przedmiotem oceny Trybunału strasburskiego były przepisy prawa polskiego dopuszczające detencję osób poszukujących ochrony międzynarodowej w przypadku, gdy istnieje wysokie ryzyko ich ucieczki. Istotne jest, iż prawodawca wprowadził ustawowe domniemanie takiego ryzyka w przypadku przekroczenia lub usiłowania przekroczenia granicy wbrew przepisom prawa, chyba że cudzoziemcy przybyli bezpośrednio z terytorium, na którym ich życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo prześladowania lub ryzyko wyrządzenia poważnej krzywdy, oraz przedstawili wiarygodne przyczyny nielegalnego wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i złożyły wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej niezwłocznie po przekroczeniu granicy (art. 87 ust. 2 pkt 2 u.u.c.o.). W tym kontekście ETPC stwierdził, że art. 5 ust. 1 lit. f EKPC nie zabrania państwom uchwalać przepisów prawa krajowego, które formułują podstawy, na których można orzec pozbawienie wolności migrantów, z należytym uwzględnieniem praktycznych realiów znacznego napływu migrantów oraz osób ubiegających się o azyl[161]. Stąd też Trybunał uznał takie rozwiązanie prawne za co do zasady dopuszczalne, o ile dana osoba ubiegająca się o azyl miała skuteczną możliwość obalenia takiego domniemania[162].

Kwestią powiązaną z przewidywalnością prawa jest określenie ram czasowych pozbawienia wolności[163]. W przypadku detencji cudzoziemców trzeba tu wyróżnić dwa elementy: pierwszym jest określenie prawem maksymalnego dopuszczalnego okresu pozbawienia wolności w ramach procedur ochrony międzynarodowej czy też wydalenia. Drugą kwestią jest wskazanie czasu pozbawienia wolności tego konkretnego cudzoziemca, który powinien być określany w każdym pojedynczym przypadku.

Jako niezgodny z prawem ETPC kwalifikuje brak określenia w prawie krajowym procedur i zasad dotyczących zarządzenia, jak i przedłużenia pozbawienia wolności, a także reguł ustalania czasu jego trwania[164]. W sprawie *Amie v. Bułgaria* ETPC zważył, że w przeciwieństwie do dyrektywy 2008/115/WE Europejska

[160] Por. ibidem, § 93.

[161] Zob. *Z.A. i inni v. Rosja*, § 163.

[162] Por. *Nikoghosyan i inni v. Polska*, skarga nr 14743/17, wyrok ETPC z 3.03.2022 r., § 74.

[163] *Mathloom v. Grecja*, skarga nr 48883/07, wyrok ETPC z 24.04.2012 r., § 71; w sprawie tej ETPC uznał, że doszło także do naruszenia art. 5 ust. 4 EKPC.

[164] Por. *Ergashev v. Rosja*, skarga nr 12106/09, wyrok ETPC z 20.12.2011 r., § 159.

Konwencja Praw Człowieka w art. 5 ust. 1 lit. f – podobnie jak inne traktaty praw człowieka – nie podaje czasokresu maksymalnego trwania detencji; w związku z tym odpowiedź na pytanie, czy długość trwania procesu zmierzającego do wydalenia może mieć znaczenie dla oceny detencji jako zgodnej z prawem bądź też nie, zależy od okoliczności konkretnej sprawy[165]. Również w systemie uniwersalnym detencja nie może mieć charakteru nieograniczonego czasowo[166]; okres jej trwania powinien być rozsądny i wyznaczony przepisami prawa[167]. Przekroczenie tego czasu powinno się wiązać z automatycznym zwolnieniem[168].

W opinii WGAD przepisy prawa krajowego powinny traktować jako sprzeczną z prawem detencję migrantów nieregularnych, jeśli trudności z ich identyfikacją lub wydaleniem nie są od nich zależne. Wśród takich sytuacji można wymienić brak współpracy danego przedstawicielstwa dyplomatycznego lub konsularnego, pozostawanie na terytorium państwa w kontekście zasady *non refoulement* lub inne obiektywne okoliczności (jak np. niedostępność środków transportu), które uniemożliwiają wydalenie[169]. W sprzeczności z tym postulatem stoi na przykład art. 15 ust. 6 lit. b dyrektywy 2008/115/WE; zgodnie z tym przepisem możliwe jest przedłużenie detencji w ramach procedury powrotu o 12 miesięcy

[165] Por. *Amie i inni v. Bułgaria*, skarga nr 58149, wyrok ETPC z 12.02.2013 r., § 72; *Auad v. Bułgaria*, skarga 46390/10, wyrok ETPC z 11.10.2011 r., § 128; natomiast art. 9 dyrektywy 2013/33/UE należy interpretować w ten sposób, że nie wymaga on, by państwa członkowskie ustanowiły maksymalny okres zatrzymania, pod warunkiem że ich prawo krajowe gwarantuje, iż zatrzymanie jest stosowane jedynie dopóty, dopóki ma zastosowanie uzasadniająca je podstawa, oraz że postępowania administracyjne związane z tą podstawą są prowadzone starannie – por. TSUE, *FMS i inni*, pkt 266.

[166] Por. następujące Concluding Observations KPC: Kanada, CCPR/C/CAN/CO/6, 20.07.2015, pkt 12; Malta 2014, CCPR/C/MLT/CO/2, 21.11.2014, pkt 16; Szwecja 2009, CCPR/C/SWE/CO/6, 7.05.2009, § 17. Por. także art. 16 Konwencji o ochronie pracowników migrujących.

[167] Por. Concluding Observations KPC: Kanada 2015, CCPR/C/CAN/CO/6, 20.07.2015, § 12; Korea 2015 CCPR/C/KOR/CO/4, 3.12.2015, § 39; Malta 2014, CCPR/C/MLT/CO/2, § 14; Zjednoczone Królestwo 2015, CCPR/C/GBR/CO/7, 17.08.2015, § 21. Por. Concluding Observations KPT: Australia 2014, CAT/C/AUS/CO/4-5, 23.12.2014, § 16; Belgia 2003, CAT/C/CR/30/6, 23.01.2003, § 7 e; Cypr 2014, CAT/C/CYP/CO/4, 16.06.2014, § 16–17, § 19; Estonia 2002, CAT/C/CR/29/5, 23.12.2002, § 6 lit. g; Łotwa 2004, CAT/C/CR/31/3, 5.02.2004, § 7 e; Królestwo Niderlandów 2013, CAT/C/NLD/CO/5-6, 20.06.2013 – w przypadku Królestwa Niderlandów Komitet wyrażał troskę o brak restrykcyjnego podejścia do terminów przewidzianych w dyrektywie 2008/115/WE, § 15; Nowa Zelandia 2015 CAT/C/NZL/CO/6, 2.06.2015, § 18 c; Szwajcaria 2010, CAT/C/CHE/CO/6, 25.05.2010, § 13; Zjednoczone Królestwo 2013, CAT/C/GBR/CO/5, 24.06.2013, § 30 c; KPT wzywał do unikania nieograniczonej czasowo detencji bezpaństwowców por. Concluding Observations, Australia 2008, CAT/C/AUS/CO/3, 22.05.2008, § 11.

[168] Por. WGAD, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, 18.12.1998, E/CN. 4/1999/63, Gwarancja 10, § 69.

[169] Por. WGAD, Annual Report, A/HRC/10/21, 16.02.2009, § 67.

w sytuacji opóźnień w uzyskiwaniu niezbędnej dokumentacji od państw trzecich. Natomiast odzwierciedleniem stanowiska WGAD jest z kolei art. 9 ust. 1 dyrektywy 2013/33/UE stanowiący, że opóźnienia w postępowaniu administracyjnym, których nie można przypisać wnioskodawcy, nie mogą być uzasadnieniem dla przedłużenia zatrzymania.

2.1.3. PROCEDURALNY WYMIAR ZGODNOŚCI Z PRAWEM

Wśród gwarancji determinujących zgodność detencji z prawem wymienia się odnotowanie lub inne stosowne udokumentowanie pozbawienia wolności[170], a także zapewnienie dostępu do pomocy prawnej[171]. W ocenie ETPC brak udokumentowania zatrzymania musi być uważany za poważne naruszenie art. 5 Konwencji, a brak zarejestrowania tego faktu jest całkowitym zaprzeczeniem gwarancji w nim zawartych. Brak takich danych jak data, godzina i miejsce zatrzymania, nazwisko zatrzymanego, przyczyny pozbawienia wolności oraz nazwisko osoby za nie odpowiedzialnej, muszą być postrzegane jako niezgodne z wymogiem zgodności z prawem oraz z samym celem art. 5 Konwencji[172], którym jest ochrona jednostki przed arbitralnością[173]. Treść art. 9 MPPOiP implikuje, aby pozbawienie wolności odbywało się zgodnie z procedurą przewidzianą

---

[170] *Kurbonov v. Tadżikistan*, Communication Nr 1208/2003, CCPR/C/86/D/1208/2003, 16.03.2006, § 6.5; por. art. 17 § 2 d Międzynarodowej Konwencji w Sprawie Ochrony Wszystkich Osób przed Wymuszonym Zaginięciem, który stanowi że każda osoba pozbawiona wolności będzie miała prawo do porozumiewania się oraz do widzeń z rodziną, pełnomocnikiem lub inną wybraną osobą, zastrzeżeniem spełnienia warunków określonych przepisami prawa, a w przypadku cudzoziemca – prawo do porozumiewania się z jego władzami konsularnymi zgodnie z właściwym prawem międzynarodowym.

[171] Por. KPC, *Aleksandr Butovenko v. Ukraina*, Communication Nr 1412/2005, CCPR/C/102/D/1412/2005, 19.07.2011, § 7.6.

[172] Por. *Shchebet v. Rosja*, skarga nr 16074/07, wyrok ETPC z 12.06.2008 r., § 63; *Fedotov v. Rosja*, skarga nr 5140/02, wyrok ETPC z 25.10.2005 r., § 78; *Menesheva v. Rosja*, skarga nr 59261/00, wyrok ETPC z 9.03.2006 r., § 87. Na przykład w Irlandii władze nie prowadziły żadnego rejestru pozbawionych wolności w tzw. pokoju zatrzymań (*holding room*) w strefie międzynarodowej lotniska w Dublinie – por. CPT, *Report to the Government of Ireland on the visit to Ireland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 16 to 26 September 2014*, CPT/Inf (2015) 38, Strasbourg 2015, § 18.

[173] Por. *Amuur v. Francja*, § 50; *Nassruloyev v. Rosja*, skarga nr 656/06, wyrok ETPC z 11.10.2007 r., § 70; *M.A. v. Cypr*, § 197; *Čonka v. Belgia*, skarga nr 51564/99, wyrok ETPC z 5.02.2002 r., § 39; *Shamayaev i inni v. Gruzja i Rosji*, skarga nr 36378/02, wyrok ETPC z 12.04.2005 r., § 397; *Gruzja v. Rosja* (nr 1), skarga nr 13255/07, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 3.07.2014 r., § 182; *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 67; *A. i inni v. Zjednoczone Królestwo*, § 164; *Mooren v. Niemcy*, § 77; *Creanga v. Rumunia*, § 84; *Douiyeb v. Królestwo Niderlandów*, skarga nr 31464/96, wyrok Wielkiej Izby ETPC 4.08.1999 r.; *Erkalo v. Królestwo Niderlandów*, skarga nr 23807/94, wyrok ETPC z 2.09.1998 r., § 52; *Mohd v. Grecja*, skarga nr 11919/03, wyrok ETPC z 27.04.2006 r., § 20.

prawem, jak również w zgodzie z regulacjami przewidującymi odpowiednie normy kompetencyjne[174]. Nawet jeśli precyzyjnie określono okoliczności, w jakich może dojść do pozbawienia wolności cudzoziemca, standard zgodności z prawem nie jest dotrzymany, jeśli niejasne pozostaje, który organ, w jakim terminie i przez jaki czas może takiego zatrzymania dokonać. Równocześnie też przepisy prawa krajowego powinny określać zasady i podmioty odpowiedzialne za podejmowanie decyzji o przedłużeniu detencji[175], miejsce pozbawienia wolności[176] oraz w jakich sytuacjach pozbawiony wolności musi być doprowadzony do sądu[177].

W tym miejscu warto poświęcić kilka zdań relacji pomiędzy legalnością pozbawienia wolności a naruszeniami proceduralnymi, choć ten aspekt zostanie jeszcze szerzej omówiony w kontekście kontroli sądowej. Brak właściwej kontroli sądowej pozbawienia wolności stanowi naruszenie art. 5 ust. 4 EKPC; jednakże sytuacja ta powoduje, iż detencja ze względu na jej arbitralny charakter może być potraktowana jako sprzeczna z prawem w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. f[178]. Tak było np. w sprawie *Galliani v. Rumunia* kiedy to Trybunał dopatrzył się naruszenia tego przepisu EKPC ze względu na braku efektywności ogólnych środków zaskarżenia aktów administracyjnych w przypadku osoby zagrożonej pilnym czy wręcz natychmiastowym wydaleniem[179].

Wskazany związek nie jest jednak regułą. Zdarzyły się już sytuacje, gdy ETPC uznawał, że działania państwa były zgodne z art. 5 ust. 1 lit. f, ale doszło do naruszenia standardów art. 5 ust. 4 i art. 13 EKPC[180]. Jak to stwierdził ETPC w sprawie *Firoz Muneer v. Belgia* „fakt, że nie stwierdzono naruszenia wymogów

---

[174] KPC, *Maksudov i inni v. Kirgistan*, Communication 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006, 1477/2006, CCPR/C/93/D/1461,1462,1476&1477/2006, 16.07.2008, § 12.2; por. M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl 2005, s. 224.

[175] Por. KPC, *Gridin v. Rosja*, Communication Nr 770/1997, CCPR/C/69/D/770/1997, 20.07.2000, § 8.1.

[176] Por. *Umarova v. Uzbekistano*, Communication Nr 1449/2006, CCPR/C/100/D/1449/2006, 3.11.2010, § 8.4: por. art. 17. § 2 c) Konwencji dot. ochrony przed wymuszonymi zaginięciami stanowi, że każda osoba pozbawiona wolności będzie przebywała wyłącznie w miejscach kontrolowanych i oficjalnie do tego przeznaczonych.

[177] Por. *Gómez Casafranca v. Peru*, Communication Nr 981/2001, CCPR/C/78/D/981/2001, 22.07.2003, § 7.2.

[178] Por. np. tożsamość zarzutów na tle art. 5 ust. 1 oraz art. 5 ust. 4 EKPC w sprawie *Barjamaj v. Grecja*, skarga nr 36657/11, wyrok ETPC z 2.05.2013 r., § 46.

[179] Por. *Galliani v. Rumunia*, § 47; *Navarra v. Francja*, skarga nr 13190/87, wyrok ETPC z 23.11.1993 r., § 24; *Aquilina v. Malta*, skarga nr 25642/94, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29.04.1999 r., § 39.

[180] Por. *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 112–121, a także opinia odrębna sędziów Martensa i Palma.

art. 5 ust. 1, nie zwalnia z kontroli przestrzegania ustępu 4", ponieważ w istocie są to dwa odrębne unormowania; poszanowanie jednego z nich nie musi oznaczać, że nie naruszono tego drugiego[181]. Pozbawienie wolności wykraczające poza kilka dni, które nie zostało orzeczone przez sąd, sędziego lub inną osobę uprawnioną do sprawowania władzy sądowej, nie może być uznane za „zgodne z prawem" w rozumieniu art. 5 ust. 1 EKPC[182]. Chociaż przesłanka ta nie została wprost ujęta w art. 5 ust. 1, można ją wyinterpretować z art. 5 jako całości. Ponadto gwarancja *habeas corpus* zawarta w art. 5 ust. 4 EKPC również wspiera pogląd, iż pozbawienie wolności przedłużające się ponad okres przewidziany w ust. 3, wymaga interwencji „sądu" jako gwarancji przeciwko arbitralności[183]. Przetrzymywanie osób w strefie tranzytowej przez nieokreślony i nieprzewidywalny czas, bez umocowania decyzji o pozbawieniu wolności w przepisach prawa oraz bez prawomocnego orzeczenia sądowego, jest sam w sobie sprzeczny z zasadą bezpieczeństwa prawnego, która jest wpisana w Konwencję i która stanowi jeden z podstawowych elementów państwa prawa[184]. W wyroku *Saadi v. Zjednoczone Królestwo* Trybunał zasugerował, że zatrzymanie administracyjne bez zezwolenia sądowego byłoby mniej akceptowalne, gdyby trwało dłużej[185].

Zastosowanie pozbawienia wolności niejako w pierwszej kolejności wymaga stworzenia i przestrzegania precyzyjnych norm kompetencyjnych w zakresie samej decyzji o pozbawieniu wolności. W sprawie *Lokpo i Toure v. Węgry* Trybunał uznał, że przedłużenie detencji, które wynika z braku działania po stronie organu państwa – a w istocie jego milczenia – nie spełnia konwencyjnego kryterium zgodności z prawem[186].

Ponadto zgodność z prawem jest powiązana z obowiązywaniem szeregu norm prawnych nakładających na organy państwa obowiązek dokonania całego szeregu czynności w trakcie wykonywania tej decyzji, a więc np. przeprowadzenia badań medycznych[187]. Egzemplifikacją tego stanu rzeczy może być sprawa

---

[181] Por. *Firoz Muneer v. Belgia*, skarga nr 56005/10, wyrok ETPC z 11.04.2013 r., § 76; *Kolompar v. Belgia*, skarga nr 11613/85, wyrok ETPC z 24.09.1992 r., § 45.

[182] Por. *Shamsa v. Polska*, § 59.

[183] *Shamsa v. Polska*, § 59 z powołaniem się na sprawę *Baranowski v. Polska*, wyrok ETPC z 28.03.2000 r.

[184] Por. *Shamsa v. Polska*, § 58.

[185] D. Wilsher, *Immigration Detention and the common European Asylum Policy…*, s. 401.

[186] Por. *Lokpo i Toure v. Węgry*, § 23–24.

[187] Zgodnie z art. 413 u.c. każdego cudzoziemca przyjętego do ośrodka detencyjnego poddaje się badaniom lekarskim oraz w razie potrzeby zabiegom sanitarnym. Co interesujące, poza kwestią prowadzenia dokumentacji medycznej, w ustawie nie uregulowano samego trybu przeprowadzania takich badań. W przypadku zatrzymania cudzoziemca przez Straż Graniczną art. 11 ust. 3 ustawy o straży granicznej nakłada obowiązek poddania cudzoziemca badaniom

R (D) v. Secretary of State for the Home Department. W tym przypadku sąd uznał, że zaniedbanie przeprowadzenia badań medycznych w terminie 24 godzin od momentu przybycia cudzoziemca do ośrodka detencyjnego[188] nie przesądza o tym, że pozbawienie wolności było bezprawne, chyba że zainteresowany mógł wykazać, że mogłoby to doprowadzić do jego wcześniejszego zwolnienia[189]. Tytułem komentarza warto zauważyć, że badania medyczne mogą o tym przesądzić, jeśli na przykład prowadziłyby do ustalenia, iż cudzoziemiec jest dzieckiem lub też ofiarą tortur[190]. W ocenie sądu krajowego, który orzekał w tej sprawie, są przepisy proceduralne, których przekroczenie czyni detencję bezprawną, i takie regulacje, którym uchybienie nie wywołuje skutku bezprawności. Decydujące znaczenie powinna mieć tutaj konstrukcja aktu prawnego i jego treść. Zdaniem sądu czytelnym rozróżnieniem jest podział wymagań na takie, które decydują w ogóle o tym, czy dana osoba jest pozbawiona wolności oraz na wymagania dotyczące warunków przebywania w miejscu detencji[191]. Wydaje się, że to rozumowanie można zastosować na gruncie EKPC, a więc naruszenie reguł proceduralnych może wpływać na bezprawność pozbawienia wolności poprzez zaistnienie związku przyczynowo-skutkowego między naruszeniem a pozbawieniem wolności[192]. Jednocześnie trzeba zauważyć, że niektóre elementy, takie jak np. naruszenie norm dotyczących przedłużania detencji, są przez organy strasburskie kwalifikowane jako sprzeczne z prawem nie tyle ze względu na brak legalności proceduralnej, co ze względu na ich arbitralność[193].

Jednym z orzeczeń ETPC analizował kwestię, czy detencja była zgodna z procedurą przewidzianą przez prawo w świetle argumentów stron, iż przechwycenie skarżącego w Kenii bezpośrednio przed przekazaniem go tureckim urzędnikom na pokładzie samolotu na lotnisku w Nairobi było wynikiem działań tureckich urzędników, które naruszyły suwerenność Kenii i prawo międzynarodowe (jak

lekarskim w razie uzasadnionej potrzeby. Tryb tych badań jest ustalony w Rozporządzeniu MSWiA z 27.06.2002 r. w sprawie trybu przeprowadzania badań lekarskich osób zatrzymanych przez funkcjonariuszy Straży Granicznej (Dz.U. z 2002 r. Nr 98, poz. 893).

[188] Jest to obowiązek władz przewidziany w Detention Centre Rules 2001 r. SI 2001 /238, § 34 ust. 1 – tekst publikowany https://www.legislation.gov.uk/uksi/2001r./238/part/II/crossheading/health-care [dostęp: 20.02.2022], – por. *SK (Zimbabwe) v. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 23 (25.05.2011), § 69.

[189] Por. *SK (Zimbabwe) v. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 23 (25.05.2011), § 70.

[190] Por. np. *Mahamed Jama v. Malta*, § 31.

[191] *SK (Zimbabwe) v. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 23 (25.05.2011), § 71.

[192] Por. B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo…*, op. cit., s. 52.

[193] Por. *Egue v. Francja*, skarga nr 11256/84, decyzja EKPC z 5.09.1988 r.

twierdził skarżący) czy też współpracy między władzami tureckimi i kenijskimi w przypadku braku traktatu o ekstradycji między Turcją a Kenią, ustanawiającego formalną procedurę (jak podniósł rząd)[194]. Ostatecznie dla Trybunału przekonujący był argument, że co prawda władze Kenii nie aresztowały skarżącego, ale dokonały jego izolacji od ambasadora Grecji, wystosowały protest do rządu Grecji w związku z jego zaangażowaniem w nielegalny wjazd skarżącego na terytorium Kenii[195].

2.2. DOPUSZCZALNE PRZYPADKI POZBAWIENIA WOLNOŚCI

2.2.1. NIELEGALNE WKROCZENIE NA TERYTORIUM PAŃSTWA

W myśl art. 5 ust. 1 lit. f EKPC dopuszczalne jest zgodne z prawem pozbawienie wolności w celu zapobieżenia nielegalnemu wjazdowi lub przeprowadzenia deportacji lub ekstradycji. Cele te zawarte są nie tylko w art. 5 ust. 1 lit. f EKPC, ale też w punkcie 9.1.4 Rezolucji 1707 (2010) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy[196] oraz art. 6.1 Dwudziestu wytycznych dotyczących powrotów przymusowych[197]. W tekście Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych w ogóle nie wskazano takich wyjątków, jednak KPC podkreśla, że prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego nie ma charakteru absolutnego, a pozbawienie wolności w sytuacjach związanych z kontrolą migracyjną jest dopuszczalne, na co wskazują także *travaux preparatoires*[198].

Odnosząc się do zapobieżenia nielegalnemu wjazdowi, należy podnieść, że po raz pierwszy przesłanka ta była analizowana przez Trybunał strasburski w sprawie *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*[199]. Kluczowe w okolicznościach tego stanu faktycznego była odpowiedź na pytanie o moment – a szerzej

[194] Por. *Öcalan v. Turcja*, skarga nr 46221/99, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 12.05.2005 r., § 93.

[195] Por. ibidem, § 94–97.

[196] Por. ZP RE, Rezolucja 1707 (2010), pkt 9.1.4.

[197] W dokumencie tym expressis verbis wymaga się, aby pozbawienie wolności w celu wykonania decyzji o wydaleniu było zgodne z procedurą przewidzianą przez prawo – por. KM RE, Twenty guidelines…, wytyczna 6.1.

[198] Por. także stanowisko WGAD, A/HRC/13/30, § 58; warto nadmienić, że w trakcie prac Komisji Praw Człowieka w 1947 r. przedstawiciel Zjednoczonego Królestwa przedstawił projekt Międzynarodowej Karty o Prawach Człowieka, którego art. 10 § 4 iv stanowił: powyższe gwarancje nie będą miały zastosowania do zgodnego z prawem pozbawienia wolności w celu zapobieżenia jego nielegalnemu wejściu na terytorium państwa, E/CN. 4/AC. 1/4, 5.06.1947; por. także *Report of the Drafting Committee* [on an International Bill of Rights] to the Commission on Human Rights, 21.05.1948, E/CN. 4/95, s. 20.

[199] *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 62–65.

okoliczności – w których legalizacja wjazdu cudzoziemca następuje. Analizę tej części przepisu art. 5 ust. 1 lit. f Wielka Izba ETPC rozpoczęła od wyjaśnienia przyjętych w tym przypadku reguł wykładni, odwołując się w tym zakresie do przepisów art. 31–33 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów[200] i swojego orzecznictwa. Przywołała zatem najpierw konieczność ustalenia zwykłego znaczenia, jakie należy nadać słowom w ich kontekście oraz w świetle przedmiotu i celu danego traktatu[201]. Stwierdzono przy tym, iż celem EKPC jest skuteczna ochrona praw jednostki, a traktat ten należy czytać jako całość, jak również interpretować w taki sposób, aby zachować wewnętrzną spójność i harmonię między jego różnymi postanowieniami[202]. Następnie wskazano, że niezbędne jest wzięcie pod uwagę wszelkich istotnych przepisów i zasad prawa międzynarodowego mających zastosowanie pomiędzy Państwami-Stronami[203]; ten fragment orzeczenia zamyka powołanie się na możliwość sięgnięcia po źródła pomocnicze w sytuacji, gdy wynik zastosowanej interpretacji prowadzi do dwuznaczności lub do rezultatu nierozsądnego lub absurdalnego[204].

Poczyniwszy te uwagi, Wielka Izba ETPC wskazała, że – co oczywiście jest stałym elementem całego case law w przypadku prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego – celem całego art. 5 EKPC jest ochrona wolności jednostki przed arbitralnym pozbawieniem wolności. Niemniej jednak Trybunał zważył, iż analizowany przepis stanowi wyjątek i odzwierciedla niezaprzeczalne prawo państwa do kontroli nad wjazdem i pobytem cudzoziemców na jego terytorium, które powinno być wykonywane zgodnie ze standardami praw człowieka[205]. Niezbędnym elementem tego prawa jest umożliwienie Państwom-Stronom pozbawienia wolności cudzoziemców, którzy złożyli wniosek o pozwolenie na wjazd, czy to w drodze ubiegania się o ochronę międzynarodową, czy też nie. Taką konkluzję zdaniem Trybunału wspiera także wyrok w sprawie *Amuur v. Francja*, z którego – w moim przekonaniu w sposób jedynie pośredni – wynika, że zatrzymanie osób ubiegających się o ochronę międzynarodową może być zgodne art. 5 ust. 1 lit. f EKPC[206].

---

[200] Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, 23.05.1969 (Dz.U. 1990 Nr 74, poz. 439).

[201] Por. *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 62; Trybunał powołał się tu m.in. na swoje orzeczenie w sprawie *Golder v. Zjednoczone Królestwo*, § 29; artykuł 31 ust. 1 Konwencji wiedeńskiej.

[202] Por. *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 62.

[203] Por. zacytowane przez ETPC wyroki w sprawie *Al-Adsani v. Zjednoczone Królestwo*, op. cit., § 55; *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irlandia*, skarga 45036/98, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 30.06.2005 r., § 150; art. 31 ust 3 lit. c) Konwencji wiedeńskiej.

[204] Por. *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 62 in fine.

[205] Por. m.in. *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 64; *Amuur v. Francja*, § 41; *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 71; *Abdulazziz, Cabales, Balkandali v. Zjednoczone Królestwo*, § 67–68; MTPC, *Velez Loor v. Panama*, § 97; MTPC, Opinia doradcza, OC-18/03, § 168.

[206] Por. *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 64 in fine.

Po tych rozważaniach Trybunał przyjął pogląd, który został utrwalony w późniejszym orzecznictwie, iż w sytuacji gdy cudzoziemiec złożył wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej, legalizacja pobytu nie nastąpi dopóki takiej decyzji nie podejmie Państwo-Strona. Zatem samo zgłoszenie się cudzoziemca do władz migracyjnych nie legalizuje jego pobytu, niezależnie od tego, czy chodzi o udzielenie ochrony międzynarodowej, czy inną formę legalizacji[207]. Na tej podstawie Trybunał przyjął, iż pobyt irackiego Kurda na terytorium Zjednoczonego Królestwa był nielegalny, a tym samym pozbawienie wolności zastosowano w celu zapobieżenia nielegalnemu wjazdowi.

Ten element rozumowania Trybunału został skrytykowany w opiniach odrębnych, jako niedający się pogodzić z zasadą rozróżniania pomiędzy osobami poszukującymi ochrony międzynarodowej a migrantami w ogóle[208]. Sędziowie w opinii odrębnej odnosili się także do odmiennego poglądu, prezentowanego w tej kwestii przez KPC. W ocenie tego ostatniego cudzoziemiec, który wjedzie na terytorium państwa niezgodnie z przepisami, ale przedstawi wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej, jest uznawany za przebywającego w danym kraju zgodnie z prawem[209]. Brak legalności wjazdu oznacza, iż państwo nie udzieliło zgody cudzoziemcowi na wjazd lub pobyt. Okoliczność ta jednak nie wyłącza całkowicie możliwości, że państwo będzie tolerowało fizyczną obecność danego cudzoziemca ze względu na treść norm prawa międzynarodowego czy UE, o czym będzie jeszcze mowa, i ten element pojawił się w orzecznictwie ETPC. Tolerowanie pobytu osób poszukujących ochrony międzynarodowej do czasu rozpatrzenia ich wniosku jest także przedmiotem Rekomendacji

[207] Por. ibidem, § 65; *Suso Musa v. Malta*, skarga nr 42337/12, wyrok ETPC z 23.07.2013 r., § 90. W tej ostatniej sprawie skarżący oraz Międzynarodowe Stowarzyszenie Prawników powoływali się tu m.in. na treść dyrektywy 2008/115/WE, 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 wyłączne wobec osób zatrzymanych lub ujętych, które przekroczyły granice państwa w sposób niezgodny z prawem – por. *Suso Musa v. Malta*, § 82; zob. A. Baldaccini, *The Return and Removal of Irregular Migrants under the EU Law: An Analysis of Returns Directive*, „International Journal of Migration and Law" 2009, t. 11, nr 1, s. 1–17.

[208] Por. drugi akapit częściowo odrębnej opinii sędziów Ch. Rozakisa, F. Tulkens, A. Kovlera, K. Hajiyeva, D. Spielmanna, P. Hirvelä.

[209] W akapicie trzecim opinii sędziowie argumentowali, że zgodnie z orzecznictwem KPC cudzoziemiec, który wjedzie na terytorium państwa niezgodnie z przepisami, ale przedstawi wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej (*duly presented asylum application*), jest uznawany za przebywającego w danym kraju zgodnie z prawem por. KPC, *General Comment No. 27, Freedom of movement (art. 12)*, CCPR/C/21/Rev. 21/Add. 9, § 4; *Celepli v. Szwecja*, Communication Nr 456/1991, CCPR/C/51/D/456/1991, 18.07.1994, § 9.2.

Komitetu Ministrów R (81) 16[210]; zgodnie z jej paragrafem 4 do momentu rozpatrzenia wniosku o udzielenie ochrony przez odpowiednią władzę wnioskodawca powinien móc pozostawać na terytorium państwa, chyba że zostanie ustalone, iż wniosek jest wyraźnie oparty na podstawach niezwiązanych z azylem, w szczególności że jest oszukańczy lub nie ma związku z ustanowionymi kryteriami przyznania statusu uchodźcy.

Prawo uchodźcze nie odnosi się do kwestii zapobieżenia nielegalnemu wjazdowi czy też deportacji, natomiast detencja powinna być stosowana tylko jeśli to niezbędne: 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 publicznego[211].

Kluczowym założeniem, czynionym na podstawie art. 26 i 31 KSU jest, że jeśli osoba poszukująca ochrony międzynarodowej rozpocznie tę procedurę w danym państwie, jej pobyt staje się uregulowany (*regularized*)[212]. UNHCR argumentował w niniejszej sprawie, że co prawda nie jest to pełne prawo pobytu, ale czasowe zezwolenie na przebywanie w danym państwie na czas ubiegania się o ochronę międzynarodową[213].

W doktrynie podnoszono także, iż podejście prezentowane przez ETPC w sprawie *Saadi v. Zjednoczone Królestwo* jest mocno wątpliwe z punktu widzenia prawa UE i wprowadza element niepewności[214]. Zgodnie z motywem dziewiątym dyrektywy 2008/115/WE obywatela państwa trzeciego, który stara się o azyl, nie należy traktować jako osobę nielegalnie przebywającą na terytorium państwa członkowskiego, do czasu wejścia w życie decyzji odmownej w sprawie wniosku o azyl, lub decyzji o odebraniu mu prawa do pobytu jako osobie ubiegającej się o azyl. Z kolei zgodnie z art. 9 ust. 1 dyrektywy 2013/32/UE, państwa członkowskie powinny zapewnić, aby osoby ubiegające się o ochronę

[210] Por. KM RE, Recommendation Nr R (81) 16 of the Committee of Ministers to member States on the harmonisation of national procedures relating to asylum, 5.11.1981, § 4.

[211] Por. *UNHCR*, *Detention Guidelines*…, wytyczna 3; Conclusions nr 44, lit. b.

[212] Por. C. Costello, Y. Ioffe, T. Büchsel, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, Research Paper No. 34, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), July 2017, s. 48, https://www.refworld.org/reference/lpprs/unhcr/2017/en/122597 [dostęp 20.03.2024].

[213] UNHCR Intervention before the European Court of Human Rights in the case of *Saadi v. United Kingdom* App. no 13229/03, ECHR, 30.03.2007.

[214] Por. AIDA, *The Legality of Detention of Asylum Seekers under the Dublin III Regulation, AIDA Legal Briefing nr* 1, czerwiec 2015, s. 7; C. Costello, *The Human Rights of Migrants*…, op. cit., s. 296–297; por. L. May, *Habeas Corpus as Jus Cogens in International Law*, „Criminal Law and Philosophy" 2010, t. 4, s. 259.

międzynarodową miały prawo do pozostawania na ich terytorium. To pozwolenie ma charakter czasowy, a prawo do pozostawania cudzoziemca na terytorium państwa nie oznacza uprawnienia do otrzymania zezwolenia na pobyt.

Wydaje się istotne poczynienie w tym miejscu kilku komentarzy. Mianowicie pomimo istotnych zbieżności w postrzeganiu przez UE i Radę Europy praw jednostki jako fundamentu demokratycznych społeczeństw, jak również znaczenia EKPC dla Karty Praw Podstawowych porządek prawny UE jest jednak bytem odrębnym w stosunku do systemu Konwencji, zwłaszcza że nie wszystkie Państwa-Strony są członkami UE. Rzeczywiście w sprawach migracyjnych niekiedy dzieje się tak, iż obecnie przyjmowany sposób interpretacji EKPC gwarantuje niższy w stosunku do prawa UE poziom ochrony cudzoziemców, co z kolei przysparza Trybunałowi luksemburskiemu problemów interpretacyjnych[215]. Niewątpliwie też prowokuje to do pytań, czy rzeczywiście tak być powinno, natomiast wydaje się, iż zbyt daleko idące jest argumentowanie, że treść prawa UE powinna być kryterium prawidłowości interpretacji Konwencji. Jednocześnie być może warto rozważyć, że – z zastrzeżeniem bezpośredniej stosowalności dyrektyw przy braku ich odpowiedniego wdrożenia – dyrektywy nakładają obowiązek uregulowania określonych kwestii w prawie krajowym, co państwa czynią w ramach własnych porządków prawnych i na sposób, który im odpowiada. W konsekwencji zezwolenie na wjazd lub pobyt pozostaje w gestii danego państwa i w tym zakresie twierdzenie ETPC nie jest pozbawione słuszności. Jak to zostanie jeszcze powiedziane, bardziej problematyczne z punktu widzenia ochrony praw cudzoziemców wydają się inne elementy orzecznictwa Trybunału.

ETPC podtrzymał swój pogląd w kolejnych orzeczeniach, stwierdzając, że kwestia ustalenia, kiedy art. 5 ust. 1 lit. f przestaje mieć zastosowanie, pozostaje w większości przypadków zależna od prawa krajowego[216]. Kluczowe na tym tle zdaje się sformułowanie „w większości przypadków", ponieważ w innych orzeczeniach, gdzie przedmiotem orzekania było pozbawienie wolności w celu deportacji, ETPC pośrednio formułował prawo cudzoziemców do pozostawania na terytorium państwa, które wynikało z prawa uchodźczego. Stwierdził on mianowicie, iż część art. 5 ust. 1 lit. f dotycząca deportacji nie może być stosowana w stosunku do osób poszukujących ochrony międzynarodowej w sytuacji, gdy zarówno prawo krajowe, jak i KSU wykluczają możliwość wydalenia osoby poszukującej ochrony, zanim zostanie podjęta decyzja w sprawie jej

[215] Szerszy komentarz zob. G. Cornelisse, *The Constitutionalisation of Immigration Detention: Between EU Law and the European Convention on Human Rights*, Global Detention Project Working Paper, październik 2016, s. 10–12; zob. także np. M. Łysienia, *Seeking Convergence…*, op. cit., s. 286–287.

[216] Por. *Suso Musa v. Malta*, § 97; *Mahamed Jama v. Malta*, § 138.

wniosku[217]. Z przedstawionej tu strasburskiej interpretacji EKPC wynika, że o ile państwo nie przyjmie korzystniejszych regulacji – np. w wyniku zobowiązań UE – osoby poszukujące ochrony międzynarodowej mogą być zatrzymane w celu zapobieżenia nielegalnemu wjazdowi, pomimo że prawo uchodźcze reguluje tę kwestię inaczej. Natomiast z drugiej strony ETPC twierdził, że osoby takie nie mogą być poddane pozbawieniu wolności w celu wydalenia, bo takie są regulacje prawa uchodźczego. Na tle innych spraw stawiano też Trybunałowi zarzut, że kiedy miał ku temu okazję, nie potępił jednoznacznie praktyki polegającej na pozbawianiu wolności osób poszukujących ochrony międzynarodowej tylko ze względu na złożenie wniosku[218]. Zostawiając kwestię samej legalności pobytu osób składających wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej, trzeba zauważyć, że w dokumentach prawa uchodźczego dopuszcza się stosowanie detencji ze względu na ochronę porządku publicznego[219]. To ostatnie pojęcie obejmuje następujące sytuacje: a. zapobieżenie ucieczce lub prawdopodobieństwo braku współpracy, b. pozbawienie wolności w związku z przyśpieszonymi procedurami dla wniosków oczywiście bezpodstawnych, c. dla wstępnej identyfikacji lub w związku z weryfikacją pod kątem bezpieczeństwa, d. w celu ustalenia okoliczności, w kontekście przesłuchania wstępnego, elementy, na których opiera się wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej, a których nie można było uzyskać w przypadku braku zatrzymania[220].

Można zatem stwierdzić, że na gruncie samej EKPC zakres swobody decyzyjnej państwa w zakresie zezwolenia na wjazd jest szeroki, natomiast jeśli władze wprowadzają określone regulacje ze względu na inne przepisy, np. prawa UE, ulega on zawężeniu. Tak też ten problem jest widziany przez ETPC w orzeczeniu *Suso Musa v. Malta*. W uzasadnieniu wyroku w tej sprawie najpierw podtrzymał argumentację ze sprawy *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, wskazując, że przyjęcie innej interpretacji zawężałoby zakres prawa państwa do kontroli nad ruchem osobowym[221]. Natomiast Trybunał strasburski dodał jeszcze, że jeśli państwo wykracza poza swoje zobowiązania, tworząc bardziej korzystną pozycję jednostki – o czym mowa w art. 53 EKPC – zastosowanie detencji dla zapobieżenia

[217] Por. *S.D. v. Grecja*, skarga nr 53541/07, wyrok ETPC z 11.06.2009 r., § 62; *R.U. v. Grecja*, skarga nr 2237/08, wyrok ETPC z 7.06.2011 r., § 94 wraz odwołaniem się do art. art. 31, 33 KSU; *Ahmade v. Grecja*, skarga nr 50520/09, wyrok ETPC z 25.09.2012 r., § 139.

[218] Por. art. 8 ust. 1 dyrektywy 2013/33/UE oraz 26 ust. 1 dyrektywy 2013/32/UE – por. uwagi C. Costello na tle wyroku ETPC w sprawie *Lokpo i Toure v. Węgry*, – eadem, *Human rights and the elusive universal subject: immigration detention under international human rights law and EU law*, „Indiana Journal of Global Legal Studies" 2012, t. 19, nr 1, s. 287.

[219] Por. UNHCR, Conclusions nr 44, pkt b.

[220] Por. UNHCR Detention Guidelines, wytyczna 4.1 § 22–28.

[221] Por. *Suso Musa v. Malta*, § 90.

nielegalnemu wjazdowi może budzić wątpliwości co do jego zgodności z prawem w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. f, ponieważ trudno uznać, że środek ten jest ściśle powiązany z celem konwencyjnym[222].

W systemie europejskim powstaje pytanie, po jakim czasie pozbawienie wolności zastosowane w związku z zapobieżeniem nielegalnemu wkroczeniu – przestaje być legitymowane tym właśnie celem uprawnionym. Jeśli zaś przestaje mieścić się w tej przesłance, to czy automatycznie powinno być oceniane pod kątem drugiego wyjątku w art. 5 ust. 1 lit. f? Czy w ogóle przestaje być legalne z punktu widzenia konwencji ze względu na brak uzasadnienia w pierwotnie deklarowanym celu pozbawienia wolności? Orzecznictwo strasburskie nie jest tu jednoznaczne[223]. W sprawie Saadi 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 w sprawie *Kanagaratnam v. Belgia*[224], ale już w innych wyrokach pozbawienie wolności w trakcie rozpatrywania wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej było oceniane pod kątem drugiego członu art. 5 ust. 1f[225]. Jak się wydaje kryterium nie powinien być tutaj okres pozbawienia wolności, lecz cel, jaki jest przez państwo deklarowany. W orzeczeniu *Suso Musa v. Malta* ETPC uznał, że ustalenie, czy pozbawienie wolności cudzoziemca ma uzasadnienie w pierwszym czy drugim członie art. 5 ust. 1 f jest zależne co do zasady od prawa krajowego[226]. Niemniej jednak samo powołanie się przez państwo na dany cel uprawniony nie jest wystarczające w tym sensie, że Trybunał bada, czy działania państwa rzeczywiście mieszczą się w tym właśnie celu i czy w ten sposób nie dochodzi do obchodzenia przepisów prawa krajowego[227].

2.2.2. POZBAWIENIE WOLNOŚCI W CELU DEPORTACJI

Dla pewnego uporządkowania terminologicznego trzeba wskazać, że angielski zwrot *deportation* jest charakterystyczny tylko dla art. 5 EKPC, ponieważ w innych przepisach tego traktatu posłużono się określeniem *expulsion*[228]. Wydaje się jednak, że ta różnica semantyczna ma ograniczone znaczenie. Głównie ze względu na fakt, iż w przepisie tym chodzi o pozbawienie wolności,

[222] Por. ibidem, § 97.
[223] Por. ibidem, § 96.
[224] Por. *Kanagaratnam v. Belgia*, skarga nr 15297/09, wyrok ETPC z 13.12.2011 r.
[225] Por. *Ahmade v. Grecja*, § 138–144; *R.U. v. Grecja*, § 93.
[226] Por. *Suso Musa v. Malta*, § 97.
[227] Por. *John v. Grecja*; w stanie faktycznym tej sprawy pomiędzy pierwszym a drugim pozbawieniem wolności skarżącego upłynęło zaledwie 10 minut – § 29–34.
[228] Por. art. 3 Protokołu nr 4, art. 4 Protokołu nr 4, art. 1 Protokołu nr 7.

gdy państwo nie dopuszcza cudzoziemca do terytorium bądź też zmierza do jego fizycznego usunięcia. Z punktu widzenia EKPC obie wymienione sytuacje są związane z rozumieniem wydalenia przyjmowanym na gruncie art. 3 EKPC i art. 4 Protokołu nr 4 EKPC[229]. Stosownie do tej ostatniej regulacji słowo „wydalenie" powinno być interpretowane w znaczeniu ogólnym, tak jak jest obecnie używane[230]. Odnosi się ono więc „do jakiegokolwiek przymusowego usunięcia cudzoziemca z terytorium państwa, niezależnie od legalności pobytu danej osoby, długości pobytu na terytorium, miejsca, w którym został zatrzymany, jego statusu migranta lub osoby ubiegającej się o azyl oraz jego zachowania podczas przekraczania granicy"[231]. Tak też słowo to jest interpretowane w kontekście art. 3 i 13 Konwencji, a zwłaszcza w odniesieniu do usuwania cudzoziemców na granicy[232]. W rezultacie można przyjąć, że art. 3 Konwencji i art. 4 Protokołu nr 4 do EKPC mają zastosowanie do każdej sytuacji podlegającej jurysdykcji umawiającego się państwa, w tym do sytuacji lub momentów, w których organy państwa nie zbadały jeszcze istnienia podstaw uprawniających dane osoby do ubiegania się o ochronę międzynarodową[233]. Jednakże w momencie kiedy cudzoziemiec otrzymuje ostateczną decyzję o wydaleniu, nie przebywa na terytorium danego państwa zgodnie z prawem i nie może powoływać się na swobodę poruszania się gwarantowaną w art. 2 Protokołu nr 4 do EKPC[234].

Konwencyjny zwrot *deportation* tłumaczony jako „deportacja" bądź też „wydalenie" ma swój odpowiednik w instytucji zobowiązania cudzoziemca do powrotu w ustawie o cudzoziemcach. W tym przypadku jest to wynik przejęcia przez polskiego prawodawcę terminologii dyrektywy 2008/115/WE i rezygnacji z pojęcia „wydalenie", obecnego w polskim prawie już od okresu międzywojennego[235]. Należy jednak zauważyć, że we wspomnianej dyrektywie pojęcie wydalenia nadal występuje, tyle że zgodnie z art. 3 pkt c dyrektywy 2008/115/WE oznacza ono wykonanie zobowiązania do powrotu (jęz. ang. *return*), czyli fizyczny przewóz osoby poza terytorium państwa członkowskiego. Ponadto wydalenie jest

[229] Por. *Hirsi Jamaa i inni v. Włochy*, § 169.

[230] Por. ibidem, § 174; *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 243.

[231] Por. *N.D. i N.T. v. Hiszpania*, skargi nr 8675/15 8697/15, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 13.02.2020 r., § 185.

[232] Por. ibidem oraz m.in. *Gebremedhin [Gaberamadhien] v. Francja*, skarga nr 25389/05, wyrok ETPC z 26.04.2007 r., § 54–58; *Kebe i inni v. Ukraina*, skarga nr 12552/12, wyrok ETPC z 12.01.2017 r., § 87; *M.A. i inni v. Litwa*, skarga nr 59793/17, wyrok ETPC z 11.12.2018 r., § 102 i 103; oraz *Ilias i Ahmed v. Węgry*, § 123–128.

[233] Por. *Hirsi Jamaa i inni v. Włochy*, § 180 i nast. oraz *M.A i inni v. Litwa*, § 70.

[234] Por. *Piermont v. Francja*, § 44.

[235] Por. Rozporządzenie Prezydenta z 13.08.1926 r., o cudzoziemcach (Dz.U. z 1926 r. Nr 83, poz. 465); szerzej zob. P. Dąbrowski, *Cudzoziemiec…*, op. cit., s. 686.

pojęciem, którym polski ustawodawca nadal posługuje się w stosunku do cudzoziemców będących obywatelami państw UE[236]. W konsekwencji za dopuszczalne należy uznać synonimiczne posługiwanie się określeniem „deportacja" i „wydalenie"[237].

Na gruncie art. 15 dyrektywy 2008/115/WE zastosowanie środka detencyjnego jest możliwe jedynie w celu przygotowania powrotu lub przeprowadzenia wydalenia pod warunkiem wystąpienia takich okoliczności jak istnienie ryzyka ucieczki bądź też unikanie lub utrudnianie przygotowań do powrotu lub procesu wydalenia[238]. W sprawie *Kadzoev* Trybunał luksemburski orzekł, iż celem art. 15 dyrektywy 2008/115/WE nie jest ochrona porządku publicznego ani bezpieczeństwa publicznego, które powinny być chronione poprzez inne odpowiednie przepisy karne czy karnoadministracyjne. Takie okoliczności jak agresywne zachowanie; nieposiadanie ani własnych środków utrzymania, ani zakwaterowania nie mogą, zgodnie z przepisami dyrektywy, same w sobie stanowić powodu zastosowania środka detencyjnego. Wcześniejsze zachowanie/ postępowanie osoby stwarzającej zagrożenie dla porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego (na przykład nieprzestrzeganie prawa administracyjnego w dziedzinach innych niż prawo migracyjne lub naruszenia prawa karnego) może jednak zostać uwzględnione przy ocenie, czy istnieje ryzyko ucieczki[239].

Kolejnym elementem, który należy rozważyć, jest odpowiedź na pytanie, jak należy traktować sytuację detencji cudzoziemca, wobec którego wszczęto procedury deportacyjne/ przymusowego powrotu, a który w trakcie pozbawienia wolności składa wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej. ETPC przyjął w sprawie *Nabil i inni v. Węgry*, że tocząca się sprawa o udzielenie ochrony międzynarodowej nie powoduje, że „pozbawienie wolności przestało mieć charakter środka prowadzącego do wydalenia – ewentualne odrzucenie wniosków o udzielenie azylu mogło bowiem otworzyć drogę do wykonania nakazu deportacji"[240]. Z tym stanowiskiem zgodził się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *N*.[241] Jednak już w innym wyroku w sprawie *Gnandi* TSUE stwierdził, że w toku postępowania odwoławczego od decyzji w sprawie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej cudzoziemiec nie może przebywać w detencji

[236] Por. ustawa o wjeździe…, art. 65p – art. 78.
[237] Por. P. Dąbrowski, C*udzoziemiec*…, op. cit., s. 684.
[238] Por. TSUE, *Kadzoev*, pkt 70.
[239] Por. ibidem, pkt 70–71.
[240] Por. *Nabil i inni v. Węgry*, § 38.
[241] Por. *J.N. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* skarga C 601/15 PPU, wyrok TSUE z 15.02.2016 r., ECLI:EU:C:2016:84, pkt 77–80.

mającej podstawy w art. 15 dyrektywy 2008/115/WE, pomimo że jego pobyt nie jest już legalny[242].

W tym miejscu pojawia się także zagadnienie procedur dublińskich. Mianowicie artykuł 28 (2) rozporządzenia Dublin III dopuszcza pozbawienie wolności w celu zabezpieczenia procedury transferu z jednego państwa do drugiego (co oznacza wydalenie danej osoby z terytorium niezależnie od samej nazwy), pomimo że jednostka, która ma być przekazana, jest wciąż *asylum seeker* z prawem do pozostawania na terytorium państwa członkowskiego, które pozbawia ją wolności[243]. Przynajmniej w kilku wyrokach. 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. f EKPC[244]. Stąd w doktrynie podnoszono, iż 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 wniosku[245]. Interesujące jest, że UNHCR nie kwestionuje legalności pozbawienia wolności w ramach procedury Dublin III, wskazując wszakże na szereg niedociągnięć zaobserwowanych w państwach członkowskich od czasu jej wejścia w życie[246].

2.3. ZAKAZ ARBITRALNOŚCI

2.3.1. ZASADY OGÓLNE

Ochrona jednostki przed arbitralnością jest celem całego artykułu 5 EKPC[247]. Jest to pewna ogólna konstrukcja, która znajduje uszczegółowienie w treści jego poszczególnych unormowań. Wieloaspektowość gwarancji powiązanych

---

[242] Por. *Sadikou Gnandi przeciwko Etat belge*, skarga C181/16, wyrok TSUE z 19.06.2018 r., ECLI:EU:C:2018:465, pkt 62.

[243] Por. P. De Bruycker, A. Bloomfield, E. Tsourdi, J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU. Time for Implementation*, 2015, s. 55–56, https://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf [dostęp: 22.03.2023].

[244] Por. *Firoz Muneer v. Belgia*, § 53; *A.M. i inni v. Francja*, skarga nr 24587/12, wyrok ETPC z 12.07.2016 r., § 64–65.

[245] AIDA *The Legality of Detention of Asylum Seekers under the Dublin III Regulation*, AIDA Legal Briefing nr 1, czerwiec 2015, s. 7; C. Costello, *The Human Rights of Migrants*…, op. cit., s. 296–297.

[246] 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 [dostęp: 1.12.2017].

[247] Por. także ZPRE, Rezolucja 2010 (1707), pkt 9.1.5.

z zakazem arbitralności można dostrzec w rozbudowanym katalogu kryteriów arbitralności przyjętych przez WGAD – w istocie ich zakres przedmiotowy obejmuje całokształt sytuacji prawnej cudzoziemców pozbawionych wolności[248]. Jednocześnie WGAD opracowała pięć kategorii arbitralnego pozbawienia wolności. Pierwszą grupę stanowią sytuacje, gdy pozbawienie wolności nie ma uzasadnienia w żadnej normie prawnej. Grupa druga obejmuje przypadki, gdy pozbawienie wolności jednostki wynika z korzystania przez nią z praw i wolności gwarantowanych w art. 7, 13, 14, 18, 19, 20 i 21 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Trzecia kategoria odnosi się do spraw, w których pozbawienie wolności łączyło się z całkowitym lub częściowym nieprzestrzeganiem norm międzynarodowych dotyczących prawa do rzetelnego procesu sądowego. Z punktu widzenia niniejszej monografii szczególnie istotna jest grupa czwarta a dotycząca osób poszukujących ochrony międzynarodowej, migrantów lub uchodźców poddanych przedłużającej się detencji administracyjnej niepoddanej kontroli administracyjnej lub sądowej. Piąta kategoria obejmuje pozbawienie wolności stanowiące naruszenie prawa międzynarodowego z powodu dyskryminacji ze względu na urodzenie, pochodzenie narodowe, etniczne lub społeczne, język, religię, stan majątkowy, poglądy polityczne lub inne; płeć, orientację seksualną; niepełnosprawność lub inny status, i które ma na celu lub może prowadzić do ignorowania równości w korzystaniu z praw człowieka[249].

Nie tylko WGAD[250], ale też inne organy ochrony praw człowieka w systemie uniwersalnym kierują się podstawowym rzecz można założeniem, że pojęcie arbitralności musi być interpretowane szerzej niż niezgodność z prawem, zawierając elementy nieadekwatności, niesprawiedliwości oraz brak przewidywalności[251]. W systemie europejskim podobnie: arbitralność wykracza poza brak zgodności z prawem krajowym, a więc pozbawienie wolności może być legalne z punktu widzenia wewnętrznego porządku prawnego, ale wciąż sprzeczne z EKPC[252].

Ze strasburskiego *case law* wynika, że zakres i rozumienie pojęcia arbitralności na gruncie art. 5 EKPC różnią się do pewnego stopnia stosownie do

[248] Por. WGAD, Report, E/CN. 4/1999/63, s. 19.

[249] Por. WGAD, Deliberation Nr 9, § 38.

[250] Por. ibidem, § 61.

[251] Por. KPC, *Van Alphen v. Królestwo Niderlandów*, Communication Nr 305/1988, CCPR/C/39/D/305/1988, 23.07.1990, § 5.8; por. także art. 16 § 4 Konwencji o ochronie pracowników migrujących. Stanowi on, że pracownicy migrujący i członkowie ich rodzin nie będą poddani indywidualnie albo zbiorowo arbitralnemu aresztowaniu lub detencji. Por. CMW, *General Comment No. 2 on the rights of migrant workers in an irregular situation and members of their families*, CMW/C/GC/2, 28.08.2013, § 26.

[252] Por. *J.N. v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 37289/12, wyrok ETPC z 16.05.2016 r., § 78.

typu pozbawienia wolności[253]. Niemniej jednak główną zasadą jest, że detencja będzie arbitralna, jeśli po stronie państwa pomimo zgodności z prawem krajowym wystąpi element złej wiary lub oszustwa[254]. ETPC, przeprowadzając test arbitralności, opiera się na przesłankach wykonywania pozbawienia wolności w dobrej wierze (*in good faith*)[255] oraz ścisłego powiązania z celem[256]. Ocenia się również, czy miejsce i warunki pobytu były odpowiednie do danego typu pozbawienia wolności, a także czy czas pozbawienia wolności nie przekroczył czasu rozsądnie wymaganego dla urzeczywistnienia deklarowanego celu[257].

Kolejną gwarancją ochrony przed arbitralnością jest prawo do tego, aby decyzja sądu lub innego kompetentnego organu podlegała zaskarżeniu, była kontrolowana przez sąd lub inny odpowiedni kompetentny, niezależny i bezstronny organ. KPC stwierdził, że „pomijając sądowo orzeczone wyroki pozbawienia wolności na ściśle określony czas, decyzja o pozbawieniu wolności w jakiejkolwiek formie jest arbitralna, jeśli brakuje periodycznej kontroli zasadności kontynuowania detencji"[258].

Zakaz arbitralności ma głębokie uzasadnienie w normach etycznych, które wymagają sprawiedliwego i rozsądnego działania. Zabrania on zatem przyzwolenia na absolutną dyskrecjonalność działań organów państwa lub dyskryminujące stosowanie detencji[259]. Każde działanie władzy oparte na zróżnicowanym traktowaniu powinno się opierać na należytym uzasadnieniu z odwołaniem do przekonujących i akceptowalnych kryteriów[260]. Dyskrecjonalne wybory sądów powinny być ograniczone przez kryteria ustawowe i nie mogą wynikać z nieskrępowanego wykonania własnej woli czy osobistych preferencji[261].

---

[253] Por. ibidem, § 79.

[254] Por. *Bozano v. Francja*, § 54–60; *Čonka v. Belgia*, § 41.

[255] Por. *Longa Yonkeu v. Łotwa*, § 143.

[256] Por. *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 74. Dodać należy, że w zdaniu częściowo odrębnym słusznie skrytykowano ten element uzasadnienia wyroku, gdzie ETPC uznał, iż warunek ścisłego powiązania z celem konwencyjnym został dopełniony w przypadku, gdy skarżący został poddany detencji po dwóch dniach przebywania na terytorium Zjednoczonego Królestwa w hotelu w ramach czasowego zezwolenia na pobyt – por. sędziowie Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann i Hirvela, akapit 11 zdania częściowo odrębnego.

[257] *Abdullahi Elmi Aweys Abubakar v. Malta*, skarga nr 25794/13 i 28151/13, wyrok ETPC z 22.11.2016 r., § 142; *M. i inni v. Bułgaria*, § 62; *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 74; *A i inni v. Zjednoczone Królestwo*, § 164; *Thimothawes v. Belgia*, § 64.

[258] Por. *Danyal Shafiq v. Australia*, Communication Nr 1324/2004, CCPR/C/88/D/1324/2004, 13.11.2006 r., § 7.2; *Saed Shams v. Australia*, § 7.2.

[259] Por. L. Marcoux Jr, *Protection from Arbitrary…*, op. cit., s. 370–371.

[260] Por. Ch. Mc Crudden, *Equality and Discrimination,* [w:] D. Feldman (red.), *English Public Law*, t. XI, Oxford 2004, § 11.7.

[261] Por. L. Marcoux Jr, *Protection from Arbitrary…*, op. cit., s. 350.

Biorąc powyższe pod uwagę, trzeba stwierdzić, że kontrola strasburska obejmuje nie tylko pytanie o to, czy sąd zadecydował o detencji, lecz także, czy decyzja ta nie była automatyczna. Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Thimothawes v. Belgia* 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 f EKPC"[262]. Co zaskakujące, ETPC uznał działania państwa belgijskiego za zgodne z Konwencją pomimo że w rozpatrywanej sprawie sposób sformułowania decyzji i orzeczeń sądowych o detencji był lakoniczny, stereotypowy, a także nie pozwalał skarżącemu ustalić, jakie dokładnie były przyczyny zatrzymania[263]. Jednak już w sprawie *Nikoghosyan i inni v. Polska* ETPC stwierdził brak należytej staranności władz w ocenie indywidualnej sytuacji skarżących. W treści postanowień sądu o umieszczeniu w detencji znalazły się liczne błędy – między innymi sąd użył męskich form w piśmie kierowanym do kobiety. Ponadto sąd pierwszej instancji całkowicie pominął fakt, iż decyzja o umieszczeniu skarżących w ośrodku strzeżonym w Białej Podlaskiej dotyczyła nie tylko dorosłych, ale także trójki małoletnich dzieci. Ostatnim elementem świadczącym o arbitralności było całkowite pominięcie przez sądy faktu, że skarżąca urodziła w ośrodku strzeżonym czwarte dziecko[264].

ETPC dostrzegł problem automatyzmu decyzji detencyjnych w sprawie *Gruzja v. Rosja*. Jak ustalono, od strony formalnej wydalenie każdego Gruzina z Rosji wiązało się z decyzją sądową podjętą w sposób zindywidualizowany, ale w praktyce liczba wydalonych, a także sposób postępowania władz rosyjskich spowodowały, że przeprowadzenie rozsądnej i obiektywnej oceny każdej indywidualnej sprawy było w praktyce niemożliwe. Trybunał przyjął w związku z tym konkluzję, że począwszy od 2006 r. rząd rosyjski prowadził skoordynowaną politykę aresztowań, zatrzymań

[262] Por. *Thimothawes v. Belgia*, § 73.

[263] Por. ibidem, § 77. W opinii odrębnej sędziowie Karakaş i Turković zwrócili uwagę, że istnieje bogate strasburskie *case law* w którym stwierdzano naruszenie innych liter art. 5 ust. 1 EKPC w sytuacji, gdy sądy krajowe zatrzymywały skarżącego na podstawie decyzji formułowanych stereotypowo: *Solmaz v. Turcja*, skarga nr 27561/02, wyrok ETPC z 16.01.2007 r., § 41; *Cahit Demirel v. Turcja*, skarga nr 18623/03, wyrok ETPC z 7.07.2009 r., § 24; *Filiz v. Turcja*, skarga nr 28074/08, wyrok ETPC z 4.03.2014 r., § 61; *Tretyakov v. Ukraina*, skarga nr 16698/05, wyrok ETPC z 29.09.2011 r., § 59; *Vasilkoski i inni v. „Była Jugosłowiańska Republika Macedonii"*, skarga nr 28169/ 08, wyrok ETPC z 28.10.2010 r., § 64; *Qing v. Portugalia*, skarga nr 69861/11, wyrok ETPC z 5.11.2015 r., § 67–68; *Buzadji v. Republika Mołdawii*, skarga nr 23755/07, wyrok ETPC z 5.07.2016 r., § 122.

[264] Por. *Nikoghosyan i inni v. Polska*, § 83; zob. także mutatis *M.D. i A.D. v. Francja*, skarga nr 57036/18, wyrok ETPC z 22.07.2021 r., § 89.

oraz deportacji Gruzinów[265]. W konsekwencji w niniejszej sprawie Trybunał ustalił, że aresztowanie Gruzinów na podstawie art. 5 ust. 1 lit. f EKPC było arbitralne ze względu na zbiorowy charakter wydalenia[266].

2.3.2. KRYTERIUM NIEZBĘDNOŚCI

Europejski Trybunał Praw Człowieka stoi na stanowisku, że art. 5 ust. 1 lit. f stanowi wyraźnie odrębny poziom ochrony w stosunku do art. 5 ust. 1 lit. c EKPC i wystarczy, aby Państwo-Strona powołało się na uprawniony cel działania bez konieczności rozważenia mniej ingerujących środków[267]. W konsekwencji niezbędność pozbawienia wolności na podstawie art. 5 ust. 1 f EKPC nie jest konwencyjnym wymogiem[268]. W ocenie Trybunału Strasburskiego nie ma ona znaczenia z punktu widzenia tego przepisu, ponieważ nie odnosi się on do zasadności czy też podstaw prawnych pozbawienia wolności. Ponadto obojętne jest, czy wydalenie byłoby uzasadnione na gruncie prawa krajowego lub konwencyjnego[269].

Przywiązanie ETPC do tekstualnej wykładni konwencji zaprezentowane w sprawie *Chahal*, a następnie *Saadi* w przypadku art. 5 ust. 1 lit. f EKPC, jest odmienne w porównaniu z podejściem do interpretacji pozostałych liter art. 5 ust. 1 Konwencji[270]. Mianowicie w przypadku art. 5 ust. 1 lit. e Trybunał zastosował kryterium niezbędności. W sprawie *Litwa v. Polska* stwierdził, że pozbawienie wolności osoby jest tak poważnym środkiem, że jest ono wyłącznie usprawiedliwione w sytuacji, w której inne mniej surowe środki zostały rozpatrzone i uznane za niewystarczające w celu zabezpieczenia osoby lub interesu publicznego, który może wymagać, by dana osoba była zatrzymana. Oznacza to, że nie wystarczy, by pozbawienie wolności było zgodne z prawem krajowym, ale musi być konieczne w danych okolicznościach[271].

Należy też podnieść, że z wyjątkiem orzeczeń dotyczących pozbawienia wolności dzieci trudno w orzecznictwie strasburskim znaleźć choć jedną wypowiedź ETPC, iż detencja powinna być środkiem stosowanym wyjątkowo – o czym stanowi pkt 9.1.6 Rezolucji 1707 (2010). Oczywiście kwestia ta wiąże

---

[265] Por. *Gruzja v. Rosja (nr 1)*, § 159.

[266] Por. ibidem, § 186.

[267] Por. *K. v. Rosja*, § 80.

[268] Por. *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 72; por. także *Mikolenko v. Estonia*, skarga nr 10664/05, wyrok ETPC z 8.01.2010 r., § 59.

[269] Por. *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 112; *Slivenko v. Łotwa*, skarga nr 48321/99, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 9.10.2003 r., § 146; *Sadaykov v. Bułgaria*, skarga nr 75157/01, wyrok ETPC z 22.05.2008 r., § 21; *Raza v. Bułgaria*, § 72; *M.A. v. Cypr*, § 206; *Amie i inni v. Bułgaria*, § 72.

[270] Por. D. Wilsher, *Immigration Detention and the EU Policy…*, op. cit., s. 399.

[271] Por. *Witold Litwa v. Polska*, § 78.

się z zagadnieniem niezbędności, niemniej jednak chodzi o nieco inny aspekt, który można wyrazić pytaniem: co jest punktem wyjścia dla sądów i trybunałów w Europie? Co uważamy ze regułę, a co za wyjątek? Czy regułą jest pozbawianie wolności, dla którego szukamy wyjątków w postaci środków wolnościowych, czy jednak zasadą jest kontrola w warunkach wolnościowych, od której wyjątkiem jest detencja?

W orzeczeniu *Saadi v. Zjednoczone Królestwo* ETPC, wskazał, iż w sytuacjach objętych pierwszą częścią art. 5 ust. 1 lit. f EKPC (zapobieżenie nielegalnemu wkroczeniu), jak i drugą – dotyczącą sytuacji osób objętych procedurami mającymi na celu ekstradycję lub wydalenie, powinny mieć zastosowanie identyczne kryteria oceny, a zastosowanie odrębnych testów proporcjonalności byłoby zabiegiem sztucznym[272]. W zdaniu częściowo odrębnym słusznie podnoszono jednak, że zastosowanie identycznych kryteriów jest wątpliwe, ponieważ położenie prawne i faktyczne takich osób jest zróżnicowane. Trudno zaakceptować dopuszczalność takich samych standardów postępowania wobec migrantów nieregularnych, w tym osób poszukujących ochrony międzynarodowej, i wobec ludzi oczekujących na ekstradycję w związku z popełnieniem przestępstw[273].

W opiniach odrębnych lub zbieżnych sędziowie zwracali również uwagę na system uniwersalny, gdzie zasada proporcjonalności jest traktowana jako fundamentalny element ochrony przed arbitralnością[274]. Komitet Praw Człowieka stoi na stanowisku, iż detencja w trakcie procedur migracyjnych musi być usprawiedliwiona jako rozsądna, niezbędna i proporcjonalna w świetle okoliczności danej sprawy w trakcie całego czasu jej trwania[275]. Działania państwa mogą być uznane za arbitralne, jeśli państwo nie jest w stanie wykazać, iż nie było łagodniejszych środków realizacji polityki migracyjnej[276]. W ocenie Komitetu art. 9 MPPOiP nakłada na państwa obowiązek rozważenia mniej uciążliwych środków prowadzących do tego samego celu, jak np. obowiązek periodycznego stawiennictwa,

---

[272] Por. *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 73.

[273] Por. częściowo odrębna opinia sędziów Ch. Rozakisa, F. Tulkens, A. Kovlera, K. Hayijeva, D. Spielmanna, P. Hirveli, akapit 4.

[274] Por. także stanowisko Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie *Rafael Ferrer-Mazorra i inni. (United States)*, sprawa 9903, Report no 51/01, OEA/Ser. /L /V/II. 111, Doc. 20, rev. at 1188, 4.04.2001, § 242.

[275] *F.K., A.G i inni v. Australia*, Communication Nr 2094/2011, CCPR/C/108/D/2094/2011, 20.08.2013, § 9.3.

[276] Por. C. *v. Australia*, Communication Nr 900/1999, CCPR/C/76/D/900/1999, 28.10.2002, *Sharif Baban v. Australia*, Communication Nr 1014/2001, CCPR/C/78/D/1014/200, 18.09.2003; *Saed Shams v. Australia*, § 7.2.

zastosowanie poręczenia lub innych form zapobiegających ucieczce[277]. KPC wywodzi z tego przepisu również wprost obowiązek wzięcia pod uwagę sytuacji rodzinnej cudzoziemców[278].

Również inne organy ochrony praw człowieka w systemie uniwersalnym zalecają państwom wprowadzenie domniemania niepozbawiania wolności w ramach detencji migracyjnej, ponadto zapewnienie, iż jest to środek ostateczny, ściśle niezbędny, proporcjonalny, zgodny z prawem i nakładany na możliwie najkrótszy czas[279] i w konsekwencji dawanie pierwszeństwa środkom kontroli o charakterze wolnościowym[280]. WGAD argumentuje, że prawo do wolności osobistej wymaga od państwa odwołania się do pozbawienia wolności tylko w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne społecznej potrzebie (*a pressing social need*) i w sposób, który jest do niej proporcjonalny[281].

Trzeba wspomnieć, iż w międzynarodowym prawie uchodźczym pozbawienie wolności może być stosowane tylko jeśli jest to niezbędne[282]. Zgodnie ze standardami UNHCR zastosowanie detencji jest dopuszczalne tylko w oparciu o zindywidualizowa ocenie okoliczności, na zasadzie wyjątku, wyłącznie w celu uprawnionym, kiedy jest to niezbędne, rozsądne oraz proporcjonalne w danym konkretnym przypadku, po uprzednim rozpatrzeniu możliwości zastosowania środków alternatywnych w stosunku do detencji[283].

Kluczowe dla realnego stosowania detencji jako środka ostatecznego jest używanie środków alternatywnych, które zapewniają kontrolę nad cudzoziemcem bez pozbawiania go wolności[284]. UNHCR podkreśla, że o ile jest to możliwe właśnie te

---

[277] KPC, *Baban i Baban v. Australia*, § 7.2; *Bakhtiyari i inni v. Australia*, Communication Nr 1069/2002, CCPR/C/79/D/1069/2002,29.10.2003, § 9.2, 9.3; KPC, Concluding Observations Belgia, CCPR/C/BEL/CO/6, § 30 a; Concluding observations on the second periodic report of Bosnia and Herzegovina, CCPR/C/BIH/CO/2, 13.11.2012, § 14.

[278] Por. *D and E and Their Two Children v. Australia*, Communication Nr 1050/2002, CCPR/C/87/D/1050/2002, 11.07.2006, § 7.2.; *A. v. Australia*, Communication Nr 560/1993, 3.04.1997, § 9.4.

[279] CEDAW, Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Italy, CEDAW/C/ITA/CO/7, 24.07.2017.

[280] SPT, Report on the Visit Made by the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment to Italy, CAT/OP/ITA/1, 23.09.2016.

[281] WGAD, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, *Civil and Political Rights, in Particular Those Issues Related to Torture and Detention*, E/CN. 4/2006/7, 12.12.2005, § 63. Por. *Velez Loor v. Panama*, § 170; CMW, *General Comment No. 2*…, op. cit., § 26.

[282] Por. art. 31 ust. 2, art. 32 ust. 3 KSU; Conclusions nr 44, lit. b.

[283] UNHCR, *Detention Guidelines*…, op. cit., wytyczna 4, § 19.

[284] ZP RE, Resolution 2020 (2014), *Alternatives to immigration detention of children*, 3.10.2014, § 9.6–9.12.

środki powinny być rozważone najpierw[285], podobnie zresztą jak WGAD w gwarancji nr 13 dotyczącej ochrony przed arbitralnością[286]. Katalog środków alternatywnych został wymieniony między innymi w Wytycznych UNHCR[287], są one przewidziane w prawie UE oraz w prawie krajowym – w tym w prawie polskim[288]. Państwa powinny unikać pozbawiania wolności cudzoziemców, którzy mają szczególne potrzeby, szczególnie zagrożonych wyzyskiem, nadużyciami, przemocą ze względu na płeć, w tym przemocą seksualną, lub innych naruszeń praw człowieka w kontekście zatrzymania. Obejmuje to kobiety w ciąży i karmiące piersią, osoby starsze, osoby niepełnosprawne, ofiary tortur lub urazów, osoby, które są ofiarami przestępstw, takich jak handel ludźmi, migrantów ze specjalnymi potrzebami fizycznymi lub potrzebami zdrowia psychicznego, osoby homoseksualne, biseksualne, transpłciowe i interseksualne, uchodźców, osoby ubiegające się o azyl i bezpaństwowców. Procedury ustalania bezpaństwowości są niezbędne, jeśli się zważy, że brak obywatelstwa państwa, do którego ma nastąpić powrót, naraża bezpaństwowców na wyższe ryzyko arbitralnego i bezterminowego zatrzymania[289].

Również w Europie istnieją rozwiązania prawne, które przemawiają za traktowaniem detencji w kategoriach środka ostatecznego. W Rezolucji 1707 (2010) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy czytamy, że detencja powinna być niezbędna i być używana tylko po uprzednim rozważeniu zastosowania alternatyw w stosunku do tego środka[290]. Wyartykułowano to także w przepisach prawa UE. W art. 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE, stanowi się, że o ile w danej sprawie nie mogą zostać zastosowane wystarczające, lecz mniej represyjne środki, państwa członkowskie mogą umieścić w ośrodku detencyjnym obywatela państwa trzeciego podlegającego procedurze powrotu tylko w celu przygotowania powrotu lub przeprowadzenia procesu wydalenia. Następnie zgodnie z art. 17 ust. 1 tego

---

[285] Por. *UNHCR, Detention Guidelines*…, op. cit., wytyczna 4.2 i 4.3.

[286] WGAD, Report of the Working Group on Arbitrary Detention. Addendum: report on the visit of the Working Group to the United Kingdom on the Issue of immigrants and asylum seekers, 18.12.1998, E/CN. 4/1999/63/Add. 3, § 33.

[287] Por. UNHCR, *Detention Guidelines*, załącznik A; zob. także Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Resolution 2000/21, Detention of Asylum Seekers, 2000/21,18.08.2000, § 6.

[288] Zgodnie z art. 398 ust. 1 u.c. oraz art. 88 u.u.c.o. zastosowanie środków alternatywnych leży w kompetencjach Straży Granicznej (art. 398 ust. 4 u.c., art. 88 ust. 2 u.u.c.o.) oraz sądów (art. 401 ust. 6 u.c., art. 88b ust. 3 u.u.c.o.). Zgodnie z art. 88 b ust. 2 u.u.c.o. sąd, rozpatrując wniosek o umieszczenie wnioskodawcy lub osoby, w imieniu której wnioskodawca występuje, w strzeżonym ośrodku, ocenia możliwość zastosowania środków, o których mowa w art. 88 ust. 1 u.u.c.o.

[289] CMW, *General Comment No. 5*…, op. cit., § 45; *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, A/HRC/37/50, 23.11.2018, § 19.

[290] Por. ZP RE, Rezolucja 1707 (2010), pkt 8.

aktu małoletni bez opieki oraz rodziny z małoletnimi umieszczane są w ośrodku detencyjnym jedynie w ostateczności i na możliwie najkrótszy okres. Treść tych regulacji i ich wzajemna relacja wskazują, że jeśli ma dojść do detencji rodzin z dziećmi, państwa mają obowiązek stosowania podwójnego testu proporcjonalności – jednego w stosunku do dorosłego cudzoziemca oraz drugiego w stosunku do małoletniego[291].

Z kolei zgodnie z art. 8 ust. 2 dyrektywy nr 2013/33/UE w przypadkach gdy jest to konieczne, państwa członkowskie mogą, po indywidualnym zbadaniu każdej sprawy, zatrzymać wnioskodawcę, jeżeli nie można skutecznie zastosować łagodniejszych środków przymusu. Na tym tle TSUE stwierdził, że ze względu na znaczenie prawa do wolności zawartego w KPP oraz wagi ingerencji, jaką niesie ze sobą detencja, wszelkie „ograniczenia korzystania z tego prawa nie mogą wykraczać poza to, co jest absolutnie konieczne"[292].

W świetle wymogu konieczności zagrożenie bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego może zatem uzasadniać zastosowanie lub utrzymywanie zatrzymania osoby ubiegającej się ochronę międzynarodową „wyłącznie pod warunkiem, że jego indywidualne zachowanie stanowi rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie godzące w jeden z podstawowych interesów społeczeństwa czy też w bezpieczeństwo wewnętrzne lub zewnętrzne danego państwa członkowskiego"[293]. TSUE stwierdził, że przepis ten bowiem nie może uzasadniać stosowania środków w postaci zatrzymania, jeśli właściwe organy krajowe nie sprawdzą w każdym przypadku, czy zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego ze strony zainteresowanego odpowiada przynajmniej wadze ingerencji w jego prawo do wolności, jaką stanowi taki środek[294].

Trybunał Strasburski niewątpliwie jest zatem obecnie jedynym ciałem ochrony praw człowieka, które co do zasady nie przeprowadza testu niezbędności detencji cudzoziemców w kontekście kontroli nad ruchem osobowym. Natomiast istnieje cała grupa wyjątków od tej reguły, które, jak prognozował ponad dekadę temu Laurens Lavryssen, miały świadczyć o powolnej ewolucji orzecznictwa ETPC w stronę porzucenia kryteriów przyjętych w sprawach *Chahal v.* Zjednoczone Królestwo i *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*[295]. Po pierwsze niezbędność staje się

[291] Por. F. Lutz, S. Mananashvili, M. Moraru, *Return Directive 2008/115/ EC*, [w:] D. Thym, K. Hailbronner (red.), *EU Immigration and Asylum Law, Article-by-Article Commentary*, München 2022, s. 802.

[292] Por. *J.N.*, pkt 56.

[293] Por. ibidem, pkt 67; *T.*, pkt 78–79.

[294] Por. *J.N.*, pkt 69.

[295] Por. L. Lavrysen, *European Asylum Law and the ECHR: Un Uneasy Coexistence*, „Goettingen Journal of International Law" 2012, t. 4, nr 1, s. 253–254.

kryterium oceny w chwili, gdy taki wymóg jest przewidziany prawem krajowym skarżonego państwa[296]. Zdarzyły się też orzeczenia, w których analizując problem ścisłego związku detencji z deportacją, ETPC w swym uzasadnieniu wskazywał na to, że państwa dysponowały innymi środkami zabezpieczenia deportacji cudzoziemca w postaci obowiązku regularnego stawiania się na posterunku policji lub innych władz, nałożonego na nich po zwolnieniu z detencji[297]. ETPC wskazywał, iż organy krajowe powinny ustalić, czy cudzoziemcy przynależący do grup szczególnie wrażliwych, znajdują się w sytuacji lub w okolicznościach które uniemożliwiają detencję. Jeśli tak, automatyczna decyzja o zatrzymaniu zainteresowanych osób, bez indywidualnej oceny ich szczególnych potrzeb i bez szukania możliwości zastosowania mniej radykalnego środka, może podawać w wątpliwość respektowanie artykułu 5 ust. 1 lit. f EKPC[298].

Ponadto można powiedzieć, że ukształtowanym już konwencyjnym standardem jest obowiązek traktowania w kategoriach środka ostatniej instancji detencji dzieci – zarówno tych pozbawionych opieki, jak i tych, którym towarzyszy rodzina[299]. ETPC stosuje tu kilka argumentów prawnych. Pierwszym jest interpretowanie art. 5 ust. 1 lit. f EKPC z odniesieniem do art. 37b KPD, który to przepis stanowi, że pozbawienie wolności dziecka powinno być środkiem ostatecznym. Drugim elementem jest ochrona najlepszego interesu dziecka występująca często w kombinacji z koniecznością ochrony życia rodzinnego, o ile detencji poddano rodzinę z dziećmi. Utrwalony już w orzecznictwie ETPC jest pogląd, że dziecko znajduje się w sytuacji ekstremalnej wrażliwości (*child's extreme vulnerability*), która musi mieć pierwszeństwo przed elementami dotyczącymi jego statusu jako migranta w sytuacji nieregularnej[300].

Jeśli dochodzi do pozbawienia wolności dzieci razem z dorosłymi, z ostatnich orzeczeń strasburskich wynika, że obowiązek zbadania środków alternatywnych

---

[296] Por. *Rusu v. Austria*, § 54. Por. w związku z tym art. 11 ust. 1a ustawy o straży granicznej stanowiący, iż zatrzymanie osoby może być zastosowane tylko wówczas, gdy inne środki okazały się bezcelowe lub nieskuteczne.

[297] Por. *Raza v. Bulgarii*, § 74; *Mikolenko v. Estonia*, § 67.

[298] Por. *Thimothawes v. Belgia*, § 73; w odniesieniu do rodzin z dziećmi *Popov v. Francja*, § 119; *A.B. i inni v. Francja*, skarga nr 11593/12, wyrok ETPC z 12.07.2016 r., § 123; w przypadku małoletnich bez opieki, *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga v. Belgia*, § 99–104; *Rahimi v. Grecja*, § 108–110; *Housein v. Grecja*, skarga nr 71825/11, wyrok ETPC z 24.10.2013 r., § 76; osoby chore *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgia*, skarga nr 10486/10, wyrok ETPC z 20.12.2011 r., § 124.

[299] Por. *A.B. i inni v. Francja*, § 120.

[300] Por. *Darboe i Camara v. Włochy,* § 173; *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga v. Belgia*, § 55; W doktrynie sam sposób rozumowania Trybunału w tym obszarze jest krytycznie komentowany W. Vanderhole, J. Ryngaert, *Mainstreaming Children Rights in Migration Litigation: Mushkadzhiyeva i inni v. Belgium,* [w:] E. Brems (red.), *Diversity and European Court of Human Rights. Rewriting Judgements of the ECHR*, Cambridge 2013, s. 70–71.

dotyczy także dorosłych i to zarówno na podstawie art. 5[301], jak i 8 EKPC. W tym ostatnim przypadku ostateczny charakter środków detencyjnych jest warunkiem wypływającym zzastosowania klauzuli limitacyjnej, przewidzianej w art. 8 ust. 2 EKPC. Znacznie dalej idący pogląd prezentuje Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, stwierdzając, że pozbawienie wolności dzieci ze względu na status migracyjny nigdy nie leży w najlepszym interesie dziecka, jest rażąco nieproporcjonalne i nawet jeśli trwa bardzo krótko, może stanowić okrutne, nieludzkie lub poniżające traktowanie[302].

2.3.3. DOBRA WIARA

Dobra wiara jako kryterium oceny zgodności z art. 5 EKPC odnosi się do ogólnie rozumianej uczciwości postępowania władz państwa wobec cudzoziemców, a także zgodności stosowania detencji z jej deklarowanym celem w praktyce. W związku z tym niedopuszczalne są działania zmierzające do pozbawienia wolności cudzoziemców w wyniku wprowadzenia ich w błąd poprzez zaplanowaną akcję poprzedzoną zachęcaniem, aby zgłaszali się do władz w celu uregulowania swojego statusu migracyjnego[303].

Za naruszające dobrą wiarę ETPC uznał przypadki nadmiernie długiego czasu trwania procedur oceny wieku znajdujących się w detencji małoletnich cudzoziemców. Jak słusznie dostrzeżono, choćby w sprawie *Abdullahi Elmi, Abubakar i Aweys v. Malta,* jeśli stosowne badania i testy trwają nawet po kilka miesięcy istnieje duże prawdopodobieństwo, że cudzoziemiec osiągnie pełnoletniość, zanim jego wiek zostanie ustalony[304]. Niewątpliwie okolicznością, która ważyła na takiej ocenie były kilkumiesięczne opóźnienia w zwolnieniu z detencji skarżących cudzoziemców, którzy okazali się małoletnimi. Jednocześnie Trybunał uznał, że dodatkowymi przesłankami pogarszającymi niejako ocenę postępowania rządu Malty był brak odpowiednich gwarancji proceduralnych, a także brak rozważenia środków alternatywnych[305]. Cytowany wyrok wpisuje się w całą grupę spraw,

---

[301] Por. *Nikoghosyan i inni v. Polska*, § 86–88.

[302] Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, Report, A/HRC/28/68, 5.03.2015, § 80; P. Ceriani Cernadas, *The Human Rights of Children in the Context of International Migration*, [w:] W. Vandenhole, E. Desmet (red.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, London–New York 2015, s. 346.

[303] Por. Special Rapporteur on the Rights of Non Citizens, *Prevention of discrimination, The rights of non-citizens Final report of the Special Rapporteur, Mr. David Weissbrodt, submitted in accordance with Sub-Commission decision 2000/103, Commission resolution 2000/104 and Economic and Social Council decision 2000/283*, E/CN. 4/Sub. 2/2003/23/Add. 1, § 9.

[304] Por. *Abdullahi Elmi i Aweys Abubakar v. Malta*, § 144; także *Mahamed Jama v. Malta*, § 147.

[305] *Abdullahi Elmi i Aweys Abubakar v. Malta*, § 146; *Popov v. Francja*, § 119.

w których ETPC wyrażał wątpliwość co do dobrej wiary rządu Malty w zakresie sposobu administrowania przyjazdami migrantów i stosowania detencji w tym kontekście[306], a także co do jego działań polegających na obchodzeniu procedury dobrowolnego powrotu regulowanej dyrektywą 2008/115/WE[307]. W innym z kolei wyroku Trybunał stwierdził, że międzynarodowy standard nakazuje, aby w przypadku detencji dzieci, pierwszeństwo miała zasada ochrony najlepszego interesu dziecka, co implikuje obowiązek weryfikacji możliwości zastosowania łagodniejszych środków[308]. Trybunał stwierdził, że brak tych elementów podaje w wątpliwość działanie państwa w dobrej wierze[309].

2.3.4. UPRAWNIONY CEL

W systemie EKPC detencja jest tak długo uzasadniona, dopóki jest rozsądnie potrzebna do realizacji celu wskazanego w konwencji[310]. W literaturze pisze się w związku z tym o teście odpowiedniości stosowanego środka[311]. Podstawa konwencyjna musi istnieć przez cały okres pozbawienia wolności. W sprawie *Mahamed Jama* v. *Malta* ETPC uznał za niezgodny z prawem pięciodniowy okres pozbawienia wolności skarżącej, który był wynikiem zwłoki w jej zwolnieniu po tym, jak otrzymała ona decyzję o przyznaniu ochrony uzupełniającej, a rząd nie był w stanie podać żadnego innego powodu detencji uwzględnionego w art. 5 ust. 1 EKPC[312]. Analizując tę sprawę, ETPC najpierw nawiązał do pozbawienia wolności natury karnej przewidzianego art. 5 ust. 1 lit. c, stwierdzając, że przestaje być ono usprawiedliwione w dniu, w którym zarzuty przestają mieć uzasadnienie i w konsekwencji pozbawienie wolności po uniewinnieniu nie jest objęte tym postanowieniem konwencji. Chociaż pewne opóźnienia w zwolnieniu pozbawionego wolności są nieuniknione, to należy je ograniczyć do minimum[313]. Stosując te zasady *mutatis*

---

[306] *Suso Musa v. Malta*, § 100; *Mahamed Jama v. Malta*, § 146; *Abdullahi, Elmi, Aubakar i Aweys v. Malta*, § 143.

[307] *Abdullahi, Elmi, i Aweys Abubakar v. Malta*, § 143. W sprawie *Suso Musa*, skarżący w momencie zatrzymania otrzymał decyzję o wydaleniu z pouczeniem o możliwości starania się o czas na dobrowolny powrót. Jednakże w tym samym dokumencie – poniżej, znajdowała się informacja o odrzuceniu takiego wniosku por. *Suso Musa v. Malta*, § 73.

[308] Por. *Popov v. Francja*, § 119. Należy podkreślić, że ETPC przyjął, iż nie doszło do naruszenia tego przepisu w przypadku rodziców, którzy przebywali razem ze swoimi dziećmi w ośrodku detencyjnym. – por. § 120 tego orzeczenia.

[309] Por. *Rahimi v. Grecja*, § 109.

[310] Por. *Amie i inni v. Bułgaria*, § 72.

[311] J.H. Jans, *Proportionality Revisited*, „Legal Issues of Economic Integration" 2000, t. 27, nr 3. s. 243–245; G. Cornelisse, *Immigration Detention…*, s. 298–299.

[312] Por. *Mahamed Jama v. Malta*, § 154–155.

[313] *Mahamed Jama v. Malta*, § 156; *Labita v. Włochy*, skarga nr 26772/95, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 6.04.2000 r., § 171.

mutandis do kontekstu migracyjnego, ETPC uznał, że można dopuścić pewne opóźnienia w poinformowaniu skarżącej, iż otrzymała ochronę uzupełniającą, a także w przeprowadzeniu zwolnienia, ale ponad pięć dni zwłoki, a także powody, jakie podał rząd, nie dają możliwości usprawiedliwienia tak długiego czasu trwania detencji mieszczącej się w zakresie art. 5 ust. 1 lit. f[314].

W ocenie organów Konwencji związek pomiędzy samą procedurą deportacyjną a celem wskazanym w art. 5 ust. 1 lit. f EKPC jest wystarczający na poziomie wszczęcia procedury, a EKPC nie wymaga, aby została w tym względzie już wydana decyzja o wydaleniu. Europejska Komisja Praw Człowieka wyraziła opinię, że ostateczny rezultat procedur deportacyjnych jest irrelewantny z punktu widzenia uzasadnienia detencji, pod warunkiem że stosowna procedura została wszczęta i jest ona rzeczywiście przeprowadzana[315]. Warto w tym miejscu nadmienić, że zagadnienie to było także przedmiotem analizy na tle art. 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE który stanowi, że jakikolwiek środek detencyjny może być stosowany przez możliwie najkrótszy okres i tylko dopóki trwają przygotowania do wydalenia oraz podlega wykonaniu z należytą starannością. Komisja Europejska stwierdziła w tym kontekście, że warunek podlegania procedurze powrotu nie jest tożsamy z podleganiem decyzji nakazującej powrót, a zatem środki detencyjne mogą być stosowane jeszcze przed wydaniem decyzji powrotowej na przykład w sytuacji przygotowań do jej wydania[316].

W strasburskim *case law* pewnym minimum jest, żeby działania były podjęte w związku z przeprowadzeniem deportacji. Z tego powodu jest bez znaczenia, czy dana decyzja o wydaleniu ma uzasadnienie w prawie krajowym czy konwencyjnym[317]. Jednakże jeśli tego typu postępowania nie są przeprowadzane z należytą starannością, detencja przestaje być dopuszczalna[318].

Ta ocena zgodności z Konwencją została w orzecznictwie wzbogacona o elementy związane z formalną i faktyczną wykonalnością wydalenia oraz kryterium realnej perspektywy jego przeprowadzenia. W sprawie *Ali v. Szwajcaria*[319] Europejska

---

[314] *Mahamed Jama v. Malta*, § 157–158.

[315] Por. *Caprino v. Zjednoczone Królestwo,* decyzja EKPC z 17.07.1980 r., skarga nr 6871/75, pkt 3 c, s. 20.

[316] Por. *Podręcznik dotyczący powrotów 2017*, s. 141.

[317] *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 112; *Slivenko v. Łotwa*, § 146; *Sadaykov v. Bułgaria*, op. cit., § 21.

[318] *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 113; *A. i inni v. Zjednoczone Królestwo*, § 164. Innymi słowy długość detencji potrzeby tych postępowań nie może przekraczać czasu rozsądnie potrzebnego do ich przeprowadzenia – *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 74.

[319] Sprawa ostatecznie została skreślona z listy, ponieważ skarżący zniknął, a jego adwokat nie otrzymał dalszych instrukcji w tej sprawie – *Ali v. Szwajcaria,* skarga nr 69/1997/853/1060, wyrok ETPC z 5.08.1998.

Komisja Praw Człowieka w odniesieniu do pozbawienia wolności skarżącego, którego władze chciały wydalić do Somalii, ale nie miał on dokumentów podróży, orzekła, że doszło do naruszenia art. 5 ust. 1 f EKPC ze względu na brak związku z deportacją[320]. Również w sprawie *Chahal v. Zjednoczone Królestwo* pojawił się problem stosowania detencji w celu deportacji, która wiązałaby się z bezpośrednim zagrożeniem traktowania w sposób sprzeczny z art. 3 EKPC[321]. Ze względu na to, iż deportacja z naruszeniem art. 3 EKPC nie może być przeprowadzona, pozbawienie wolności traci związek z celem wskazanym w art. 5 ust. 1 lit. f EKPC w związku z art. 18 EKPC, który nie zezwala na stosowanie ograniczeń praw i wolności w innym celu, niż ten, dla którego je wprowadzono[322].

Perspektywa wydalenia ma być realna, a zatem jeśli decyzja o wydaleniu nie może być wykonana, pozbawienie wolności cudzoziemca nie spełnia przesłanki wskazanej w art. 5 ust. 1 lit. f EKPC[323]. W orzecznictwie Trybunału utrwalił się pogląd, że nawet jeśli istnieją przeszkody w wydaleniu do państwa pochodzenia, ale jest ono możliwe do innego kraju, detencja w oczekiwaniu na wydalenie może wciąż wchodzić w zakres art. 5 ust. 1 lit. f. Nie może to być jednak jedynie możliwość hipotetyczna[324]. Dlatego też ETPC stwierdził, że detencja cudzoziemca przestała się mieścić w zakresie tego przepisu, kiedy jego przyjęcia odmówiło trzydzieści osiem państw i „najpóźniej od tego momentu dla władz musiało być jasne, że próby wydalenia skarżącego do bezpiecznego kraju trzeciego były skazane na niepowodzenie"[325]. Z drugiej jednak strony ETPC w sprawie *Al Agha v. Rumunia* z niejasnych przyczyn pominął istotną w tym przypadku kwestię wykonalności deportacji. Paszport skarżącego stracił ważność, a starania o uzyskanie nowego dokumentu podjęte w przedstawicielstwach dyplomatycznych kilku państw okazały się bezskuteczne[326]. W konsekwencji skarżący nie mógł sam opuścić Rumunii – do czego został wezwany – a także nie mógł być wydalony do żadnego państwa. Te okoliczności powinny implikować rozważenie przez Trybunał kwestii utraty związku detencji z jej konwencyjnym celem, a tak się nie stało.

Również w systemie uniwersalnym organy traktatowe wyrażają pogląd, że detencja uzasadniona kontrolą migracyjną jest arbitralna, jeśli państwo nie jest

---

[320] Por. także sprawa *Mikolenko v. Estonia*, § 10, § 65–68; *Raza v. Bułgaria*, § 11 i § 16.

[321] Por. *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 80.

[322] Por. A. Claphan, *Terrorism, National measures, International Supervision,* [w:] A. Bianchi (red.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford–Portland 2004, s. 285–286.

[323] Por. *Mikolenko v. Estonia,* § 67; w systemie uniwersalnym por. orzeczenie KPC w sprawie *A. v. Australia*, § 9.4, a także WGAD, Report 2009, A/HRC/13/30, § 64.

[324] *Al-Husin v. Bośnia i Hercegowina nr 2*, skarga nr 10112/16, wyrok ETPC z 25.06.2019 r., § 103 i nast.; *M. i inni v. Bułgaria,* § 73.

[325] Por. *Al-Husin v. Bosnia i Hercegowina nr 2*, § 104.

[326] Por. *Al-Agha v. Rumunia*, § 6–8.

w stanie wykonać decyzji o wydaleniu[327]. Wspomniana sytuacja szczególnie często zdaje się zachodzić w przypadku bezpaństwowców w sytuacji nieregularnej. Najczęściej z racji swego statusu nie mogą oni być wydaleni do żadnego państwa i w związku z powyższym nie powinni być pozbawiani wolności w celu deportacji. Stąd też Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Kim v. Rosja* na podstawie art. 46 EKPC stwierdził, że Państwo-Strona musi podjąć środki zabezpieczające skarżącego przed ponownym aresztowaniem i detencją z powodu naruszeń prawa migracyjnego wynikających z jego bezpaństwowości[328].

Ponadto KPC niejednokrotnie wskazywał, że niezależnie od maksymalnych ram określonych przepisami prawa detencja powinna trwać przez możliwie najkrótszy czas[329]. Element ten zdaje się mieć szczególne znaczenie w przypadku osób poszukujących ochrony międzynarodowej, zwłaszcza ze względu na postulat sprawności i szybkości procedur jej udzielania. Według KPC w sytuacji wjazdu niezgodnie z przepisami osoba poszukująca międzynarodowej ochrony może być zatrzymana tylko przez pierwszy krótki okres (*brief initial period*) w celu udokumentowania jej wjazdu, odnotowania jej wniosku, a także ustalenia jej tożsamości, o ile istnieją wątpliwości w tym względzie[330]. Dalsze zatrzymanie może zostać potraktowane jako arbitralne, jeśli brakuje jego uzasadnienia w okolicznościach danej sprawy, takich jak: możliwość ucieczki, prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa bądź też ryzyko działań uderzających w bezpieczeństwo państwa. Uzasadnienie to powinno podlegać sądowej kontroli, aby zapobiec przedłużonej lub nieusprawiedliwionej detencji[331]. W przypadku pozbawienia wolności,

---

[327] Por. KPC, *F.K.A.G. i inni v. Australia*, § 9.3; CMW, *General Comment No. 2*…, op. cit., § 27.

[328] Por. *Kim v. Rosja*, skarga nr 44260/13, wyrok ETPC z 17.07.2014 r., § 73–74.

[329] Por. KPC, Concluding Observations: Republika Macedonii Północnej, FYROM 2015 CCPR/C/MKD/CO/3, § 17; Łotwa 2014, CCPR/C/LVA/CO/3, § 14; Malta 2014, CCPR/C/MLT/CO/2, § 16; Szwecja 2016 CCPR/C/SWE/CO/7, § 33; Ukraina 2013, CCPR/C/UKR/CO/7, § 18; Zjednoczone Królestwo 2015, CCPR/C/GBR/CO/7, § 21; interesujące jest, że również Komitet Praw Społecznych Gospodarczych i Kulturalnych w swych Concluding Observations, wzywał państwa do ograniczenia detencji migracyjnej do ściśle określonego minimum Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Cypr, E/C. 12/CYP/CO/5, 12.06.2009, § 22; Królestwo Niderlandów, E/C. 12/NDL/CO/4-5, 9.12.2010, § 25 a.

[330] Por. KM RE, Recommendation nr R (94) 5 of the Committee of Ministers on Guidelines to inspire practices of the member States of the Council of Europe concerning the arrival of asylum-seekers at European airports, 21.06.1994, § III 10 10: „The asylum-seeker can be held in such a place only under the conditions and for the maximum duration provided for by law"; por. także Concluding Observations, CCPR/C/HUN/CO/6, § 46, lit. b, w którym KPC wezwał Węgry do skrócenia okresu pierwszej detencji migracyjnej, która była stosowana z urzędu i obowiązkowo.

[331] Por. KPC, *F.K., A.G. i inni*, § 9.3; *M.M.M. i inni v. Australia*, Communication Nr 2136/2012, CCPR/C/108/ D/2136/2012, 20.08.2013, § 10.3; *A v. Australia*, Communication Nr 650/1993, 3.04.1997, CCPR/C/59/D/560/1993, § 9.

które trwało trzy lata i dwa miesiące KPC stwierdził, że nawet jeśli początkowo istniało wystarczające uzasadnienie związane na przykład z kwestiami ustalenia tożsamości, to jednak państwo nie wykazało powodów tak długiego okresu pozbawienia wolności[332].

Zarówno w przypadku procedur wydaleniowych, jak i ekstradycyjnych ani w konwencji, ani w orzecznictwie nie wskazuje się ram maksymalnego czasu ich trwania[333], ale wszelkie zaniechania i brak należytej pilności powodują, że detencja przestaje spełniać standardy art. 5 ust. 1 lit. f EKPC[334]. Z kolei w Wytycznych UNHCR stanowi się, że detencja nieograniczona czasowo ma charakter arbitralny. W związku z tym niezbędne jest określenie przepisami prawa maksymalnego okresu trwania pozbawienia wolności[335].

Europejski Trybunał Praw Człowieka posługuje się konstrukcją istnienia postępu w procedurach przewidzianych w art. 5 ust. 1 lit. f[336], a także formułą należytej staranności ich przeprowadzania (*due dilligence*)[337]. Bezczynność lub bierność władz są tutaj niedopuszczalne[338]. Niemniej jednak kryteria oceny zgodności z Konwencją są uzależnione od kontekstu i okoliczności danej sprawy. Na uwagę zasługuje, że w systemie konwencji zapadały wyroki co do zgodności z art. 5 ust. 1 EKPC detencji, która trwała, obiektywnie biorąc, bardzo długi czas. Sztandarowym przykładem jest sprawa *Chahal v. Zjednoczone Królestwo,* kiedy to ETPC odnosił się do okresu pomiędzy 16.08.1990 a 3.03.1994 r.[339] Metodologia przyjęta przez ETPC obejmowała ocenę z osobna każdego kolejnego etapu postępowania, który wiązał się z pozbawieniem wolności skarżącego[340]. Trybunał wziął pod uwagę, że w postępowaniach o nadanie statusu uchodźcy należało szczegółowo ustalać okoliczności przedstawione we wniosku[341]. W przypadku kolejnych procedur zważył, iż w tej sprawie wystąpiły względy niezwykle poważnej i ważkiej natury, co wskazywało,

---

[332] Por. *D and E and Their Two Children v. Australia*, § 7.2.

[333] Por. *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 113; *Bordovskyi v. Rosja*, skarga nr 49491/99, wyrok ETPC z 8.05.2005 r., § 50; *Bozano v. Francja*, § 54; również w soft law wskazuje się, aby detencja powinna trwać jak najkrócej: ZP RE, Rezolucja 1707 (2010), pkt 9.1.10.

[334] Por. *Mikolenko v. Estonia*, § 59; *A. i inni v. Zjednoczone Królestwo*, § 164; *Singh v. Czechy*, skarga nr 60538/00, wyrok ETPC z 25.01.2005 r., § 61–68.

[335] Por. UNHCR, *Detention Guidelines*…, op. cit., wytyczna 6.

[336] Por. *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 72–74; *K. v. Rosja*, § 83; *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 113.

[337] *Quinn v. Francja*, § 48; *Kolompar v. Belgia*, § 36; *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 113; *Bozano v. Francja*, § 54; podobnie w przypadku procedury ekstradycyjnej – *Gallardo Sanchez v. Włochy*, skarga nr 11620/07, wyrok ETPC z 24.03.2015 r., § 40.

[338] Por. *Tabesh v. Grecja*, skarga nr 8256/07, wyrok ETPC z 26.11.2009 r., § 56.

[339] Por. *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 119.

[340] Por. ibidem, § 115, § 117.

[341] Por. ibidem, § 115.

że decyzji nie należało tu podejmować pochopnie, bez należytego uwzględnienia wszystkich istotnych kwestii i dowodów[342]. W związku z tym ETPC stwierdził, że pomimo tak długiego okresu pozbawienia wolności, detencja spełniała wymagania ze względu na ścisłe powiązanie z celem art. 5 ust. 1 lit. f[343]. Co do tego ostatniego sfomułowania opinię zbieżną dołączył sędzia Nicolas Valticos, którego zdaniem, nawet jeśli wziąć pod uwagę delikatny charakter sprawy, ponad czteroletni okres pozbawienia wolności skarżącego powinien zostać oceniony jako niesprzeczny (*was not contrary*) z wymogami art. 5 ust. 1 lit. f EKPC. Wydaje się jednak, że była to uwaga raczej natury semantycznej, ponieważ w istocie wciąż łączyłaby się z konkluzją, iż nie doszło do naruszenia Konwencji.

Bardziej przekonujące w tym względzie jest stanowisko sędziego Jana de Meyera, wyrażone w opinii odrębnej do tego samego wyroku, który stwierdził, że nawet biorąc pod uwagę poziom drażliwości problemów, przetrzymywanie skarżącego obejmowało zbyt długi okres. Jednocześnie sędzia zauważył, że trzeba wyraźnie odróżnić tę sprawę – gdzie skarżący był oskarżony o przestępstwa stosunkowo niewielkiej wagi i zarzuty te zostały uchylone – od stanu faktycznego w sprawie *Kolompar v. Belgia,* kiedy *to* skarżący miał być ekstradowany na żądanie innego państwa w celu odbycia wieloletniej kary pozbawienia wolności[344].

Wydaje się istotne, że zastosowana przez ETPC w tej sprawie metoda dzielenia czasu detencji na poszczególne etapy skutkuje brakiem całościowego odniesienia i pewnej zobiektywizowanej oceny sytuacji skarżących. W istocie rzeczy zabieg ten umożliwia usprawiedliwienie stosowania wieloletniej detencji administracyjnej. Czy rzeczywiście tak długi okres pozbawienia wolności, który nie jest połączony z wyrokiem sądowym daje się pogodzić z pewną ogólnie rozumianą zasadą proporcjonalności ograniczeń praw człowieka? We wspomnianej tu sprawie *Kolompar* Europejska Komisja Praw Człowieka wyraziła pogląd, że to na państwie, do którego był skierowany wniosek o ekstradycję, spoczywa obowiązek zapewnienia sprawiedliwej równowagi pomiędzy pozbawieniem wolności a celem, dla którego środek ten został zastosowany[345]. Państwa, będąc odpowiedzialne za wykonanie ekstradycji, muszą przywiązywać szczególną wagę do tego, aby zapewnić, że przedłużająca się procedura ekstradycyjna nie będzie skutkowała brakiem proporcjonalności pomiędzy ograniczeniami nałożonymi w związku z ochroną prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego

[342] Por. ibidem, § 117.

[343] Por. ibidem, § 123.

[344] Z sędzią De Meyerem zgodzili się również w opinii częściowo odrębnej sędziowie Feyyaz Gölcüklü i Jerzy Makarczyk, nie wskazując przy tym nowych argumentów poza podanymi przez De Meyera.

[345] Por. *Kolompar v. Belgia*, skarga nr 11613/85, decyzja EKPC z 26.02.1991 r.

a międzynarodowymi zobowiązaniami w zakresie ekstradycji. Z tego względu Komisja uznała, że nawet zakładając brak jakiejkolwiek aktywności po stronie skarżącego w tych procedurach, obowiązkiem rządu było ograniczenie detencji skarżącego w oczekiwaniu na ekstradycję[346].

Europejski Trybunał Praw Człowieka przyjął tu jednak odmienny punkt widzenia, uznając, że nie doszło do naruszenia Konwencji ze względu na przedłużający się brak aktywności samego skarżącego, a opóźnienia nie miały takiego charakteru, aby można je było przypisać państwu[347].

Na tym tle warto odnotować, że kwestia długoletniej detencji administracyjnej była rozważana w sprawie *Abdi v. Zjednoczone Królestwo*, rozpatrywanej przez WGAD. W tym stanie faktycznym skarżący do momentu rozpatrzenia swojej skargi był pozbawiony wolności przez cztery i pół roku. WGAD stwierdziła, że trudno przyjąć inną konkluzję niż ta, że był to okres zbyt długi. Zauważono, że w tym przypadku szanse na wydalenie tego cudzoziemca w rozsądnym terminie były niewielkie, a zatem zobowiązanie rządu do poszukiwania alternatyw dla zatrzymania stawało się tym bardziej palące. W dalszej perspektywie czasowej możliwość ta wydała się WGAD jeszcze bardziej odległa niż kiedykolwiek wcześniej, a zatem dalsze przetrzymywanie skarżącego nabrało cech pozbawienia wolności nieokreślonego czasowo[348].

Interesującą kwestią jest pozbawienie wolności cudzoziemca powiązane z zastosowaniem reguły 39 Regulaminu Trybunału, a więc przyjęciem przez państwo środków tymczasowych zarządzonych przez Trybunał, w tym przypadku polegających na wstrzymaniu lub niepoddawaniu cudzoziemca procedurze powrotowej. W konsekwencji Państwo-Strona, wdrażając *interim measure*, musi zakończyć pozbawienie wolności cudzoziemca ze względu na brak ścisłego związku z deportacją. Niemniej jednak równocześnie rodzi to problem dopuszczenia cudzoziemca do terytorium państwa i skutkuje możliwością zastosowania detencji „przez czas ściśle niezbędny dla władz do sprawdzenia, czy wjazd cudzoziemca jest zgodny z prawem i może być rozumiany jako pozbawienie wolności osoby w celu zapobieżenia jego nielegalnemu wkroczeniu na terytorium w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. f". Trybunał poszedł nawet dalej w swych rozważaniach, wskazując, iż w trakcie tego sprawdzenia władze mogą odkryć informacje, na przykład dotyczące tożsamości cudzoziemca, mogące spowodować czy usprawiedliwiać zniesienie środka tymczasowego przyjętego na podstawie Reguły 39. ETPC przyjął, że implementacja

[346] Por. ibidem.

[347] Por. *Kolompar v. Belgia*, skarga nr 11613/85, wyrok ETPC z 24.09.1992 r., § 37–43.

[348] Por. WGAD, *Mr Mustafa Abdi v. Zjednoczone Królestwo* (dalej jako *Abdi v. Zjednoczone Królestwo*), Opinion Nr 45/2006, A/HRC/7/4/Add. 1, 24.10.2006, § 25.

interim measure nie oznacza, że pozbawienie wolności cudzoziemca w tym kontekście automatycznie spełnia wymogi art. 5 ust. 1 Konwencji[349]. Detencja tego typu, jak każde pozbawienie wolności, musi być zgodna z prawem i zgodna z procedurą przewidzianą przez prawo w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. f EKPC. Nie tylko powinna mieć ściśle określoną podstawę prawną, odnośnie do czasu jej trwania – który nie może być nierozsądny – lecz również musi być zgodny z celem art. 5, a mianowicie ochroną jednostki przed arbitralnością[350].

2.3.5. ARBITRALNOŚĆ A WARUNKI POZBAWIENIA WOLNOŚCI

Pozbawienie wolności oraz warunki jego wykonywania muszą być rzeczywiście zgodne z celem ograniczeń dozwolonych w art. 5 ust. 1 lit. f[351]. Tym samym musi istnieć związek pomiędzy powodami pozbawienia wolności a miejscem i warunkami detencji[352]. W orzecznictwie międzynarodowym ugruntowany jest pogląd, że migranci i osoby poszukujące ochrony międzynarodowej, nawet jeśli przebywają w danym kraju nielegalnie, nie powinni być traktowani jak przestępcy[353]. Jednocześnie też decyzje dotyczące pozbawienia wolności cudzoziemców powinny uwzględniać skutki, jakie będzie ono miało dla ich zdrowia psychicznego i fizycznego[354]. Kluczowe pozostaje, że jest to środek mający zastosowania wobec osób, które często w obawie o swe życie uciekły ze swojego własnego państwa[355]. KPC przyjął, że aczkolwiek warunki pozbawienia wolności podlegają ocenie przede wszystkim z punktu widzenia art. 7 i 10 MPPOiP, detencja może być arbitralna, jeśli sposób traktowania pozbawionych wolności nie koresponduje z celem, dla którego zostali rzekomo zatrzymani[356].

---

[349] „The implementation of an interim measure following an indication by the Court to a State Party that it would be desirable not to return an individual to a particular country does not in itself have any bearing on whether the deprivation of liberty to which that individual be subject complies with Article 5 § 1 of the Convention".

[350] Por. *Gebremedhin v. Francja*, § 74; *Amuur v. Francja*, § 50.

[351] *Winterwerp v. Królestwo Niderlandów*, § 39.

[352] *Aerts v. Belgia*, skarga nr 25357/94, wyrok ETPC z 30.07.1998 r., § 46; *Enhorn v. Szwecja*, § 42.

[353] Por. *Amuur v. Francja*; ECRI, Second Report on Croatia, CRI (2001) 34, 15.12.2000, § 31; ECRI, Second Report on Belgium, 18.06.1999, § 11–15; Special Rapporteur on the Rights of Non-Citizens, Final report on the rights of non-citizens Regional Activities, 2003, E/CN. 4/Sub. 2/2003/23/Add. 2, § 25.

[354] *Shafiq v. Australia*, § 7.3; *C. v. Australia*, § 8.2 i 8.4.

[355] *Amuur v. Francja*, § 43; por. także KM RE, Recommendation nr R (94) 5, § III. 9: „When the asylum-seeker has to stay at the border pending a decision, he or she shall be received and accommodated in an appropriate place, whenever possible provided to that effect".

[356] Por. KPC, *Fardon v. Australia*, Communication Nr 1629/2007, CCPR/C/98/D/1629/2007, 10.05.2010, § 7.4 (a); Concluding observations: Belgia 2004, CCPR/CO/81/BEL, 21.08.2004, § 18; Zjednoczone Królestwo 2001, CCPR/CO/73/UK, 6.12.2001, § 16.

Osoby pozbawione wolności w związku z kontrolą wjazdu i pobytu cudzoziemców na terytorium państwa nie powinny być umieszczane w obiektach powiązanych z wymiarem sprawiedliwości w sprawach karnych[357]. Jeśli tak się jednak dzieje, należy przestrzegać zasady oddzielenia cudzoziemców od osób oskarżonych o przestępstwa pospolite[358]. W przypadku praw człowieka standard ten jest wypracowany orzeczniczo lub obecny w dokumentach soft law[359]. Natomiast jest to przedmiot regulacji art. 16 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE i art. 10 ust. 1 dyrektywy 2013/33/UE. Stanowi się w nich, że detencja może mieć miejsce co do zasady tylko w specjalnych ośrodkach detencyjnych, a jej stosowanie w więzieniach jest dopuszczalne na zasadzie wyjątku, z poszanowaniem zasady oddzielania cudzoziemców od zwykłych więźniów[360]. Zgodnie z orzecznictwem TSUE uchylenie obowiązku przestrzegania zasady oddzielania nie może nastąpić poprzez oświadczenie woli cudzoziemca, że zgadza się on na takie rozwiązanie. Trybunał stwierdził, że obowiązek oddzielania stanowi warunek dopuszczalności detencji w świetle przepisów dyrektywy 2008/115/WE i państwo nie może brać pod uwagę woli zainteresowanego[361].

W międzynarodowym prawie uchodźczym wymaga się, aby zasada oddzielania dotyczyła również odróżniania osób poszukujących ochrony międzynarodowej od nieregularnych migrantów. Taki warunek – jak wspomniano – jest przewidziany w art. 10 ust. 1 zdanie 3 dyrektywy 2013/33/UE, choć norma ta wskazuje, że umieszczenie oddzielne wnioskujących o ochronę międzynarodową od innych obywateli państw trzecich ma następować „w zakresie w jakim jest to możliwe"[362].

Zgodnie z Wytycznymi UNHCR warunki detencji powinny być ludzkie i godne (wytyczna nr 8), a szczególne okoliczności oraz potrzeby poszczególnych osób poszukujących ochrony powinny zostać wzięte pod uwagę (wytyczna nr 9). CPT wskazuje, że warunki pozbawienia wolności migrantów powinny odzwierciedlać naturę tego typu pozbawienia wolności, co oznacza znaczące ograniczenie

---

[357] Por. WGAD, *Revised Deliberation Nr 5*, § 44.

[358] Por. WGAD, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, United Nations Basic Principles and Guidelines on Remedies and Procedures on the Right of Anyone Deprived of Their Liberty to Bring Proceedings Before a Court, A/HRC/30/37, 6.07.2015, zasada 9; KPT, Conclusions and Recommendations, Luxembourg, 16.07.2007, CAT/C/LUX/CO/5, § 5.

[359] Por. *Dwadzieścia Wytycznych…*, op. cit., wytyczna 10. 4; ZP RE, *Recommendation 1547(2002) on expulsion procedures in conformity with human rights and enforced with respect for safety and dignity*, 22.01.2002, § 13Vc; KM RE, Recommendation Rec(2003)5, § 10.

[360] Wyrażenie „zwykli więźniowie" obejmuje zarówno osoby skazane, jak i osoby tymczasowo aresztowane – por. *Podręcznik dotyczący powrotów 2017*, s. 148.

[361] Por. Pham/ Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik, C-474/13, wyrok TSUE z 17.07.2014 r., ECLI:EU:C:2014:2096, pkt 21 i 22.

[362] Por. UNHCR, *Conclusions nr 44*, lit. d.

nakładanych restrykcji i umożliwienie korzystania cudzoziemcom z wielu form aktywności. Dotyczy to na przykład znaczącego kontaktu ze światem zewnętrznym, jak również stosowania ograniczeń w poruszaniu się po ośrodku detencyjnym w stopniu minimalnym. Przy czym nawet jeśli te warunki są spełnione także w zakładzie karnym, Komitet uznaje przetrzymywanie cudzoziemców w środowisku więziennym za niewłaściwe[363]. Natomiast w standardach uniwersalnych można powiedzieć, że pewnym minimum jest, aby cudzoziemcy pozbawieni wolności z powodów migracyjnych korzystali z takich samych praw jak osoby skazane czy tymczasowo aresztowane[364].

Zagadnieniem o dużym znaczeniu praktycznym jest kwestia dopuszczalności stosowania w procedurach powrotowych detencji w więzieniu wobec osób, które zakończyły odbywanie kary pozbawienia wolności[365]. Dotyczy to sytuacji, gdy dana osoba, pomimo że już nie jest więźniem, wciąż przebywa w tym samym zakładzie karnym, w którym odbywała karę ze względu na planowaną deportację. Zastosowanie takiego rozwiązania jest niedopuszczalne, ponieważ zamienia detencję migracyjną w ukrytą formę karania. Natomiast prawidłowym wzorcem postępowania jest odpowiednio wczesne podjęcie działań zmierzających do wydalenia, które umożliwi poddanie cudzoziemca procedurze powrotu najpóźniej w chwili, kiedy zostanie zwolniony z zakładu karnego[366]. W przypadku gdy to nie jest możliwe, należy rozważyć zastosowanie środków alternatywnych, a w ostateczności pozbawienie wolności w miejscu przeznaczonym na detencję administracyjną.

Kolejnym aspektem jest problem cudzoziemców zachowujących się agresywnie lub nieodpowiednio, co często jest źródłem zagrożeń dla pozostałych pozbawionych wolności. Tego typu zachowania same w sobie nie mogą stanowić uzasadnienia dla przetrzymywania ze zwykłymi więźniami[367], natomiast mogą przesądzać o zasadności odizolowania od pozostałych cudzoziemców. Ewentualne osadzenie w więzieniu może mieć miejsce tylko wówczas, gdy zachowania cudzoziemca noszą znamiona czynów zabronionych, co powinno zostać stwierdzone na mocy wyroku sądowego[368].

---

[363] Por. CPT, Extract from the 19th General Report, CPT/Inf (2009) 27, § 79.

[364] Por. WGAD, *Revised Deliberation Nr 5*, § 31. WGAD wskazuje tutaj na zastosowanie Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment. Z kolei SRHRM wspomina o Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners – por. Report, A/HRC/20/24, § 72 f.

[365] Klasycznym przykładem takiej sytuacji jest stan faktyczny w przywołanej tu sprawie *Abdi v. Zjednoczone Królestwo*, § 25. W tym przypadku skarżący w oczekiwaniu na deportację cały czas przebywał w więzieniu, pomimo zakończenia kary pozbawienia wolności.

[366] Por. KE, *Podręcznik dotyczący powrotów 2017*, s. 148.

[367] KPC, Concluding Observations, Szwecja, CCPR/C/SWE/CO/6, § 17.

[368] Por. KE, *Podręcznik dotyczący powrotów 2017*, s. 148.

3. GWARANCJE PRZYSŁUGUJĄCE OSOBOM POZBAWIONYM WOLNOŚCI

3.1. PRAWO DO INFORMACJI

3.1.1. ZAGADNIENIA OGÓLNE

Zgodnie z art. 5 ust. 2 EKPC każdy zatrzymany powinien zostać niezwłocznie i w zrozumiałym dla niego języku poinformowany o przyczynach zatrzymania oraz o stawianych mu zarzutach. Regulacja ta zawiera elementarny wymóg, aby osoba poddana aresztowaniu czy też innej formie zatrzymania wiedziała, że jest pozbawiona wolności[369]. Jest to integralna część ochrony wynikającej z całego artykułu 5 EKPC[370], wpisująca się także w gwarancje zawarte w art. 9 ust. 2 MPPOiP[371].

Sformułowania użyte w art. 5 ust. 2 EKPC należy interpretować w sposób autonomiczny, a jednocześnie mający na względzie cel, którym jest ochrona jednostki przed arbitralnym pozbawieniem wolności. W związku z tym słowo „aresztowanie" wykracza w swym zakresie poza regulacje prawa karnego, podobnie jak słowo „zarzuty", które odnosi się nie tyle do prawnokarnego kontekstu, co raczej do pewnych ewentualności, jakie są brane pod uwagę w związku z pozbawieniem wolności. Chociaż informacje te muszą być przekazywane „niezwłocznie", to nie muszą być w całości przedstawione przez funkcjonariusza w momencie dokonania zatrzymania. W każdym przypadku należy ocenić treść i terminowość przekazanych informacji sprawy zgodnie z jej szczególnymi cechami[372].

ETPC wskazuje w tym kontekście na związek funkcjonalny pomiędzy art. 5 ust. 2 a art. 5 ust. 4 EKPC gwarantującym prawo do kontroli sądowej legalności pozbawienia wolności. W przypadkach, w których zatrzymani nie zostali poinformowani o przyczynach pozbawienia ich wolności, ich prawo do odwołania się od ich zatrzymania zostało pozbawione wszelkiej skutecznej substancji[373].

W ocenie Trybunału właśnie z tego względu, że ten ostatni przepis Konwencji nie czyni rozróżnienia pomiędzy poszczególnymi typami pozbawienia wolności

---

[369] Por. także wyrok MTPC: w sprawie *Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ekwador*, § 71; opinia doradcza OC-21/14, § 196.

[370] Por. *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 115.

[371] Art. 9 ust. 2 MPPOiP *Każdy, kto jest zatrzymany będzie poinformowany w momencie zatrzymania o przyczynach zatrzymania oraz będzie natychmiast poinformowany o wszelkich wysuwanych przeciwko niemu zarzutach;* por. także art. 7 ust. 4 AKPC, art. 16 ust. 5 Konwencji o ochronie pracowników migrujących.

[372] *Čonka v. Belgia*, § 50; *Nowak v. Ukraina*, skarga nr 60845/2010, wyrok ETPC z 31.03.2011 r., § 63.

[373] Por. *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 132.

tym bardziej nie ma powodu, żeby z zakresu art. 5 ust. 2 EKPC została wyłączona detencja stosowana w procedurach innych niż karna[374]. Trybunał orzekał więc nie tylko o konieczności zastosowania tego standardu w kontekście detencji cudzoziemców, ale także w przypadku pozbawienia wolności w celu ekstradycji[375] czy poddania przymusowemu leczeniu[376].

KPC podobnie, choć nie identycznie, wskazuje, że art. 9 ust. 2 MPPOiP zawiera dwa wymogi. Pierwszy z nich odnosi się do samych przyczyn pozbawienia wolności i dotyczy wszystkich typów ingerencji w prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Użyte w tym miejscu słowo „aresztowanie" oznacza rozpoczęcie pozbawienia wolności, a wymóg poinformowania obowiązuje niezależnie od tego, czy ma ono charakter formalny, czy faktyczny i niezależnie od uzasadnionego lub niewłaściwego powodu, na którym się opiera[377]. Natomiast poinformowanie o zarzutach (*charges*) dotyczy spraw natury karnej[378].

Na uwagę zasługuje, że w dokumentach *soft law* w systemie uniwersalnym zakres obowiązków informacyjnych państwa jest bardziej rozbudowany i wykracza poza informowanie w momencie zatrzymania o jego przyczynie oraz bezzwłoczne przedstawienie treści zarzutów. Zgodnie bowiem z zasadą 14 zawartą w „Zbiorze Zasad dotyczących osób aresztowanych lub uwięzionych"[379] wobec osób, które w niewystarczający sposób rozumieją lub mówią językiem używanym przez organy odpowiedzialne za ich zatrzymanie, aresztowanie lub uwięzienie, niezwłoczność poinformowania w języku zrozumiałym rozciąga się na elementy przewidziane w zasadach: 11 pkt 2, 12 pkt 1 oraz 13.

Oznacza to, że osoby te mają być poinformowane o powodach zatrzymania, czasie pozbawienia wolności oraz postawienia przed sądem lub inną władzą. Dalej obowiązki państwa obejmują informacje dotyczące tożsamości funkcjonariuszy dokonujących pozbawienia wolności oraz o miejscu pobytu osoby pozbawionej wolności. Ponadto przewidziano, że dana osoba jest uprawniona podczas zatrzymania, przy aresztowaniu lub uwięzieniu lub bezpośrednio potem, do informacji dotyczącej jej praw, wyjaśnienia tychże oraz sposobu korzystania z nich. Ostatnim elementem jest uzyskanie bezpłatnej pomocy tłumacza w związku z czynnościami prawnymi następującymi po zatrzymaniu.

---

[374] Por. *Van der Leer v. Królestwo Niderlandów*, skarga nr 11509/85, wyrok ETPC z 21.02.1990 r., § 27–28.

[375] Por. *Shamayaev i inni v. Gruzja i Rosji*, § 414–415.

[376] Por. *Van der Leer v. Królestwo Niderlandów*, § 27–28; *X. v. Zjednoczone Królestwo*, § 66.

[377] Por. następujące orzeczenia KPC: *Yklymova v. Turkmenistan*, § 7.2; *Essono Mika Miha v. Equatorial Guinea*, § 6.5.

[378] Por. KPC, *General Comment No. 35*…, op. cit., § 24; por. także *Ahmadou Sadio Diallo* (*Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*), wyrok MTS, I.C.J. Reports 2010, s. 639, § 77.

[379] Por. *Body of Principles*…, A/RES/43/173.

Także w dokumentach WGAD poza samą informacją o detencji wskazuje się na obowiązek informowania osoby pozbawionej wolności o jej prawach, w tym o prawie do zakwestionowania legalności detencji, a także zapewnieniu dostępu do prawnika[380]. Informacja, o której mowa w art. 5 ust. 2 EKPC powinna być przekazana samemu zainteresowanemu lub jego prawnikowi[381]. Jeśli pozbawiony wolności nie jest w stanie jej przyjąć ze zrozumieniem, np. ze względu na niewystarczający stopień dojrzałości lub upośledzenie umysłowe, obowiązek informacyjny musi być dopełniony poprzez przekazanie odpowiednich treści osobie reprezentującej pozbawionego wolności, a zatem najczęściej prawnikowi lub opiekunowi prawnemu[382].

KPC stwierdza, że w przypadku osób szczególnie wrażliwych bezpośrednie ich poinformowanie jest niezbędne, ale niewystarczające. W przypadku dzieci obowiązkiem państwa jest przekazanie odpowiednich informacji także rodzicom, opiekunom lub przedstawicielom ustawowym[383]. Komitet Praw Dziecka w tym kontekście wskazywał, że nie jest wystarczające dostarczenie dziecku określonego dokumentu, ale także jego wyjaśnienie. Władze nie powinny tego pozostawiać rodzicom czy opiekunom. Jak wyjaśniał dalej Komitet, beneficjentem obowiązku informacyjnego jest dziecko, dlatego nie może on być wypełniony na zasadzie alternatywy jedynie wobec jego rodziców czy opiekunów[384]. W przypadku osób z niepełnosprawnościami umysłowymi podobnie – informacje dotyczące samego pozbawienia wolności oraz jego przyczyn należy przekazać osobom uprawnionym do ich reprezentowania lub członkom rodziny[385].

Europejski Trybunał Praw Człowieka słusznie zauważył, że nikt nie może skorzystać ze swojego prawa do zakwestionowania legalności pozbawienia wolności, jeśli nie jest poinformowany o jego podstawach prawnych. W przypadku gdy zarzuty w trakcie pozbawienia wolności ulegną zmianie, należy o tym również poinformować[386]. Ocena, czy standardy w zakresie treści i czasu poinformowania zostały dotrzymane, musi przebiegać z punktu widzenia okoliczności danej

---

[380] Por. WGAD, Report 2009, A/HRC/13/30, § 61.

[381] Por. *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 53.

[382] Por. *Z.H. v. Węgry*, skarga nr 28973/11, wyrok ETPC z 8.11.2012 r., § 42–43; *X. v. Zjednoczone Królestwo*, § 106.

[383] Por. KPC, *Krasnov przeciwko Kirgistanowi*, Communication Nr 1402/2005, 29.03.2011, CCPR/C/101/D/1402/2005, § 8.5; KPC, *General Comment No. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 23.08.2007, CCPR/C/GC/32, § 42.

[384] KPD, *General Comment No. 10, Children's rights in juvenile justice*, CRC/C/GC/10, 25.04.2007, § 48.

[385] Por. KPC, *General Comment No. 35*…, op. cit., § 28.

[386] Por. *M.A. v. Cypr*, § 227 wraz odwołaniem do decyzji EKPC w sprawie *X. v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 6998/75, Commission's Report of 16.07.1980, § 105, Series B nr 41.

sprawy[387]. Niedopuszczalne jest jedynie wskazanie czy wyliczenie przepisów prawnych stanowiących podstawę prawną pozbawienia wolności bez przytoczenia ich treści[388]. W przypadku osób podejrzanych o przestępstwo nie wymaga się kompletnej listy zarzutów stawianych aresztowanej osobie[389], natomiast w sprawach związanych z deportacją – podobnie jak w tych mających na celu ekstradycję – podane informacje mogą być jeszcze mniej kompletne[390].

W systemie uniwersalnym KPC przyjął, że powody podane przez państwo nie mogą zawierać jedynie ogólnej podstawy zatrzymania, lecz powinny być wystarczająco szczegółowe, aby wskazywały na ich istotę (substancję)[391]. *Reasons* w rozumieniu Paktu dotyczą formalnie rozumianej podstawy prawnej, a nie osobistych, subiektywnie rozumianych przyczyn i motywacji, jakimi kierował się funkcjonariusz dokonujący zatrzymania[392].

3.1.2. FORMA POINFORMOWANIA

W tekście Europejskiej Konwencji Praw Człowieka nie wskazuje się na formę informowania, a zatem dopuszczalna jest forma ustna i pisemna[393]. Podobnie w systemie uniwersalnym – przyjmuje się, że wymagania art. 9 ust. 2 MPPOiP są spełnione już w przypadku poinformowania ustnego[394]. W niektórych przypadkach – takich jak analfabetyzm – jest to właściwie jedyna możliwość przekazania informacji[395]. W art. 9 ust. 4 dyrektywy 2013/33/UE stanowi się o natychmiastowym poinformowaniu o pozbawieniu wolności na piśmie osób, które zostały zatrzymane w ramach procedury ubiegania się o ochronę międzynarodową. Jeśli

---

[387] Por. *Kaboulov v. Ukraina*, skarga nr 41015/04, wyrok ETPC z 19.11.2009 r., § 144; *Fox, Campbell i Hartley v. Zjednoczone Królestwo*, § 40.

[388] Por. *Murray v. Zjednoczone Królestwo*, § 76; *Kortesis v. Grecja*, skarga nr 60593/10, wyrok ETPC z 12.06.2012 r., § 61–62.

[389] Por. *Kaboulov v. Ukraina*, § 144.

[390] Por. ibidem, § 143–144; por. także *K. v. Belgia*, skarga nr 10819/84, decyzja EKPC z 5.07.1984 r., DR 38, s. 230; *Kane v. Cypr*, skarga nr 33655/06, decyzja ETPC z 13.09.2011 r.; *M.A. v. Cypr*, § 230.

[391] *F.K.A.G. i inni v. Australia*, § 9.5; *Ilombe and Shandwe przeciwko Demokratyczna Republika Kongo*, Communication Nr 1177/2003, CCPR/C/86/D/1177/2003, 17.03.2006 r., § 6.2.

[392] Por. *General Comment No. 35…*, op. cit., § 25; *Levinov v. Białoruś*, Communication Nr 1812/2008, CCPR/C 1812/2008, 25.08.2011, § 7.5.

[393] *X. v. Niemcy*, skarga nr 8098/77, decyzja EKPC z 13.12.1978 r., Decisions and Reports (DR) 16, s. 111.

[394] Por. KPC, *General Comment No. 35…*, op. cit., § 26.

[395] Przypadki analfabetyzmu wśród migrantów są stosunkowo częste – zob. V. Plutzar, M. Ritter, *Language learning in the context of migration and integration – Challenges and options for adult learners*, 2008, Council of Europe, s. 2–4, https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fc1d6 [dostęp: 22.12.2023].

chodzi o procedurę przymusowego powrotu, to w art. 15 ust. 2 zdanie drugie dyrektywy nr 2008/115/WE stanowi się jedynie o tym, iż decyzja o zastosowaniu środka detencyjnego na ma być wydana na piśmie.

Aczkolwiek dopuszczalność informowania ustnego nie budzi wątpliwości, to jednak rodzi określone problemy dowodowe. Na przykład w sprawie *M.A. v. Cypr* istotnym elementem rozstrzygania były rozbieżności pomiędzy skarżącym a rządem co do momentu ustnego poinformowania o powodach detencji. Skarżący podnosił zarzut trzydniowej zwłoki, natomiast rząd Cypru twierdził, że cudzoziemiec został poinformowany o przyczynach pozbawienia wolności ustnie w dniu zatrzymania w momencie sprawdzania jego tożsamości. Ponadto zdaniem rządu powody detencji musiały stać się oczywiste dla skarżącego w trakcie procedury identyfikacji. ETPC przyznał rację rządowi – nie miał wątpliwości, że skarżący był poinformowany, iż został pozbawiony wolności, a przynajmniej rozumiał, biorąc pod uwagę naturę procedur identyfikacyjnych, że sytuacja ta jest związana z jego statusem migracyjnym[396]. W tym kontekście ETPC zważył także, że skarżący – podobnie jak inne osoby razem z nim pozbawione wolności – już następnego dnia po aresztowaniu wypełnił wniosek o zastosowanie reguły 39 Regulaminu ETPC w poszukiwaniu możliwości zawieszenia swojej deportacji. Treść tego wniosku w ocenie ETPC wskazywała, że jego autorzy (w tym skarżący) byli świadomi, iż są pozbawieni wolności w celu deportacji.

W ocenie KPT sam fakt istnienia środków legislacyjnych zapewniających dostęp do tłumacza, prawnika, a także możliwość kontaktu z konsulem[397] w okolicznościach tej konkretnej sprawy nie był wystarczający, ponieważ państwo nie przedstawiło dowodu na to, że poinformowało skarżącego w sposób efektywny o przysługujących mu prawach[398]. Jak zauważył Komitet, nie był to przypadek odosobniony i są dowody, że jest to stała praktyka władz Maroka[399]. Wymagania dalej idące sformułowała WGAD, wskazując na pisemną i uzasadnioną notyfikację pozbawienia wolności w języku zrozumiałym dla zainteresowanego[400]. Jednocześnie zaś każda osoba poszukująca ochrony międzynarodowej lub migrant, zatrzymany w celu przesłuchania na granicy lub na terytorium państwa w przypadku nielegalnego wkroczenia, musi być poinformowany przynajmniej ustnie

[396] Por. *M.A. v. Cypr*, § 234.

[397] Por. KPT, *Diory Barry v. Maroko*, Communication Nr 372/2009, CAT/C/52/D/372/2009, 19.05.2014, § 4.3.

[398] Por. ibidem, § 6.2.

[399] KPT, Concluding Observations Maroko, CAT/C/MAR/CO/4, 21.12.2011, § 26.

[400] Por. WGAD, Deliberation Nr 5, principle 8.

w języku, który rozumie o charakterze i powodach odmowy wjazdu lub zezwolenia na pobyt czasowy[401].

3.1.3. ZROZUMIAŁOŚĆ JĘZYKA

Każdy zatrzymany (aresztowany) ma być poinformowany w prostym, wolnym od technicznych zwrotów, zrozumiałym języku o istotnych prawnych i faktycznych powodach pozbawienia wolności, aby móc, o ile uzna to za stosowne, wystąpić do sądu o zakwestionowanie jego zgodności z prawem na podstawie art. 5 ust. 4 EKPC[402]. Wręczenie dokumentu sporządzonego w języku kraju zatrzymania nieznanym cudzoziemcowi, z odwołaniami do zwrotów i przepisów prawa krajowego nie spełnia tego standardu[403]. W sprawie *J.R. i inni v. Grecja* ETPC posłużył się kryterium „przystępności" informacji zawartych w specjalnej broszurze informującej cudzoziemców o przysługujących środkach odwoławczych, wskazując, że nawet jeśli takową skarżący otrzymali, treści w niej zawarte nie były wystarczające, aby umożliwić realne zakwestionowanie pozbawienia wolności przed sądem[404].

Jeśli dochodzi do pozbawienia wolności osób upośledzonych intelektualnie, to brak uwzględnienia tej sytuacji poprzez zapewnienie, iż stosowne informacje zostaną przekazane prawnikowi lub opiekunowi takiej osoby, stanowi naruszenie gwarancji art. 5 ust. 2 EKPC i uniemożliwia realne skorzystanie z prawa do sądowej kontroli legalności na podstawie art. 5 ust. 4 EKPC[405].

KPC zauważa, że w przypadku osób szczególnie wrażliwych standardy w zakresie zrozumiałości informacji są wyższe. Zwłaszcza w przypadku dzieci dodatkowo poziom prostoty języka powinien być dostosowany do stopnia dojrzałości i wieku dziecka. Informacje, jakie powinno dziecko otrzymać stosownie do swojego stopnia dojrzałości, powinny obejmować zakres ich praw, dostępnych dla dziecka służb, jak też procedur. W przypadku gdy dziecko nie rozumie języka kraju, w którym przebywa, państwo ma obowiązek zapewnić mu tłumacza w sytuacji, gdy może dojść do pozbawienia wolności[406].

---

[401] Por. ibidem, principle 1.

[402] *Galliani v. Rumunia*, § 53; *Kaboulov v. Ukraina*, § 143; por. także KPC, *General Comment No. 35…*, op. cit., § 25; *Campbell v. Jamajka*, Communication Nr 248/1987, CCPR/C/44/D/248/1987, 30.03.1992, § 6.3; notyfikacja pozbawienia wolności powinna także zawierać informację o warunkach na jakich zainteresowany może domagać się kontroli sądowej legalności pozbawienia wolności i o ile to właściwe zwolnienia – WGAD, Deliberation Nr 5, principle 8.

[403] Por. *Nowak v. Ukraina*, § 64.

[404] *J.R. i inni v. Grecja*, § 124.

[405] Por. *Z.H. v. Węgry*, § 41.

[406] Por. MTPC, Opinia Doradcza, OC 21/14, § 197.

W systemie EKPC przyjmuje się, że w przypadku gdy Państwa-Strony korzystają z tłumaczy, obowiązkiem władz jest dopilnowanie, aby treści poddawane tłumaczeniu były formułowane ściśle i precyzyjnie[407]. Warunek zapewnienia tłumacza pełni rolę służebną i instrumentalną wobec celu, jakim jest rozumienie przez osobę pozbawioną wolności jej sytuacji prawnej. Stąd też ETPC w sprawie *Galliani v. Rumunia* nie dopatrzył się naruszenia art. 5 ust. 2 EKPC w sytuacji, gdy nie zapewniono tłumacza skarżącej cudzoziemce, biorąc pod uwagę, że wchodziła ona w dyskusję z oficerami policji i nie miała żadnych trudności ze zrozumieniem, czego się od niej oczekuje[408]. ETPC uznał za niezasadny zarzut naruszenia Konwencji, gdy brak obecności tłumacza dotyczył sytuacji pozbawienia wolności 16-latka pochodzenia albańskiego, który mieszkał przez 10 lat w Grecji i uczęszczał do tamtejszej szkoły[409].

Na tym tle warto zwrócić uwagę na art. 9 ust. 4 dyrektywy 2013/33/UE, w którym stanowi się, że zatrzymani wnioskodawcy są natychmiast informowani na piśmie w języku dla nich zrozumiałym lub co do którego można zasadnie przypuszczać, że jest dla nich zrozumiały – o powodach zatrzymania, o określonych w prawie krajowym procedurach zaskarżania nakazu zatrzymania oraz o możliwości wystąpienia o bezpłatną pomoc prawną i zastępstwo prawne[410]. Niewątpliwie taka regulacja nie spełnia standardów art. 5 ust. 2 EKPC. Dopuszczalność informowania w języku, co do którego można zasadnie przypuszczać, iż jest dla cudzoziemca zrozumiały, zasługuje na krytykę, ponieważ daje spore pole manewru organom państwa członkowskiego co do kryteriów, wedle których owo przypuszczenie miałoby być zasadne. Znajduje to potwierdzenie w dokumentach Komisji Europejskiej, która stwierdziła, że kryteria te zależą od krajowych przepisów wykonawczych i praktyk administracyjnych[411]. Ponadto odniesienie do języka przypuszczalnie zrozumiałego łączy się z językiem etnicznym, który w przekonaniu organów państwa członkowskiego cudzoziemiec powinien rozumieć. Natomiast, jak to już zostało zasygnalizowane, zrozumiałość języka nie sprowadza się tylko do jego etniczności, ale też oznacza odpowiedni dobór słów, prostotę i wolność od terminów technicznych.

---

[407] Por. *Shamayaev i inni v. Gruzja i Rosji*, § 425.

[408] Por. *Galliani v. Rumunia*, § 54.

[409] Por. *Barjamaj v. Grecja*, § 48.

[410] Informowanie w języku przypuszczalnie zrozumiałym jest także przewidziane art. 5 ust. 2 tej dyrektywy, który dotyczy informacji o ogólnych warunkach przyjmowania czy na przykład art. 12 ust. 1 dyrektywy 2013/32/UE (informacje dotyczące gwarancji w trakcie procedury udzielania ochrony międzynarodowej).

[411] KE, *Podręcznik dotyczący powrotów 2017*, s. 133.

Istotą tej gwarancji jest zapewnienie, aby zainteresowany rozumiał, z jakiego powodu został pozbawiony wolności[412].

Niekorzystny dla cudzoziemców wydźwięk tych przepisów jest łagodzony przez stanowisko Komisji Europejskiej, która stwierdza, że dorobek prawny w dziedzinie azylu zobowiązuje państwa członkowskie do podjęcia wszelkich możliwych starań w celu zapewnienia tłumaczenia na język, który dana osoba faktycznie rozumie. W szczególnych przypadkach, gdy państwa mają trudności w znalezieniu tłumacza stosunkowo rzadkich języków[413], posłużenie się językiem, który prawdopodobnie jest dla cudzoziemca zrozumiały, może przynajmniej częściowo zabezpieczać jego prawa. Pomimo to brak dostępności tłumaczy ustnych nawet w takich przypadkach może zostać przyjęty jako usprawiedliwienie jedynie w sytuacji, gdy są to trudności obiektywne Natomiast nie stanowi uzasadnionej przyczyny brak tłumaczenia wynikający z niedostępności podyktowanej wewnętrznymi trudnościami administracji[414].

W przypadku wszystkich omawianych gwarancji proceduralnych należy zaznaczyć, że organy ochrony praw człowieka wskazują, że chodzi o gwarancje i środki rzeczywiście dostępne[415].

3.1.4. NATYCHMIASTOWOŚĆ POINFORMOWANIA

Istotnym elementem oceny jest wymóg natychmiastowości poinformowania o powodach pozbawienia wolności. Ustalenia, czy dana osoba uzyskała odpowiednie informacje wystarczająco wcześnie, dokonuje się na podstawie okoliczności danej sprawy[416]. W sprawie *Kaboulov v. Ukraina* czterdziestominutowa zwłoka w poinformowaniu skarżącego, że jest pozbawiony wolności w celu deportacji, nie skłoniła Trybunału do orzeczenia o naruszeniu art. 5 ust. 2 EKPC[417]. Z kolei

---

[412] Por. *Nowak v. Ukraina*, § 64.

[413] Na gruncie praktyki polskiej odnotowano przypadek, gdy Urząd ds. Cudzoziemców powoływał się na trudności ze znalezieniem tłumacza, który tłumaczyłby język laotański w mowie – por. M. Łysienia, *Przesłuchanie jako środek dowodowy*, [w:] J. Białas, M. Fagasiński, M. Górczyńska, M. Jaźwińska, M. Łysienia, E. Ostaszewska-Żuk, K. Rusiłowicz, D. Witko (red.), *W poszukiwaniu ochrony. Wybrane problemy dotyczące realizacji praw cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy i objętych ochroną międzynarodową w latach 2012–2014. Obserwacje Programu Pomocy Prawnej dla uchodźców i Migrantów Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka Polsce*, Warszawa 2014, s. 26.

[414] Por. KE, *Podręcznik dotyczący powrotów 2017*, s. 133.

[415] KPC, *Concluding Observations: Irlandia*, A/55/40, 21.07.2000, § 12; Kuwejt 2011, CCPR/C/KWT/CO/2, 18.11.2011, § 20; Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, Bahamy 2004, CERD/C/64/CO/1, 28.04.2004; KPT, Luxemburg, CAT/C/LUX/CO/5, § 5.

[416] Por. *J.R. i inni v. Grecja*, § 121; *Galliani v. Rumunia*, § 53; *Čonka v. Belgia*, § 50; *Rupa v. Rumunia* (nr 1), skarga nr 58478/00, decyzja ETPC z 14.12.2004 r., § 119; także mutatis mutandis *Murray v. Zjednoczone Królestwo*, § 72.

[417] Por. *Kaboulov v. Ukraina*, § 147.

w sprawie *Saadi v. Zjednoczone Królestwo* 76 godzin zwłoki w poinformowaniu skarżącego o powodach detencji zostało uznane za naruszenie art. 5 ust. 2 EKPC[418]. Aczkolwiek Trybunał zastrzega, że wymóg natychmiastowości nie oznacza, iż poinformowanie w całości powinno nastąpić już przez funkcjonariusza dokonującego zatrzymania w momencie gdy ono następuje[419], ale powinien być rozumiany jako taki, który nie przekracza kilku godzin od zatrzymania[420].

KPC wskazywał, że poinformowanie o powodach detencji powinno nastąpić natychmiast. O ile kilkugodzinną zwłokę wynikłą z konieczności zapewnienia tłumacza można uznać za dopuszczalną w ściśle określonych okolicznościach, to jednak nawet w takich sytuacjach opóźnienie powinno być zredukowane do minimum[421]. Na tym tle organizacje pozarządowe słusznie podnoszą, że w sytuacji, gdy państwa aktywnie angażują się w pozbawianie wolności uchodźców czy migrantów w sytuacji nieregularnej, np. prowadząc kontrole graniczne czy rutynowe punkty kontroli na drogach, potrzeba zapewnienia obecności tłumaczy jest łatwa do przewidzenia i może być zrealizowana przez państwo z odpowiednim wyprzedzeniem. Zatem w takiej sytuacji wszelkie opóźnienia stanowią naruszenie art. 9 MPPOiP[422]. Wymaga się także zapewnienia możliwości efektywnego komunikowania się z miejsca pozbawienia wolności z prawnikiem, konsulem oraz krewnymi. Te elementy wydają się mieć kluczowe znaczenie dla prawa do bycia reprezentowanym przez prawnika według własnego wyboru lub z urzędu, który byłby obecny zarówno poprzez odwiedzanie w miejscu izolacji, jak i podczas przesłuchań.

3.2. KONTROLA SĄDOWA

3.2.1. UWAGI OGÓLNE

Możliwość kwestionowania legalności pozbawienia wolności przed sądem stanowi sama w sobie prawo jednostki[423] i ma znaczenie fundamentalne w kontekście podstawowego celu art. 5 EKPC, którym jest ochrona jednostki przed

---

[418] Por. *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, § 84–85; *Dbouba v. Turcja*, skarga nr 15916/09, wyrok ETPC z 13.07.2010 r., § 52–54.

[419] Por. *M.A. v. Cypr*, § 227; *Galliani v. Rumunia*, op. cit., § 53.

[420] *Shamayev i inni v. Gruzja i Rosji*, § 416 – ETPC orzekł o naruszeniu Konwencji z powodu czterech dni zwłoki; *Rusu v. Austria*, § 43 – stwierdzenie naruszenia w przypadku dziesięciu dni zwłoki.

[421] KPC, *Wilson v. Filipiny*, Communication Nr 868/1999, CCPR/C/79/D/868/1999, 11.11.2003, § 7.5.

[422] International Detention Coalition, *Draft Guiding Principles…*, op. cit., s. 9.

[423] Por. WGAD, Report: *A compilation of national, regional and international laws, regulations and practices on the right to challenge the lawfulness of detention before court*, A/HRC/27/47, 30.01.2014, § 13; Report of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/19/57, 26.11.2011, § 61.

arbitralnością[424]. Co istotne, zachowanie tego standardu łączy się również z korzystaniem z innych norm praw człowieka, jak choćby zabezpieczenie cudzoziemców przetrzymywanych *incommunicado* przed stosowaniem tortur oraz innym nieludzkim lub poniżającym karaniem lub traktowaniem[425]. Jak zauważył ETPC w sprawie *Aksoy v. Turcja*, szybka interwencja sądowa może prowadzić do wykrycia i zapobiegania poważnemu złemu traktowaniu, które jest bezwzględnie zakazane przez Konwencję[426]. Sądowa kontrola legalności detencji przynajmniej częściowo łączy się z prawem każdego uchodźcy do swobodnego dostępu do sądu na terytorium wszystkich Państw-Stron (art. 16 ust. 1 KSU)[427], a także przewidzianymi w art. 32 ust. 2 KSU przesłankami odnoszącymi się do procedury wydalenia uchodźcy legalnie przebywającego na terytorium Państw-Stron[428].

Prawo do szybkiej i skutecznej kontroli sądowej, przewidziane w art. 5 ust. 4 EKPC, wpisuje się w przyjęty w prawie międzynarodowym praw człowieka standard, iż każda osoba ma prawo do *habeas corpus* lub równoważnych procedur sądowych przez cały czas i w każdych okolicznościach, aby zakwestionować zgodność z prawem pozbawienia wolności[429]. Oznacza to wymaganie, aby stosowana procedura miała charakter sądowy i dawała zainteresowanej osobie gwarancje odpowiednie do rodzaju pozbawienia wolności, o którym mowa; w celu ustalenia, czy postępowanie daje odpowiednie gwarancje, należy wziąć pod uwagę szczególny charakter okoliczności, w których takie postępowanie się toczy.

Jako niezgodną z art. 5 ust. 4 EKPC można kwalifikować sytuację, gdy zatrzymany nie jest w stanie uzyskać orzeczenia sądu o legalności zatrzymania, nawet jeśli jest ono krótkie[430]. Do naruszenia art. 5 ust. 4 EKPC dochodzi również

---

[424] *Raza v. Bułgaria*, § 76; *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 126–133; *Al Nashif v. Bułgaria*, § 92; *Sadaykov v. Bułgaria*, § 32.

[425] Por. Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/57/173, 2.07.2002, § 16; tu należy podkreślić, że takie pozbawienie wolności jest samo w sobie naruszeniem praw jednostki.

[426] Por. *Aksoy v. Turcja*, § 76 *in fine*.

[427] Por. CMW, Concluding Observations Meksyk, CMW/C/MEX. Co/3, 13.09.2017, pkt 40 c.

[428] Por. UNHCR, *Detention Guidelines*, wytyczna 7; w Conclusions nr 44, lit. e jest mowa o kontroli sądowej lub administracyjnej.

[429] Por. art. 8 w związku z art. 9 PDPC, art. 9 ust. 4 MPPOiP; KPC, *A. v. Australia*, § 9.5; *Torres v. Finlandia*, Communication Nr 291/1988, CCPR/C/38/D/291/1988, 5.04.1990, § 7.4; zob. WGAD, Report 2009, A/HRC/13/30, § 61; SRHRM, Report, A/HRC/20/24 Add. 1, 10.12.2012, § 72 (a). W systemie międzyamerykańskim zob. art. 7 ust. 6 AKPC oraz orzeczenie Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka, Report nr 86/09. Case 12. 553 (Merits). Jorge, José and Dante Peirano Basso (Uruguay), 6.08.2009, § 104.

[430] *Moustahi v. Francja*, skarga nr 9347/14, wyrok ETPC z 25.06.2020 r., § 100–104.

wtedy, gdy wydalenie zostało przyspieszone w sposób uniemożliwiający zatrzymanemu lub jego adwokatowi wszczęcie kontroli sądowej detencji[431].

Postępowaniu sądowemu, o którym mowa w art. 5 ust. 4, nie muszą zawsze towarzyszyć te same gwarancje, które są wymagane na podstawie art. 6 ust. 1 w postępowaniu cywilnym lub karnym. Niemniej jednak istotne jest, aby zainteresowana osoba miała dostęp do sądu i możliwość bycia wysłuchanym osobiście lub, w razie potrzeby, za pośrednictwem jakiejś formy reprezentacji[432]. W tym kontekście warto zauważyć, iż w systemie Konwencji ocenie podlegał problem wyłączenia udziału cudzoziemca w rozprawie przed sądem II instancji w drodze osobistego stawiennictwa lub wideokonferencji ze względu na ograniczenia z tytułu pandemii COVID-19. W ośrodku detencyjnym zabrakło pomieszczeń, w których mogłaby się odbyć wideokonferencja, natomiast osobiste stawiennictwo cudzoziemca również z powodów epidemicznych było wykluczone. ETPC uznał, że w okolicznościach tej sprawy wymagania art. 5 ust. 4 EKPC zostały spełnione. Wziął pod uwagę trudne i nieprzewidziane problemy praktyczne zaistniałe w pierwszych tygodniach pandemii, jak również czynny udział adwokata w tym postępowaniu. Pełnomocnik skarżącego był z nim w stałym kontakcie, sporządzał odpowiednie pisma, jak również został przesłuchany przez sąd telefonicznie. Ponadto istotną okolicznością były wysiłki poczynione przez sąd krajowy w celu zapewnienia skarżącemu jego praw procesowych[433].

Gwarancje związane z sądową kontrolą, przewidziane w art. 5 ust. 4 EKPC, pozostają w ścisłych relacjach z innymi przepisami traktatowymi. Jak zauważa bowiem w swym orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka, art. 5 ust. 4 EKPC stanowi *lex specialis* w stosunku do bardziej ogólnego prawa do skutecznego środka odwoławczego w art. 13 EKPC[434]. ETPC nieraz już wskazywał, że art. 13 EKPC jest przepisem o szerszym zakresie, co jednoznacznie wynika ze znacznie pojemniejszego sformułowania „każdy, czyje prawa zostały naruszone". Wymaga on też w sposób ogólny odwołania do właściwego organu państwowego, którym niekoniecznie musi być sąd, tak jak to ma miejsce w art. 5 ust. 4EKPC[435]. Ponadto w przypadku art. 5 ust. 4 EKPC

---

[431] *Čonka v. Belgia*, § 45–46.

[432] Zob. *mutatis mutandis*, *Magalhães Pereira v. Portugalia*, skarga nr 44872/98, decyzja z 26.02.2002 r., § 56; *Stanev v. Bułgaria*, § 171; por. także *Bah v. Królestwo Niderlandów*, skarga 35751/20, decyzja ETPC z 22.06.2021 r., § 37.

[433] Por. ibidem, § 44.

[434] Por. *Al-Agha v. Rumunia*, § 96; *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 129.

[435] Por. pogląd ETPC na temat zakresu kontroli sądowej w art. 5 ust. 4 ETPC w sprawach *A.Y. v. Grecja*, skarga nr 58399/ 11, wyrok ETPC z 5.11.2015 r., § 93; *Dougoz v. Grecja*, skarga nr 40907/98, wyrok ETPC z 6.03.2001 r., § 61; *S.D. v. Grecja*, § 72–76; *A.A. v. Grecja* skarga

przedmiotem zaskarżenia jest pozbawienie wolności, natomiast art. 13 służy jako środek ochrony wszelkich innych praw gwarantowanych Konwencją. W sprawach migracyjnych skuteczny środek odwoławczy zdaje się pełnić szczególną rolę gwarancyjną tam, gdzie chodzi o odwołanie od decyzji o wydaleniu/deportacji w związku z potencjalnym naruszeniem art. 2 oraz 3 EKPC[436].

W konsekwencji, gdy przedmiotem zarzutu jest jednoczesne naruszenie obu omawianych norm, ETPC w pierwszej kolejności ocenia stan faktyczny pod kątem standardów wynikających z art. 5 ust. 4 EKPC. Następnie zaś jeśli Trybunał dojdzie do konkluzji, że skarżącemu nie zapewniono gwarancji proceduralnych wynikających z art. 5 ust. 4, kwalifikuje tę sytuację jako mieszczącą się także *ratione materiae* w naruszeniu art. 13 EKPC[437].

Podobne związki można zaobserwować w przypadku relacji pomiędzy art. 5 ust. 4a i art. 5 ust. 2 EKPC, który, nakładając na państwo określone obowiązki informacyjne, umożliwia osobie pozbawionej wolności rzeczywiste skorzystanie z praw gwarantowanych w art. 5 ust. 4. Stąd też Europejski Trybunał Praw Człowieka, jeśli doszło do naruszenia art. 5 ust. 4 na tle niedopełnienia obowiązków informacyjnych przez państwo, automatycznie stwierdzał niezgodność z art. 5 ust. 2 Konwencji[438].

W przypadku gdy dochodzi do pozbawienia wolności rodzin, każdy z jej członków, a więc również małoletnie dzieci musi mieć możliwość zakwestionowania swojej detencji przed sądem. Jest to szczególnie istotne w państwach, których prawodawstwo nie przewiduje możliwości detencji dzieci, natomiast w praktyce są one pozbawiane wolności ze względu na status migracyjny rodziców. Jeśli sądy uwzględniają w swoich orzeczeniach o detencji jedynie dorosłych, dzieci znajdują się w próżni prawnej[439].

Przepisy konwencyjne nie stanowią, aby sądowe *review* przewidziane w art. 5 ust. 4 EKPC było automatyczne, jak to ma miejsce w przypadku osób

---

nr 12186/08, wyrok ETPC z 22.07.2010 r., § 70; *Herman i Serazadishvili v. Grecja*, skargi nr 26418/11 i 45884/11, wyrok ETPC z 24.04.2014 r., § 71.

[436] Por. *Abdolkhan i Karimnia v. Turcja*, § 107–117; zob. także naruszenie art. 13 EKPC w związku z art. 3 EKPC ze względu na brak możliwości odwołania się w sytuacji pozbawienia wolności wykonywanego w warunkach poniżającego lub nieludzkiego karania lub traktowania w sprawach *Gruzja v. Rosja*, op. cit., § 215; *Annayev i inni v. Rosja*, skargi nr 42525/07, 60800/08, wyrok ETPC z 27.11.2012 r. § 119.

[437] Por. *Gruzja v. Rosja*, § 212; zob. także *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 144.

[438] Por. *Rahimi v. Grecja*, § 121.

[439] Por. *Popov v. Francja*, § 124; *Moustahi v. Francja*, § 102; w konsekwencji ETPC stwierdził naruszenie art. 5 ust. 4 EKPC w sprawach *A.B. i inni v. Francja*, § 136–138; *R.M. i inni v. Francja*, § 91–92; *R.K. i inni v. Francja*, § 94–95 i brak takiego naruszenia: *A.M. i inni v. Francja*, § 77–78; *R.C. i V.C. v. Francja*, skarga nr 76491/14, wyrok ETPC z 12.07.2016 r., § 63–64.

aresztowanych w sytuacjach przewidzianych art. 5 ust. 3 EKPC[440]. Europejski Trybunał Praw Człowieka konsekwentnie stoi na stanowisku, że kontrola przewidziana w ar. 5 ust. 4 ma charakter wnioskowy. Interpretuje on Konwencję w taki sposób, że automatyzm kontroli sądowej jest traktowany jako immanentny dla spełnienia warunku jej niezwłoczności, przewidzianego w ustępie 3 w związku z zatrzymaniem lub aresztowaniem na tle art. 5 ust. 1 lit. c[441]. Wypada zauważyć, że kwestia ta była badana przez ETPC nie tylko w kontekście art. 5 ust. 4, ale także art. 5 ust. 1 lit. f EKPC. Trybunał strasburski stwierdził, że art. 5 ust. 1 lit. f nie wymaga automatycznej kontroli sądowej[442], zważywszy, że ten typ pozbawienia wolności musi być odczytywany w kontekście wymagań art. 5 ust. 4. Ten przepis wyraża zaś uprawnienie osoby pozbawionej wolności (*entitlement*) do wszczęcia procedury kontroli legalności detencji[443]. ETPC stwierdził dalej, że traktowanie automatycznego sądowego *review* jako niezbędnego elementu ochrony przed arbitralnością nie znajduje żadnego wsparcia w innych instrumentach prawa międzynarodowego. Trybunał w swej argumentacji odwołał się między innymi do brzmienia przepisów dyrektywy 2008/115/WE, wytycznej nr 9 z Dwudziestu wytycznych w sprawie przymusowych powrotów, a także przepisów Rezolucji 1707 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy[444].

Interesujące jest, że sędziowie strasburscy sięgnęli wprost w treści swego orzeczenia po *soft law*, ale to konkretne odniesienie nie wydaje się do końca celne. Mianowicie nie można zaprzeczyć, że wymóg automatycznego sądowego *review* nie jest w Rezolucji 1707 obecny, ale zaleca się w niej, aby detencja cudzoziemców była z definicji zarządzana wyłącznie sądownie; tymczasem EKPC tego wymogu nie stawia. Pod rządami Konwencji detencja migracyjna może być zarządzona w drodze decyzji administracyjnej, co praktykuje wiele państw europejskich[445]. W konsekwencji, skoro w Rezolucji 1707 sąd jest zaangażowany w pozbawienie wolności *ab initio*, automatyczną sądową kontrolę można postrzegać jako zbędną. Natomiast

---

[440] Obowiązek ten nie jest też formułowany w art. 9 ust. 4 MPPOiP – por. *Stephens v. Jamajka* Communication Nr 373/1989, CCPR/C/55/D/373/1989, 12.10.1994, § 9.7. *General Comment No. 35*…, op. cit., § 46.

[441] Por. *Aquilina v. Malta*, § 49; *De Jong, Baljet i Van den Brink v. Królestwo Niderlandów*, skarga nr 8805/79 8806/79 9242/81, wyrok ETPC z 22.05.1984 r., § 51.

[442] Por. *J.N. v. Zjednoczone Królestwo*, § 94.

[443] Por. ibidem, § 94 (ciąg dalszy).

[444] Por. ibidem, § 95.

[445] Por. także gwarancje proceduralne zawarte w art. 15 ust. 2 dyrektywy 2008/115/UE i art. 9 ust. 2 dyrektywy 2013/33/UE. Na tle art. 5 ust. 4 EKPC standard periodycznej kontroli sądowej jest obecny w związku z pozbawieniem wolności art. 5 § 1 lit. e – por. *Stanev v. Bułgaria*, § 171.

w przypadku detencji zarządzonej przez administrację rzecz jest być może warta zastanowienia, zwłaszcza że automatyzm kontroli sądowej jest postulowany w systemie uniwersalnym przez Specjalnego Sprawozdawcę ds. Praw Człowieka Migrantów oraz WGAD wskazujące na trudności w efektywnym uruchomieniu kontroli na wniosek[446]. Wymaga to jednak uwzględnienia faktu, że jednym z problemów obserwowanych w obszarze kontroli sądowej detencji jest jej powierzchowność i automatyzm. Bez poprawy standardów orzeczniczych w tym obszarze można prognozować, że przyjęcie automatycznej kontroli sądowej jako zasady, mogłoby się jedynie przyczynić do pogłębienia problemu jej fasadowości.

Postulaty dotyczące stosowania kontroli sądowej z urzędu mają jeszcze inne uzasadnienie, a mianowicie takie, że w praktyce zarówno warunki zatrzymania, jak i czas jego stosowania mogą mieć w swej istocie punitywny charakter, a zatem pełnić rolę środka karnego, który nie został orzeczony sądownie[447]. Problem ten rzeczywiście istnieje, natomiast wydaje się, że musi on być rozpatrywany w kontekście praktyki poszczególnych państw[448]. Być może także w pierwszej kolejności należy argumentować, że pozbawienie wolności cudzoziemców realizowane w taki sposób jest po prostu niezgodne z prawem. W konsekwencji powinno się tych praktyk zaprzestać, zamiast je sądownie kontrolować, zwłaszcza wobec obaw sformułowanych wyżej.

3.2.2. POJĘCIE SĄDU

Konwencyjne rozumienie pojęcia „sąd" odnosi się do ciała niezależnego od organów władzy wykonawczej oraz stron[449]. Istotne jest, że w art. 37 d KPD mowa jest o kwestionowaniu legalności pozbawienia wolności przed sądem lub inną kompetentną, niezawisłą i bezstronną władzą. Sąd kontrolujący zgodność z prawem pozbawienia wolności nie może mieć tylko funkcji doradczych czy opiniodawczych, ale przede wszystkim być kompetentny do podjęcia decyzji w sprawie zgodności detencji z prawem i ewentualnego zwolnienia[450]. W ocenie ETPC jako minimum

[446] Por. SRHRM, Report, A/HRC/20/24, § 23; WGAD, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/ 27/47, 30.06.2014, § 43.

[447] Por. I. Majcher, C*rimmigration in the European…*, op. cit., s. 5; WGAD, Report 2009, A/HRC/13/30, § 62; Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, Report, A/57/173, § 7.

[448] Zob. w tym względzie np. J. Könönen, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 432–438.

[449] W systemie uniwersalnym zob. orzecznictwo KPC: *Tai Wairiki Rameka i inni v. Nowa Zelandia*, Communication Nr 1090/2002, CCPR/C/79/D/1090/2002, 6.11.2003, § 7.4; *Torres v. Finlandia*, CCPR/C/38/D/291/1988, Communication Nr 291/1988, 5.04.1990, § 7.2; KPC, *General Comment No. 32…*, op. cit., § 18–22.

[450] *Louled Massoud v. Malta*, skarga nr 24340/08, wyrok ETPC z 27.07.2010 r., § 40; *Irlandia v. Zjednoczone Królestwo*, § 200; *Weeks v. Zjednoczone Królestwo*, § 61; *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 130; *A. i inni v. Zjednoczone Królestwo*, § 202; *Baranowski v. Polska*, § 68.

powinny być tu zastosowane mechanizmy znane ze sprawy *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, gdzie co prawda sądy nie mogły kontrolować zasadności pozbawienia wolności skarżącego[451], ale za wystarczające z punktu widzenia ochrony przed arbitralnością uznano funkcjonowanie panelu doradczego, w którym zasiadły osoby z doświadczeniem sędziowskim[452]. Natomiast formy kontroli mogą się znacząco różnić stosownie do typu pozbawienia wolności i w tym zakresie ETPC stwierdza, że nie jest jego rolą przesądzać, jaki rodzaj sądowej kontroli byłby najodpowiedniejszy[453]. W kontekście art. 5 ust. 4 EKPC ma znaczenie jedynie zakres kontroli, a do Trybunału nie należy ocena wewnątrzkrajowego podziału kompetencji między sędziów sądów powszechnych i administracyjnych[454].

3.2.3. ZAKRES KONTROLI SĄDOWEJ

Norma zawarta w art 5 ust. 4 EKPC nie gwarantuje prawa do kontroli sądowej o takim zakresie, aby upoważnić sąd do badania wszystkich aspektów sprawy, w tym w taki sposób, aby wstąpił on w kompetencje organu decyzyjnego. Niemniej jednak jej zakres przedmiotowy powinien być na tyle szeroki, aby możliwa była ocena legalności zatrzymania osoby, zgodnie z art. 5 ust. 1 EKPC[455]. Legalność pozbawienia wolności wskazana w art. 5 ust. 4 EKPC ma taki sam sens, jaki został przyjęty dla art. 5 ust. 1 Konwencji[456]. Obejmuje ona zatem nie tylko przyjęte normy prawa krajowego, ale także standardy konwencyjne[457]. Zauważyć wypada, że podobnie rozumuje KPC, analizując zgodność detencji z prawem krajowym, art. 9 ust. 1 MPPOiP oraz innymi postanowieniami Paktu[458]. Co istotne, nie uznaje się, aby wystarczające było zastosowanie innych – mniej restrykcyjnych niż legalność – standardów oceny, takich jak choćby sama zasadność detencji[459]. Na uwagę zasługuje, że w dokumentach UNHCR podnosi się, iż ciężar dowodu legalności detencji powinien spoczywać na władzy państwowej[460].

---

[451] Por. *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 43, § 121.

[452] Por. między innymi był to sędzia sądu apelacyjnego – *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 122. Dodajmy, że ocena funkcjonowania panelu doradczego nie była jednomyślna a sędziowie Palm i Martens w swej opinii częściowo odrębnej argumentowali, że był on wystarczającym zabezpieczenien przed arbitralnością.

[453] Por. *Stanev v. Bułgaria*, § 169.

[454] Por. *A.M. v. Francja*, skarga 56324/13, wyrok ETPC z 12.07.2016 r., § 40.

[455] Por. ibidem, § 40; *M.A. v. Cypr*, § 160; *Stanev v. Bułgaria*, § 168.

[456] Por. *Suso Musa v. Malta,* § 50.

[457] Por. *E. v. Norwegia*, skarga nr 11701/85, wyrok ETPC z 29.08.1990 r., § 50; *Louled Massoud v. Malta*, § 39; *Rahmani i Dineva v. Bułgaria*, skarga nr 20116/08, wyrok ETPC z 10.05.2012 r., § 75.

[458] Por. *Saed Shams v. Australia,* § 7.3.

[459] Por. SRHRM, Report, A/HRC/20/24, § 23; WGAD, Report, A/HRC/ 27/47, § 43.

[460] Por. UNHCR, *Detention Guidelines*…, § 47 (v).

Zgodnie z orzecznictwem ETPC kontrola legalności powinna obejmować zarówno warunki materialne, jak i proceduralne pozbawienia wolności[461]. ETPC formułuje w związku z tym wymóg sprawiedliwości proceduralnej, zastrzegając, że nie chodzi o stosowanie jednolitych i niezmiennych kryteriów niezależnie od kontekstu, faktów i okoliczności sprawy[462]. Niemniej jednak domaga się środka kontroli wystarczającego do objęcia kontrolą sądową każdego z warunków niezbędnych do oceny legalności detencji danej osoby na mocy 5 ust. 1 EKPC[463].

W sprawach rozpatrywanych przed ETPC znalazło się przynajmniej kilka takich, w których brak realnej możliwości oceny legalności detencji wynikał dopiero ze szczegółowej analizy kompetencji organów sądowych oraz sposobu ich procedowania. Tytułem przykładu w sprawie *Raza v. Bułgaria* możliwość zakwestionowania legalności detencji została wyłączona orzeczeniem Najwyższego Sądu Administracyjnego stwierdzającym, że takie kwestie nie podlegają kontroli sądowej, a sama procedura trwała więcej niż dwa lata[464]. W gestii skarżącego pozostawał także inny środek zaskarżenia[465], lecz był on rozpatrywany przez ponad cztery miesiące, a orzeczenie w tej sprawie stało się prawomocne dopiero rok później, kiedy to skarżący już został zwolniony[466]. Z kolei w sprawie *S.D. v. Grecja* okazało się, że sąd krajowy nie mógł zbadać, czy detencja jest zgodna z prawem w sytuacji, gdy procedura deportacji została zawieszona, ponieważ nakaz pozbawienia wolności był częścią decyzji o zobowiązaniu skarżącego do powrotu[467].

Kwestią szczególną jest zakres kontroli sądowej tam, gdzie w grę wchodzi bezpieczeństwo państwa. Między innymi w sprawie *Al – Nashif v. Bułgaria* Trybunał stwierdził, że władze krajowe nie mogą w takich przypadkach całkowicie wyłączyć gwarancji związanych z efektywnością kontroli sądowej[468]. Państwa powinny korzystać z rozwiązań umożliwiających zachowanie tajemnicy odnośnie do źródeł i pozyskiwanych informacji, ale też zapewniających osobom, którym się zarzuca określone czyny, gwarancje sprawiedliwości proceduralnej[469].

---

[461] Por. *Al-Agha v. Rumunia*, § 101.

[462] *J.N. v. Zjednoczone Królestwo*, § 88; *Louled Massoud v. Malta*, § 40.

[463] *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 127; *Dougoz v. Grecja*, § 61.

[464] Por. *Raza v. Bułgaria*, § 26, § 27, § 41 oraz § 77.

[465] Por. *Kadem v. Malta*, skarga nr 55263/00, wyrok ETPC z 9.01.2003 r., § 45.

[466] Por. *Raza v. Bułgaria*, § 78.

[467] *S.D. v. Grecja*, § 72–76.

[468] Por. *Al-Nashif v. Bułgaria*, § 94; *Mutatis mutandis Fox, Campbell i Hartley v. Zjednoczone Królestwo*, § 34 i *Murray v. Zjednoczone Królestwo*, § 58; por. *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 131; *Al-Agha v. Rumunia*, § 103.

[469] Por. *Al-Nashif v. Bułgaria*, § 95; *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 130–131; *Al-Agha v. Rumunia*, § 103.

Ogólne wskazanie na przesłankę bezpieczeństwa państwa, bez umożliwienia cudzoziemcowi ani jego reprezentantowi prawnemu zapoznania się z przyczynami wydalenia nie spełnia kryteriów sprawiedliwości proceduralnej[470]. Element kontroli sądu nad dowodami i możliwość ich zbadania, tak aby żaden materiał nie był ukrywany przed skarżącym, jest okolicznością podnoszoną przez ETPC w jego późniejszym orzecznictwie[471]. W strasburskim *case law* istotna w tym kontekście jest odpowiedź na pytanie, czy na podstawie dowodów, które zostały skarżącemu ujawnione, mógł on skutecznie zakwestionować podejrzenia i zarzuty w swojej sprawie[472].

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę, że kontrola sądowa nie może być ograniczona do analizy formalnej sprowadzającej się do oceny poprawności zastosowania norm kompetencyjnych i proceduralnych[473]. Czysto formalne odwołanie nie daje możliwości osobie poddanej określonym środkom możliwości przedstawienia swojego punktu widzenia[474]. Standardów art. 5 ust. 4 nie realizuje zatem krajowa procedura odwoławcza, w której nie dochodzi do ponownej analizy merytorycznych podstaw decyzji organu państwowego, a instytucja odwoławcza poprzestaje wyłącznie na ogólnym powołaniu się na potrzebę ochrony bezpieczeństwa państwowego[475]. Całkowite wyłączenie możliwości kontroli decyzji o pozbawieniu wolności, jeśli decyzja o wydaleniu została podjęta ze względu na bezpieczeństwo państwa, jest niezgodne z Konwencją.

Formy kontroli spełniające warunki art. 5 ust. 4 Konwencji mogą się różnić stosownie do typu czy rodzaju pozbawienia wolności w danym konkretnym przypadku. ETPC zastrzega w swym orzecznictwie, że nie jest jego zadaniem rozstrzyganie, który system byłby najbardziej odpowiedni[476].

Na tym tle trzeba zauważyć, że ten element w kontekście spraw migracyjnych wymaga za każdym razem zniuansowanej oceny z tego względu, iż nie zawsze w prawie krajowym decyzja o detencji jest aktem stosowania prawa odrębnym

---

[470] Por. *Liu v. Rosja (nr 1*), skarga nr 42086/05, wyrok ETPC z 6.12.2007 r., § 62.

[471] Por. *Al-Husin v. Bośnia i Hercegowina nr 2*, § 120; zob. *mutatis mutandis Sher i inni v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 5201/11, wyrok ETPC z 20.10.2015 r., § 153.

[472] Por. ostatnie orzeczenia w sprawach *Poklikovskyi v. Polska* w tym względzie *A. i inni v. Zjednoczone Królestwo*, § 220: *Al-Husin v. Bośnia i Hercegowinia nr 2*, § 119, 121.

[473] Por. *M. i inni v. Bułgaria*, § 98; *Nolan i K. v. Rosja*, § 72; *Lupsa v. Rumunia*, skarga nr 10337/04, wyrok ETPC z 8.06.2006 r., § 58–60.

[474] Por. *E. v. Norwegia*, § 50; *Louled Massoud v. Malta*, § 39; *Rahmani i Dineva v. Bułgaria*, § 75.

[475] Por. *Lupsa v. Rumunia*, § 41; *Baltaji v. Bułgaria*, skarga nr 12919/04, wyrok ETPC z 12.07.2011 r., § 57; *Kaushal i inni v. Bułgaria*, skarga nr 1537/08, wyrok z 2.09.2010 r., § 49; por. także sprawa *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 43 i § 121.

[476] Por. *Bah v. Królestwo Niderlandów*, § 38: *zob. Stanev v. Bułgaria,* § 169, *Khlaifia i inni v. Włochy,* § 129.

w stosunku do decyzji o wydaleniu. Stąd też w wyroku *Kadem v. Malta* Trybunał stwierdził, że kontrola na podstawie art. 5 ust. 4 EKPC mająca na celu ustalenie legalności detencji musi być wystarczająco szeroka, aby objąć różne okoliczności przemawiające za zasadnością pozbawienia wolności, jak i przeciwko niemu[477]. Stąd też Trybunał orzekł także o naruszeniu art. 5 ust. 4 ze względu na brak jurysdykcji sądu w zakresie oceny czynności organów krajowych, które miały miejsce przed pozbawieniem wolności, a do niego doprowadziły[478].

W sprawie C*hahal v. Zjednoczone Królestwo* ETPC stwierdził, że art. 5 ust. 4 nie wymaga, aby sądy krajowe miały kompetencję do oceny, czy decyzja o wydaleniu jest usprawiedliwiona w świetle prawa krajowego lub konwencji[479]. Rzeczywiście, oceniając rzecz *in abstracto*, należy przyznać, że wyprowadzanie takiego standardu z art. 5 ust. 4 EKPC jest zbyt daleko idące. Z drugiej strony całkowicie tej sytuacji wykluczyć nie można ze względu na bardzo ścisły związek pomiędzy wydaleniem/ zobowiązaniem do powrotu a detencją. Mianowicie, jeśli na podstawie art. 5 ust. 1 lit. f detencja jest zgodna z prawem w celu przeprowadzenia deportacji, a cudzoziemiec podnosi jej niewykonalność, sąd powinien mieć możliwość weryfikacji tej przesłanki, zwłaszcza gdy – tak jak to ma miejsce w Grecji – jest to jedyna podstawa detencji migracyjnej[480]. Co prawda, art. 5 ust. 4 EKPC nie nakłada na sąd obowiązków przeanalizowania i odniesienia się do każdego argumentu podniesionego przez daną osobę. Jednakże z drugiej strony sąd nie może lekceważyć lub traktować jako irrelewantnych konkretnych faktów, które czynią wątpliwymi istnienie warunków niezbędnych do uznania detencji za zgodną z prawem w sensie nadanym przez Konwencję[481]. Na uwagę zasługuje to, że zakres kontroli zgodności z prawem obejmuje w świetle orzecznictwa strasburskiego również warunki, w jakich odbywa się pozbawienie wolności. Zatem jeśli sąd dojdzie do wniosku, że pozbawienie wolności odbywa się w warunkach, które nie dają się pogodzić z celem art. 5 ust. 1 lit. f EKPC, powinien on mieć możliwość zwolnienia cudzoziemca[482].

---

[477] Por. *Kadem v. Malta*, § 42.

[478] Por. *A.M. v. Francja*, § 42.

[479] Por. *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 128, zd. 2.

[480] Por. *Bygylashvili v. Grecja*, skarga nr 58164/10, wyrok ETPC z 25.09.2012 r., § 69; *Tabesh v. Grecja*, § 62. Wydalenie było niewykonalne ze względu na brak potwierdzenia obywatelstwa skarżącego przez państwo jego pochodzenia. Naruszenie art. 5 ust. 1. oraz art. 5 ust. 4 EKPC wobec cudzoziemców pozbawionych wolności w tym samym ośrodku – zob. *Efremidze v. Grecja*, skarga nr 33225/08, wyrok ETPC z 21.06.2011 r.

[481] Por. *S.Z. v. Grecja*, skarga nr 66702/13, wyrok ETPC z 21.06.2018 r., § 68; *Nikolova v. Bułgaria*, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 25.03.1999 r., skarga nr 31195/96, § 61; por. w tym zakresie także orzecznictwo TSUE w sprawach *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, skarga C 146/14 PPU, wyrok TSUE z 5.06.2014 r., ECLI:EU:C:2014:1320, pkt 60; zob. podobnie wyrok w sprawie *Kadzoev*, pkt 65.

[482] Por. *R.T. v. Grecja*, skarga nr 5124/11, wyrok ETPC z 11.02.2016 r.; *A.M. v. Francja*, § 42.

3.2.4. SZYBKOŚĆ KONTROLI SĄDOWEJ

Pokłosiem administracyjnego charakteru detencji cudzoziemców w art. 5 ust. 1 lit. f jest brak standardu natychmiastowości kontroli sądowej charakterystycznego dla zarzutów karnych w art. 5 ust. 3 EKPC; niemniej jednak Konwencja wymaga, aby sądowa kontrola pod rządami art. 5 ust. 4 była szybka[483]. ETPC stwierdził, że jest to niezbędny element pewności istnienia środków przewidzianych w art. 5 ust. 4[484]. Przepis ten zapewnia również osobom zatrzymanym prawo do szybkiego orzeczenia sądowego o legalności tej ingerencji w wolność i bezpieczeństwo osobiste oraz nakaz ich zwolnienia, jeśli była ona niezgodna z prawem.

Szczególnie restrykcyjnie ETPC ocenia szybkość i staranność kontroli sądowej na jej wszystkich szczeblach w przypadku detencji dzieci i ich rodziców[485].

Warto w tym miejscu nadmienić, że standard szybkiej kontroli sądowej jest obecny także w przepisach UE; wynika on z art. 9 ust. 3 przekształconej dyrektywy recepcyjnej, który stanowi, że w przypadku kontroli z urzędu szybkość kontroli jest ustalana w odniesieniu do momentu dokonania zatrzymania, gdy jednak inicjatorem jest wnioskodawca, legalność pozbawienia wolności jest ustalana możliwie najszybciej od wszczęcia odnośnego postępowania[486]. Nieco inaczej sformułowano przepisy dyrektywy 2008/115/WE. W art. 15 ust. 2 tego aktu stanowi się, że w przypadku gdy decyzja o detencji została wydana przez organ administracyjny, państwa mają zapewnić kontrolę sądową w trybie przyspieszonym najszybciej jak to możliwe po zastosowaniu detencji. W przypadku jednak, gdy mowa o przyznaniu obywatelowi państwa trzeciego prawa do wszczęcia takiego postępowania kryterium szybkości kontroli sądowej zostało przemilczane.

Podobnie jak w przypadku pojęcia „rozsądnego terminu" z art. 5 ust. 3 oraz art. 6 ust. 1 EKPC kwestia, czy sądowa kontrola jest szybka, musi być oceniana w świetle okoliczności danej sprawy[487] i rozpatrywana w kontekście skuteczności gwarancji łączonych z kontrolą sądową[488]. Europejski Trybunał Praw Człowieka

---

[483] Por. w sprawach migracyjnych *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 131; *Musiał v. Polska*, skarga nr 24557/94, wyrok ETPC z 20.01.2009 r., § 43; *Rashed v. Czechy*, § 54. Na znaczenie szybkości procedur kontroli sądowej jako gwarancji ochrony praw człowieka zwraca się uwagę także w systemie uniwersalnym: Report of the Special Rapporteur on the question of tortur and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/56/156, 3.07.2001, § 39 (h); por. art. 9 ust. 3 dyrektywy 2013/33/UE.

[484] Por. *M.A. v. Cypr*, § 168. Trybunał posłużył się tu sfomułowaniem *sufficiently certain*.

[485] Por. *G.B. i inni v. Turcja*, skarga nr 4633/15, wyrok ETPC z 17.10.2019 r., § 186.

[486] W tym samym przepisie sformułowany jest wymóg określenia w prawie krajowym terminów przeprowadzania kontroli sądowej z urzędu lub tej, która jest przeprowadzana na wniosek.

[487] Por. *M.A. v. Cypr*, § 163; *G.B. v. Szwajcaria*, skarga nr 27426/95, wyrok ETPC z 30.11.2000 r., § 33; *M.B. v. Szwajcaria*, skarga nr 28256/95, wyrok ETPC z 30.11.2000 r., § 37.

[488] Por. *Premininy v. Rosja*, skarga nr 44973/ 04, wyrok ETPC z 10.02.2011 r., § 122.

nie podaje ścisłych limitów czasowych, ale w swym orzecznictwie powtarza, że w przypadku wolności i bezpieczeństwa osobistego standardy konwencyjne powinny być restrykcyjne. Przyjmuje się, że chodzi o kontrolę bezzwłoczną. W związku z tym za zbyt długi został uznany okres 17 dni rozpatrywania sprawy w pierwszej instancji[489], jak i okres 26 dni procedury odwoławczej[490]. Co istotne, ETPC bierze pod uwagę nie tylko tempo samego rozpatrywania sprawy, ale również czas, który upłynął, zanim nastąpiło rzeczywiste zwolnienie skarżącego[491]. Mając powyższe na względzie, trzeba powiedzieć, że Europejski Trybunał Praw Człowieka w porównaniu z innymi organami ochrony praw jednostki prezentuje wyważoną postawę. Mianowicie KPC, co prawda podkreśla, że sądowa decyzja musi być podjęta bez zwłoki, ale przyjmuje, że dopuszczalna jest tu perspektywa kilku tygodni[492]. W standardach UNHCR formułuje się regułę, że sądowe *review* powinno nastąpić w okresie 24–48 godzin od zatrzymania[493]. Z kolei na gruncie prawa UE Komisja Europejska przyjmuje, że dobrą praktykę stanowi podejmowanie decyzji w czasie krótszym niż tydzień[494].

Chociaż art. 5 ust. 4 EKPC nie zobowiązuje do ustanowienia sądowej kontroli dwuinstancyjnej, to w przypadku gdy Państwo-Strona, ustanawia taki system, osobom pozbawionym wolności powinno się zapewnić takie same gwarancje w postępowaniu odwoławczym jak w pierwszej instancji[495]. Jednocześnie z orzecznictwa Trybunału wynika, że w przypadku kontroli sądowej drugiej instancji standard „szybkości" jest mniej rygorystyczny[496], o ile decyzja o pozbawieniu wolności miała charakter sądowy oraz pod warunkiem iż nastąpiło to w procedurze sądowej przy zachowaniu i odpowiednich gwarancji proceduralnych[497].

Jeżeli automatyczna kontrola sądowa nie została przeprowadzona zgodnie z terminami przewidzianymi w prawie krajowym, ale szybko z obiektywnego punktu widzenia, to w ocenie ETPC nie doszło do naruszenia art. 5 ust. 4 EKPC[498]. Na uwagę zasługuje, że ocena, czy wymóg szybkości kontroli przewidziany

[489] Por. *Kadem v. Malta*, § 43–45.

[490] Por. *Mamedova v. Rosja*, skarga nr 7064/05, wyrok ETPC z 1.06.2006 r., § 96.

[491] Łącznie to były 72 dni – *Tehrani i inni v. Turcja*, skargi nr 32940/08, 41626/08, 43616/08, wyrok ETPC z 13.04.2010 r., § 77.

[492] M. Nowak, *UN Covenant*…, op. cit., s. 236.

[493] Por. UNHCR, *Detention Guidelines*…, § 47.

[494] Por. KE, *Podręcznik dotyczący powrotów 2017*, s. 142.

[495] Zob. *Navarra v. Francja*, § 28; *Toth v. Austria*, skarga nr 11894/85, wyrok ETPC z 12.12.1991 r., § 84.

[496] Por. *Khudyakova v. Rosja*, skarga nr 13476/04, wyrok ETPC z 8.01.2009 r., § 93.

[497] Zob. ibidem, § 93; *Vodeničarov v. Słowacja*, skarga nr 24530/94, wyrok ETPC z 21.12.2000 r., § 33.

[498] Por. *Aboya Boa Jean v. Malta*, skarga nr 62676/16, wyrok ETPC z 2.04.2019 r., § 80.

w art. 5 ust. 4 EKPC został dotrzymany, przebiega nie tylko na podstawie okoliczności wynikających z pojedynczego przypadku przedstawionego ETPC. W strasburskim *case law* często jako argument przemawiający za naruszeniem konwencji podaje się przeciętne tempo procedowania takich spraw w danym kraju[499]. Stąd też na przykład w sprawie *Tehrani i inni v.Turcja* Trybunał zauważył, iż rząd nie przedstawił żadnego innego przypadku szybkiego procedowania sądów administracyjnych, orzekających o zwolnieniu osób poszukujących ochrony międzynarodowej. W konsekwencji orzekł, że turecki system prawny nie zapewnia skarżącym szybkiej kontroli sądowej[500].

Jednocześnie istotnym elementem oceny Trybunału jest też odpowiedź na pytanie, czy opóźnienia w rozpatrzeniu sprawy można przypisać państwu i czy nie wynikały one z aktywności samych skarżących[501]. Na tym tle należy poruszyć także kwestię ewentualnego skutku zawieszającego środków uruchomionych na podstawie art. 5 ust. 4, który miałyby wywierać na samą deportację / przymusowy powrót. Mianowicie Trybunał stwierdza, że po pierwsze Konwencja tego nie wymaga, jeśli chodzi o pozbawienie wolności pod rządami art. 5 ust. 1 lit. f. Po drugie zauważył, że mógłby tu powstać paradoks polegający na tym, że pobyt cudzoziemca w detencji byłby przedłużony w oczekiwaniu na sądowe rozstrzygnięcie o legalności decyzji pozbawiającej go wolności[502]. Po trzecie zaś istnieje prawdopodobieństwo, że spowodowałoby to opóźnienie wykonania decyzji o deportacji, która stanowi przecież cel pozbawienia wolności, a której legalność mogła już zostać zweryfikowana[503]. Celem całego artykułu 5 jest ochrona wolności i bezpieczeństwa osobistego jednostki, a zatem im krócej trwa detencja, tym lepiej.

Na uwagę zasługuje to, że systemie uniwersalnym wskazuje się, iż termin kontroli sądowej musi również mieć zastosowanie „w sytuacjach nadzwyczajnych", gdy na terytorium państwa wjeżdża wyjątkowa liczba cudzoziemców nieregularnych[504].

---

[499] Por. *M.A. v. Cypr*, § 167.

[500] Por. także ibidem, § 167; *Tehrani i inni v. Turcja*, § 79.

[501] Por. *Mamedova v. Rosja*, § 96; *Rehbock przeciwko Słowenii*, skarga nr 29462/95, wyrok ETPC z 28.11.2000 r., § 85–86 – w tym przypadku procedura kontroli sądowej trwała 23 dni i została uznana za niespełniającą kryterium szybkości.

[502] W tym kontekście zob. pogląd CMW, iż należy zagwarantować dostęp do wymiaru sprawiedliwości, który nie skutkowałby przedłużoną detencją: Concluding Observation Meksyk 2017, CMW/C/MEX/CO/3, pkt 40 d.

[503] Por. *A.M. v. Francja*, § 38.

[504] WGAD, Report, A/HRC/13/30, § 61; por. także WGAD, Report, A/HRC/ 27/47, § 40.

3.2.5. PERIODYCZNOŚĆ KONTROLI SĄDOWEJ

Im dłuższy okres pozbawienia wolności, tym większe znaczenie ma jego regularna kontrola sądowa. W art. 5 ust. 4 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka nie ma jednoznacznego wskazania na periodyczny charakter kontroli sądowej, podobnie zresztą jak w art. 9 ust. 4 MPPOiP. Standard ten jednak w obu przypadkach został wypracowany orzeczniczo[505]. W systemie EKPC ocena działań lub zaniechań państwa w tym zakresie jest ściśle powiązana z typem – rodzajem pozbawienia wolności i czasem jego trwania, ale Trybunał odżegnuje się od generalizowania i rozstrzygania o maksymalnym odstępie czasu pomiędzy kontrolami, właściwym dla określonej kategorii osób pozbawionych wolności. Kwestia zgodności z art. 5 ust. 4 EKPC wymaga zawsze przeanalizowania okoliczności konkretnej sprawy[506]. ETPC stwierdził, że w przypadku gdy dana osoba jest poddana detencji przez nieoznaczony lub przedłużający się czas, a państwo nie gwarantuje automatycznego, okresowego przeglądu o charakterze sądowym, jest ona uprawniona do uruchomienia w rozsądnych odstępach czasu przed sądem kontroli legalności takiej detencji. ETPC badał w omawianym przypadku sytuację chorego dożywotnio internowanego w szpitalu psychiatrycznym[507]. W sprawach z elementem migracyjnym ETPC zauważał konieczność brania pod uwagę dynamiki postępowań ekstradycyjnych lub deportacyjnych, gdzie elementy związane z postępem w tych procedurach oraz staranność władz mogą ulec zmianie[508]. Jednocześnie stwierdził, że w tych przypadkach niezbędne są krótsze odstępy pomiędzy kontrolami sądowymi w porównaniu z pozbawieniem wolności osób chorych psychicznie, gdzie postępowanie zostało zakończone pod ustaleniu wszystkich istotnych okoliczności[509]. Z kolei jednak okoliczność, iż zakres kontroli legalności pozbawienia wolności w art. 5 ust. 4 jest ograniczony – ze względu na to, iż nie obejmuje zagadnienia, czy pozbawienie wolności było konieczne dla zapobieżenia przestępstwu lub ucieczce – powoduje, że kontrola nie musi być tak częsta jak w przypadku pozbawienia wolności na podstawie art. 5 ust. 1 lit. c[510]. Stąd też na przykład, że odstępy między okresowymi kontrolami detencji w celu ekstradycji wynoszące od dwóch do czterech miesięcy były zgodne z wymogami art. 5 ust. 4 EKPC[511]. UNHCR sugeruje, że dobre praktyki obejmują kontrolę

[505] Por. KPC, *General Comment No. 35*…, op. cit., § 12; *Shafiq v. Australia*, § 7.2.
[506] Por. *Aboya Jean v. Malta*, § 77.
[507] *Stanev v. Bułgaria*, § 171.
[508] *Rahmani i Dineva v. Bułgaria*, § 78.
[509] *Abdulkhakov v. Rosja*, skarga nr 14743/11, wyrok ETPC z 2.10.2012 r., § 214.
[510] Ibidem, § 214.
[511] *Soliyev v. Rosja*, nr 62400/10, wyrok ETPC z 5.06.2012 r., § 57–62; *Khodzhamberdiyev v. Rosja*, skarga nr 64809/10, wyrok ETPC z 5.06.2012 r., § 108–114.

co siedem dni przez pierwszy miesiąc detencji, a po upływie tego okresu przynajmniej comiesięczne *review*[512].

3.2.6. EFEKTYWNOŚĆ KONTROLI SĄDOWEJ

W orzecznictwie ETPC ukształtował się standard skuteczności kontroli sądowej. Rozumieć przez to należy, iż po pierwsze środek musi być dostępny w trakcie pozbawienia wolności, tak aby dana osoba mogła uruchomić szybką kontrolę sądową legalności mogącą doprowadzić w razie potrzeby do zwolnienia[513]. Expressis verbis standard ten odzwierciedla art. 9 ust. 3 dyrektywy 2013/33/UE, w którym stanowi się, że jeśli sąd stwierdzi brak legalności zatrzymania, wnioskodawca jest natychmiast zwalniany. W związku z art. 5 ust. 4 EKPC dokonuje się oceny, czy środki krajowe są wystarczająco pewne, a więc dostępne[514] i efektywne (skuteczne)[515], a w orzecznictwie strasburskim regularnie pojawia się passus, iż środek kontroli sądowej o którym mowa w art. 5 ust. 4 EKPC powinien być dostępny w praktyce[516]. Dostępność środków kwestionujących legalność pozbawienia wolności implikuje między innymi, że warunki stworzone dobrowolnie (*voluntarily*) przez władzę muszą być takie, aby skarżący miał realną możliwość skorzystania z nich[517].

W systemie uniwersalnym jednoznacznie wskazuje się, że prawo to powstaje z momentem pozbawienia wolności i wyznaczanie jakichkolwiek limitów czasowych, po których dopiero można uruchomić określone postępowanie jest niedopuszczalne[518]. Również ETPC w orzeczeniu *Al-Nashif v. Bułgaria* stwierdził, że każdy zatrzymany ma prawo do kontroli legalności jego pozbawienia wolności bez

---

[512] Por. UNHCR, Detention G*uidelines*, § 47 (iv). Por. w tym zakresie art. 9 ust. 5 dyrektywy 2013/33/UE oraz art. 9 ust. 5 dyrektywy 2008/ 115/WE.

[513] Por. *J.N. v. Zjednoczone Królestwo*, § 88; *Louled Massoud v. Malta*, § 39. W systemie uniwersalnym jednoznacznie jest artykułowane przez KPC. *A v. Australia*, § 9.5; *Saed Shams v. Australia*, par 7.3; *Baban i inni. v. Australia*, § 7.2; por. WGAD, Report…, op. cit., E/CN. 4/1998/44, s. 11–12.

[514] Por. *The Body of Principles*…, A/RES/43/173, zasada 32.

[515] Por. *Louled Massoud v. Malta*, § 46; *Mahamed Jama v. Malta*, § 109–111; *Abdullahi Elmi i Aweys Abubakar v. Malta*, § 121; *Gruzja v. Rosja (nr 1)*, § 188; *J.N. v. Zjednoczone Królestwo*, § 88; *Galliani v. Rumunia*, § 47; *Navarra v. Francja*, § 24; *Aquilina v. Malta*, § 39; Komitet ds. likwidacji dyskryminacji rasowej, Concluding observations: Węgry, CERD/C/61/CO/6, 23.08.2002, § 14.

[516] *Nasrulloyev v. Rosja*, § 86; *Kadem v. Malta*, § 41; *Muminov v. Rosja*, skarga nr 42502/06, wyrok ETPC z 11.12.2008 r., § 113; *Ismoilov i inni v. Rosja*, skarga 2947/06, wyrok ETPC z 24.04.2008 r., § 145.

[517] *Čonka v. Belgia,* § 46 i 55.

[518] Por. KPC, *General Comment No. 35*…, op. cit., § 42; *Torres v. Finlandia*, Communication Nr 291/1988, CCPR/C/38/D/291/1988, 5.04.1990, § 7.2 – w tym przypadku skarżący mógł skorzystać z prawa do kwestionowania zgodności pozbawienia wolności z prawem dopiero po 7 dniach.

względu na czas jego trwania[519]. Warto jednak zauważyć, że w przypadkach detencji krótkotrwałej Trybunał orzeka rozmaicie i zdarzało się mu odstępować od badania zarzutów na podstawie art. 5 ust. 4 EKPC[520]. Stało się tak na przykład w sprawie *Nolan i K. v. Rosja* gdzie pozbawienie wolności nie przekroczyło 12 godzin, a także w sprawie *Slivenko i inni v. Łotwa*, kiedy w przypadku jednego skarżącego okres pozbawienia wolności był krótszy niż 24 godziny, a w przypadku drugiego obejmował 30 godzin[521]. W dotychczasowym orzecznictwie ukształtował się pogląd, że strasburska kontrola nie obejmuje oceny *in abstracto*, czy dane środki potencjalnie przysługujące skarżącemu spełniały wymagania art. 5 ust. 4 EKPC. Przedmiotowy przepis EKPC odnosi się do środków, które powinny być dostępne w czasie pozbawienia wolności. To postanowienie nie odnosi się natomiast do kontroli legalności okresu detencji, który właśnie się zakończył, a w szczególności krótkotrwałej detencji[522]. Na tym tle trzeba zauważyć, że kryterium „krótkotrwałości" detencji jest labilne i oceniane w okolicznościach danej sprawy i na przykład w przypadku pozbawienia wolności trwającego 3 i pół dnia ETPC uznał zasadność rozpatrywania zarzutów skarżącego na podstawie art. 5 ust. 4 EKPC[523].

Procedura przewidziana w art. 5 ust. 4 EKPC ma charakter sądowy i powinna zawierać gwarancje właściwe dla danego typu pozbawienia wolności, choć nie musi mieć zawsze takiej samej postaci jak ta w art. 6 EKPC[524]. Jeśli gwarancje te nie są zapewnione w momencie podejmowania decyzji, państwo musi wprowadzić skuteczny środek odwoławczy do innego organu z wszystkimi gwarancjami postępowania sądowego, które powinno być oparte na zasadzie równości stron[525]. Na tym tle trzeba zauważyć, że „pewnej formy postępowania spornego" wymaga się również tam, gdzie wchodzą w grę problemy bezpieczeństwa państwa i jest to kryterium oceny, czy państwo ingerowało w prawa konwencyjne w sposób zgodny z prawem[526].

---

[519] Por. *Al-Nashif v. Bułgaria*, § 92, zd. 1.

[520] Por. *Nolan i K. v. Rosja v. Rosja*, § 101; *Fox, Campbell and Hartley*, § 45.

[521] Por. *Nolan i K. v. Rosja v. Rosja*, § 46.

[522] Por. *Slivenko v. Łotwa*, § 158.

[523] Por. *A.M. v. Francja*, § 36.

[524] Por. *Al-Agha v. Rumunia*, § 102; *A. i inni v. Zjednoczone Królestwo*, § 203; *Megyeri v. Niemcy*, skarga nr 13770/88, wyrok ETPC z 12.05.1992 r., § 22; *Louled Massoud v. Malta*, § 40; *Rashed przeciwko Republice Czeskiej*, § 52. Co oznacza, że w przypadku pozbawienia wolności na podst. art. 5 ust. 1c EKPC niezbędne jest zapewnienie osobistego wysłuchania osoby kwestionującej pozbawienie wolności – por. *Assenov i inni v. Bułgaria*, skarga nr 24760/94, wyrok ETPC z 28.10.1998 r., § 162.

[525] Por. *Nikolova v. Bułgaria*, § 58; *Varbanov v. Bułgaria*, skarga nr 31365/96, wyrok ETPC z 28.10.1998 r., § 58; *Rashed przeciwko Republice Czeskiej*, § 52.

[526] Por. *Al-Nashif v. Bułgaria*, § 123. Por. w tym względzie art. 9 ust. 6 dyrektywy 2013/33/UE, który stanowi, że w przypadku kontroli zgodności z prawem nakazu zatrzymania

Osoba pozbawiona wolności powinna mieć dostęp do adwokata lub innej formy reprezentacji prawnej[527], a sądowy charakter kontroli determinuje istnienie procedury umożliwiającej danej osobie przedstawienie swojego punktu widzenia i ustosunkowanie się do zarzutów władz[528]. Równocześnie oznacza to, że państwo ma stworzyć możliwość, aby pozbawiony wolności był wysłuchany osobiście lub przez pełnomocnika *(through some form of representation)*[529]. Równość broni procesowej nie jest zapewniona, jeśli pełnomocnikowi strony odmawia się dostępu do tych części akt sprawy, które są niezbędne do skutecznego zakwestionowania zgodności z prawem pozbawienia wolności[530].

W przypadku gdy kontrola sądowa następuje na wniosek, istotną rolę gwarancyjną w zakresie jej dostępności pełnią obowiązki informacyjne po stronie państwa oraz dostęp do pomocy prawnej[531]. W orzecznictwie ETPC stwierdzono, że odmowa dostępu do pomocy prawnej w połączeniu z brakiem informacji o powodach pozbawienia wolności pozbawiły skarżącego prawa do szybkiej i efektywnej kontroli sądowej jakiejkolwiek substancji[532]. Z kolei dostarczenie pozbawionemu wolności informacji o przysługujących mu środkach zaskarżenia w języku niezrozumiałym, podczas gdy rozmowę w trakcie rejestracji wniosku o ochronę międzynarodową przeprowadzono w języku ojczystym skarżącego, nie spełnia kryterium dostępności[533]. W sprawie *Čonka v. Belgia* Europejski Trybunał Praw Człowieka dostępność tłumaczy ustnych potraktował jako jeden z czynników wpływających na dostępność skutecznego środka odwoławczego[534]. Ponadto jeśli skarżący jest małoletnim pozbawionym opieki, któremu nie zapewniono opiekuna prawnego

państwa członkowskie zapewniają wnioskodawcy dostęp do bezpłatnej pomocy prawnej i zastępstwa prawnego. Jako minimum te gwarancje obejmują co najmniej przygotowanie wymaganych w ramach postępowania dokumentów oraz udział w rozprawie przed organami sądowymi w imieniu wnioskodawcy.

[527] Por. *mutatis mutandis*, *Chahal v. Zjednoczone Królestwo*, § 130.

[528] Por. *Al-Nashif v. Bułgaria*, § 124–125.

[529] Por. *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgia*, § 73–76; *Winterwerp v. Królestwo Niderlandów*, § 60–61; *Kurt v. Turcja*, § 123; *Varbanov v. Bułgaria*, § 58; *Al-Nashif v. Bułgaria*, § 92.

[530] *Nikolova v. Bułgaria*, § 58; *Lamy v. Belgia*, skarga nr 10444/83, wyrok ETPC z 30.03.1989 r., § 29.

[531] Por. *Rahimi v. Grecja*, § 120; zgodnie z art. 15 ust. 2 dyrektywy 2008/115/WE państwa członkowskie niezwłocznie informują danego obywatela państwa trzeciego o możliwości wszczęcia takiego postępowania w przypadku zastosowania środka detencyjnego; por. TSUE w sprawach *M.G. i N.R. przeciwko Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-383/13 PPU wyrok TSUE z 10.09.2013 r., ECLI:EU:C:2013:533, oraz *Khaled Boudjlida v. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, skarga C-249/13, wyrok TSUE z dnia 11.12.2014 r., ECLI:EU:C:2014:2431.

[532] Por. *Abdolkhani i Karimnia v. Turcja*, § 141.

[533] Por. *Rahimi v. Grecja*, § 120.

[534] Por. *Čonka v. Belgia*, § 44 – w tym wyroku Trybunał zwrócił uwagę, że był obecny tylko jeden tłumacz, który nie towarzyszył już skarżącym w zamkniętym ośrodku tranzytowym na lotnisku.

występującego w jego imieniu, to pomimo że środki prawne, które miał on w swojej dyspozycji mogły być efektywne, to Trybunał nie widział możliwości, aby skarżący miał z nich skorzystać[535].

W standardach prawa uchodźczego rekomenduje się zapewnienie uchodźcom oraz osobom poszukującym ochrony międzynarodowej możliwości kontaktu w Biurem UNHCR, a w przypadku jego braku, inną agencją, która w danym państwie udziela pomocy uchodźcom[536].

4. PRAWO DO ODSZKODOWANIA ZA BEZPRAWNE POZBAWIENIE WOLNOŚCI

Prawo do odszkodowania za bezprawne pozbawienie wolności ma ścisły związek z pozostałymi gwarancjami artykułu 5 EKPC, ponieważ powstaje ono dopiero w momencie, gdy zostanie ustalone naruszenie norm zawartych w ustępach 1, 2, 3 lub 4. Bezprawność pozbawienia wolności może zostać stwierdzona przez władze krajowe, jak również przez sam Trybunału strasburski[537]. W przypadku gdy organ krajowy nie stwierdzi żadnego naruszenia wskazanych przepisów artykułu 5 bezpośrednio lub co do istoty, Trybunał dla zastosowania ustępu 5 sam musi ustalić, iż pozbawienie wolności było sprzeczne z art. 5 EKPC[538]. Jednocześnie ocena, czy doszło do naruszenia Konwencji nie jest uzależniona od ustaleń krajowych, ponieważ pozbawienie wolności może być zgodne z prawem krajowym, ale sprzeczne z art. 5 EKPC[539].

Jednakże jeśli sądy krajowe uznają pozbawienie wolności za bezprawne w rozumieniu prawa krajowego, sytuacje te są objęte zakresem przedmiotowym art. 5 ust. 5 EKPC[540]. Bezpośrednim tego uzasadnieniem jest fakt, iż – jak to po wielekroć już powiedziano w strasburskim *case law* – interpretacja i stosowanie prawa krajowego należy przede wszystkim do władz danego państwa, w szczególności do sądów[541]. Dotyczy to odpowiedzi na pytanie, czy pozbawienie

---

[535] Por. *Rahimi v. Grecja*, § 120.

[536] Por. UNHCR, Conclusions nr 44, lit. g.

[537] Por. *N.C. v. Włochy*, skarga nr 24952/94, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 18.12.2002 r., § 49; *Pantea v. Rumunia*, skarga nr 33343/96, wyrok ETPC z 3.06.2003 r., § 262; *Vachev v. Bułgaria*, skarga nr 42987/98, wyrok ETPC z 8.07.2004 r., § 78.

[538] Por. *Danija v. Szwajcaria*, skarga nr 1654/15, decyzja ETPC z 28.04.2020 r., § 37; *Nechiporuk i Yonkalo v. Ukraina*, skarga nr 42310/04, wyrok ETPC z 21.04.2011 r., § 227 i 229; *Yankov v. Bułgaria*, skarga nr 39084/97, wyrok ETPC z 11.12.2003 r., § 190–193.

[539] Por. *Harkmann v. Estonia*, skarga nr 2192/03, wyrok ETPC z 11.07.2006 r., § 50.

[540] Por. *Norik Poghosyan v. Armenia*, skarga nr 63106/12, wyrok ETPC z 22.10.2020 r., § 34–36.

[541] Por. *Paradiso i Campanelli v. Włochy*, skarga nr 25358/12, wyrok ETPC z 24.01.2017 r., § 169.

wolności jest „zgodne z prawem", a w tym czy jest zgodne z „procedurą przewidzianą przez prawo"[542].

Przepis art. 5 ust. 5 EKPC tworzy bezpośrednie i egzekwowalne prawo do odszkodowania przed sądami krajowymi[543]. Expressis verbis ten element wyraża art. 9 ust. 5 MPPOiP stanowiący, iż każdy, kto został bezprawnie aresztowany lub zatrzymany ma prawo do odszkodowania, „którego może dochodzić w drodze sądowej"[544]. Wydaje się istotne, że KPC umieszcza to prawo w ścisłym związku z art. 2 ust. 3 Paktu, który zobowiązuje Państwa-Strony do stworzenia skutecznego środka ochrony prawnej każdej osobie, której prawa i wolności zostały naruszone[545]. W konsekwencji – uwzględniając art. 2 ust. 3 MPPOiP – KPC wskazywał, iż odszkodowanie na mocy art. 9 ust. 5 MPPOiP jest jednym ze środków ochrony, które mogą być wymagane w przypadku bezprawnego lub samowolnego aresztowania lub zatrzymania jednostki i – co istotne – ich nie zastępuje[546].

Wymagania artykułu 5 ust. 5 EKPC są spełnione, gdy istnieje możliwość ubiegania się o odszkodowanie za pozbawienie wolności dokonane w warunkach sprzecznych z ust. 1, 2, 3 lub 4 artykułu 5 EKPC[547]. Prawo to musi być dostępne przed lub po wyroku sądu[548]. Kryteriami skuteczności korzystania z prawa do odszkodowania są wystarczająca pewność[549] oraz dostępność danego środka zarówno w teorii[550], jak i w praktyce[551]. Sam fakt, że w prawodawstwie danego kraju istnieją jakiekolwiek normy w zakresie odszkodowania za bezprawne pozbawienie wolności, nie spełnia standardów konwencyjnych, jeśli ich zakres przedmiotowy nie obejmuje typu pozbawienia wolności, którego doświadczył skarżący[552].

---

[542] *Öcalan v. Turcja*, § 83; *Merabishvili v. Gruzja*, § 191.

[543] Por. *A. i inni v. Zjednoczone Królestwo*, § 229; *Storck v. Niemcy*, § 122.

[544] KPC, C. *v. Australia*, § 10.

[545] Por. KPC, *M.M.M. i inni v. Australia*, § 12; szerzej na temat odszkodowania w związku z nieograniczoną czasowo detencją zob. A. de Zayas, *Human Rights and indefinite detention*, „International Review of the Red Cross" 2005, t. 187, nr 857, s. 34–37.

[546] Na przykład w sprawach detencji cudzoziemców naruszającej art. 9 MPPOIP jest to powstrzymanie się przez Państwo–Stronę od deportacji – *Bakhtiyari i inni v. Australia*, § 11.

[547] Por. *Michalák v. Słowacja*, skarga nr 30157/03, wyrok ETPC z 8.02.2011 r., § 204; *Lobanov v. Rosja*, skarga nr 16159/03, wyrok ETPC z 16.10.2008 r., § 54.

[548] Por. *Stanev v. Bulgaria*, § 183–184; *Brogan i inni v. Zjednoczone Królestwo*, § 67.

[549] Por. *Ciulla v. Włochy*, § 44; *Sakık i inni v. Turcja*, skargi nr 87/1996/706/898-903, wyrok ETPC z 26.11.1997 r., § 60.

[550] Por. *Dubovik v. Ukraina*, skargi nr 33210/07, 41866/08, wyrok ETPC z 15.10.2009 r., § 74.

[551] Por. *Chitayev v. Rosja*, skarga nr 59334/00, wyrok ETPC z 18.01.2007 r., § 195. Por. w tym względzie KPC, *General Comment No. 35*…, op. cit., § 50.

[552] Por. *Dubovik v. Ukraina*, § 74.

Rozpatrując roszczenia odszkodowawcze, władze krajowe są zobowiązane do interpretacji i stosowania prawa krajowego w duchu art. 5 Konwencji, bez nadmiernego formalizmu[553]. Prawo do odszkodowania dotyczy przede wszystkim rekompensaty pieniężnej. W związku z tym nie obejmuje ono prawa do zabezpieczenia zwolnienia osoby zatrzymanej, które jest objęte art. 5 ust. 4 Konwencji[554]. Zaliczenie okresu tymczasowego aresztowania na poczet kary nie stanowi odszkodowania w rozumieniu przez art. 5 ust. 5 EKPC, ze względu na jego niefinansowy charakter[555]. Jednakże w decyzji w sprawie *Porchet v. Szwajcaria* w ETPC zaprezentował pogląd, iż obniżenie kary mogłoby stanowić odszkodowanie w rozumieniu art. 5 ust. 5 EKPC, jeżeli nastąpiło w celu naprawienia danego naruszenia i miało wymierny oraz proporcjonalny wpływ na karę odbywaną przez daną osobę[556].

Artykuł 5 ust. 5 EKPC obejmuje prawo do odszkodowania nie tylko z tytułu szkody majątkowej, ale także niemajątkowej[557]. Na tę ostatnią mogą się złożyć lęk, niepokój czy frustracja, których dana osoba mogła doświadczyć w wyniku naruszenia innych postanowień art. 5 EKPC[558]. Unormowanie art. 5 ust. 5 EKPC nie zabrania, aby Państwa-Strony uzależniły zasądzanie odszkodowania od wykazania szkody wynikającej z naruszenia, ponieważ jeśli taka szkoda nie zaistnieje, nie może być mowy o „odszkodowaniu"[559]. Co ważne, niezgodny z Konwencją jest nadmierny formalizm w wymaganiu dowodu szkody niemajątkowej wynikającej z bezprawnego pozbawienia wolności[560]. Jak stwierdził ETPC, nadmierna restrykcyjność sądów „może wykluczyć przyznanie odszkodowania pieniężnego w bardzo dużej liczbie spraw, w których bezprawne pozbawienie wolności jest krótkotrwałe i gdzie nie towarzyszy temu obiektywnie dostrzegalne pogorszenie stanu fizycznego lub psychicznego osoby pozbawionej wolności"[561].

---

[553] Por. *Fernandes Pedroso v. Portugalia*, skarga nr 59133/11, wyrok ETPC z 20.06.2018 r., § 137; *Shulgin v. Ukraina*, 2011, § 65; *Houtman i Meeus v. Belgia*, 2009, § 46.

[554] Por. *Bozano v. Francja*, decyzja Komisji z dnia 15.05.1984 r.

[555] Por. *Włoch v. Polska nr 2*, skarga nr 33475/08, wyrok ETPC z 10.05.2011 r., § 32.

[556] Por. *Porchet v. Szwajcaria*, skarga nr 36391/16, decyzja ETPC z 8.10.2019 r., § 18–25.

[557] Podobnie por. KPC, *General Comment No. 35*…, op. cit., § 52; *Coleman v. Australia*, Communication Nr 1157/2003, CCPR/C/87/D/1157/2003, 10.08.2006, § 6.3.

[558] Por. *Sahakyan v. Armenia*, skarga nr 66256/11, wyrok ETPC z 10.11.2015 r., § 29; *Teymurazyan przeciwko Armenii*, skarga nr 17521/09, wyrok ETPC z 15.03.2018 r., § 76, w sprawie niemożności zadośćuczynienia za szkodę o charakterze niemajątkowym na podstawie prawa ormiańskiego.

[559] Por. *Wassink v. Królestwo Niderlandów*, skarga nr 12535/86, wyrok ETPC z 27.09.1990 r., § 38.

[560] Por. *Danev v. Bułgaria*, skarga nr 9411/05, wyrok ETPC z 2.09.2010 r., § 34–35.

[561] Por. ibidem.

Istotnym zagadnieniem, które pojawiło się w orzecznictwie jest kwota odszkodowania. ETPC, stając wobec tego problemu, wskazał, że artykuł 5 ust. 5 Konwencji nie uprawnia skarżącego do określonej kwoty odszkodowania[562]. Niemniej jednak sama wysokość odszkodowania nie pozostaje całkowicie poza strasburską kontrolą. Przy ustalaniu istnienia naruszenia art. 5 ust. 5 EKPC Trybunał bierze pod uwagę własne orzecznictwo na podstawie art. 41 Konwencji w podobnych sprawach, jak również okoliczności, jakie zaszły w danym przypadku, takie jak np. czas trwania tymczasowego aresztowania skarżącego[563]. Sam fakt, że kwota przyznana przez władze krajowe jest niższa niż kwota, którą Trybunał orzekłby w podobnych sprawach, nie pociąga za sobą naruszenia art. 5 ust. 5. Jednak odszkodowanie, które jest nieistotne lub całkowicie nieproporcjonalne do powagi naruszenia nie spełniałoby wymogów art. 5 ust. 5 z tego względu, że uczyniłoby gwarancje przewidziane tym przepisem teoretycznymi i iluzorycznymi[564]. Odszkodowanie zatem nie może być znacznie niższe niż to przyznane przez Trybunał w podobnych sprawach[565].

5. KONKLUZJE

Międzynarodowy standard wolności i bezpieczeństwa osobistego w kontekście pozbawienia wolności cudzoziemców w związku z kontrolą nad ruchem osobowym jest w systemach ochrony praw człowieka analizowany niezwykle często. Podstawowe i rzec można fundamentalne jest tutaj zagadnienie samego zastosowania norm z tego zakresu, a zatem ustalenia, iż dana osoba została pozbawiona wolności. Niewątpliwie w rozumieniu art. 5 EKPC są to wszelkie sytuacje izolacji lub zamknięcia w wydzielonej przestrzeni z zastosowaniem przymusu lub groźby przymusu, której jednostka nie może opuścić dobrowolnie i swobodnie bez względu na ich nazwę i podstawę prawną w prawie krajowym, jak również bez względu na czas ich trwania. Jednakże punktami newralgicznymi dla kwalifikacji prawnej stanów faktycznych w tym obszarze są ograniczenia swobody poruszania się cudzoziemców stosowane w ramach kontroli granicznych, następnie

[562] *Damian-Burueana i Damian v. Rumunia*, skarga nr 6773/02, wyrok ETPC z 26.05.2009 r., § 89; *Şahin Çağdaş v. Turcja*, skarga nr 28137/02, wyrok ETPC z 11.04.2006 r., § 34.

[563] *Vasilevskiy i Bogdanov v. Rosja*, skargi nr 52241/14, 74222/14, wyrok ETPC z 10.07.2018 r., § 23.

[564] Ibidem, § 22 i 26; *Cumber v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 28779/95, decyzja EKPC z 27.11.1996 r.

[565] *Ganea v. Mołdawia*, skarga nr 2474/06, wyrok ETPC z 17.05.2011 r., § 30; *Cristina Boicenco v. Mołdawia*, skarga nr 25688/09, wyrok ETPC z 27.09.2011 r., § 43.

umieszczanie cudzoziemców w ośrodkach o mieszanym reżimie, a wreszcie pobyt cudzoziemców w międzynarodowych strefach tranzytowych. We wszystkich tych przypadkach orzecznictwo strasburskie jest kazuistyczne w tym znaczeniu, że reguły orzekania są bardzo zniuansowane, co poniekąd odpowiada złożoności praktyki Państw-Stron Konwencji. Mając na uwadze ten ostatni element, szczególną rolę gwarancyjną należy przypisywać strasburskiemu standardowi badania istoty nakładanych ograniczeń, nie zaś samej nazwy, jaką im nadano w prawie krajowym.

Ocena, czy doszło do ingerencji w prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego jednostki, jest przeprowadzana na podstawie całego katalogu kryteriów. Wymienić tu trzeba element wolicjonalny, a więc okoliczność, czy skarżący znaleźli się w danej sytuacji z własnej woli. Następnie ETPC używa instrumentarium klasycznego, a więc bada podstawy normatywne zastosowania danego środka, treść obowiązujących przepisów prawnych oraz cel ich zastosowania. Istotnym punktem oceny ETPC uczynił czas trwania zastosowanych środków, zwłaszcza w świetle ich celu oraz ochrony proceduralnej przysługujących skarżącym. Ponadto ETPC bierze pod uwagę charakter i stopień rzeczywistych ograniczeń nałożonych lub doświadczanych przez skarżących. Jak się wydaje, kryteria te mają definiować nie tyle rodzaj stosowanego środka, co jego intensywność, pozwalającą odróżnić pozbawienie wolności od ograniczenia wolności w rozumieniu art. 2 Protokołu nr 4 do EKPC.

Istotne pozostaje, że art. 5 ust. 1 lit. f jest przez ETPC jest interpretowany w sposób, który ma uwzględniać niezaprzeczalne prawo danego państwa do kontroli nad ruchem osobowym na jego terytorium i determinuje ocenę detencji cudzoziemców pod rządami Konwencji. Z punktu widzenia niniejszej monografii na tym tle kluczowe jest przewidziane tym przepisem zastosowanie detencji w celu zapobieżenia nielegalnemu wjazdowi lub deportacji. Z analizy orzecznictwa strasburskiego w tym przedmiocie wynika, że kwalifikacja prawna detencji oraz określenie, czy chodzi o pierwszy, czy drugi cel jest zależna od prawa krajowego. Państwa same określają, czy cudzoziemiec został pozbawiony wolności w celu wydalenia, czy też po to, aby nie wjechał na ich terytorium. Niejako w konsekwencji Trybunał interpretuje przesłankę nielegalnego wjazdu cudzoziemców w taki sposób, iż moment, w którym wkroczenie na terytorium staje się legalne, zależy wyłącznie od państwa. Jest to zagadnienie o tyle dyskusyjne, że pojęcia autoryzacji (authorisation) oraz legalizacji wjazdu lub pobytu są różnie rozumiane, a przede wszystkim niekoniecznie są tożsame. Restrykcyjność podejścia Trybunału polega na tym, że konsekwentnie odmawia on interpretacji EKPC w taki sposób, że ze względu na przepisy KSU przesłanka braku zezwolenia na wjazd (unauthorised entry) przestaje zachodzić z momentem złożenia przez

cudzoziemca wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej. Wydaje się, iż tu można zidentyfikować granice interpretacji EKPC, która, jak to stwierdził ETPC, ma być wykładana zgodnie z innymi umowami międzynarodowymi tak dalece jak to możliwe.

Następnie na szczególną uwagę zasługuje kryterium proporcjonalności ingerencji w wolność jednostki. ETPC konsekwentnie odmawia przyjęcia takiej interpretacji art. 5 ust. 1 lit. f EKPC, która nakazywałaby traktować detencję cudzoziemców w charakterze środka ostatecznego. Argumentem podstawowym jest tu, rzec można, literalna wykładnia tego przepisu, który w swej treści nie zawiera takiej przesłanki. Nie oznacza to jednak, że wyprowadzenie takiego warunku nie byłoby możliwe. Argumentów w tym zakresie dostarcza poniekąd strasburska wykładnia art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji, zgodnie z którą test niezbędności ingerencji w wolność i bezpieczeństwo osobiste jednostki jest przez ETPC przeprowadzany, pomimo że w podobnie jak w przypadku litery f, sam przepis w tym zakresie milczy. Nie bez znaczenia pozostaje, że ETPC jest obecnie jedynym organem ochrony praw człowieka, który test proporcjonalności sprowadza jedynie do powiązania pozbawienia wolności z celem i z działaniem państwa w dobrej wierze. Niewątpliwie jednak rośnie liczba przypadków, w których Trybunał stosuje wyjątki od przyjętej zasady, a dotyczą one obecnie trzech sytuacji: niezbędności detencji ustanowionej w prawie krajowym lub będącej wynikiem zobowiązań prawnomiędzynarodowych albo UE przyjętych przez Państwo-Stronę, detencji dzieci rodzin z dziećmi oraz innych osób szczególnie wrażliwych.

W systemie Konwencji powstaje zatem sytuacja, w której test oceny, czy pozbawienie wolności jednostki nie było arbitralne, jest dla władz państwa mniej surowy niż w każdym innym przypadku pozbawienia wolności czy to na podstawie prawa karnego, czy administracyjnego. Trzeba też dostrzegać, iż arbitralność pozbawienia wolności cudzoziemców na podstawie art. 5 EKPC jest badana w kontekście warunków detencji, które ze względu na jej administracyjnoprawny charakter powinny zasadniczo różnić się od reżimu karnego. W tym przypadku ETPC skrupulatnie wymaga od Państw-Stron zapewnienia odpowiednich warunków detencji dzieciom zarówno pozbawionym opieki, jak również tym z rodzinami. W związku z powyższym również próg oceny, czy nie doszło do naruszenia art. 3 EKPC jest niższy, zwłaszcza jeśli chodzi o kombinację warunków pozbawienia wolności z czasem jego trwania.

ROZDZIAŁ IV.
PRAWO I PRAKTYKA PAŃSTW

1. OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA DETENCJI CUDZOZIEMCÓW W PRAWIE KRAJOWYM

Detencja cudzoziemców jest środkiem przewidzianym w prawodawstwie niemal wszystkich państw europejskich i występuje w postępowaniach administracyjnych, których przeprowadzenie wymaga zabezpieczenia obecności cudzoziemca: procedurach związanych z wydaleniem (przymusowym powrotem), procedurach udzielania ochrony międzynarodowej oraz w przypadku państw UE w procedurze dublińskiej, będącej specyficzną hybrydą tych dwóch pierwszych[1]. Jako jeden z elementów kontroli nad wjazdem lub pobytem cudzoziemców na terytorium państwa detencja jest normowana w ustawach o cudzoziemcach lub ustawach o udzielaniu ochrony międzynarodowej, obok takich kwestii jak: warunki uzyskiwania wiz, status rezydenta długoterminowego, zasady wykonywania pracy, prawo do wjazdu lub pobytu na terytorium państwa, zasady wydalenia[2].

Z tej racji, że chodzi o pozbawienie wolności jednostki, treść regulacji ustawowych w tym przedmiocie jest zdeterminowana brzmieniem przepisów konstytucji

---

[1] Jest to hybryda w tym znaczeniu, że chociaż mowa jest o „przekazaniu" to niewątpliwie cudzoziemiec jest wydalany z jednego państwa UE do drugiego w celu procedowania wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej – w polskim prawie por. art. 87 ust. 1 pkt 5 u.u.c.o.; w prawie niderlandzkim Vreemdelingencirculaire 2000 (A), [Okólnik o cudzoziemcach], Staatscourant 2023, Nr 9373, 31.03.2023, § A5/6.2, tekst https://wetten.overheid.nl/BWBR0012287/2023-07-01 [dostęp: 20.06.2023]; widać to także wyraźnie w praktyce niemieckiej, gdzie władze nie wszystkich landów w ogóle rozróżniają wydalenia w ramach przymusowego powrotu i procedur dublińskich – zob. szerzej P. Hoffmeyer-Zlotnik, M. Stiller, *Dublin: Germany*, https://asylumineurope.org/reports/country/germany/asylum-procedure/procedures/dublin/ [dostęp: 20.09.2023].

[2] Por. np. we Francji § 9 orzeczenia Rady Konstytucyjnej z 4.10.2019 r., w którym stwierdza się, iż pozbawienie wolności cudzoziemca jest ściśle powiązane z decyzją dotyczącą jego pobytu na terytorium – tekst orzeczenia dostępny: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019807QPC.htm [dostęp: 20.02.2023] Décision n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019 [dostęp: 20.09.2023].

poszczególnych państw, które wyznaczają granice dopuszczalnej ingerencji władzy publicznej w wolność i bezpieczeństwo osobiste[3].

W jednych państwach – takich jak choćby Królestwo Niderlandów, Francja czy Szwecja – przesłanki detencji cudzoziemców są wyczerpująco uregulowane w jednym akcie prawnym. Z kolei w Polsce i Bułgarii pozbawienie wolności w procedurach powrotowych oraz w ramach udzielania ochrony międzynarodowej jest przedmiotem dwóch osobnych aktów normatywnych. Niejako na marginesie trzeba zauważyć, że w Polsce, co prawda, przesłanki zastosowania detencji osób poszukujących ochrony międzynarodowej są uregulowane w ustawie o udzielaniu ochrony międzynarodowej, to jednak jej art. 89b i art. 89c odsyłają do ustawy o cudzoziemcach. Ponadto, jak to już zostało zasygnalizowane, ze względu na dynamikę zmian statusu prawnego poszczególnych cudzoziemców oba te akty prawne często mają zastosowanie naprzemienne[4].

Z perspektywy standardów prawnomiędzynarodowych sama decyzja prawodawcy, czy zastosowanie środków detencyjnych będzie przedmiotem jednego, czy też kilku aktów prawnych ma znaczenie wtórne, jeśli sama substancja normatywna przedmiotowych przepisów uwzględnia szczególny status osób poszukujących ochrony międzynarodowej. Standardowi temu nie odpowiada na przykład prawo szwedzkie, w którym cele uprawnione detencji dotyczą wszystkich cudzoziemców. W związku z powyższym osoby poszukujące ochrony międzynarodowej mogą być pozbawione wolności z powodów, które nie są przewidziane w standardach prawa uchodźczego oraz dyrektywy 2013/33/UE. Dotyczy to detencji ze względu na prawdopodobieństwo wydania odmowy wjazdu lub decyzji

---

[3] Por. art. 66 Konstytucji Republiki Francuskiej, Constitution du 4.10.1958, tj. https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur [dostęp: 20.02.2023]; art. 104 Konstytucji RFN z 23.05.1949 r., tekst z ostatnimi zmianami publ. 19.12.2022, BGBl. I S. 2478; art. 17 Konstytucji Hiszpanii z 29.12.1978 r., Documento consolidado BOE-A-1978-31229; art. 30 Konstytucji Republiki Bułgarii z 12.07.1991 r., Državen Vestnik (DV) nr 56 z 13.07.1991 r., ostatnie zmiany DV nr 100 z 18.12.2015 r., tekst w wersji anglojęzycznej publikowany przez bułgarski parlament, https://www.parliament.bg/en/const [dostęp: 20.02.2023]; art. 15 Konstytucji Królestwa Holandii z 28.03.1814 r., https://wetten.overheid.nl/BWBR0001840/ 2023-02-22 [dostęp: 20.02.2023], tekst w wersji anglojęzycznej publikowany przez holenderski rząd: https://www.government.nl/documents/reports/2019/02/28/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands [dostęp: 20.09.2023]; art. 20 Konstytucji Litwy, art. 31 i art. 41 Konstytucji RP z 2.04.1997 r.

[4] Por. P. Dąbrowski, J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach*…, op. cit., s. 841. Należy też zwrócić uwagę, że ustawa o udzielaniu cudzoziemcom ochrony nie reguluje np. kwestii samego funkcjonowania ośrodków strzeżonych czy też ich powoływania, gdyż tę materię ustawodawca normuje ustawa o cudzoziemcach.

o wydaleniu[5], jak również nadmiernie szerokiego unormowania pozbawienia wolności w celu deportacji[6]. W prawie hiszpańskim[7], jak również niemieckim w osobnych aktach normatywnych reguluje się sposób funkcjonowania ośrodków detencyjnych i warunki detencji[8].

Jednocześnie należy wskazać, iż pozbawienie wolności najczęściej występuje w kilku postaciach, powiązanych z rodzajem czy etapem postępowań krajowych. W prawie niderlandzkim i niemieckim odmiennie kształtują się przesłanki do detencji stosowanej na terytorium państwa i pozbawienia wolności na granicy w celu zapobieżenia nielegalnemu wjazdowi[9]. W Królestwie Niderlandów rozróżnia się w związku z tym dwie procedury udzielania ochrony międzynarodowej:

---

[5] Por. prawo szwedzkie: Utlänningslag (2005:716), [ustawa o cudzoziemcach] (dalej jako Utlänningslag) 29.09.2005, SFS nr: 2005:716, ost. zm. SFS nr 2024:28, rozdział 10, sekcja 1 § 2.

[6] Por. w obu przypadkach musi istnieć podejrzenie, że cudzoziemiec ucieknie lub zaangażuje się w działalność przestępczą. Rozwiązanie to jednak nie zawiera elementów ograniczających detencję w takich sytuacjach do okoliczności wskazanych w art. 8 ust. 3d dyrektywy 2013/33/UE oraz art. 8 ust. 3f, art. 28 rozporządzenia Dublin III – Utlänningslag, rozdział 10 sekcja 1 § 3.

[7] Zob. Real Decreto 162/2014, de 14.03.2014 por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, [Dekret królewski 162/2014 z dnia 14.03.2014 r., zatwierdzający przepisy regulujące funkcjonowanie i reżim wewnętrzny ośrodków detencyjnych dla cudzoziemców] BOE núm. 64, de 15.03.2014, BOE-A-2014-2749, (dalej jako Real Decreto 162/2014). Por. także prawo fińskie: Laki säilöön otettujen ulkomaalaisten kohtelusta ja säilöönottoyksiköstä 116/2002, 15.02.2002 z późn. zm. [ustawa o postępowaniu z zatrzymanymi cudzoziemcami i o ośrodkach detencyjnych], https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2002/20020116 [dostęp: 20.02.2023].

[8] W Niemczech mają tu zastosowanie przepisy federalne, a więc Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet, [ustawa o pobycie, zatrudnianiu i integracji cudzoziemców w Niemczech] 25.02.2008, BGBl. I S. 162, ostatnie zmiany 20.04.2023 (BGBl. I S. 106) (dalej jako AufenthG). Następnie są one rozwinięte na poziomie ustawodawstwa poszczególnych landów – por. np. Gesetz über den Abschiebungsgewahrsam im Land Berlin, 12.10.1995, GVBl. S. 657; Brandenburgia: Gesetz über den Vollzug der Abschiebungshaft ausserhalb von Justizvollzugsanstalten, 19.03.1996 r., GVBl. I/96, [Nr. 08], S. 98; Brema: Gesetz über den Abschiebungsgewahrsam, 12.12.2001 r., Brem. GBl. S. 512, 518; Hesja: Gesetz über den Vollzug ausländerrechtlicher Freiheitsentziehungsmaßnahmen, 18.12.2017, GVBl. 2017, 474; Saksonia: Abschiebungshaftvollzugsgesetz), 28.06.2018, SächsGVBl. S. 458 Hamburg: Gesetz über den Vollzug der Abschiebungshaft in Hamburg,10.04.2018, HmbGVBl. S. 85; Schleswig-Holstein: Gesetz über den Vollzug der Abschiebungshaft in Schleswig-Holstein, 5.04.2019, GVBl. Schl.-H.S. 78.

[9] Por. w prawie niderlandzkim: Vreemdelingenwet 2000 [ustawa o cudzoziemcach] BWBR0011823, 23.11.2000, Staatsblad 2000, 495 ostatnie zmiany por. Stb. 2020 (dalej jako Vreemdelingenwet), 136, art. 6 ust. 1, art. 6 ust. 2 – detencja stosowana na terytorium jest uregulowana w art. 59 i nast. tego aktu; w prawie niemieckim: AufenthG, § 15 (5) oraz 15 (6) (5); prawo belgijskie: Arrêté royal sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers [Dekret królewski w sprawie wjazdu na terytorium, pobytu, osiedlania się i wydalania cudzoziemców] z 8.10.1981 r., 27.10.1981, numéro 1981001949, s. 13740, art. 74.

zwykłą[10] i w ramach procedur granicznych[11]. W prawie francuskim dopuszczalne są krótkotrwałe zatrzymania w ramach kontroli granicznych w przypadku podejrzenia nielegalnego pobytu lub w celu zapobieżenia nielegalnemu pobytowi po przekroczeniu granicy, przy odmiennym określeniu przesłanek dla dłuższego pozbawienia wolności już w wyspecjalizowanym ośrodku[12]. W prawie hiszpańskim pierwotny okres zatrzymania bez nakazu sądowego wynosi 72 godziny, a dalsze pozbawienie wolności w ośrodku detencyjnym wymaga już decyzji sądowej[13]. W polskim porządku prawnym pozbawienie wolności przyjmuje postać zatrzymania, które nie może przekraczać 48 godzin oraz umieszczenia w ośrodku strzeżonym, umieszczenia w areszcie dla cudzoziemców[14]. W prawie bułgarskim oprócz detencji związanej z wydaleniem lub procedowaniem wniosku o ochronę międzynarodową, wprowadzono w 2016 r. detencję krótkoterminową, która może trwać do 30 dni i stosuje się ją wyłącznie w celu ustalenia tożsamości cudzoziemca[15].

Bardzo rozbudowany jest katalog rodzajów środków detencyjnych przewidzianych w prawie niemieckim w związku z procedurą powrotową. Podzielić je można na pozbawienie wolności stosowane wobec osób zatrzymanych w związku z nielegalnym wjazdem[16], detencję stosowaną związku z wydaniem decyzji o przymusowym powrocie wobec osób zagrażających porządkowi publicznemu[17], oraz detencję w związku z nielegalnym pobytem. Ta ostatnia grupa obejmuje detencję

---

[10] Por. Vreemdelingenwet, art. 59b oraz Besluit van 23.11.2000 tot uitvoering van de Vreemdelingenwet 2000 [Dekret z dnia 23.11.2000 r. wykonujący ustawę o cudzoziemcach z 2000 r.], Staatsblad 2000, 497, AMvB 23.11.2000 (dalej jako Vreemdelingenbesluit), art. 5.1.c.

[11] Por. Vreemdelingenwet, art. 3 oraz art. 6.

[12] Por. w prawie francuskim zone d'attente, o których mowa w CESEDA, art. L 341-1 do 343-11.

[13] Por. Ley Orgánica 4/2000, art. 61 (1) d i art. 63.

[14] Warto zauważyć, że zatrzymanie znajduje podstawy prawne nie tylko w ustawach cudzoziemskich, ale także w ustawie o straży granicznej w następujących przepisach: art. 11 ust. 1 pktpkt 5 i 5a, art. 11 ust. 1a, ust. b, ust. 1c i ust. 3 – por. ustawa o Straży Granicznej z dnia 12.10.1990 r. (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1080, 1088, 1489, 1723, 1860).

[15] Por. Закон за чужденците в Република България [ustawa o cudzoziemcach w Republice Bułgarii], (dalej jako Закон за чужденците) Обн., ДВ, бр. 153 от 23.12.1998 г, art. 44 (13).

[16] Chodzi tu o tzw. Zurückweisungshaft uregulowany w § 15 (5) AufenthG mający zastosowanie do osób zatrzymywanych na granicy, wobec których wydano decyzję o odmowie wjazdu, a decyzja ta nie może zostać natychmiast wykonana. Drugim przypadkiem jest Zurückschiebungshaft unormowany w § 57 w związku § 62 AufenthG i mający zastosowanie między innymi w przypadkach odnalezienia osoby w pasie przygranicznym w bezpośrednim czasowym związku z nielegalnym wjazdem a istnieją przesłanki wskazujące, że za realizację procedury azylowej odpowiedzialne jest inne państwo na podstawie przepisów prawa Unii Europejskiej lub traktatu międzynarodowego.

[17] W tym przypadku jest to Vorbereitungshaft, który zgodnie z § 58a AufenthG stosowany, jeżeli decyzja o przymusowym powrocie nie może zostać podjęta natychmiast a bez pozbawienia wolności przeprowadzenie deportacji byłoby znacznie utrudnione lub udaremnione.

zapobiegawczą stosowaną w związku z ryzykiem ucieczki[18], detencję w celu zabezpieczenia współpracy cudzoziemca[19] oraz detencję zabezpieczającą wydalenie[20].

Jak to zostanie jeszcze szerzej wyjaśnione, samo istnienie decyzji powrotowej czy też wszczęcie procedury dublińskiej nie stanowi jeszcze samo w sobie przesłanki do zastosowania detencji. Zazwyczaj formułuje się tutaj cały szereg warunków, które w sposób bardziej szczegółowy regulują ewentualne pozbawienie wolności. Rekonstruując katalog okoliczności występujących najczęściej, wymienić trzeba między innymi: utrudnianie lub unikanie przymusowego powrotu[21], ryzyko ucieczki[22], konieczność ustalenia tożsamości lub przynależności państwowej lub też fakt, że cudzoziemiec podał informacje nieprawdziwe czy zniszczył dokumenty[23], ochronę bezpieczeństwa i porządku publicznego[24]. Detencję stosuje

---

[18] Zgodnie z § 62 (3) AufenthG Sicherungshaft ma zastosowanie, jeśli z powodu nieuprawnionego wjazdu jest wykonalny i istnieje wykonalny obowiązek opuszczenia kraju lub wydano nakaz deportacji zgodnie z § 58a AufenthG, ale procedury powrotowej nie można przeprowadzić natychmiast.

[19] Jest to środek określany mianem Mitwirkungshaft uregulowany w § 62 (6) AufenthG mający na celu zabezpieczenie współpracy cudzoziemca w zakresie poddania się badaniom lekarskim czy też stawiennictwa w przedstawicielstwie dyplomatycznym w celu przygotowania dokumentów umożliwiających przeprowadzenie przymusowego powrotu.

[20] Auseisegewahrsam § 62b AufenthG: Niezależnie od istnienia ryzyka ucieczki, osoby obcego obywatelstwa są zatrzymywane w celu zabezpieczenia wydalenia na okres do 10 dni, jeżeli upłynął termin dobrowolnego wyjazdu, możliwa jest deportacja w terminie a cudzoziemiec zachował się w sposób, który można oczekiwać, że utrudni lub udaremni wydalenie, to jest między innymi wprowadził w błąd władze co do tożsamości.

[21] Por. prawo francuskie: CESEDA, art. L 731-2 oraz art. L 741-1; prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5.1.a, ust. 1 lit. b; prawo polskie: u.c., art. 394 ust. 1; prawo szwedzkie: Utlänningslag, op. cit., rozdział 10 sekcja 1; w prawie niemieckim i niderlandzkim por. przesłankę oświadczenia cudzoziemca, iż chce uniknąć deportacji w AufenthG, § 62(3a)6 oraz Vreemdelingenbesluit, art. 5.1b ust. 3 lit. i.

[22] Por. prawo szwedzkie: Utlänningslag, rozdział 10 sekcja 1; prawo niemieckie: AufenthG, § 62 (3)1; prawo bułgarskie: Закон за чужденците, art. 44 (6); prawo portugalskie: Lei n. º 27/2008, de 30 de Junho, que estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária [ustawa nr 27/2008 z dnia 30.06., która określa warunki i procedury udzielania azylu lub ochrony uzupełniającej oraz status osób ubiegających się o azyl, uchodźców i ochrony uzupełniającej – (dalej jako Lei n.º 27/2008), tekst w wersji elektronicznej https://www.pgdlisboa.pt/leis/leimostraarticulado.php?nid=1584&tabela=leis [dostęp: 20.01.2024], art. 35-A (1).

[23] Por. prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5.1.b ust 3 lit. d-f; prawo szwedzkie: Utlänningslag, op. cit., rozdział 10, sekcja 1, § 1. Zob. także prawo fińskie: Ulkomaalaislaki [ustawa o cudzoziemcach], 30.04.2004/301, Finlands författningssamling, 2004-04-30, Nr 301, s. 849–900, § 121 pkt 2, tekst w wersji anglojęzycznej www.finlexhttps://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2004/en20040301.pdf [dostęp: 20.01.2024]; prawo włoskie: Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4.10.2018, n. 113, (18G00161) (dalej jako Decretto Legislativo 113/2018), GU Serie Generale n. 281 del 3.12.2018, art. 6(3 bis).

[24] Por. prawo niderlandzkie: Vreemdelingenwet, art. 56 ust. 1; Vreemdelingenbesluit, art. 5.1a ust. 2; prawo niemieckie: AufenthG, § 62 (3b)3; prawo francuskie: CESEDA, art. L 741-1, zdanie

się także w przypadku braku dotrzymania warunków środków alternatywnych wobec detencji[25].

Bardzo często wymienione przesłanki występują w relacji krzyżowej. Na przykład ustalenie tożsamości bywa samodzielną podstawą do detencji w związku z procedurami ubiegania się o ochronę międzynarodową[26]. Jednakże jest ono powiązane w sposób oczywisty z brakiem dokumentów lub przedstawieniem dokumentów fałszywych, które to są traktowane jako wskazujące na ryzyko ucieczki[27]. Z kolei zaistnienie ryzyka ucieczki jest okolicznością uzasadniającą detencję nie tylko w kontekście procedur udzielania ochrony międzynarodowej[28], ale też w procedurach powrotowych[29] i w procedurze dublińskiej[30].

Ponadto należy wziąć pod uwagę przesłanki negatywne, które stanowią przeszkodę dla zastosowania detencji, a prawodawca nie formułuje tu jednocześnie obowiązku orzeczenia o środkach alternatywnych. Pierwszym elementem są ograniczenia wiekowe. Tytułem przykładu: w prawie francuskim nie można pozbawić wolności cudzoziemca, który nie ukończył 18. roku życia[31], natomiast w prawie hiszpańskim zakazuje się umieszczenia w ośrodkach detencyjnych małoletnich

2; prawo hiszpańskie: Ley Orgánica 4/2000, de 11.01.2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [Ustawa organiczna 4/2000 z dnia 11.01.2000 r. o prawach i wolnościach cudzoziemców w Hiszpanii oraz ich integracji społecznej] (dalej jako Ley Organica 4/2000), «BOE» núm. 10, de 12/01/2000, BOE-A-2000-544, art. 54 ust. 1 lit. a oraz art. 53 ust. 1 lit. f w związku z art. 62 ust. 1.

[25] W prawie polskim jest to podstawa do zatrzymania zgodnie z art. 394 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach oraz do umieszczenia w ośrodku detencyjnym zgodnie z art. 398a pkt 4b tej ustawy; prawo hiszpańskie: Ley Organica 4/2000, art. 53 ust. 1 lit. d w związku z art. 62; prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5.1b ust. 3 b.

[26] Jest to przepis przewidziany w prawodawstwie przynajmniej 23 państw, w tym: Austrii, Belgii, Bułgarii, Cypru, Czech, Danii, Niemiec, Estonii, Finlandii, Francji, Hiszpanii, Węgier, Litwy, Łotwy, Luksemburga, Malty, Polski, Słowacji, Norwegii, Zjednoczonego Królestwa.

[27] Por. w tym względzie prawo niemieckie: AufenthG, § 62(3b)1.

[28] Por. Austria, Cypr, Niemcy, Estonia, Finlandia, Węgry, Irlandia, Litwa, Łotwa, Królestwo Niderlandów, Polska, Słowacja, Szwecja, Zjednoczone Królestwo, Norwegia – zob. także prawo włoskie: Decreto legislativo 18.08.2015, n. 142 Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonche' della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale [Dekret legislacyjny z 18.08.2015 r. implementujący dyrektywę 2013/33/UE zawierającą przepisy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o ochronę międzynarodową oraz dyrektywy 2013/32/UE zawierającej wspólne procedury nadawania i cofania statusu ochrony międzynarodowej] (15G00158), GU Serie Generale n. 214, 15.09.2015 (dalej jako Decretto Legislativo 142/2015), art. 6 (2) pkt D.

[29] Jest to przynajmniej 25 państw członkowskich UE.

[30] Por. prawo francuskie: CESEDA, art. L 742-2; prawo fińskie: ustawa o cudzoziemcach, § 121 pkt 5.

[31] Por. CESEDA, art. L 741-5.

pozbawionych opieki[32]. W prawie niderlandzkim natomiast dość ogólnie stanowi się, że detencji w ramach procedur granicznych nie stosuje się lub nie kontynuuje, jeżeli istnieją szczególne indywidualne okoliczności, które sprawiają, że pozbawienie wolności jest nieproporcjonalnie uciążliwe[33]. Na tym tle wyjątkowy charakter mają przepisy polskie ze względu na niedopuszczalność detencji cudzoziemców w szczególnie złym stanie zdrowia. Mianowicie postanowienia o umieszczeniu w ośrodku strzeżonym nie wydaje się, gdy może to wywołać niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia cudzoziemca (art. 400 pkt 1 u.c. lub gdy stan psychofizyczny uzasadnia domniemanie, że był on poddany przemocy (art. 400 pkt 2 u.c.)[34]. Podane okoliczności są również przesłankami, których stwierdzenie uzasadnia wydanie postanowienia o zwolnieniu cudzoziemca z ośrodka strzeżonego (art. 406 ust. 1 pkt 3 u.c.). Zwolnienie następuje także, gdy ustaną przyczyny uzasadniające detencję (art. 406 ust. 1 pkt 1 u.c.), a więc np. przymusowe wykonanie powrotu nie jest możliwe. Ponadto w ustawie zawarta jest ogólna klauzula dopuszczająca zwolnienie z SOC w razie stwierdzenia innych niż wymienione okoliczności, a które uniemożliwiają stosowanie tych środków (art. 406 ust. 1 pkt 3 u.c.)[35].

2. ZAKRES I PRZESŁANKI DOPUSZCZALNOŚCI ZASTOSOWANIA DETENCJI

2.1. ZWIĄZEK Z CELEM UPRAWNIONYM

Tytuł tego podrozdziału odzwierciedla wagę funkcjonalnego związku, jaki powinien istnieć pomiędzy detencją a celem jej zastosowania. Kluczowe jest tutaj dostrzeganie, że nie chodzi tylko o to, aby istniał jakiś zadeklarowany prawnie cel pozbawienia wolności cudzoziemca, ale też o to, żeby był on tym sposobem rzeczywiście realizowany. Dobrym tego odzwierciedleniem jest w prawie niemieckim § 58 (4) AufenthG, w którym stwierdza się, że zatrzymanie ma

[32] Por. Ley Organica 4/2000, art. 62 ust. 4.

[33] Por. Vreemdelingenbesluit, art. 5 1a (3).

[34] Podobne rozwiązania zawiera jednak prawo włoskie, zgodnie z którym nie mogą być przetrzymywani w ośrodkach detencyjnych wnioskodawcy w procedurach ochrony międzynarodowej, których stan zdrowia jest nie do pogodzenia z pozbawieniem wolności, Decreto Legislativo 142/2015, art. 7 (5).

[35] Może to być na przykład zwolnienie cudzoziemca z ośrodka z uwagi na sytuację członka rodziny, dziecka – por. wyrok SA w Warszawie z 10.07.2021 r., II AKa 187/20; zob. także por. P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach*…, op. cit., s. 865.

być ograniczone do tego, co jest niezbędne w celu przeprowadzenia deportacji. Ilekroć ingerencja w prawa obywateli państw trzecich nie ma już związku z interesem państwa w postaci przymusowego powrotu detencja w celu wydalenia jest niedopuszczalna[36]. Również w prawie francuskim zgodnie z brzmieniem art. L 740 – 1 CESEDA organ administracyjny może pozbawić wolności cudzoziemca w celu wykonania decyzji o wydaleniu (*placer en rétention un étranger pour l'exécution de la décision d'éloignement dont il fait l'objet*). Niekiedy – tak jak w prawie niderlandzkim – próg dopuszczalności zastosowania detencji jest nieco niższy, ponieważ w przepisach jest mowa o jej niezbędności również w celu przygotowania wykonania wydalenia[37]. Jednak już w przypadku przekazania na mocy procedury dublińskiej wymaga się, aby istniał „konkretny związek" pomiędzy detencją a przekazaniem, o którym mowa w rozporządzeniu dublińskim[38].

Z kolei w polskiej ustawie o cudzoziemcach nie wskazuje się wprost, że sąd ma się kierować rzeczywistym związkiem funkcjonalnym pomiędzy umieszczeniem w ośrodku strzeżonym czy areszcie a wykonaniem przymusowego powrotu. Zgodnie z art. 394 ust. 1 u.c. zatrzymania cudzoziemca na czas do 48 godzin można dokonać, jeśli zachodzą okoliczności uzasadniające wydanie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu[39] albo gdy cudzoziemiec uchyla się od wykonania obowiązków określonych w tej decyzji, albo nie wywiązuje się z obowiązków wynikających z zastosowania wobec niego środków alternatywnych wskazanych w art. 317 u.c.[40]

Zgodnie z art. 398 ust. 1 u.c. cudzoziemca można umieścić w ośrodku strzeżonym jeszcze przed wydaniem decyzji o zobowiązaniu do powrotu, jeśli istnieje prawdopodobieństwo wydania takiej decyzji bez określenia terminu dobrowolnego powrotu (art. 315 ust. 2 pkt 1 u.c.)[41]. Jest to dopuszczalne dopiero po wszczęciu wobec cudzoziemca postępowania w sprawie zobowiązania do powrotu. Na tym tle Paweł Dąbrowski słusznie zauważa, iż detencja zastosowana na zasadzie automatycznego *iunctim* z samą okolicznością wydania decyzji o przymusowym

[36] C. Hörich, *Abschiebungen nach europäischen Vorgaben Die Auswirkungen der Rückführungsrichtlinie auf das deutsche Aufenthaltsrecht*, Baden-Baden 2015, s. 169.

[37] Por. prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5.1b (4) lit. e; por. także prawo fińskie: ustawa o cudzoziemcach, § 121 pkt 3.

[38] Por. Vreemdelingenbesluit, art. 5.1a (5).

[39] W tym przypadku jest to możliwe, nawet jeśli decyzja o zobowiązaniu do powrotu jeszcze nie zapadła, ale są przesłanki uzasadniające przypuszczenie, że zobowiązanie do powrotu będzie zasadne – na przykład w wyniku kontroli legalności pobytu czy zatrudnienia – por. P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach…*, op. cit., s. 842.

[40] Por. ibidem, s. 843.

[41] Przepis ten nie może być podstawą prawną zastosowania detencji, jeśli postępowanie już się zakończyło.

powrocie nie spełnia przesłanki celowości. Niewątpliwie jednak – jak zauważył sam cytowany autor – takie stanowisko jest uzasadnione nie tyle brzmieniem polskich przepisów, co standardami prawnomiędzynarodowymi[42]. Również na tle przepisów dotyczących przedłużenia stosowania środka detencyjnego w doktrynie podkreśla się, że jest ono dopuszczalne, tylko jeśli istnieje realna perspektywa wydalenia lub przekazania do innego państwa[43].

Natomiast ścisłe powiązanie pozbawienia wolności z celem jest bardziej czytelne w przypadku detencji przewidzianej przepisami u.u.c.o. W jednym z orzeczeń SN stwierdził: Jak wynika z treści art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP środek ten może zostać zastosowany „w celu zebrania z udziałem cudzoziemca informacji" niezbędnych do rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, a których uzyskanie bez zastosowania detencji byłoby niemożliwe – w przypadku istnienia znacznego prawdopodobieństwa ucieczki cudzoziemców"[44]. Jako niezwykle trafne należy ocenić dalsze wywody SN wskazujące, że celem funkcjonowania strzeżonych ośrodków w Polsce nie jest internowanie cudzoziemców na czas rozpoznania wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, czy też w przypadku decyzji negatywnej zapewnienie tym sposobem efektywnego wykonania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu[45].

Związek funkcjonalny pomiędzy zastosowaniem środka detencyjnego a celem uprawnionym wyraża się także w przesłankach wyłączających możliwość zastosowania detencji lub w unormowaniach nakazujących zwolnienie cudzoziemca. Zgodnie z prawem szwedzkim decyzję o detencji należy niezwłocznie uchylić, jeśli nie ma już podstaw do jej wydania[46].

W prawie niemieckim dopuszcza się możliwość odstąpienia od zastosowania środka detencyjnego, jeżeli cudzoziemiec wykaże w sposób wiarygodny, że nie będzie uchylał się od wydalenia[47]. Detencja jest niedopuszczalna również, jeżeli istnieje pewność, że wydalenie nie może nastąpić w ciągu najbliższych trzech miesięcy z przyczyn niezależnych od cudzoziemca[48]. Podobnie w prawie

---

[42] Por. P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach…*, op. cit., s. 850–851.

[43] Por. A. Liszewska, *Zatrzymanie cudzoziemca…*, op. cit., s. 782.

[44] Por. wyrok SN z 23.06.2023 r., II KK 148/22.

[45] Por. ibidem.

[46] Por. Utlanningslag, rozdział 10 § 9.

[47] Por. prawo niemieckie: AufenthG, § 62 (1) 3.

[48] Odstępuje się od tej zasady w przypadku cudzoziemców stwarzających istotne zagrożenie dla życia i zdrowia innych osób lub ważnych prawnie chronionych interesów bezpieczeństwa wewnętrznego mogą być zatrzymani w celu zapewnienia deportacji, nawet jeśli nie mogą być wydaleni w ciągu najbliższych trzech miesięcy.

niderlandzkim: środek detencyjny w celu wydalenia zostaje uchylony ze skutkiem natychmiastowym, gdy cel pozbawienia wolności przestaje istnieć[49]. Zgodnie z art. L 741-3 CESEDA cudzoziemca można umieścić w ośrodku detencyjnym lub zatrzymać tylko na czas niezbędny do jego wyjazdu. W przepisie tym wskazano także, że administracja jest tu zobowiązana do dokładania należytej staranności.

Również w polskim prawie takie okoliczności jak ustanie prawdopodobieństwa wydania decyzji o przymusowym powrocie czy wspomniany już brak możliwości prawnej lub faktycznej wykonania decyzji o zobowiązaniu do powrotu stanowią przesłankę do zwolnienia cudzoziemca z ośrodka strzeżonego lub aresztu dla cudzoziemców (art. 406 ust. 1 pkt 1 u.c.)[50]. W prawie bułgarskim stanowi się, że jeśli, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności sprawy, deportacja nie jest już możliwa z powodów prawnych lub technicznych, zainteresowaną osobę należy niezwłocznie zwolnić[51]. W styczniu 2018 r. zapadło orzeczenie bułgarskiego Najwyższego Sądu Administracyjnego, w którym sąd ten stwierdził, iż złożenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej powoduje, że dalsza detencja przestaje być legalna w związku z zawieszeniem procedury powrotowej[52]. Trzeba na tym tle nadmienić, że KPT stwierdził, że pomimo to w Bułgarii detencję stosuje się automatycznie i to na okres 18 miesięcy[53].

---

[49] Por. Vreemdelingenwet, art. 59c (2).

[50] Postanowienie w tym zakresie wydaje właściwy organ Straży Granicznej. Jak zauważa Paweł Dąbrowski charakter prawny takich postanowień nie jest jasny. Zdaniem tego autora nie są to postanowienia w rozumieniu art. 123 kodeksu postępowania administracyjnego ze względu na charakter sprawy, a ponadto nie jest to kwestia proceduralna związana z postępowaniem administracyjnym – por. P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach*…, op. cit., s. 865.

[51] Por. prawo bułgarskie: Закон за чужденците, art. 44 ust. 3 (8) ostatnie zdanie.

[52] Najwyższy Sąd Administracyjny Bułgarii, orzeczenie Nr 77 z 4.01.2018 r., sygn. Nr 13014/2017, http://www.sac.government.bg/court22.nsf/d6397429a99ee2afc225661e00383a86/add13f3014fe4a9dc22581f30055e902?OpenDocument [dostęp: 28.10.2020], cyt. za: V. Ilareva, *Advocacy Report on the „Red Line" Detention of Asylum Seekers upon Entry in Bulgaria*, Foundation for Access to Rights (FAR) / European Programme for Integration and Migration (EPIM), July 2018, s. 22, http://hear.farbg.eu/wp-content/uploads/2018/08/final_Bulgaria-Red-Line-Advocacy-Report.pdf [dostęp: 28.10.2020].

[53] Por. KPT, C*oncluding observations on the sixth periodic report of Bulgaria*, CAT/C/BGR/CO/6, 30.11.2017, § 23.

2.2. WYBRANE OKOLICZNOŚCI DODATKOWO UZASADNIAJĄCE DETENCJĘ

2.2.1. RYZYKO UCIECZKI

Jedną z najczęściej występujących przesłanek pozbawienia wolności w kontekście migracyjnym jest wspomniane już ryzyko ucieczki cudzoziemca[54], które w przypadku procedury dublińskiej ma kwalifikowaną postać znacznego prawdopodobieństwa ucieczki stosownie do brzmienia art. 28 rozporządzenia Dublin III[55].

Listy kryteriów oceny ryzyka ucieczki są niekiedy bardzo rozbudowane. W prawie niderlandzkim przewiduje się aż 19 przesłanek, choć trzeba zaznaczyć, iż podstawą pozbawienia wolności jest wystąpienie przynajmniej dwóch z nich łącznie[56]. W prawie francuskim występuje co najmniej jedenaście okoliczności wskazujących na potencjalne ryzyko ucieczki lub świadczących o tym, że cudzoziemiec będzie unikał lub utrudniał powrót[57].

W Niemczech obecnie przewiduje się sześć kryteriów uzasadniających domniemanie wzruszalne ryzyka ucieczki (§ 62(3a) AufenthG) oraz osobny katalog siedmiu okoliczności dowodzących takiego ryzyka (§ 62(3b) AufenthG). Relacja pomiędzy § 62(3a) a § 62(3b) AufenthG nie jest jasna, ponieważ detencja może być zarządzona we wszystkich trzynastu przypadkach wymienionych w obu przepisach[58], które jeszcze należy uzupełnić o dwa kolejne kryteria ucieczki w procedurze dublińskiej (§ 2 (14) AufenthG)[59].

W prawodawstwie szwedzkim ryzyko ucieczki nie jest definiowane przez katalogi przesłanek. Wskazuje się tutaj ogólnie, iż detencja w sytuacji prawdopodobieństwa wydania decyzji o wydaleniu lub jej wykonania jest dopuszczalna tylko wtedy, jeśli w przeciwnym razie cudzoziemiec zaangażuje się w działalność przestępczą na terytorium Szwecji, ucieknie lub w inny sposób będzie utrudniał

---

[54] Oczywiście należy brać pod uwagę, iż jest to jedno z dwóch kryteriów przewidzianych w art. 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE.

[55] Por. art. 398 ust. 1 pkt 4 u.c.; prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5.1a (5) lit. b.

[56] Por. Vreemdelingenbesluit, art. 5.1b (3) I (4) w związku z art. 5.1a (1) lit. a.

[57] Por. CESEDA, art. L 523-1, art. L 523-2 oraz art. L 751-10. Ten ostatni przepis odnosi się do procedury dublińskiej.

[58] S. Keßler, *Freiheitsentzug ad libitum? Die Auswirkungen des „Hau-Ab-Gesetzes II" auf die. Abschiebungshaft*, „Das Migrationspaket, Beilage zum Asylmagazin" 2019, nr 8–9, s. 45.

[59] Przepis ten ma zastosowanie, gdy cudzoziemiec opuścił inne państwo UE, zanim jego wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej został rozpatrzony i nic nie wskazuje na to, że miałby powrócić do tego państwa w najbliższej przyszłości. Drugim powodem jest wielokrotne składanie wniosku azylowego w innym państwie lub państwach i opuszczenie tego państwa zanim procedura się zakończyła.

egzekwowanie prawa[60]. Z kolei w przepisach polskich[61] oraz bułgarskich[62] katalogi kryteriów ryzyka ucieczki nie są zamknięte, co oznacza, że organ orzekający o detencji może uznać za wskazującą na ryzyko ucieczki okoliczność inną niż wymienione.

Wśród kryteriów wskazujących na ryzyko ucieczki wymienić trzeba między innymi: brak dokumentów[63], brak współpracy przy ustalaniu tożsamości lub przedstawienie fałszywych dokumentów[64], zniszczenie istniejących dokumentów lub odmowa złożenia odcisków palców[65]; brak miejsca pobytu[66]; nielegalny wjazd[67]; wielokrotne niezgłoszenie się do odpowiednich organów lub niewywiązywanie się ze środków alternatywnych[68]; wyrażenie zamiaru nieprzestrzegania przepisów lub oświadczenie chęci uniknięcia wydalenia[69]; istnienie wyroku skazującego za przestępstwo[70]; istnienie podejrzenia popełnienia przestępstwa,

---

[60] Por. Utlanningslag, rozdział 10 § 1.

[61] Por. ustawę o cudzoziemcach i zawarte w jej art. 315 ust. 3 sformułowanie *w szczególności*. Identyczne sformułowanie zawiera art. 87 ust. 2 u.u.c.o.

[62] Por. w prawie bułgarskim: Закон за чужденците, postanowienia dodatkowe (publikowane jako integralna część tego aktu prawnego), art. 4 в.

[63] Por. prawo hiszpańskie: Ley Organica 4/2000, art. 62 ust. 1; prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5b (3) lit. f; prawo polskie: u.c., art. 315 ust. 3 pkt 2 oraz u.u.c.o., art. 87 ust. 2 pkt 1.

[64] Por. prawo bułgarskie: Закон за чужденците, postanowienia dodatkowe, art. 4в; prawo francuskie: CESEDA, art. L 751-10 pkt 5 – dodatkowo w punkcie 6 jest mowa o zatajeniu swojej tożsamości; prawo niderlandzkie Vreemdelingenbesluit, art. 5b (3) lit. d; prawo niemieckie: AufenthG, § 62(3a) pkt 1 oraz § 62(3b) pkt 1; zob. także prawo estońskie: ustawa o obowiązku wyjazdu i zakazie wjazdu, § 6^8 pkt 2.

[65] Por. prawo francuskie: CESEDA, art. L 751-10 pkt 12; prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5b (3) lit. a; prawo włoskie: TUI, art. 10-ter (3).

[66] Por. prawo francuskie: CESEDA art. L 751-10 pkt 7 i 8; prawo hiszpańskie: Ley Organica 4/2000, art. 62 ust. 1; prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5b (4) lit. c.

[67] Por. prawo niderladzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5b (3) lit. a; w prawie francuskim jest mowa o ponownym pobycie na terytorium Francji osoby, która została przekazana do innego państwa członkowskiego: CESEDA, art. L 751-10 pkt 3; prawo polskie: u.c., art. 315 ust. 3 pkt 3 oraz u.u.c.o., art. 87 ust. 2 pkt 2.

[68] Por. prawo bułgarskie: Закон за чужденците, art. 44 (6); prawo francuskie: CESEDA, art. L 523-2 pkt 5, art. L 751-10 pkt 9; prawo niemieckie: AufenthG, § 62 (3b) pkt 6; zob. także prawo duńskie: Bekendtgørelse af udlændingeloven, [ustawa o cudzoziemcach], 24.07.2003, LBK nr 1022 af 02/10/2019, Lovtidende A, 2003-08-01, t. 107, Nr 685, s. 4357–4401, § 35 (a).

[69] Por. prawo francuskie: CESEDA L 523-2 pkt 3; prawo niemieckie: AufenthG, § 62(3a) pkt 6; prawo polskie: u.c., art. 315 ust. 3 pkt 1.

[70] Por. prawo bułgarskie: Закон за чужденците, postanowienia dodatkowe, art. 4в; prawo niemieckie: AufenthG, § 62 (3b) pkt 4 – w tym przypadku jest mowa o wielokrotnym skazaniu za przestępstwo umyślne; w Królestwie Niderlandów wystarczające jest podejrzenie popełnienia przestępstwa – por. Vreemdelingenbesluit, art. 5.1b (4) lit. e.

które prowadzi do wydalenia[71]; nieprzestrzeganie zakazu wjazdu[72]; brak zasobów finansowych[73]; objęcie decyzją nakazującą powrót wydaną w innym państwie członkowskim UE[74]; nieprzestrzeganie obowiązku dobrowolnego wyjazdu[75], naruszenie decyzji nakazującej powrót; uprzednie postępowanie, a więc ucieczka, uchylanie się od wydalenia lub naruszenia porządku publicznego[76], a także nielegalne zatrudnienie[77].

Przydatność niektórych z tych przesłanek wydaje się co najmniej wątpliwa[78]. Zwłaszcza należy wskazać na takie elementy jak brak dokumentów, brak zasobów finansowych czy brak stałego miejsca zamieszkania. Wymienione okoliczności wpisują się w los przeważającej części cudzoziemców – zarówno migrantów nieregularnych, jak i osób poszukujących ochrony międzynarodowej. W związku z tym są to podstawy pozwalające pozbawić wolności praktycznie każdego cudzoziemca w sytuacji nieregularnej, co czyni tym bardziej wątpliwą przydatność do oceny, czy ten konkretny cudzoziemiec ucieknie. Z tego właśnie względu Komisja Europejska wskazywała, że kryterium oceny ryzyka ucieczki na zasadzie automatycznej nie powinien być nielegalny wjazd[79]. Ponadto – oceniając rzecz zdroworozsądkowo – brak pieniędzy wskazywałby raczej na to, że zainteresowany, nawet jeśli miałby zamiar uciec, to ze względu na brak środków finansowych swych planów nie zrealizuje[80].

Na uwagę zasługują wyniki badań przeprowadzonych nad wysoce uznaniową interpretacją ryzyka ucieczki w Szwajcarii. Kryterium jest tutaj „ogólna oceny zachowania danej osoby", co w praktyce obejmuje cały szereg okoliczności

---

[71] Por. prawo duńskie: *Bekendtgørelse af udlændingeloven…*, § 35.

[72] Por. prawo bułgarskie: Закон за чужденците, postanowienia dodatkowe, art. 4в; prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5b (3) lit. h; prawo polskie: u.c., art. 315 ust. 3 pkt 4 oraz u.u.c.o., art. 87 ust. 2 pkt 3; zob. także prawo duńskie Bekendtgørelse af udlændingeloven…, § 35.

[73] Por. prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5.1b (4) lit. d.

[74] Por. prawo francuskie: CESEDA, art. L 523-2 pkt 4.

[75] Por. prawo niemieckie: AufenthG, § 62 ust. 3a pkt 3 – choć dodatkową przesłanką jest brak zgłoszenia zmiany miejsca zamieszkania odpowiednim władzom, prawo bułgarskie: Закон за чужденците, postanowienia dodatkowe, art. 4в; prawo estońskie: ustawa o zakazie wjazdu i obowiązku wyjazdu, § 6^8 § 1.

[76] Por. prawo bułgarskie: Закон за чужденците, postanowienia dodatkowe, art. 4в; prawo niemieckie: AufenthG, § 62(3a) pkt 5.

[77] Por. prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5.1b (4) lit. f.

[78] Por. także kryteria wskazane w dyrektywie 2008/115/WE, art. 3 ust. 7.

[79] Zdaniem Komisji powinno się unikać wszelkiego automatyzmu w postaci stawiania znaku równości pomiędzy nielegalnym wjazdem a ryzykiem ucieczki, a indywidualna ocena jest niezbędna – KE, *Podręcznik dotyczący powrotów 2017*, s. 92.

[80] Por. European Parliamentary Research Service (dalej jako EPRS), *The Return Directive 2008/115/EC: European Implementation Assessment*, PE 642. 840, (June 2020), Brussels: European Union, s. 89.

o różnym ciężarze gatunkowym. W jednych przypadkach jest to okoliczność kilkukrotnego ubiegania się przez cudzoziemca o ochronę międzynarodową w innych państwach, kiedy indziej o prawdopodobieństwie ucieczki ma świadczyć spóźnienie cudzoziemca na spotkanie z urzędnikiem migracyjnym. Jonathan Miaz i Christine Achermann stwierdzili, że kluczowe znaczenie mają tutaj pewne ogólne założenia, które stoją za polityką władz. Jeśli w danym kantonie przyjmuje się postawę legalistyczno-rygorystyczną, urzędnicy interpretują przepisy prawa migracyjnego bardzo ściśle i odwołują się do ryzyka ucieczki w sposób, który pozwala im zarządzić detencję, gdy tylko dostrzegą niewielkie zagrożenie[81].

2.2.2. UTRUDNIANIE LUB UNIKANIE POWROTU ORAZ BRAK WSPÓŁPRACY CUDZOZIEMCA

Utrudnianie lub unikanie powrotu to przesłanka pojawiająca się we wszystkich badanych państwach[82], co należy łączyć z faktem, iż jest obecna w art. 15 ust. 1 lit. b dyrektywy 2008/115/WE. Na tym tle ważne wydaje się rozróżnianie, czy prawodawca krajowy dopuszcza detencję dopiero w sytuacji, kiedy cudzoziemiec rzeczywiście uchyla się lub utrudnia powrót, jak na przykład w prawie hiszpańskim[83], francuskim[84] czy niderlandzkim[85], czy raczej chodzi o prawdopodobieństwo wystąpienia takich zachowań[86].

Utrudnianie lub unikanie powrotu może być szeroką podstawą do pozbawienia wolności, jeśli nie wskazuje się precyzyjnie, które zachowania mogą być tak interpretowane[87]. W prawie niemieckim określa się w sposób zamknięty, że podejrzenie utrudniania lub unikania powrotu zachodzi wtedy, gdy cudzoziemiec naruszył obowiązek współpracy, wprowadził władze w błąd co do swojej tożsamości lub narodowości, został skazany za umyślne przestępstwo popełnione na terenie Niemiec, zagrożone karą pieniężną w łącznej wysokości 50 stawek dziennych, oraz przekroczył termin dobrowolnego wyjazdu o więcej niż 30 dni

[81] J. Miaz, C. Achermann, *Detention Decisions: Implementation Rationales of the Bureaucratic Use of Immigration Detention in Swiss Cantons*, „Journal of Immigrant & Refugee Studies" 2023, t. 21, nr 3, s. 477–478.

[82] Por. CESEDA, art. L 751-10 pkt 4.

[83] Por. Ley Organica 4/2000, art. 63 ust. 1. lit. b.

[84] CESEDA, art. L 523-2 pkt 3.

[85] Por. np. Vreemdelingenbesluit, art. 5.1a (1) lit. b.

[86] Jest to kryterium przewidziane w art. 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE, ale państwa członkowskie UE mają swobodę doprecyzowania jego zakresu – por. szerzej EPRS, *The Return Directive*…, op. cit., s. 89.

[87] Por. EPRS, s. 93; na przykład w prawie duńskim jest to brak udziału w uzyskiwaniu dokumentów podróży lub odmowa kontaktu z placówką dyplomatyczną własnego państwa: Bekendtgørelse af udlændingeloven…, art. 37 (8).

(§ 62b (1) 3 AufenthG)[88]. W tym przypadku przesłanka utrudniania lub unikania powrotu oraz braku współpracy nakładają się na siebie.

W prawie niemieckim detencję w celu zapewnienia współpracy sąd może zastosować na okres 14 dni, jeśli cudzoziemiec – będąc odpowiednio o tym poinformowany i bez usprawiedliwienia – nie wykonał obowiązku osobistego stawiennictwa w przedstawicielstwie kraju, którego obywatelstwo prawdopodobnie posiada lub nie poddał się badaniu lekarskiemu w celu ustalenia, czy jest zdolny do podróży (§ 62 (6) AufenthG).

W Królestwie Niderlandów brak współpracy cudzoziemca lub jej niewystarczający jej stopień są po pierwsze przesłanką do samej decyzji o zastosowaniu środka detencyjnego[89]. Następnie brak współpracy cudzoziemca może być przesłanką przedłużenia detencji o 12 miesięcy, jeżeli pomimo wszelkich poczynionych wysiłków deportacja będzie wymagała więcej czasu[90]. Podobnie jest w prawie bułgarskim, z tym że ustawodawca posłużył się określeniem „odmowa współpracy"[91].

Jeśli chodzi o prawo polskie, zgodnie z art. 403a pkt 2 u.c. sąd oceniając zasadność przedłużenia środka detencyjnego, powinien zbadać, czy takie zachowanie miało miejsce w trakcie trwania detencji i czy z tego właśnie powodu dojdzie do wydłużenia procedury wydalenia. W opracowaniach doktrynalnych wskazuje się, że takie przesłanki spełnia odmowa podania tożsamości lub kontaktu z władzami konsularnymi w celu wydania zastępczego dokumentu podróży potwierdzającego tożsamość danej osoby[92]. Zwraca się również uwagę, że zgodnie z orzecznictwem TSUE przesłanki braku współpracy nie spełnia sytuacja, w której cudzoziemiec nie dysponuje żadnym dokumentem tożsamości[93].

2.2.3. BEZPIECZEŃSTWO NARODOWE I PORZĄDEK PUBLICZNY

Możliwość zastosowania detencji ze względu na bezpieczeństwo państwa lub porządek publiczny występuje w prawodawstwie europejskim powszechnie, zarówno w procedurach związanych z wydaleniem, jak i w tych dotyczących

---

[88] Por. w tym względzie niezwykle ogólnikowe rozwiązania funkcjonujące na przykład w fińskiej ustawie o cudzoziemcach, § 121 ust. 1 pkt 1. Zgodnie z tym przepisem można cudzoziemca pozbawić wolności, gdy „istnieją rozsądne podstawy, aby przypuszczać, iż będzie, poprzez ucieczkę, ukrywać się lub w inny sposób zapobiegać lub znacznie utrudniać wydanie decyzji lub przeprowadzenie wydalenia". Por. M. Kmak, A. Seilonen, *Balancing Control…*, op. cit., s. 41.

[89] Por. Vreemdelingenbesluit, art. 5.1b (3) lit. d.

[90] Por. Vreemdelingenwet, art. 59 ust. 6.

[91] Por. Закон за чужденците, art. 44 (8).

[92] Por. A. Liszewska, *Zatrzymanie cudzoziemca…*, op. cit., s. 783.

[93] Por. ibidem, s. 783; TSUE, *Bashir Ali Mohamed Mahdi*, skarga C-146/14 PPU, wyrok TSUE z dnia 5.06.2014 r., pkt 84–85, ECLI:EU:C:2014:1320.

udzielania ochrony międzynarodowej. Zwłaszcza w tym ostatnim przypadku trzeba mieć na względzie, iż jest to przesłanka znajdująca się w katalogu okoliczności uzasadniających detencję w art. 8 ust. 3 lit. e dyrektywy nr 2013/33/UE. W Bułgarii zagrożenie bezpieczeństwa państwa jest przesłanką pozbawienia wolności osób poszukujących ochrony międzynarodowej[94]. W Polsce względy obronności lub bezpieczeństwa państwa, lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego są przesłanką do detencji zarówno w ustawie o cudzoziemcach[95], jak i w ustawie o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP[96]. W prawie niderlandzkim stanowi się, że detencji mogą być poddane osoby, których wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej został odrzucony, a wymagają tego względy bezpieczeństwa[97]. Ponadto względy te mogą uzasadniać pozbawienie wolności cudzoziemca, który nie ma legalnego pobytu[98].

W przepisach prawa niemieckiego jest mowa o zagrożeniu bezpieczeństwa wewnętrznego, jako przesłance uzasadniającej pozbawienie wolności w celu deportacji cudzoziemców, jeśli nie uzyskali oni ochrony międzynarodowej[99]. Ponadto okoliczność, że cudzoziemiec stanowi poważne zagrożenie dla życia i zdrowia osób trzecich lub dla ważnych interesów prawnych związanych z bezpieczeństwem wewnętrznym, znajduje się w katalogu kryteriów ryzyka ucieczki[100]. W przepisach francuskich wskazuje się, że chodzi o zagrożenie porządku publicznego w stopniu poważnym[101]. We wszystkich wskazanych przypadkach względy bezpieczeństwa państwa czy porządku publicznego mają charakter klauzul generalnych i dają dość szerokie możliwości zastosowania pozbawienia wolności cudzoziemców[102]. Kryteria te same w sobie obiektywnie są uzasadnione, natomiast regulacje,

---

[94] Por. Закон за убежището и бежанците, Обн., ДВ, бр. 54 от 31.05.2002. ДВ. бр. 32 от 26 Април 2022 [prawo o azylu i uchodźstwie], art. 45b ust. 3; zob. także prawo włoskie: Decreto Legislativo 142/2015, art. 6 (2) pkt c; prawo portugalskie: Lei n. º 27/2008, art. 35 – A (1).

[95] Por. cudzoziemca umieszcza się w strzeżonym ośrodku, jeśli istnieje prawdopodobieństwo wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu bez określenia terminu do dobrowolnego powrotu (art. 398a w zw. z art. 302 u.c.) i wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub też taka decyzja została wydana i istnieje konieczność zabezpieczenia jej wykonania, 2) wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego.

[96] Por. u.u.c.o. art. 87 ust. 1 pkt 4.

[97] Por. Vreemdelingenwet, art. 6 ust. 6.

[98] Por. ibidem, art. 59 ust. 1.

[99] Por. AufenthG, § 62c.

[100] Por. ibidem, § 62 (3b) 3. Podobnie jest w prawie belgijskim i duńskim.

[101] Por. CESEDA, art. L 631-1.

[102] Por. na przykład także prawo fińskie – ustawa o cudzoziemcach, art. 121 pkt 6 stanowi o pozbawieniu wolności, jeśli ze względu na osobiste lub inne okoliczności dotyczące cudzoziemca istnieje uzasadnione przypuszczenie, że osoba ta stwarzałaby zagrożenie dla bezpieczeństwa

w których dopuszcza się detencję ze względu na bezpieczeństwo narodowe lub porządek publiczny, cechuje wysoki stopień dyskrecjonalności.

W prawie hiszpańskim podstawą detencji może być udział cudzoziemca w działaniach sprzecznych z porządkiem publicznym, określonych jako poważne w ustawie organicznej 1/1992 z dnia 21.02.1992 r. o ochronie bezpieczeństwa publicznego[103]. Pod tym względem prawo hiszpańskie jest zbliżone do przepisów włoskich. W tym ostatnim przypadku prawodawca stworzył bardzo szeroki katalog przestępstw uzasadniających detencję cudzoziemców ze względu na ochronę porządku publicznego lub bezpieczeństwa państwa[104]. Znajdują się w nim takie przestępstwa jak handel narkotykami czy wykorzystywanie prostytucji nieletnich, ale także pomocnictwo w nielegalnej migracji[105]. Na tle praktyki włoskiej Giuseppe Campesi i Giulia Fabini utrzymują wręcz, że detencja stosowana w związku z wydaleniem służy przede wszystkim [usuwaniu] ze sfery publicznej pewnych kategorii migrantów uznanych za szczególnie „niepożądanych" ze względu na ich „marginalizację społeczną" lub domniemane „niebezpieczeństwo społeczne"[106]. W takiej postaci detencja cudzoziemca jest administracyjnym środkiem bezpieczeństwa, ale stosowanym w związku z prawem karnym i przypomina karne środki zabezpieczające. Stosowanie tego środka wpisuje się tu w logikę prewencyjnej kontroli potencjalnych zagrożeń porządku i bezpieczeństwa publicznego[107].

Nieco inną kwestią, choć równie ważną, jest narracja władz publicznych w ramach której cudzoziemcy są przedstawiani jako zagrożenie bezpieczeństwa, co prowadzi do normalizacji detencji i jej szerokiego zastosowania. Niewątpliwie dobrym przykładem takiej sytuacji jest Bułgaria. Zgodnie ze stanowiskiem władz uruchomienie w 2013 r. ośrodka detencyjnego w Ełchowie (Elhovo) służyło celom humanitarnym, ale jednocześnie miało rozwiązać problemy związane z przestępczością. Ten dwoisty dyskurs jest kontynuowany, przy jednoczesnym

państwa. Z drugiej strony trzeba zauważyć, że ze względu na to, iż detencja w Polsce jest stosowana pod rządami kodeksu postępowania karnego cudzoziemcy mogą się zapoznać z materiałem dowodowym na tę okoliczność, czego są pozbawieni w postępowaniu administracyjnym i sądowo-administracyjnym.

[103] Por. Ley Organica 4/2000, art. 53 ust. 1. lit. f w związku z art. 62 ust. 1.

[104] Por. TUI, art. 13 ust. 1 w związku z art. 380 ust. 1 i 2 kodeksu postępowania karnego.

[105] Decreto Legislativo 142/2015, art. 6 ust. 2 lit. c.

[106] G. Campesi, G. Fabini, *Immigration Detention as Social Defence: Policing 'Dangerous Mobility' in Italy*. „Theoretical Criminology" 2020, t. 24, nr 1, s. 50.

[107] Zob. szerzej J.J. Vallbé, M. Gonzalez-Beilfuss, B. Kalir, *Across the Sloping Meadow Floor: An Empirical Analysis of Preremoval Detention of Noncitizens*, „Law and Society Review" 2019, t. 53, nr 3, s. 740–763; Pisze się w tym kontekście o tzw. *security rationale* – por. J. Miaz, C. Achermann, *Detention Decisions…*, op. cit., s. 3.

wskazywaniu, iż są to „środki wyjątkowe o czasowym charakterze"[108]. Arbitralne wykorzystywanie uzasadnienia porządku publicznego w celu detencji osób ubiegających się o ochronę międzynarodową jest problemem długotrwale występującym w Grecji. Organizacje pozarządowe wskazują, iż praktyka ta utrzymuje się, pomimo że sądy w większości przypadków stwierdzają, że przestępstwa, na które powołują się władze, nie uzasadniają pozbawienia wolności ze względu na ochronę porządku publicznego[109]. Również w Norwegii ochrona porządku publicznego jest postrzegana jako uboczny czy też dodatkowy skutek stosowania detencji[110].

2.2.4. WZGLĘDY PRAWNOKARNE

W pierwszej kolejności trzeba zwrócić uwagę, iż samo popełnienie przestępstwa może implikować uruchomienie procesu wydalenia, w ramach którego legitymizowane jest zastosowanie detencji[111]. W Hiszpanii podstawą wydalenia jest skazanie cudzoziemca na karę pozbawienia wolności w tym państwie lub za granicą na karę pozbawienia wolności powyżej jednego roku. Jednocześnie organizacje pozarządowe donoszą, iż w hiszpańskiej praktyce funkcjonują tzw. wydalenia kwalifikowane, mające zastosowanie nie tylko wobec tych cudzoziemców, którzy popełnili przestępstwa, ale również takich, którzy są „znani policji"[112].

W Polsce zgodnie z art. 302 ust. 1 pkt 9 u.c. decyzję o zobowiązaniu do powrotu wydaje się, jeżeli wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, lub interes Rzeczypospolitej Polskiej. Niewątpliwie skazanie za przestępstwo jest elementem, który można kwalifikować jako uzasadniający wydalenie z tych względów. Ponadto w art. 302 ust. 1 pkt 11 u.c. przewiduje się, iż podstawą wydania takiej decyzji jest skazanie cudzoziemca prawomocnym wyrokiem w Rzeczypospolitej Polskiej na karę pozbawienia wolności podlegającą wykonaniu i istnieją podstawy do przeprowadzenia postępowania w sprawie przekazania go za granicę w celu wykonania orzeczonej wobec niego kary.

---

[108] Foundation for Access to Rights i in., *Crossing a Red Line: How EU Countries Undermine the Right to Liberty by Expanding the Use of Detention of Asylum Seekers Upon Entry*, February 2019, s. 25, https://helsinki.hu/wp-content/uploads/crossing_a_red_line.pdf [dostęp: 8.06.2022].

[109] Por. Greek Council for Refugees, *Country Report: Greece*, AIDA 2022, s. 206; AIDA, Country Report Greece, 2016 Update, s. 120–121, art. 31/ A ust. 1 lit. D.

[110] Por. S. Ugelvik, T. Ugelvik, *Immigration Control in Ultima Thule: Detention and Exclusion, Norwegian Style*, „European Journal of Criminology" 2013, t. 10, nr 6.

[111] Por. np. prawo hiszpańskie: art. 57 ust. 2 Ley Ogranica 4/2000; zob. także przepisy we Włoszech, Bułgarii, Grecji, Szwecji.

[112] Por. GDP, *Immigration Detention in Spain: A Rapid Response to Covid-19*, Global Detention Project 2020, s. 13.

Można powiedzieć, że państwa coraz częściej postrzegają wydalenie jako legitymizowany instrument kontroli nad przestępczością i ochrony porządku publicznego[113]. Na uwagę zasługuje, że we Francji w 2017 r. Minister Spraw Wewnętrznych wydał okólnik nakazujący priorytetowo traktować wydalenie cudzoziemców zagrażających porządkowi publicznemu lub odbywających karę pozbawienia wolności oraz obywateli państw trzecich[114]. Jak już wskazano, skazanie za popełnienie umyślnego przestępstwa na terytorium Republiki Federalnej jest w Niemczech kwalifikowane jako okoliczność wskazująca, że cudzoziemiec będzie utrudniał lub uniemożliwiał deportację. W Królestwie Niderlandów stosuje się detencję, jeśli cudzoziemiec jest podejrzany lub skazany za popełnienie przestępstwa, a detencja jest niezbędna do przygotowania lub wykonania decyzji o wydaleniu[115]. Na tle praktyki niderlandzkiej Jelmer Brouwer stwierdził, iż polityka karna wobec cudzoziemców przeszła radykalną zmianę, mając za cel przede wszystkim deportację, a nie prewencję indywidualną i poprawę sprawcy[116]. Jest to pewien obiektywnie zachodzący proces, natomiast niewątpliwie może on służyć arbitralnemu wykorzystaniu prawa karnego do ograniczania niepożądanej migracji.

W Szwecji, jak już wspomniano, detencja jest stosowana w związku z przygotowaniem wydalenia lub wykonaniem decyzji o deportacji lub wydaleniu, jeśli istnieje ryzyko, że cudzoziemiec zaangażuje się w działalność przestępczą w Szwecji. To samo ryzyko uzasadnia detencję w przypadku prawdopodobieństwa odmowy wjazdu, jeśli ze względu na wcześniejszy wyrok pozbawienia wolności lub inne szczególne okoliczności można przypuszczać, że cudzoziemiec popełni przestępstwo w Szwecji lub innym kraju nordyckim[117].

---

[113] S. Turnbull, I. Hasselberg, *From Prison to Detention…*, op. cit., s. 135–154.

[114] Ministère de l'Intérieur, Eloignement des personnes représentant une menace pour l'ordre public et dessortants de prison [Instrukcja Ministra Spraw Wewnętrznych o wydalaniu osób stwarzających zagrożenie dla porządku publicznego i wychodzących zakładu karnego], 16.10.2016, https://bit.ly/2pArsXR [dostęp: 20.01.2023]; Ministre de l'Intérieur, Instruction du 20.11.2017 relative aux objectifs et priorités en matière de lutte contre l'immigration irrégulière, [Instrukcja Ministra Spraw Wewnętrznych z 20.11.2017 r. w sprawie celów i priorytetów w walce z nielegalną migracją] NOR: INT/V/17/30666/J, 20.11.2017, https://www.gisti.org/spip.php?article5767 [dostęp: 20.01.2023].

[115] Por. Vreemdelingenbesluit, art. 51b(4) lit. e; prawo fińskie: ustawa o cudzoziemcach, § 121 pkt 3; prawo estońskie: ustawa o obowiązku wyjazdu i zakazie wjazdu, § 6^8 4).

[116] Por. J. Brouwer, s. 704. Zob. także M. Bosworth, I. Hasselberg, S. Turnbull, *Punishment, citizenship and identity: An Introduction*, „Criminology & Criminal Justice" 2016, t. 16, nr 3, s. 257–266.

[117] Por Utlaningslat, rozdział 8 § 3, pkt 3 w związku z rozdziałem 10 § 1.

Warto nadmienić, że poza treścią przepisów prawa w praktyce mają znaczenie także takie kwestie jak drobne wykroczenia odnotowywane w policyjnych rejestrach[118]. Tym sposobem detencja – poza skutecznością wydalenia – jest traktowana jako instrument zabezpieczenia społeczeństwa przed potencjalnie niebezpiecznymi zachowaniami cudzoziemca. Pozbawienie wolności opiera się na prognozie, że być może dana osoba popełni przestępstwo i być może – ze względu na wcześniejsze zachowanie – będzie utrudniała proces wydalenia[119]. Zasadne jest tutaj poczynienie uwagi, iż takie regulacje wskazują na zatarcie granic pomiędzy wymiarem sprawiedliwości w sprawach karnych a środkami administracyjnymi pod rządami prawa migracyjnego[120].

W Królestwie Niderlandów i Norwegii zaobserwowano, że normy prawa karnego i migracyjnego są traktowane przez funkcjonariuszy policji w sposób dowolny, jako wymienne i równoważne uzasadnienie pozbawienia wolności. Zjawisko to określa się jako korzystanie z „dwóch kapeluszy" lub „zmiany torów", rozumiane jako dowolność wyboru aparatu państwa czy cudzoziemiec zostanie pozbawiony wolności na mocy przepisów migracyjnych czy też karnych[121]. Również w Finlandii czy Włoszech wybór prawnokarnej lub administracyjnoprawnej podstawy pozbawienia wolności cudzoziemców przez policję często jest kwestią przypadku i arbitralnego wyboru[122]. W związku z powyższym w doktrynie formułuje się tezy, iż detencja jest powiązana z kontrolą przestępczości w sposób bardzo ścisły i używa się jej do realizacji polityki karnej[123].

---

[118] Por. J.J. Vallbé, M. Gonzalez-Beilfuss, B. Kalir, *Across the Sloping…*, op. cit., s. 5.

[119] J. Könönen, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 433; M. Kmak, *Crimmigration and Othering…*, op. cit., s. 11, 15–16; A. Ashworth, L. Zedner, *Preventive Justice*, Oxford 2014, s. 238.

[120] Por. TSUE, *Kadzoev*, pkt 69–71. Nieco inaczej rzecz się przedstawia w międzynarodowym prawie uchodźczym, ponieważ słusznie wskazuje się, iż przypadku osób, które potencjalnie będą przebywały na terytorium Państwa-Strony, państwo powinno mieć czas i możliwość ewentualnego ustalenia czy dana osoba nie będzie uprawiała np. działalności szpiegowskiej.

[121] Por. K. Franko, *The Crimmigrant Other…*, op. cit., s. 94.

[122] J. Könönen, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 433; M. van der Woude, J. van der Leun, s. 34–40. M. Van der Woude, V. Barker, J. Van Der Leun, *Crimmigration in Europe*, „European Journal of Criminology" 2017, t. 1. s. 336–339.

[123] J. Könönen, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 436.

3. CZAS TRWANIA DETENCJI

3.1. MAKSYMALNY OKRES TRWANIA DETENCJI

W państwach europejskich obowiązują czasowe limity dopuszczalnej detencji, po upływie których należy cudzoziemca zwolnić[124]. Jeszcze do niedawna maksymalny czas trwania zastosowania środka detencyjnego był najkrótszy we Francji i wynosił 45 dni. Na skutek ostatniej nowelizacji przepisów okres ten został wydłużony do 90 dni[125]. Pomimo to przepisy francuskie pozostają w grupie prawodawstw przewidujących stosunkowo krótki dopuszczalny czas detencji[126]. Trzeba dodać tutaj, iż zgodnie z art. L 741-3 CESEDA cudzoziemca można umieścić lub zatrzymać w areszcie tylko na czas niezbędny do przeprowadzenia przymusowego powrotu. Administracja dokłada w tym celu należytej staranności.

W Hiszpanii obecnie maksymalny czas zastosowania środka detencyjnego wynosi 60 dni[127], a w Szwecji jest on określony na trzy miesiące[128]. Dłuższe okresy w postaci 6-miesięcznego okresu podstawowego i możliwości przedłużenia o kolejne 12 miesięcy przewidziane są w prawie bułgarskim, niderlandzkim i niemieckim[129]. W przypadku prawa niderlandzkiego przewiduje się nawet detencję wykraczającą poza limit 18 miesięcy, jeśli istnieje realna perspektywa wydalenia. Najdłuższy czas dopuszczalnej detencji cudzoziemców obowiązuje w Rosji i wynosi on 720 dni[130]. Należy zaznaczyć, że oprócz wskazanych okresów maksymalnych w prawie niemieckim, polskim i bułgarskim przepisy prawa stanowią, że detencja powinna trwać możliwie najkrócej[131].

---

[124] Por. w tym względzie art. 15 ust. 5 dyrektywy 2008/115/UE, w którym stanowi się, że podstawowy okres detencji w procedurach powrotowych nie powinien przekraczać 6 miesięcy. Jednakże zgodnie z art. 15 ust. 6 okres ten może być wydłużony o kolejne dwanaście miesięcy.

[125] Por. Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie [ustawa z dnia 10.09.2018 r. kontrolowanej imigracji, skutecznego prawa do azylu i udanej integracji] (dalej jako Loi n° 2018-778) JORF n°0209 du 11.09.2018, https://bit.ly/2IJYxd3.

[126] Krótszy okres – 60 dni przewidziany jest w prawodawstwie hiszpańskim – por. J.J. Vallbé, M. Gonzalez-Beilfuss, B. Kalir, *Across the Sloping…*, op. cit., s. 5.

[127] Por. ibidem, s. 5.

[128] Por. Utlänningslag, rozdział 10 § 4.

[129] W przypadku prawa niemieckiego zgodnie z § 62 (4) i 15 (5) AufenthG czas zastosowania określonego środka jest zróżnicowany stosowanie do jego typu; por. także prawo bułgarskie: Закон за чужденците, art. 44 (8). Okres sześciu miesięcy i przedłużenia o kolejne 12 miesięcy występuje także w prawie duńskim i greckim.

[130] GDP, *Russian Federation Immigration Detention, Data Profile*, 2020, s. 4 [dostęp: 9.11.2023].

[131] Por. AufenthG, § 62 (1); prawo polskie: u.c., art. 403 ust. 6; prawo bułgarskie: Закон за убежището и бежанците, art. 45b.

Niekiedy też poza ogólnie wskazanym łącznym okresem pozbawienia wolności przepisy prawa różnicują długość stosowania poszczególnych rodzajów środków detencyjnych. W prawie niemieckim inaczej kształtuje się czas detencji w celu przygotowania deportacji która nie może przekraczać 6 tygodni[132], detencji w celu zabezpieczenia deportacji (Sicherungshaft), która to jest połączona z ryzykiem ucieczki, a trwającej do 6 miesięcy[133] oraz detencji w celu zabezpieczenia wyjazdu (AusreiseGewahrsam), która nie powinna trwać dłużej niż 10 dni[134]. Osobną kwestią jest aż 18-miesięczny okres obowiązku przebywania osób ubiegających się o ochronę międzynarodową w Anker centres (Zentren für Ankunft, Entscheidung, Rückführung). Aczkolwiek nie są to klasyczne ośrodki detencyjne, to jednak ich izolowane położenie, brak dostępu do usług medycznych i socjalnych powodują, że ocenia się je jako miejsca ograniczenia wolności osobistej jednostki[135].

W prawie niderlandzkim detencja w ramach procedur powrotowych wynosi, jak wspomniano, pierwotnie 6 miesięcy z możliwością przedłużenia o kolejne 12 miesięcy[136]. Z kolei podstawowy okres detencji *asylum seekers* w ramach procedur granicznych wynosi cztery tygodnie; okres detencji terytorialnej osób ubiegających się o ochronę międzynarodową jest taki sam, ale możliwe jest jego przedłużenie o kolejne dwa tygodnie[137]. Wyjątkiem jest tutaj sytuacja, gdy zachodzą względy bezpieczeństwa i porządku publicznego, ponieważ wtedy zarządza się detencję na okres maksimum sześciu miesięcy z możliwością przedłużenia na kolejne dziewięć[138]. Jednocześnie też ustawodawca zastrzegł, iż detencja w ramach procedur granicznych może trwać do 18 miesięcy[139].

W prawie polskim pierwszy okres pozbawienia wolności nie może przekraczać 3 miesięcy[140], natomiast łączny okres pobytu cudzoziemca – stosownie do odpowiednich przesłanek – nie może przekroczyć 12 lub 18 miesięcy. Jeśli kolejne przedłużenia detencji przebiegają na podstawie art. 403 ust. 2 u.c., to łączny okres wynosi 12 miesięcy. Okres 18-miesięczny jest dopuszczalny w związku z wniesieniem przez cudzoziemca skargi do sądu administracyjnego wraz z wnioskiem o wstrzymanie wykonalności decyzji o zobowiązaniu do

[132] Por. AufenthG, § 62 (1) i (2).
[133] Por. ibidem, § 62 (3).
[134] Por. ibidem, § 62 b.
[135] Por. KPT, *Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of Germany*, CAT/C/DEU/CO/6, 11.07.2019, § 28.
[136] Por. Vreemdelingenwet, art. 59 (5)–(6).
[137] Por. ibidem, art. 5 (2)–(3).
[138] Por. ibidem, art. 59b (4)–(5)
[139] Por. ibidem, art. 59 (7).
[140] W prawie szwedzkim są to 2 miesiące.

powrotu (art. 403 ust. 5 u.c.)[141]. Ponadto 18-miesięczny pobyt cudzoziemca w SOC lub areszcie dla cudzoziemców może być wynikiem wystąpienia z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej. Dzieje się tak dlatego, że do wskazanego okresu 12-miesięcznego nie wlicza się okresu detencji orzeczonej w związku z postępowaniem o udzielenie ochrony międzynarodowej, który wynosi maksymalnie 6 miesięcy (art. 89 ust. 5 u.u.c.o.). Polskie prawo wpisuje się tu raczej w pewien ogólny schemat, w ramach którego w większości państw inaczej kształtuje się czas dopuszczalnej detencji w ramach procedur udzielania ochrony międzynarodowej, a inaczej, jeśli chodzi o procedury powrotowe.

Nie jest to regułą, ale niekiedy formułuje się dodatkowe przesłanki do przedłużenia zastosowania środka detencyjnego, co w przypadku państw UE jest pokłosiem regulacji dyrektywy 2008/115/WE[142]. W prawie bułgarskim, niderlandzkim, szwedzkim[143] i polskim ustawodawca przewidział, że przedłużenie detencji jest dopuszczalne, jeśli istnieje prawdopodobieństwo, że okres wykonania decyzji powrotowej ulegnie wydłużeniu ze względu na brak współpracy cudzoziemca lub nadal brakuje niezbędnej dokumentacji z państw trzecich[144].

3.2. DETENCJA PRZEDŁUŻAJĄCA SIĘ LUB NIEOGRANICZONA CZASOWO

W praktyce państw można zaobserwować nieliczne wyjątki od zasady, iż maksymalny czas pozbawienia wolności powinien być określony. W polskiej ustawie o cudzoziemcach nie wskazano maksymalnego dopuszczalnego okresu umieszczenia cudzoziemca w wydzielonym pomieszczeniu Straży Granicznej lub Policji (art. 396 u.c.). Środek ten może być zastosowany tylko wobec cudzoziemców, wobec których sąd orzekł o zastosowaniu aresztu dla cudzoziemców (a więc nie w przypadku umieszczenia w ośrodku strzeżonym) i tylko ze

[141] Ze względu na odpowiednie zastosowanie przepisów kpk okresy te należy liczyć od dnia zatrzymania cudzoziemca art. 404 u.c. w związku z art. 265 kpk, por. SN z 27.09.2007 r., I KZP 36/07 za: P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach…*, op. cit., s. 860.

[142] Por. dyrektywa 2008/115/WE, art. 15 ust. 5. Nie jest to jednak regułą. W przypadku prawa niemieckiego przesłanki zastosowania detencji i jej przedłużenia są takie same – por. AufenthG, § 63.

[143] W prawie szwedzkim jest to przedłużenie z dwóch do trzech miesięcy.

[144] Por. prawo niderlandzkie: Vreemdelingenwet, art. 59 ust. 1 pkt 6 – w przepisie tym wskazuje się, iż chodzi o opóźnienia powstałe pomimo wszelkich wysiłków; prawo polskie: ustawa o cudzoziemcach art. 403 ust. 3a. W tym przypadku jest mowa o uzasadnionym przypuszczeniu, że okres wykonania decyzji o zobowiązaniu do powrotu ulegnie przedłużeniu; prawo bułgarskie: Закон за чужденците, art. 44 (8).

względu na zaistnienie przeszkody w doprowadzeniu cudzoziemca do aresztu dla cudzoziemców lub przyjęcia go w areszcie. W literaturze wskazuje się, że chodzi tu o przeszkody faktyczne, a więc chwilowy brak miejsc, brak eskorty, awarie techniczne itp.[145] Niewątpliwie sposób sformułowania tego przepisu nakazuje traktować umieszczenie w pomieszczeniu zastępczym w kategoriach rozwiązania doraźnego, stosowanego na zasadzie wyjątku, ale trudno, opierając się na tak sformułowanych przesłankach, ustalić jakiś dopuszczalny limit pobytu cudzoziemca w takim miejscu. Wydaje się, że ocena prawna takiej sytuacji musiałaby zostać przeprowadzona na podstawie konkretnego stanu faktycznego.

Warto w tym miejscu zauważyć, iż problem nieograniczonej czasowo detencji występuje w Zjednoczonym Królestwie[146]. W przepisach prawa brakuje bowiem stosownych unormowań, jeśli chodzi o maksymalny okres umieszczenia w ośrodkach określanych jako Immigration Removal Centers[147]. Częściowo brakowi temu zaradził standard orzeczniczy wypracowany w sprawie *Hardial Singh*, zgodnie z którym władza w zakresie pozbawienia wolności jest ograniczona tym, co jest rozsądnie niezbędne do urzeczywistnienia celu przewidzianego prawem. Jeśli nie ma możliwości wydalenia w rozsądnym czasie, detencja staje się arbitralna i w konsekwencji bezprawna, a cudzoziemiec powinien być natychmiast zwolniony[148]. Pomimo to organizacje pozarządowe regularnie informują o poddawaniu cudzoziemców kilkuletniej detencji, a najbardziej skrajny znany przypadek to pozbawienie wolności, które trwało 9 lat[149].

---

[145] Por. P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach…*, op. cit., s. 845. Wymogi, jakim powinny odpowiadać tego typu pomieszczenia zostały określone w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 20.06.2011 r. w sprawie warunków, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia w jednostkach organizacyjnych Straży Granicznej przeznaczone dla osób zatrzymanych, oraz regulaminu pobytu w tych pomieszczeniach (Dz.U. z 2022 r., poz. 1266).

[146] W prawie norweskim, w którym nie wskazano dopuszczalnego limitu czasowego detencji osób podlegających sankcji karnej w postaci sądowego nakazu wydalenia Por. CPT, *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 28.05. to 5.06.2018*, CPT/Inf (2019) 1, Strasbourg 2019, s. 22.

[147] Ustalony jest natomiast limit maksymalnie 5 dni w przypadku pomieszczeń detencyjnych w portach.

[148] *R v. Governor of Durham Prison ex parte Hardial Singh* [1984] 1 WLR 704; por. także *Shepherd Masimba Kambadzi* (previously referred to as *SK (Zimbabwe)*) (FC) (Appellant) *v.* Secretary of State for the Home Department (Respondent) SK (Zimbabwe) *v.* Secretary of State for the Home Department [2011] UKSC 23 (25.05.2011), § 64.

[149] Por. Refugee Tales, *A Call to End Indefinite Immigration Detention*, https://www.refugeetales.org/indefinite-detention [dostęp: 4.07.2024].

Zdarza się, że pomimo ustalonych prawem limitów w praktyce możliwe jest stosowanie detencji przez okres znacznie dłuższy. W Bułgarii cudzoziemcy umieszczeni w ośrodku detencyjnym, którzy zainicjują procedurę ochrony międzynarodowej powinni zostać przeniesieni do ośrodka otwartego po 6 dniach. W praktyce jednak czas oczekiwania na ten transfer jest znacznie dłuższy i sięga w ekstremalnych przypadkach nawet 17 miesięcy. Jeśli wniosek o udzielnie ochrony międzynarodowej zostanie odrzucony, cudzoziemcy powracają do ośrodka detencyjnego i w konsekwencji łączny czas ich przebywania w detencji może znacznie przekraczać dopuszczalne prawem 18 miesięcy[150]. Odnotowano również, że w tym państwie osoby określonych narodowości są poddawane detencji dłużej niż pozostałe. Problem nadmiernie długiej detencji w celu wydalenia w Bułgarii został dostrzeżony przez Komitet Praw Człowieka. Komitet ocenił, iż przedłużające się pozbawienie wolności było spowodowane brakiem wystarczającej liczby tłumaczy, jak również wykwalifikowanej bezpłatnej pomocy prawnej[151].

Z analizy dokumentów i literatury przedmiotu wynika, że najczęstszymi przyczynami przedłużającej się lub nieograniczonej czasowo detencji są: brak identyfikacji[152], regulacje prawa antyterrorystycznego[153] oraz okoliczności utrudniające lub uniemożliwiające wydalenie. Brak możliwości wydalenia wynika głównie z konieczności respektowania zasady *non refoulement*, po drugie trudności wynikają z opieszałości w wydaniu dokumentów podróży przez państwo pochodzenia lub wręcz odmowy wydania takich dokumentów i przyjęcia konkretnego cudzoziemca[154]. Zdarza się też, że niektóre państwa pochodzenia cudzoziemców nie mają odpowiednich procedur administracyjnych umożliwiających ustalenie obywatelstwa osób, które wyemigrowały. W niektórych studiach dotyczących detencji w ramach procedur powrotowych wskazuje się, że większość deportacji odbywa się w pierwszej fazie stosowania środka detencyjnego, stąd też związek pomiędzy długością detencji a możliwościami wydalenia nie jest oczywisty[155].

---

[150] Por. CPT, Report to the Bulgarian Government on the Visit to Bulgaria Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 25 September to 6 October 2017, CPT/Inf (2018) 15, Strasbourg 4.05.2018, § 16.

[151] Por. KPC, Concluding Observations, CCPR/C/BGR/C/4, § 29, § 30 lit.d.

[152] Por. UNHCR, *Detention Guidelines…*, § 26.

[153] Por. SRHRM, Report, E/CN. 4/2003/85/Add. 1, § 244–246.

[154] Por. D. Weissbrodt, *The Human Rights of Non Citizens*, Oxford 2008, s. 3.

[155] EPRS, *The Proposed Return Directive (Recast): Substitute Impact Assessment*, European Parliament, January 2019, s. 115.

W przypadku prawa polskiego należy odnotować, że obecnie sądy nie mogą przedłużać pobytu w ośrodkach strzeżonych osób ubiegających się o ochronę międzynarodową, jeśli opóźnienie postępowania o udzielnie ochrony nie wynika z przyczyn leżących po stronie wnioskodawcy lub osoby, w imieniu której wnioskodawca występuje, nawet jeśli wciąż zachodzą okoliczności, które uzasadniały pozbawienie wolności. Możliwość ta jest jednak wyłączona w przypadku, gdy pobyt cudzoziemca w ośrodku strzeżonym ma uzasadnienie ze względu na obronność, bezpieczeństwo państwa lub ochronę porządku i bezpieczeństwa publicznego (art. 89 ust. 4a u.u.c.o.).

Trzeba w tym miejscu podkreślić, że każde przedłużenie stosowania środka detencyjnego w sytuacji, gdy wykonanie wydalenia jest niemożliwe, jest sprzeczne z prawem krajowym, EKPC oraz prawem UE[156].

3.3. DOPUSZCZALNOŚĆ DETENCJI WIELOKROTNEJ

Na początku trzeba wyjaśnić, iż stosowanie detencji wielokrotnej jest problemem złożonym, ponieważ trzeba uwzględnić tutaj dwie sytuacje. Pierwszą jest ponowne pozbawienie wolności, zastosowane w ramach jednego i tego samego postępowania zmierzającego do wydalenia. Kwestią niezwykle istotną jest tutaj sumowanie okresów pozbawienia wolności. Drugim przypadkiem jest powtarzająca się detencja cudzoziemców już raz zwolnionych, którzy nadal pozostają na terytorium danego państwa, a ich status nie został uregulowany. Jeśli są to osoby, wobec których wydalenie jest niewykonalne, ponowne pozbawienie wolności nosi cechy arbitralności.

W 2018 r. w prawie francuskim wprowadzono możliwość ponownego pozbawienia wolności cudzoziemca po upływie siedmiu dni od zwolnienia z poprzedniej detencji. Okres siedmiodniowej przerwy nie ma zastosowania, jeśli cudzoziemiec został poddany detencji z powodu braku respektowania środków alternatywnych. Takie przepisy umożliwiają stosowanie pozbawienia wolności przez okres *de facto* znacznie dłuższy niż 90 dni[157]. Co istotne, w praktyce francuskiej odnotowano przypadki, iż cudzoziemcy zwolnieni z ośrodka detencyjnego na mocy decyzji administracyjnej nie otrzymali żadnego dokumentu wskazującego na datę i powody takiego zwolnienia[158].

---

[156] Por. J. Könönen, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 435.

[157] Por. CESEDA, art. L 741-7.

[158] Por. M. Vanderbruggen i inni, *Point of No Return. The Futile Detention of Unreturnable Migrants*, 2014, s. 61, https://detentionaction.org.uk/wp-content/uploads/2018/12/PONR_report.pdf [dostęp: 20.03.2023].

W Hiszpanii w 2015 r. podczas wizytacji jednego z ośrodków detencyjnych ustalono że „jedna czwarta znajdujących się tam cudzoziemców została pozbawiona wolności ponownie”[159].

W prawie polskim dopuszczalne jest pozbawienie wolności cudzoziemca więcej niż raz w ramach tego samego postępowania prowadzącego do wykonania decyzji powrotowej, ale okresy pozbawienia wolności podlegają sumowaniu[160]. W zakresie nieuregulowanym w ustawie o cudzoziemcach do zatrzymania cudzoziemca stosuje się przepisy kodeksu postępowania karnego. Normy te przewidują m.in. w art. 248 § 3 k.p.k., że ponowne zatrzymanie osoby podejrzanej na podstawie tych samych faktów i dowodów jest niedopuszczalne. W przypadku cudzoziemców reguła ta zawiera wyjątek, jeżeli cudzoziemiec uchyla się od wykonania obowiązków określonych w decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu oraz gdy zaszła jedna z przesłanek do przymusowego wykonania tej decyzji[161]. Jak stwierdził SN inna interpretacja prowadziłaby do nadużyć, polegających na przerywaniu okresu izolacji na przykład na kilka godzin po to, by ponownie daną osobę zatrzymać i ponownie rozpocząć liczenie tego okresu. Należy podzielić pogląd Pawła Dąbrowskiego, że sumowanie okresów pozbawienia wolności przyjęte w wyroku SN powinno dotyczyć sytuacji, gdy są one powiązane z jedną i tą samą decyzją powrotową. Jeśli wobec cudzoziemca zostanie wydana kolejna decyzja w innym postępowaniu administracyjnym, np. ze względu na to, że powrócił on na terytorium RP po uprzednim wydaleniu okresy pozbawienia wolności nie powinny być sumowane.

Państwem, w którym całkowicie zakazuje się ponownej detencji cudzoziemca, którego zwolniono, jest Portugalia[162]. Z kolei niejako na drugim biegunie znajduje się Irlandia, gdzie sędziowie mogą w określonych przypadkach orzekać nieograniczoną liczbę razy o zastosowaniu środka detencyjnego na okres 21 dni wobec osób poszukujących ochrony międzynarodowej[163].

---

[159] Por. GDP, *Immigration Detention in Spain…*, op. cit., s. 17.

[160] Por. SN z 27.09.2007 r., I KZP 36/07 za P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach…*, op. cit., s. 860.

[161] Por. D. Macur, *Prowadzenie posiedzeń w przedmiocie rozpoznania wniosków Straży Granicznej o środki detencyjne wobec cudzoziemców (praktyczne wskazówki)*, „Iustitia. Kwartalnik Stowarzyszenia Sędziów Polskich” 2022, t. 47, nr 1, s. 35.

[162] J.J. Vallbé, M. Gonzalez-Beilfuss, B. Kalir, *Across the Sloping…*, op. cit., s. 5.

[163] Por. International Protection Act 2015, 30.12.2015, S.I. Nr 66 2015, § 20 pkt 12.

4. ZAKRES PODMIOTOWY STOSOWANIA DETENCJI

4.1. CUDZOZIEMCY W SYTUACJI NIEREGULARNEJ I OSOBY POSZUKUJĄCE OCHRONY MIĘDZYNARODOWEJ

W przepisach prawa dopuszczalność zastosowania detencji cudzoziemców jest również uwarunkowana podmiotowo. W pierwszej kolejności trzeba zauważyć, że odmiennie kształtują się przesłanki pozbawienia wolności migrantów nieregularnych oraz osób poszukujących ochrony międzynarodowej. Niemniej jednak podział na cudzoziemców w procedurach powrotowych i procedurach ochrony międzynarodowej wcale nie jest jednoznaczny. Najlepszą tego ilustracją jest choćby prawodawstwo hiszpańskie, które co prawda nie przewiduje detencji osób poszukujących ochrony międzynarodowej w trakcie trwania procedury, ale odstępuje się od tej zasady, jeśli wniosek o nadanie statusu uchodźcy zostanie złożony w trakcie pozbawienia wolności w związku z deportacją[164], a także gdy konieczne jest przekazanie cudzoziemca w ramach procedury Dublin III. Również w prawie niemieckim pozbawienie wolności w postępowaniach o udzielenie ochrony międzynarodowej głównie ograniczone jest do tych przypadków, kiedy jednocześnie toczy się procedura powrotowa, została uruchomiona procedura dublińska (art. 28 ust. 2 rozporządzenia Dublin III w związku z § 2 ust. 14 AufenthG w związku z § 62 ust. 3a i 3b AufenthG), jeśli dany cudzoziemiec złożył drugi lub kolejny wniosek o udzielenie ochrony (§ 71 ust. 8, 71a ust. 2 zdanie 3 AsylG)[165] lub też złożył wniosek o udzielenie ochrony, przebywając w detencji czy też w areszcie tymczasowym (§ 14 zd. 3 AsylG). Detencję stosuje się również wtedy, gdy osoba ubiegająca się o ochronę międzynarodową opuści rejon objęty zezwoleniem na zamieszkanie (§ 59 ust. 2 AsylG w związku z § 12 Abs. 3 AufenthG).

Pomimo że w standardach prawa uchodźczego wyraźnie wskazuje się na ostateczny charakter środków detencyjnych, w Królestwie Niderlandów prawnie dopuszcza się automatyczne pozbawienie wolności osób, które złożyły wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej na lotnisku[166].

---

[164] W takich sytuacjach maksymalnie cudzoziemiec może przebywać w ośrodku tylko 7 dni – zmiana wprowadzona do Ley organica 4/2000 przez Ley 12/2009, de 30.10.2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria [Ustawa 12/2009 z dnia 30.10.2009 r. regulująca prawo do azylu i ochrony uzupełniającej] (dalej jako Ley Organica 12/2009), „Boletin Oficial del Estado (BOE)" núm. 263, 31.10.2009, BOE-A-2009-17242, art. 25 ust. 2.

[165] Asylgesetz, 26.06.1992, BGBl. I S. 1798 ze zmianami 19.06.2020, BGBl. I S. 1328.

[166] Por. Vreemdelingenwet, art. 6 (1); por. podobnie rozwiązania w belgijskiej ustawie o cudzoziemcach (art. 74/1) w węgierskiej ustawie o azylu art. 31/A(1), lit. e, oraz w prawie portugalskim Lei nº 27/2008, art. 26 (1).

4.2. MAŁOLETNI POZBAWIENI OPIEKI

Można powiedzieć, że w Europie panuje konsensus co do tego, że detencja małoletnich powinna być stosowana jak najrzadziej i jako środek ostateczny[167]. Wśród wyjątków wymienić można Łotwę, której prawodawstwo w zakresie azylu nie zawiera tej zasady[168]. W prawie bułgarskim oraz hiszpańskim w ogóle zakazuje się detencji dzieci pozbawionych opieki. Z kolei w prawie francuskim pozbawienie wolności nie może być zastosowane w celu przeprowadzenia przymusowego powrotu, ze względu na zakaz wydalania małoletnich pozbawionych opieki.

W innych państwach detencja małoletnich jest dopuszczalna, ale na zasadzie wyjątku i z obostrzeniami. W prawie niemieckim dopuszczalne jest zatrzymanie małoletnich i rodzin z małoletnimi do czasu wydalenia tylko w wyjątkowych przypadkach i tylko tak długo, jak jest to właściwe, biorąc pod uwagę dobro dziecka (§ 62 ust. 1 AufenthG). W Polsce dopuszczalność detencji dzieci pozbawionych opieki różni się w zależności od procedury. Jeśli małoletni pozbawiony opieki poszukuje ochrony międzynarodowej w ogóle nie może być poddany detencji. Natomiast w przypadku procedur powrotowych, w ośrodkach strzeżonych mogą przebywać tylko małoletni pozbawieni opieki, którzy ukończyli 15. życia (art. 397 ust. 3 u.c.)[169]. Wyłączone jest natomiast zastosowanie aresztu dla cudzoziemców wobec takich dzieci bez względu na wiek[170].

W Królestwie Niderlandów prawodawca expressis verbis stanowi, że zatrzymanie małoletnich cudzoziemców bez opieki stosuje się tylko w skrajnych przypadkach i na możliwie najkrótszy czas, gdy przemawia za tym ważny interes. Dotyczy to np. podejrzenia lub skazania małoletniego za popełnienie przestępstwa, następnie ucieczkę z ośrodka opiekuńczego lub niezastosowanie się do środków alternatywnych. Ponadto dopuszcza się detencję, jeżeli przymusowy

---

[167] Por. np. praktykę duńską: CPT, *Report to the Danish Government on the visit to Denmark carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 3 to 12 April 2019*, CPT/Inf (2019) 35, Strasbourg 7.01.2020, § 110.

[168] Por. stanowisko Komitetu Praw Dziecka wzywające do zmiany legislacji w tym zakresie: KPD, Concluding Observations on the Third to Fifth Periodic Reports of Latvia, CRC/C/LVA/CO/3-5, 14.03.2016, § 60. Patvēruma Likums z 17.12.2015 r., Latvijas Vēstnesis, 2, 5.01.2016, w wersji anglojęzycznej dostępne jest online https://likumi.lv/ta/en/en/id/278986 [dostęp: 28.10.2020]. Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, *Concluding Observations on the Combined Sixth to Twelfth Periodic Reports of Latvia*, CERD/C/LVA/CO/6-12, 25.09.2018, § 25.

[169] W przypadku Łotwy dopuszczalna jest detencja cudzoziemców powyżej 14. r.ż. – por. prawo imigracyjne, § 51 ust. 1.

[170] Por. brzmienie art. 397 u.c., w którym wskazuje się tylko dwa typy środków stosowanych wobec takich cudzoziemców: umieszczenie w placówce opiekuńczo-wychowawczej lub w strzeżonym ośrodku.

powrót małoletniego cudzoziemca bez opieki nastąpi najpóźniej w ciągu dwóch tygodni. Jednak jeżeli małoletni cudzoziemiec bez opieki znalazł się „po raz pierwszy w polu zainteresowania władz", przymusowy powrót powinien się odbyć w okresie do czterech tygodni[171].

W szwedzkiej ustawie o cudzoziemcach stanowi się, że dzieci pozbawione opieki mogą być poddane detencji w wyjątkowych sytuacjach[172]. Jest to możliwe w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy zachodzi prawdopodobieństwo odmowy wjazdu z rygorem natychmiastowego wykonania lub wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu z rygorem natychmiastowego wykonania, istnieje oczywiste ryzyko ucieczki, a dotychczasowe formy nadzoru w warunkach wolnościowych nie były wystarczające. W drugim przypadku chodzi o sytuacje, w których dotychczas stosowane środki okazały się niewystarczające do wykonania decyzji o odmowie wjazdu lub zobowiązania do powrotu. Jednocześnie pozbawienie wolności nie może trwać dłużej niż 72 godziny z możliwością jednokrotnego przedłużenia o kolejny taki okres[173].

Obowiązywanie przepisów wyłączających lub ograniczających stosowanie środków detencyjnych wobec dzieci wcale nie wyklucza możliwości, że małoletni w praktyce jednak zostaną pozbawieni wolności. W prawie bułgarskim zakazuje się detencji dzieci pozbawionych opieki, ale rzadko które dziecko jest za takie uznawane, ponieważ istnieje praktyka przypisywania im jako opiekunów obcych dorosłych wyłącznie na podstawie kryterium wspólnej podróży[174]. Ponadto w przepisach prawa o cudzoziemcach w Republice Bułgarii funkcjonuje sprzeczność. Z jednej bowiem strony w art. 44 (9) tego aktu stanowi się, że dzieci pozbawione opieki nie mogą być poddane przymusowemu umieszczeniu w jednostkach specjalnych. Z drugiej strony co innego wynika z art. 45e (2) tej ustawy, zgodnie z którym małoletni i małoletni cudzoziemcy ubiegający się o ochronę międzynarodową, poddani detencji mają dostęp do edukacji i możliwość spędzania wolnego czasu, włączając gry i zajęcia rekreacyjne dostosowane do wieku[175]. Zarówno ta sprzeczność, jak i obserwowana praktyka wskazuje, że w Bułgarii pozbawianie wolności dzieci jest stosowane[176].

---

[171] Por. prawo niderlandzkie: Vreemdelingencirculaire 2000(A), § A5/2.4.

[172] Por. Utlänningslag, rozdział 10 § 3; podobnie zresztą jak w Bułgarii.

[173] Por. prawo szwedzkie: Utlänningslag, rozdział 10 § 5.

[174] Por. EPRS, *The Return Directive*…, op. cit., s. 99; KPC, Concluding observations: Bulgaria, CCPR/C/BGR/C/4, § 31.

[175] Prawodawca posłużył się określeniem: „zakwaterowanie w ośrodkach Państwowej Agencji ds. Uchodźców".

[176] UNHCR, Bulgarian Helsinki Committee, and General Directorate of Border Police, Bulgaria, 2017 annual border monitoring report – access to territory and international protection, 2018, s. 8, https://bit.ly/2H2tlso [dostęp: 20.12.2022].

Podobnie rzecz się przedstawia we Francji w departamencie zamorskim Mayotta[177]. Szczególnie należy tu podkreślić, że ogólną tendencją na tej wyspie jest, poddawanie dzieci detencji automatycznie, począwszy od specjalnych stref na lotniskach, poprzez hotele i klasyczne ośrodki detencyjne[178]. Dzieci bez opieki pozbawia się wolności w strefach oczekiwania, które formalnie nie są traktowane jako terytorium Francji, w związku z czym dopuszczalna jest ich deportacja. Komitet Praw Dziecka zwracał także uwagę na problem pozbawiania wolności małoletnich pozbawionych opieki razem z dorosłymi[179].

Następnie należy podnieść, że kluczowe znaczenie dla ochrony małoletnich mają procedury oceny wieku. Zważywszy, iż spora część cudzoziemców nieregularnych nie ma dokumentów, ich tożsamość, a więc także ich wiek, muszą być zweryfikowane. W państwach, które ograniczają możliwość pozbawienia wolności małoletnich, wynik procedury oceny wieku może przesądzać o tym, czy dana osoba będzie poddana detencji. Ponadto w prawodawstwie części Państw-Stron EKPC przewiduje się możliwość pozbawienia wolności cudzoziemca w celu wyjaśnienia wątpliwości co do jego wieku w związku z rozpoznaniem wniosku o ochronę międzynarodową[180].

Zgodnie z obecnym stanem wiedzy – jak również standardami międzynarodowymi – najbardziej adekwatne jest przeprowadzanie takich badań na podstawie kombinacji metod medycznych i pozamedycznych[181]. Rozwiązania prawne, które wymagają przeprowadzenia zarówno badań lekarskich, jak i badań psychologicznych, obowiązują w Niemczech[182] i we Francji[183]. Natomiast Polska i Bułgaria

---

[177] Por. KPC, Concluding observations: France, CCPR/C/FRA/CO/5, § 19c.

[178] Por. ibidem, § 73a.

[179] Por. KPD, Concluding observations: France, 4.12.2023, CRC/C/FRA/CO/6-7, § 44d.

[180] W prawie belgijskim jest to dopuszczalne na 9 dni i dotyczy małoletnich przybywających na granicę belgijską, por. *Loi sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers* [Prawo o przyjmowaniu osób poszukujących azylu oraz innych kategorii cudzoziemców] z 12.01.2007 r. tekst w wersji elektronicznej publikowany, www.ejustice.just.fgov.be/cgiloi/changelg.pl?language=fr&la=F&cn=2007011252 &table_name=loi [dostęp: 15.09.2023], art. 41 § 2; prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 3. 109b (7), Vreemdelingencirculaire, § A5/3.2 i A1/7.3.

[181] ZP RE, Rezolucja 1810 (2011), § 5.10. Według Agencji Europejskiej ds. Azylu multidyscyplinarne podejście do oceny wieku polega na zbadaniu różnych aspektów lub czynników, np. o charakterze fizycznym, psychologicznym, rozwojowym, środowiskowym i kulturowym. Dlatego też procesu oceny wieku opartego wyłącznie na metodach medycznych nie można uznać za wielodyscyplinarny EASO, *EASO Age assessment practices in EU + countries: updated findings*, July 2021, s. 8, przypis 4.

[182] Por. Sozial Gesetzbuch (Achtes Buch), 26.06.1990, ze zmianami 21.12.2022, BGBI. I, Nr 56, 28.12.2022, S. 2824, § 42f.

[183] Por. *Code de l'action sociale et des familles* [Kodeks socjalny i rodzinny], art. 222 – R. 11, www.legifrance.gouv.fr/codes/textelc/LEGITEXT000006074069/ [dostęp: 15.09.2023]. Zob.

opierają się wyłącznie na badaniach medycznych[184]. W art. 397 ust. 4 u.c. stanowi się, że w przypadku wątpliwości dotyczących wieku cudzoziemca przyjmowanego do strzeżonego ośrodka lub aresztu dla cudzoziemców, który podaje się za małoletniego, poddaje się go za jego zgodą lub zgodą jego przedstawiciela ustawowego badaniom lekarskim w celu ustalenia rzeczywistego wieku cudzoziemca. Wyniki badań lekarskich powinny informować o granicy błędu[185]. W ustawie nie wskazuje się jednak, jak należy traktować górną i dolną granicę błędu, zwłaszcza w sytuacji, gdy górna granica wskazuje na pełnoletniość. Zasługuje natomiast na uwagę postanowienie sądu okręgowego w Lublinie, w którym sąd stwierdził, iż biorąc pod uwagę art. 5 § 2 k.p.k. wątpliwości dotyczące rzeczywistego wieku cudzoziemki należało interpretować na jej korzyść[186]. W doktrynie podnosi się, że gwarancje proceduralne ochrony małoletnich są w polskim prawie niewystarczające i nie odpowiadają standardom art. 8 EKPC ani 12 KPD. Ustawodawca milczy na temat sposobu informowania o wynikach badań lekarskich cudzoziemca i powiązanego z nimi formalnoprawnego ustalenia wieku. Obecnie polskie prawo nie gwarantuje zainteresowanym bezpośredniej możliwości zaskarżenia tak kluczowych czynności, ponieważ nie przybierają one formy postanowienia ani decyzji. Mają one raczej formę ustaleń stanu faktycznego w toczącym się postępowaniu administracyjnym. W doktrynie postuluje się, aby rozporządzeniem uregulować tryb przeprowadzania tych badań dopuszczalnych metod badania, i formułowania wniosków[187].

także regulacje w Zjednoczonym Królestwie: Nationality and Borders Act 2022, 2022 Chapter 36, part 4, section 51–52, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/36/enacted; Dodatkowo należy wskazać, że dla oceny wieku istotne jest orzeczenie w tzw. Merton Case: *B. v. London Borough of Merton* [2003] EWHC 1689 (Admin); zob. także *Age assessment joint working guidance*, March 2023, https://tinyurl.com/bdehemv2 [dostęp: 30.04.2023].

[184] Szerokie studium praktyki państw zob. European Migration Network (EMN), *Ad hoc query on 2021. 10. Unaccompanied Minors – Age Assessment Methods Used by Member States Requested by EMN NCP Czech Republic on 18.02.2021*, https://tinyurl.com/2sp6kat3 [dostęp: 30.04.2023].

[185] Zasygnalizować trzeba, że badanie wieku jest uregulowane także w art. 32 u.u.c.o.

[186] Postanowienie sądu okręgowego z dnia 5.07.2023 r., XI Kz 602/23, Postanowienie zapadło w wyniku zażalenia na postanowienie sądu rejonowego o umieszczeniu cudzoziemki w ośrodku strzeżonym, https://hfhr.pl/aktualnosci/maloletnia-somalijka-zwolniona-z-detencji [dostęp: 15.09.2023].

[187] Por. P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach*…, op. cit., s. 847.

4.3. RODZINY Z MAŁOLETNIMI DZIEĆMI

Okoliczność, że w rodzinie, która ma być pozbawiona wolności, są dzieci determinuje konieczność wzięcia pod uwagę szczególnego statusu małoletnich[188]. W polskim prawie sąd ma obowiązek wzięcia pod uwagę „także dobra małoletniego", jeżeli wniosek o umieszczenie w strzeżonym ośrodku dotyczy cudzoziemca wraz z małoletnim pozostającym pod jego opieką (art. 401 ust. 4 u.c.). Na tym tle trzeba wspomnieć, iż Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że co do zasady, pozbawienie wolności matki z małym dzieckiem stanowi zagrożenie dla prawidłowego rozwoju tego dziecka, zwłaszcza gdy okres detencji jest tak długi jak w rozpatrywanej sprawie. W związku z tym sąd ma obowiązek zindywidualizowanej oceny stanu psychofizycznego i rozwojowego małoletniego w każdym przypadku wydania decyzji o detencji, czy chodzi o pierwotną decyzję, czy przedłużenie pobytu[189].

Z drugiej strony zdarza się, że dzieci nie są formalnie traktowane jak osoby pozbawione wolności i w konsekwencji nie korzystają z odpowiednich gwarancji proceduralnych. Na przykład w Hiszpanii co prawda zakazuje się detencji osób poniżej 18. roku życia, ale dorośli mają prawo do „pozostawania w towarzystwie swoich małoletnich dzieci"[190]. We Francji dzieci mogą towarzyszyć rodzicom pozbawionym wolności w sytuacjach, gdy ci ostatni nie dotrzymali warunków aresztu domowego, uciekali bądź też sprzeciwiają się wydaleniu. Jednak taka detencja może być zastosowana do 48 godzin poprzedzających planowany wyjazd, powinna trwać jak najkrócej i tylko wtedy, kiedy możliwe jest umieszczenie w miejscu przystosowanym[191]. KPC stwierdził jednak, że stosowanie detencji administracyjnej wobec rodzin z dziećmi jest regularną praktyką władz francuskich[192]. We Francji, pomimo licznych orzeczeń Europejskiego

---

[188] Państwem, w którym w praktyce nie pozbawia się wolności rodzin z dziećmi jest Norwegia, a detencja dzieci pozbawionych opieki jest ograniczona do 9 dni – por. CPT, *Report: Norway…*, CPT/Inf (2019) 1, s. 24.

[189] Por. wyrok SN, KK II 148/22.

[190] Por. Ley Organica 4/2000, art. 62 bis. ust. 1, lit. i; Real Decreto 162/2014, de 14.03.2014, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros [Dekret Królewski 162/2014 z dnia 14.03.2014 r. zatwierdzający regulamin funkcjonowania i reżim wewnętrzny ośrodków detencyjnych] (dalej jako Real Decreto 162/2014) BOE» núm. 64, de 15/03/2014, art. 16 ust. 2 lit. a. BOE-A-2014-2749 (dalej jako Real Decreto 162/2014), art. 16.2.k.

[191] Por. CESEDA, art. L 741-5; Warto zauważyć, że KPC wyrażał ubolewanie z powodu regularnego umieszczania dzieci razem z rodzicami w ośrodkach detencyjnych – por. KPC, Concluding observations: France, CCPR/C/FRA/CO/5, § 19c.

[192] Por. ibidem.

Trybunału Praw Człowieka wciąż problemem pozostaje detencja dzieci z rodzinami w strefach oczekiwania na lotniskach i innych miejscach w złych warunkach bez dostępu do sądu[193].

W Królestwie Niderlandów rodziny z dziećmi nie podlegają detencji na granicy, chyba że jeden z członków rodziny ma przeszłość kryminalną bądź też są wątpliwości, czy dani cudzoziemcy rzeczywiście są spokrewnieni[194]. Do pozbawienia wolności może dojść także, jeśli deportacja będzie wykonana w ciągu dwóch tygodni[195]. W przypadku pozbawienia wolności już na terytorium tego państwa co do wszystkich członków rodziny musi zachodzić ryzyko ucieczki, utrudnienia powrotu, potrzebne są dodatkowe informacje w trakcie procedury azylowej, a także ze względu na porządek publiczny. Dodatkowo przynajmniej jeden członek rodziny musi odmówić współpracy[196]. Pomimo że regulacje te wskazują na wyjątkowy charakter detencji rodzin z dziećmi, to jednak rosnąca liczba takich przypadków wzbudziła niepokój Komitetu Przeciwko Torturom w 2018 r.[197]

4.4. POZOSTAŁE OSOBY W SYTUACJI SZCZEGÓLNEJ WRAŻLIWOŚCI

W pozostałych sytuacjach sam fakt bycia osobą określaną jako przynależąca do grup „wrażliwych" tylko w niektórych przypadkach przesądza o zwolnieniu lub jest przesłanką negatywną do orzekania o detencji[198]. W Szwecji czy w Królestwie Niderlandów osoby będące ofiarami tortur lub też ogólnie w sytuacji wrażliwości nie są jakąś szczególną grupą i poddawane są detencji na zasadach ogólnych[199]. Warto jednak zaznaczyć, że w Królestwie Niderlandów pewne elementy ochrony mają zastosowanie w ramach procedur granicznych i wynikają

[193] Por. KPD, Concluding Observations: France, CRC/C/FRA/CO/6-7, § 44a.

[194] Por. Vreemdelingencirculaire, § A1/7.3.

[195] Por. ibidem, § A5/3.1; Vreemdelingenwet, art. 6 (1)–(2).

[196] Por. Vreemdelingencirculaire, § A5/2.4; Vreemdelingenbesluit 2000 art. 5.1a, 5.1b.

[197] Por. KPT, Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of the Netherlands, CAT/C/NLD/CO/7, 18.12.2018, § 18–19.

[198] Zgodnie z art. 21 dyrektywy 2013/33/UE są to poza małoletnimi oraz małoletnimi bez opieki, osoby niepełnosprawne, osoby starsze, kobiety ciężarne, rodzice samotnie wychowujący małoletnie dzieci, ofiary handlu ludźmi, osoby cierpiące na poważne choroby, osoby zaburzeniami umysłowymi oraz osoby, które zostały poddane torturom, ofiary zgwałcenia lub innych poważnych form przemocy psychicznej, fizycznej lub seksualnej, takie jak ofiary okaleczania żeńskich narządów płciowych.

[199] Por. Dutch Council for Refugees, *Country Report: Netherlands Update*, Asylum Information Database (AIDA), European Council on Refugees and Exiles (ECRE), March 2021, s. 107, http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_nl_2018update.pdf

z instrukcji wewnętrznych. Na przykład przeciwwskazaniem do detencji w ramach procedur granicznych jest pozostawanie osobą wymagającą specjalnych gwarancji proceduralnych z powodu tortur, gwałtu lub innych poważnych przestępstw formy przemocy psychicznej, fizycznej i seksualnej, dla których nie jest możliwe odpowiednie wsparcie zapewnione w ramach procedury granicznej[200].

Niemniej jednak to, czy dana osoba zostanie pozbawiona wolności, zależy w istocie od spełnienia przesłanek wskazanych w art. 5.1a (3) dekretu o cudzoziemcach, który stanowi, że detencja w procedurach granicznych nie może być zastosowana lub przedłużona, jeśli w świetle indywidualnych okoliczności sprawy detencja jest nieproporcjonalnie uciążliwa. W praktyce wykładnia tego przepisu wymaga zbadania każdej sprawy, natomiast w instrukcjach niderlandzkiej Służby Imigracji i Naturalizacji wspomina się o sytuacji zdrowotnej cudzoziemca, która wymaga nagłej i przedłużonej hospitalizacji lub gdy cudzoziemiec ma poważne kłopoty natury psychicznej[201].

W prawie niemieckim dość ogólnie stwierdza się, że na osoby szczególnie wrażliwe należy zwrócić uwagę i na tym prawodawca poprzestał. W związku z tym zakres prawnych konsekwencji pozostawania osobą wrażliwą nie jest jasny[202]. W Belgii ustawa o cudzoziemcach w art. 1 (12) definiuje personne vulnérable[203], ale nie przewiduje żadnych specjalnych rozwiązań dotyczących sytuacji tych osób w związku z detencją. Wyjątkiem są przepisy zakazujące deportacji kobiet powyżej 28. tygodnia ciąży, w konsekwencji czego takich kobiet nie można poddać detencji w związku z przymusowym powrotem[204]. Na Łotwie z kolei osoby szczególnie wrażliwe nie mogą być poddawane detencji w specjalnie

[dostęp: 20.10.2022]; por. także GDP, *Immigration Detention in the Netherlands: Prioritising Returns in Europe and the Caribbean*, Global Detention Project, February 2020, s. 15.

[200] Immigratie – en Naturalisatiedienst (IND), Instrukcja Robocza 2021/10, cyt za: Dutch Council for Refugees, *Country Report: Netherlands*, s. 107.

[201] Por. Dutch Council for Refugees, *Country Report: Netherlands…*, op. cit., s. 107.

[202] AufenthG, § 62a (1) „W przypadku małoletnich oczekujących na deportację należy uwzględnić uwarunkowania wiekowe zgodnie z art. 17 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16.12.2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur w państwach członkowskich dotyczących powrotu nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich" (Dz. Urz. UE L 348 z 24.12.2008 r., s. 98). „Szczególną uwagę należy zwrócić na sytuację osób wymagających szczególnego traktowania".

[203] Poza dziećmi są to osoby z niepełnosprawnościami, osoby starsze, kobiety w ciąży, rodzice z dziećmi odseparowani od małżonka bądź partnera, ofiary tortur, zgwałceń lub innych form przemocy.

[204] Por. Circulaire du 29.05.2009 relative à l'identification d'étrangers en séjour irrégulier [Okólnik z dnia 29.05.2009 r. w sprawie identyfikacji cudzoziemców przebywających nielegalnie], Monitoeur Belge, 15.07.2009, Num. 2009000462, przypis nr 2.

wydzielonych pomieszczeniach na posterunkach policji[205]. W Polsce kobieta po upływie trzeciego miesiąca ciąży nie może przebywać w areszcie dla cudzoziemców (art. 405 ust. 1 u.c.) i powinna zostać umieszczona w ośrodku strzeżonym (art. 405 ust. 2 u.c.). Jeśli pobyt ciężarnej będzie się wiązał z zagrożeniem dla życia lub zdrowia jej lub dziecka, organ Straży Granicznej powinien z urzędu lub na jej wniosek rozważyć zwolnienie na podstawie art. 400 ust. 1 w zw. art. 406 ust. 1 pkt 2 ustawy o cudzoziemcach. Jednocześnie też, jak się zauważa w doktrynie, stan zaawansowania ciąży może być przesłanką uniemożliwiającą pobyt w detencji i stanowić samoistną przesłankę do zwolnienia na podstawie art. 406 ust. 1 pkt 3 u.c.[206]

W Bułgarii nie ma mechanizmu służącego do identyfikacji osób znajdujących się w sytuacji szczególnej wrażliwości[207]. Niemniej jednak w przypadku podejmowania decyzji o detencji w procedurach udzielania ochrony międzynarodowej należy rozważyć, czy dana osoba nie należy do takiej grupy[208].

We Francji podnosi się problem braku identyfikacji takich osób w trakcie detencji. Zgodnie z art. L 741-4 CESEDA decyzja o pozbawieniu wolności uwzględnia stan bezbronności cudzoziemca oraz jego ewentualne trudności. Przy ustalaniu warunków umieszczenia cudzoziemca w ośrodku detencyjnym uwzględnia się niepełnosprawność ruchową, poznawczą lub psychiczną oraz potrzeby wsparcia cudzoziemca. Jak wynika z orzecznictwa, sądy kontrolują, czy organy administracyjne wzięły pod uwagę stan zdrowia danej osoby i czy nie stanowi on przeszkody do zastosowania środka detencyjnego[209]. Niemniej jednak podczas wizytacji na pograniczu francusko-włoskim CPT zauważył, że w praktyce identyfikacja osób wrażliwych, a w tym małoletnich przez francuskie służby jest niemal niemożliwa ze względu na brak tłumaczy, zwłaszcza że wszystkie formularze są sporządzone w języku francuskim[210].

---

[205] Por. prawo imigracyjne, § 59 (1[2]). Zgodnie z tym przepisem są to małoletni, osoby niepełnosprawne, osoby w podeszłym wieku, kobiety w ciąży, jeden z rodziców towarzyszących dzieciom i osoby poddane poważnej psychologicznej, fizycznej lub seksualnej przemocy.

[206] Por. A. Liszewska, *Zatrzymanie cudzoziemca…*, op. cit., s. 784.

[207] Por. KPT, Concluding observations: Bulgaria, CAT/C/BGR/CO/6, § 23.

[208] Закон за убежището и бежанците [Prawo o azylu i uchodźstwie], art. 45c (2).

[209] Zob. m.in. Cour d'appel d'Aix-en-Provence – Rétention Administrative 24.11.2022, n° 22/01474. Por. także art. R 351-2 CESEDA dotyczący identyfikacji w strefach oczekiwania osób znajdujących się w sytuacji bezbronności.

[210] Por. CPT, „Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 23 au 30 novembre 2018", 24.03.2020, CPT/Inf (2020) 11, § 100.

W prawie hiszpańskim co prawda istnieje obowiązek identyfikacji ofiar handlu ludźmi, ale nie ma przepisów wprost nakazujących ich zwolnienie z detencji[211]. W praktyce takiej identyfikacji dokonują w większości przypadków pracownicy organizacji pozarządowych, ponieważ personel ośrodków nie jest wystarczająco wyszkolony w tej kwestii[212]. Zły stan zdrowia cudzoziemca nie stanowi okoliczności wyłączającej detencję, ale w przypadku poważnych chorób sędzia powinien ocenić ryzyko detencji, biorąc pod uwagę zdrowie publiczne oraz zdrowie cudzoziemca[213]. W innych przepisach wskazuje się na wymóg, aby sędzia wziął pod uwagę fizyczną oraz psychiczną kondycję cudzoziemca przed podjęciem decyzji o detencji[214]. Natomiast w 2014 r. wprowadzono medyczne procedury identyfikacji osób z problemami zdrowotnymi i ustalaniem ich leczenia[215].

Przepisy nakazujące zwolnienie domniemanej ofiary handlu ludźmi obowiązują w Polsce, ale obejmują tylko wąską grupę przypadków podjęcia przez cudzoziemca współpracy z organami państwa w zakresie ścigania sprawców tego procederu (art. 406 ust. 1 pkt 4 u.c.). W przypadku osób w sytuacji szczególnej wrażliwości bardzo często zachodzi jedna z dwóch przesłanek do nieumieszczania w ośrodku strzeżonym lub areszcie dla cudzoziemców. Zachodzą one wtedy, gdy detencja takiej osoby mogłaby wywołać niebezpieczeństwo dla jej życia lub zdrowia (art. 400 pkt 1 u.c.) lub ich stan psychofizyczny uzasadnia domniemanie, iż były one poddane przemocy (art. 400 pkt 2 u.c.). W obu tych przypadkach sąd ma obowiązek odmówić wydania postanowienia o umieszczeniu w SOC. Z raportu opublikowanego przez KMPT wynika, że jeśli cudzoziemcy są już pozbawieni wolności w SOC, postanowienia o zwolnieniu z detencji – w trybie art. 406 ust. 1 pkt 2 u.c. – są wydawane dopiero w przypadku zaistnienia obu tych przesłanek łącznie[216].

Na uwagę zasługuje, że tylko w przypadku ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP ustawodawca przewidział, że nie wydaje się

---

[211] Por. Ley Organica 4/2000, art. 59bis. Powstał w tym zakresie specjalny dokument: Protocolo marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos, 28.11.2011. W jego punkcie XIII B wskazuje się, że jeśli identyfikacja nastąpi w miejscu detencji, kluczowe znaczenie mają obowiązki informacyjne państwa, które mają zapobiec wydaleniu takiego cudzoziemca.

[212] Por. GDP, *Immigration Detention in Spain…*, op. cit., s. 16.

[213] Por. Ley Organica 4/2000, art. 62 ust. 1.

[214] Circular 6/2014 de la Dirección General de la Policía-Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de 11 de julio de 2014, Criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en Centros de Internamiento (dalej jako Circular 6/2014), art. 1. pkt 2e.

[215] Real Decreto 162/2014.

[216] Rzecznik Praw Obywatelskich, *Sytuacja cudzoziemców w ośrodkach strzeżonych w dobie kryzysu na granicy Polski i Białorusi. Raport z wizytacji krajowego mechanizmu prewencji tortur*, H. Machińska, M. Kusy, P. Kazimirski (red.), Warszawa 2022, s. 26 (dalej jako Raport KMPT).

postanowienia o umieszczeniu w ośrodku strzeżonym w stosunku do osób niepełnosprawnych i w stosunku do małoletnich (art. 88a ust. 3 pkt 3 u.u.c.o.). Zatem pod rządami ustawy o cudzoziemcach niepełnosprawność nie stanowi samodzielnej przesłanki negatywnej, choć mieści się w kategorii takiego stanu cudzoziemca, którego umieszczenie w ośrodku strzeżonym stanowi niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia cudzoziemca. Tu jednak trzeba zauważyć, że w tym zakresie ocena, czy rzeczywiście takie niebezpieczeństwo istnieje, powinna być oparta na badaniach lekarskich (art. 413 ust. 1 u.c.)[217].

W kontekście polskim problemem pozostaje jednak nie tyle treść przepisów, co brak szybkiej i właściwej identyfikacji osób szczególnie wrażliwych, zwłaszcza ofiar tortur lub nieludzkiego traktowania, przemocy na tle seksualnym, jak również brak adekwatnej opieki zdrowotnej i psychologicznej[218]. Kluczową rolę odgrywa tu wewnętrzy dokument Straży Granicznej zatytułowany *Zasady postępowania Straży Granicznej z cudzoziemcami wymagającymi szczególnego traktowania*. Został on krytycznie oceniony w raporcie Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur[219].

W opinii KMPT wskazany dokument jest sprzeczny z przepisami polskiego prawa oraz standardami Protokołu stambulskiego i innymi wypracowanymi standardami międzynarodowymi, ponieważ nie przewiduje niezwłocznego zwolnienia cudzoziemców, którzy są domniemanymi ofiarami przemocy z ośrodka strzeżonego.

Ponadto z raportu KMPT wynika, że pomimo istnienia odpowiedniego algorytmu, w SOC przebywają osoby, które mimo widocznych objawów PTSD nie zostały zidentyfikowane jako ofiary tortur czy przemocy, a jeśli już to nastąpiło, to w wielu przypadkach sama identyfikacja trwała zbyt długo[220]. Szczególne trudności powstały w wyniku przeludnienia w SOC w 2021 r. Z powodu dysproporcji pomiędzy liczbą funkcjonariuszy SG, psychologów i lekarzy a liczbą osób poddanych detencji zastosowanie istniejącego algorytmu okazało się w praktyce niemożliwe; żadnej ze 1153 osób przebywających w SOC w Krośnie Odrzańskim i Wędrzynie w okresie od 1.07. do 31.12.2021 r. nie objęto algorytmem przewidzianym w „Zasadach postępowania Straży Granicznej z cudzoziemcami wymagającymi szczególnego traktowania"[221].

---

[217] Por. tak też P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach…*, op. cit., s. 854.

[218] Por. KPT, Concluding observations on the seventh periodic report of Poland, CAT/C/POL/CO/7, 29.08.2019, § 25–26.

[219] Por. Raport KMPT, s. 29.

[220] Por. ibidem, s. 44.

[221] Por. ibidem, s. 45.

5. PROPORCJONALNOŚĆ DETENCJI

5.1. ZAGADNIENIA OGÓLNE

W tej części rozważań niezbędne jest poruszenie trzech kwestii. Pierwszą jest pytanie czy zasada proporcjonalności jest wyrażona wprost w przepisach prawa lub też są one tak sformułowane, że wymuszają wyważenie oceny dopuszczalności detencji. Drugim elementem jest odpowiedź na pytanie, czy prawodawca przewiduje, iż pozbawienie wolności jest środkiem ostatecznym. Niejako w konsekwencji trzeba rozważyć także, czy takie unormowania są rzeczywiście w praktyce stosowane, a zatem czy faktycznie cudzoziemcy są poddawani detencji w ostateczności.

W doktrynie niemieckiej stwierdza się, że w ramach oceny proporcjonalności sąd musi zbadać różne aspekty, które są uregulowane w ustawodawstwie lub wynikają z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego[222]. Jest to zatem ustalenie, czy nie może być zastosowany łagodniejszy środek zgodnie z § 62 (1) zd. 1 AufenthG. Sąd powinien zastosować pozbawienie wolności na możliwie najkrótszy czas (§ 62 (1) zd. 2 AufenthG), następnie uwzględnić, że małoletni i rodziny z małoletnimi mogą być przetrzymywani w ośrodku detencyjnym do czasu wydalenia jedynie w wyjątkowych przypadkach i jedynie tak długo, jak jest to właściwe, biorąc pod uwagę dobro dziecka, istnienie przeszkód zdrowotnych, które czyniłyby przymusowy powrót niemożliwym[223]. Niezbędne jest także rozważenie, czy przymusowy powrót do danego państwa jest możliwy[224], biorąc pod uwagę chęć współpracy osoby zainteresowanej[225], a także możliwość dobrowolnego wyjazdu[226].

W prawie hiszpańskim stanowi się, że sędzia wydaje postanowienie o detencji z uzasadnieniem, w którym zgodnie z zasadą proporcjonalności uwzględnia okoliczności danej sprawy[227]. Pomimo to organy praw człowieka wskazywały na

---

[222] Por. J. Grotkopp, *Abschiebungshaft. Voraussetzungen – Verfahren – Rechtsschutz*, C.H. Beck, München 2020, s. 41 i n.

[223] Por. BGH, Beschluss vom 1. Juni 2017 – V ZB 163/15, ECLI:DE:BGH:2017:010617 BVZB163.15.0.

[224] Por. BGH, Beschluss vom 17. Juni 2010 – V ZB 13/10.

[225] Por. J. Grotkopp, *Abschiebungshaft*…, s. 46.

[226] Por. AufenthG art. 62 (3) zd. 2.

[227] Wśród tych okoliczności ustawodawca wymienia ryzyko ucieczki, działania cudzoziemca mające na celu utrudnienie lub uniknięcie wydalenia, jak również wcześniejsze wyroków skazujących lub sankcji administracyjnych oraz innych toczących się postępowań karnych lub administracyjnych procedur sankcyjnych por. Ley Organica 4/2000, art. 62 ust. 1.

automatyzm stosowania detencji w Hiszpanii zarówno w procedurach zmierzających do wydalenia, jak i wobec osób poszukujących ochrony międzynarodowej[228].

W Bułgarii cudzoziemiec może być pozbawiony wolności po dokonaniu oceny indywidualnych okoliczności i ryzyka ucieczki lub innego utrudnienia powrotu[229]. W przypadku osób poszukujących ochrony międzynarodowej stanowi się, że detencja jest dopuszczalna, jeżeli nie można skutecznie zastosować środków alternatywnych i po dokonaniu oceny okoliczności danej sprawy. Cudzoziemiec ubiegający się o udzielenie ochrony międzynarodowej może zostać tymczasowo i na możliwie najkrótszy okres umieszczony w ośrodku detencyjnym. Prawodawca bułgarski dopuszcza taką detencję w celu ustalenia lub zweryfikowania tożsamości lub obywatelstwa, zbadania okoliczności, na których opiera się wniosek oraz gdy jest to konieczne w celu ochrony bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego[230]. Komitet Praw Człowieka zwracał uwagę, iż tak wysłowiona zasada proporcjonalności nie jest realizowana, jeśli chodzi o systematyczne stosowanie krótkotrwałej detencji w celu ustalenia tożsamości[231].

W prawie francuskim zgodnie z CESEDA art. L 741-1 organ administracyjny może umieścić w areszcie na okres czterdziestu ośmiu godzin cudzoziemca, który znajdzie się w jednym z przypadków przewidzianych w art. 731-1 w celu wykonania decyzji o wydaleniu i żaden inny środek nie wydaje się wystarczający do zagwarantowania skutecznego wykonania tej decyzji. Ryzyko, o którym mowa w akapicie pierwszym, ocenia się według tych samych kryteriów, jak te przewidziane w art. L 612-3 CESEDA.

Expressis verbis o proporcjonalności nie wspomina prawodawstwo szwedzkie, co ma wpływ na to, iż organy orzekające o detencji stosują tę zasadę stosunkowo rzadko i nie traktują tego środka jako *ultima ratio*. Decyzje o pozbawieniu wolności są bardzo lakoniczne, a także formułowane w stereotypowy sposób[232]. W związku z tym postuluje się wprowadzenie do ustawy o cudzoziemcach obowiązku wyważenia interesów państwa i cudzoziemca zarówno na poziomie wydawania decyzji, jak i jej kontroli[233].

---

[228] KPC, Concluding observations on the sixth periodic report of Spain, CCPR/C/ESP/CO/6, 24.08.2015, § 15.

[229] Por. Закон за чужденците, art. 49(5)(6), Por. Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, Concluding Observations: Bulgaria, CERD/C/BGR/CO/23-25, 27.12.2023, § 28g.

[230] Por. Закон за убежището, art. 45б.

[231] Por. KPC, CCPR/C/BGR/CO/4, § 30d.

[232] Por. D. Duić, M. Jambrešić, *From Freedom to Detention: A Systematic Analysis of Swedish Aliens Legislation*, „Časopis Pro Právní Vědu A Praxi" 2022, č. 4, roč. XXX, s. 776, https://doi.org/10.5817/CPVP2022-4-4.

[233] Por. Ph. De Bruycker, A. Bloomfield, E. Tsourdi, J. Pétin, *Alternatives to Immigration…*, op. cit., s. 74.

W niderlandzkiej ustawie o azylu stanowi się, iż umieszczenie osób ubiegających się o azyl w ośrodku detencyjnym nie może opierać się wyłącznie na wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej. Detencja jest dopuszczalna wyłącznie ze względu na: bezpieczeństwo narodowe, porządek publiczny, zdrowie publiczne lub ryzyko ucieczki. Prawodawca wymaga, aby pozbawienie wolności opierało się na indywidualnej ocenie i było stosowane tylko wtedy, gdy skuteczne zastosowanie mniej dotkliwych środków alternatywnych nie jest możliwe. Niemniej jednak w ocenie KPC detencja osób poszukujących ochrony międzynarodowej jest stosowana w tym państwie automatycznie[234].

W prawie polskim ma ona szczególne umocowanie w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, który stanowi, że ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności jest dopuszczalne tylko, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Dotyczy to także możliwości ustanowienia w ustawie wyjątków od zasady korzystania przez cudzoziemców z praw i wolności zapewnionych Konstytucji RP każdemu, kto znajduje się pod władzą Rzeczpospolitej Polskiej (art. 37 ust. 2 Konstytucji RP)[235]. Sąd Najwyższy stwierdził, że pozbawienie wolności cudzoziemca ubiegającego się o ochronę międzynarodową musi ten standard spełniać, co oznacza, że powinno być ono środkiem ostatecznym i wymaga szczególnego uzasadnienia. Analiza brzmienia art. 87 u.u.c.o. doprowadziła SN do wniosku, iż

> niedopuszczalne jest traktowanie detencji stosowanej wobec cudzoziemca jako środka zwyczajnego, opartego na domniemaniach lub orzekanego wówczas, gdy brak jest informacji lub dowodów uzasadniających wystarczalność zastosowania mniej dolegliwych środków. Jeżeli postępowanie nie dostarcza dowodów na spełnienie przesłanki konieczności osadzenia cudzoziemca w ośrodku strzeżonym, to orzeczenie tego środka jest niedopuszczalne, Obowiązuje w tym zakresie zasada ultima ratio, co wyklucza wszelki automatyzm skutkujący tym, że złożenie wniosku o udzielenie ochrony

[234] Por. KPC, *Concluding Observations on the Fifth Periodic Report of the Netherlands*, CCPR/C/NLD/CO/5, 22.08.2019, § 24–25a; KPT, *Concluding Observations: Netherlands*, CAT/C/NLD/CO/7 – por. ustawa o azylu, art. 35-A(1); problem ten dotyczy także Węgier por. KPC, *Concluding observations: Hungary*, CCPR/C/HUN/CO/6, § 45; por. także krytyczne uwagi KPT dotyczące automatyzmu stosowania detencji na granicy w Belgii: *Concluding observations on the fourth periodic report of Belgium Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Belgique*, 28.07.2022, CAT/C/BEL/CO/4, § 29–30.

[235] Por. wyrok SN, sygn. akt II KK 148/22.

międzynarodowej z dużym prawdopodobieństwem prowadzi do pozbawienia wolności wnioskodawcy przez osadzenie go w strzeżonym ośrodku[236].

Również doktrynalnie podkreśla się, że zarówno w postępowaniach o udzielenie ochrony międzynarodowej, jak i powrotowych sądy mają obowiązek oceny nie tylko pozytywnych, ale też negatywnych przesłanek pozbawienia wolności, jak również rzetelnej oceny możliwości zastosowania środków alternatywnych[237].

5.2. ŚRODKI ALTERNATYWNE

W praktyce Państw-Stron EKPC problem stosowania środków alternatywnych jest dwuwarstwowy. Po pierwsze odnosi się do pytania, czy normy prawa krajowego nakazują traktować detencję w kategoriach wyjątkowych po rozważeniu łagodniejszych środków? Drugim elementem – z punktu widzenia cudzoziemców chyba nawet istotniejszym – jest poziom rzeczywistego stosowania alternatyw do detencji.

Pierwszeństwo środków alternatywnych jest wprost wyartykułowane w przepisach niderlandzkich oraz niemieckich[238]. Dobrym przykładem może być tutaj artykuł 59c niderlandzkiej ustawy o cudzoziemcach, stanowiący, że detencji poddaje się cudzoziemca tylko wtedy, gdy nie mogą być skutecznie zastosowane mniej uciążliwe środki przymusu.

W polskim ustawodawstwie, w przypadku cudzoziemców ubiegających się ochronę międzynarodową detencja może mieć zastosowanie tylko przy kumulatywnym zaistnieniu dwóch grup przesłanek. Po pierwsze muszą zaistnieć okoliczności wskazujące na konieczność zachowania kontroli nad cudzoziemcem, a po drugie nie ma możliwości zastosowania środków alternatywnych (art. 88a u.u.c.o.). Pierwszeństwo środków alternatywnych nie jest już tak oczywiste w przypadku ustawy o cudzoziemcach.

Możliwość zastosowania środków alternatywnych leży w kompetencjach Straży Granicznej[239] (art. 398 ust. 4 u.c., art. 88 ust. 2 u.u.c.o.) oraz sądów

---

[236] Por. wyrok SN, sygn. akt II KK 148/22.

[237] Por. W. Klaus, M. Szulecka, D. Wzorek, *Detencja i jej alternatywy*…, op. cit., s. 81–83.

[238] Por. także w Belgii zgodnie z art. 7 (12) Loi n° 2018-778 detencja w celu wydalenia jest dopuszczalna na czas ściśle niezbędny do jego wdrożenia, chyba że mogą być zastosowane wystarczające, ale łagodniejsze środki przymusu. Por także art. 74 (6) regulujący detencję na terytorium oraz art. 51 (5) regulujący zastosowanie detencja w ramach procedur dublińskich.

[239] Straż Graniczna wydaje w tym względzie postanowienie, którego charakter prawny jest definiowany jako bliski środkom zapobiegawczym uregulowanym w rozdziale 28 kpk; por. P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach*…, op. cit., s. 853.

(art. 401 ust. 6 u.c., art. 88b ust. 3 u.u.c.o.). Sąd ma obowiązek rozpatrzenia możliwości zastosowania środków alternatywnych zarówno w przypadku pierwotnej decyzji o zastosowaniu środka detencyjnego, jak i na etapie rozpatrywania wniosku o jego przedłużenie w przypadku osób ubiegających się o ochronę międzynarodową (art. 89 ust. 7 u.u.c.o., art. 403 ust. 7a u.c.). Środki alternatywne nie są dopuszczalne w stosunku do osób, które wcześniej do takich środków się nie zastosowały (art. 398 ust. 1 pkt 4 u.c.). W ustawodawstwie polskim nie uregulowano kwestii możliwości zastosowania środków alternatywnych w stosunku do cudzoziemców przebywających w detencji. Wydaje się, że taka możliwość skutkowałaby większą skłonnością sądów do zwalniania cudzoziemców z SOC, jeśli byłaby możliwość zachowania kontroli nad ich zachowaniami w taki właśnie sposób.

Również w prawie niemieckim detencja w celu wydalenia nie jest dopuszczalna, jeśli cel pozbawienia wolności może być osiągnięty przez mniej restrykcyjne środki (AufenthG, § 62 (1)). Prawodawca nie podaje, o jakie środki chodzi. Można przyjąć, że są to ograniczenia wymienione w § 61 tej ustawy, a więc obowiązek zamieszkiwania w danym okręgu, ale należy podkreślić, że zgodnie z jej art. 61 (3) pkt 1 f mogą to być także inne formy, które znowu na zasadzie przykładowej wskazano w przepisach podustawowych[240]. W praktyce środki alternatywne są również zróżnicowane w poszczególnych landach nie tylko, jeśli chodzi o samo nazewnictwo, ale też odmienności w ich zastosowaniu, czego przykładem jest obowiązek pozostawania w określonym miejscu. Przybiera on postać zarówno domowego aresztu nocnego, jak i dziennego obowiązku pozostawania w miejscu zakwaterowania w wyznaczonych porach[241].

Należy w tym miejscu podkreślić, że wyrażenie „środki alternatywne do detencji" nie jest pojęciem języka prawnego, lecz zbiorczą nazwą instrumentów kontroli nad cudzoziemcami, które nie polegają na pozbawieniu wolności. Jest to pojęcie na tyle ogólne, że obejmuje wszystkie inne określenia, jakie można spotkać w prawie krajowym czy dokumentach międzynarodowych, jak np. „środki niepolegające na pozbawieniu wolności" (non-custodial measures), „środki mniej restrykcyjne", „środki mniej ingerujące", „łagodniejsze środki przymusu", „mniej uciążliwe środki", „środki specjalne", „środki alternatywne", czy jak choćby w polskim prawie „środki inne niż umieszczenie w ośrodku strzeżonym

[240] Por. Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009, art. 46 pkt 1.4, GMBl S. 878, tekst w wersji elektronicznej http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_26102009_MI31284060.htm [dostęp: 15.12.2023].

[241] Por. F. Haberstroh, *Abschiebungshaft and alternativen zu Abschiebungshaft: Studie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das. Europäische Migrationsnetzwerk (EMN*), 2022, s. 23.

lub w areszcie dla cudzoziemców"[242]. Jednocześnie są dwa sposoby rozumienia ich zakresu przedmiotowego. Pierwszy z tym pojęciem łączy tylko te ograniczenia, które stosuje się zamiast ewentualnej detencji. W prosty sposób rzecz ujął TSUE, stwierdzając, że środki alternatywne to takie, które stosuje się, jeśli istnieje podstawa prawna do detencji, ale pozbawienie wolności nie jest ani konieczne ani proporcjonalne[243]. Drugie rozumienie jest szersze i obejmuje wszystkie typy ograniczeń czy restrykcji w ogóle przewidzianych wobec cudzoziemców nawet bez powiązania z ewentualną możliwością pozbawienia wolności[244].

Na potrzeby niniejszego opracowania przyjęta zostaje perspektywa węższa. Z tego punktu widzenia należy uznać, że środków alternatywnych nie przewiduje prawo hiszpańskie. W art. 61 ust. 1 hiszpańskiej Ley Organica 4/2000 w związku z deportacją ustawodawca uregulował zastosowanie tzw. środków ostrożności (zabezpieczających). Wskazano tutaj zarówno na środki wolnościowe, takie jak np. obowiązek zamieszkiwania w określonym miejscu (art. 61 ust. 1 lit. b) czy obowiązek zgłaszania się do władz (art. 61 ust. 1 lit. a) jak i na pozbawienie wolności (art. 61 ust. 1 lit. d). Relacja pomiędzy tymi środkami nie została określona i trudno przyjąć, że środki wolnościowe mają charakter alternatyw wobec detencji lub też mają przed nią pierwszeństwo. Dodać przy tym należy, że w ocenie organizacji pozarządowych środki wolnościowe nie są w praktyce stosowane, jeśli chodzi o osoby poszukujące ochrony międzynarodowej[245]. W literaturze sygnalizowano, że w Słowenii jako środek alternatywny zostało zakwalifikowane pozbawienie wolności w ośrodkach recepcyjnych oraz danie cudzoziemcowi możliwości dobrowolnego powrotu[246].

Wśród najpopularniejszych środków alternatywnych wymienić można: nałożenie na cudzoziemca obowiązku zgłaszania się do władz w określonych odstępach

---

[242] Zob. Steering Committee for Human Rights, *Human Rights and Migration: Legal and Practical Aspects of Effective Alternatives to Detention in the Context of Migration, Analysis of the Steering Committee for Human Rights (CDDH)*, Adopted on 7 December 2017, Council of Europe tekst w wersji elektronicznej, s. 18; por. *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgia*, § 124; *A.B. i inni v. Francja*, § 124; KM RE, Twenty Guidelines…, wytyczna 6.1; KPC, *General Comment No. 35*…, op. cit., § 18; *Zeyad Khalaf Hamadie Al-Gertani v. Bosnia and Herzegovina*, Communication Nr 1955/2010, CCPR/C/109/D/1955/2010, 1.11.2013, § 10.4; UNHCR, *Detention Guidelines*, wytyczna 4.3, § 35; dyrektywa 2008/115/WE, art. 15 ust 1.

[243] Por. *FMS i inni v. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság and Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság* (dalej jako FMS i inni), sprawy połączone C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, wyrok Wielkiej Izby TSUE z 14.05.2020 r., ECLI:EU:C:2020:367, pkt 293.

[244] Por. Steering Committee for Human Rights, *Human Rights and Migration*…, op. cit., s. 19.

[245] Por. GDP, *Immigration Detention in Spain*…, op. cit., s. 19.

[246] Por. A. Bloomfield, *Alternatives to Detention at Crossroads: Humanisation or Criminalisation?*, „Refugee Survey Quarterly" 2016, t. 35, s. 37.

czasu, który może być realizowany telefonicznie, osobiście lub pisemnie[247] oraz złożenie paszportu lub innego dokumentu tożsamości[248].

Następnie równie często stosuje się różne typy rozwiązań ograniczeń lub pozbawienia możliwości zmiany miejsca pobytu przez cudzoziemca. Jeśli chodzi o te ostatnie, przewiduje się w tym względzie zarówno areszt domowy[249], jak i obowiązek zamieszkiwania w określonym mieście lub okręgu[250]. Niekiedy też występuje zakaz zamieszkiwania w określonych miejscach, co wiąże się z polityką równego obciążania poszczególnych części terytorium[251].

Trzeba zauważyć, że niekiedy niejasny pozostaje charakter obowiązku zamieszkiwania w niektórych typach ośrodków przeznaczonych dla cudzoziemców. Obecnie w kilku państwach funkcjonują placówki, które zainteresowane władze określają jako środki alternatywne wobec detencji, ale zasady ich funkcjonowania w praktyce wyłączają swobodę poruszania się cudzoziemców[252]. Na przykład ośrodki przygotowania powrotu we Francji (*dispositifs de préparation au retour,* albo *DPAR*) są oficjalnie instytucjami otwartymi i dającymi swobodę poruszania się cudzoziemcom, ale nie dopuszcza się w nich wizyt osób z zewnątrz

---

[247] Por. m.in. prawo bułgarskie: Закон за чужденците, art. 44 (5) pkt 1; prawo niemieckie: Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz, art. 45 pkt 1.4; prawo szwedzkie: Utlänningslag, rozdział 10 § 8; prawo polskie: art. 398 ust. 2 pkt 1 u.c. oraz u.u.c.o. art. 88 ust. 2 pkt 1 u.u.c.o. Zob. także prawo włoskie: TUI, art. 14 1 bis c; prawo chorwackie: ustawa o cudzoziemcach, art. 213 (1)4; prawo portugalskie: Lei n. º 23/2007, de 4.07.2007, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional [ustawa nr 23/2007 z dnia 4.07.2007 r., dotycząca statusu, wjazdu, pobytu, wyjazdu i wydalania cudzoziemców z terytorium kraju], Nº de artigos:281, (dalej jako Lei nº 23/2007), art. 160 ust. 3c.

[248] Por. prawo bułgarskie: Закон за чужденците, art. 44 (5) pkt 3; prawo chorwackie: ustawa o cudzoziemcach, art. 213 (1). 1; prawo niemieckie: Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz, art. 46 pkt 1.4; prawo włoskie: TUI, art. 14 1 bis. a; prawo polskie: art. 398 ust. 2 pkt 3 u.c. W Polsce w przypadku osób ubiegających się o status uchodźcy taki środek nie może być zastosowany, ponieważ na mocy art. 31 ust. 1 u.u.c.o., cudzoziemcy ci są zobowiązani do złożenia takiego dokumentu do depozytu Szefowi Urzędu ds. Cudzoziemców.

[249] Przybiera on postać obowiązku pobytu w przydzielonym obiekcie noclegowym w godzinach od 22.00 do 6.00 lub też obowiązku pobytu w miejscu zakwaterowania o określonej porze – por. AufenthG, § 46 (1), § 61 (1)e; CESEDA, art. L 262-1 oraz art. L 743-13.

[250] Por. prawo francuskie: CESEDA, art. L 751-6; prawo chorwackie: ustawa o cudzoziemcach, art. 213 (1) 1; prawo niemieckie: AufenthG, § 61; prawo włoskie: Decretto Legislativo n. 286, art. 14 1 bis c; prawo polskie ustawa o cudzoziemcach, art. 398 ust. 2 pkt 4; u.u.c.o., art. 88 ust. 2 pkt 3.

[251] (Former) Committee on Migration, Refugees and Population, *Report: The Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants in Europe*, Doc. 12105, 11.01.2010, Council of Europe, s. 14, pkt 46.

[252] Chodzi m.in. o niderlandzkie ośrodki ograniczenia wolności (*Vrijheidsbeperkende locatie*, VBL) i ośrodki rodzinne (*Gezinslocatie*, GL), w których przebywają bezpośrednio przed przymusowym powrotem osoby, których wniosek o ochronę międzynarodową został odrzucony. Pobyt tam jest monitorowany przez obowiązek zgłaszania się do władz przez sześć dni w tygodniu. Środki te są stosowane na podstawie art. 56 w związku z art. 54 Vreemdelingenwet.

oraz organizacji pozarządowych. Ponadto przynajmniej wobec części osób tam zakwaterowanych formalnie wydano decyzje o areszcie domowym, co powoduje, iż faktycznie tych miejsc opuścić nie mogą[253].

Kolejnym środkiem jest zwolnienie za poręczeniem lub za kaucją. W polskim ustawodawstwie przewiduje się wpłatę zabezpieczenia pieniężnego w kwocie nie niższej niż dwukrotność minimalnego wynagrodzenia przewidzianego w przepisach o minimalnym wynagrodzeniu za pracę[254]. W doktrynie zwraca się uwagę, że są to rozwiązania mało precyzyjne, ponieważ nie określa się w nich górnej granicy zabezpieczenia, nie wskazano organu odpowiedzialnego za przechowywanie przedmiotowych środków, jak też sposobu ich przechowywania[255]. Specyficzną odmianą tego środka jest obowiązek przeznaczenia środków na sfinansowanie powrotu, które cudzoziemiec wpłaca na zablokowane konto założone przez władze imigracyjne (§ 46 ust. 1 AufenthG). Niemniej jednak w praktyce środek ten nie jest stosowany[256].

Znacznie rzadziej przewiduje się zwolnienie pod kontrolę członków rodziny, instytucji, organizacji pozarządowych, następnie zwolnienia z koniecznością współpracy ze specjalnym pracownikiem[257]. W prawie niemieckim wymienia się także obowiązek uczestnictwa w spotkaniach z podmiotami odpowiedzialnymi za doradztwo w zakresie powrotów przymusowych[258].

Formą, po którą sięga tylko kilka państw, jest dozór elektroniczny[259]. Ze względu na poziom ingerencji w funkcjonowanie osoby poddanej dozorowi, jak również podobieństwo do środków prawnokarnych postuluje się, aby w ogóle zaprzestać ich używania w stosunku do cudzoziemców[260]. Uzasadnieniem dla niestosowania środków tak dalece ingerujących może być tu zwłaszcza zasada proporcjonalności, która powinna być wyznacznikiem oceny dopuszczalności nakładania wszelkich ograniczeń praw cudzoziemców. Oznacza to na

[253] Zob. szerzej GDP, *Immigration Detention in France*…, op. cit., s. 28–29.

[254] Por. u.u.c.o., art. 88 ust. 1 pkt 2; u.c., art. 398 ust. 2.

[255] Por. P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach*…, op. cit., s. 852.

[256] Por F. Haberstroh, *Abschiebungshaft*…, op. cit., s. 22.

[257] Są to środki przewidziane tylko w Zjednoczonym Królestwie oraz w Danii.

[258] Por. AufenthG, § 46 (1).

[259] Obecnie już nie jest przewidziany w prawie francuskim. Środek ten jest stosowany bardzo często w Zjednoczonym Królestwie: L. Tyler, *Migrants in UK face ‚degrading' surveillance ankle tags*, 6.12.2022, https://www.context.news/surveillance/migrants-in-uk-face-degrading-surveillance-ankle-tags [dostęp: 12.09.2023]. W prawie portugalskim por. ustawa o cudzoziemcach: art. 160 ust. 3b.

[260] FRA, *Alternatives to Detention for Asylum Seekers and People in Return Procedures*, 2015, s. 2; SRHRM, Report, A/HRC/20/24, 2.04.2012, § 63. Zob. także A. Bloomfield, E. Tsourdi, J. Pétin, *Alternatives to Immigration*…, op. cit., s. 102–103; Jesuit Refugee Service, *Alternatives to Detention of Asylum Seekers*, Working paper, October 2008, s. 9.

przykład, że obowiązek zgłaszania się do władz powinien być wykonalny w praktyce – biorąc pod uwagę odległość pomiędzy miejscem zamieszkania a siedzibą władz i nie powinien prowadzić do takiego obciążenia, które uniemożliwiałoby cudzoziemcowi normalne funkcjonowanie.

W praktyce problematyczna jest przede wszystkim kwestia realnego brania środków alternatywnych pod uwagę przez sądy i inne kompetentne organy w konkretnych sprawach[261]. W literaturze podkreśla się, że jako kluczowy trzeba postrzegać poziom orzeczniczej pracy sądów w zakresie stosowania zasad proporcjonalności i oceny nałożenia środków łagodniejszych niż detencja, czego dobrym przykładem jest Austria. Podaje się, że w tym państwie w jednej trzeciej rozpatrywanych spraw sądy orzekały, iż detencja w ogóle nie powinna być zastosowana lub decydowały o zastosowaniu środków alternatywnych[262].

Restryktywność polityki migracyjnej może przybierać taką postać, że chociaż państwo nie stosuje detencji migracyjnej na dużą skalę, to jednak równocześnie bardzo rzadko stosuje środki alternatywne. Klasycznym tego przykładem jest Bułgaria, gdzie pomimo obowiązywania przepisów w zakresie stosowania alternatyw detencja jest głównym środkiem polityki migracyjnej[263]. Dodatkowo problemem jest automatyzm detencji osób poszukujących ochrony międzynarodowej[264]. Również w Królestwie Niderlandów środki alternatywne są brane pod uwagę bardzo rzadko[265]. Wedle badań naukowych w Szwecji w latach 2015–2020 o detencji orzekano w 80 procentach spraw w każdym roku[266].

Wydaje się warte odnotowania, że w Polsce w 2016 opublikowano badania nad stosowaniem środków alternatywnych przez Straż Graniczną. Wykazano w nich, że SG sięga po te środki często, a procentowy poziom podporządkowania

---

[261] Por. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, Rezolucja 2020 (2014), *Alternatives to Immigration Detention of Children*, 3.10.2014, § 8.

[262] Por. A. Bloomfield, *Alternatives to Detention*…, op. cit., s. 37.

[263] Podobnie jak Chorwacja, Łotwa, Litwa, Słowacja i Słowenia Fundamental Rights Agency (FRA), Annual report 2012 r., s. 60, tabela 1.6.

[264] KPT, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention Concluding Observations of the Committee against Torture*, CAT/C/BGR/CO/4-5, 14.12.2011; Komitet ds. likwidacji dyskryminacji rasowej, *Concluding Observations on the Combined Twentieth to Twenty-Second Periodic Reports of Bulgaria*, CERD/C/BGR/CO/20-22, 31.05.2017; KPC, *Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Bulgaria*, CCPR/C/BGR/C/4, 15.11.2018; CPT, Bułgaria, CPT/Inf (2018) 15, 4.05.2018.

[265] Por. KPC, *Concluding Observations: Netherlands*, CCPR/C/NLD/CO/5, § 24; Commissioner of Human Rights of the Council of Europe, Report Following His Visit to the Netherlands from 20 to 22 May 2014, CommDH(2014)18, 14.10.2014, http://www.refworld.org/category,COI,COECHR,NLD,54bd1d604,0.html [dostęp: 15.04.2025].

[266] Por.D. Duić, M. Jambrešić, *From Freedom to Detention*…, op. cit., s. 779.

się im przez cudzoziemców jest niezwykle wysoki[267]. Sytuacja ta uległa zasadniczej zmianie, a w okresie kryzysu na przełomie lat 2021/2022 priorytetem stało się przede wszystkim niedopuszczanie i zawracanie cudzoziemców próbujących wjechać na terytorium Polski. Jeśli dane osoby już na tym terytorium się znalazły, składanie wniosków o umieszczenie w ośrodku strzeżonym lub areszcie dla cudzoziemców stało się regułą. Jak podkreślono w raporcie KMPT zebrane dane świadczą jednoznacznie o systemowej preferencji zwiększania potencjału ośrodków detencyjnych kosztem środków o charakterze wolnościowym[268].

Jeśli chodzi o sądy, organizacje pozarządowe już kilka lat temu sygnalizowały, że obowiązek wzięcia pod uwagę środków alternatywnych nie zawsze jest realizowany lub też sposób jego realizacji nie jest właściwy[269]. Również Rzecznik Praw Dziecka w wystąpieniu z 2018 r. do prezesów sądów apelacyjnych zwrócił uwagę, że sądy nie są wystarczająco wnikliwe, jeśli chodzi o ocenę możliwości stosowania środków alternatywnych[270]. Jak odnotował Rzecznik, sądy niejednokrotnie ograniczały się w postanowieniach do stwierdzenia, że o nieskuteczności środków alternatywnych niejako a príori przesądza fakt, że cudzoziemcy w przeszłości nielegalnie opuścili wraz z dziećmi Polskę i udali się bez wymaganych dokumentów do państw Europy Zachodniej[271]. Ostatnio przeprowadzone badania nad praktyką orzeczniczą w zakresie detencji jedynie potwierdzają, że sądy praktycznie nie stosują środków alternatywnych[272].

6. ORGANY KOMPETENTNE W SPRAWACH DETENCYJNYCH

Przynajmniej sześć Państw-Stron EKPC dopuszcza zastosowanie pozbawienia wolności cudzoziemców wyłącznie na podstawie decyzji organów administracyjnych. W przypadku Bułgarii oraz Królestwie Niderlandów organem tym jest

[267] Zob. O. Łachacz, R. Łachacz, *Stosowanie wobec cudzoziemców środków alternatywnych do detencji w praktyce straży granicznej*, [w:] W. Pływaczewski, M. Ilnicki (red.), *Ochrona praw człowieka w polityce migracyjnej Polski i Unii Europejskiej*, Olsztyn 2016, s. 238–251.

[268] Raport KMPT…, op. cit., s. 14.

[269] Por. M. Jaźwińska, *Zmiany związane z detencją wprowadzone nową ustawą o cudzoziemcach*, [w:] J. Białas et al. (red.), *W poszukiwaniu ochrony*…, op. cit., s. 67.

[270] Zob. Wystąpienie Generalne Rzecznika Praw Dziecka do Prezesów Sądów Apelacyjnych z 6.03.2018 r., s. 5, http://brpd.goprzeciwkopl/sitES/default/filES/2018_03_06_wyst_prezesi.pdf [dostęp: 20.09.2023].

[271] KPD, General Comment No. 6, *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, 2005, § 61.

[272] Por. W. Klaus, M. Szulecka, D. Wzorek, *Detencja i jej alternatywy*…, op. cit., s. 189–199, 217.

policja. W Belgii oraz w Szwecji o detencji decydują władze migracyjne, natomiast w Bułgarii przedstawiciel ministra ds. wewnętrznych. Innym wzorcem, który znajduje zastosowanie w prawodawstwie francuskim[273], hiszpańskim[274] czy polskim jest zatrzymanie cudzoziemca na stosunkowo krótki czas przez kompetentne służby o charakterze administracyjnym, które występują następnie do sądu o wydanie postanowienia o umieszczeniu w ośrodku detencyjnym[275]. Wzorcowi temu odpowiada także prawo niemieckie – pozbawienie wolności cudzoziemca jest tutaj kompetencją sądu[276], a samo zatrzymanie oraz złożenie wniosku o detencję należy do władz imigracyjnych[277], policji krajów związkowych[278] oraz policji federalnej[279]. Sądowy typ orzekania o pozbawieniu wolności w postępowaniach migracyjnych jest tutaj zdeterminowany brzmieniem art. 104 ust. 2 Konstytucji Republiki Federalnej Niemiec, który stanowi, że o dopuszczalności i czasie trwania pozbawienia wolności decyduje wyłącznie sędzia. W każdym przypadku pozbawienia wolności niewynikającym z zarządzenia sędziego należy niezwłocznie uzyskać orzeczenie sądowe. Policji nie wolno na podstawie własnej władzy przetrzymywać nikogo w areszcie dłużej niż do końca dnia po ujęciu[280]. W prawie francuskim stanowi się ogólnie, że zatrzymania cudzoziemca dokonuje organ administracyjny na okres do 48 godzin[281]. Następnie zgodnie z art. L 742-3 CESEDA sędzia może przedłużyć zastosowanie środka detencyjnego na okres kolejnych dwudziestu ośmiu dni.

W przypadku prawa polskiego art. 41 ust. 2 Konstytucji RP gwarantuje, że przypadkach pozbawienia wolności nie na podstawie wyroku sądowego jednostce przysługuje prawo do kontroli sądowej w celu niezwłocznego ustalenia jego legalności. Jednocześnie zaś zgodnie z art. 41 ust. 3 Konstytucji RP obowiązek

---

[273] Por. CESEDA, art. L 741-1.

[274] Por. Dekret Królewski 164/2014, art. 2 ust. 1, który stanowi, że nikt nie może zostać przyjęty do ośrodka detencyjnego bez postanowienia właściwego organu sądowego, które wyraźnie to upoważnia lub nakazuje.

[275] Por. także prawo włoskie: TUI, art. 14 ust. 3 i 4; prawo litewskie: Lietuvos Respublikos įstatymas dėl užsieniečių teisinės padėties [ustawa o statusie prawnym cudzoziemców w Republice Litewskiej] (dalej jako ustawa o statusie prawnym cudzoziemców), 29.04.2004, art. 116, tekst z późniejszymi zmianami na podstawie https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActEditions/lt/TAD/TAIS.232378?faces-redirect=true [dostęp: 20.09.2023].

[276] Por. AufenthG, § 62 (2), § 62 (3), § 62 (5).

[277] Por. AufenthG, § 71 (1).

[278] Por. ibidem, § 71 (5).

[279] Por. AufenthG, § 71 (3) 1e.

[280] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478) geändert worden ist, 23.05.1949.

[281] Por. CESEDA, art. L 741-1.

doprowadzenia zatrzymanych do sądu w ciągu 48 godzin. Ma to bezpośredni wpływ na ukształtowanie kompetencji Straży Granicznej i sądów. zatrzymanie cudzoziemca w myśl art. 394 u.c. jest kompetencją Straży Granicznej oraz policji[282]. Zgodnie z art. 401 ust. 1 tej ustawy umieszczenie w ośrodku strzeżonym lub areszcie następuje na podstawie postanowienia sądu[283]. Właściwy do orzekania o umieszczeniu w SOC lub areszcie jest sąd karny rejonowy właściwy ze względu na miejsce aktualnego pobytu cudzoziemca (art. 401 ust. 2 u.c.).

7. GWARANCJE PROCEDURALNE

7.1. OBOWIĄZKI INFORMACYJNE

Rozwiązania normatywne w poszczególnych państwach przewidują, że cudzoziemiec pozbawiony wolności musi być poinformowany o powodach detencji[284], o rodzaju środków odwoławczych i czasie na ich wniesienie, ponadto także o regułach panujących w miejscu pozbawienia wolności[285]. Poza tym przedmiotem obowiązków informacyjnych są zasady dostępu do pomocy prawnej, ewentualne warunki jej bezpłatnego uzyskania[286], a także możliwości korzystania z tłumacza oraz kontaktu z władzami konsularnymi. Wśród innych elementów

[282] Tryb postępowania w tym zakresie jest uregulowany w art. 394 ust. 2–5 ustawy. Szczegółowe uwagi na temat współdziałania Straży Granicznej z Policją zob. P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach…*, op. cit., s. 843–844; A. Liszewska, *Zatrzymanie cudzoziemca…*, op. cit., s. 760–761. Szerzej na temat zatrzymania Ł. Cora, *O pojęciu pozaprocesowego zatrzymania osoby*, „Państwo i Prawo" 2008, nr 3, s. 77–82.

[283] Por. u.c. art. 410 ust. 1.

[284] W prawie niemieckim wymaga się także wskazania daty zakończenia pozbawienia wolności – § 421 ust. 1 w związku z § 422 ust. 2 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 19.03.2020 (BGBl. I S. 541) geändert worden ist (dalej jako FamFG).

[285] Por. prawo bułgarskie: Закон за чужденците, art. 45c (3); zgodnie tym przepisem postanowienie o detencji musi mieć formę pisemną, wskazywać powody detencji, informację o możliwościach i terminie wniesienia środków zaskarżenia; prawo hiszpańskie: Real Decreto 162/2014, art. 29; prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5 (2); prawo niemieckie: AufenthG, § 62 (a)(5).

[286] Por. u.u.c.o., art. 88b ust. 4: „*Sąd* powiadamia wnioskodawcę lub osobę, w imieniu której wnioskodawca występuje, w języku dla nich zrozumiałym o przyczynach umieszczenia w strzeżonym ośrodku lub w areszcie dla cudzoziemców i o przysługujących im prawach, w tym o możliwości złożenia zażalenia na postanowienie, o którym mowa w ust. 1, oraz o prawie do skorzystania z pomocy adwokata lub radcy prawnego"; prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5 (2); prawo niemieckie: AufenthG, § 62a (2).

można wymienić występujące w prawie hiszpańskim prawo cudzoziemców poddanych detencji do otrzymywania informacji w zrozumiałym dla nich języku o ich sytuacji, jak również o orzeczeniach sądowych i administracyjnych, które ich dotyczą[287]. W art. 41 ust. 2 Konstytucji RP nakłada się na organ pozbawiający wolności obowiązek niezwłocznego poinformowania rodziny lub innej osoby wskazanej przez pozbawionego wolności.

Wymóg niezwłocznego poinformowania w sposób zrozumiały dla zatrzymanego o przyczynach zatrzymania jest wysłowiony w art. 41 ust. 3 Konstytucji RP. W art. 29 ust. 1 u.u.c.o. stanowi się, iż w ośrodkach strzeżonych i aresztach dla cudzoziemców należy zapewnić cudzoziemcowi w języku dla niego zrozumiałym dostęp do informacji o możliwości złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej i o możliwości skorzystania w związku z tym tłumacza. Podobne rozwiązania są przewidziane w art. L 744-6 CESEDA – cudzoziemiec po przybyciu do ośrodka detencyjnego otrzymuje informację o prawach, z jakich może skorzystać w związku z wnioskiem o nadanie statusu uchodźcy. W tym celu może skorzystać z pomocy prawnej i językowej. W szczególności wskazuje się mu warunki dopuszczalności wniosku o azyl złożonego w areszcie, o którym mowa w art. L 754-1 CESEDA. W prawie francuskim należy także poinformować cudzoziemca, że podczas pobytu w ośrodku detencyjnym ma prawo do ubiegania się o ochronę międzynarodową[288]. Co więcej, zgodnie z art. R 744-16 CESEDA niezależnie od miejsca pozbawienia wolności, w którym cudzoziemiec jest umieszczony, sporządza się protokół z postępowania w sprawie pouczenia o jego prawach. Podpisuje go osoba zainteresowana, która otrzymuje kopię, urzędnik będący autorem oraz, w stosownych przypadkach, tłumacz.

Z drugiej strony brak wiedzy cudzoziemców, dlaczego i gdzie zostali pozbawieni wolności oraz jak długo to potrwa, jest jednym z częstszych problemów związanych z detencją[289]. Brak należytej informacji w języku zrozumiałym dla cudzoziemca jest problemem od lat już sygnalizowanym przez CPT[290]. Ujmując rzecz w nieco szerszym kontekście, w systemie uniwersalnym organy kontrolne

[287] Por. prawo hiszpańskie, Real Decreto 162/2014, art. 16 ust. 2 lit. a.

[288] Por. prawo francuskie: CESEDA, art. L 744-6. Cudzoziemiec po przybyciu do ośrodka detencyjnego otrzymuje informację o prawach, z jakich może skorzystać w związku z wnioskiem o nadanie statusu uchodźcy. W tym celu może skorzystać z pomocy prawnej i językowej. W szczególności wskazuje się mu warunki dopuszczalności złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w trakcie detencji, o którym mowa w art. L 754-1.

[289] Niekiedy ten ostatni element pozostaje niewiadomą również dla samych funkcjonariuszy w ośrodku detencyjnym – por. M. Bosworth, *Immigration Detention: Policy Challenges*, 2011, https://migrationobservatory.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2016/04/PolicyPrimer-Immigration_Detention.pdf [dostęp: 20.10.2023], s. 5.

[290] Por. CPT, *CPT Standards*…, op. cit., s. 66.

praw człowieka odnotowywały również problemy związane z brakiem informacji na temat środków odwoławczych umożliwiających zakwestionowanie detencji, a także ich dostępnością[291].

W tym obszarze kwestią kluczową jest nie tyle brak odpowiednich rozwiązań na poziomie legislacyjnym, co przede wszystkim ich niewystarczająca efektywność w praktyce. Niejednokrotnie obowiązki informacyjne są, co prawda, wykonywane, ale w sposób niepełny, bez dotrzymania standardu natychmiastowości[292] lub w języku niezrozumiałym dla cudzoziemca. W pierwszej kolejności trzeba zauważyć, że w Hiszpanii brak należytej informacji o prawach cudzoziemców występuje systemowo[293]. W pozostałych państwach problemy te nie są aż tak głębokie, ale częste[294]. W przypadku Francji diagnozuje się, iż źródłem nieprawidłowości jest brak należytej wiedzy i wyszkolenia personelu ośrodków, jak też jego nadmiernie restrykcyjne podejście do pozbawionych wolności cudzoziemców; jest bliższe ono postępowaniu z osobami pozbawionymi wolności w ramach procedur karnych[295]. W Szwecji CPT odnotował przypadki przenoszenia cudzoziemców z ośrodków detencyjnych do zakładów karnych bez poinformowania ich o powodach takich działań, czasie trwania takiej sytuacji i możliwościach zakwestionowania. Dodatkowo cudzoziemcy

---

[291] Por. CMW, *Concluding Observations: Bośnia i Hercegowina*, CMW/C/BIH/CO/1, 3.06.2009, § 21; Bośnia i Hercegowina, CMW/C/BIH/CO/2, 26.09.2012, § 27; Meksyk 2011, CMW/C/MEX/CO/2/CRP. 1, 7.04.2011, § 34–35.

[292] Por. np. GDP, *Immigration Detention in Belgium*…, op. cit., s. 16.

[293] Jesuit Refugee Service, Spain, CIE y Expulsiones Exprés, Informe anual 2014, 2014, http://www.sjme.org/sjme/item/794-cie-y-expulsiones-expres [dostęp: 20.10.2023]. Warto tu wspomnieć także o systemowych problemach w Grecji oraz na Cyprze: CPT, *Report to the Government of Greece on the Visit to Greece Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 17 March 2020*, CPT/Inf (2020) 35, Strasbourg, 19.11.2020; *M.S.S. v. Belgia i Grecja*, § 226; *M.A. v. Cypr*, skarga nr 41872/10, wyrok ETPC z 23.07.2013 r., § 100–104; Amnesty International, *Punishment without Crime. Detention of migrants and asylum seekers in Cyprus*, Amnesty International, 2012, Index: EUR 17/001/2012, s. 17–18 [dostęp: 23.06.2023]; Cyprus Refugee Council, The Mediterranean Institute of Gender Studies, Caritus Cyprus, and ACCEPT LGBT Cyprus, *Joint Submission by the Cyprus Refugee Council, The Mediterranean Institute of Gender Studies, Caritas Cyprus, ACCEPT LGBT Cyprus for the Universal Periodic Review: 3rd Cycle, 32nd Session*. Nicosia, Cyprus, June 2018, https://uprdoc.ohchr.org/uprweb/downloadfile.aspx?filename=5973&file=EnglishTranslation [dostęp: 22.06.2023].

[294] Na przykład w Finlandii odnotowano kilkudniowe opóźnienia w realizacji obowiązków informacyjnych wobec cudzoziemców pozbawionych wolności z powodów migracyjnych na posterunkach policji – KPT, Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Finland, CAT/C/FIN/CO/7, 20.01.2017, s. 3, § 8 lit. a CPT, *Report to the Finnish Government on the Visit to Finland Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 22 September to 2 October 2014*, CPT/Inf (2015) 25, Strasbourg, 20.08.2015, § 44–45.

[295] Por. GDP, *Immigration Detention in France*…, op. cit., s. 25.

mieli dostęp do informacji o regulaminie zakładu karnego i przysługujących im prawach wyłącznie w języku szwedzkim. CPT zalecał w związku z tym, aby cudzoziemcy przekazywani do zakładów Służby Więziennej i Kuratorskiej byli poinformowani o swojej sytuacji, swoich prawach i procedurze mającej do nich zastosowanie w języku, który rozumieją. Rozumieć przez to należy zapewnienie odpowiednich informacji ustnie przy przyjęciu, uzupełnionych następnie jak najszybciej formą pisemną[296].

W państwach europejskich funkcjonują dwa typy uregulowań odnoszących się do zrozumiałości języka, w którym udziela się informacji. Przeważający z nich – odzwierciedlający standardy praw człowieka – mówi o języku zrozumiałym[297], natomiast drugi – przewidziany w dyrektywach UE – obejmuje poinformowanie w języku, co do którego rozsądnie można przypuszczać, że jest dla cudzoziemca zrozumiały[298]. W Bułgarii odnotowuje się wciąż przypadki przekazywania cudzoziemcom decyzji o pozbawieniu wolności, środkach odwoławczych i terminach wyłącznie w języku urzędowym tego państwa[299]. Bułgaria jest tu przypadkiem raczej odosobnionym, natomiast częściej zdarza się, że pozbawionym wolności cudzoziemcom wręcza się rozmaite dokumenty sporządzone w języku angielskim[300].

7.2. DOSTĘP DO TŁUMACZA

Dostęp do tłumacza jest kluczowy nie tylko dla realizacji obowiązków informacyjnych, ale także dla ochrony praw cudzoziemców przed arbitralnością działań władz w postępowaniach migracyjnych. Cudzoziemcy nieznający danego języka są podatni na zastraszenie, łatwo wprowadzić ich w błąd czy nakłonić do podpisania dokumentów, których nie rozumieją[301]. Na przykład w Bułgarii cudzoziemcy

[296] CPT, Report to the Swedish Government on the Visit to Sweden Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 18 to 28 May 2015, CPT/Inf (2016) 1, February 2016, § 75, http://www.cpt.coe.int/documents/swe/2016-01-inf-eng.pdf [dostęp: 20.10.2023].

[297] Por. np. prawo polskie: u.u.c.o., art. 88b ust. 4.

[298] Por. np. prawo niderlandzkie: Vreemdelingenbesluit, art. 5 (2).

[299] Por. CPT, Bułgaria, CPT/Inf (2018) 15, § 58. Zob. także sytuację w Chorwacji, gdzie wszystkie informacje dotyczące procedury powrotowej są sporządzane wyłącznie w języku chorwackim, a przesłuchania cudzoziemców prowadzi się w języku angielskim: CPT, Chorwacja, CPT/Inf (2021) 29 § 35.

[300] Por. *J.R. i inni v. Grecja*, § 91.

[301] Por. SRHRM, Report of the Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2002/62, E/CN. 4/ 2003/85, 30.12.2002, § 33.

są straszeni, że jeśli nie napiszą oświadczenia, iż chcą wrócić do kraju ojczystego, spędzą 18 miesięcy w ośrodku detencyjnym[302].

W państwach europejskich co do zasady obowiązują odpowiednie przepisy prawa gwarantujące cudzoziemcom, którzy nie znają danego języka dostęp do tłumaczy. Wyjątkiem jest Szwecja, ale pomimo braku regulacji prawnych usługi tłumaczeniowe są zapewniane i opłacane z funduszy publicznych. Niemniej jednak poziom tych świadczeń jest daleki od zadowalającego, zwłaszcza jeśli chodzi o cudzoziemców pozbawionych wolności w więzieniach na podstawie prawa migracyjnego[303]. W praktyce państw powszechnym problemem jest bądź to ogólny braku dostępu do tłumaczy, bądź trudności w jego uzyskaniu na którymś etapie postępowania, np. w pierwszej fazie pozbawienia wolności[304]. W Hiszpanii cudzoziemcom pozbawionym wolności, którzy nie posługują się językiem hiszpańskim i nie mają środków finansowych przysługuje bezpłatna pomoc tłumacza[305], jak jednak stwierdza się w raportach organizacji pozarządowych, w praktyce dostęp do takich usług jest utrudniony[306]. W prawie francuskim cudzoziemcy pozbawieni wolności mogą żądać pomocy tłumacza, radcy prawnego i lekarza, a także mogą kontaktować się ze swoim konsulatem oraz z wybraną przez siebie osobą[307]. W ocenie CPT prawo to nie jest realizowane w praktyce w przypadku osób zatrzymanych na pograniczu francusko-włoskim, co do których podjęto decyzję o odmowie wpuszczenia na terytorium. Tłumaczy tam praktycznie nie ma, w związku z czym cudzoziemcy nie są informowani o swoich prawach[308].

W niektórych państwach dostęp do tłumacza jest zapewniany telefonicznie, co w znaczący sposób może wpływać na jakość tłumaczenia. Korzystanie z tłumaczeń telefonicznych jest zasadą w ośrodkach detencyjnych w Królestwie

---

[302] Por. CPT, *Report to the Bulgarian Government on the Visit to Bulgaria Carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 10 to 17.12.2018*, CPT/ Inf (2019) 24, Strasbourg, 11.07.2019, § 39.

[303] CPT, *Report to the Swedish Government on the Visit to Sweden Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 18 to 28 May 2015*, CPT/Inf (2016) 1, 17.02.2016, § 75.

[304] Por. CPT, Finlandia, CPT/Inf (2015) 25, § 45.

[305] Real Decreto 162/214, art. 16 j; Ley Orgánica 4/2000, art. 62 bis ust. 1 lit. h.

[306] AIDA, Country Report: Spain, Update 2021, s. 150.

[307] Por. CESEDA, art. L 744-4: „Cudzoziemca pozbawionego wolności informuje się niezwłocznie, że ma on prawo w miejscu zatrzymania skorzystać z pomocy tłumacza, doradcy i lekarza oraz że może porozumiewać się ze swoim konsulatem i każdą osobą jego wybór. Informacje te są mu przekazywane w języku, który rozumie. W przypadku jednoczesnego umieszczenia w areszcie dużej liczby cudzoziemców, powiadomienie o uprawnieniach, o których mowa w ust. 1, następuje bez zbędnej zwłoki".

[308] Por. CPT, Francja, CPT/Inf (2020) 11, § 100.

Niderlandów[309]. W prawie francuskim zgodnie z art. L 141-3 CESEDA tłumaczenie za pomocą środków telekomunikacyjnych jest dopuszczalne, „jeśli to konieczne". W takim przypadku można wezwać wyłącznie tłumacza wpisanego na listę sporządzoną przez prokuratora lub zatwierdzoną przez administrację organizację tłumaczeń ustnych i pisemnych. Nazwisko i dane kontaktowe tłumacza oraz termin i język tłumaczenia są podawane cudzoziemcowi pisemnie. Stosownie do brzmienia powołanego przepisu sądy wymagają, aby tłumaczenie telefoniczne następowało tylko w wyjątkowych okolicznościach; sprawdzają, czy w okolicznościach danej sprawy administracja dołożyła należytych starań, jeśli chodzi o poszukiwanie osób, które mogłyby dokonać tłumaczenia *in personam*[310]. Sama adnotacja, że nie było takiej możliwości jest uznawana za niewystarczającą[311].

W Polsce na podstawie art. 204 § 1 pkt 2 k.p.k., jeśli cudzoziemiec nie włada językiem polskim w wystarczającym stopniu, to przysługuje mu prawo do tłumacza. Istotne jest, że wymóg wezwania tłumacza jest sformułowany nie tylko w sytuacji, gdy cudzoziemiec w ogóle nie zna języka polskiego, ale też wtedy, gdy ta znajomość nie jest wystarczająca. Decydujące jest w tym przypadku stwierdzenie, że osoba przesłuchiwana bądź nie rozumie w dostatecznym stopniu zadawanych pytań, bądź też na tle słabej znajomości nie może sformułować myśli odtwarzających przebieg zdarzeń stanowiących przedmiot przesłuchania[312].

Na szczególną aprobatę zasługuje wyrażony w doktrynie pogląd, że w przypadku posiedzenia w sprawie zastosowania środka detencyjnego, sąd powinien rozważyć szersze pouczenie cudzoziemca o jego specyfice i charakterze, a także przypomnieć mu w przystępny sposób jego uprawnienia. Jak się bowiem zauważa, cudzoziemcy często utożsamiają pobyt w ośrodku strzeżonym z izolacją karną. Jeśli obecność osobista tłumacza nie jest możliwa, zasadne jest skorzystanie ze środków technicznych służących komunikowaniu się na odległość[313]. Na tym tle trzeba zwrócić uwagę na decyzję Rady ds. Uchodźców z dnia

---

[309] Por. CPT, *Report to the Government of the Netherlands on the periodic visit to the Kingdom of the Netherlands carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 10 to 25.05.2022*, 23.06.2023 CPT/Inf (2023) 12, § 72.

[310] Por. Tribunal de grande instance de Bobigny, 5.06.2018, n°18/03986; Tribunal de grande instance de Créteil, postanowienie sędziego ds. wolności i zatrzymań z 28.07.2016 r., N°16/00077.

[311] Por. m.in. Cour d'appel de Paris, 9.06.2011, N°Q11/02504; Cour dappel de Paris 22.06.2011, N°Q11/02691; Tribunal grande instance de Bobigny, 22.12.2017, N° 17/09350; TGI de Bobigny, 19.02.2018, N°18/01294, [w:] ANAFE, *Zone d'attente Recueil de jurisprudences Décembre 2019*, 2019, s. 21–23, http://www.anafe.org/IMG/pdf/recueil_de_jurisprudences_decembre_2019-1.pdf [dostęp: 20.10.2023].

[312] Por. wyrok Sądu Najwyższego z 22.04.1970 r., III KR 45/70, OSNKW 1970, nr 11, poz. 50.

[313] D. Macur, *Prowadzenie posiedzeń…*, op. cit., s. 36–37.

1.06.2023 r.[314] uchylającą decyzję Szefa Urzędu ds. Cudzoziemców o odmowie udzielenia ochrony międzynarodowej cudzoziemcowi reprezentowanemu przez Stowarzyszenie Interwencji Prawnej. Podstawą decyzji o przekazaniu sprawy do ponownego rozpatrzenia była okoliczność, że cudzoziemiec – będący obywatelem Egiptu – podczas składania wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej nie miał zapewnionego tłumacza, a przesłuchujący go funkcjonariusz Straży Granicznej użył do tłumaczenia zeznań tłumacza internetowego[315].

7.3. DOSTĘP DO POMOCY PRAWNEJ

Ze względu na to, że cudzoziemcy najczęściej mają niewielką wiedzę na temat systemu prawnego państwa, w którym się znajdują, trudno przecenić znaczenie dostępu do pomocy prawnej. Pomijając dyskusje dotyczące charakteru tego prawa[316], trzeba zauważyć, że w traktatach nie definiuje się tego pojęcia, a jego zakres jest różny w poszczególnych gałęziach prawa[317]. Na potrzeby niniejszych rozważań za Sylvią Favalli można przyjąć, iż jest to

> świadczenie pomocy na rzecz osoby, która w inny sposób nie mogłaby sobie pozwolić na reprezentację prawną i dostęp do systemu sądowego, w celu przyczynienia się do eliminacji przeszkód i barier utrudniających lub ograniczających i dostęp do wymiaru sprawiedliwości[318].

W kontekście migracyjnym przydatne jest ujmowanie tego zagadnienia w trzech wymiarach: bezpłatnej porady prawnej (*free legal advice*), bezpłatnej pomocy prawnej (*free legal assistance*) i bezpłatnej reprezentacji prawnej (*free*

[314] Decyzja Rady ds. Uchodźców z RdU-256-1/S/23, 1.06.2023.

[315] Za: *Brak tłumacza podstawą do uchylenia negatywnej decyzji ws. ochrony międzynarodowej*, 10.08.2023, https://interwencjaprawna.pl/brak-tlumacza-postawa-do-uchylenia-negatywnej-decyzji-ws-ochrony-miedzynarodowej/ [dostęp: 20.12.2023].

[316] W doktrynie można spotkać poglądy, że pomoc prawna nie jest jedynie elementem proceduralnych gwarancji prawa do rzetelnegeo procesu, lecz stanowi samodzielne prawo człowieka – zob. np. K. Jüriloo, *Free Legal Aid – A Human Right*, „Nordic Journal of Human Rights" 2015, t. 33, nr 3, s. 203–219.

[317] Por. S. Favalli, *The Right to Free Legal Aid for Migrants. For Effective Access to Justice*, [w:] A.R. Calabrò (red.), *Borders, Migration and Globalisation: An Interdisciplinary Perspective*, London 2022, s. 165. Zob. również B. Mikolajczyk, *Legal Aid for Applicants for International Protection*, [w:] red. V. Chetail, P. De Bruycker, F. Maiani, *Reforming the Common European Asylum System – The New European Refugee Law*, Leiden–Boston 2016, s. 446–470.

[318] S. Favalli, *The Right to Free…*, op. cit., s. 165; por. także art. 47 KPP.

legal representation)[319]. Zwłaszcza ten pierwszy element może być realizowany nie tylko przez profesjonalnych pełnomocników, ale także przez organizacje pozarządowe lub międzynarodowe zajmujące się udzielaniem pomocy cudzoziemcom. Ze względu na charakterystykę postępowań cudzoziemskich w doktrynie sugeruje się również, że jej zakres w sposób immanentny powinien obejmować udział tłumacza we wszystkich kontaktach z władzami danego państwa[320].

Odwołanie się do kategorii „dostępu" do pomocy prawnej ma na celu zwrócenie uwagi na to, że w przypadku osób pozbawionych wolności niezbędna jest sama możliwość skontaktowania się z prawnikiem, z reguły gwarantowana przepisami prawa. Zasadnicze znaczenie ma tu wpływ przepisów dyrektywy 2008/115/WE. Zgodnie z art. 16 ust 2 tego aktu obywatelom państwa trzeciego umieszczonym w ośrodku detencyjnym należy – na ich wniosek – umożliwić kontakt w odpowiednim czasie z ich pełnomocnikami prawnymi, członkami rodziny i właściwymi organami konsularnymi.

Tytułem przykładu w prawie hiszpańskim gwarantuje się cudzoziemcom prawo do niezwłocznego poinformowania o swoim pozbawieniu wolności lub o przeniesieniu do innego ośrodka detencyjnego wskazanej przez nich osoby w Hiszpanii, prawnika, a także przedstawiciela konsularnego swojego państwa[321]. Osobom pozbawionym wolności może towarzyszyć prawnik, tłumacz, jak również mogą one powiadomić organizacje pozarządowe i międzynarodowe[322].

W prawie polskim w art. 415 ust. 1 u.c. stanowi się, że cudzoziemiec umieszczony w strzeżonym ośrodku lub przebywający w areszcie dla cudzoziemców ma prawo do: kontaktowania się z polskimi organami państwowymi, a także z przedstawicielstwem dyplomatycznym lub urzędem konsularnym państwa obcego (art. 415 ust. 1 pkt 1); kontaktowania się z organizacjami pozarządowymi lub międzynarodowymi zajmującymi się udzielaniem cudzoziemcom pomocy, w tym pomocy prawnej (art. 415 ust. 1 pkt 2); kontaktowania się i widzeń ze swoim pełnomocnikiem w warunkach nienaruszających prawa do prywatności (art. 415 ust. 1 pkt 3).

Również zgodnie z prawem niemieckim cudzoziemcy oczekujący na deportację mogą kontaktować się z przedstawicielami prawnymi, członkami rodzin, właściwymi władzami konsularnymi oraz odpowiednimi organizacjami pomocowymi i wspierającymi cudzoziemców[323]. W prawie francuskim możliwość skorzystania

[319] Por. dyrektywa 2008/115/WE, art. 13 ust. 3. Dany obywatel państwa trzeciego ma możliwość uzyskania porady prawnej, reprezentacji prawnej oraz, w razie konieczności, pomocy tłumacza.

[320] Por. S. Favalli, *The Right to Free…*, op. cit., s. 166.

[321] Real Decreto 162/2014, art. 16 ust. 2g; Ley Organica 4/2000, art. 62 bis. ust. 1 lit. e.

[322] Por. Real Decreto 162/2014, art. 16 i 19; Ley Organica 4/2000, art. 62 bis.

[323] Por. AufenthG, § 62a (2).

z pomocy prawnej i językowej oraz porozumiewania się z konsulem oraz każdą osobą ze swojego otoczenia wynika z art. R 744-16 CESEDA. Zgodnie z orzecznictwem sądów francuskich możliwość skorzystania z pomocy konsularnej jest uwarunkowana prawidłowym wykonaniem obowiązków informacyjnych, na które składa się co najmniej podanie cudzoziemcowi numeru telefonu właściwej placówki[324].

Możliwości kontaktu z określonymi podmiotami nie można utożsamiać z bezpłatną pomocą prawną, choć oczywiście w znaczący sposób ułatwia on jej uzyskanie. Warto zauważyć, że zakres bezpłatnej pomocy jest uregulowany w art. 9 ust. 6 dyrektywy 2013/33/UE[325] oraz art. 13 ust. 3 i 4 dyrektywy 2008/115/UE i można przyjąć, że jest to pewne minimum, które powinno być cudzoziemcom gwarantowane[326].

W Bułgarii cudzoziemcy poddani detencji nie mają dostępu do pomocy prawnej z urzędu, ponieważ nie jest ona w ogóle przewidziana w procedurach administracyjnych. W efekcie minimum pomocy prawnej zapewniają właśnie organizacje pozarządowe[327].

W tym kontekście wydaje się, że rozsądne rozwiązania zawiera system francuski, gdzie świadczenie pomocy prawnej przez organizacje pozarządowe zostało prawnie uregulowane w art. R 744-20 CESEDA. Zgodnie z tym przepisem, aby umożliwić cudzoziemcom przebywającym w ośrodku detencyjnym skuteczne korzystanie z praw, minister właściwy do spraw imigracji zawiera umowę z jednym lub kilkoma podmiotami, których zadaniem jest informowanie cudzoziemców i pomoc prawna. Stanowi się, że w każdym ośrodku powinien być jeden taki podmiot. Dzięki temu cudzoziemcy pozbawieni wolności mogą korzystać z doradztwa prawnego, które jest świadczone przynajmniej przez pięć dni

[324] Por. Cour d'appel de Douai RG n° 22/02267, Portalis DBVT-V-B7G-UUPPN° de Minute: 2280, 18.12.2022.

[325] Stanowi on, że w przypadku kontroli nakazu zatrzymania, przewidzianej w ust. 3, państwa członkowskie zapewniają wnioskodawcy dostęp do bezpłatnej pomocy prawnej i zastępstwa prawnego. Obejmuje to co najmniej przygotowanie wymaganych w ramach postępowania dokumentów oraz udział w rozprawie przed organami sądowymi w imieniu wnioskodawcy. Bezpłatna pomoc prawna i zastępstwo prawne mają świadczone przez odpowiednio wykwalifikowane osoby – tak jak to dopuszcza lub na to zezwala prawo krajowe – których interes nie jest sprzeczny, ani faktycznie, ani potencjalnie, z interesem wnioskodawcy.

[326] Szczególnie trudna w tym zakresie jest sytuacja w Grecji. W ocenie CPT dysfunkcje systemu w zakresie bezpłatnej pomocy prawnej w praktyce zagrażają prawu cudzoziemców do kwestionowania detencji przed sądem: *Report to the Government of Greece on the Visit to Greece Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (CPT) from 10 to 19 April 2018, CPT/Inf (2019) 4, 19.02.2019, § 78–80, https://rm.coe.int/1680930c9a [dostęp:20.09.2023].

[327] CPT, Bułgaria, CPT/Inf (2018) 15, § 59.

w tygodniu[328]. Co jednak istotne, regulacje te mają zastosowanie tylko w C*entre de rétention administrative* i nie obejmują *Locaux de rétention administrative*, które służą pozbawieniu wolności krótszemu niż 90 dni, jak również więzień, z których często następują bezpośrednie deportacje[329].

Osobną kwestią jest korzystanie z usług prawniczych w postępowaniach sądowych. Zgodnie z prawem francuskim cudzoziemcom na etapie apelacji przed sądem administracyjnym przysługuje prawo do żądania wyznaczania pełnomocnika z urzędu najpóźniej przed rozpoczęciem rozprawy[330]; podobne prawo przysługuje w sprawie wniosku o przedłużenie zastosowania środka detencyjnego rozpatrywanego przez sędziego ds. wolności i zatrzymań[331]. Zgodnie z art. L 744-5 CESEDA pozbawiony wolności cudzoziemiec może spotkać się na zasadach poufności ze swoim prawnikiem w pomieszczeniu do tego przeznaczonym. Pokój ten jest dostępny w każdych okolicznościach na żądanie prawnika, z wyjątkiem przypadków siły wyższej.

Należy w tym zakresie odnotować, że w Niemczech osoby znajdujące się w detencji poprzedzającej deportację, a które nie mają odpowiednich zasobów finansowych muszą mieć zapewnione środki niezbędne do prawnego kwestionowania pozbawienia wolności, w tym do wyznaczenia adwokata, jeżeli jest to rozsądne w takich okolicznościach[332]. W praktyce jednak pomoc ta jest przyznawana tylko wtedy, gdy w ocenie sądu postępowanie kwestionujące zasadność detencji może być zakończone sukcesem[333].

W prawie niderlandzkim zgodnie z art. 100 (1) Vreemdelingenwet, cudzoziemiec może wystąpić o przydzielenie prawnika niezwłocznie po pozbawieniu wolności. Wniosek ten uwzględnia się, jeśli istnieje prawdopodobieństwo, że nie byłby w stanie ponieść kosztów reprezentacji prawnej z wyboru oraz istnieją wystarczające podstawy do takiego ustanowienia (art. 100 (4) Vreemdelingenwet). Z zgodnie z § A5/6. 5 Vreemdelingencirculaire cudzoziemiec ma prawo

---

[328] Według informacji publikowanych przez ECRE obecnie jest to sześć organizacji pozarządowych, które oficjalnie i w sposób stały świadczą doradztwo prawne dla osób znajdujących się w ośrodkach detencyjnych – por. https://asylumineurope.org/reports/country/france/detention-asylum-seekers/procedural-safeguards/legal-assistance-review-detention/#_ftn1 [dostep: 20.01.2024].

[329] GDP, *Immigration detention: France*…, op. cit., s. 22.

[330] Por. Code de justice administrative, art. R 776-22.

[331] Zgodnie z art. R 743-21 CESEDA po otrzymaniu wniosku o przedłużenie urzędnik poucza cudzoziemca o prawie wyboru adwokata. Sędzia ds. wolności i aresztowania wyznacza go z urzędu, jeżeli cudzoziemiec tego zażąda.

[332] Por. FamFG, § 78 (2); Bundesgerichtshof, Beschluss vom 28.02.2013 in der Zurückschiebungshaftsache Nr V ZB 138/12.

[333] Por. *Report of the Working Group on Arbitrary Detention. Addendum Follow-up mission to Germany*, 10.07.2015, A/HRC/30/36/Add. 1, § 49.

do adwokata w trakcie przesłuchania sądowego, jednakże posiedzenie sądu może się odbyć również bez takiej reprezentacji[334]. W związku z tym według raportów organizacji pozarządowych ponad połowa rozpraw odbywa się bez obecności pełnomocników[335].

W prawie hiszpańskim zapewnia się pomoc adwokata z urzędu oraz poufne porozumiewanie się z nim, nawet poza godzinami zwykle przewidzianymi dla wizyt w ośrodku detencyjnym, gdy pilność sprawy to uzasadnia[336]. Zgodnie z art. 15.4. Real Decreto 162/2014 w ośrodkach powinny znajdować się pomieszczenia zapewniające poufność porad prawnych udzielanych przez prawnika. W zdaniu drugim tego przepisu wskazano, że w celu zapewnienia odpowiedniej pomocy prawnej władze są zobowiązane do zawarcia odpowiednich porozumień z władzami korporacji prawniczych. Podobną możliwość przewidziano dla organizacji pozarządowych zgodnie z art. 58 tego aktu. W art. 59 określono warunki stałego świadczenia pomocy prawnej przez upoważnione organizacje pozarządowe w formie regularnych wizyt na zasadach określonych. Na skutek tych regulacji podpisano umowy z Czerwonym Krzyżem oraz władzami hiszpańskiej adwokatury[337]. Jak sygnalizują organizacje pozarządowe, cudzoziemcy, którym wydano decyzję o zobowiązaniu do powrotu, głównie podnoszą, że nie uzyskali z momentem znalezienia się w detencji informacji, że mogą ubiegać się o ochronę międzynarodową. Czas ma tu duże znaczenie ze względu na bardzo krótkie terminy do wnoszenia takiego wniosku, jeśli jest się poddanym detencji.

W Polsce cudzoziemiec może ustanowić pełnomocnika z wyboru, a jeżeli wykaże, że nie jest w stanie ponieść kosztów reprezentacji bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny, może korzystać z instytucji pełnomocnika z urzędu (art. 78 w zw. z art. 88 k.p.k.). Jak zauważa Daniel Macur, wniosek o wyznaczenie takiego pełnomocnika można złożyć już po tym, jak sąd wyda postanowienie o umieszczeniu cudzoziemca w ośrodku strzeżonym lub areszcie dla cudzoziemców, co ma znaczenie dla ewentualnego postępowania zażaleniowego[338]. Od strony prawnej można zatem powiedzieć, że dostęp do pomocy prawnej jest gwarantowany, natomiast w praktyce przedstawiciele

[334] W przypadku gdy cudzoziemiec tego nie chce, lub też gdy sam pełnomocnik oświadczy, że nie może lub nie chce uczestniczyć posiedzeniu lub jeśli nie ma żadnego prawnika, który byłby obecny w okresie dwóch godzin od notyfikacji detencji.

[335] Amnesty International, *Het recht op vrijheid vreemdelingendetentie: het ultimum remedium-beginsel*, February 2018, s. 30, https://www.amnesty.nl/content/uploads/2018/02/AMN1808Rapport-het-recht-opvrijheidDEFweb.pdf?x73404 [dostęp: 20.01.2024]; Global Detention Project, *Immigration Detention in the Netherlands*…, s. 18.

[336] Real Decreto 162/2014, art. 16 ust. 2 h; Ley Organica 4/2000, art. 62 bis ust. 1 lit. f.

[337] Por. AIDA, *Country Report: Spain*, update 2022, s. 147.

[338] Por. D. Macur, *Prowadzenie posiedzeń*…, op. cit., s. 36–37.

KMPT wskazywali, iż wielokrotnie byli informowani przez cudzoziemców przebywających w SOC o niezrozumieniu obowiązujących procedur i własnej sytuacji prawnej, spowodowanych barierą językową lub brakiem dostępu do pomocy prawnej[339]. Osobną kwestią są praktyczne trudności, których doświadczają prawnicy w dostępie do ośrodków detencyjnych.

W polskim porządku prawnym niezwłocznie ustanawia się kuratora dla małoletniego bez opieki, który ubiega się o ochronę międzynarodową. Natomiast nie ma analogicznego rozwiązania dla małoletnich bez opieki, którzy nie ubiegają się o ochronę międzynarodową. Za niewystarczającą w tym zakresie uznać należy obecność w strukturze strzeżonych ośrodków tzw. opiekunów powrotowych, czyli funkcjonariuszy SG, których zadaniem jest administracyjna obsługa powrotu, jak również przekazanie cudzoziemcowi informacji na temat przepisów i etapów procesu[340].

W Zjednoczonym Królestwie cudzoziemcy pozbawieni wolności mogą korzystać z bezpłatnej pomocy prawników, z którymi rząd zawarł odpowiednie umowy. Jest to rozwiązanie, które przyczyniło się do wzrostu odsetka cudzoziemców korzystających z pomocy prawnej. Niemniej jednak wciąż trudności przysparza po pierwsze samo uzyskanie kontaktu telefonicznego lub spotkania z takim prawnikiem. Po drugie niewielki odsetek pełnomocników w ogóle podejmuje się reprezentowania cudzoziemców. Dodać należy, że zakres bezpłatnych usług obejmuje zaledwie 30 minut, a sam poziom usług prawniczych jest oceniany nisko[341].

W Norwegii oraz na Malcie odnotowywano trudności związane z brakiem pomieszczeń zapewniających poufność i prywatność rozmów z prawnikiem. W tym ostatnim państwie zwracano uwagę na problem jakości pomocy prawnej, dostępności służb tłumaczeniowych, które umożliwiłyby spotkanie pomiędzy pełnomocnikiem a cudzoziemcem pozbawionym wolności[342]. Niski poziom usług prawnych świadczonych z urzędu był sygnalizowany również we Włoszech. Głównych trudności przysparzał fakt, że pełnomocnicy dowiadywali się o swojej roli często zaledwie na kilka godzin przed posiedzeniem sądu, dodatkowo często

---

[339] Raport KMPT, s. 13.

[340] Odnośnie do polskiego prawa KMPT, s. 21; por. D. Niedźwiedzki, J. Schmidt, M. Stępka, P. Tacik, *Strzeżone ośrodki dla cudzoziemców w Polsce jako kultura organizacyjna. Analiza prawna, politologiczna, socjologiczna i antropologiczna, Ekspertyza przygotowana na zlecenie Komitetu Badań nad Migracjami Polskiej Akademii Nauk*, Kraków–Poznań 2021, s. 53.

[341] Zob. szerzej Bail for Immigration Detainees, Position Paper Spring 2019 Legal Advice Survey, May 2019, https://hubbleliveassets.s3.amazonaws.com/biduk/redactor2_assets/files/885/190523_legal_advice_survey_spring_2019.pdf [dostęp: 20.01.2024].

[342] See UNHCR, *UNHCR's Observations on Malta's Revised Legislative and Policy Framework for the Reception of Asylum Seekers*, 25.02.2016, dostępny na: http://www.refworld.org/docid/56e963824.html [dostęp: 20.01.2024].

dysponując ograniczoną wiedzą w zakresie prawa migracyjnego. Sytuacja się poprawiła od chwili kiedy władze włoskiej adwokatury sporządziły listę pełnomocników, którzy powinni być do tego typu spraw wyznaczani. Jakkolwiek w prawie włoskim są możliwości odwołania się od decyzji sądu do Sądu Kasacyjnego, jednak poziom komplikacji i długotrwałość tego procesu jest tak poważny, że wielu prawników nie spełnia warunków koniecznych do reprezentowania cudzoziemca przed sądem w tego typu postępowaniu[343].

7.4. KONTROLA SĄDOWA

7.4.1. ZAGADNIENIA OGÓLNE

W praktyce państw orzekanie w sprawach detencyjnych, czy to na poziomie pierwotnej decyzji o pozbawieniu wolności, czy też już na poziomie kontroli sądowej, pozostaje we właściwości wszystkich typów sądów. Sądownictwo karne zajmuje się detencją w Polsce i w Hiszpanii[344], w Niemczech są to sprawy powierzone sądom cywilnym[345], w Bułgarii, Królestwie Niderlandów i Szwecji – administracyjnym[346].

Specyficzny typ rozwiązań przewiduje prawo francuskie, ponieważ kontrolę sądową sprawują zarówno sądy administracyjne, jak i karne[347]. Sądy administracyjne głównie kontrolują zgodność z prawem detencji cudzoziemców, którzy złożyli wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej[348]. Z kolei sędziowie ds. wolności i zatrzymań działają na wniosek prefekta po upływie pierwszych 2 dni zatrzymania administracyjnego w celu wyrażenia zgody na przedłużenie pozbawienia wolności, po zbadaniu jego zgodności z prawem. Ponowna kontrola następuje po 28 dniach, jeżeli dana osoba nadal przebywa w detencji i nie została wydalona. Jednocześnie warto zauważyć, że z jednej strony sędziowie ds. wolności i zatrzymań działają na wniosek prefektów, ale z drugiej strony sami cudzoziemcy mają prawo zaskarżyć decyzję o detencji w ciągu pierwszych

[343] Por. GDP, *Immigration Detention in Italy*…, op. cit., s. 16.

[344] W przypadku Hiszpanii jest to sędzia śledczy, który orzeka w tym względzie na wniosek policji; zob. także rozwiązania w Belgii, gdzie zgodnie z art. 71 ustawy o cudzoziemcach jest to izba doradcza sądu karnego. W Portugalii zgodnie z art. 142 ust. 2 Lei n.º 27/2008 jest to sąd karny niższej instancji (*juízos de pequena instância criminal*).

[345] Por. np. AufenthG, § 62 (1), § 62 (3).

[346] W Królestwie Niderlandów sprawy detencyjne w pierwszej instancji są rozpatrywane przez wydział administracyjny sądu okręgowego – por. Vreemdelingenwet, art. 94, natomiast w drugiej instancji zgodnie z art. 95 tej ustawy właściwym jest Wydział Sądownictwa Administracyjnego Rady Państwa.

[347] W postaci sędziów ds. wolności i zatrzymań.

[348] Por. CESEDA, art. L 742-8.

czterdziestu ośmiu godzin od notyfikacji decyzji o detencji[349]. Ponadto – zgodnie z art. L 742-8 CESEDA – poza rozprawami w sprawie przedłużenia stosowania środka detencyjnego, cudzoziemiec może wystąpić do sędziego ds. wolności i zatrzymań w każdym czasie, ale w praktyce takie wnioski rzadko są uznawane za zasadne, o ile nie pojawi się jakaś nowa okoliczność faktyczna lub prawna[350]. Sędziowie ci są kompetentni również w sprawach o przedłużenie detencji w strefach oczekiwania, jeśli trwa ona dłużej niż cztery dni[351].

W prawie polskim zatrzymanie podlega kontroli w zakresie jego zasadności, legalności oraz prawidłowości w trybie zażalenia na podstawie art. 246 § 1 kodeksu postępowania karnego. Zażalenie jest przekazywane niezwłocznie sądowi właściwemu ze względu na miejsce zatrzymania lub prowadzenia postępowania i również niezwłocznie jest rozpoznawane (art. 246 § 2 k.p.k.). Jeśli sąd uzna zasadność zażalenia, to zgodnie z art. 246 § 3 k.p.k. zarządza natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego, co niejako explicite jest wyrażone również w art. 394 ust. 5 pkt 3 ustawy o cudzoziemcach. W przypadku umieszczenia w ośrodku strzeżonym lub areszcie dla cudzoziemców sama decyzja o zastosowaniu takiego środka ma charakter sądowy, ponieważ postanowienie o ich zastosowaniu wydaje sąd właściwy ze względu na miejsce aktualnego pobytu cudzoziemca (art. 401 ust. 2 u.c.). Następnie postanowienie to zgodnie z art. 403 ust. 7 ustawy o cudzoziemcach może zostać zaskarżone poprzez zażalenie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia i jest rozpoznawane w terminie 7 dni przez sąd okręgowy, ale w praktyce jest to środek wykorzystywany stosunkowo rzadko[352]. Inaczej kształtuje się właściwość miejscowa w przypadku postanowień o przedłużeniu środka detencyjnego, tutaj bowiem kompetentny jest sąd rejonowy właściwy ze względu na miejsce położenia ośrodka strzeżonego lub aresztu dla cudzoziemców (art. 403 ust. 7 u.c.). Na to postanowienie przysługuje cudzoziemcowi zażalenie w do sądu okręgowego w terminie 7 dni od dnia doręczenia postanowienia.

Komisja Europejska zwróciła uwagę na znaczące rozbieżności w zakresie częstotliwości kontroli sądowej. W niektórych państwach kontrola ta odbywa się co tydzień, a w innych jest ona zagwarantowana jedynie na koniec okresu

[349] Por. ibidem, art. L 741-10.

[350] Zgodnie z art. L 743-18 CESEDA sędzia może odrzucić wniosek bez uprzedniego wezwania stron, jeżeli okaże się, że nie zachodzi żadna nowa okoliczność faktyczna od czasu umieszczenia w ośrodku detencyjnym lub jego przedłużenia, lub że elementy przedstawione na poparcie wniosku w sposób oczywisty nie uzasadniają umieszczenia cudzoziemca w ośrodku detencyjnym lub przedłużenia stosowania tego środka.

[351] Por. CESEDA, art. L 342-1.

[352] Por. W. Klaus, M. Szulecka, D.Wzorek, *Detencja i jej alternatywy*…, op. cit., s,214,

stosowania środka detencyjnego[353]. Jednocześnie trzeba zauważyć, że typ sądu zarządzającego lub kontrolującego zastosowanie detencji ma istotny wpływ na to, co podlega ewentualnej kontroli, o czym będzie jeszcze mowa.

W Bułgarii detencja może być zakwestionowana w terminie 14 dni od momentu pozbawienia wolności, a sądowe rozstrzygnięcie w pierwszej instancji musi zapaść w terminie 7 dni od wszczęcia sprawy. Orzeczenie to podlega zaskarżeniu do Najwyższego Sądu Administracyjnego, który ma dwa miesiące na wydanie orzeczenia[354]. Natomiast trzeba zauważyć, że w 2017 r. zlikwidowano kontrolę sądową z urzędu, która odbywała się co sześć miesięcy[355].

Kontrola sądowa z urzędu występuje w Niemczech, gdzie ponadto cudzoziemcy pozbawieni wolności mogą zaskarżyć postanowienie *Amtsgericht* o umieszczeniu w detencji przed sądem regionalnym (Landgericht)[356].

W Szwecji nakaz detencji powinien być ponownie oceniony w terminie dwóch tygodni od jego wystawienia[357]. Decyzję o detencji wydanej przez szwedzką Radę Migracyjną lub policję można zaskarżyć do sądu migracyjnego bez żadnych limitów czasowych. Środek detencyjny zarządzony przez ministra, podlega zaskarżeniu na wniosek cudzoziemca do Najwyższego Sądu Administracyjnego[358]. Należy w tym miejscu wspomnieć o wątpliwościach podnoszonych przez CPT, a dotyczących braku przepisów umożliwiających kontrolę sądową przeniesienia cudzoziemca z ośrodka detencyjnego do zakładu karnego na mocy rozdziału 10 § 20 ustawy o cudzoziemcach[359].

7.4.2. DOSTĘP DO SĄDU

Ponownie należy podnieść, iż samo istnienie odpowiednich przepisów prawa nie jest wystarczającą gwarancją ich właściwego stosowania. W przypadku gdy kontrola sądowa następuje na wniosek, odnotowuje się trudności w rzeczywistym i efektywnym jej uruchomieniu[360]. Część tych problemów jest konsekwencją braku znajomości systemu i kultury prawnej danego państwa, a także samej izolacji, która niejako z definicji utrudnia dostęp do dokumentów. Trudności te ulegają pogłębieniu na skutek braku dostępu do usług tłumaczeniowych i pomocy prawnej występującego w swoistej kumulacji z niewłaściwą realizacją

[353] Por. KE, *Podręcznik dotyczący powrotów 2017*, s. 17.
[354] Por. Закон за чужденците, art. 46a (1) i (2).
[355] Por. I. Majcher, M. Flynn, M. Grange, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 66.
[356] Por. Gesetz über das Verfahren in Familiensachen, § 425 i 429.
[357] Por. Utlänningslag, rozdział 10 § 9.
[358] Por. ibidem, rozdział 14 § 9.
[359] Por. CPT, CPT/Inf (2016) 1, § 75.
[360] Por. SRHRM, Report, A/HRC/20/24, § 23; WGAD, Report, A/HRC/ 27/47, § 43.

obowiązków informacyjnych przez państwo[361]. Prawo do wniesienia środka zaskarżenia detencji do sądu nabiera wirtualnego charakteru, jeśli postanowienie o środku detencyjnym jest częściowo sporządzone w języku państwa przyjmującego nieznanym cudzoziemcowi, środek zaskarżenia również ma być sporządzony w tym języku, a dostęp do tłumacza i prawnika nie został gwarantowany[362].

KPC wskazywał na znaczne opóźnienia w kontroli sądowej w Królestwie Niderlandów[363]. Z kolei w Szwecji – podobnie jak w Austrii, Estonii – czas na uruchomienie postępowań odwoławczych ocenia się jako zbyt krótki[364]. W Belgii ze względu na specyficzną kumulację czynników administracyjnych, językowych oraz geograficznych prawnicy pro bono nie są w stanie reprezentować swoich klientów przed sądem właściwym w danej sprawie[365]. W innych przypadkach niskie wynagrodzenie profesjonalnych pełnomocników skutkuje opieszałością, a wręcz niechęcią do sporządzania środków zaskarżenia w odpowiednich terminach[366].

Na francuskiej wyspie Mayotta czas oczekiwania na kontrolę sądową decyzji o pozbawieniu wolności jest tak długi, iż w praktyce większość cudzoziemców nie ma szans jej doczekać – w tym czasie zostaje deportowana[367]. Z dokumentów organów ochrony praw człowieka wynika, że problemem braku dostępu do sądu ma tutaj charakter systemowy, długotrwały i w dużym procencie dotyczy dzieci[368].

Częstym sposobem usprawnienia kontroli sądowej są posiedzenia i rozprawy w trybie wideokonferencji, organizowane w miejscu detencji, zamiast osobistego stawiennictwa przed sądem. Z jednej strony jest to znaczne ułatwienie i niewątpliwie czynnik przyśpieszający procedury sądowe, obniżający również koszty związane z transportem cudzoziemców do sądów. Praktyka ta – poza niewątpliwymi zaletami – ma jednak wady. Cudzoziemcy dość powszechnie narzekają na brak fizycznego kontaktu z sędzią. Trzeba też brać pod uwagę, że ośrodek

---

[361] Por. RE, Report: *The Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants in Europe*, Doc. 12105, 11.01.2010, s. 7, pkt 5.

[362] Por. SRHRM, *Report on Mission to Greece*, A/HRC/23/46/Add. 4, 17.04.2013, § 56.

[363] KPC, *Concluding Observations: Netherlands*, CCPR/C/NLD/CO/5, § 25 d.

[364] Por. ECRE, *ECRE/ELENA call on European states to ensure that legal aid is provided to all asylum applicants without sufficient means, at all stages of the asylum procedure and regardless of the specific asylum procedures that they may fall under*, 2017, s. 9, www.ecre.org/wp-content/uploads/2017/11/Legal-Note-2.pdf [dostęp: 18.01.2024].

[365] Por. GDP, *Immigration Detention in Belgium…*, s. 17.

[366] Por. ibidem, s. 17.

[367] KPC, *Concluding Observations: France*, CCPR/C/FRA/CO/5, § 19f – co w ocenie KPC jest naruszeniem art. 7, 9, 10 i 13 MPPOiP.

[368] KPD, *Concluding Observations*, CRC/C/FRA/CO/5, § 73.

detencyjny i jego pomieszczenia to nie sąd, a tak zorganizowane posiedzenie sądu nie ma charakteru publicznego. Zarzuty te podnosiły wspólnie środowiska prawnicze i organizacje pozarządowe we Francji[369], ale pomimo ich sprzeciwu obecnie tryb wideokonferencji jest w tym państwie stosowany niezwykle często przez oba typy sądów orzekających w sprawach detencyjnych[370].

W Królestwie Niderlandów pełnomocnicy skarżyli się na ograniczone możliwości reprezentowania klientów na posiedzeniach w trybie wideokonferencji, ponieważ adwokat, znajdując się w sądzie, nie może wystarczająco swobodnie komunikować się z klientem znajdującym się ośrodku detencyjnym[371].

7.4.3. EFEKTYWNOŚĆ I JAKOŚĆ KONTROLI

Następnym problemem, który trzeba podnieść, jest zagadnienie zakresu kontroli sądowej, a przede wszystkim jej jakości. Kluczowe bowiem pozostaje, iż w niektórych państwach postępowanie sądowe jest uruchamiane z urzędu, ale kompetencje sądów są ograniczone w taki sposób, że w istocie nie są one w stanie orzec o zwolnieniu cudzoziemca z detencji[372]. Wątpliwości budzi także to, czy jest to kontrola rzeczywista, jeśli sądy w sposób bezrefleksyjny i niemal bez wyjątków akceptują decyzje detencyjne podjęte przez administrację, służby graniczne etc. Problem ten jest dostrzegany w Finlandii, Belgii, na Węgrzech w Słowenii oraz na Słowacji[373]. Brak zindywidualizowanej oceny konkretnej sprawy jest problemem od lat odnotowywanym w Grecji[374].

Już w 2010 r. w opracowaniach poświęconych działalności sądów niemieckich wskazywano, że orzekały one o detencji, nawet jeśli brak było należytego

---

[369] La Cimade, *La justice par visioconférence: des audiences illégales au sein même des centres de rétention [Action collective]*, 18.01.2018, https://www.lacimade.org/presse/justice-visioconference-audiences-illegales-sein-meme-centres-de-retention [dostęp: 5.09.2023].

[370] Zgodnie z art. L 743-8 CESEDA sędzia ds. wolności i zatrzymań może postanowić, na wniosek organu administracyjnego, że przesłuchania odbędą się przy wykorzystaniu telekomunikacyjnych środków audiowizualnych. Następnie w każdej z dwóch otwartych dla publiczności sal sądowych sporządzany jest protokół z przeprowadzonych czynności. Zob. także uwagi GDP, *Immigration Detention in France*…, s. 26.

[371] Amnesty International, *Het recht op vrijheid vreemdelingendetentie: het ultimum remedium-beginsel*, February 2018, https://www.amnesty.nl/content/uploads/2018/02/AMN1808Rapport-het-recht-opvrijheid_DEF_web._pdf?x73404 za: GDP, *Immigration detention in Netherlands*…, s. 18.

[372] Por. argumentację Sądu Kasacyjnego w Belgii – Cass., 2e ch., 10.06.2015, n° P. 15. 0716. F/2.

[373] Zob. szerzej M. Moraru, G. Renaudiere, *European Synthesis Report on the Judicial Implementation of Chapter IV of the Return Directive Pre-Removal Detention*, Research Report 2016/5 European University Institute, s. 28–29.

[374] Por. SRHRM, *Report: Mission to Greece*, § 57.

uzasadnienia przygotowanego przez organy wnioskujące[375]. W literaturze zwraca się uwagę, że faktycznie w Finlandii sądowa kontrola policyjnych decyzji o detencji sprowadza się do nadzoru proceduralnego nad samymi jej podstawami prawnymi. Ponadto znaczna część decyzji o detencji krótkoterminowej pozostaje całkowicie poza nadzorem sądowym ze względu na opóźnienia w organizacji rozpraw[376].

We Francji związku ze wspomnianym okólnikiem Ministra Spraw Wewnętrznych z 2017 r. cudzoziemcy kończący odbywanie kary pozbawienia wolności otrzymują decyzje powrotowe, które można skutecznie zaskarżyć w terminie 48 godzin. Decyzje te są dostarczane często w dniu wyjścia na wolność lub przed weekendami, a część cudzoziemców ma istotne problemy z ich zrozumieniem. Ze względu na to, że w więzieniach – w przeciwieństwie do ośrodków detencyjnych – nie ma organizacji pozarządowych świadczących pomoc prawną, więźniowie mają znacząco trudniejszy dostęp do gwarancji proceduralnych w porównaniu z pozostałymi cudzoziemcami[377].

W Belgii zwraca się uwagę, iż sędziowie w praktyce ograniczają się tylko do weryfikacji formalnej samej legalności zastosowania środka detencyjnego i nie oceniają jego zasadności[378]. Interesującą kwestią są charakterystyczne dla tego państwa różnice w orzecznictwie francuskojęzycznych oraz flamandzkojęzycznych sądów. Stwierdzono, że obywatel państwa trzeciego o nieuregulowanym statusie ma ponad dwa razy większe szanse na zwolnienie z detencji, jeśli złoży odwołanie do sądu francuskojęzycznego niż do sądu pierwszej instancji, którego językiem urzędowym jest holenderski[379].

Jeśli chodzi o Polskę, to już niemal dekadę temu wskazywano, że polskie sądy stosunkowo łatwo i automatycznie uwzględniały wnioski o umieszczenie w ośrodku strzeżonym, zwłaszcza wobec osób przekazywanych do Polski w ramach procedury Dublin II/III oraz cudzoziemców, którzy złożyli kolejny wniosek o nadanie statusu uchodźcy[380]. Jak wynika z ostatnich badań sytuacja

---

[375] P. Fahlbusch, *Haft in Verfahren nach der Dublin II-Verordnung*, „Asylmagazin" 9/2010, s. 289–295.

[376] Por. J. Könönen, *Immigration detention…*, s. 437; zob. szerzej J. Könönen, *Remote Justice: The Im-Potentiality of the Law in Judicial Reviews of Immigrant Detention in Finland*, „Materiali per una Storia della Cultura Giuridica", 2017, t. 47, nr 2, s. 573–588.

[377] Por. GDP, *Immigration Detention in France…*, op. cit., s. 22.

[378] Por. GDP, *Immigration Detention in Belgium…*, op. cit., s. 16.

[379] Por. Belgian National Contact Point of the European Migration Network, *The Effectiveness of Return in Belgium: Challenges and Good Practices Linked to EU Rules and Standards*, European Migration Network, 2018, https://bit.ly/2Tew2w5 [dostęp: 18.01.2024].

[380] Egzemplifkacją może tu być stan faktyczny w sprawie *Dagirat Dzhabrailova v. Polska*, skarga nr 78244/11, która zakończyła się ugodą przed ETPC – por. J. Białas, *Automatyzm w stosowaniu detencji cudzoziemców*, [w:] J. Białas et al. (red.), *W poszukiwaniu ochrony…*, op. cit., s. 62.

ta utrzymuje się. Sądy w sposób nadmierny polegają na opinii Straży Granicznej i w związku z tym nie przeprowadzają należytej oceny dowodów oraz okoliczności faktycznych i prawnych. Dotyczy to zarówno orzeczeń w pierwszej jak i w drugiej instancji[381]. Czynnikiem, który wydaje się odgrywać tutaj istotną rolę, jest powierzanie orzecznictwa w sprawach migracyjnych sądom, które nie są w tym zakresie wyspecjalizowane. W kontekście Polski trzeba zauważyć, że wnioskującymi o zastosowanie środka detencyjnego lub jego przedłużenie są niewątpliwie bardzo kompetentni funkcjonariusze Straży Granicznej, których codzienna praca jest skoncentrowana tylko na kwestiach cudzoziemskich. Tymczasem w praktyce orzeczniczej sądów karnych sprawy migracyjne pojawiają się incydentalnie[382]. Jak wynika z analiz Rzecznika Praw Dziecka, publikowanych w 2018 r., polskim sędziom brakowało znajomości aktualnego stanu prawnego w zakresie ustawodawstwa o cudzoziemcach – o czym można było wnioskować zarówno z treści argumentacji, jak i na podstawie cytowania przepisów zmienionych lub nieobowiązujących w chwili wydania postanowienia o umieszczeniu w ośrodku strzeżonym[383]. Również wyroki ETPC w sprawach przeciwko Polsce wskazują, iż orzeczeniom sądowym w tym przedmiocie brakuje rozbudowanej argumentacji pozwalającej ocenić, jakie racje stały za przyjęciem takiego, a nie innego stanowiska[384].

Na tle praktyki włoskiej Specjalny Sprawozdawca ds. Praw Człowieka Migrantów stwierdził, że brak wiedzy sędziów pokoju o kwestiach merytorycznych związanych z migracją skutkuje ich ograniczoną zdolnością merytorycznej weryfikacji decyzji detencyjnych i brakiem rzeczywistej kontroli nad nimi. Rola sądu sprowadza się do formalnego potwierdzenia decyzji o przedłużeniu nakazów wydalenia i aresztowania[385]. Problem ten dotyczy oczywiście nie tylko pierwotnych decyzji, ale także wniosków o przedłużenie takiego środka.

W polskim porządku prawnym przewiduje się, że sąd wydaje postanowienie o umieszczeniu w ośrodku strzeżonym lub o zastosowaniu aresztu po wysłuchaniu cudzoziemca (art. 401 ust. 1 u.c.), a w przypadku osób poszukujących ochrony międzynarodowej po wysłuchaniu wnioskodawcy lub osoby, w imieniu której występuje (art. 88 ust. 1 zdanie 3 u.u.c.o.). Niejako a contrario przyjmuje się, że wysłuchanie nie jest wymagane w przypadku przedłużenia stosowania

[381] Por. W. Klaus, M. Szulecka, D. Wzorek, *Detencja i jej alternatywy…*, op. cit., s. 218.

[382] Por. np. spostrzeżenia T. Sieniowa, *Stosowanie alternatyw…*, op. cit., s. 82.

[383] Wystąpienie Generalne Rzecznika Praw Dziecka do Prezesów Sądów Apelacyjnych z 6.03.2018 r., http://brpd.goprzeciwkopl/sitES/default/filES/20180306wystprezESi.pdf [dostęp 23.11.2023].

[384] Por. *Bistieva i inni v. Polska*, § 86; *Nikoghosyan i inni v. Polska*, § 73–82.

[385] Por. SRHRM, *Report: Mission to Italy*, 30.04.2013, A/HRC/23/46/Add. 3, § 75.

środka detencyjnego, a bezpośredni kontakt sądu z cudzoziemcem nie jest konieczny, choć sąd może z takiej możliwości skorzystać[386]. Co istotne, w myśl art. 96 § 2 k.p.k. sąd nie ma obowiązku zawiadamiać o terminie posiedzeń w sprawie przedłużenia pozbawienia wolności, ale jeśli cudzoziemiec ma pełnomocnika, ten może w nim wziąć udział. Pomimo takiego brzmienia przepisów na poparcie zasługuje pogląd Daniela Macura, że sądy mogłyby „rozważyć chociażby telefoniczne zawiadomienie pełnomocnika o dacie takiego posiedzenia, co może przyczynić się do realnej możliwości udziału w tej czynności procesowej"[387]. Na tym tle trzeba zasygnalizować, że stosownie do raportów KMPT część cudzoziemców przebywających w SOC wskazywała także, iż wydane postanowienia sądu o przedłużeniu pobytu w ośrodku detencyjnym dostarczane im były z opóźnieniem, co w praktyce uniemożliwiało wniesienie zażalenia[388].

7.5. PRAWO DO ODSZKODOWANIA ZA NIESŁUSZNE POZBAWIENIE WOLNOŚCI

W Hiszpanii dostrzeżono problem braku dostępnych mechanizmów skargowych, z których mogłyby skorzystać dzieci w przypadku naruszenia ich praw w ośrodkach pomocy[389].

W prawie niderlandzkim na podstawie art. 106 ustawy o cudzoziemcach cudzoziemcy bezprawnie pozbawieni wolności mają prawo do odszkodowania. Za każdy dzień detencji w celi policyjnej jest to kwota do 150 euro, natomiast w przypadku ośrodków detencyjnych 80 euro. Sumy te mogą być jednak zredukowane przez sąd, jeśli cudzoziemiec odmówił współpracy z władzami[390].

W art. 41 ust. 5 Konstytucji RP stanowi się, że każdy bezprawnie pozbawiony wolności ma prawo do odszkodowania. Zgodnie z art. 407.1 u.c. cudzoziemcowi przysługuje odszkodowanie oraz zadośćuczynienie w przypadku niesłusznego zatrzymania lub niesłusznego umieszczenia go w strzeżonym ośrodku lub zastosowania wobec niego aresztu dla cudzoziemców. W myśl ustępu 2 tego przepisu postępowania w sprawach tego typu prowadzi się na podstawie przepisów k.p.k. dotyczących odszkodowania za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie. W tym przypadku nie jest konieczne spełnienie dodatkowego warunku, aby niesłuszność była „oczywista" lub miała „niewątpliwy" charakter,

[386] D. Macur, *Prowadzenie posiedzeń…*, op. cit., s. 35–36.
[387] Por. ibidem, s. 37.
[388] Por. Raport KMPT, s. 13.
[389] Por. KPD, *Concluding Observations on the Combined Fifth and Sixth Periodic Reports of Spain*, 5.03.2018, CRC/C/ESP/CO/5-6, § 42.
[390] Por. GDP, *Immigration detenti.on in the Netherlands…*, s. 19.

który ma zastosowanie w przypadku niesłusznego tymczasowego aresztowania lub zatrzymania w postępowaniu karnym, o którym mowa w art. 552 § 4 k.p.k.[391] Kryterium niesłuszności obejmuje zarówno detencję zastosowaną ab initio z naruszeniem przepisów prawa, jak też i sytuacje, które zaszły w toku lub w związku z przebiegiem postępowania. Dotyczy to w szczególności braku przeprowadzenia czynności, które stanowiły uzasadnienie dla pozbawienie wolności w danym przypadku, jak również zbyt długiego okresu detencji, jeśli wziąć pod uwagę czas trwania działań niezbędnych w danym postępowaniu[392].

W prawie niemieckim brakuje prawa do odszkodowania wprost ustanowionego w przepisach AufenthG. Ewentualne roszczenia powstają tu na zasadzie ogólnej, wynikając z Konstytucji, art. 5 ust. 5 EKPC oraz z Kodeksu cywilnego[393].

8. INSTYTUCJONALNY WYMIAR DETENCJI – MIEJSCA POZBAWIENIA WOLNOŚCI

8.1. SPECJALNE OŚRODKI DLA CUDZOZIEMCÓW

W większości Państw-Stron EKPC funkcjonują ośrodki przeznaczone wyłącznie dla osób pozbawionych wolności w związku z migracyjnym statusem. Do wyjątków zaliczyć trzeba między innymi Cypr, Szwajcarię czy choćby Liechtenstein[394]. Najstarszą i stosunkowo rozbudowaną infrastrukturą dysponuje Francja, gdzie działają 24 ośrodki detencji długoterminowej *centres de retention administrative* („*administrative retention centres*"), 26 ośrodków dla krótszych pobytów *locaux de retention administrative*[395] oraz około 67 stref oczekiwania lokowanych na lotniskach międzynarodowych, portach oraz dworcach kolejowych z połączeniami

[391] Por. wyrok SN, II KK 148/22.

[392] Por. ibidem.

[393] Warto nadmienić, że Bundergerichtshof przyjął, że roszczenia wysuwane na podstawie art. 5 ust. 5 EKPC dotyczą samego pozbawienia wolności a nie sposobu jego wykonywania lub traktowania cudzoziemca w jego trakcie – zob. wyrok Bundesgerichtshof, Urteil vom 18.04.2019, III ZR 67/18.

[394] Jeszcze do niedawna do tych państw zaliczała się także Irlandia, bowiem dopiero w 2022 r. władze otworzyły ośrodek detencyjny na międzynarodowym lotnisku w Dublinie. Niemniej jednak zdarza się, że cudzoziemcy przebywają w więzieniach oraz na posterunkach policji. Najnowsze raporty w tym zakresie publikował GDP, *Submission to the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) in Preparation for its Visit to Ireland*, wrzesień 2019; ponadto por. m.in. KPT, *Concluding Observations on the Second Periodic Report of Ireland*, CAT/C/IRL/CO/2, 31.08.2017, § 11–12.

[395] Por. CESEDA, art. R. 744-16.

międzynarodowymi (*waiting zones, zone dattainte*)[396]. Jednocześnie trzeba zaznaczyć, że w ocenie francuskiego rządu w przypadku stref oczekiwania cudzoziemcy w ogóle nie znajdują się na terytorium francuskim, jak również stosownie do literalnego brzmienia art. L 341-1 CESEDA, nie są oni pozbawieni wolności[397].

We Francji tworzenie i prowadzenie ośrodków detencyjnych pozostaje w gestii kilku ministrów: spraw wewnętrznych, sprawiedliwości, obrony oraz spraw społecznych. Są oni wspólnie odpowiedzialni za tworzenie ośrodków detencyjnych. Oprócz tego za decyzje o utworzeniu niektórych LRA są odpowiedzialni prefekci właściwi terytorialnie. Wyjątkiem jest Paryż, gdzie organem kompetentnym jest prefekt policji. Natomiast samo zarządzanie ośrodkami pozostaje pod nadzorem policji.

Na uwagę zasługuje także Federacja Rosyjska, na której terytorium w 2019 r. zidentyfikowano 78 środków detencyjnych pod nazwą „specjalne instytucje dla czasowej detencji cudzoziemców" (SUVSIG)[398].

W Niemczech działa 11 ośrodków wyspecjalizowanych, które pozostają w gestii władz poszczególnych landów, ale po kilkuletniej przerwie przywrócono dopuszczalność umieszczania cudzoziemców także w więzieniach[399]. W Hiszpanii funkcjonuje siedem ośrodków internowania (centros de internamiento (CIEs) zarządzanych przez policję[400]. W Szwecji oraz Belgii funkcjonuje po sześć ośrodków detencyjnych, w Królestwie Niderlandów trzy, a w Norwegii czy Bułgarii po dwa ośrodki detencyjne.

W Polsce – poza sytuacjami krótkotrwałych zatrzymań w specjalnych pomieszczeniach straży granicznej oraz policyjnych aresztach[401] – cudzoziemcy przebywają w Strzeżonych Ośrodkach dla Cudzoziemców, a także w aresztach

---

[396] Podstawą prawną ich funkcjonowania jest art. L 341-1 CESEDA. Szczegółowa lista wraz omówieniem poszczególnych instytucji zob. GDP, *Immigration Detention in France…*, op. cit., s. 39–42. Podstawą prawną ich funkcjonowania jest art. L 341-1 CESEDA.

[397] Por. art. L 341-1 CESEDA: „Cudzoziemiec, który przybywa do Francji koleją, drogą morską lub powietrzną i który albo nie ma zezwolenia na wjazd na terytorium francuskie, albo ubiega się o udzielenie azylu, może zostać umieszczony w strefie oczekiwania (…)".

[398] Zob. dane publikowane przez Global Detention Project, https://www.globaldetentionproject. org/countries/europe/russian-federation [dostęp: 20.09.2023] oraz informacje prasowe oparte na oficjalnych komunikatach Ministerstwa Spraw Wewnętrznych Federacji Rosyjskiej – zob. Е. Иващенко Российские центры временного содержания иностранцев мало отличаются от СИЗО и тюрем, https://fergana.news/articles/115111/ [dostęp: 20.09.2023], 18.02.2020.

[399] Por. AufenthG, § 62a (1).

[400] J.J. Vallbé, M. Gonzalez-Beilfuss, B. Kalir, *Across the Sloping…*, op. cit., s. 4.

[401] Zgodnie z art. 396 ust. 1 u.c. w przypadku zaistnienia przeszkody uniemożliwiającej doprowadzenie cudzoziemca do aresztu dla cudzoziemców lub uniemożliwiającej przyjęcie go tam, cudzoziemiec może być umieszczony do czasu usunięcia tej przeszkody w wydzielonym pomieszczeniu Straży Granicznej lub Policji przeznaczonym dla osób zatrzymanych.

dla cudzoziemców, które mieszczą się w wydzielonej części budynku SOC[402]. Ustawa o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP podaje definicję legalną SOC (art. 2 pkt 10 u.u.c.o.), wskazując, że jest to strzeżony ośrodek w rozumieniu ustawy o cudzoziemcach, ale ta ostatnia żadnych wyjaśnień w tym zakresie nie zawiera. Również w przypadku aresztu dla cudzoziemców ustawodawca nie sprecyzował, co należy rozumieć pod tym pojęciem, natomiast z brzmienia pozostałych przepisów i praktyki wynika, że jest to pozbawienie wolności w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców, ale w ostrzejszym rygorze i surowszym nadzorze nad cudzoziemcem[403]. Zastosowanie aresztu dla cudzoziemców jest związane z ryzykiem niewłaściwych zachowań cudzoziemca i może mieć miejsce zarówno z powodu okoliczności zaistniałych przed detencją jako taką, jak też w wyniku okoliczności zaistniałych już w trakcie pobytu cudzoziemca w ośrodku strzeżonym[404]. Na uwagę zasługuje, fakt, że instytucja aresztu dla cudzoziemców jest rozwiązaniem charakterystycznym dla prawa polskiego. Jest to przestrzeń wydzielona i autonomiczna, w której znajdują się nie tylko cele dla cudzoziemców, ale wszystkie inne elementy infrastruktury właściwe pozbawieniu wolności, a więc np. własna przestrzeń spacerowa, pokój widzeń czy pokój/przestrzeń do korzystania z Internetu[405].

Wszystkie SOC są przeznaczone wyłącznie dla cudzoziemców, ich funkcjonowanie mieści się w zakresie kompetencji Straży Granicznej i podlega nadzorowi ministra właściwego do spraw wewnętrznych. Jednocześnie trzeba nadmienić, że w związku z napływem cudzoziemców z terytorium Białorusi, profil poszczególnych ośrodków ulegał częstym zmianom a także utworzono dodatkowe – Tymczasowe Strzeżone Ośrodki dla Cudzoziemców – w Wędrzynie, Czerwonym Borze, Białej Podlaskiej. Pod względem organizacyjnym są to filie SOC w Białymstoku, Białej Podlaskiej i Krośnie Odrzańskim. Warto zaznaczyć, że obecnie ośrodkiem wyspecjalizowanym, do którego kierowane są dzieci jest SOC w Lesznowoli. Jeśli chodzi o umieszczenie w ośrodku strzeżonym lub areszcie, to zgodnie z art. 410 ust. 1 u.c. przyjęcie następuje na podstawie postanowienia sądu, którego okazanie jest obowiązkiem funkcjonariuszy doprowadzających cudzoziemca do ośrodka[406].

---

[402] Zgodnie z zarządzeniem nr 23 MSW z 1.07.2014 r. w sprawie pomieszczeń, w których wykonuje się areszt dla cudzoziemców (Dz. Urz. MSW z 2014 r., poz. 44), areszt dla cudzoziemców wykonuje się w pomieszczeniach dwóch SOC.

[403] W art. 399 ust. 1 u.c. przewidziano, że ma on zastosowanie wobec cudzoziemców, co do których istnieje ryzyko, że nie podporządkują się zasadom pobytu obowiązującym w strzeżonym ośrodku.

[404] Por. P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach*…, op. cit., s. 854.

[405] Por. D. Niedźwiedzki, J. Schmidt, M. Stępka, P. Tacik, *Strzeżone ośrodki*…, op. cit., s. 51.

[406] Należy zauważyć, że z tą sytuacją wiąże się także nakaz doprowadzenia, o którym mowa w Rozporządzeniu Rady Ministrów z 4.02.2020 r. w sprawie wykonywania niektórych uprawnień przez funkcjonariuszy Straży Granicznej (Dz.U. z 2020 r., poz. 187).

8.2. INNE MIEJSCA POZBAWIENIA WOLNOŚCI

Osoby przebywające w wyspecjalizowanych ośrodkach detencyjnych stanowią część populacji cudzoziemców pozbawionych wolności w ramach kontroli nad ruchem osobowym. W wyniku działań służb granicznych podejmowanych na bieżąco cudzoziemcy są pozbawiani wolności w hotelach, bazach wojskowych, na statkach[407], w autobusach[408], strefach tranzytowych lotnisk. Jednocześnie zaś niekiedy w przepisach prawa przewiduje się możliwość utworzenia ośrodków detencyjnych *ad hoc*. Do takich sytuacji zaliczyć należy możliwość tworzenia we Francji stref oczekiwania[409] czy też stref tranzytowych ad hoc (*Salas de Inadmisión de Fronteras*) na lotniskach międzynarodowych w Hiszpanii, gdzie dopuszczalne jest przetrzymywanie cudzoziemców od czterech do dziesięciu dni w trakcie granicznych procedur udzielania ochrony międzynarodowej[410].

Niektóre Państwa-Strony EKPC do celów detencji migracyjnej wykorzystują na zasadzie dodatkowej czy uzupełniającej instytucje powiązane z wymiarem sprawiedliwości w sprawach karnych, a więc więzienia[411], areszty tymczasowe, posterunki policji[412], miejsca pozbawienia wolności przeznaczone dla młodocianych. Wydaje się, że warto w tym kontekście zwrócić uwagę na przypadek Niemiec, które po orzeczeniu TSUE w sprawie Bero & Bouzalmate[413], konsekwentnie

[407] Por. stan faktyczny w sprawie *Medvedyev i inni v. Francja*, choć trzeba zauważyć, że niekiedy statki oficjalnie pełnią funkcje detencyjne jak np. statki kwarantannowe, które przez ponad dwa lata funkcjonowały we Włoszech. Utworzono je specjalnym dekretem: Decreto del Capo Dipartimento n. 1287 del 12 4. e 2020. Nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, tekst dostępny https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/decreto-del-capo-dipartimento-n--1287-del-12-4.e-2020--nomina-del-soggetto-attuatore-per-le-attivit--emergenziali-connesse-all-assistenza-e-allaso [dostęp: 20.09.2023]; zob. także m.in. przypadek ośrodka detencyjnego funkcjonującego na statku w porcie w Rotterdamie – por. J. Doomernik, *Report from Netherlands*, [w:] J. Doomernik, M. Jandl (red.), *Modes of Migration*…, op. cit., s. 133.

[408] Por. stan faktyczny w sprawie *Akkad v. Turcja*, skarga nr 1557/19, wyrok ETPC z 21.06.2022 r., § 115.

[409] Por. CESEDA, art. L 341-6.

[410] Por. EPRS, *The Return Directive*…, op. cit., s. 104. Należy podkreślić, iż władze Hiszpanii uważają, że nie jest to forma pozbawienia wolności.

[411] W UE wedle danych Komisji Europejskiej wciąż około 9 państw członkowskich przetrzymuje migrantów w więzieniach. Na przykład jest to Estonia – por. ustawy o obowiązku wyjazdu i zakazie wjazdu, § 23 (6).

[412] Por. CPT, Report, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2015 English, § 26–27, s. 64.

[413] Por. *Adala Bero v. Regierungspräsidium Kassel and Ettayebi Bouzalmate v Kreisverwaltung Kleve*, C-473/13 wyrok TSUE z 14.07.2014 r., ECLI:EU:C:2014:2095.

dążyły do wyeliminowania przypadków detencji cudzoziemców w więzieniach, by w 2020 r. wprowadzić regulację ponownie dopuszczającą taką możliwość na zasadzie wyjątku (AufenthG (§ 62a (1)). W przepisie tym nie ma mowy o umieszczaniu cudzoziemców w zakładach karnych, ale formułuje on obowiązek oddzielania osób oczekujących na deportację od osadzonych na podstawie prawa karnego (*Strafgefangene*)[414]. Szwedzka Agencja Migracyjna może podjąć decyzję o umieszczeniu cudzoziemca w zakładzie karnym, jeżeli wydalenie cudzoziemca ma związek z przestępstwem lub ze względów bezpieczeństwa, lub jeśli jest to konieczne, ze względu na uwarunkowania transportowe lub z innych szczególnych powodów[415].

Pozbawienie wolności na posterunkach policji jest dopuszczalne w określonych okolicznościach w prawie szwedzkim[416], a także we wstępnej fazie w prawie niderlandzkim[417]. Na zasadzie reguły wykorzystuje się takie policyjne pomieszczenia w Hiszpanii (w Maladze, Tarifie, Almerii i Motrilu). W tym ostatnim przypadku chodzi o cudzoziemców przybyłych do Hiszpanii drogą morską, którzy automatycznie otrzymują decyzje o detencji i na policyjnych posterunkach oczekują na deportację przez okres maksymalnie do 72 godzin[418].

Następnie należy wspomnieć o instytucjach i miejscach, których reżim jest mieszany, a więc w ramach jednej placówki funkcjonuje zarówno część zamknięta, jak i część otwarta[419]. Zdarzają się też instytucje o charakterze mieszanym, jak np. austriackie *Polizeianhaltezentrum* (PAZ), gdzie przetrzymuje się migrantów wraz z innymi osobami administracyjnie pozbawionymi wolności oraz podejrzanymi o przestępstwa kryminalne[420].

---

[414] Miały to być rozwiązania tymczasowe obowiązujące do 2022 r. w przypadku braku wystarczającej liczby miejsc w istniejących ośrodkach wyspecjalizowanych; por. KPC, *Concluding observations on the seventh periodic report of Germany*, 30.11.2021, CCPR/C/DEU/CO/7, § 38 lit. d.

[415] Por. Utlänningslag, rozdział 10 § 20, ust. 1–4.

[416] Por. ibidem, rozdział 10, § 17 i 20.

[417] W tym przypadku jest to dopuszczalne przez okres do 10 dni, po którym cudzoziemca należy przekazać do ośrodka wyspecjalizowanego – por. art. 6 (2) w związku z art. 5 (4) Vreemdelingenwet.

[418] AIDA, *Country Report: Spain*, update 2021, s. 142, https://www.asylumineurope.org/reports/country/spain [dostęp: 30.04.203].

[419] Por. np. fiński ośrodek recepcyjny Joutseno w Konnunsuo, którego wydzielona część jest przeznaczona dla osób oczekujących na deportację – https://migri.fi/en/detention [dostęp: 15.01.2024]. Szerzej na temat detencji w Finlandii zob. M. Kmak, A. Seilonen, *Balancing Control…*, op. cit., s. 39–48.

[420] Oprócz tego od 2014 r. w Austrii funkcjonuje *Anhaltezentrum w Vordenbergu* przeznaczone wyłącznie dla cudzoziemców podporządkowane podobnie jak ośrodki policyjne ministrowi spraw wewnętrznych Natomiast problem polega na częściowym delegowaniu zadań w tym ośrodku prywatnej firmie G4S, której powierzono *daily management, security, basic health care services, psychological and social consulting, food distribution, and escort during the transfers*. W Austrii

Za przykład może posłużyć wiedeński ośrodek dla rodzin na ulicy Zinnergasse, którego jedna część pozostaje klasycznym ośrodkiem detencyjnym dla rodzin i małoletnich pozbawionych opieki, druga natomiast pełni rolę ośrodka zamieszkania dla cudzoziemców korzystających ze środków alternatywnych w stosunku do detencji[421]. Podobne rozwiązanie zastosowano również w polskim ośrodku strzeżonym w Białymstoku, a także w hotspotach. W hotspotach przebywają zarówno osoby, które mogą je swobodnie opuszczać, jak i cudzoziemcy, którzy pozostają w zamknięciu ze względu na trwający proces identyfikacji, bądź też odmowę złożenia odcisków palców. Jest to jeden z przykładów sytuacji, gdy sama nazwa jeszcze nie przesądza o tym, jakiemu reżimowi został poddany konkretny cudzoziemiec[422].

Na tym tle należy również zwrócić uwagę na specyficzne nazewnictwo. Część Państw-Stron EKPC posługuje się określeniami, które wbrew sytuacji faktycznej nie wskazują na funkcje detencyjne danej instytucji[423]. Między innymi zatem cudzoziemcy są przetrzymywani w „ośrodkach tranzytowych" czy „ośrodkach repatriacji"[424], „ośrodkach pobytu", „ośrodkach dla uchodźców" czy „ośrodkach recepcyjnych"[425]. W Bułgarii w przepisach prawa wspomina się o „specjalnych domach tymczasowego zamieszkania dla cudzoziemców"[426], a także o „umieszczeniu" osób poszukujących ochrony międzynarodowej w „ośrodku typu zamkniętego"[427]. W Hiszpanii detencja poza *centros internamientos* odbywa się ośrodkach tymczasowej pomocy dla cudzoziemców – C*entros de Atención Temporal de Extranjeros* (CATE). Równie eufemistycznie brzmi nazwa miejsc detencji na pograniczu włosko-francuskim: *zone de rétention provisoire*, a więc stref tymczasowego przetrzymywania. Przede

obowiązuje jeszcze podział tych placówek na miejsca długoterminowego pobytu i pobytu o średnim czasokresie. Oficjalnie jako miejsce pozbawienia wolności funkcjonuje także strefa tranzytowa Vienna Schwechat Airport.

[421] Por. GDP, *Immigration Detention in Austria*…, op. cit., s. 34–35.

[422] WGAD, Report…, op. cit., E/CN. 4/1998/44, § 41 lit. g.

[423] Warto wskazać, iż nie jest to jedynie praktyka europejska szerzej zob. J. Markiewicz-Stanny, *Język aktów prawnych a ekskluzja społeczna imigrantów w sytuacji nieregularnej*, „Lingwistyka Stosowana" 2017, t. 24, nr 4, s. 95–107.

[424] Por. funkcjonowanie w Belgii ośrodków: Caricole Transit Centre, czy 127bis Repatriation Centre, https://dofi.ibz.be/en/themes/irregular-stay/detention/6-detention-centres [dostęp: 15.01.2024].

[425] We Włoszech są *to Centri di accoglienza, Cetnri di accoglienza di richiedenti asilo, Centri di identificazione ed espulsione*.

[426] Por. ustawa o cudzoziemcach, art. 44 ust. 6.

[427] Por. Закон за убежището и бежанците [prawo o azylu i uchodźcach], „State Gazette" Nr 54, 31.05.2002 z późn. zmianami, https://lex. bg/laws/ldoc/2135453184 [dostęp: 20.09.2023], art. 45b.

wszystkim ma to ten skutek, że myląca terminologia daje władzom pretekst do niestosowania odpowiednich przepisów lub też opóźniania oficjalnego udokumentowania detencji[428], a wręcz wyłączenia jakiejkolwiek kontroli sądowej. Z tego względu CPT wskazał, że w stosunku do miejsca, gdzie cudzoziemcy są pozbawieni wolności, właściwe jest użycie określenia „ośrodek detencyjny a nie «dom gościnny»"[429].

8.3. DETENCJA STOSOWANA BEZ ODPOWIEDNIEJ PODSTAWY PRAWNEJ

Poza wskazaniem na same podstawy prawne detencji należy podnieść, że istotny wpływ na praktykę stosowania środków detencyjnych mają rozmaite dokumenty i wytyczne natury politycznej, a w Europie wciąż zdarzają się sytuacje pozbawiania cudzoziemców wolności bez odpowiedniej podstawy prawnej lub też w miejscach, które oficjalnie nie służą celom detencyjnym.

W pierwszej kolejności trzeba wspomnieć o odnotowanych przypadkach przetrzymywania cudzoziemców w garażu na terenie placówki SG w Białowieży w warunkach odbiegających od jakichkolwiek standardów higieny. Aczkolwiek funkcjonariusze Straży Granicznej wyjaśniali, że chodziło o jedynie kilkanaście minut oczekiwania na wyniki testów na COVID, to jednak znalezione tam materace i zeznania cudzoziemców wskazują, iż było to pozbawienie wolności znacznie dłuższe[430].

W Hiszpanii organizacje pozarządowe wskazują na stosowanie detencji *de facto* w ośrodkach tymczasowej pomocy dla cudzoziemców – Centros de Atención Temporal de Extranjeros (CATE), które są zamkniętymi placówkami pod

[428] Por. CPT, *Report to the Croatian Government on the visit to Croatia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 10 to 14.08.2020*, CPT/Inf (2021) 29, 3.12.2021, § 35.

[429] CPT, *Report to the Turkish Government on the visit to Turkey carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 4 to 17.06.2009*, CPT/Inf (2011) 13, Strasbourg 2011, § 39. Trzeba w tym miejscu zauważyć, że będący przedmiotem zainteresowania Komitetu *Edirne Tunca Camp Guesthouse for Foreigners* zakończył swoje funkcjonowanie w 2009 r.

[430] Por. K. Czarnota, M. Górczyńska, *Gdzie prawo nie sięga. Raport Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka z monitoringu sytuacji na polsko-białoruskiej granicy*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2022, s. 44, https://hfhr.pl/upload/2022/12/raport_gdzie_prawo_nie_siega-hfpc-30062022_1.pdf [dostęp: 5.10.2023]; zob. także *Niezapowiedziana wizytacja przedstawicieli BRPO na granicy polsko-białoruskiej*, https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/niezapowiedziana-wizytacja-przedstawicieli-brpo-na-granicy-polsko-bialoruskiej [dostęp: 5.10.2023].

nadzorem policji. CATE zostały utworzone poza jakimikolwiek ramami prawnymi. Przebywają w nich w większości osoby, które przypłynęły do Hiszpanii morzem i podlegają *expulsiones express*, czyli natychmiastowemu wydaleniu. W tym przypadku działania władz nie podlegają kontroli sądowej[431]. Podobna praktyka ma miejsce we Francji. W 2017 r. na mocy nieformalnej decyzji prefekta Alpes-Maritimes powstała pierwsza z czterech obecnie funkcjonujących stref tymczasowego przetrzymywania (*zone de rétention provisoire*). Jest to miejsce pozbawienia wolności w kontenerach z prefabrykatów osób, które zostały zatrzymane na granicy. Osoby te mają być później odesłane do Włoch. Co istotne, nie wydaje się tu żadnego postanowienia o detencji. Sąd w Nicei uznał, iż pozbawienie wolności w takich miejscach jest legalne, ale pod warunkiem że nie będzie trwało dłużej niż cztery godziny. Po tym czasie cudzoziemcy powinni być skierowani do jednej z oficjalnie funkcjonujących *zone d'atteinte*[432].

Władzom Grecji zarzuca się przetrzymywanie cudzoziemców *incommunicado* oraz prowadzenie ukrytych ośrodków detencyjnych[433]. W przypadku Malty, CPT stwierdził[434], że ponad 90 procent migrantów przetrzymywanych w ośrodkach recepcyjnych i detencyjnych od połowy 2018 r. zostało pozbawionych wolności na podstawie Rozporządzenia o zapobieganiu chorobom z 1982 r.[435] W przepisach tych nie ma mowy o pozbawieniu wolności, lecz o ograniczeniach poruszania

[431] Por. C. Cantat, *Locked Up and Excluded: Informal and Illegal Detention in Spain, Greece, Italy and Germany*, Migreurope 2020, s. 20–21.

[432] Okres czterech godzin wynika z zastosowania w tym przypadku art. 78-3 kodeksu postępowania karnego, który dopuszcza zatrzymanie na taki okres w celu kontroli tożsamości – zob. Tribunal administratif de Nice, ordonnance n° 1702161, 8.06.2017, https://gisti.org/IMG/pdf/jur_ta_nice_2016-06-08_anafe.pdf [dostęp: 30.11.2023].

[433] Por. M. Stevis-Gridneff, P. Kingsley, H. Willis, S. Almukhtar, M. Browne, *We Are Like Animals': Inside Greece's Secret Site for Migrants*, https://www.nytimes.com/2020/03/10/world/europe/greece-migrants-secret-site.html [dostęp: 20.10.2023]; Committee on Enforced Disappearences, *Concluding observations on the report submitted by Greece under article 29 (1) of the Convention*, 12.05.2022, CED/C/GRC/CO/1, § 30–31; por. w tym względzie funkcjonowanie nieoficjalnych miejsc detencji w Grecji – Legal Centre Lesvos, *Collective Expulsions Documented in the Aegean Sea: March–June 2020*, 13.07.2020, s. 4, http://legalcentrelesvos.org/wp- content/uploads/2020/07/Collective-Expulsions-in-the-Aegean-July-2020-LCL.pdf [dostęp: 20.10.2023].

[434] Por. CPT, *Report to the Maltese Government on the visit to Malta Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 17 to 22 September 2020*, Strasburg, CPT/Inf (2021) 1, § 17.

[435] W myśl tych unormowań, jeżeli nadinspektor ma powody, by podejrzewać, że dana osoba może rozprzestrzeniać chorobę, ma prawo zarządzeniem ograniczyć przemieszczanie się takiej osoby lub zawiesić ją w wykonywaniu pracy na okres nieprzekraczający czterech tygodni, który to okres może zostać przedłużony do dziesięciu tygodni w celu sfinalizowania niezbędnych badań mikrobiologicznych, Prevention of Disease Ordinance, CAP. 36 of the Laws of Malta, 1982, art. 13 (1) https://legislation.mt/eli/cap/36/eng/pdf [dostęp: 20.01.2024].

się. Komitet ustalił, że na tej podstawie stosowano detencję bez żadnej zindywidualizowanej oceny, na podstawie nakazu zawierającego jedno zdanie, bez określenia ewentualnej choroby zakaźnej i wskazania skutecznego środka odwoławczego. Cudzoziemcy byli tym sposobem pozbawiani wolności na wiele miesięcy, poza kontrolą sądową, przebywając przez 23 do 24 godzin dziennie w zamknięciu. Stosowanie detencji o charakterze migracyjnym na podstawie tych przepisów zostało uznane przez maltańskie sądy za nielegalne[436]. Dodać należy, że pozbawienie wolności nie było w tych przypadkach dokumentowane, a władze poszczególnych ośrodków nie wiedziały, kto jest w nich przetrzymywany i na jakiej podstawie[437].

Przykładem systemowego naruszenia standardu legalności może być sytuacja we Włoszech w latach 2015–2018. Od 2015 r. na terytorium Włoch – podobnie jak w Grecji – funkcjonują hotspoty, których głównym celem było szybkie ustalenie tożsamości lub przynależności państwowej cudzoziemców. Jednak regulacje dopuszczające w ogóle możliwość detencji osób poszukujących ochrony międzynarodowej w wymienionych celach powstały dopiero trzy lata później[438]. W tym samym czasie weszły w życie pierwsze normy prawne odnoszące się do hotspotów, ale nie dookreśliły one reżimu tych instytucji poprzez wskazanie, czy mają one charakter zamknięty, otwarty czy też półotwarty[439]. Jest to być może uzasadnione tym, że w praktyce funkcjonują one w zróżnicowany sposób. Na przykład hotspot w Taranto ma charakter otwarty, ale tylko dla dorosłych – dzieci nie mogą go opuszczać. W Messinie funkcjonuje hotspot formalnie otwarty, ale cudzoziemcy twierdzą, że praktyce są pozbawieni wolności. Z kolei hotspot na Lampedusie ma charakter zamknięty[440]. W związku z powyższym przynajmniej część cudzoziemców zatrzymanych w hotspotach w celu ustalenia tożsamości przed rokiem 2018 była pozbawiona wolności *de facto*, bez stosownego nakazu

[436] Court of Magistrates, Court of Inquiry, (Malta), 8th October 2019, *Police vs Mohammed Abdallah Mohammed* za: CPT, Report: Malta, CPT/Inf (2021) 1, § 17.

[437] Por. CPT, Report: Malta, CPT/Inf (2021) 1, § 48.

[438] Por. Decreto Legislativo 142/2015, art. 6(3-bis). Przepis ten został wprowadzony art. 3 Decreto Legislativo 113/2018 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, (18G00161) (dalej jako Decretto Legislativo 113/2018), GU Serie Generale n. 281 del 03-12-2018.

[439] Por. GDP, *Imigration Detention in Italy*, s. 9; zob. szerzej European Court of Auditors, Special Report: *EU response to the refugee crisis: the 'hotspot' approach*, Special Report of European Court of Auditors, 2017, Nr 6, https://reliefweb.int/sitES/reliefweb.int/files/resources/SR_MIGRATION_HOTSPOTS_EN.pdf [dostęp: 20.10.2023].

[440] Foundation for Access to Rights i inni, *Crossing a Red Line: How EU Countries Undermine the Right to Liberty by Expanding the Use of Detention of Asylum Seekers Upon Entry*, February 2019, s. 23, https://www.globaldetentionproject.org/wp-content/uploads/2019/02/crossing_a_red_line_REPORT.pdf [dostęp: 20.10.2023].

czy innej decyzji wydanej przez kompetentny organ[441]. W ostatnim czasie zapadł wyrok ETPC, w którym to Trybunał stwierdził, iż prawo włoskie nie zawierało podstawy prawnej do pozbawienia wolności skarżących w hotspocie na Lampedusie w 2017 r.[442]

Z kolei w Bułgarii dopiero w 2016 r. wprowadzono możliwość pozbawienia wolności cudzoziemca w celu ustalenia tożsamości w specjalnej części ośrodka detencyjnego na okres do 30 dni[443]. Tym sposobem zalegalizowano funkcjonującą od dłuższego czasu praktykę detencji *de facto* w „ośrodku dystrybucyjnym" na przejściu granicznym w Ełchowie[444].

W Chorwacji charakter systemowy ma praktyka zatrzymywania cudzoziemców na granicy, następnie ich transportowania i przetrzymywania na posterunkach policji. Wedle raportów CPT, pomimo że sytuacja faktyczna tych osób spełniała kryteria art. 5 EKPC[445], władze chorwackie nie uznają tych osób za formalnie pozbawione wolności. Aczkolwiek zdarzały się wyjątki, to jednak większość zatrzymanych nie korzystała z gwarancji, które przysługują osobom pozbawionym wolności na mocy chorwackiego prawa. Jednocześnie przynajmniej przez kilka godzin fakt zatrzymania cudzoziemców oraz ich tożsamość nie były nigdzie rejestrowane[446].

---

[441] Por. CPT, *Report to the Italian Government on the Visit to Italy Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 13 June 2017*, CPT/Inf (2018) 13, 10.04.2018, § 31; KPT, *Concluding Observations on the Combined Fifth and Sixth Periodic Reports of Italy*, CAT/C/ITA/CO/5-6, 30.11.2017, § 25a.

[442] Por. *J.A. i inni v. Włochy*, skarga nr 21329/18, wyrok ETPC z 30.03.2023 r., § 79–99.

[443] Por. prawo bułgarskie: Закон за чужденците, art. 44 § 13. Należy również podkreślić, że w przepisie tym mowa o „zakwaterowaniu" cudzoziemca.

[444] Por. V. Ilareva, *Advocacy Report on the „Red Line"…*, op. cit., s. 13.

[445] Migranci przebywali w określonej ograniczonej przestrzeni przez znaczny czas, byli poddawani rewizji osobistej, ich mienie osobiste podlegało zajęciu, pozostawali zakuci w kajdanki, również podczas transportu w policyjnej furgonetce; niekiedy transport ten trwał wiele godzin.

[446] Por. CPT, *Report: Chorwacja*, CPT/Inf (2021) 29, § 14; warto odnotować, że Komitet odnosił się do poprzednio obowiązującej ustawy o cudzoziemcach, którą zastąpiła ustawa o cudzoziemcach z 25.10.2020 r., „Official Gazette" 133/2020, 2.12.2020, w wersji anglojęzycznej: https://mup.gov.hr/UserDocsImages/zakoni/ALIENS%20ACT%20(Official%20Gazette%20No%20133_2020).pdf [dostęp: 13.04.2025].

9. TRAKTOWANIE CUDZOZIEMCÓW POZBAWIONYCH WOLNOŚCI

9.1. REŻIM POZBAWIENIA WOLNOŚCI

Jak wspomniano w rozdziale III, kwestia warunków i traktowania osób pozbawionych wolności nie jest wprost uregulowana w przepisach EKPC dotyczących wolności i bezpieczeństwa osobistego. Niemniej jednak standardy w tym zakresie przede wszystkim należy rekonstruować w kontekście oceny, czy pozbawienie wolności nie jest arbitralne w związku z jego celem uprawnionym. Nie wchodząc w szczegóły, którym zapewne należałoby poświęcić osobną monografię, właściwe jest opisanie pewnych ogólnych zasad, które państwa przyjmują w tym zakresie, a także najpoważniejszych problemów w ich urzeczywistnianiu. W art. 41 ust. 4 Konstytucji RP czytamy, że każdy pozbawiony wolności musi być traktowany w sposób humanitarny.

W przypadku większości Państw-Stron EKPC warunki, w jakich ma się odbywać detencja migracyjna, są uregulowane w sposób odrębny od rygorów systemu penitencjarnego[447]. Do wyjątków należy zaliczyć Królestwo Niderlandów, gdzie, co prawda, warunki detencji na granicy są regulowane specjalnym rozporządzeniem[448], ale osoby przebywające w ośrodkach zamkniętych w ramach detencji terytorialnej są poddane reżimowi takiemu jak osoby pozbawione wolności w systemie penitencjarnym[449].

W Polsce ośrodki strzeżone mają niewątpliwie „dwoistą naturę". Jak pisze Paweł Dąbrowski, z jednej strony jest to zakład zamknięty, którego sposób funkcjonowania jest przynajmniej częściowo przedmiotem regulacji kodeksu postępowania karnego oraz kodeksu karnego wykonawczego. Przepisami natury prawnokarnej uregulowano kwestie związane z umieszczeniem, przedłużeniem pobytu i zniesieniem obowiązku pobytu cudzoziemca, a częściowo elementy związane z samym pobytem (art. 417 ust. 2 u.c.) w zakresie dostępu do świadczeń zdrowotnych, leków, artykułów sanitarnych), a także przesłanki wymierzania kary dyscyplinarnej (art. 426 u.c.). W pozostałym zakresie relacje pomiędzy cudzoziemcem a administracją ośrodka, można określić jako władztwo zakładowe i określenie praw użytkownika zakładu administracyjnego. Istotną okolicznością pozostaje, że ośrodki

[447] Por. np. CESEDA, art. L 744-1.

[448] Por. Reglement regime grenslogies [Rozporządzenie dotyczące zasad zakwaterowania na granicy], 1.04.2001 r., https://wetten.overheid.nl/BWBR0005848/2001-04-01 [dostęp: 20.10.2023].

[449] Por. GDP, *Immigration Detention in the Netherlands*…, op. cit., s. 7.

strzeżone dla cudzoziemców są administrowane przez Straż Graniczną, a nie Służbę Więzienną[450].

W szwedzkiej ustawie o cudzoziemcach przewiduje się, że cudzoziemcy pozbawieni wolności w miejscach o proweniencji karnej, korzystają z łagodniejszych warunków traktowania wynikających z ich migracyjnego statusu[451]. Jednocześnie przyjmuje się, iż warunki panujące w ośrodkach detencyjnych mają być maksymalnie zbliżone do panujących w otwartych ośrodkach recepcyjnych. Jedyną różnicą powinno być przebywanie w zamkniętym budynku[452].

W unormowaniach hiszpańskich stanowi się wprost, że „ośrodki internowania" nie mogą przypominać więzień i wobec cudzoziemców dopuszczalne jest jedynie stosowanie ograniczeń w poruszaniu się (ustawa o cudzoziemcach art. 60.2 i 62). W tym jednak przypadku prawo hiszpańskie pozostaje martwą literą. Cudzoziemcy przebywają w otoczeniu podobnym do więziennego, bez odpowiedniej przestrzeni, wentylacji, ogrzewania, wody i toalet[453]. Jednocześnie stosowane zamki uniemożliwiają szybkie otwarcie celi w sytuacjach nagłych[454].

W analizowanych regulacjach stanowi się, że detencja cudzoziemców powinna wiązać się z łatwiejszym i dłuższym niż w więzieniach dostępem do świeżego powietrza, zachowaniem odpowiedniego poziomu prywatności[455], umożliwieniem cudzoziemcom kontaktu ze światem zewnętrznym, zapewnieniem dostępu organizacji pozarządowych, zapewnieniem odpowiednich form aktywności oraz odpowiednich pomieszczeń rodzinom z dziećmi[456]. W tym ostatnim przypadku chodzi zarówno o samo wydzielenie pomieszczeń, jak i stworzenie odpowiednich warunków dostosowanych do wieku i potrzeb[457]. W przepisach tych zawarte jest także prawo do kontaktu z władzami konsularnymi własnego państwa, a także z innymi odpowiednimi organizacjami oraz członkami rodziny[458]. Najczęściej cudzoziemcy z racji odległości od rodzimego kraju nie

[450] Por. P. Dąbrowski, [w:] J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach…*, op. cit., s. 850.

[451] Por. prawo szwedzkie, Utlänningslag, rozdział 11 § 2. Choć zastrzega się w tym przepisie, że korzystanie to jest ograniczone względami porządku i bezpieczeństwa funkcjonowania placówek karnych.

[452] Por. Utlänningslag, rozdział 11, § 1.

[453] AIDA, *Country Report: Spain*, 2019, https://www.asylumineurope.org/reports/country/spain [dostęp:20.10.2021].

[454] GDP, *Immigration Detention in Spain…*, op. cit., s. 28.

[455] Por. np. AufenthG, § 62a (3); prawo portugalskie: Lei n.º 23/2007, art. 146 A ust. 6, w którym stanowi się, że gwarantowany jest odpowiedni poziom prywatności rodzinom z dziećmi.

[456] AufenthG § 62a (1) w przypadku pozbawienia wolności kilku członków tej samej rodziny należy ich umieszczać oddzielnie od pozostałych zatrzymanych oczekujących na deportację.

[457] Por. prawo bułgarskie: Закон за чужденците, art. 44 ust. 3 (9).

[458] Por. AufenthG, § 62 a (1) i (2); prawo portugalskie: Lei n.º 23/2007, art. 146-A.

przyjmują wizyt rodzin, z kolei korzystanie ze zwykłych połączeń telefonii tradycyjnej czy komórkowej powoduje niezwykle szybkie wyczerpanie funduszy i skazuje tych ludzi na dodatkową izolację. Stąd też szczególne znaczenie ma udostępnianie cudzoziemcom komputerów z możliwością kontaktu głosowego przy użyciu łączy internetowych lub też przynajmniej dopuszczanie korzystania z telefonów komórkowych bez kamer[459].

Niezależnie od poziomu urzeczywistnienia powyższych standardów przeważającą cechą ośrodków detencyjnych w Europie jest funkcjonowanie w reżimach zbliżonych do więziennych, a niekiedy wręcz nawet surowszych[460]. Na tle praktyki niderlandzkiej Arjen Leerkes i Dennis Broeders wskazują na penalizujący wymiar detencji w Królestwie Niderlandów ze względu na jego wzorowanie na instytucji aresztu tymczasowego (*voorlopige hechtenis*). W konsekwencji cudzoziemcy doświadczają tych samych ograniczeń co podejrzani o poważne przestępstwa w zakresie możliwości komunikowania się ze światem zewnętrznym, pracy, codziennych zajęć, wyboru pożywienia. W niektórych przypadkach nawet ograniczenia te są dalej idące[461].

Większość ośrodków detencyjnych dysponuje podobną do więziennej infrastrukturą. Stosuje się w nich identyczne lub zbliżone rozwiązania dotyczące bezpieczeństwa, m.in. okratowanie okien, wysokie mury, drut kolczasty, uzbrojeni strażnicy[462]. Wszystkie te elementy występują również w polskich SOC, chociaż trzeba dostrzec pewne odmienności w zakresie nomenklatury, która ma odróżniać tego typu pozbawienie wolności od reżimu karnego[463].

Duży kontrast pomiędzy sposobem określenia warunków detencji w prawie a rzeczywistością można zaobserwować we Francji. Mianowicie brzmienie artykułu R 744-5 CESEDA wskazuje, że w ośrodkach detencyjnych cudzoziemcom

---

[459] Por. CPT, Bułgaria, CPT/Inf (2019) 24, § 42–44.

[460] Por. uwagi dotyczące francuskich CRAs – Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté (CGLPL), Rapport d'activité 2017, http://www.cglpl.fr/2018/publication-du-rapport-dactivite-2017 [dostęp: 15.06.2020]; CPT, Dania, CPT/Inf (2019) 35, § 113.

[461] Autorzy podają tu przykład braku możliwości przyjmowania wizyt bez obecności osób trzecich, albo też braku możliwości otrzymania przepustek w związku z wydarzeniami rodzinnymi lub pogrzebami – por. A. Leerkes, D. Broeders, *A Case of Mixed Motives? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention*, „British Journal Criminology" 2010, t. 50, nr 5, s. 836.

[462] SPT, *Report on the Visit Made by the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment to Italy*, CAT/OP/ITA/1, 23.09.2016, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/CountryVisits.aspx?SortOrder=Alphabetical [dostęp: 20.04.2022]; KPT, *Concluding Observations: Netherlands*, CAT/C/NLD/CO/7, § 16.

[463] Na przykład w ustawie o cudzoziemcach jest mowa o pokoju cudzoziemca, nie zaś o celi – por. art. 414 u.c. Szersze uwagi zob. D. Niedźwiedzki, J. Schmidt, M. Stępka, P. Tacik, *Strzeżone ośrodki…*, op. cit., s. 42–43.

oferuje się zakwaterowanie typu hotelowego i usługi cateringowe[464], co stoi w jaskrawej sprzeczności z rygorem quasi-więziennym, któremu są poddani cudzoziemcy w rzeczywistości[465].

Istotnym elementem jest nadmierna restrykcyjność traktowania pozbawionych wolności cudzoziemców. Za reprezentatywne w tym względzie można uznać spostrzeżenia KPT, iż cudzoziemcy w dobrze wyposażonym norweskim ośrodku Trandu przebywają w zamkniętych pomieszczeniach dłużej niż większość więźniów karnych w tym państwie[466]. W Królestwie Niderlandów odnotowano, że cudzoziemcy przebywają w celach przez około 16 godzin[467].

Jako problematyczny jawi się brak proporcjonalności stosowania środków bezpieczeństwa, dyscyplinarnych oraz zapobiegających ucieczce. Chodzi tu o używanie na zasadzie reguły i bez zindywidualizowanej oceny kajdanek, krępowanie całego ciała[468], oraz stosowanie izolatek[469] czy też nadmiernie ingerujące przeprowadzanie rewizji osobistych[470]. W tym ostatnim przypadku należy odnotować, iż w prawodawstwie przynajmniej kilku państw zasady przeszukania cudzoziemców zostały poddane ograniczeniom. W 2015 r. w Hiszpanii Sąd Najwyższy orzekł o niekonstytucyjności przepisów dopuszczających obowiązek rozbierania się i przeszukań całego ciała cudzoziemca[471]. Z kolei w prawie szwedzkim ograniczono liczbę dopuszczalnych przeszukań: w przypadku służby migracyjnej ich zakres jest ograniczony do samej odzieży, mogą być przeprowadzone tylko przez osobę tej samej płci

[464] Cyt. "Les centres de rétention administrative offrent aux étrangers retenus des équipements de type hôtelier et des prestations de restauration collective. Leur capacité d'accueil ne peut pas dépasser cent quarante places." [Areszty administracyjne oferują osadzonym cudzoziemcom obiekty o charakterze hotelowym oraz zbiorowe usługi cateringowe. Ich pojemność nie może przekraczać stu czterdziestu miejsc].

[465] We francuskich ośrodkach, podobnie jak w innych państwach, stosuje się kraty w oknach, siatki druciane na dziedzińcach i inne zabezpieczenia, które tworzą przestrzeń zbliżoną do rygorów więziennych – zob. szczegółowo Global Detention Project, *Immigration Detention in France…*, op. cit., s. 29; CPT, *Rapport: France*, CPT/Inf (2020), § 22.

[466] Por. CPT, *Report: Norway*, CPT/Inf (2019) 1, § 44.

[467] KPT, *Concluding Observations on the Combined Fifth and Sixth Periodic Reports of the Netherlands, Adopted by the Committee at its Fiftieth Session (6–31.05.2013)*, 20.06.2013, CAT/C/NLD/CO/5-6, § 15–16.

[468] Por. CPT, *Report: Norway*, CPT/Inf (2019) 1, § 58–60. KPT, *Concluding Observations: the Netherlands*, CAT/C/NLD/CO/5-6, § 15–16.

[469] W Belgii możliwe jest zastosowanie środka dyscyplinarnego w celi izolacyjnej do 24 godzin już wobec osób powyżej 16. r.ż.: Myria, „Ouverture imminente des unités familiales dans le centre fermé 127bis", https://bit.ly/2yqehOd [dostęp:20.01.2024]; w Królestwie Niderlandów używanie izolatek wzbudziło niepokój KPT, *Concluding observations on the seventh periodic report of the Netherlands*, CAT/C/NLDCO/7, 18.12.2018, § 16.

[470] KPT, *Concluding Observations: the Netherlands*, CAT/C/NLD/CO/5-6, § 15–16.

[471] Por. Ley Organica 4/2000, art. 55 ust. 2.

i w asyście świadków[472]. W polskim prawie należy wspomnieć o art. 412 u.c., który reguluje kwestię szczegółowego sprawdzenia cudzoziemca przy przyjęciu cudzoziemca do ośrodka lub aresztu, a także w trakcie pobytu w przypadkach uzasadnionych względami bezpieczeństwa i porządku[473]. Uwagę zwraca tutaj bezwzględny obowiązek prowadzenia oględzin oraz sprawdzenia odzieży i obuwia bez obecności osób nieupoważnionych oraz osób odmiennej płci, podczas gdy art. 223 k.p.k. wskazuje, że ma to się odbyć „w miarę możności"[474].

9.2. MATERIALNE WARUNKI POBYTU

Jako bardzo dobre – a wręcz doskonałe – oceniono w 2022 r. warunki panujące w niderlandzkich ośrodkach detencyjnych[475]. Złe warunki na zasadzie systemowej częściej występują w państwach stosujących detencję na szeroką skalę i które zmagają się ze znacznym napływem cudzoziemców. Najbardziej znane w tym zakresie są przykłady Włoch, Malty czy Grecji, ale również pozostałe państwa europejskie mają liczne problemy często w zakresie podstawowych standardów traktowania osób pozbawionych wolności. Nie jest to regułą, ale w niektórych państwach w ośrodkach detencyjnych warunki i standardy traktowania cudzoziemców są gorsze niż w więzieniach i innych miejscach przeznaczonych dla osób winnych przestępstw kryminalnych[476]. Cudzoziemcy napotykają na praktyczne trudności w zakresie braku dostępu do świeżego powietrza lub jego ograniczenie ze względu na braki personelu. Pozytywnie na tym tle wyróżniają się Bułgaria, jak również Francja, gdzie cudzoziemcy mają szeroki dostęp do zewnętrznych dziedzińców ośrodków detencyjnych. Ogólnie we Francji warunki pozbawienia wolności cudzoziemców ocenia się jako dobre. Jednak organizacje pozarządowe zwracały uwagę, że ośrodki różnią się między sobą często w sposób znaczący i wskazywano,

[472] Por. prawo szwedzkie: Utlänningslag, rozdz. 9 § 2 w związku z rozdz. 11 § 9.

[473] Wprowadzenie tego przepisu jest wynikiem orzeczenia TK z 29.10.2013 r., U7/12, OTK-A 2013, nr 7, poz. 102, w którym TK orzekł o niezgodności § 11 ust. 1 i 2 rozporządzenia MSWiA z 26.08.2004 r. w sprawie warunków jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia oraz regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym środku i areszcie w celu wydalenia (Dz.U. z 2004 r. Nr 190, poz. 1953) z art. 41 ust. 1, art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji RP ze względu na to, że stanowił on podstawową ingerencję w prawa i wolności jednostki i nie spełniał kryterium ustawowej rangi aktu normatywnego.

[474] Paweł Dąbrowski słusznie zwraca uwagę, iż instytucja ta wykazuje podobieństwo do przeszukania uregulowanego w k.p.k., ale występują tu inne przesłanki i nazwy czynności sprawdzających. – por. idem, J. Chlebny et. al. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach…*, op. cit., s. 869.

[475] CPT, Netherlands, CPT/Inf (2023) 12, § 61–66.

[476] Por. SRHRM, Report, A/HRC/20/24, § 31; CPT, Dania, CPT/Inf (2019) 35, § 117.

że w czterech z nich w 2019 r. wybuchły strajki głodowe. Z kontroli organów krajowych wynika, że problematyczne pozostają takie elementy jak poszanowanie prawa do prywatności, ograniczenia kontaktu ze światem zewnętrznym i całkowity brak jakichkolwiek form aktywności. Władzom francuskim zwrócono również uwagę na brak specjalistycznego szkolenia personelu, brak systematycznych badań lekarskich przed przyjęciem cudzoziemców do ośrodków, więzienne otoczenie, brak konsultacji z psychologiem. Ponadto trzeba wspomnieć o warunkach w specjalnych pomieszczeniach straży granicznej na pograniczu włosko-francuskim. Co prawda, oficjalnie służyły one pozbawieniu wolności jedynie na czas wydania decyzji o niewpuszczeniu na terytorium Francji i zawrócenia do Włoch, niemniej jednak ich stan został oceniony jako urągający ludzkiej godności, a cudzoziemcy niejednokrotnie spędzali tam nawet całą noc ze względu na godziny funkcjonowania posterunków włoskich.

Jako złe i odbiegające od standardów międzynarodowych ocenia się warunki w Niemczech w ośrodkach detencyjnych[477], jak również w ośrodkach AnkER[478]. W hiszpańskich ośrodkach w Ceucie i Melili panuje przeludnienie, brakuje dostępu do ciepłej wody, a warunki zakwaterowania nie są odpowiednie dla osób ze specjalnymi potrzebami[479]. Budynki oraz infrastruktura niektórych ośrodków są w tak złym stanie, że zagrażają nie tylko cudzoziemcom, ale i personelowi[480]. Ogólnie złe warunki bytowe są tu skorelowane z niewłaściwym odżywianiem, brakiem tłumaczeń informacji i brakiem prywatności, podobnie jak w Zjednoczonym Królestwie czy w Szwecji[481]. Jeśli chodzi o Bułgarię, wskazany

[477] Por. KPT, *Concluding observations: Germany*, CAT/C/DEU/CO/6, § 29.

[478] Por. KPC, *Concluding observations: Germany*, CCPR/C/DEU/CO/7, § 38 lit. e.

[479] KPT, *Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of Spain*, CAT/C/ESP/CO/6, 15.05.2015, § 15–16; Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, *Concluding observations on the twenty-first to twenty-third periodic reports of Spain*, CERD/C/ESP/CO/21-23, 21.06.2016, § 21–22; Amnesty International Spain, *Interior debe trasladar a las personas migrantes y refugiadas desde los CETIs a la península, especialmente desde el centro hacinado de Melilla*, 2.04.2020, https://bit.ly/363wJfx [dostęp: 10.01.2023]; trzeba zwrócić uwagę, że istnieje znacząca różnica pomiędzy ośrodkami w Ceucie i Melili a tymi, które znajdują się na kontynencie, np. w Madrycie, por. Council of Europe: Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, *Report of the Fact-Finding Mission by Ambassador Tomáš Boček, Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, to Spain*, 18–24.03.2018, SG/Inf(2018)25, 3.09.2018, § 7.

[480] Por. GDP, *Immigration Detention in Spain*…, op. cit., s. 27–28.

[481] F. Arshad, M. Haith-Cooper, P. Palloti, *The Experiences of Pregnant Migrant Women in Detention: A Qualitative Study*. „British Journal of Midwifery" 2018, t. 26, nr 9, s. 591–596, https://www.britishjournalofmidwifery.com/content/research/the-experiences-of-pregnant-migrant-women-in-detention-a-qualitative-study/ [dostęp: 20.01.2024]; F. Kalengayi, A. Hurtig, A. Nordstrand, C. Ahlm, B. Ahlberg, *'It Is a Dilemma': Perspectives of Nurse Practitioners on Health Screening of Newly Arrived Migrants*, „Global Health Action" 2015, t. 8, nr 1, s. 6; J. Hollis, *The*

już dostęp do świeżego powietrza to w ocenie CPT jedyny pozytywny element, ponieważ warunki panujące w ośrodkach detencyjnych są bardzo złe. Dotyczy to stanu wyposażenia, połamanych mebli, brudnych sanitariatów, zapluskwionych łóżek, braku ubrań, butów i odpowiedniego wyżywienia. Uwagę CPT zwrócił też brak jakiegokolwiek przystosowania ośrodków do przyjmowania dzieci[482]. CERD w Concluding Observations w 2023 r. wezwał państwo bułgarskie do wzmocnienia wysiłków w celu zapewnienia godnych warunków życia we wszystkich ośrodkach recepcyjnych i detencyjnych dla migrantów i osób ubiegających się o azyl, poprzez zapewnienie odpowiedniej opieki zdrowotnej, wody i urządzeń sanitarnych[483].

W Szwecji cudzoziemcy opisywali warunki detencji jako obrzydliwe, wskazując na niski poziom czystości toalet i łazienek, w których brakowało podstawowych środków higieny, takich jak papier toaletowy czy mydło[484]. Te same problemy odnotowano w Bułgarii oraz Hiszpanii, dodatkowo zaś w tych państwach cudzoziemcy mają utrudniony dostęp do usług specjalistów, w tym psychiatrów. Nie sposób też nie odnotować, że w Polsce doszło do strajków cudzoziemców w związku z niezwykle trudnymi warunkami pozbawienia wolności w Tymczasowym SOC w Wędrzynie. W raporcie KMPT ustalono, że ośrodek ten był przeludniony, brakowało odpowiedniej liczby funkcjonariuszy SG, którzy byliby w stanie prowadzić odpowiedni nadzór nad cudzoziemcami, nie zapewniono wystarczającej opieki lekarskiej i psychologicznej, sanitariaty i łazienki były brudne, a także brakowało jakiegokolwiek umeblowania do siedzenia czy do przechowywania ubrań i rzeczy osobistych. Wszystkie te elementy łącznie skłoniły wizytujący zespół KMPT do oceny, iż warunki panujące w ośrodku mogą spełniać kryteria nieludzkiego traktowania[485].

Jeśli chodzi o pozostałe państwa, odnotowano także przypadki złego traktowania pozbawionych wolności cudzoziemców przez personel ośrodków detencyjnych[486], a także pewne opóźnienia w prowadzeniu postępowań zmierzających

Psychosocial Experience of UK Immigration Detention, „International Journal of Migration, Health and Social Care" 2019, t. 15, nr 1, s. 84.

[482] Por. CPT, Report: Bulgaria, CPT/Inf (2018) 15, § 48–49.

[483] Por. CERD, *Concluding Observations n the Combined Twenty-Third to Twenty-Fifth Periodic Reports of Bulgaria*, CERD/C/BGR/CO/23-25, 27.12.2023, § 29f.

[484] S. Puthoopparambil, B. Ahlberg, M. Bjerneld, *„A Prison with extra Flavours": Experiences of Immigrants in Swedish Immigration Detention Centres*, „International Journal of Migration, Health and Social Care" 2015, t. 11, nr 2, s. 77.

[485] Por. Raport KMPT, s. 73.

[486] Por. przypadki odnotowane w ośrodku detencyjnym w Rotterdamie, CPT, Królestwo Niderlandów, CPT/Inf (2023) 12, § 59; CPT, Dania, CPT/Inf (2019) 35, § 114; KPT, Cypr, CAT/C/CYP/CO/4, 16.06.2014, § 18; CPT Bulgaria, CPT/Inf (2018) 15, § 45.

do ukarania sprawców takich zachowań[487]. Udokumentowano nadużycia w postaci czynienia rasistowskich uwag okazywania lekceważenia[488], używania w stosunku do cudzoziemców numerów zamiast imion i nazwisk[489], skargi na nadużycie siły i środków przymusu[490], przypadki wykonywania czynności nadzorujących wobec kobiet wyłącznie przez personel męski[491].

9.3. OPIEKA MEDYCZNA

Problemem systemowym i odnotowywanym we wszystkich państwach europejskich jest brak adekwatnej opieki zdrowotnej w ośrodkach detencyjnych. Jej zakres jest zazwyczaj stosunkowo wąski i na ogół niewystarczający[492]. Najczęstszymi przyczynami tych problemów są bariery językowe związane z ograniczonym dostępem do tłumaczy[493], brak dostępu do informacji oraz ograniczone

[487] Na przykład zdarzyły się takie sytuacje na Malcie CPT, *Report to the Maltese Government on the visit to Malta carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 19 to 26 May 2008*, CPT/Inf (2011) 5, s. 17–18; w następnym Raporcie Komitet podkreślił, iż tym razem takich zarzutów nie zgłoszono (§ 22).

[488] Por. CPT, Francja, CPT/Inf (2020) 11, § 19; por. CPT, Bułgaria, CPT/Inf (2018) 15, § 45. Trzeba jednak zaznaczyć, że we Francji były to kwestie incydentalne, CPT, Królestwo Niderlandów, CPT/Inf (2023) 12, § 59.

[489] Por. CPT, *The Report to the Maltese Government on the visit to Malta carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), from 3 to 10 September*, 25.10.2016, CPT/Inf (2016) 25, § 36; także *The Report to the Maltese Government on the visit to Malta carried out by the European Committee for the CPT, Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 26 to 30 September 2011*, 4.07.2013, CPT/Inf (2013) 12, § 49.

[490] Por. np. CPT, Królestwo Niderlandów, CPT/Inf (2023) 12, § 59.

[491] Por. np. stan faktyczny w sprawie *Mahamed Jama v. Malta,* op. cit.

[492] WHO, *Report on the health of refugees and migrants in the WHO European Region. No public health without refugee and migrant health World*, World Health Organization, Geneva 2018, s. 55, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/311347/9789289053846-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y [dostęp: 20.01.2024]; J. Hollings, M. Samuilova, R. Petrova-Benedict, *Health, Migration and Border Management: Analysis and Capacity-Building at Europe's Borders*, „International Journal of Public Health" 2012, t. 57, nr 2, s. 363–369; E. Mertens, G. Rockenschaub, A. Economopoulou, P. Kreidl, *Assessment of Public Health Issues of Migrants at the Greek–Turkish Border*, 04.2011, „Eurosurveillance" 2012, t. 17, nr 2, 20056, https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=86eca052656fe3ad2bacb1491e862bab6b3fef7 [dostęp:20.02.2024]; S. Puthoopparambil, B.M. Ahlberg, M. Bjerneld. *„It Is a Thin Line To Walk On": Challenges of Staff Working at Swedish Immigration Detention Centres*, „International Journal of Qualitative Studies on Health and Wellbeing" 2015, t. 10, nr 1, s. 1–11; por. także CMW, *General Comment No. 5*…, op. cit., § 75.

[493] Por. stan faktyczny w sprawie *H. A i inni v. Grecja,* kiedy brak tłumacza uniemożliwił skarżącym udzielenie pomocy medycznej, skarga nr 19951/16, wyrok ETPC z 28.02.2019 r., § 26.

zasoby ludzkie, jakimi dysponują państwa, jeśli chodzi o personel medyczny[494]. Ze względu na brak odpowiednio wykwalifikowanych tłumaczy, zdarza się, że ich rolę w trakcie wizyt lekarskich pełnią osoby niebędące profesjonalistami – są to na przykład inni cudzoziemcy pozbawieni wolności[495]. Ocena takich sytuacji powinna być wyważona. Takie działania można uznać za usprawiedliwione, jeśli są podejmowane na przykład w przypadkach nagłych, gdy jest to jedyna dostępna forma komunikacji z cudzoziemcem. Natomiast trzeba brać pod uwagę, że udział osób trzecich, których nie wiąże tajemnica zawodowa, to poważny problem, jeśli chodzi o prawo cudzoziemców do prywatności, zasadę poufności oraz tajemnicy lekarskiej[496]. Z tego względu negatywnie trzeba ocenić praktykę polską, kiedy to w trakcie konsultacji psychologicznych tłumaczeń dokonywali inni umieszczeni w ośrodku cudzoziemcy[497].

Niekiedy już nawet na samym początku pozbawienia wolności ocena stanu zdrowia cudzoziemców jest pozostawiona dyskrecjonalnym wyborom funkcjonariuszy służb granicznych lub policji i w praktyce sprowadza się do ogólnikowego odnotowania, że osoba pozbawiona wolności „czuje się dobrze"[498]. W Bułgarii dostęp do opieki zdrowotnej jest losowy i niemal całkowicie wyłączony w nocy czy w weekendy. W Szwecji zgłaszano problemy związane z brakiem adekwatnej opieki pielęgniarskiej i brak możliwości skonsultowania się z lekarzem spoza ośrodka. W państwie tym nie zapewnia się opieki psychologicznej w ośrodkach detencyjnych, jak również medycznej oceny stanu zdrowia cudzoziemców przyjętych do ośrodka detencyjnego[499]. W Polsce z kolei w związku ze wzrostem liczby cudzoziemców poddanych detencji w 2021 r. doszło do systemowego pogorszenia prawa do skorzystania z adekwatnej opieki psychologicznej[500].

---

[494] Por. WHO, s. 55; S.J. Puthoopparambil, M. Bjerneld, *Detainees, Staff, and Health Care Services in Immigration Detention Centres: A Descriptive Comparison of Detention Systems in Sweden and in the Benelux Countries*, „Global Health Action" 2016, t. 9, nr 1, s. 6–7.

[495] Por. CPT, Bułgaria, CPT/Inf (2018) 15, § 39.

[496] Por. ibidem, § 40; por. D. Zani i inni, *Are Spain's Immigrant Detention Centres in Breach of Human Rights Law?*, „El País", 31.10.2016, http://elpais.com/elpais/2016/10/31 /inenglish/1477905065_156869.html [dostęp: 20.01.2024], za: Global Detention Project, s. 29.

[497] Por. Raport KMPT, s. 36.

[498] Por. CPT, Chorwacja, CPT/Inf (2021) 29, § 35.

[499] Por. CPT, *Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 18 to 29 January 2021,* CPT/Inf (2021) 20, Strasburg, 9.09.2021, § 23; S.J. Puthoopparambil, M. Bjerneld, op. cit., s. 6–7.

[500] Zob. szczegółowe ustalenia w tej kwestii Raport KMPT, s. 43–45.

Szczególnych trudności doświadczają kobiety w ciąży i w połogu, jak również ci cudzoziemcy, którzy potrzebują stałej opieki medycznej[501]. W przypadku obu tych grup problematyczne są sytuacje odwoływania umówionych wizyt u specjalistów z powodu braku personelu eskortującego, brak prywatności, a także brak ciągłości leczenia[502].

W trakcie pandemii sytuacja uległa jeszcze pogorszeniu z tego względu, że wiele ośrodków detencyjnych nie spełniało minimalnych wymogów sanitarnych, a poziom ograniczeń w dostępie do świadczeń zdrowotnych pozostał ten sam co przed pandemią. Organy ochrony praw człowieka sygnalizowały w związku z tym, że państwa powinny podjąć niezbędne środki ostrożności, aby zapobiec rozprzestrzenianiu się wirusa i wdrożyć środki nadzwyczajne, aby zapewnić zatrzymanym migrantom dostęp do odpowiedniego poziomu opieki medycznej i profilaktycznej oraz utrzymywania kontaktu z rodziną i otoczeniem[503]. Dotyczyło to także problemu braku dostępności szczepionek, pomimo że osoby przebywające w detencji migracyjnej znajdowały się w grupie najbardziej narażonej na zakażenie[504].

9.4. MECHANIZMY SKARG I NADZORU

W niektórych państwach przewiduje się możliwości zaskarżenia samych warunków detencji i standardów traktowania. W prawie hiszpańskim można składać skargi i wnioski w obronie swoich praw do Dyrektora CIE, właściwych organów administracyjnych, prokuratora i Rzecznika Praw Obywatelskich (Defensor del Pueblo)[505]. We Francji możliwe jest skorzystanie z ogólnych mechanizmów skarg do różnych organów, takich jak Rzecznik Praw Obywatelskich czy Kontroler miejsc pozbawienia wolności. Jednak regulaminy wewnętrzne ośrodków detencyjnych oraz stref oczekiwania tego nie przewidują i nie zawierają informacji o obowiązujących procedurach składania skarg oraz ich ewentualnych terminach[506].

---

[501] M.C. Van Hout, C. Lungu-Byrne, J. Germain, *Migrant Health Situation when Detained in European Immigration Detention Centres: A Synthesis of Extant Qualitative Literature*, „International Journal of Prisoner Health" 2020, t. 16, nr 3, s. 221–236.

[502] F. Arshad, M. Haith-Cooper, P. Palloti, *The Experiences*…, op. cit., s. 591–596.

[503] Por. CMW, *General Comment No. 5*…, op. cit., § 77.

[504] Por. CMW, SRHRM, OHCHR, *Joint Guidance Note on Equitable Access to COVID-19 Vaccines for All Migrants*, Geneve 2021, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/JointGuidanceNoteCOVID-19-Vaccines-for-Migrants.pdf [dostęp: 17.01.2024], s. 1.

[505] Por. Real Decreto 162/2014, art. 19.

[506] Por. CPT, Francja 2020, § 93.

Ponadto w praktyce skorzystanie z tych mechanizmów łączy się z trudnym dostępem, barierami językowymi, a także brakuje im efektywności. Postępowania wyjaśniające nie są przeprowadzane starannie. W Hiszpanii poszkodowani cudzoziemcy są poddawani błyskawicznym deportacjom, trudności przysparza dostęp do świadków, dokumentacji medycznej, a pociągnięcie do odpowiedzialności sprawców jest dodatkowo utrudnione ze względu na brak identyfikatorów funkcjonariuszy. Z drugiej strony w tym państwie w 2009 r. powołano instytucję sędziów kontrolnych (*juez de control de guarantias*), których kompetencją jest ocena stosowania oraz przestrzegania prawa i praw człowieka cudzoziemców w ośrodkach detencyjnych działających na obszarze ich jurysdykcji[507]. Jak się ocenia, przynajmniej niektóre z orzeczeń *juez de control* przyczyniły się do poprawy respektowania praw cudzoziemców. Ustalono w nich, że w ośrodkach doszło do arbitralnego pozbawienia cudzoziemców prawa do własności, możliwości używania telefonów komórkowych, czasu przeznaczonego na prysznic, dostępu do opieki zdrowotnej, informacji poprzedzającej wydalenie, dostępu do pomocy prawnej. Problematyczne jest jednak, iż sędziowie kontrolują tylko ośrodki podległe ich jurysdykcji miejscowej. Następnie są to na ogół postępowania prowadzone na wniosek i wymagające pomocy prawnej, do której dostęp jest ograniczony[508]. Jeśli chodzi o Bułgarię, to CERD wskazywał na konieczność zapewnienia w tym państwie odpowiednich gwarancji proceduralnych oraz skuteczności dochodzeń w sprawie nadmiernego użycia siły przez funkcjonariuszy państwa na granicy lub w ośrodkach detencyjnych[509].

10. KONKLUZJE

W podsumowaniu przeprowadzonych rozważań trzeba stwierdzić, że od strony normatywnej detencja cudzoziemców jest instytucją uregulowaną w aktach prawnych dotyczących prawa do wjazdu i pobytu na terytorium państwa i na pewnym ogólnym poziomie ma charakter administracyjnoprawny.

Jeśli chodzi o przesłanki stosowania detencji, najczęściej występującym kryterium jest prawdopodobieństwo lub ryzyko ucieczki cudzoziemca. Jednocześnie można stwierdzić, że jest to kryterium bardzo szerokie w tym znaczeniu, że państwa tworzą rozbudowane, a przy tym zróżnicowane katalogi okoliczności, w ramach których ta przesłanka zachodzi.

---

[507] Por. Ley Organica 4/2000, art. 62 ust. 6; Real Decreto 162/2014, art. 2.

[508] Por. GDP, *Immigration Detention in Spain*…, op. cit., s. 18.

[509] Por. Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, CERD/C/BGR/CO/20-22, § 22 pkt e.

Następnie we wszystkich przepisach krajowych, zarówno w przypadku procedur wydalenia, jak i procedur udzielania ochrony międzynarodowej, uzasadnieniem detencji jest ochrona bezpieczeństwa publicznego, narodowego lub porządku publicznego. Należy przy tym podkreślić ścisły i dostrzegalny związek pomiędzy ochroną tych dóbr a naruszeniem przez cudzoziemców przepisów prawa karnego.

W ścisłej korelacji z kryterium prawdopodobieństwa ucieczki pozostaje brak dokumentów, który uzasadnia detencję w celu ustalenia tożsamości. Identyfikacja cudzoziemca jest warunkiem sine qua non dla skuteczności jakiejkolwiek procedury, stąd też jej przeprowadzenie występuje niemal w każdym katalogu podstaw prawnych detencji.

Istotną kwestią, która determinuje dopuszczalność pozbawienia wolności cudzoziemca jest aspekt podmiotowy. Podstawowe niemal znaczenie ma to, czy dana osoba poszukuje ochrony międzynarodowej, czy jest małoletnia, czy może przynależy do innej grupy osób pozostających w sytuacji szczególnej wrażliwości. W poszczególnych państwach obowiązują przepisy i wewnętrzne unormowania, natomiast konsekwencje prawne z punktu widzenia dopuszczalności detencji takich osób są zróżnicowane.

W przepisach krajowych łączy się pozbawienie wolności z celem uprawnionym, ze wskazaniem na ustalenie, czy nie można było zastosować łagodniejszych środków przymusu, co między innymi jest doskonale widoczne, jeśli spojrzeć choćby na przepisy niemieckie czy francuskie. Proporcjonalność detencji jest także powiązana z czasem jej trwania. Jest on ograniczony na kilka sposobów: po pierwsze wskazaniem maksymalnego czasu, na jaki detencja jest dopuszczalna w przepisach prawa, po drugie poprzez wyrażenie w niektórych państwach explicite zasady, że powinna ona trwać jak najkrócej, po trzecie zaś czasem trwania detencji wskazanym indywidualnie w konkretnym przypadku. Pomimo tych wszystkich elementów rzeczywisty okres detencji jest dla cudzoziemców niewiadomą, ponieważ jest on ściśle połączony z momentem przeprowadzenia procedury powrotowej, datą rozpatrzenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej czy wreszcie przekazaniem cudzoziemca do innego państwa UE odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku.

W praktyce problematyczny okazuje się proceduralny wymiar ochrony praw cudzoziemców. Szczególnie istotne i fundamentalne dla całokształtu sytuacji prawnej cudzoziemca są deficyty w zakresie realizacji obowiązków informacyjnych, zapewnienia usług tłumaczy, jak również ograniczony dostęp cudzoziemców do pomocy prawnej. Częściowo problemy te są niwelowane poprzez działalność organizacji pozarządowych, przy czym model regulacji prawnej w tym przedmiocie nie jest jednolity. Przepisy francuskie czy hiszpańskie wprost regulują,

na jakiej podstawie i które organizacje pozarządowe mogą przebywać i udzielać pomocy prawnej w ośrodkach detencyjnych. Natomiast na przykład polski prawodawca nie przewidział tak szczegółowych rozwiązań.

Aczkolwiek we wszystkich państwach detencja cudzoziemców podlega kontroli sądowej, to jednak zastrzeżenia budzi jej jakość i efektywność. Sądy zdają się raczej pełnić rolę notariuszy decyzji podejmowanych na wcześniejszym etapie przez organy administracyjne i stosunkowo rzadko podejmują rzetelną zindywidualizowaną ocenę proporcjonalności tego środka.

Następnie trzeba stwierdzić, że jedną z istotnych cech detencji w całej Europie jest podobieństwo ośrodków detencyjnych do zakładów karnych, zapożyczanie reżimów funkcjonowania od tego typu instytucji, a w konsekwencji traktowanie cudzoziemców w sposób zbliżony do traktowania więźniów. W sposób szczególny dotyczy stosowania środków bezpieczeństwa. Jednocześnie zaś w przepisach prawa eufemizuje się pozbawienie wolności, stwarzając mylne wrażenie, iż chodzi o zakwaterowanie cudzoziemców, czego przykładem jest prawodawstwo francuskie i bułgarskie. Analiza praktyki wskazuje przy tym, że niektóre Państwa-Strony EKPC, takie jak Włochy, Bułgaria czy Grecja stosowały lub stosują detencję *de facto* w sposób systemowy. Jednocześnie dostrzec można, iż państwa manipulują przepisami prawnymi na przynajmniej kilka sposobów. Jednym z nich jest tworzenie fikcji prawnych, takich jak np. detencja w ramach procedur granicznych, która jakoby nie ma zastosowania na terytorium państwa, podczas gdy cudzoziemcy pozbawieni wolności w sposób fizyczny na tym terytorium się znajdują i to w sporym oddaleniu od granicy.

ROZDZIAŁ V.
KONSEKWENCJE BEZPRAWNEJ I ARBITRALNEJ DETENCJI CUDZOZIEMCÓW

1. ARBITRALNA DETENCJA JAKO INSTRUMENT KARANIA, PRESJI, EKSKLUZJI I DYSKRYMINACJI CUDZOZIEMCÓW

1.1. KARANIE Z POMINIĘCIEM PROCEDUR KARNYCH

W częściach monografii poprzedzających te rozważania ustalone zostało, że z punktu widzenia standardów praw człowieka detencja cudzoziemców jest środkiem administracyjnoprawnym i z tego względu nie powinna mieć charakteru punitywnego[1]. Jak to słusznie stwierdził polski Sąd Najwyższy, umieszczenie w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców na podstawie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP w żadnym razie nie pełni funkcji represyjnych[2].

Niemniej jednak praktyka państw dostarcza całego szeregu dowodów, iż związki pomiędzy detencją a karaniem są wielorakie. Izabella Majcher i Clément De Senarclens uważają, że pozbawienie wolności w związku z kontrolą terytorium przeszło historycznie pewną ewolucję i obecnie pełni trzy funkcje: po pierwsze jest to instrument prewencyjny zapobiegający ucieczce cudzoziemca; po drugie jest to narzędzie dyscyplinująco-sankcjonujące wymuszające współpracę cudzoziemców z władzami poprzez zastraszanie,[3] po trzecie jest to środek punitywny[4]. Ten ostatni element jest przedmiotem wielu innych prac naukowych,

---

[1] Por. *Azimov v. Rosja*, skarga nr 67474/11, wyrok ETPC z 18.04.2013 r., § 172; KM RE, *Recommendation Rec(2003) 5*, pkt 3.

[2] Por. wyrok SN z 23.06.2023 r., I KK 148/22.

[3] Z kolei na tle praktyki włoskiej wykazywał, iż detencja jest używana jako element zastraszania w związku z deportacją zob. G. Campesi, *Hindering the Deportation Machine: An Ethnography of Power and Resistance in Immigration Detention*, „Punishment & Society" 2015, t. 17, nr 4, s. 427–453.

[4] Zob. I Majcher, C. De Senarclens, *Discipline and Punish? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe*, „AmeriQuests" 2014, t. 11, nr 2, https://doi.org/10.15695/amqst.v11i2.3964.

w których wskazuje się, że detencja jest wykorzystywana w celach prewencyjnych i odstraszających, pełniąc w rzeczywistości funkcje kary[5].

Następnie wyniki analiz praktyki niektórych państw wskazują, że detencja jest stosowana w celu ochrony porządku publicznego[6]. Na tym tle formułowane są poglądy, iż nie jest ona formą kary, ale raczej przejawem rosnącego wpływu logiki kontroli prewencyjnej. Rozumieć przez to należy, iż detencję należy postrzegać w powiązaniu z wymiarem sprawiedliwości w sprawach karnych – choć niejako na jego marginesie i poza jego gwarancjami – jako instrument służący maksymalizacji zdolności organów państwa do zapobiegania ewentualnym zagrożeniom dla porządku publicznego[7]. W konsekwencji można spoglądać na detencję cudzoziemców jako na pole współistnienia jej funkcji represyjnej i prewencyjnej[8]. Organy ochrony praw człowieka odnotowywały przypadki wykorzystywania przez państwa nieograniczonej czasowo detencji administracyjnej z powołaniem się na bezpieczeństwo państwa w celu ominięcia przepisów prawa karnego i postępowań karnych wobec cudzoziemców, których z różnych względów nie można było deportować[9]. Ta kwestia implikuje szersze pytanie o to, czy poprzez arbitralność pozbawienia wolności nie doszło do zastosowania przez państwo elementów represyjnych, rozumianych jako odpłata za czyn niezgodny z prawem, przy jednoczesnym unikaniu obostrzeń i zabezpieczeń towarzyszących stosowaniu podobnych środków w prawie i procedurze karnej[10].

Jak zauważył ETPC w sprawie *Engel v. Królestwo Niderlandów,* Państwa-Strony EKPC mogą stosunkowo łatwo ominąć gwarancje rzetelnego procesu,

---

[5] Poza cytowaną pracą G. Campesiego, *Hindering the Deportation*…, op. cit.; D. DeBono, *'Less than Human': The Detention of Irregular Immigrants in Malta*, „Race & Class" 2013, t. 55, nr 2, s. 60–81; I. Hasselberg, *Coerced to Leave: Punishment and the Surveillance of Foreign-National Offenders in the UK*, „Surveillance & Society" 2014, t. 12, nr 4, s. 471–484; C.C.G. Hernández, *Immigration Detention as Punishmen*t, „UCLA Law Review" 2014, t. 61, nr 5, s. 1346–1414. I. Majcher, A. Kalhan, *Rethinking Immigration Detention*, „Columbia Law Review" 2010, t. 110, s. 42–58; A. Leerkes, D. Broeders, *A Case of Mixed Motives*…, op. cit., s. 830–850; C. Mainwaring, *Constructing a Crisis: The Role of Immigration Detention in Malta*, „Population Place & Space" 2012, t. 18, s. 687–700; L. Martin, *Catch and Remove': Detention, Deterrence, and Discipline in US Noncitizen, Family Detention Practice*, „Geopolitics" 2012, t. 17, nr 2, s. 312–334; S. Pickering, L. Weber, *New Deterrence Scripts in Australia's Rejuvenated Offshore Detention Regime for Asylum Seekers*, „Law & Social Inquiry" 2014, t. 39, nr 4, s. 1006–1026.

[6] Por. A. Leerkes, D. Broeders, *A Case of Mixed Motives*…, op. cit., s. 830–850; zob. także badania empiryczne G. Campesi, G. Fabini, *Immigration Detention*…, op. cit., s. 50–70.

[7] Por. G. Campesi, G. Campesi, *Genealogies*…, op. cit., s. 541.

[8] Por. J. Miaz, C. Achermann, *Detention Decisions*…, op. cit., s. 477.

[9] Report of the Special Rapporteur on torture, A/57/173, s. 5, § 7; por. KPC, *Concluding Observations, Canada*, 20.04.2006, CCPR/C/CAN/CO/5, § 14.

[10] Por. M.S. Whitt, *Sovereignty*…, op. cit., s. 175.

stwierdzając, że dane czyny i związane z nimi sankcje mają charakter administracyjny[11]. Trybunał w tej sprawie wyodrębnił kryteria odróżniania procedur administracyjnych od procedur, które w istocie mają charakter karny. Należy wziąć pod uwagę formalną klasyfikację danej procedury w prawie krajowym, rodzaj naruszenia prawa, następnie naturę, dolegliwość oraz cel kary. Przesłanki te nie muszą być spełnione łącznie[12]. W ocenie Trybunału odstraszający i represyjny cel kary wystarczy do ustalenia, że naruszenie prawa będące przedmiotem rozstrzygania było w rozumieniu art. 6 EKPC kryminalne w swej naturze (*criminal in nature*)[13].

W literaturze od dawna już formułowany jest pogląd, że detencja cudzoziemców ma charakter odstraszający[14], pełniąc jednocześnie formę odpłaty za nielegalny wjazd lub pobyt[15], a rozumowanie ze sprawy *Engel* może być wykorzystane do dowodzenia, że detencja cudzoziemców jest ze swej istoty środkiem penalnym[16]. Wydaje się istotne, iż orzeczenie ETPC odnosiło się do kary administracyjnej, natomiast detencja *lege artis* sankcją nie jest. Mając to na uwadze, należałoby wskazać na dwa argumenty. Pierwszy z nich dotyczy dolegliwości detencji i jej podobieństwa do pozbawienia wolności w procedurach karnych. Drugim – aczkolwiek powiązanym z pierwszym – jest argument, że detencja cudzoziemców stosowana w sposób nadużywający i arbitralny traci charakter środka zabezpieczającego procedury administracyjne, przybierając postać sankcji za przekroczenie przepisów migracyjnych, a nawet szerzej, za naruszenie prawa w danym państwie.

Mając powyższe na względzie, trzeba zauważyć, iż funkcja represyjna nie jest wyłączną domeną prawa karnego[17], a zagadnienie przenikania się sankcji

---

[11] Por. *Engel i inni v. Królestwo Niderlandów*, skargi nr 5100/71, 5101/71, 5102/71, wyrok ETPC z 8.06.1976 r., § 81.

[12] Por. ibidem, § 81–82; *Lauko v. Słowacja*, skarga nr 26138/95, wyrok ETPC z 2.09.1998 r., § 56; *Bendenoun v. Francja*, skarga nr 12547/86, wyrok ETPC z 24.02.1994 r., § 47; *Pierre-Bloch v. Francja*, skarga nr 24194/94, wyrok ETPC z 21.10.1997 r., § 53.

[13] Por. *Öztürk v. Niemcy*, skarga nr 8544/79, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 1.02.1984 r., § 53.

[14] Por. Š. Dušková, *Migration Control and Detention of Migrants and Asylum Seekers – Motivations, Rationale and Challenges*, „Groningen Journal of International Law" 2017, t. 5, nr 1, s. 30.

[15] Por. J. Miaz, Ch. Achermann, *Detention Decisions*…, op. cit., s. 472; C.C.G. Hernández, *Immigration detention as punishment*, "UCLA Review" 2014, t. 61, nr 5, s. 1356; I. Majcher, C. de Senarclens, *Discipline and Punish*…, op. cit., s. 1; J. Skupiński używa tu wyrażenia zakamuflowana odpowiedzialność karna – por. Idem, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych na tle ustawy z dnia 28 października 2002 r. (próba zarysu problematyki)*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2003, t. 11, s. 368.

[16] I. Majcher, C. de Senarclens, dowodzą, że zwłaszcza dotyczy to ostatniego elementu, a więc celu, w jakim dany środek został nałożony – por. s. 2 i n.

[17] Zob. w tym zakresie standardy Rady Europy: *Recommendation No. (91) 1 of the Committee of Ministers to Member State on administrative sanctions*, 13.02.1991; Committee of Ministers, Resolution Nr (77) 31 *on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities*, 28.09.1977.

prawnoadministracyjnych i karnych – zwłaszcza ze względu na podobny poziom dolegliwości – jest przedmiotem orzecznictwa[18] i licznych opracowań doktrynalnych[19]. Tu pojawia się miejsce na kolejny poziom argumentacji, a więc ten związany z uznaniem, że detencja cudzoziemców jest w swej istocie sankcją równoważną sankcji karnej; nie jest karą przewidzianą w przepisach prawnokarnych, ale działa w taki sam sposób. Na poziomie uniwersalnym WGAD stwierdziła, że natężenie poziomu arbitralności, braku proporcjonalności tych środków w kontekście migracyjnym powoduje, iż detencja staje się sankcją, która ze względu na cel, charakter lub dolegliwość musi być uznana za karną, nawet jeśli prawo krajowe kwalifikuje ten środek jako administracyjny[20]. Manfred Nowak, komentując artykuł 14 MPPOiP, stwierdził, że „każdą sankcję, która ma nie tylko charakter prewencyjny, ale także retrybutywny i/lub odstraszający, należy (…) nazwać karą, bez względu na jej dolegliwość lub formalną kwalifikację ustawową lub też rodzaj organu, który ją stosuje[21]".

W tym miejscu trzeba zauważyć, że tego typu oceny powinny być osadzone w przepisach i praktyce krajowej. Funkcje kary są przypisywane detencji cudzoziemców między innymi w Zjednoczonym Królestwie[22], w Królestwie Niderlandów czy w Szwajcarii. Konsekwencje tego stanu rzeczy są dwojakie: pozbawienie wolności w takich przypadkach należałoby ocenić jako niespełniające przesłanki zgodności z prawem ze względu na brak poszanowania *rule of law*. Wobec jednostki znajdują bowiem zastosowanie środki prawne innej natury, niż to prawodawca deklaruje. Ponadto skutkiem oceny, iż jest to sankcja równoważna

[18] Wyrok TK z 12.03.2002 r., P 12/01, OTK 2002, nr 4, poz. 50; i z dnia 7.07.2009 r., por. K. Wojtyczek, *Zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego. Uwagi na gruncie Konstytucji RP*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1999, nr 1, s. 53 oraz liczne orzeczenia TK, np. orzeczenie z 1.03.1994 r., U 7/93, OTK 1994., cz. I, poz. 5 oraz wyroki z: 26.11.2003 r., SK 22/02, OTK-A 2003,nr 9, poz. 97 i 28.11.2007 r., K 39/07, OTK-A 2007, nr 10, poz. 129.

[19] Zob. m.in. I. Sepioło-Jankowska, *Odpowiedzialność administracyjna jako odpowiedzialność alternatywna w dla deliktów finansowych*, „Prokuratura i Prawo" 2020, nr 1, s. 91; W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 390. Z. Gromek, *Odpowiedzialność administracyjna – czy nowy rodzaj odpowiedzialności karnej?*, [w:] K. Tetłak (red.), *Wybrane aspekty funkcjonowania samorządu terytorialnego z perspektywy działalności organów nadzoru*, Warszawa 2013, s. 158; D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjne karne*, Kraków 2004; M. Lewicki, *Funkcje sankcji prawnych w prawie administracyjnym zagadnienia wybrane*, „Acta Universitatis Lodziensis Folia Iuridica" 2009, nr 69, s. 55.

[20] Por. WGAD, *Deliberation Nr 9*, A/HRC/22/44, § 68; KPC, *Concluding Observations, Canada…*, op. cit., § 14.

[21] Por. M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, Kehl am Rhein–Strasbourg–Arlington 1993, s. 278.

[22] Zob. M. Bosworth, *Immigration Detention, Punishment and the Transformation of Justice*, „Social & Legal Studies" 2019, t. 28, nr 1, s. 81–99.

sankcji karnej, powinno być zastosowanie mechanizmów właściwych procedurom karnym, zwłaszcza jeśli chodzi o kontrolę sądową i prawo do obrony przewidziane w art. 6 EKPC oraz art. 14 MPPOiP[23]. Zgodzić się jednak należy z Césarem Hernandezem, iż konkluzja co do w istocie równoważnego sankcji karnej oddziaływania detencji powinna przede wszystkim skłaniać do zmiany modelu detencji cudzoziemców z tego względu, że ściślejsze jej powiązanie z procedurami prawnokarnymi pogłębi jeszcze efekt wykluczenia i stygmatyzacji cudzoziemców[24].

1.1.1. OCENA DOLEGLIWOŚCI DETENCJI

Jak to zostało wykazane w rozdziale IV, reżim detencji cudzoziemców – z nielicznymi wyjątkami – jest w państwach europejskich zbliżony do więziennego[25], a nawet surowszy[26]. Już sama ta okoliczność nakazuje poważny namysł nad zagadnieniem dolegliwości tego środka[27]. Trzeba przy tym zważyć, że ośrodki detencyjne mają taką samą lub podobną do więzień infrastrukturę; są one otoczone murem, wysokimi ogrodzeniami, stosuje się okratowanie okien oraz inne środki bezpieczeństwa[28]. Za równoważne warunkom więziennym uznaje się zamykanie cudzoziemców w celi na wiele godzin, ograniczanie lub brak jakiejkolwiek aktywności fizycznej[29], używanie izolatek, kajdanek[30], przeszukań – rewizji osobistych[31] oraz innych środków dyscyplinarnych lub bezpieczeństwa na zasadzie reguły, a nie w sytuacjach podyktowanych rzeczywistą potrzebą[32].

---

[23] Por. WGAD, A/HRC/22/44, § 68.

[24] Por. C.C.G. Hernández, *Immigration Detention as Punishment*…, s. 1405.

[25] Również w przypadku polskich Strzeżonych Ośrodków dla Cudzoziemców ETPC stwierdził, że są to miejsca odosobnienia pod wieloma względami podobne do więzień lub aresztów śledczych, por. *Nikoghosyan i inni v. Polska*, § 85; zob. także *Bistieva i inni v. Polska*, § 88.

[26] Por. *Yarashonen v. Turcja*, skarga nr 72710/11, wyrok ETPC z 24.06.2014 r., § 78.

[27] Por. M. Bosworth, S. Thurnbull, *Immigration, Detention and*…, op. cit., s. 50–51; M. Bosworth, *Border Criminologies*…, op. cit., s. 5; podobieństwo detencji migracyjnej do reżimu karnego obserwuje się również w USA – C.G.C. Hernandez, Immigration detention…, op. cit., s. 1405 i 1413.

[28] Por. *M.H. i inni v. Chorwacja*, skargi nr 15670/18, 43115/18, wyrok ETPC z 18.11.2021 r., § 194.

[29] Por. na przykład stan faktyczny w sprawie *Al-Nashif v. Bułgaria*, kiedy to skarżący mógł opuszczać celę tylko na jedną godzinę spaceru oraz na czas porannej i wieczornej toalety – skarga 50963/99, wyrok ETPC z 20.06.2002 r., § 30.

[30] Por. np. praktykę stosowaną w ośrodku detencyjnym Nyírbátor na Węgrzech: Hungarian Helsinki Committee, AIDA, Report: Hungary, 2022 update, s. 100, https://asylumineurope.org/wp-content/uploads /2023/04/AIDA-HU_2022-Update.pdf [dostęp: 20.09.2023].

[31] Por. KPT, *Concluding Observations: Netherlands*, CAT/C/NLD/CO/5-6, § 16.

[32] Por. CPT, Report Chorwacja, CPT/Inf (2021) 29, s. 28.

Funkcje kary detencja spełnia także wtedy, gdy warunki pozbawienia wolności pod względem sanitarnym czy wyposażenia mają charakter punitywny[33]. WGAD stwierdziła, że pozbawianie wolności migrantów lub osób poszukujących ochrony międzynarodowej do 18 miesięcy w warunkach, które zazwyczaj są gorsze niż w więzieniach, może być uznane za nałożenie kary na osoby, które nie popełniły żadnych przestępstw. Jednocześnie takie działania państwa muszą być postrzegane jako poważne naruszenie zasady proporcjonalności i wskazują na arbitralność takiej detencji[34].

Stosowanie detencji nie może stanowić formy obejścia systemu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, poprzez stworzenie systemu ekwiwalentnego karze w swej dolegliwości, a któremu nie towarzyszą odpowiednie gwarancje ochronne[35]. W standardach praw człowieka wymaga się, aby warunki pozbawienia wolności cudzoziemców w kontekście migracyjnym odpowiadały celom tego typu detencji; w konsekwencji powinny się różnić od reżimu, w jakim jest wykonywane pozbawienie wolności natury karnej[36]. Z tego punktu widzenia za niedopuszczalne należy uznać sytuacje, gdy cudzoziemcy, którzy zakończyli odbywanie kary pozbawienia wolności, nadal przebywają w więzieniach ze względu na planowaną deportację – co kluczowe – bez żadnej zmiany reżimu pozbawienia wolności[37]. Zwłaszcza na tym tle w doktrynie formułowane są poglądy, że w takich sytuacjach prawo migracyjne zapewnia administracyjny środek karania poza procedurą karną[38].

Jednym z elementów, który odróżnia detencję w kontekście migracyjnym od prawnokarnego pozbawienia wolności jest nieokreślony czas jej trwania. Aczkolwiek w prawodawstwie krajowym i decyzjach o pozbawieniu wolności są wskazane terminy ewentualnego zakończenia pozbawienia wolności, to jednak nie przesądzają one o tym, ile w rzeczywistości będzie ono trwało. Detencja jest bowiem ściśle powiązana z toczącymi się postępowaniami azylowymi lub migracyjnymi.

---

[33] KPC, *Concluding observations: Finlandia*, CCPR/C/79/Add. 91, 8.04.1998, § 20; Belgia, CCPR/CO/81/BEL, § 17; Zjednoczone Królestwo, 30.07.2008, CCPR/C/GBR/CO/6, § 21.

[34] WGAD, Report: Mission to Greece, 30.06.2014, A/HRC/27/48/Add. 2, § 115.

[35] Por. KPC, *Concluding Observations: USA*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev. 1, 18.12.2006, § 19; *General Comment No. 35*…, op. cit., § 15 i 18; na tle nieograniczonej czasowo detencji administracyjnej osób skazanych za groźne przestępstwa por. *Fardon v. Australia*, § 7.4.

[36] Por. KPT, Concluding Observations: Królestwo Niderlandów, CAT/C/NLD/CO/5-6, § 16; na tle dostosowania reżimu pozbawienia wolności do jego celu w systemie europejskim zob. np. *B. v. Niemcy*, skarga nr 13047/87, wyrok ETPC z 19.04.2012 r., § 82.

[37] CPT, *Report to the Government of the United Kingdom on the visit to United Kingdom carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 18.11. to 1.12.2008*, CPT/Inf (2009) 30, Strasbourg 8.12.2009, § 82.

[38] Por. J. Könönen, *Immigration Detention*…, op. cit., s. 433.

Pozbawienie wolności w celu deportacji może się zakończyć równie dobrze po trzech dniach, jak po kilkunastu miesiącach, stosownie do realnych możliwości jej przeprowadzenia. Podobnie jeśli chodzi o detencję w procedurach udzielania ochrony międzynarodowej. W doktrynie wskazuje się, że to właśnie element niepewności co do czasu pobytu w detencji jest dla cudzoziemców najbardziej dolegliwy[39].

W literaturze podnosi się, że pozbawieni wolności cudzoziemcy czują się karani i w takich kategoriach postrzegają swoją sytuację. Uważają oni, że ich sytuacja jest przynależna wymiarowi sprawiedliwości w sprawach karnych, niezależnie od jej kwalifikacji prawnej[40]. W percepcji cudzoziemców sam fakt pozbawienia wolności jest źródłem poczucia niesprawiedliwości i kary, na którą nie zasłużyli, bo przecież nie są przestępcami[41]. Osoby poszukujące ochrony międzynarodowej są często zaskoczone, że w ogóle pozbawiono je wolności, natomiast migranci nieregularni doświadczają złości i niepewności co do dalszego losu po deportacji. Te elementy połączone ze zbliżonym do karnego reżimem funkcjonowania ośrodków detencyjnych powodują, że poczucie podlegania karze jest jednym z podstawowych doświadczeń cudzoziemców poddanych detencji, nawet jeśli same warunki pozbawienia wolności, jak i reżim, nie są złe czy szczególnie surowe[42]. Ze względu na to, że pozbawienie wolności jest środkiem co do zasady używanym właśnie w przypadku reakcji państwa na czyny społecznie niebezpieczne w prawie karnym. Stąd też w badaniach kryminologicznych podkreśla się element stygmatyzującego efektu detencji, który wzmacnia publiczną percepcję migracji nieregularnej jako powiązanej z działalnością przestępczą[43].

1.1.2. OCENA ODSTRASZAJĄCEGO CHARAKTERU DETENCJI

Przesłanką, która może wskazywać na cel odstraszający detencji jest nadmiernie elastyczne sformułowanie przepisów prawnych, które umożliwiają jej

---

[39] Zob. M. Bosworth, *Inside Immigration Detention*, Oxford 2014, s. 24; S. Turnbull, I. Hasselberg, *From Prison to Detention: The Carceral Trajectories of Foreign National Prisoners in the United Kingdom*, „Punishment & Society" 2017, t. 19, nr 2, s. 135–154.

[40] Por. A. Leerkes, M. Kox, *Pressured into a Preference to Leave*…, op. cit., s. 896; L. Sexton, *Penal Subjectivities: Developing a Theoretical Framework for Penal Consciousness*, „Punishment & Society" 2015, t. 17, nr 1, s. 118; C.C.G. Hernández, *Immigration Detention*…, s. 1387.

[41] Por. L. Weber, *The Detention of Asylum Seekers: 20 Reasons Why Criminologists Should Care*, „Current Issues in Criminal Justice" 2003, t. 14, nr 9, s. 14; SRHRM, Report, A/HRC/29/36, § 42.

[42] Por. A. Leerkes, D. Broeders, *A Case of Mixed Motives*…, op. cit., s. 836; szerzej zob. G.J. Coffey, I. Kaplan, R.C. Sampson, M. Tucci, *The Meaning and Mental Health Consequences of Long-Term Immigration Detention for People Seeking Asylum*, „Social Science & Medicine" 2010, t. 70, nr 12, s. 2070–2079.

[43] Por. M. Bosworth, *Immigration Detention, Punishment*…, op. cit., s. 81–99; C.C.G. Hernández, *Immigration Detention*…, op. cit., s. 1349; L. Weber, *The Detention of Asylum Seekers*…, s. 14.

wykorzystywanie w szerokich okolicznościach, bez konieczności uwzględnienia łagodniejszych form ingerencji[44].

Niewątpliwie automatyzm stosowania detencji bywa kwestią nie tyle treści norm prawnych, co praktyki służb migracyjnych i sądów, na którą pomimo rozbudowanych gwarancji natury formalno-prawnej istnieje silne przyzwolenie. Jeśli zatem pozbawienie wolności jest stosowane w sposób automatyczny i obligatoryjny, bez zindywidualizowanej oceny danego stanu faktycznego można przyjąć domniemanie jego odstraszającego celu[45]. Pełni ono w takich sytuacjach funkcję represyjną, stanowiąc pewien rodzaj odpłaty za niezgodny z prawem pobyt na terytorium państwa lub też sankcję za złożenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej[46]. W takich sytuacjach wydaje się też uprawnioną teza, iż jest to rodzaj zbiorowego karania – sankcji nakładanej wbrew zasadom indywidualizacji odpowiedzialności karnej[47]. Pewnym potwierdzeniem tych założeń są wyjaśnienia w „Podręczniku dotyczącym powrotów", w których Komisja Europejska podkreśla znaczenie znalezienia równowagi pomiędzy stosowaniem detencji i środków alternatywnych:

> Całkowity brak środków odstraszających może prowadzić do zbyt niskiego odsetka wydaleń. Jednocześnie zbyt represyjny system oparty na systematycznym stosowaniu środka detencyjnego również może okazać się nieskuteczny, ponieważ osoby powracające nie mają wystarczającej motywacji lub zachęty do podejmowania współpracy w zakresie procedury powrotu[48].

Prowadzenie polityki zastraszania czy odstraszania poprzez detencję zostało zakwalifikowane jako naruszenie art. 31 ust. 1 KSU, który zakazuje nakładania na uchodźców kar za nielegalny wjazd[49]. Detencja stosowana automatycznie

---

[44] Por. w tym względzie uwagi D. Weissbrodta dotyczące pozbawienia wolności cudzoziemców w związku z inkryminowaną działalnością terrorystyczną w *The Rights of Non Citizens. Final Report*, s. 4, § 2.

[45] Por. KPC, *Concluding Observations: Hungary*, CCPR/C/HUN/CO/6, § 45, por. także zaniepokojenie Komitetu stałą i powszechną praktyką detencji cudzoziemców w Hiszpanii: CCPR/C/ESP/CO/6, § 15.

[46] Por. M. Welch, *Detained: Immigration Laws*…, op. cit., s. 106–107.

[47] Por. UNHCR, *Detention Guidelines*, wytyczna 4.1.4. § 32; C. Costello, Y. Ioffe, T. Büchsel, *Article 31 of the 1951*…, s. 38.

[48] Por. KE, *Podręcznik dotyczący powrotów 2017*, s. 141.

[49] UNHCR, *Note on International Protection (submitted by the High Commissioner)*, 9.08.1984, A/AC. 96/643, https://www.refworld.org/docid/3ae68c040.html [dostęp: 20.02.2023], § 29; CPT, *Report to the Government of Serbia and Montenegro on the visit to Serbia and Montenegro carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Strasbourg 18.05.2006, CPT/Inf (2006) 18, § 65 – za G. Noll, *Article 31: Refugees*

lub nadmiernie przedłużana może być równoznaczna z karaniem w rozumieniu tego przepisu[50], jeśli nie jest uzasadniona w każdym pojedynczym przypadku[51]. Należy przy tym zauważyć, iż ustanowiony w art. 31 ust. 1 KSU zakaz był tradycyjnie postrzegany jako powiązany z sankcjami karnymi, co poniekąd znajdowało uzasadnienie we francuskim brzmieniu tego traktatu (*sanctions pénales)*. Niemniej jednak tak wąska interpretacja nie odpowiada celowi wspomnianego przepisu i w doktrynie ukształtował się pogląd, że traktatowe wyrażenie „kara" dotyczy wszelkich negatywnych konsekwencji ponoszonych z tytułu nielegalnego wjazdu lub pobytu[52]. Obecnie zatem jego zakres obejmuje także środki administracyjne – w tym detencję – jak również pewne ograniczenia praw społecznych czy ekonomicznych[53]. Ponadto szerokie ujęcie sankcji jako administracyjnych i karnych znajduje poparcie w rozległej praktyce państw[54].

Równocześnie trzeba dostrzegać, że punitywny charakter zastosowania detencji może być powiązany z naruszeniem wymagań ustanowionych w art. 31 ust. 2 KSU. W przepisie tym stanowi się, iż Państwo-Strona może nakładać na uchodźców tylko niezbędne ograniczenia wolności poruszania się[55]. Zdaniem Georga Nolla test niezbędności powinien obejmować ustalenie, czy detencja nie jest w przeważającym stopniu stosowana dla osiągnięcia celów, które zwykle realizowane są za pomocą norm prawa karnego[56].

1.2. DETENCJA JAKO ŚRODEK WYWIERANIA PRESJI W SPRAWACH ZWIĄZANYCH ZE STATUSEM MIGRACYJNYM

Komitet Przeciwko Torturom stwierdził, iż przedłużająca się detencja w połączeniu z bardzo złymi warunkami pozbawienia wolności nie tylko spełnia przesłanki poniżającego oraz nieludzkiego traktowania, ale też jest poważną przeszkodą

*Unlawfully in the Country of Refu*ge, [w:] A. Zimmermann, *The 1951 Convention Relating to the Status of the Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford 2011, s. 1264, przyp. 96.

[50] Por. stanowisko KPC w sprawie polityki węgierskiej C*oncluding Observations*, CCPR/C/HUN/CO/6, § 45.

[51] Por. C. Costello, Y. Ioffe, T. Büchsel, *Article 31 of the 1951*…, op. cit., s. 48.

[52] Por. J. Hathaway, *The Rights of Refugees*…, s. 411–412; G. Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951*…, s. 194–196; por. także G. Noll, *Article 31*…, op. cit., s. 1262–1263.

[53] Por. G. Goodwin-Gill, J. McAdam, E. Dunlop, *The Refugee in*…, op. cit., s. 467.

[54] Zob. C. Costello, Y. Ioffe, T. Büchsel, *Article 31 of the 1951*…, op. cit., s. 33.

[55] Por. G. Noll, *Article 31*…, op. cit., s. 1263.

[56] Por. ibidem, s. 1264.

w dostępie do ochrony międzynarodowej[57]. Należy przy tym zwrócić uwagę, że zazwyczaj arbitralne pozbawienie wolności jest jednym z elementów szerszej polityki poszczególnych państw, która polega na systematycznym odmawianiu lub utrudnianiu złożenia wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej lub bezpodstawnym przedłużaniu stosownych procedur[58]. UNHCR wyraził pogląd, że intensywność oraz czas trwania ograniczeń w przemieszczaniu się – wprowadzonych na Litwie w związku z napływem cudzoziemców z terytorium Białorusi – w połączeniu z uszczupleniem gwarancji proceduralnych, czynią zastosowanie środków detencyjnych wobec cudzoziemców prawdopodobnie niezgodnym z prawem międzynarodowym i przyczyniają się do nieefektywności i utrudnień w procedurach azylowych[59].

Jednocześnie też w literaturze podnosi się, że jednym z celów pozbawienia wolności jest skłonienie cudzoziemców do wyjazdu, a także odstraszanie tych, którzy potencjalnie chcieliby wjechać lub pozostawać na danym terytorium w sposób niezgodny z prawem[60].

Takie funkcje detencji są trudne do wychwycenia z tego względu, że przepisy prawa krajowego bezpośrednio nie przewidują w swej treści, aby ten środek miał powyższym celom służyć. Choć zdarza się, że przedstawiciele władz poszczególnych państw publicznie deklarują, że detencja ma skłonić osoby pozbawione wolności do wyjazdu[61], to jednak znacznie częściej jest to raczej kwestia praktyki i pewnego komunikatu, który na poziomie symbolicznym i pośrednio przekazuje się w przestrzeni publicznej[62]. Tytułem przykładu skrajnie trudne warunki bytowe w ośrodkach detencyjnych na granicy USA uznaje się za jeden z elementów polityki rządu mającej na celu odstraszenie migrantów przed ponownym nielegalnym

---

[57] KPT, *Concluding observations: Greece*, CAT/C/GRC/CO/5-6, 27.06.2012, § 20.

[58] Por. KPT, CAT/C/GRC/CO/5-6, § 19; KPT, *General Comment No. 4 (2017) on the Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22*, CAT/C/GC/4, 9.02.2018, § 14.

[59] Por. UNHCR, *UNHCR Legal Observations…, (No XIV-506)*, op. cit., § 13.

[60] Por. A.C. Helton, *The Detention of Refugees and Asylum-Seekers: A Misguided Threat to Refuge Protection'*, [w:] G. Loescher, L. Monahan (red.), *Refugees and International Relations*, Oxford 1989, s. 135, 137; A. van Kalmthout, F. Hofstee-van der Meulen, '*Netherlands*', [w:] A. Van Kalmthout, F. Hofstee-van der Meulen, F. Dünkel (red.), *Foreigners in European Prisons*, Nijmegen 2007, s. 53.

[61] Por. A. Leerkes, M. Kox, *Pressured into a Preference to Leave…*, op. cit., s. 895–896; por. E. Ryo, *Detention as Deterrence*, 2019, „Stanford Law Review" 2019, t. 71; zob. stanowisko władz greckich WGAD, Report: Greece, A/HRC/27/48/Add. 2, § 67.

[62] Š. Dušková, *Migration Control and Detention of Migrants and Asylum Seekers – Motivations, Rationale and Challenges*, „Groningen Journal of International Law" 2017, t. 5, nr 1, s. 30. Autorka wspomina o treści strony internetowej ministra spraw wewnętrznych Republiki Czeskiej, zawierające informację, że automatyczna detencja migrantów przybywających do Czech ma przede wszystkim na celu „wysłanie im wiadomości", że powinni pozostać poza granicami tego kraju – s. 32.

przekroczeniem granicy[63]. Ponadto warunki pozbawienia wolności i traktowania są wykorzystywane jako instrument ograniczający możliwości kwestionowania legalności detencji, a samo pozbawienie wolności ma zniechęcać do składania wniosków o ochronę międzynarodową[64].

Dolegliwość detencji lub sama groźba jej zastosowania mogą być również używane jako środek wymuszania współpracy cudzoziemca. Celem władz jest w tym przypadku wywarcie presji na daną osobę lub członków jej rodziny w sprawie wycofania wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, wyrażenia zgody na dobrowolny powrót, pobrania odcisków palców, wyłudzenie pieniędzy, a nawet wymuszenie usług seksualnych[65]. Za przykład może tu posłużyć praktyka władz francuskich, które poddawały detencji jednego z członków rodziny (najczęściej ojca) w celu wymuszeniu na pozostałych krewnych wyjazdu z kraju[66].

Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur wskazywał, że częstą praktyką jest również rozdzielanie rodzin już w miejscu detencji i to zarówno małżonków, jak i rodziców od dzieci. Zazwyczaj czyni się to pod pretekstem przestrzegania regulaminu, natomiast cudzoziemcy dość szybko się orientują, że jedyną szansą na ponowne zjednoczenie rodziny jest wycofanie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej lub zgoda na „dobrowolny" powrót do państwa pochodzenia[67].

Detencja w założeniu władz ma również wpływać na postawy cudzoziemców, jeżeli chodzi o wybór państwa pobytu. Efekt ten miałby być kombinacją dwóch czynników: dolegliwości pozbawienia wolności oraz samej możliwości, że ta sytuacja się powtórzy[68]. Władze państwa liczą na to, że cudzoziemcy, którzy zostali zwolnieni z detencji ze względu na brak możliwości deportacji mogą podjąć próbę samodzielnego opuszczenia danego państwa, aby zapobiec ponownemu pozbawieniu wolności. Perspektywa ponownej detencji może również spowodować, że osoby już deportowane powstrzymają się od kolejnego nielegalnego wjazdu do zainteresowanego państwa[69].

---

[63] M.A. Sweeney, S. Shebaya, D.K. Collopy, *Detention as Deterrent: Denying Justice to Immigrants and Asylum Seekers*, „Georgetown Immigration Law Journal" 2021, t. 36, s. 311.

[64] WGAD, *Revised Deliberation Nr 5*, § 38.

[65] W ocenie Specjalnego Sprawozdawcy ds. Praw Człowieka Migrantów detencja oparta jedynie na statusie migracyjnym a stosowana w celu odstraszenia, poniżenia czy ukarania migrantów i wywarcia na nich wpływu stanowi torturę, Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur. Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Nils Melze A/ HRC/ 37/50, 23.11.2018, § 29; KPT, *General Comment No. 4*…, op. cit., § 14.

[66] Administrative Court of Marseille, Decision n°1502153, 23.03.2015; Administrative Court of Lyon, Decision n° 1506850 and 1506854, 3.08.2015.

[67] Por. Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, Report, A/HRC/37/50, § 20.

[68] Por. A. Leerkes, M. Kox, *Pressured into a Preference to Leave*…, op. cit., s. 902–903.

[69] Por. ibidem, s. 897.

Wskazane tu formy oddziaływania na cudzoziemców są sprzeczne z ustalonymi prawem celami detencji. Trzeba brać pod uwagę, że wielu cudzoziemców dokonuje swoistego rachunku zysków i strat i pomimo wielkiego kosztu, którym jest stres, utrata wolności i autonomii uznaje, iż woli pozostawać w detencji, niż wyjechać. W sposób szczególny dotyczy to osób, które przebywają na terytorium danego państwa przez wiele lat, tu mają więzi rodzinne i w sposób trwały utraciły związki z krajem pochodzenia, jak również osób poszukujących ochrony międzynarodowej. We wszystkich tych przypadkach koszt pozbawienia wolności nie jest tak wielki jak straty związane z powrotem do państwa pochodzenia. Warto także podnieść, że z badań naukowych wynika, że efekt odstraszający detencji niemal nie występuje w przypadku cudzoziemców będących obywatelami państw strefy Schengen[70].

Ostatnim elementem jest akceptowalność samego celu pozbawienia wolności, a ponadto legitymizacja sposobu, w jaki pozbawienie wolności jest zorganizowane, jak również czas jego trwania. Jednym słowem, jeśli cudzoziemcy postrzegają procedury migracyjne i swoją deportację jako niesprawiedliwe i doświadczają arbitralności działania władz na różnych poziomach, istnieje małe prawdopodobieństwo, iż będą współpracowali z władzami państwa pobytu i postępowali tak, jak władze tego oczekują[71].

1.3. DETENCJA JAKO INSTRUMENT EKSKLUZJI

Ekskluzja cudzoziemców jest zjawiskiem charakterystycznym dla współczesnego państwa narodowego. Cudzoziemiec to ktoś, kto nie ma obywatelstwa danego państwa[72], a zatem – jak zauważa Carmen Tiburcio – jest to definicja poprzez wykluczenie[73]. Jak to zostało powiedziane w rozdziale II, model międzynarodowej ochrony praw człowieka zafunkcjonował w odniesieniu do określonego układu pomiędzy państwem, jednostką a terytorium, który wcale nie zakłada pełnej czy wręcz jakiejkolwiek inkluzji cudzoziemców. Państwa mają prawnomiędzynarodowy obowiązek zapewnienia pełnego korzystania z praw jednostki wszystkim osobom, które podlegają ich jurysdykcji[74]. Jest to jednak co do zasady jurysdykcja

[70] J. Könönen, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 432.

[71] Szczegółowo zob. A. Leerkes, M. Kox, *Pressured into a Preference to Leave…*, op. cit., s. 903–904.

[72] Por. art. 2 pkt 2 u.c.

[73] Por. C. Tiburcio, *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, The Hague 2001, s. 1.

[74] Por. art. 2 MPPOiP, art. 1 EKPC, art. 1 AKPC.

terytorialna[75], a to właśnie nie kto inny tylko państwo jest władne decydować o tym, kto i na jakich zasadach może wjechać i pozostać na jego terytorium.

Pozbawienie wolności cudzoziemców w kontekście migracyjnym niesie ze sobą element tak pojętej ekskluzji niejako z definicji, a jednocześnie stanowi jej konsekwencję. Instytucja ta ma bowiem zastosowanie wobec cudzoziemców, których status nie jest lub przestał być uregulowany. Jednocześnie jest to wyjątek rozumiany jako zezwolenie państwu na ingerencję w wolność osobistą jednostki, ale uregulowany na odmiennych zasadach niż pozbawienie wolności w rozumieniu prawa karnego[76].

W istotę detencji migracyjnej są wpisane zatem dwa podstawowe wymiary ekskluzji cudzoziemców. Po pierwsze zabezpiecza ona procedury związane z dopuszczeniem lub usunięciem cudzoziemca z terytorium. Po drugie poprzez zamknięcie w przestrzeni ośrodka czy obozu cudzoziemcy fizycznie są wyłączeni ze społeczeństwa, w którym aktualnie przebywają[77]. W literaturze podnosi się zatem, że detencja cudzoziemców jest „potężną, fizyczną manifestacją praktyki państwa wykluczającego", która nie tylko ogranicza mobilność, ale także „rekonstruuje" granice państwowe[78]. Najbardziej skrajną egzemplifikacją tego stanu rzeczy jest uchodźstwo przewlekłe, kiedy to cudzoziemcy przez wiele lat znajdują się na terytorium danego państwa, ale pozostają całkowicie poza jego strukturą społeczną funkcjonując w wydzielonej przestrzeni obozu lub ośrodka detencyjnego[79]. Prawa takich osób są ograniczone i ściśle powiązane z przebywaniem w miejscu internowania, gdzie zabezpiecza się im minimalne warunki bytowe[80].

Przedmiotem tej części rozważań jest ekskluzja dalej idąca – rozumiana w ten sposób, że arbitralne wykorzystanie środków detencyjnych może ograniczać lub całkowicie pozbawia cudzoziemców dostępu do ochrony prawnej, do procedur

---

[75] Choć oczywiście wyjątkiem są sytuacje ekstraterytorialnego zastosowania traktatów.

[76] Por. D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 25.

[77] A. Bloch, L. Schuster, *At the Extremes of Exclusion…*, op. cit., s. 493.

[78] Por. C. Demetriou, N. Trimikliniotis, *Cypriot Courts, the Return Directive and Fundamental Rights*, [w:] M. Moraru, G. Cornelisse, P. de Bruycker (red.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Hart Publishing 2020 za: G. Cornelisse, M. Moraru, *Judicial Interactions on the European Return Directive: Shifting Borders and the Constitutionalisation of Irregular Migration Governance*, „European Papers" 2022, t. 22, nr 1, s. 138.

[79] J. Milner, *Refugees, the State…*, op. cit., s. 2–3. Jak podaje UNHCR na początku 2019 r. problem ten dotyczył ok. 16 mln ludzi. Przy czym należy zaznaczyć, że miarą jest w tym przypadku populacja powyżej 25 tys. osób, która pozostaje poza granicami swojego państwa przynajmniej przez pięć lat Problem ten w dużej mierze dotyczy Azji Środkowej i Południowo-Zachodniej, Afryki Północnej oraz Bliskiego Wschodu – zob. UNHCR, Executive committee of the High commissioner's programme, *Protracted Refugee Situations*, 10.06.2004, EC/54/SC/CRP. 14, § 5.

[80] N. Fischer, *The Detention of Foreigners in France: Between Discretionary Control and the Rule of Law*, „European Journal of Criminology" 2013, t. 10, nr 6, s. 697.

ochrony międzynarodowej i systemu sprawiedliwości danego państwa, a jednocześnie będzie stanowić konsekwencję takiego wyłączenia. Sąd Najwyższy USA słusznie zauważył, że „wolność jest normą, a detencja (…) bez procesu starannie ograniczonym wyjątkiem”[81]. Zgodnie z przyjętym wzorcem prawnomiędzynarodowym cudzoziemcy – nawet jeśli ich status nie jest uregulowany – są osobami wolnymi; mogą być pozbawieni wolności na zasadzie wyjątku, tylko ze ściśle określonych względów i na ściśle określony czas. Ludzka godność wymaga, aby wykluczenia dotykały cudzoziemców w jak najmniejszym możliwym stopniu i miały racjonalne uzasadnienie tak, jak się to dzieje w przypadku obywateli danego państwa[82]. Wszelkie decyzje w tym zakresie muszą mieć na względzie domniemanie wolności każdego człowieka, z uwzględnieniem zasady konieczności i proporcjonalności[83]. Tymczasem restrykcyjny kształt polityki migracyjnej danego państwa może skutkować tym, że brak uregulowanego statusu migracyjnego staje się niemal równoznaczny z zastosowaniem detencji wobec cudzoziemca w bliższej lub dalszej perspektywie. Niezwykle istotna jest wspomniana już detencja wielokrotna[84]. Nawet jeśli cudzoziemiec zostanie zwolniony z detencji, ale jego sytuacja pozostanie nieuregulowana, to całe jego funkcjonowanie jest naznaczone obawą przed kolejnym zatrzymaniem. Jest to problem szczególnie palący w przypadku bezpaństwowców[85]. W związku z tym trzeba zauważyć, że w takich warunkach osoby o nieuregulowanym statusie migracyjnym są w sposób szczególny narażone na wyzysk natury ekonomicznej i z powyższych powodów pozostają w sytuacji wykluczenia i „bycia poza”[86].

Jeśli detencja jest stosowana w sposób automatyczny, bez zindywidualizowanej oceny sam fakt nielegalnego wkroczenia czy pobytu na terytorium państwa,

---

[81] Por. Supreme Court, *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 755 (1987).

[82] Por. M. McDougal, H.D. Laswell, L. Lu-Chen, *Protection of Aliens*…, op. cit., s. 438.

[83] Por. UNHCR/OHCHR, *Summary Conclusions*…, op. cit., § 3; warto wspomnieć tutaj o następujących dokumentach i orzecznictwie Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka: orzeczenie w sprawie Rafael FerrerMazorra et al. (United States), Report Nr 51/01 (Merits), Case Nr 9903, 4.04.2001, § 219; Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process, 23.12.2010, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 78/10, § 39; *Resolution 1/08, Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas*, 13.03.2008, zasada III(2).

[84] Por. J. Doomernik, *Report from Netherland*, [w:] J. Doomernik, M. Jandl (red.), *Modes of Migration*…, op. cit., s. 143.

[85] Por. S. Monnemacher, R. Cholewiński, *The Nexus between Statelessness and Migration*, [w:] A. Edwards, L. van Waas (red.), *The Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge 2014, s. 261. Praktycznych przykładów dostarczają w tym względzie między innymi badania przeprowadzone w sześciu państwach (w tym Bułgarii, Malcie, Królestwie Niderlandów, Zjednoczonym Królestwie, Ukrainie i Polsce), A. de Chickera, N. Murray, *Protecting Stateless Persons*…, op. cit., s. 9–11.

[86] Por. M. Whitt, *Sovereignty*…, op. cit., s. 180.

skutkuje odwróceniem logiki praw człowieka – cudzoziemcy w sytuacji nieregularnej stają się osobami, których status determinuje *per se* możliwość pozbawienia wolności i niejako redefiniuje tym samym znaczenie pojęcia arbitralności. Detencja staje się regułą, a wyjątkiem jest pozostawanie na wolności. W tym sensie jest to zaprzeczenie fundamentalnemu założeniu ochrony praw jednostki, którym jest definiowanie człowieka jako istoty wolnej (art. 1 PDPC, Preambuła MPPOiP).

Trzeba zauważyć, że jest to proces, który odbywa się na kilku płaszczyznach. Pierwszą płaszczyzną jest tworzenie regulacji prawnych, których szeroki zakres przedmiotowy i podmiotowy umożliwia w praktyce detencję każdego cudzoziemca, który znalazł się w sytuacji nieregularnej[87]. Niewątpliwie przepisy krajowe w zakresie kontroli migracji są z jednej strony wysoce restrykcyjne, a z drugiej strony są sformułowane w sposób umożliwiający ich szerokie zastosowanie. Można tu zaobserwować dwa rodzaje technik legislacyjnych: pierwszy obejmuje przepisy bardzo szczegółowe, zawierające bardzo obszerne katalogi przesłanek. Drugi typ to wprowadzanie do przepisów prawa zwrotów elastycznych i niedookreślonych, które dają dużą swobodę organom administracyjnym. Jak zauważa Mauro Zamboni, powstały tym sposobem nadmierny poziom dyskrecjonalności władzy powoduje, że przepisy te nie tylko naruszają standard przewidywalności prawa, ale również nadają organom administracyjnym kompetencje prawotwórcze w procesie stosowania prawa[88].

Następnie ekskluzja opiera się również na stosunkowo niskim poziomie kontroli czy organy państwa dotrzymują standardu proporcjonalności detencji ocenianej w każdym pojedynczym przypadku[89], przy jednocześnie niższym poziomie gwarancji proceduralnych w porównaniu z pozbawieniem wolności w procedurach karnych. Z tym problemem wiąże się opisana w rozdziale IV fasadowość kontroli sądowej. Sądy często traktują organy administracyjne, które wnioskują o pozbawienie wolności cudzoziemca jako biegłych w sprawach migracyjnych, a nie jako podmioty, których decyzje wymagają kontroli[90]. Należy podkreślić, iż procesy te łączą się z naruszeniem zasady przewidywalności prawa, transparentności działania władzy publicznej, a poziom dyskrecjonalności wyborów władzy jest nacechowany arbitralnością.

Zdaniem Daniela Wilshera taka praktyka państw ma swoje dalsze konsekwencje, ponieważ brak uregulowanego statusu połączony ze zwiększoną liczbą

---

[87] Por. np. SRHRM, *Report on mission to Turkey*, A. HRC/ 23/46/ Add. 2, 17.04.2013, § 43.

[88] Por. M. Zamboni, *Swedish Legislation…*, op. cit., s. 108.

[89] Por. SRHRM, Report, E./.CN.4/2003/85, s. 2.

[90] Por. M. Moraru, G. Renaudiere, *European Synthesis…*, op. cit., s. 28–29; GDP, *Immigration Detention in Belgium…*, op. cit., s. 16; T. Sieniow, *Stosowanie alternatyw…*, op. cit., s. 82; SRHRM, *Report on mission to Italy*, A/HRC/23/46/Add. 3, § 75.

zatrzymań, a także czasokresem ich trwania, generuje postrzeganie moralnego i politycznego statusu określonych grup cudzoziemców jako niższego[91]. Nie bez znaczenia pozostaje tu także kryminalizacja migracji, która niejako dodatkowo legitymizuje detencję, co można wyrazić następująco: migranci mogą być przestępcami, a więc trzeba ich pozbawić wolności; migranci muszą być przestępcami, ponieważ są pozbawieni wolności[92]. W doktrynie zwraca się uwagę, że duże znaczenie ma pewien ogólny obraz migrantów w dyskursie publicznym, którzy są postrzegani jako osoby z definicji niegodne zaufania[93]. W skrajnych przypadkach – takich jak na Węgrzech – osoby ubiegające się o ochronę międzynarodową, a także wspierające je organizacje pozarządowe przedstawiani są wręcz jako wrogowie[94]. Wyolbrzymianie negatywnych cech samych cudzoziemców i podmiotów im pomagających, połączone z niesprawiedliwym postępowaniem karnym, masowym zawracaniem i blokowaniem legalnego ponownego wjazdu, odgrywa zasadniczą rolę w tworzeniu wrażenia, że rząd postrzega migrantów jako zasługujących na potępienie społeczne, jeśli nie na karę[95]. Wydaje się, iż działania władz wpisują się tutaj w złożony proces depersonalizacji i kategoryzacji migrantów, którzy w społecznym odbiorze przestają funkcjonować jako poszczególne osoby, a zaczynają być postrzegani jako niebezpieczna grupa[96], a ich prawo do funkcjonowania w społeczeństwie delegitymizowane[97]. Należy zauważyć, że prowadzi to również do powstawania grup, samozwańczo „chroniących terytorium", które dopuszczają się przemocy i kradzieży wobec osób poszukujących ochrony międzynarodowej[98].

Na uwagę zasługują zalecenia zawarte w Podręczniku Powrotów Komisji Europejskiej, aby cudzoziemców nie zatrzymywać w szkołach czy placówkach

---

[91] Por. D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s.xii.

[92] Por. A. Mountz, K. Coddington, R.T. Catania, J.M. Loyd, *Conceptualizing Detention: Mobility, Containment, Bordering, and Exclusion*, „Progress in Human Geography" 2013, t. 37, nr 4, s. 527.

[93] D. Gyollai, A. Amatrudo, *Controlling Irregular…*, op. cit., s. 391–508.

[94] B. Nagy, *Hungarian Asylum Law and Policy in 2015–2016: Securitization Instead of Loyal Cooperation*. „German Law Journal" 2016, t. 17, nr 6, s. 1060–1061.

[95] Por. D. Gyollai, A. Amatrudo, *Controlling Irregular…*, op. cit., s. 391–508.

[96] Por. R. Cholewiński, *The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy*, [w:] A. Baldaccini. E. Guild, H. Toner (red.), *Whose Freedom, Security and Justice…*, op. cit., s. 305–306; J. Simon 2007, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Society and Created a Culture of Fear*, Oxford 2007, s. 23; G. Campesi, G. Fabini, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 2.

[97] Por. S. Pickering, C. Lambert, *Immigration Detention Centres, Human Rights and Criminology in Australia*, „Current Issues in Criminal Justice" 2001, t. 13, nr 2, s. 219; Kwestie te znakomicie przedstawiają na przykładzie prawa i polityki węgierskiej T. Hoffmann, *Illegal Legality…*, op. cit., s. 143–153; B. Nagy, *Hungarian Asylum…*, op. cit., s. 1053–1054.

[98] Por. KPT, *Concluding Observations: Bułgaria*, CAT/C/BGR/CO/6, op. cit., § 23.

medycznych ani w ich pobliżu. Dotyczy to również uznanych obiektów religijnych oraz ich okolic, w czasie gdy cudzoziemcy uczestniczą w obrzędach religijnych. Jednocześnie też nie powinno się wymagać udostępniania danych osobowych migrantów o nieuregulowanym statusie imigracyjnym organom ścigania do celów przeprowadzenia ich ewentualnego powrotu. Równie istotne jest wskazanie, iż migranci o nieuregulowanym statusie powinni mieć możliwość rejestracji urodzenia swoich dzieci, a otrzymanie aktu urodzenia dziecka nie powinno wiązać się z ryzykiem zatrzymania. W konsekwencji nie można wymagać od urzędów stanu cywilnego udostępniania danych osobowych migrantów dla przeprowadzenia procedury powrotu[99]. Zakaz zatrzymywania cudzoziemców o nieuregulowanym statusie powinien obejmować placówki oferujące pomoc prawną, a w szczególności siedziby związków zawodowych. Komisja zaleciła także, by przebywający nielegalnie obywatele państw trzecich nie byli zatrzymywani w miejscach, w których świadczone są usługi publiczne polegające na rejestracji wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej lub o uzyskanie statusu bezpaństwowca, ani w ich pobliżu[100]. Z kolei w kontekście COVID-19 CMW zwracał uwagę, że konieczne jest unikanie działań represyjnych związanych z migracją oraz przyjęcie środków zapewniających ochronę danych osobowych i informacji. Państwa powinny zapewnić takie rozwiązania prawne, które gwarantowały rozdzielenie działań w zakresie egzekwowania przepisów imigracyjnych i aktywności służb publicznych, aby wszyscy migranci, niezależnie od ich statusu migracyjnego, mieli dostęp do opieki zdrowotnej, edukacji, innych usług socjalnych i wymiaru sprawiedliwości bez obawy wykrycia, zatrzymania i deportacji[101].

Zasadne jest w tym miejscu postawienie pytania, czy tak rozumiana ekskluzja cudzoziemców jest celem samym w sobie, czy raczej efektem ubocznym przyjętych rozwiązań prawnych. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie wiąże się jednak z przypisaniem pewnej intencji władzom państw. Organy państwa – a szerzej decydenci polityczni – muszą sobie zdawać sprawę, że tworzone regulacje prawne niosą ze sobą różnego typu wyłączenia od gwarancji, które w przypadku obywateli danego państwa są traktowane jako niezbywalne i oczywiste. To samo można powiedzieć o w pełni świadomie kształtowanej narracji w dyskursie publicznym.

---

[99] Por. KE, *Podręcznik dotyczący powrotów 2017*, s. 101.

[100] Por. ibidem, s. 102.

[101] Por. CMW, SRHRM, *Joint Guidance Note on the Impacts of the COVID-19 Pandemic on the Human Rights of Migrant*, 26.05.2020, § 10.

1.4. DYSKRYMINACJA I POZBAWIENIE DOSTĘPU DO OCHRONY PRAWNEJ

Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur stwierdził, że we wszystkich regionach świata główną przyczyną masowych naruszeń praw migrantów, takich jak zgwałcenia, niewolnictwo, handel ludźmi czy zabójstwa jest rosnąca tendencja państw do opierania swojej oficjalnej polityki i praktyk migracyjnych na odstraszaniu, kryminalizacji i dyskryminacji, a nie na ochronie, prawach człowieka i niedyskryminacji[102]. Co więcej, w niektórych państwach polityka migracyjna wręcz skłania badaczy prawa do stwierdzenia, że traktowanie osób poszukujących ochrony międzynarodowej przyjmuje postać legitymowanego prawem prześladowania ze strony państwa, w którym ubiegają się o ochronę[103].

Na tym tle na uwagę zasługuje, że zasada niedyskryminacji oraz równego traktowania są normami *jus cogens*, mającymi zastosowanie do wszystkich przebywających na danym terytorium niezależnie od ich migracyjnego statusu[104]. Pozbawienie wolności oparte wyłącznie na takich kryteriach jak rasa, kolor skóry, płeć, religia, przekonania polityczne, pochodzenie społeczne, pozycja ekonomiczna, urodzenie, obywatelstwo jest zawsze arbitralne[105].

Jak piszą Bernard Duhaime i Andréanne Thibault, cudzoziemcy są w sposób szczególny narażeni na naruszenia praw jednostki, ponieważ państwa często nie uznają ich za osoby korzystające z pełni praw, a precyzyjnie biorąc, zasługujące na takie korzystanie – pomimo że jest to sprzeczne ze standardami międzynarodowymi[106]. W wielu pracach naukowych zwraca się uwagę, iż pojawia się tu również problem arbitralnej selektywności opartej na stereotypach rasowych[107], profilowaniu etnicznym[108], choć nie we wszystkich państwach został on

[102] Por. Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, A/HRC/ 37/50, § 66.

[103] Por. D. Gyollai, A. Amatrudo, *Controlling Irregular*…, op. cit., s. 432–451.

[104] MTPC, *Opinia Doradcza OC-18/03*, § 4–7.

[105] WGAD, *Revised Deliberation Nr 5*, § 21.

[106] Por. B. Duhaime A. Thibault, *Protection of Migrants from Enforced Disappearance: A Human Rights Perspective*, „International Review of Red Cross" 2017, t. 99, nr 2, s. 579.

[107] Zob. m.in. C.C.G. Hernández, *Creating Crimmigration*, „Brigham Young University Law Review" 2013, t. 6, s. 1457–1516; R. Koulish, *Immigration and American Democracy. Subverting the Rule of Law*, New York 2010; T.A. Miller, *Blurring the Boundaries between Immigration and Crime Control after September 11th*, „Boston College Third World Law Journal" 2005, t. 25, nr 1, s. 81–123; A. Pratt, *Between a Hunch and a Hard Place: Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border*, „Social & Legal Studies" 2010, t. 19, nr 4, s. 461–480; J.P. Stumpf, *The Crimmigration Crisis*…, op. cit., s. 367–419.

[108] Por. J. Könönen, *Immigration Detention*…, op. cit., s. 431.

zaobserwowany[109]. Natomiast wymiar uniwersalny mają te elementy, w ramach których cudzoziemcy naruszający prawo migracyjne są przedstawiani jako niebezpieczni obcy zagrażający całemu porządkowi społecznemu[110]. Przyczynia się to do powstania przekonania społecznego co do istnienia specyficznych kategorii osób, w tym osób poszukujących ochrony międzynarodowej, które mają naturalną skłonność do zła i w tym znaczeniu są one ex definitione „inne" od członków danego społeczeństwa[111]. Pozbawienie wolności jawi się wtedy jako użyteczna, a przede wszystkim konieczna forma kontroli nad działaniami cudzoziemców. Jest to także przesłanka do legitymizowania pozbawienia wolności ze względu na przynależność jednostki do określonej grupy, bez zindywidualizowanej oceny, czy takowe zagrożenie rzeczywiście stwarza[112]. W takim kontekście uzasadnione jest twierdzenie, że detencja jest odzwierciedleniem globalizacji kultury kontroli napędzanej przez przywiązywanie szczególnej wagi do różnic i domniemanych zagrożeń[113]. Pozbawienie wolności na potrzeby postępowań migracyjnych wpisuje się tu w politykę zarządzania ryzykiem, pełniąc jednocześnie rolę narzędzia do uśmierzania obaw społecznych dotyczących potencjalnych zagrożeń dla bezpieczeństwa[114].

Administracyjny charakter pozbawienia wolności – nieobarczony rygorami procesu karnego – często przyczynia się do tego, że cudzoziemcy są pozbawieni podstawowych gwarancji proceduralnych, celowo trzymani w „próżni prawnej", bez realistycznej perspektywy zwolnienia lub środków alternatywnych oraz bez praktycznych środków wpływających na proces lub czas jego trwania[115]. Jeśli pozbawienie wolności trwa nadmiernie długo lub jest nieograniczone czasowo[116], należałoby rozważyć ocenę takiego stanu rzeczy w kategoriach

[109] Takie podłoże decyzji w zakresie migracji odnotowano np. w kontekście amerykańskim por. E. Ryo, *Less Enforcement…*, op. cit., s. 668–669, ale nie wystąpiło we Włoszech.

[110] Por. L. Schuster, M. Welch, *Detention of Asylum Seekers…*, op. cit., s. 334; D. Bigo, *Globalized Insercurity…*, op. cit., s. 66–68.

[111] D. Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago 2001, s. 184.

[112] Por. V. Ilareva, *Immigration Detention in International Law and Practice: In search of solutions to the challenges faced in Bulgaria*, 2008, http://www.statewatch.org/news/2008/jan/valeria-iIlareva-immigration-detention-Bułgaria.pdf [dostęp: 20.03.2022].

[113] Zob. L. Schuster, M. Welch, *Detention of Asylum Seekers…*, op. cit., s. 333–334.

[114] M.S. Malloch, E. Stanley, *The Detention of Asylum Seekers in the UK: Representing Risk, Managing the Dangerous*, „Punishment and Society" 2005, t. 53, s. 54–55.

[115] Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, Report, A/HRC/37/50, § 20.

[116] Por. A. de Zayas, *Human Rights…*, op. cit., s. 16; zob. szerzej F. Jamison, *When Liberty Is The Exception: The Scattered Right To Bond Hearings In Prolonged Immigration Detention*, „Columbia Human Rights Law Review" 2021, nr 5, s. 148–187.

rażącej odmowy sprawiedliwości[117]. Komitet Praw Człowieka na tle detencji administracyjnej, stosowanej przez USA wobec osób podejrzanych o terroryzm, wskazywał, że Państwa-Strony nie mogą poddawać osób znajdujących się poza ich terytorium, długotrwałemu przetrzymywaniu w odosobnieniu bez odpowiedniej kontroli jego legalności[118]. W opinii WGAD pozbawienie wolności ze względu na nieuregulowany status migracyjny, które trwało ponad 10 lat, a nie było związane z żadnym procesem i nie opierało się na żadnych postawionych zarzutach[119], stanowiło naruszenie nie tylko prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, ale równocześnie prawa do rzetelnego procesu (art. 10 PDPC oraz 14 MPPOiP)[120].

W sprawie *Abdi v. Zjednoczone Królestwo* skarżący po odbyciu kary pozbawienia wolności za przestępstwa seksualne został poddany detencji w celu deportacji i z tego powodu przez kolejne pięć lat przebywał w zakładach karnych. WGAD słusznie stwierdziła, że konieczność ochrony społeczeństwa przed zagrożeniem stwarzanym przez osoby skazane za tego typu przestępstwa, jest taka sama w odniesieniu do obywateli Zjednoczonego Królestwa i cudzoziemców[121]. W związku z brakiem perspektyw na wydalenie do Somalii pozbawienie wolności skarżącego nabrało charakteru bezterminowego, niewątpliwie spełniając przesłanki arbitralności w rozumieniu art. 9 ust. 1 MPPOiP. Ponadto w zakresie, w jakim instrumenty prawa migracyjnego były przez rząd wykorzystywane w celu ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego, doszło do naruszenia prawa skarżącego do równości wobec prawa i równej ochrony prawnej bez dyskryminacji gwarantowanych w art. 26 MPPOiP[122].

ETPC nie ocenił jeszcze zastosowania detencji wobec cudzoziemców przez Państwo-Stronę w kategoriach rażącej odmowy sprawiedliwości, natomiast konstrukcja ta wystąpiła w przypadku ustaleń, czy istnieje ryzyko rażącego naruszenia art. 5 lub 6 EKPC w kontekście wyjątkowej przeszkody w wydaleniu, ekstradycji lub innej formy przekazania cudzoziemca do kraju pochodzenia. Między innymi ETPC uznał, iż rażącą odmową sprawiedliwości jest zatrzymanie bez dostępu do niezawisłego i bezstronnego sądu w celu zbadania legalności zatrzymania[123] czy

[117] Por. M. McDougal, H.D. Lasswell, L. Chen, *Protection of Aliens*…, op. cit., s. 434–435.

[118] Por. KPC, Concluding Observations: USA, CCPR/C/USA/CO/3, 18.12.2006, § 12 i 18.

[119] WGAD, Opinion Nr 6/1997, United States of America, E/CN. 4/1998/44/Add. 1, 3.11.1997, sprawa dotyczyła trzech obywateli Kuby przetrzymywanych w więzieniu federalnym w USA ponad 10 lat ze względu na nieuregulowany status migracyjny.

[120] Por. WGAD, Opinion Nr 6/1997, s. 38–39.

[121] Por. WGAD, *Abdi v. Zjednoczone Królestwo*, § 28.

[122] Por. ibidem, § 29.

[123] Por. *Al-Moayad v. Niemcy*, skarga nr 35865/03, decyzja ETPC z 20.02.2007 r., § 101; a fortiori wyrok *Papon v. Francja*, skarga nr 344/04, 11.10.2005, § 90.

też celowa i systematyczna odmowa dostępu do adwokata[124], zwłaszcza osobie przetrzymywanej w obcym kraju[125].

Przykładem praktycznych przeszkód w dostępie do prawa i ochrony prawnej jest stan faktyczny w sprawie *Z.A. i inni v. Rosja*. Cudzoziemcom poddanym detencji w strefie tranzytowej lotniska Szeremietiewo odmówiono dostępu do notariusza, co uniemożliwiało im wystawianie pełnomocnictw wymaganych przez prawo krajowe do wyznaczenia przedstawiciela, który mógłby kontaktować się w ich imieniu z władzami publicznymi, służbami medycznymi czy też prawnikiem[126]. Z kolei w – karnej co prawda – sprawie *Aksoy v.Turcja* ETPC stwierdził, że odmowa dostępu do prawnika, lekarza, krewnego lub innej bliskiej osoby oraz brak realnej kontroli sądowej legalności pozbawienia wolności oznaczały, że skarżący został całkowicie zdany na łaskę przetrzymujących go funkcjonariuszy[127].

Niewątpliwie pozbawienie wolności może być stosowane w celu uniemożliwienia lub utrudnienia cudzoziemcom podniesienia zarzutów przeciwko wydaleniu, jak też wnioskowania o udzielenie ochrony międzynarodowej[128]. Z reguły czas na przygotowanie i uzasadnienie wniosku jest ograniczony, a izolacja nastręcza problemów w zebraniu dowodów na potwierdzenie okoliczności w nim podanych. W tym miejscu trzeba zwrócić uwagę na rozmaite praktyki, które tę sytuację pogłębiają; zaliczyć do nich można konfiskowanie pozbawionym wolności cudzoziemcom telefonów komórkowych przy jednoczesnym ustanowieniu wysokiej odpłatności za rozmowy telefoniczne z automatów w ośrodku detencyjnym, utrudnienia w dostępie do takich automatów[129] oraz do Internetu[130].

---

[124] Por. a fortiori *John Murray v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 18731/91, wyrok ETPC z 8.02.1996 r., § 59–70; *Öcalan v. Turcja*, § 131–137, 148; *Al-Moayad v. Niemcy*, § 101.

[125] Por. *Harkins v. Zjednoczone Królestwo*, decyzja Wielkiej Izby ETPC z 15.06.2017 r., skarga nr 71537/14, § 62–65.

[126] Por. *Z.A. i inni v. Rosja*, § 42.

[127] Por. *Aksoy v. Turcja*, skarga nr 21987/93, wyrok ETPC z 18.12.1996 r., § 83.

[128] Por. Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka, *Human Rights situation of migrant and refugee children and families in the United States, Hearing before the Inter-American Commission of Human Rights*, 153rd Ordinary Period of Sessions, 10.07.2014; European Council on Refugees and Exiles, *The Legality of Examining Asylum Claims in Detention from the Perspective of Procedural Rights and their Effectiveness*, 10.2015, AIDA Legal Briefing No 4, s. 4, http://bit.ly/2rmLwwd [dostęp: 20.03.2022].

[129] Por. stan faktyczny w sprawie *Mohamad v. Grecja*, skarga nr 70586/11, wyrok ETPC z 11.12.2014 r., § 24.

[130] Por. CPT, *Report: Norway*, CPT/Inf (2019) 1, § 50. Zdaniem organizacji pozarządowych w Zjednoczonym Królestwie, jeśli cudzoziemiec nie jest reprezentowany przez prawnika, brak dostępu do Internetu praktycznie uniemożliwia mu przygotowanie argumentacji we własnej sprawie, por. Bail for Immigration Detainees, *Denial of justice: the hidden use of UK prisons for immigration detention Evidence from BID's outreach*, Legal & Policy Teams, 9. 2014, s. 29.

Co interesujące, badania organizacji pozarządowych wykazały, że są to praktyki wręcz przeciwskuteczne, ponieważ opóźniają lub wręcz uniemożliwiają przeprowadzenie wydalenia cudzoziemców, którzy deklarują taką wolę[131].

Na tym tle trzeba wspomnieć o znaczeniu systemowego braku tłumaczy lub choćby informacji na temat procedur ochrony międzynarodowej w języku zrozumiałym dla cudzoziemców oraz o utrudnionym dostępie do prawników[132]. Egzemplifikacją tego stanu rzeczy jest wyrok w sprawie *I.M. v. Francja*, w którym ETPC stwierdził, że doszło do naruszenia art. 13 w związku z art. 3 EKPC, ponieważ skuteczność środków odwoławczych, którymi teoretycznie dysponował skarżący, została ograniczona w praktyce. Na ten stan rzeczy miało wpływ kilka czynników, wśród których znalazły się trudności materialne i proceduralne związane z przedstawieniem dowodów w czasie kiedy skarżący przebywał w detencji, połączone z niezwykle krótkim, bo 48-godzinnym, terminem na sporządzenie odwołania[133]. Trybunał wziął pod uwagę, zwłaszcza że skarżący miał niewystarczający dostęp do pomocy prawnej, jak również do tłumacza, co w połączeniu z detencją uczyniło przygotowanie odpowiedniego wniosku niemożliwym[134].

Szczególnym przypadkiem jest detencja stosowana ekstraterytorialnie lub na obszarach izolowanych, w regionach słabo zaludnionych, położonych peryferyjnie lub na wyspach[135]. Gwoli sprawiedliwości trzeba wskazać, że uzasadnieniem takiej lokalizacji może być bliskie położenie w stosunku do miejsc, gdzie migranci są przechwytywani przez służby graniczne[136]. Nie zmienia to jednak faktu, że w praktyce korzystanie z gwarancji prawa krajowego i międzynarodowego jest tym sposobem dodatkowo utrudnione, a najczęściej prowadzi do ograniczenia lub pozbawienia dzieci poddanych detencji prawa do edukacji[137]. Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur stwierdził, że długotrwałe pozbawienie wolności rodzin z dziećmi na odizolowanych wyspach lub w enklawach eksterytorialnych

[131] W powoływanym przypadku podniesiono, że w około 900 przypadkach brak dostępu do Internetu praktycznie uniemożliwiał cudzoziemcom uzyskanie dostępu do dokumentów umożliwiających powrót – por. Bail for Immigration Detainees, s. 32.

[132] European Council on Refugees and Exiles, *The Legality of Examining*…, op. cit., s. 8–9.

[133] Por. *I.M v. Francja*, skarga nr 9152/09, wyrok ETPC z 2.02.2012 r., § 154.

[134] Por. ibidem, § 143–146.

[135] Por. D. Ghezelbash, *Hyper-Legalism and Obfuscation: How States Evade Their International Obligations Towards Refugees*, „American Journal of Comparative Law" 2020, t. 68, nr 3, s. 20.

[136] Por. SRHRM, Report, A/HRC/23/46, § 53; zob. także argumentację ETPC w sprawie skoncentrowania migrantów w ośrodku recepcyjnym w Contrada Imbriacola na wyspie Lampedusa w sprawie *Khalifia i inni v. Włochy*, § 181.

[137] Por. w tym względzie uwagi KPC na tle funkcjonowania tzw. Anker Centers w Niemczech: *Concluding Observations: Germany*, CCPR/C/DEU/CO/7, § 38 lit. e.

jest szczególnie traumatyczne[138]. Z kolei Komitet Praw Dziecka wskazuje, że ośrodki detencyjne nie powinny być zlokalizowane w odizolowanych obszarach, gdzie nie ma dostępu do pomocy prawnej. Przestrzenna izolacja utrudnia realizację prawa dziecka do regularnego kontaktu i odwiedzin przyjaciół, krewnych, doradców religijnych, społecznych i prawnych oraz opiekunów[139]. Niewątpliwie jest to czynnik wpływający na niechęć prawników do podejmowania się reprezentacji prawnej cudzoziemców, ponieważ poza barierami językowymi – tudzież trudnościami komunikacyjnymi wynikającymi z obostrzeń kontaktu ze światem zewnętrznym – dotarcie do takich miejsc jest czasochłonne[140]. Jednocześnie też najczęściej potencjalni pełnomocnicy mają świadomość, że pozbawiony wolności cudzoziemiec nie jest w stanie zebrać odpowiedniego materiału dowodowego potrzebnego w danym postępowaniu, o czym była już mowa. Trzeba wspomnieć także o aspekcie finansowym. Cudzoziemcy pozbawieni wolności dysponują bardzo ograniczonymi zasobami pieniężnymi, co powoduje, iż w dużej mierze ich dostęp do pomocy prawnej jest uzależniony od bezpłatnej pomocy prawnej świadczonej przez organizacje pozarządowe.

Odległe położenie ośrodków detencyjnych pogłębia, i tak już utrudniony, dostęp do osób pozbawionych wolności. Są to miejsca strzeżone, zatem, to, co tam się dzieje, można ukryć, a wiedza społeczeństwa danego kraju o tym, że w ogóle w takich miejscach są przetrzymywani cudzoziemcy bywa ograniczona[141]. Stąd istotną rolę gwarancyjną pełni dostęp do miejsc detencji UNHCR czy organizacji pozarządowych[142]. Praktyka państw jest w tym względzie zróżnicowana. We Francji w niektórych typach ośrodków detencyjnych organizacje pozarządowe są stale obecne. Wyjątkiem są miejsca detencji krótkoterminowej stosowanej w ramach zestawionych kontroli granicznych w rejonie Calais[143]. Również we

[138] Por. SPT, A/HRC/37/50, § 20.

[139] Por. KPD, *General Comment No. 6…*, op. cit., § 63.

[140] Por. D. Ghezelbash, *Hyper-Legalism and Obfuscation…*, op. cit., s. 20.

[141] W Polsce piszą na ten temat m.in. D. Niedźwiedzki, J. Schmidt, M. Stępka, P. Tacik, *Strzeżone ośrodki…*, op. cit., s. 44–47.

[142] W przypadku UNHCR dostęp ten wynika z obowiązku współpracy Państw-Stron KSU mającym podstawy w § 8 Statutu UNHCR w związku z art. 35, 36 KSU, oraz art. 2 Protokołu z 1967. W prawie UE trzeba wspomnieć o art. 10 ust. 3 i 4 dyrektywy 2013/33/UE, w których gwarantuje się przedstawicielom UNHCR oraz organizacjom pozarządowym możliwość odwiedzania osób znajdujących się w ośrodkach detencyjnych oraz o art. 16 ust. 4 dyrektywy 2008/115/WE, w którym mowa o możliwości składania wizyt w ośrodkach detencyjncych przez odpowiednie i właściwe organizacje i podmioty krajowe, międzynarodowe i pozarządowe, które to wizyty mogą być uzależnione od uzyskania zezwolenia. Zob. UNHCR, *Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-Seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons: Summary Conclusions*, lipiec 2011, § 25.

[143] Por. M. Bosworth, *Immigration Detention and Juxtaposed…*, op. cit., s. 515.

Włoszech dostęp organizacji pozarządowych do ośrodków detencyjnych bywa ograniczany[144].

2. STOSOWANIE DETENCJI A INNE PRAWA JEDNOSTKI

2.1. ZAKAZ TORTUR, NIELUDZKIEGO LUB PONIŻAJĄCEGO KARANIA LUB TRAKTOWANIA

2.1.1. ABSOLUTNY CHARAKTER ZAKAZU A TRUDNOŚCI W ZARZĄDZANIU MIGRACJAMI

W skrajnych przypadkach zastosowanie detencji cudzoziemców może wchodzić w zakres przedmiotowy zakazu tortur, poniżającego lub nieludzkiego karania lub traktowania[145], a także stanowić naruszenie nakazu humanitarnego traktowania osób pozbawionych wolności, wysłowionego w 10 MPPOiP. Związek pomiędzy naruszeniem standardów wolności i bezpieczeństwa osobistego a zakazem tortur, poniżającego lub nieludzkiego karania lub traktowania nie jest automatyczny. Niewątpliwie jednak wszelkie formy arbitralnej detencji oznaczają wzrost ryzyka narażenia na złe traktowanie[146].

W przypadku detencji cudzoziemców kluczowa jest ocena ewentualnego naruszenia art. 3 EKPC w związku ze złymi warunkami pozbawienia wolności wynikającymi z trudności rządów spowodowanych dużymi napływami migrantów. W sprawach *M.S.S. v. Belgia i Grecja*[147] czy też *Hirsi Jamaa i inni v. Włochy*

[144] KPT, Concluding Observations on the Combined Fifth and Sixth Periodic Reports of Italy, CAT/C/ITA/CO/5-6, 18.12.2017, § 26–27. Por. np. orzeczenia włoskich sądów administracyjnych, na mocy których doszło do unieważnienia decyzji prefektur w zakresie odmowy organizacjom pozarządowym dostępu do włoskich Preremoval detention centers (CPR's): Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna TAR Sardegna, 838/2021, 24.12.2021, https://bit.ly/35YBFH4 [dostęp: 20.01.2024]; TAR Piemonte, 360/2021, 6.04.2021, https://bit.ly/3qcz1nI [dostęp: 20.01.2024]; TAR Sicilia, 2169/2020, 21.10.2020, https://bit.ly/37CPFqn [dostęp: 20.01.2024].

[145] Por. art. 7 Konwencji w sprawie zakazu tortur, okrutnego, poniżającego lub nieludzkiego karania lub traktowania oraz art. 3 EKPC i orzecznictwo: wyrok ETPC w sprawie *A.A. v. Grecja*, § 57–62; wyrok ETPC w sprawie *Mohammed v. Austria*, skarga nr 2238, wyrok ETPC z 6.06.2013 r., § 105–106; wyrok ETPC z w sprawie *Al-Nashif v. Bułgaria*, skarga nr 50963/99, wyrok ETPC z 20.06.2002 r., § 30; por. także art. 17 Konwencji o ochronie pracowników migrujących, w którym stanowi się że państwa strony mają zapewnić warunki pozbawienia wolności będą zgodne ze wszystkimi odpowiednimi standardami międzynarodowymi i nie będą równoznaczne z torturami lub złym traktowaniem.

[146] Por. Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, Report, A/HRC/37/50, § 25.

[147] Por. *M.S.S. v. Belgia i Grecja*, § 223.

Trybunał orzekł między innymi, że te czynniki nie mogą zwalniać Państw-Stron z ich obowiązków wynikających z art. 3 EKPC[148]. W tym względzie nawet traktowanie stosowane bez zamiaru upokorzenia lub poniżenia ofiary i wynikające na przykład z obiektywnych trudności związanych z zarządzaniem kryzysem migracyjnym może stanowić naruszenie artykułu 3 Konwencji[149]. Niemniej jednak w sprawie *Khlaifia v.Włochy* Trybunał uznał konieczność wzięcia pod uwagę, wraz z innymi czynnikami, że niezaprzeczalne trudności i niedogodności, z jakimi borykali się skarżący, wynikały w znacznej mierze z niezwykle trudnej sytuacji, w której znajdowały się władze włoskie w odpowiednim czasie[150]. Wydaje się, że podejście Wielkiej Izby ETPC przyjęte w tym orzeczeniu stanowiło raczej wyjątek od reguły. W późniejszej sprawie przeciwko temu samem państwu – *Darboe i Camara v. Włochy* – Trybunał uznał, że doszło do naruszenia art. 3 EKPC chociaż cyt.: „był wrażliwy na argumenty rządu"[151], dotyczące dramatycznego wzrostu liczby dzieci cudzoziemskich pozbawionych opieki w okresie objętym orzekaniem[152]. Absolutny charakter zakazu tortur, nieludzkiego lub poniżającego karania lub traktowania implikuje, że same starania państwa i jego działanie w dobrej wierze nie wyłączają odpowiedzialności z tytułu art. 3 EKPC[153].

Samo zaistnienie trudności powiązanych z masowym napływem cudzoziemców nie jest wystarczającym powodem do zmiany interpretacji zobowiązań wynikających z EKPC. Problemy, które państwa mogą napotkać w zarządzaniu przepływami migracyjnymi lub w przyjmowaniu osób poszukujących ochrony międzynarodowej, nie mogą uzasadniać stosowania praktyk niezgodnych z Konwencją lub jej protokołami[154]. Zwłaszcza zaś nie mogą one być uzasadnieniem dla naruszenia obowiązków Państw-Stron wynikających z art. 3 EKPC, który wymaga, aby pozbawienie wolności miało miejsce w warunkach nienaruszających ludzkiej godności[155].

---

[148] Por. ibidem, § 222; *Aden Ahmed v. Malta*, skarga nr 55352/12, wyrok ETPC z 23.07.2013 r., § 90; *Hirsi Jamaa i inni v. Włochy*, § 122; *J.R. i inni v. Grecja*, § 137.

[149] Por. *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 184.

[150] Por. ibidem, § 185 – w konsekwencji ETPC uznał, że nie doszło do naruszenia art. 3 EKPC.

[151] Por. *Darboe i Camara v. Włochy*, § 181.

[152] Trybunał czuł się w obowiązku jedynie powtórzyć, że mając na uwadze absolutny charakter art. 3 EKPC, trudności wynikające z zarządzania masowymi migracjami nie zwalniają Państw-Stron z obowiązków wynikających z tego przepisu por. *Darboe i Camara*, § 182.

[153] Por. Y. Arai-Yokoi, *Grading Scale Of Degradation: Identifying The Threshold Of Degrading Treatment Or Punishment Under Article 3 ECHR*, „Netherlands Quarterly of Human Rights" 2003, t. 21, nr 3, s. 392; por. w tym względzie także *Price v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 33394/96, wyrok ETPC z 10.07.2001 r., § 26–30.

[154] Por. *N.D. i N.T. v. Hiszpania*, § 168; *Hirsi Jamaa i inni*, § 179.

[155] Por. *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 184l; *M.S.S. v. Belgia i Grecja*, § 223; *Darboe i Camara v. Włochy* § 182; *Hirsi Jamaa i inni v. Włochy*, § 122; *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 184; odmiennie *J.R. i inni v. Grecja*, § 137.

2.1.2. PRÓG ZŁEGO TRAKTOWANIA

W standardach międzynarodowych stwierdzenie, że w kontekście detencji doszło do naruszenia zakazu tortur, nieludzkiego lub poniżającego karania lub traktowania wymaga, aby doświadczane cierpienie lub trudności przekroczyły nieunikniony poziom nieodłącznie związany z pozbawieniem wolności[156]. Ustalenie tzw. minimalnego progu dolegliwości, obejmuje zazwyczaj kombinację kilku czynników. ETPC uwzględnia łączne skutki oddziaływania warunków detencji, zarzuty skarżącego[157] oraz czas trwania środka[158]. W systemie uniwersalnym KPC wielokrotnie stwierdzał, że arbitralny charakter pozbawienia wolności cudzoziemców, jego przedłużający się i / lub nieokreślony czas trwania[159], odmowa udzielenia informacji i dostępu do gwarancji proceduralnych oraz trudne warunki zatrzymania „powodują łącznie poważne szkody psychologiczne" i stanowią traktowanie sprzeczne z art. 7 MPPOiP[160]. Wszystkie te elementy są oceniane w odniesieniu do indywidualnej sytuacji skarżącego, która tu zostanie uwzględniona w części dotyczącej aspektu podmiotowego. Bardzo względne i uwarunkowane realiami konkretnej sprawy jest kryterium czasu. Z jednej strony może ono samo w sobie stanowić czynnik przesądzający o złym traktowaniu, np. jeśli detencja jest bezterminowa. Z drugiej strony występuje ono w kombinacji zarówno z elementem podmiotowym, jak i rodzajem środków, które zastosowano wobec osoby pozbawionej wolności. Tytułem przykładu dwudziestogodzinne pozbawienie wolności samo w sobie wydaje się stosunkowo krótkie, ale jeżeli polegało na tym, że niemal całą dobę cudzoziemiec pozostawał zakuty w kajdanki w trakcie deportacji autobusem, ETPC zakwalifikował tę sytuację jako poniżające traktowanie[161]. W jeszcze innych przypadkach ETPC uznał, że warunki pozbawienia wolności skarżącego były tak złe, że orzekł o naruszeniu art. 3 EKPC bez uwzględnienia czasokresu detencji[162]. Ponadto kryterium upływu czasu jest zawsze surowiej oceniane w przypadku

[156] *Riad i Idiab v. Belgia*, § 99, *S.D. v. Grecja*, § 47; *A.A. v. Grecja*, § 55. Por także art. 1 ust. 1 ostatnie zdanie Konwencji przeciwko Torturom, iż pojęcie tortur nie obejmuje bólu lub cierpienia wynikających jedynie ze zgodnych z prawem sankcji nieodłącznie związanych z tymi sankcjami lub wywołanych przez nie przypadkowo.

[157] Por. *Dougoz v. Grecja*, § 46.

[158] Por. *Alver v. Estonia*, skarga nr 64812/01, wyrok ETPC z 8.11.2005 r., § 143.

[159] Por. A. de Zayas, *Human Rights…*, op. cit., s. 19.

[160] Por. orzecznictwo KPC w sprawach*: F.J. i inni v. Australia*, § 10. 6; *F.K.A.G. i inni v. Australia*, § 9.8; *M.M.M. i inni v. Australia*, § 10.7; celem zakazu tortur w art. 7 MPPOiP jest ochrona zarówno integralności fizycznej jak i psychicznej jednostki. Przepis ten odnosi się do takich działań, które powodują cierpienie psychiczne – por. KPC, *General Comment No. 20…*, op. cit., § 2 i 5.

[161] Por. *Akkad v. Turcja*, skarga nr 1557/19, wyrok ETPC z 21.06.2022 r., § 115.

[162] Por. *Rahimi v. Grecja*, § 85–86.

detencji dzieci i jak to Trybunał Strasburski stwierdza, upływ czasu ma w tym kontekście pierwszorzędne znaczenie[163].

Wypracowana orzeczniczo konstrukcja minimalnego poziomu dolegliwości łączy się z oceną przeprowadzaną *ad casum*, która z natury rzeczy jest względna. Zdarzyło się więc, że w ramach konkretnego stanu faktycznego nie było wątpliwości, iż warunki detencji były co najmniej niewłaściwe ze względu na brak ogrzewania, skarżącej nie dostarczono ubrań dostosowanych do warunków zimowych, brak ruchu na świeżym powietrzu, pozostawanie pod strażą osób odmiennej płci. Nie wystarczyło to jednak, aby poziom doświadczanych w związku z tym cierpień został zakwalifikowany przez ETPC jako spełniający kryteria art. 3 EKPC[164].

Ocena, czy art. 3 EKPC ma zastosowanie, może uwzględniać inne elementy, jak np. atmosferę wzmożonego napięcia i emocji[165]. Warto w tym miejscu wspomnieć o praktykach, które nie mieszczą się w klasycznej definicji tortur, a jednak w dłuższej perspektywie niszczą równowagę psychiczną osób pozbawionych wolności. Między innymi są to: ciągłe ignorowanie żądań, dopóki nie zostaną powtórzone wielokrotnie, mówienie do osób pozbawionych wolności jak do małych dzieci, ciągłe unikanie wzroku osób zatrzymanych, wchodzenie do cel w sposób gwałtowny bez żadnego istotnego powodu, tworzenie wokół pozbawionych wolności atmosfery podejrzeń, zezwalanie na odstępstwa od regulaminu jednego dnia, a innego już nie[166].

2.1.3. ELEMENT PODMIOTOWY

Kryteriami oceny, czy doszło do zakazanego traktowania, które osiąga poziom art. 3 EKPC, są między innymi płeć, wiek i stan zdrowia osoby pozbawionej wolności[167]. Nie bez znaczenia pozostają inne elementy sytuacji osobistej cudzoziemca, czyli pozostawanie ofiarą tortur, niepełnosprawność, orientacja seksualna,

---

[163] Por. *M.H. i inni przeciwko Chorwacji*, § 199; *R.R. i inni v. Węgry*, § 64. W przypadku małych dzieci Trybunał stwierdzał naruszenie artykułu 3 EKPC w przypadku kilkudniowego pozbawienia wolności – por. m.in. *A.B. i inni v. Francja*, § 114; *A.M. v. Francja*, § 47–53.

[164] Por. *Mahamed Jama v. Malta*, § 90–102. Warto odnotować, że opinię odrębną w tym zakresie sporządził sędzia Cassadevall.

[165] Por. *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 160; *Bouyid v. Belgia*, § 86.

[166] Por. *Monitoring miejsc pozbawienia wolności. Przewodnik praktyczny dla organizacji pozarządowych*, Geneve 2004, s. 70, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Monitoring_miejsc _ pozbawienia_wolnosci_przewodnik_praktyczny_0. pdf [dostęp: 15.03.2023].

[167] Por. m.in. *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 159; *Aden Ahmed v. Malta*, § 85; *Darboe i Camara v. Włochy*, § 169; *Irlandia v. Zjednoczone Królestwo*, § 162; *Price v. Zjednoczone Królestwo*, § 24; *Mouisel v. Francja*, skarga nr 67263/01, wyrok ETPC z 14.11.2002 r., § 37; *Jalloh v. Niemcy*, skarga nr 54810/00, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 11.07.2006 r., § 67; *Gäfgen v. Niemcy*, skarga nr 22978/05, wyrok Wielkiej Izby ETPC 1.06.2010 r., § 88; *El-Masri v. Macedonia*, skarga nr 39630/09, wyrok Wielkiej Izby ETPC 13.12.2012 r., § 196.

transpłciowość, przynależność do grupy etnicznej[168]. W przypadku pozbawienia wolności dzieci razem z rodzicami należy brać pod uwagę wiek skarżących, długość pozbawienia wolności, stan zdrowia, kontekst ich wyjazdu z kraju pochodzenia, zdolność towarzyszących im osób dorosłych do sprawowania nad nimi opieki oraz przystosowanie miejsca detencji do przyjmowania nieletnich[169]. Na przykład w sprawie *Tsarpelas v. Grecja* ETPC stwierdził naruszenie art. 3 EKPC ze względu na okres dwudziestu siedmiu dni pozbawienia wolności skarżącego na posterunku policji, biorąc pod uwagę jego bezbronność, związaną w szczególności z faktem, że amputowano mu prawą nogę i poruszał się o kulach[170].

Dla dalszych rozważań kluczowa jest okoliczność, że cudzoziemcy są w trudnej sytuacji z racji poszukiwania ochrony międzynarodowej lub nieuregulowanego statusu. Zważywszy, że ETPC traktuje wszystkie osoby pozbawione wolności jako te, które znajdują się w sytuacji szczególnej wrażliwości[171], można powiedzieć, iż dochodzi do swoistej kumulacji narażenia na traktowanie sprzeczne z art. 3 EKPC. Nie oznacza to żadnego automatyzmu w tym zakresie. We wspomnianej już sprawie *Khlaifia v. Włochy* skarżący nie poszukiwali ochrony międzynarodowej, byli młodymi, zdrowymi mężczyznami w sytuacji nieregularnej, którzy nie mieli za sobą traumatycznych doświadczeń z państwa pochodzenia, jak również nie skarżyli się na brak opieki medycznej w ośrodku detencyjnym[172]. W związku z tym ETPC uznał, że nie ma przesłanek, aby uznać, że znajdują się w sytuacji szczególnej wrażliwości wpisanej w ich status[173]. Wielka Izba Trybunału orzekła w tym względzie inaczej niż Izba, dla której czynnikiem wskazującym na szczególną wrażliwość skarżących była niezwykle trudna podróż morska, którą odbyli[174].

---

[168] Por. Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, A/HRC/ 37/50, § 27.

[169] Por. *Moustahi v. Francja*, § 55; *Muskhadzhiyeva i inni v. Belgia*, § 63; *Kanagaratnam i inni v. Belgia*, § 64–65; *R.M. i inni v. Francja*, skarga nr 33201/11, wyrok ETPC z 12.07.2016 r.; *A.B. i inni v. Francja*, § 110–115; *A.M. i inni v. Francja*, § 45–53; *S.F. i inni v. Bułgaria*, § 78–93; *Mahmundi i inni v. Grecja*, skarga nr 14902/10, wyrok ETPC z 31.07.2012 r., § 72–74; *Popov v. Francja*, § 91–103; *R.R. i inni v. Węgry*, § 58–65; *M.H. i inni przeciwko Chorwacji*, § 183–204; *N.B. i inni v. Francja*, skarga nr 49775/20, wyrok ETPC z 31.03.2022 r., § 47–53.

[170] Por. *Tsarpelas v. Grecja*, skarga nr 74884/13, wyrok ETPC z 26.04.2018 r., § 48–50.

[171] Por. np. *Salman v. Turcja*, skarga nr 21986/93, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 27.06.2000 r., § 99; także *Bouyid v. Belgia*, § 83 in fine; *Rooman v. Belgia*, skarga nr 18052/11, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 31.01.2019 r., § 143.

[172] Por. *M.S.S. v. Belgia i Grecja*, § 232.

[173] Por. *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 194. Zob. także J. Goldenziel, *Khlaifia and Others v. Italy*, „American Journal of International Law" 2018, t. 112, nr 2, s. 277.

[174] Por. *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 135.

W sprawie *M.S.S. v. Belgia i Grecja* rząd Grecji podnosił argument, iż nie doszło do naruszenia art. 3 EKPC ze względu na to, iż oba okresy detencji cudzoziemca były zaledwie kilkudniowe[175]. Trybunał nie uznał tych racji, wskazując, że skarżący, jako osoba poszukująca ochrony międzynarodowej, był szczególnie bezbronny ze względu na wszystko, co przeszedł podczas swojej migracji oraz traumatyczne doświadczenia wcześniejsze[176]. Niejako kontynuując, Trybunał uznał nie tylko, że same warunki przetrzymywania skarżącego były nie do przyjęcia. W jego ocenie poniżające traktowanie nastąpiło ze względu na kumulację poczucia arbitralności, niższości i niepokoju oraz głębokiego wpływu pozbawienia wolności na godność skarżącego. Ponadto niepokój skarżącego został spotęgowany przez bezbronność związaną z jego sytuacją jako osoby ubiegającej się o ochronę międzynarodową[177].

Podobne konkluzje przyjął Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, stwierdzając, że doświadczenie pozbawienia wolności, które nie jest konieczne ani proporcjonalne w połączeniu z przedłużonym i potencjalnie nieokreślonym czasem jego trwania oraz brakiem możliwości skorzystania ze skutecznego środka prawnego wpływa destabilizująco na psychikę cudzoziemców, którzy i tak znajdują się w trudnej sytuacji. W przypadku cudzoziemców w sytuacji nieregularnej nawet czynniki, które nie są dolegliwe, o ile trwają krótko i wystąpią w sposób izolowany, mogą przekroczyć minimalny próg dolegliwości, jeśli oddziałują łącznie lub przez dłuższy czy nieokreślony czas. Na przykład niewielki dyskomfort fizyczny połączony z cierpieniem psychicznym wynikającym z nieuzasadnionego pozbawienia wolności i braku wiedzy co do czasu jego trwania. Pewną egzemplifikacją jest tu stan faktyczny w sprawie *Aden Ahmed v. Malta*. Skarżąca została pozbawiona wolności na czternaście i pół miesiąca w ośrodku detencyjnym. Z dokumentacji medycznej wynikało, że cierpiała na bezsenność, nawracający ból fizyczny i miała epizody depresyjne, co wymagało czternastu wizyt lekarskich. Skarżąca podnosiła, że jej cierpienie psychiczne było spowodowane wieloma czynnikami, w szczególności przedłużającą się detencją, poronieniem i bardzo ograniczonymi perspektywami ponownego połączenia się z synem w Szwecji[178]. Jednocześnie w trakcie detencji, została ona na okres trzech miesięcy pozbawiona dostępu do świeżego powietrza[179], ćwiczeń, a także kart telefonicznych. ETPC orzekł o naruszeniu art. 3 EKPC ze względu na kumulację czasu detencji z jej warunkami,

[175] Por. *M.S.S. v. Belgia i Grecja*, § 211.
[176] Por. ibidem, § 232; por. podobnie *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*, § 113.
[177] Por. *M.S.S. v. Belgia i Grecja*, § 233.
[178] Por. *Aden Ahmed v. Malta*, § 19, 97.
[179] Por. ibidem, § 96.

złego stanu zdrowia psychicznego skarżącej oraz faktu, iż chodziło o pozbawienie wolności w kontekście migracyjnym[180].

Następnie trzeba brać pod uwagę, iż wrażliwość wynikająca ze statusu migracyjnego może być jeszcze głębsza, jeśli detencja dotyczy osób ze szczególnymi potrzebami, takimi jak kobiety w ciąży, osoby starsze, niepełnosprawne czy ofiary tortur[181]. Próg zakazanego złego traktowania jest w tych przypadkach niższy i zostaje osiągnięty wcześniej niż u innych osób, które nie pozostają w sytuacji szczególnej wrażliwości[182]. Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur oraz CMW prezentują nawet pogląd, że próg złego traktowania może być w takich przypadkach osiągnięty natychmiast[183].

Próg oceny poziomu dolegliwości jest szczególnie niski w przypadku detencji dzieci. Sytuacja szczególnej wrażliwości dzieci wpływa na ocenę naruszenia art. 3 EKPC w przypadku umieszczenia ich w ośrodkach detencyjnych zarówno wtedy, gdy przebywają tam z rodzicami[184], jak i gdy są pozbawione opieki[185]. Małoletni, którym nie towarzyszy rodzina, to kategoria osób w najtrudniejszej sytuacji w społeczeństwie, wobec której państwa mają – wynikające z art. 3 EKPC – pozytywne obowiązki ochrony i opieki[186]. Zatrzymanie małych dzieci w nieodpowiednich warunkach może samo w sobie prowadzić do stwierdzenia naruszenia art. 5 ust. 1 EKPC, niezależnie od tego, czy dzieciom towarzyszyła osoba dorosła[187]. Jeśli chodzi o dzieci poszukujące ochrony międzynarodowej, ETPC sięga do art. 22 ust. 1 KPD, statuującego obowiązek podjęcia przez państwo kroków w celu zapewnienia im odpowiedniej ochrony i pomocy humanitarnej[188]. Trzeba zauważyć, że małoletni inaczej postrzegają upływ czasu, w związku z czym ETPC

---

[180] Por. ibidem, § 98.

[181] Por. CMW, *General Comment No. 5*…, op. cit., § 69.

[182] Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, Report, 26.02.2018, A/HRC/37/50, § 19.

[183] Por. Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, Report, A/HRC/37/50, § 27: CMW, *General Comment No. 5*…, op. cit., § 45.

[184] *Muskhadzhiyeva i inni v. Belgia*, § 55–63; *Kanagaratnam v. Belgia*; *Mahmundi v. Grecja*, § 72–74; *Popov v. Francja*, § 91–103; *A.B. i inni v. Francja*, § 107–15; *R.R. i inni v. Węgry*, § 58–65; *M.H. i inni v. Chorwacja*, § 183–204; *N.B. i inni v. Francja*, § 47–53.

[185] *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga v. Belgia*, § 50–59; *Rahimi v. Grecja*, § 95–96; *Abdullahi Elmi i Aweys Abubakar v. Malta*, § 111–115; *S.F. i inni v. Bułgaria*, § 78–83; *Sh.D. i inni v. Grecja, Austria, Chorwacja, Węgry, Macedonia Północna, Serbia i Słowenia*, skarga nr 14165/16, wyrok ETPC z 13.06.2019 r., § 52–62; *Moustahi v. Francja*, § 65–67.

[186] Por. *SH.D. i inni v. Grecja, Austria, Chorwacja, Węgry, Macedonia Północna, Serbia i Słowenia*, § 56; *Rahimi v. Grecja*, § 74.

[187] Por. *Nikoghosyan i inni v. Polska*, § 64; *Bilalova i inni v. Polska*, skarga nr 23685/14, wyrok ETPC z 26.03.2020 r., § 76.

[188] Por. *Darboe i Camara v. Włochy*, § 173: *Popov v. Francja*, § 91; *Tarakhel v. Szwajcaria*, skarga nr 29217/12, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 4.11.2014 r., § 99.

stwierdził, że detencja przez okres dwóch miesięcy i czternastu dni musiała być przez nich postrzegana jako niemająca końca[189]. ETPC jest tu – i słusznie – bardzo restrykcyjny i stwierdził naruszenie art. 3 EKPC w przypadku pozbawienia wolności, które co prawda nie przekroczyło 48 godzin, ale nastąpiło w warunkach nieodpowiednich dla rodziny z dziećmi w wieku lat 16., 11. oraz półtora roku[190].

Im mniejsze dzieci, tym konwencyjne standardy są wyższe. Dlatego w przypadku zaledwie kilkugodzinnego pozbawienia wolności kilkuletnich dzieci w areszcie tymczasowym, utworzonym na terenie komisariatu policji z obcymi dorosłymi, doszło do naruszenia art. 3 EKPC. Trybunał uznał, że poziom stresu oraz skutki dla psychiki tak małych dzieci wynikające z pozbawienia wolności osiągnęły poziom dolegliwości art. 3 niezależnie od tego, jak długo ono trwało[191]. Trzeba w tym miejscu zaznaczyć, że zastosowanie detencji wobec dziecka zawsze jest dla niego traumą, a niewłaściwe traktowanie jedynie pogłębia powstałe tutaj szkody psychologiczne, o czym będzie jeszcze mowa w podrozdziale dotyczącym prawa do zdrowia[192]. ETPC stwierdził, że doszło do naruszenia art. 3 EKPC w związku z pozbawieniem wolności nastolatka na komisariatach policji, które trwało nawet po próbie samobójczej i stwierdzeniu przez psychiatrę dziecięcego, że cierpi on na depresję[193]. W sprawie *M.H. i inni v. Chorwacja* ETPC wziął pod uwagę dodatkowy niepokój i degradację wizerunku rodzica w oczach dzieci, które wynikały z niepewności co do przyczyn pozbawienia wolności oraz niewłaściwej realizacji gwarancji proceduralnych przez Państwo-Stronę EKPC[194].

2.1.4. WARUNKI POZBAWIENIA WOLNOŚCI

Naruszeniem zakazu złego traktowania jest każdy system, który w wyniku celowej polityki lub w wyniku zaniedbania, przyzwolenia lub bezkarności, poddaje lub naraża cudzoziemców na traktowanie lub warunki przetrzymywania rażąco

[189] Por. *M.H. i inni v. Chorwacja*, § 201.

[190] Skarżący przebywali około 40 godzin w areszcie straży granicznej w Vidinie w zaniedbanej celi, w brudzie i wilgoci. Dostęp do toalety był ograniczony, skarżący przez dwadzieścia cztery godziny byli pozbawieni żywności i wody, a dopiero po 19 godzinach dostarczono butelkę i mleko odpowiednie dla karmienia najmłodszego dziecka – por. *S.F. i inni v. Bułgaria*, § 84–89.

[191] *Moustahi v. Francja*, § 67.

[192] Por. *Darboe i Camara v. Włochy*, § 177; W konkluzji orzekł o naruszeniu art. 3 EKPC, § 183; ze względu na to, że z jednym ze skarżących utracono kontakt ETPC odnosił się tylko do sytuacji *Ousainou Darboe*. Dodać należy, że skarżący został w tym ośrodku poddany procedurze oceny wieku w sposób sprzeczny z art. 8 EKPC – por. § 151 orzeczenia.

[193] Por. stan faktyczny w sprawie *SH.D. i inni v. Grecja*, § 21.

[194] Por. *M.H. i inni v. Chorwacja*, § 202. Warto w tym kontekście podnieść, że w sprawie *Mahmundi i inni v. Grecja* ETPC uznał, że cierpienie dorosłych skarżących zostało pogłębione przez obecność w obozie ich małoletnich dzieci, por. *Mahmundi i inni v. Grecja*, § 71.

niespójne z powszechnie uznawanymi standardami, w szczególności Wzorcowymi Regułami Minimalnymi ONZ dotyczącymi traktowania więźniów (dalej jako „Reguły Nelsona Mandeli")[195].

Warunki pozbawienia wolności muszą być dostosowane do rodzaju – typu pozbawienia wolności i powinny być skorelowane z czasem jego trwania[196]. Komisariaty policji służą detencji krótkotrwałej, zatem pozbawienie wolności w takich miejscach trwające od jednego do trzech miesięcy zostało przez ETPC uznane za sprzeczne z artykułem 3 EKPC zarówno w kontekście detencji migracyjnej, jak i tymczasowego aresztowania w sprawach karnych[197]. Podobnie rzecz się ma ze strefami tranzytowymi lotnisk, które nie są przystosowane do długoterminowego pozbawienia wolności[198]. KPC uznał, iż takie praktyki mogą prowadzić do naruszenia art. 7 oraz 9 MPPOiP[199], natomiast CPT wskazywał, że detencja w takich miejscach wymaga zapewnienia cudzoziemcom odpowiedniego miejsca do spania, dostępu do bagażu, zaplecza higienicznego umożliwiającego załatwienie potrzeb fizjologicznych i umycie się, a także umożliwienie pobytu na świeżym powietrzu[200]. Standardy te niewątpliwie nie zostały dotrzymane w sprawie *Z.A. i inni v.Rosja*. Skarżący przez okres od kilku miesięcy do niemal dwóch lat[201] spali na materacach na piętrze stale oświetlonej, zatłoczonej i hałaśliwej części hali odlotów lotniska Szeremietiewo bez swobodnego dostępu do prysznica, urządzeń kuchennych. Nie zapewniono im możliwości pobytu na świeżym powietrzu, odmówiono pomocy medycznej oraz socjalnej[202].

W standardach europejskich, oceniając ewentualne naruszenie art. 3 EKPC, bierze się pod uwagę wielkość pomieszczeń, wentylację, dostęp do wody, stan oraz możliwości korzystania z urządzeń sanitarnych, czy zapewniono odpowiednią opiekę medyczną osobom chorym[203]. Niezwykle istotny jest również dostęp

---

[195] Por. *Reguły Nelsona Mandeli*, Reguła 43 (1).

[196] Por. *Suso Musa v. Malta*, § 102.

[197] Zob. m.in. *S.Z. v. Grecja*, § 38–42; *Siasios i inni v. Grecja*, skarga nr 30303/07, wyrok ETPC z 4.06.2009 r., § 32; *Vafiadis v. Grecja*, skarga nr 24981/07, wyrok ETPC z 2.07.2009 r., § 35–36, *Shuvaev v. Grecja*, skarga nr 8249/07, wyrok ETPC z 29.10.2009 r., § 39; *Tabesh v. Grecja*, § 43; *Efremidze v. Grecja*, § 41.

[198] Por. CPT, *7th General Report on the CPT's activities covering the period 1. 1. to 31 12. 1996*, Strasbourg, 22.08.1997, CPT/Inf (97) 10, § 26–27.

[199] KPC, *Concluding Observations: Belgia*, CCPR/CO/81/BEL, § 17.

[200] Por. CPT, *7th General Report…*, CPT/Inf (97) 10, § 26–27.

[201] Por. *Z.A. i inni v. Rosja*, § 194.

[202] Por. ibidem, § 195.

[203] Por. *M.S.S. v. Belgia i Grecja,* § 223; *S.D. v. Grecja*, § 51–53; *Tabesh v. Grecja*, § 38 – 44; *Rahimi v. Grecja,* § 63–86; *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 158–177*;* FRA, *Handbook on European Law Relating to Asylum, Borders and Immigration*, Bruksela 2020, s. 227–228 http://fra.europa.eu/sites/default/files/handbook-law-asylum-migration-borders_en.pdf [dostęp: 03.12.2023].

do świeżego powietrza, który jako minimum obejmuje jedną godzinę ćwiczeń[204]. Prawo osób pozbawionych wolności do aktywności na świeżym powietrzu jest traktowane przez ETPC jako fundamentalny składnik oceny postępowania władz państwa na tle art. 3 EKPC i jak to podkreśla Trybunał, nie może być on pozostawiony marginesowi swobodnego uznania państw[205]. W standardach uniwersalnych KPC wskazuje, że poziomem nieprzekraczalnym jest zapewnienie minimalnej powierzchni dla każdej osoby pozbawionej wolności, odpowiednich urządzeń sanitarnych, zapewnienia odzieży, która nie będzie w żaden sposób poniżająca ani upokarzająca, oddzielnego łóżka oraz odpowiedniego wyżywienia (Reguły 10,12,17,19 oraz 20 Reguł Nelsona Mandeli)[206]. Brak zapewnienia skarżącym żywności i napojów przez ponad dwadzieścia cztery godziny[207], jak również odebranie butelki do karmienia niemowląt zastosowane wobec dzieci w wieku lat 16., 11. oraz półtora roku. ETPC uznał za spełniające przesłanki dotkliwości cierpienia wymaganego art. 3 EKPC[208].

Im dłuższy jest okres pozbawienia wolności, tym wyższe wymagania, jeśli chodzi o wyposażenie miejsc pozbawienia wolności. CPT zwraca uwagę, że wzorzec standardów traktowania cudzoziemców w detencji powinien obejmować również stan umeblowania, a przy długim pobycie należy zapewnić cudzoziemcom dostęp do pokoju dziennego, gdzie byłby telewizor czy też radio, dostęp do gazet[209]. Zawsze gdy chodzi o małoletnich, miejsce pozbawienia wolności musi przystosowane do ich potrzeb[210]. ETPC, orzekając w sprawach dotyczących małoletnich, wskazuje, że warunki detencji nie powinny wywoływać stresu i niepokoju o szczególnie traumatycznych skutkach[211]. Na uwagę zasługuje w tym kontekście wyrok w sprawie *Darboe i Camara v. Włochy*, ponieważ ETPC uznał, że doszło do naruszenia art. 3 EKPC nie tylko ze względu

---

[204] Por. m.in. CPT, *2nd General Report on the CPT's Activities Covering the period 1 January to 31 December 1991*, CPT/Inf (92) 3, Strasbourg 13.04.1992, § 48; SRHRM, *Report*, A/HRC/20/24, § 72 f; UNHCR, *Detention Guidelines*, wytyczna 8 viii; art. 10 ust. 2 dyrektywy 2013/33/UE; *Europejskie Reguły Więzienne*, Reguła 27.1; CPT, *12th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2001*, CPT/Inf (2002) 15, Strasbourg 3.09.2002, § 47.

[205] Por. *Yarashonen v. Turcja*, § 78; *Mahamed Jama v. Malta*, § 93; *Aden Ahmed v. Malta*, § 96.

[206] KPC, *Mukong v. Kamerun*, § 9.3.

[207] *S.F. i inni v. Bułgaria*, § 87. Trybunał przywołał w tej sprawie także pozostałe swoje orzecznictwo *Kadiķis v. Łotwa* (nr 2), skarga nr 62393/00, wyrok ETPC z 4.05.2006 r., § 55; *Stepuleac v. Mołdawia*, skarga nr 8207/06, wyrok ETPC z 6.11.2007 r., § 55; *Korneykova i Korneykov v. Ukraina*, skarga nr 56660/12, wyrok ETPC z 24.03.2016 r., § 141.

[208] Por. *S.F. i inni v. Bułgaria*, § 88.

[209] Por. CPT, *7th General Report*, § 29.

[210] Por. m.in. *Popov v. Francja*, § 91–103. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga v. Belgia*, § 55.

[211] Por. *Moustahi v. Francja*, § 66; zob. *Tarakhel v. Szwajcaria*, § 119.

na przepełnienie ośrodka detencyjnego, ale też ze względu na niewystarczającą liczbę personelu, zwłaszcza psychologów i mediatorów kulturowych i trudności jednego z skarżących w dostępie do opieki medycznej[212].

KPT w kontekście funkcjonowania tzw. *termporary holding centres* w Hiszpanii stwierdził, że przepełnienie i złe warunki przetrzymywania migrantów stanowią zagrożenie dla ich fizycznej i psychicznej integralności[213]. ETPC przy ustalaniu, czy doszło do poniżającego traktowania ze względu na brak przestrzeni osobistej bierze pod uwagę trzy elementy: każdy pozbawiony wolności musi mieć indywidualne miejsce do spania, następnie każdy musi dysponować co najmniej trzema metrami kwadratowymi podłogi[214], i wreszcie całkowita powierzchnia celi musi umożliwiać swobodne poruszanie się pomiędzy meblami. Brak spełnienia któregokolwiek z tych kryteriów powoduje domniemanie poniżającego traktowania[215].

Na tle powyższych standardów za poniżające traktowanie ETPC uznał zamknięcie osoby ubiegającej się o ochronę międzynarodową w specjalnym kontenerze przez dwa miesiące bez możliwości wychodzenia na zewnątrz, wykonywania połączeń telefonicznych oraz bez czystej pościeli i wystarczających środków higienicznych[216]. Niedopuszczalny z punktu widzenia art. 3 EKPC był sześciodniowy areszt w pomieszczeniu zamkniętym, bez możliwości spaceru, bez miejsca do wypoczynku, spania na brudnych materacach i bez swobodnego dostępu do toalety[217]. ETPC uznał, że do poniżającego traktowania doszło w sprawie *Tabesh v.Grecja*. Skarżący był osobą poszukującą ochrony międzynarodowej i przez trzy miesiące był uwięziony na posterunku policji, pozbawiony jakichkolwiek form ruchu poza celą i odpowiedniego wyżywienia[218]. Również przetrzymywanie osoby poszukującej ochrony międzynarodowej, przez trzy miesiące w przeludnionym miejscu, w przerażających warunkach higienicznych, bez zaplecza rekreacyjnego i gastronomicznego, gdzie stan urządzeń sanitarnych

---

[212] Por. *Darboe i Camara v. Włochy*, § 174–175.

[213] Por. KPT, C*oncluding Observations: Spain*, CAT/C/ESP/CO/6, § 16.

[214] Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że CPT podaje, iż w przypadku więzień limit przestrzeni powinien obejmować jako minimum cztery metry kwadratowe przestrzeni osobistej w celi wieloosobowej – CPT, *Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards CPT standards*, CPT/Inf (2015) 44, Strasbourg 15.12.2015, § 9. Co jednak istotne Komitet zastrzegł, że wymagania te nie dotyczą ośrodków detencji migracyjnej.

[215] Por. *Aden Ahmed v. Malta*, § 87, a także *Karalevičius v. Litwa*, skarga nr 53254/99, wyrok ETPC z 7.04.2005 r., § 36.

[216] Por. *S.D. v. Grecja*, § 49–54.

[217] Stwierdzenie to również dotyczyło sprawy *S.D. v. Grecja*, kiedy skarżący przebywał w ośrodku detencyjnym Petrou Rali w Attyce – *S.D. v. Grecja*, § 51.

[218] Por. *Tabesh v. Grecja*, § 38–44.

wyłączał ich użytkowanie, a pozbawieni wolności spali w brudnym i zatłoczonym miejscu stanowiło poniżające traktowanie zakazane przez artykuł 3 Konwencji[219].

Szczególną uwagę trzeba zwrócić na umieszczanie cudzoziemców w celach izolacyjnych[220]. Ta praktyka ma negatywne skutki zdrowotne, a w niektórych przypadkach doprowadziła do samobójstwa lub nieodwracalnych szkód psychicznych. W ocenie Komitetu Praw Człowieka i Specjalnego Sprawozdawcy ds. Tortur, długotrwałe odosobnienie jest traktowaniem zakazanym na mocy art. 7 MPPOiP[221].

2.1.5. OPIEKA MEDYCZNA

Artykuł 3 EKPC nakłada na państwo obowiązek ochrony dobrostanu osób pozbawionych wolności, między innymi poprzez zapewnienie im opieki medycznej[222]. W standardach WHO wskazuje się, że powinna to być opieka udzielana w sposób regularny, która spełnia takie warunki jak poufność, właściwa komunikacja, uwzględnianie czynników kulturowych, ponadto odpowiednią dostępność personelu medycznego[223]. W standardach uniwersalnych postuluje się, aby adekwatna opieki medyczna była dla cudzoziemców swobodnie dostępna, obejmowała usługi w zakresie zdrowia psychicznego – w tym opieki psychologicznej[224], zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego[225]. Kobiety pozbawione wolności powinny mieć możliwość skorzystania z poradni ginekologicznej i usług położniczych[226]. W opinii CPT poziomem minimum jest

---

[219] Zob. *A.A. v. Grecja*, § 57–65.

[220] Por. na przykład w norweskim ośrodku detencyjnym Trandum stosowano cele izolacyjne bez wcześniejszej oceny stanu zdrowia cudzoziemca – CERD, *Concluding observations on the combined twenty-first and twenty-second periodic reports of Norway*, CERD/C/NOR/CO/21-22, 25.09.2015, § 35.

[221] KPT, *General Comment No. 20…*, op. cit., § 6; *Interim report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, A/66/268, 5.08.2011, § 76; szczegółowe komentarze KPT, *Observations of the Committee against Torture on the revision of the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (SMR), CAT/C/51/4, 12.12.2013, § 32–34.

[222] Por. Y. Arai-Yokoi, s. 411; *Blokhin v. Rosja*, skarga nr 47152/06, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 23.03.2016 r., § 136; *Mozer v. Mołdawia i Rosja*, § 178; *Kudła v. Polska*, § 94.

[223] Por. WHO, *Addressing the Health Challenges in Immigration Detention, and Alternatives to Detention. A Country Implementation Guide*, 2022, s. 30.

[224] WGAD, *Revised Deliberation Nr 5*, § 39; Report: Greece, A/HRC/27/48/Add. 2, § 118 (d) (iii); WGAD, Report: Addendum – Follow-up mission to Italy, A/HRC/30/36/Add. 3, 10.06.2015, § 75; por. także UNHCR, *Detention Guidelines…*, wytyczna 8 vi.

[225] Por. CMW, *General Comment No. 5…*, op. cit., § 76.

[226] Szczegółowo w tej materii zob. M.C. Van Hout, *Human Rights Violations, Detention Conditions and the Invisible Nature of Women in European Immigration Detention: A Legal Realist Account*, „International Journal of Prisoner Health" 2021, t. 18, nr 1, s. 1–14.

codzienna obecność w ośrodku detencyjnym wykwalifikowanej pielęgniarki, której zadaniem byłoby wykonywanie wstępnej oceny stanu zdrowia nowo przybyłych, przyjmowanie próśb o wizytę lekarską, dystrybucja leków, prowadzenie dokumentacji medycznej[227]. Z kolei w dokumentach SRHRM niezbędne jest zapewnienie obecności co najmniej jednej osoby o kwalifikacjach medycznych (*qualified medical oficer*), która powinna mieć pewną wiedzę z zakresu psychiatrii, a także osoby o kwalifikacjach dentystycznych *(qualified dental oficer*); oraz zapewnienie prawa do złożenia wniosku lub skargi do odpowiednich władz, organów wymiaru sprawiedliwości lub innych właściwych organów[228]. Specjalny Sprawozdawca nie sprecyzował jednak, czy ma to być obecność codzienna[229].

W systemie EKPC ocena ewentualnego naruszenia art. 3 Konwencji obejmuje trzy elementy: (a) stan zdrowia osoby pozbawionej wolności[230], (b) adekwatność udzielonej pomocy medycznej i opieki[231]; oraz (c) celowość pozbawienia wolności ze względu na stan zdrowia skarżącego[232]. Stąd też na państwie spoczywa elementarny obowiązek wstępnej oceny stanu zdrowia osoby w momencie, w którym rozpoczyna się jej pozbawienie wolności[233]. Ponadto, biorąc pod uwagę negatywne skutki psychiczne i fizyczne detencji, państwa powinny w sposób regularny oceniać stan zdrowia cudzoziemców również w trakcie pozbawienia wolności[234]. W związku z tym konieczne jest prowadzenie pełnej i wyczerpującej dokumentacji medycznej osoby pozbawionej wolności, a w razie potrzeby zapewnienie regularnej i systematycznej opieki mającej na celu wyleczenie, a nie jedynie leczenie objawowe. Brak odpowiedniej opieki medycznej może co do zasady stanowić traktowanie sprzeczne z art. 3 Konwencji[235], a także implikować naruszenie

[227] CPT, *Safeguards for Irregular Migrants Detained…*, CPT/Inf(2009)2, op. cit., § 91.

[228] Por. SRHRM, Report, A/HRC/20/24, § 72 lit. f.

[229] W dyrektywie 2008/115/WE o opiece zdrowotnej wspomina się tylko w kontekście detencji osób wymagających szczególnego traktowania (art. 21). Jednocześnie jest to opieka ograniczona do nagłych wypadków oraz leczenia chorób w podstawowym zakresie (art. 16 ust. 3). Również w przypadku dyrektywy 2013/33/UE ewentualne obowiązki w zakresie ochrony zdrowia można wywodzić jedynie z art. 11 ust. 1, który ustanawia obowiązek regularnego monitorowania i odpowiedniej pomocy, która powinna uwzględniać stan zdrowia pozbawionych wolności wnioskodawców, którzy wymagają szczególnej troski.

[230] Por. *Mouisel v. Francja*, § 40–42; *Khudobin v. Rosja*, skarga nr 59696/00, wyrok ETPC z 26.10.2006 r., § 92.

[231] Por. *McGlinchey i inni v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 50390/99, wyrok ETPC z 29.04.2003 r., § 57–58.

[232] Por. także elementy wymienione w wyroku *Khlaifia i inni v. Włochy*, § 160.

[233] Por. CPT, *Safeguards for Irregular Migrants Detained…*, CPT/Inf(2009)2, § 90.

[234] Por. CMW, *General Comment No. 5…*, op. cit., § 76.

[235] Por. *Kargakis v. Grecja*, § 58–59 wraz przywołanym tam orzecznictwem.

prawa do życia[236]. Znaczenie mają tutaj zarówno staranność, jak i częstotliwość zapewnianej opieki, które ocenia się każdorazowo, biorąc pod uwagę szczególny stan zdrowia danej osoby[237]. Na przykład w przypadku kobiet w ciąży poddanych detencji migracyjnej ETPC uznał, że doszło do naruszenia art. 3 EKPC, ponieważ w warunkach pozbawienia wolności nie były one odpowiednio często odwiedzane przez lekarza. Dodatkowo Trybunał zważył, że niewiedza skarżących, gdzie urodzą swoje dzieci oraz co stanie się z nimi i ich dziećmi, zwiększyła ich niepokój[238]. Również dwumiesięczne opóźnienie w dostępie do diagnostyki wnioskowanej przez lekarza w ośrodku detencyjnym w przypadku podejrzenia złamania żeber wywołało poziom cierpienia wymagany art. 3 EKPC[239].

Detencja może wiązać się z przerwaniem dotychczasowego leczenia i ograniczeniem dostępu do leków przyjmowanych przez cudzoziemca. W związku z tym w przypadku braku odpowiednich warunków poddany detencji cudzoziemiec powinien zostać przeniesiony do miejsca, gdzie opieka ta zostanie zapewniona[240]. Niewykonanie tego obowiązku może prowadzić do poniżającego lub nawet nieludzkiego traktowania[241].

2.1.6. ZOBOWIĄZANIA POZYTYWNE

Pozytywne obowiązki wynikające z art. 3 EKPC obejmują dwa elementy: pierwszy z nich dotyczy ochrony przed złym traktowaniem ze strony podmiotów trzecich, drugi przeprowadzenia rzetelnego śledztwa. Podobnie jak w przypadku artykułu 2 Konwencji, artykuł 3 EKPC może w pewnych okolicznościach wymagać od Państwa-Strony podjęcia środków w celu ochrony ofiar lub potencjalnych ofiar złego traktowania[242].

Pozytywne zobowiązania wynikające z art. 3 EKPC wymagają w szczególności ustanowienia ram legislacyjnych i regulacyjnych w celu odpowiedniej ochrony

---

[236] Por. CPT, *Standard on Health Care Services in Prisons*, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2015, 2015, § 30; por np. Lindela Repatriation Centre, KPC, Concluding Observations on the initial report of South Africa, CCPR/ZAF/CO/1, 27.04.2016, § 36–37. W ocenie KPC przepełnienie, brak higieny i opieki medycznej stanowiły w tym przypadku w ocenie naruszenie prawa do życia (art. 6 MPPOiP), naruszenie prawa do ochrony rodziny ze strony społeczeństwa i państwa (art. 23 ust. 1 MPPOiP), jak również art. 9 i 10.

[237] Por. *Serifis v. Grecja*, skarga nr 27695/03, wyrok ETPC z 2.11.2006 r., § 35; *Rohde v. Dania*, skarga nr 69332/01, 21.07.2005, § 106.

[238] Por. *Mahmundi i inni v. Grecja*, § 71 w związku z § 50.

[239] Por. *A.A. v. Grecja*, § 63–65.

[240] Por. CMW, *General Comment No. 5*…, op. cit., § 76.

[241] Por. *McGlinchey i inni v. Zjednoczone Królestwo*, § 57–58; *Rooman v. Belgia*, skarga nr 18052/11, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 31.01.2019 r., § 147–148.

[242] Por. *X i inni v. Bułgaria*, skarga nr 22457/16, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 2.02.2021 r., § 181.

osób fizycznych przed naruszeniami ich praw, integralności fizycznej i psychicznej, zwłaszcza w najpoważniejszych przypadkach, poprzez ustanowienie przepisów prawa karnego i ich skuteczne stosowania w praktyce[243]. Niemniej jednak istnienie pozytywnego zobowiązania na podstawie art. 3 EKPC wymaga ustalenia, że organy państwa wiedziały lub powinny były wiedzieć o zaistnieniu rzeczywistego i bezpośredniego ryzyka złego traktowania, oraz że nie podjęły w zakresie swoich uprawnień środków, które, jak można było rozsądnie oceniać, zapobiegłyby takiemu traktowaniu[244]. W systemie EKPC ukształtowany został orzeczniczo ogólny obowiązek pozytywny regularnej oceny warunków pozbawienia wolności w celu zapewnienia zdrowia i dobrego samopoczucia osób zatrzymanych lub więźniów[245]. Elementem zapobiegania torturom jest zasada obecności funkcjonariusza tej samej płci w sytuacjach związanych z naruszeniem prywatności oraz intymności[246].

KPC wykazywał zaniepokojenie brakiem reakcji personelu ośrodków detencyjnych na przypadki przemocy pomiędzy cudzoziemcami w Hiszpanii, wskazując, że jest to sytuacja spełniająca przesłanki naruszenia art. 7 i 9 MPPOiP[247]. W ocenie CERD złe warunki w ośrodkach recepcyjnych i identyfikacyjnych na wyspach greckich oraz panujący w nich chaos organizacyjny mają nieproporcjonalny wpływ na kobiety i dzieci, które są bardziej narażone na przemoc seksualną, a reakcja władz jest niewystarczająca[248]. W związku z tym Komitet ten wezwał państwo greckie do przestrzegania rządów prawa i zapewnienia ochrony przed wszelkimi formami przemocy wszystkim osobom przebywającym w ośrodkach recepcji identyfikacji[249].

Opisana w rozdziale IV praktyka stosowania detencji *de facto* nie tylko w sposób fundamentalny narusza art. 5 EKPC, ale także powoduje, że cudzoziemcy są w sposób szczególny narażeni na złe traktowanie[250]. Rozwiązania prawne

---

[243] Ibidem, § 179.

[244] Ibidem, § 183.

[245] Por. Y. Arai-Yokoi, *Grading scale…*, op. cit., s. 406; D.J. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London 1995, s. 71; *McFeeley i inni v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 8317/78, decyzja EKPC z 15.05.1980 r., § 56 – w tym przypadku Komisja nie stwierdziła naruszenia art. 3 EKPC.

[246] Por. KPT, *General Comment No. 2…*, op. cit., § 14.

[247] Por. KPC, *Concluding Observations: Hiszpania*, CCPR/C/ESP/CO/6, § 15.

[248] Por. CERD, *Concluding Observations on the Twentieth to Twenty-Second Periodic Reports of Greece*, CERD/C/GRC/CO/20-22, 3.10.2016, § 23c.

[249] Por. Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, *Concluding Observations: Grecja*, CERD/C/GRC/CO/20-22, § 23a, b.

[250] Zob. w tym względzie zarzuty pod adresem takich państw jak Polska, Grecja, Chorwacja, Włochy, Francja, Zjednoczone Królestwo.

oraz instytucjonalne umożliwiające funkcjonariuszom państwa pozbawianie wolności cudzoziemców poza przeznaczoną do tego infrastrukturą uderzają w sposób fundamentalny w efektywność zapobiegania torturom lub nieludzkiemu, poniżającemu karaniu lub traktowaniu. Standardy międzynarodowe wymagają, aby w przepisach prawa dopuszczalna była jedynie detencja w placówkach oficjalnie uznanych za miejsca pozbawienia wolności, łącznie z podaniem ich nazw i lokalizacji, a na państwie spoczywa obowiązek rejestracji osób pozbawionych wolności. Każdy pozbawiony wolności cudzoziemiec powinien złożyć swój podpis w stosownym rejestrze, lub też powinno się zapewnić równoważne gwarancje wskazujące jego tożsamość[251]. Ewidencja powinna zawierać informacje o prawnych podstawach pozbawienia wolności, organie, który zdecydował o jego zastosowaniu[252], a także godzinę i datę przyjęcia oraz zwolnienia cudzoziemca[253].

W kategoriach fundamentalnych zabezpieczeń przed złym traktowaniem oraz detencją *incommunicado* należy traktować poinformowanie danej osoby o tym, że jest pozbawiona wolności, a także o jej prawach, a więc: dostępie do prawnika, lekarza, prawie poinformowania krewnego lub wybranej osoby trzeciej o pozbawieniu wolności[254]. Co istotne, SPT przypominał o konieczności zapewnienia tych podstawowych zabezpieczeń również w okresie pandemii koronawirusa[255], a także aby gwarancje te miały *mutatis mutandis* zastosowanie do cudzoziemców poddanych kwarantannie[256]. Niezbędne jest także ujawnienie nazwisk osób odpowiedzialnych za pozbawienie wolności, a odpowiednie rejestry powinny być łatwo dostępne dla zainteresowanych, w tym dla krewnych i przyjaciół[257]. KPC stwierdził, że pozbawienie wolności jednostki bez umożliwienia jej kontaktu z rodziną i światem zewnętrznym stanowi naruszenie art. 7 MPPOiP[258].

---

[251] Por. KPT, *General Comment No. 2…*, op. cit., § 13; WGAD, Deliberation Nr 5, Principle 4, „any asylum-seeker or immigrant, when placed in custody, must enter his or her signature in a register which is numbered and bound, or afford equivalent guarantees, indicating the person's identity".

[252] Także zgodnie z Regułą 7b Reguł Mandeli wymaga się podania powodów uwięzienia oraz organy, który decyzję o uwięzieniu wydał, datę, czas i miejsce aresztowania; przyczyny jego zatrzymania i odpowiedzialnego organu.

[253] Por. WGAD, Deliberation Nr 5, Principle 4; Reguła 7c Mandeli; Body of Principles…, A/RES/43/173, zasada 12.

[254] CPT, *Safeguards for Irregular Migrants…*, CPT/Inf (2009), op. cit., § 81; por. CPT, *Report to the Croatian Government*, CPT/Inf (2021) 29, § 33.

[255] Por. SPT, *Advice of the Subcommittee to States Parties and National Preventive Mechanisms Relating to the Coronavirus Disease (COVID-19) Pandemic*, CAT/OP/10, 7.04.2020, § 9.

[256] SPT, *Advice…*, op. cit., § 10.

[257] KPC, *General Comment No. 20…*, op. cit., § 11.

[258] Por. KPC, *Sharma i inni v. Nepal*, 6.04.2018, CCPR/C/100/122/D/2364/2014, § 9.8.

Stosowanie detencji *de facto* w dużym stopniu łączy się z tendencjami do omijania wspomnianych gwarancji; zwłaszcza w przypadku „nieoficjalnych" ośrodków detencyjnych, których funkcjonowanie nie znajduje oparcia w przepisach prawa[259]. Innym typem naruszenia omawianego zakazu są deportacje cudzoziemców do ośrodków detencyjnych, w których grożą im tortury lub okrutne, nieludzkie lub poniżające traktowanie. Na tym tle CMW przypominał, że zasada *non-refoulement* obejmuje zakaz wydalenia do miejsc, w których cudzoziemcy między innymi są poddawani detencji w nieludzkich i poniżającym warunkach, a w tym pozbawieni niezbędnego leczenia, zwłaszcza w czasie pandemii[260].

2.1.7. MECHANIZMY SKARG I OBOWIĄZEK SKUTECZNEGO ŚLEDZTWA

Cudzoziemcy są w sposób szczególny narażeni na naruszenia praw człowieka podczas pozbawienia wolności, a państwa mają obowiązek zapobiegać, badać, ścigać i karać wszelkie akty tortur, okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania lub kar, lub innych naruszeń praw człowieka przez personel ośrodków detencyjnych, innych osób poddanych detencji czy też zatrzymanych lub jakąkolwiek inną osobę[261]. W standardach uniwersalnych wymaga się, aby prawo do wnoszenia skarg przeciwko traktowaniu zakazanemu w artykule 7 MPPOiP było przewidziane w przepisach krajowych. Efektywność tego prawa wymaga, aby skargi były szybko i bezstronnie rozpatrywane przez właściwe organy[262]. Zgodnie z art. 13 Konwencji w sprawie zakazu tortur[263] Państwa-Strony nie tylko powinny zapewnić skuteczne

[259] Por. KPT, *Concluding Observations: Grecja*, CAT/C/GRC/CO/7, § 14 and 20; Committee on Enforced Disappearences, *Concluding observations: Greece*, § 30–31; por. w tym względzie funkcjonowanie nieoficjalnych miejsc detencji w Grecji – Collective Expulsions Documented in the Aegean Sea, Legal Centre Lesvos, 13 July 2020, s. 4; por. Communication to the United Nations Human Rights Committee in the case of FAJ against Greece Submitted for consideration under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights to The United Nations Human Rights Committee, s. 40, przypis 222, https://c5e65ece-003b-4d73-aa76-854664da4e33.filesusr.com/ugd/14ee1a_4e9dea36dd1043d48e6a50dbe5b78f04.pdf [dostęp: 24.01.2024].

[260] Por. CMW, *General Comment No. 5…*, op. cit., § 71.

[261] Por. ibidem, § 69.

[262] KPC domaga się szczegółowych informacji na temat środków zaradczych, procedur mających tu zastosowanie a także statystyk dotyczących liczby skarg i sposobu ich rozpatrywania – por. *General Comment No. 20…*, op. cit., § 14; por także *Concluding observations: Hiszpania*, CCPR/C/ESP/CO/6, § 15.

[263] Por. art. 13 Konwencji ONZ w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, 10.12.1984 r. Stanowi on, że „każde Państwo–Strona zapewni, że każda osoba, która twierdzi, że była poddawana torturom na jakimkolwiek terytorium podlegającym jej jurysdykcji ma prawo do złożenia skargi oraz do szybkiego i bezstronnego rozpatrzenia jego sprawy przez właściwe organy. Należy podjąć kroki w celu zapewnienia, że skarżący i świadkowie byli chronieni przed wszelkim złym traktowaniem lub zastraszaniem w wyniku złożonej przez niego skargi lub złożonych zeznań".

mechanizmy skargowe, ale też podjąć kroki w celu ochrony skarżących i świadków przed złym traktowaniem lub zastraszaniem, wynikające z ich skargi lub dowodów przedstawionych na jej poparcie. Zgodnie z art. 16 tej samej Konwencji zasada ta ma również zastosowanie do innych niż tortury form okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania. Europejski Trybunał Praw Człowieka interpretuje art. 3 EKPC w ten sam sposób[264]. Następnie standardem rekomendowanym przez CPT jest odpowiednie badanie oraz dokumentowanie wszelkich obrażeń lub sytuacji, co do których istnieją obawy, że mogło dojść do złego traktowania oraz przekazywanie stosownej dokumentacji organom wymiaru sprawiedliwości[265].

Zgodnie ze strasburskim standardem, art. 3 EKPC, czytany łącznie z art. 1 EKPC, wymaga, aby w przypadku zarzutów złego traktowania zostało przeprowadzone rzetelne śledztwo[266]. W przeciwnym razie przepis tak fundamentalny w swej naturze byłby w praktyce nieskuteczny, a funkcjonariusze państwa mogliby pozostawać bezkarni[267]. Właściwa reakcja władz i prowadzenie dochodzeń w sprawie poważnych zarzutów złego traktowania ze strony policji lub innych agentów państwa zgodnie ze standardami określonymi w art. 3 jest niezbędne do utrzymania zaufania publicznego ich przestrzeganie praworządności i zapobieganie jakimkolwiek pozorom zmowy lub tolerancji dla czynów niezgodnych z prawem[268]. Gwarancje związane z art. 3 EKPC przeplatają się w tym względzie z prawem do skutecznego środka odwoławczego przewidzianym w art. 13 EKPC. Jeśli jednostka stawia zarzut naruszenia art. 3 EKPC, pojęcie skutecznego środka implikuje dokładne i skuteczne dochodzenie, którego celem powinno być położenie kresu sytuacji[269].

---

[264] Por. RE, *Twenty Guidelines of the Committee of Ministers on Forced Returns Commentary*, Strasburg 2005, https://www.unhcr.org/4d948a7d9.pdf [dostęp: 07.02.2023], s. 35.

[265] Por. CPT, *Safeguards for Irregular Migrants*, CPT/Inf. (2009) 27, § 96.

[266] Por. *Assenov i inni v. Bułgaria*, § 102 oraz *El-Masri v. Macedonia*, § 182; por. także art. 4 Konwencji ONZ w sprawie zakazu tortur; *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights violations*, 30.03.2011; *Podręcznik skutecznego badania i dokumentowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania* (tzw. Protokół Stambulski), wersja z 2022 r., https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/2022-06-29/Istanbul-Protocol_Rev2_EN.pdf [dostęp: 07.02.2023]; szerzej zob. także E. Svanidze, *Effective Investigation of Ill-Treatment Guidelines on European standards*, Council of Europe, Second Edition 2014, https://rm.coe.int/16806f11a3 [dostęp: 07.02.2013].

[267] Por. *Labita v. Włochy*, § 131; CPT, *14th General Report on the CPT's activities*, CPT/Inf (2004) 28, Strasbourg 21.09.2004, § 25.

[268] Por. *Lyapin v. Rosja*, skarga nr 46956/09, wyrok ETPC z 24.07.2014 r., § 139.

[269] Por. *Mohamad v. Grecja*, § 72.

Jednocześnie warto wspomnieć, że badanie domniemanych naruszeń praw jednostki w tych przypadkach jest traktowane jako element zwyczajowego prawa międzynarodowego, którego częścią jest obowiązek prowadzenia dochodzenia i ich ścigania oraz zapewnienia zadośćuczynienia[270].

Na szczególną uwagę w tym kontekście zasługuje konieczność zapewnienia odpowiedniego monitoringu, odpowiedzialności i nadzoru nad wszelkimi operacjami organów państwa w związku z tzw. przechwytywaniem i zatrzymywaniem migrantów[271]. Wśród środków zalecanych przez CPT wymienić trzeba obowiązek szczegółowego rejestrowania każdej takiej operacji – niezależnie od tego, czy zastosowano jakikolwiek środek przymusu i jaki był wynik interwencji – odnotowanie jej czasu, podanie dokładnej lokalizacji oraz krótkiego opisu każdej interwencji. Zaleca się, aby czynności te były rejestrowane na urządzeniach wideo, a nagrania przechowywane w celu ułatwienia śledztwa w sprawie złego traktowania cudzoziemców[272].

Pozytywne obowiązki rozciągają się na sytuacje powierzania zarządzania ośrodkami detencyjnymi prywatnym przedsiębiorstwom[273]. Angażowanie podmiotów prywatnych nie tylko nie wyłącza odpowiedzialności państwa, lecz rodzi zwiększony obowiązek opieki nad osobami pozbawionymi wolności, który implikuje działanie z należytą starannością dla uniknięcia naruszenia ich nietykalności cielesnej. Nawet wtedy, gdy prawa jednostki są naruszane przez osobę prywatną, państwo pozostaje odpowiedzialne za warunki i traktowanie osób pozbawionych wolności, jest zobligowane do przeprowadzenia szybkiego i skutecznego dochodzenia w takich przypadkach[274].

---

[270] Por. N. Rhot-Arriaza, *State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*, „California Law Review" 1990, t. 78, nr 2, s. 449.

[271] Por. w tym względzie stanowisko KPT, *General Comment No. 2*…, op. cit., § 7. Komitet co prawda odniósł się tu do działań antyterrorystycznych, ale niewątpliwie zasady te mają zastosowanie także i w kontekście migracyjnym.

[272] Por. CPT, *Report to the Croatian Government*…, CPT/Inf (2021) 29, op. cit., § 22–31.

[273] Por. CMW, *General Comment No. 5*, op. cit., § 29; KPT, *General Comment No. 2*…, op. cit., § 21.

[274] Por. R. McCorquodale, R. La Forgia, *Taking Off the Blindfolds: Torture by Non-State Actors*, „Human Rights Law Review" 2001, t. 1, nr 2, s. 206.

2.2. DETENCJA CUDZOZIEMCÓW A PRAWO DO ZDROWIA

Wpływ detencji na zdrowie cudzoziemców[275] wymaga uwzględnienia dwóch powiązanych ze sobą aspektów. Pierwszym z nich – a częściowo już opisanym w rozważaniach dotyczących zakazu złego traktowania – jest poziom i dostępność opieki zdrowotnej w miejscu detencji[276]. Drugim jest oddziaływanie samego pozbawienia wolności na dobrostan fizyczny i psychiczny cudzoziemca[277]. Element proporcjonalności wymaga zachowania równowagi między dolegliwością zastosowanego środka i jego wpływem na zdrowie danej osoby a chronionym interesem publicznym – w tym przypadku kontrolą terytorium. W związku z tym w ocenie WGAD, jeśli bezpieczeństwo psychiczne i fizyczne w miejscu pozbawienia wolności nie mogą być zagwarantowane, władze powinny zastosować środki alternatywne wobec detencji[278].

Powyższa kwestia nabrała szczególnego znaczenia w związku z pandemią COVID-19. Ośrodki detencyjne jako zamknięte i z reguły przeludnione skupiska ludzkie niosły ze sobą podwyższone ryzyka zakażeń. Z tego powodu organy ochrony praw człowieka rekomendowały zwolnienie przynajmniej części cudzoziemców i tym samym ograniczenie populacji osób przebywających w detencji do możliwie najniższego poziomu[279]; zwłaszcza poprzez szersze niż do tej pory korzystanie ze środków alternatywnych[280]. Komitet Praw Pracowników Migrujących sugerował ponadto natychmiastowe zwolnienie rodzin z dziećmi oraz dzieci pozbawionych opieki przy zastosowaniu środków alternatywnych z pełnym dostępem do praw i usług, w tym opieki zdrowotnej[281]. Ze względu na zamknięcie granic i ograniczenia ruchu osobowego w wielu przypadkach państwa niewątpliwie powinny były ponownie rozważyć zasadność stosowania

---

[275] Por. art. 12 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (MPPGSiK), zgodnie z którym każdy ma prawo do korzystania z najwyższego osiągalnego standardu zdrowia fizycznego i psychicznego.

[276] Por. art. 25 PDPC, art. 2 ust. 1 i 2 w związku z art. 12 MPPGSiK; S. Grant, *Immigration Detention: Some Issues of Inequality*, „The Equal Rights Review" 2011, t. 7, s. 76; Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, *General Comment No. 14* (2000), *The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 11.08.2000, E/C. 12/2000/4/, § 34.

[277] Por. *Aden Ahmed v. Malta*, § 94.

[278] Por. WGAD, *Revised Deliberation Nr 5*, § 24; WGAD, *Report*, UN. Doc. A/HRC/30/37, § 111.

[279] Por. WGAD, Deliberation Nr 11, § 16; SPT, *Advice*…, op. cit., CAT/OP/10, op. cit., § 9e.

[280] Por. CMW, *General Comment No. 5*…, op. cit., § 18.

[281] CMW, SRHRM, *Joint Guidance Note on the Impacts of the COVID-19 Pandemic on the Human Rights of Migrants*, 26.05.2020, § 11.

detencji poszczególnych cudzoziemców z punktu widzenia kryterium wykonalności wydalenia[282].

Warto zwrócić uwagę, że SPT wydał dokument będący swego rodzaju przewodnikiem dla państw w zakresie traktowania pozbawionych wolności w trakcie pandemii. Poza wspomnianymi już zaleceniami w zakresie obniżenia populacji ośrodków detencyjnych wskazano w nim na konieczność minimalizacji ograniczeń sanitarnych, zapewnienie, aby były one proporcjonalne do charakteru zagrożenia zdrowia oraz zgodne z prawem[283]. Wśród minimalnych wymagań, które powinny być zachowane pomimo pandemii wymieniono istnienie i skuteczność mechanizmów skargowych[284] oraz przestrzeganie minimalnych norm dotyczących codziennych ćwiczeń na świeżym powietrzu, choć w tym ostatnim przypadku zastrzeżono, iż ma się to odbywać, na ile pozwolą środki przyjęte dla ochrony zdrowia[285]. Ponadto wspomniano o zapewnieniu wystarczających udogodnień i bezpłatnych dostaw dla wszystkich pozbawionych wolności w celu zapewnienia poziomu higieny osobistej na poziomie takim jak dla całej ludności[286].

W okresie pandemii WGAD rekomendowała państwom powstrzymanie się od detencji osób w złym stanie zdrowia, powyżej sześćdziesiątego roku życia, kobiet w ciąży, matek karmiących, osób z niepełnosprawnościami ze względu na szczególne zagrożenie dla ich integralności fizycznej, psychicznej i życia[287]. Stanowisko WGAD znajduje częściowe odzwierciedlenie w przepisach i dokumentach, które powstały przed pandemią. Zgodnie z Wytycznymi UNHCR sytuacja natury zdrowotnej przemawia przeciwko detencji osób starszych pozbawionych opieki, osób z traumą lub ofiar tortur, osób z niepełnosprawnościami fizycznymi lub psychicznymi. Nie oznacza to całkowitego zakazu w tej materii. Biorąc pod uwagę negatywne skutki detencji dla zdrowia psychicznego dla zatrzymanych, decyzja o pozbawieniu wolności powinna być poprzedzona rozważeniem możliwych rozwiązań alternatywnych[288]. Jeśli pomimo to dojdzie do detencji, zaleca się, aby towarzyszyło temu zaświadczenie wykwalifikowanego lekarza, że

[282] Por. CMW, *General Comment No. 5*…, op. cit., § 18.
[283] Por. SPT, *Advice*…, CAT/OP/10, § 9 g.
[284] Por. ibidem, § 9 h.
[285] Por. ibidem, § 9 i.
[286] Por. ibidem, § 9 j.
[287] Por. WGAD, *Deliberation Nr 11*, § 15.
[288] Por. UNHCR, *Detention Guidelines*…, op. cit., wytyczna 7; zgodnie z art. 11 ust. 1 dyrektywy 2013/33/UE organy krajowe biorą pod uwagę przede wszystkim stan zdrowia, w tym stan zdrowia psychicznego, zatrzymanych wnioskodawców, którzy wymagają szczególnej troski. Krytycznie na temat waloru ochronnego tego przepisu zob. E. Tsourdi, *Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/EU*, [w:] D. Thym, K. Heillbronner (red.), *EU Immigration and Asylum Law Article – by – Article Commentary*, München 2022, s. 1585.

pozbawienie wolności nie wpłynie niekorzystnie na zdrowie i samopoczucie tej osoby. Ponadto wymagana jest regularna kontrola i wsparcie ze strony odpowiedniego wykwalifikowanego specjalisty. W wytycznych wskazuje się na konieczność zapewnienia takim osobom dostępu do usług, hospitalizacji, poradnictwa lekowego, gdyby zaszła taka potrzeba[289].

W całym szeregu badań naukowych wykazano, że środowisko detencji migracyjnej ma bezpośredni wpływ na pogorszenie stanu zdrowia i samopoczucia cudzoziemców[290], a w tym na pogłębianie się dolegliwości i chorób już istniejących[291]. Wielu cudzoziemców doświadcza stresu pourazowego, depresji, stanów lękowych i innych problemów ze zdrowiem psychicznym, które wynikają z przeszłości, ale są potęgowane poprzez sam fakt przebywania w środowisku zbliżonym do więziennego[292]. W ośrodkach detencyjnych odnotowuje się liczne zachowania autodestrukcyjne, a w tym samookaleczenia lub próby samobójcze[293]. Szczególnie

[289] Por. UNHCR, *Detention Guidelines*…, op. cit., wytyczna 7.

[290] Por. M.C. Van Hout, C. Lungu-Byrne, J. Germain, *Migrant Health*…, op. cit., s. 231; zob. także D. Silove, P. Austin, Z. Steel, *No Refuge from Terror: The Impact of Detention on the Mental Health of Trauma Affected Refugees Seeking Asylum in Australia*, „Transcultural Psychiatry" 2007, t. 44, nr 3, s. 359–393; K. Robjant, R. Hassan, C. Katona, *Mental Health Implications of Detaining Asylum Seekers: Systematic Review*, „British Journal of Psychiatry" 2009, t. 194, nr 4, s. 306–312; H. Venters, D. Dasch-Goldberg, A. Rasmussen, A.S. Keller, *Into the Abyss: Mortality and Morbidity among Detained Immigrants*, „Human Rights Quarterly" 2009, t. 31, nr 2, s. 474–495; Z. Steel, B.J. Liddell, C.R. Bateman-Steel, A.B. Zwi, *Global Protection and the Health Impact of Migration Interception*, „PLoS Medicine" 2011, t. 8, nr 6, https://doi.org/10.1371/journal.pmed. 1001038.

[291] Zob. szerzej P. Sen, J. Arugnanaseelan, E. Connell i inni, *Mental Health Morbidity among people subject to immigration detention in the UK: a feasibility study.* „Epidemiology and Psychiatric Sciences" 2018, t. 27, nr 6, s. 628–637; F. Arshad, M. Haith-Cooper, P. Palloti, *The Experiences*…, s. 591–596; P. Sen, T. Exworthy, A. Forrester, *Mental Health Care for Foreign National Prisoners in England and Wales*, „Journal of Mental Health" 2014, t. 23, nr 6, s. 333–339; A. Till, P. Sen, L. Chaplin, E. Grange, T. Exworthy, A. Forrester, *The Mental Health of Foreign National Prisoners*, „Journal of Forensic and Legal Medicine" 2019, t. 62, s. 14–18. J. Hollis, *The Psychosocial Experience*…, op. cit., s. 76–89.

[292] Zob. K.H. Schwarz-Nielsen, A. Elklitt, *An Evaluation of the Mental Status of Rejected Asylum Seekers in Two Danish Asylum Centers*, „Torture" 2009, t. 19, s. 51–59; M. Heeren, J. Mueller, U. Ehlert, U. Schnyder, N. Copiery, T. Maier, *Mental Health of Asylum Seekers: A Cross-Sectional Study of Psychiatric Disorders*, „BMC Psychiatry" 2012, t. 12, nr 114, https://doi.org/10.1186/1471-244X-12-114; K. Carswell, P. Blackburn, C. Barker, *The Relationship between Trauma, Post-Migration Problems and the Psychological Well-Being of Refugees and Asylum Seekers*, „International Journal of Social Psychiatry" 2011, t. 57, nr 2, s. 107–119, https://doi.org/1177/0020764009105699.

[293] Por. np. stan faktyczny w sprawie *Mohamad v. Grecja*, § 27; zob. także N. Piquer, E. Rusch, A. Bloomfield A. (red.), *Diversion from Immigration Detention – a Study on Alternatives to Detention and the Effects of Deprivation of Liberty, A Study by the Swedish Red Cross*, Roda Korset 2023, https://www.rodakorset.se/globalassets/rodakorset.se/dokument/om-oss/fakta-och-standpunkter/rapporter/diversion-from-immigration-final.pdf [dostęp: 08.01.2024], s. 31–32, 35; J. Rimkevičienė,

wysoki odsetek osób ze złym samopoczuciem występuje wśród osób pozostających w procedurze dublińskiej i tych, których wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej zostały odrzucone[294].

Dolegliwości te są dodatkowo pogłębiane przez nieokreślony czas trwania detencji, arbitralność i niepewność z nim związane, przeludnienie, brak dostępu do żywności, wody i opieki medycznej, przedłużające się przetrzymywanie w izolatce oraz umyślne znęcanie się fizyczne i psychiczne ze strony funkcjonariuszy państwa, prywatnych strażników lub innych zatrzymanych[295]. W literaturze podnosi się, że w przypadku cudzoziemców długotrwale zamieszkujących dane państwo w związku z toczącymi się postępowaniami azylowymi, ogromny stres – szczególnie u dzieci – wywoływały same okoliczności, w których dochodziło do pozbawienia wolności. Szokująca było nagłość tych sytuacji, wczesna godzina zatrzymania, jak również brak możliwości pożegnania się z krewnymi i przyjaciółmi[296].

Środowisko ośrodków detencyjnych charakteryzuje atmosfera napięcia, poczucie pozbawienia prywatności i bezpieczeństwa. W związku z migracją osoby te tracą kontakt z dotychczasowym otoczeniem i środowiskiem społeczno-kulturowym, a jednocześnie doświadczają niepewności co do swoich dalszych losów[297].

W przypadku osób ubiegających się o ochronę międzynarodową w literaturze podnoszono kwestię niepewności powiązanej z wolnym tempem procedur azylowych z jednej strony i towarzyszącymi im ciągłymi zmianami z drugiej strony. Równocześnie w tym kontekście szczególnie dokuczliwy dla cudzoziemców jest brak informacji[298]. Z kolei cudzoziemcy pozbawieni wolności w ramach procedur powrotowych najczęściej nie wiedzą, kiedy i czy w ogóle dojdzie do ich deportacji. Okoliczności te mogą się wiązać z pogorszeniem stanu psychicznego, w tym zaostrzeniem wcześniej występujących objawów depresji, stanów lękowych i zespołu stresu pourazowego[299].

J. O'Gorman, D. De Leo, *Suicidality in Detention Centres: A Case Study*, „International Journal of Migration, Health and Social Care" 2017, t. 13, nr 1, s. 1–13. M. Dudley, *Contradictory Australian National Policies on Self-Harm and Suicide: The Case of Asylum Seekers in Mandatory Detention*, „Australasian Psychiatry" 2003, t. 11, nr 1, s. 102–108.

[294] Por. *Becoming Vulnerable in Detention: Civil Society Report on the Detention of Vulnerable Asylum Seekers and Irregular Migrants in the European Union (the DEVAS project)*, Jesuit Refugee Service, London 2010, s. 70, https://jrseurope.org/wp-content/uploads/sites/19/2020/07/JRS-Europe_Becoming-Vulnerable-InDetention_June-2010_PUBLIC.pdf [dostęp: 20.10.2023].

[295] Por. CMW, *General Comment No. 5*…, op. cit., § 6.

[296] Por. A. Lorek, K. Ehntholt, A. Nesbitt, E. Wey, Ch. Githinji, E. Rossor, R. Wickramasinghe, *The Mental and Physical Health Difficulties of Children Held within a British Immigration Detention Center: A Pilot Study*, „Child Abuse Neglect" 2009, t. 33, nr 9, s. 574.

[297] Por. M.C. Van Hout, C. Lungu-Byrne, J. Germain, *Migrant Health*…, s. 228.

[298] Por. ibidem, s. 228.

[299] CPT, *19th General Report*…, op. cit., § 90.

Pozbawienie wolności, nawet przez stosunkowo krótki okres jest fatalne w skutkach dla dzieci. Doświadczają one stanów depresyjnych, wysokiego poziomu lęku, problemów ze snem, dolegliwości somatycznych i trudności emocjonalnych[300], a także opóźnień w prawidłowym rozwoju[301]. W toku badań naukowych ustalono, że zaobserwowane negatywne skutki utrzymują się u dziecka również po zwolnieniu z detencji[302].

Długofalowe negatywne skutki pozbawienia wolności są także udziałem dorosłych osób. Jak wykazano, detencja administracyjna ze względu na swoją dolegliwość w praktyce ma najczęściej dewastujący wpływ na zdrowie psychiczne tych, którzy są jej poddani[303]. Wskazane czynniki często uniemożliwiają migrantom włączenie się w normalne życie społeczne po zwolnieniu z detencji. W sposób szczególny powoduje ona niezdolność do pracy i zależność takich osób od pomocy państwowej[304].

2.3. PRAWO DO ŻYCIA PRYWATNEGO I RODZINNEGO

Detencja łączy się z zagadnieniem prawa do prywatności w sposób wieloaspektowy. Ustalenie tożsamości, a w tym pobranie odcisków palców czy pozyskanie stosownych dokumentów od państwa pochodzenia, są jednymi z okoliczności najczęściej uzasadniających pozbawienie wolności cudzoziemca. Jednocześnie zaś stanowią ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego. Nie zawsze w tym zakresie funkcjonariusze państw działają w sposób uprawniony – odnotowywano przypadki, kiedy to cudzoziemcy po zwolnieniu z detencji nie byli w stanie odzyskać dokumentów tożsamości, które zostały im zabrane w momencie pozbawienia wolności[305]. Trzeba wspomnieć, że państwa mają szczególne obowiązki w zakresie ochrony tożsamości dzieci wynikające z art. 8 KPD. W przepisie tym jest mowa o zachowaniu tożsamości dziecka, co oznacza, że Państwa-Strony nie mogą w sposób arbitralny zastępować dokumentów przedstawianych

[300] Por. A. Lorek et al., *The Mental…*, op. cit., s. 581.

[301] Por. ibidem, op. cit., s. 581; J. Burnett, J. Carter, J. Evershed, M. Bell Kohli, C. Powell, G. de Wilde, *„State Sponsored Cruelty": Children in Immigration Detention*, London 2010, s. 37–45.

[302] K.A. Ehntholt, D. Trickey, J. Harris Hendriks, H. Chambers, M. Scott, W Yule, *Mental Health of Unaccompanied Asylum-Seeking Adolescents Previously Held in British Detention Centres*, „Clinical Child Psychology and Psychiatry" 2018, t. 23, nr 2, s. 238–257; A. Lorek et al., *The Mental…*, op. cit., s. 582.

[303] Por. wnioski z badań psychiatrycznych skarżących w sprawie *A. i inni v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 3455/05, wyrok ETPC z 19.02.2009 r., § 76.

[304] Por. SRHRM, *Report…*, UN. Doc. A/HRC/29/36, op. cit., § 43.

[305] Por. CMW, *General Comment No. 5…*, op. cit., § 78–80.

przez dziecko własnymi ustaleniami, bez formalnej weryfikacji, czy dokumenty są autentyczne[306]. Arbitralność pozbawienia wolności w tym kontekście może wiązać się z brakiem należytej staranności po stronie władz i nadmiernie długim czasem przeprowadzania procedur oceny wieku[307]. Jednocześnie zaś artykuł 7 KPD implikuje obowiązek niezwłocznego sporządzenia aktu urodzenia dziecka urodzonego w ośrodku detencyjnym[308].

Następnie detencję należy rozważać w kategoriach ingerencji w integralność fizyczną i psychiczną danej osoby oraz prawa do rozwijania relacji z innymi osobami. Jak stwierdził ETPC, gwarancja udzielona przez art. 8 EKPC ma przede wszystkim na celu zapewnienie rozwoju, bez ingerencji z zewnątrz, osobowości każdej jednostki w jej relacjach z innymi istotami ludzkimi. Z tego powodu pozbawienie wolności, które doprowadziło do izolacji dziecka od jego matki, zostało zakwalifikowane jako ingerencja zarówno w życie rodzinne, jak i prywatne[309].

W sytuację detencji niejako z definicji wpisane są rozmaite ograniczenia życia prywatnego oraz rodzinnego, a więc m.in. sposób i częstotliwość prowadzenia korespondencji, odwiedzin krewnych czy przyjaciół. Stosownie do odpowiednich regulaminów mogą być dopuszczalne przeszukania rzeczy prywatnych czy odzieży. Zasady te powinny być w ośrodkach detencyjnych łagodniejsze niż w więzieniach i odzwierciedlać charakter pozbawienia wolności.

Cudzoziemcy powinni pozostawać w możliwie szerokim i regularnym[310] kontakcie ze światem zewnętrznym, w tym powinni mieć możliwości jak częstszego wykonywania połączeń telefonicznych i przyjmowania odwiedzin, oraz powinni być w jak najmniejszym stopniu ograniczani w zakresie swobody przemieszczania się w obrębie ośrodka detencyjnego[311]. W Wytycznych UNHCR stanowi się o tym, że przyjmowanie wizyt powinno odbywać się na osobności, chyba że przemawiają przeciwko temu ważne względy[312]. Wydaje się istotne, że prawo do kontaktu ze

[306] Por. KPD, *M.T v. Hiszpania,* CRC/C/82/D/17/2017, 18.09.2019, § 13.6; *A.L. v. Hiszpania,* CRC/C/81/D/16/2017, 31.05.2019, § 12.10.

[307] Por. naruszenie art. 5 ust. 1 lit. f EKPC z powodu nadmiernie długiego czasu detencji spowodowanego brakiem należytej staranności i nieuzasadnioną zwłoką w związku z oceną wieku skarżących; *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta,* § 145; *Mahamed Jama v. Malta*, § 148–153.

[308] Por. art. 7 ust. 1 KPD, art. 24 ust. 2 MPPOiP, art. 29 Konwencji o ochronie pracowników migrujących; UNHCR, C*onclusion nr 47*, § (f), (g), http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c432c.html [dostęp: 05.10.2023]; Rada Praw Człowieka, Rezolucja *Rights of the Child*, A/HRC/19/L. 31, 20.03.2012, § 16(c), s. 29–31; Rada Praw Człowieka, Rezolucja *Birth Registration and the Right of Everyone to Recognition Everywhere as a Person Before the Law*, A/HRC/19/L. 24, 15.03.2012.

[309] Por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga v. Belgia*, § 83.

[310] Por. UNHCR, *Detention Guidelines*…, op. cit., wytyczna 8 vii.

[311] Por. CPT, *Safeguards for Irregular Migrants*…, CPT/Inf (2009) 27, op. cit., § 79.

[312] Por. UNHCR, *Detention Guidelines*…, op. cit., wytyczna 8 vii.

światem zewnętrznym, zwłaszcza zaś z rodziną i dostępem do środków prawnych jest elementem ochrony przed wymuszonymi zaginięciami[313].

W związku z całym szeregiem ograniczeń w kontaktach międzyludzkich w trakcie pandemii COVID-19 SPT zalecił, aby w ośrodkach detencyjnych zapewniono cudzoziemcom środki rekompensujące im brak odwiedzin, a więc telefon, dostęp do Internetu i poczty elektronicznej, komunikację wideo oraz inne odpowiednie środki elektroniczne. Wskazano przy tym, aby kontakty z rodziną i światem zewnętrznym były ułatwiane, częste i nieodpłatne[314].

Na uwagę zasługuje także kwestia poufności dokumentacji medycznej, która nie powinna być dostępna dla osób spoza personelu medycznego. Należy ją przechowywać w zamknięciu, a klucz powinien mieć lekarz lub pielęgniarka. Ponadto wszystkie badania medyczne należy przeprowadzać bez obecności personelu ośrodka, chyba że zawnioskuje o to sam lekarz w danym przypadku[315]. W każdej sytuacji, gdy personel medyczny nie jest w stanie postawić diagnozy ze względu na bariery językowe, powinien móc bez zwłoki skorzystać z pomocy wykwalifikowanego tłumacza. Następnie zaś pozbawieni wolności cudzoziemcy powinni być w pełni poinformowani o oferowanym leczeniu[316].

Niemal 40 lat temu KPC stwierdził, że dzieci i rodziny w kontekście migracji międzynarodowych nie powinny być narażane na arbitralną lub bezprawną ingerencję w ich życie prywatne i rodzinne[317]. Taką ingerencją może być rozdzielenie rodziny na skutek pozbawienia wolności niektórych jej członków[318]. W sprawie *M. i inni v. Bułgaria* skarżący pozostawał w detencji w celu deportacji przez blisko trzy lata i przez cały ten czas był rozdzielony z żoną oraz dwójką kilkuletnich dzieci. W związku z tym w postępowaniu przed Trybunałem strasburskim podniósł on zarzut naruszenia przez państwo bułgarskie nie tylko art. 5 ust. 1 lit. f EKPC, ale także art. 8 EKPC[319]. W ocenie ETPC pozbawienie wolności w tym przypadku przekroczyło czas rozsądnie potrzebny do przeprowadzenia wydalenia, a tempo działania państwa nie spełniało kryterium *due dilligence*[320]. Bazując na tych ustaleniach, Trybunał uznał, że doszło jednocześnie do naruszenia art. 8 EKPC, nie podejmując osobnych rozważań w tym

[313] Por. B. Duhaime A. Thibault, *Protection of Migrants*…, op. cit., s. 579.
[314] Por. SPT, *Advice*…, op. cit., § 9 k.
[315] Por. CPT, *Safeguards for Irregular Migrants*…, CPT/Inf (2009) 27, op. cit., § 92.
[316] Por. ibidem, § 92.
[317] KPC, *General Comment No. 15*…, op. cit., § 7.
[318] Por. *Moustahi v. Francja*, § 112; jednocześnie należy tu wziąć pod uwagę cały szereg przepisów KPD: art. 9, 10, 11, 16, 18, 19, 20 oraz 27 ust. 4.
[319] Por. *M. i inni v. Bułgaria*, § 61–77.
[320] Ibidem, § 75.

przedmiocie[321]. Wydaje się jednak, że osobna ocena niekiedy będzie konieczna. Niewątpliwie w przypadku obu przepisów kluczowym warunkiem jest, aby ingerencja była przewidziana przez prawo. Jeśli doszło do pozbawienia wolności w sposób sprzeczny z prawem na podstawie art. 5 ust. 1 lit. f, to rzeczywiście analizowanie tej kwestii legalności z punktu widzenia art. 8 EKPC może nie być potrzebne[322]. Niemniej jednak problematyczna jest kwestia różnic pomiędzy wzorcami oceny proporcjonalności ingerencji. Mianowicie badanie decyzji o pozbawieniu wolności z punktu widzenia art. 8 EKPC wymaga od Trybunału zastosowania kryterium niezbędności, wynikającego wprost z klauzuli limitacyjnej zawartej w ustępie 2 tego przepisu. Tymczasem, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETPC, na podstawie art. 5 ust. 1 lit. f EKPC niezbędność nie jest wymagana w przypadku dorosłych cudzoziemców. W efekcie – przynajmniej na dziś – sytuacja pozbawienia wolności implikuje zastosowanie surowszych kryteriów oceny na podstawie art. 8 EKPC niż na podstawie art. 5 EKPC.

Szczególnie drastyczną formą ingerencji zarówno w życie rodzinne, jak i prywatne jest separacja rodziny na skutek detencji dziecka[323]. W kontekście praw chronionych art. 8 EKPC Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie powtarza, że wspólne korzystanie przez rodzica i dziecko z możliwości wspólnego przebywania ze sobą stanowi fundamentalny element rodziny[324]. Państwa nie tylko powinny powstrzymać się od działań, które mogłyby skutkować separacją rodzin lub inną arbitralną ingerencją w prawo do życia rodzinnego, ale także podejmować pozytywne działania w celu zachowania jedności rodziny[325], a w tym jej połączenia[326].

---

[321] Choć dodać należy, że skarżący podnieśli tu dwa odrębne zarzuty w kwestii naruszenia art. 8 EKPC – pierwszy odnośnie do detencji, drugi odnośnie do deportacji M. do Afganistanu. Ten drugi został przez Trybunał dokładnie przeanalizowany.

[322] *Moustahi v. Francja*, § 113 – ze względu na stwierdzoną wcześniej bezprawność pozbawienia wolności w § 91–94 ETPC nie prowadził odrębnych rozważań w tym przedmiocie.

[323] Por. spostrzeżenia KPD w zakresie separowania dzieci od innych niż rodzice członków rodziny w hiszpańskiej enklawie Melila, KPD, Concluding observations Spain, CRC/C/ESP/CO/5-6, § 42d.

[324] Por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga v. Belgia*, § 82. Trybunał przywoływał w tym miejscu swoje orzecznictwo w zakresie rozdzielenia rodziny na skutek objęcia dzieci pieczą zastępczą: *Olsson v. Szwecja (nr 1)*, skarga nr 10465/83, wyrok ETPC z 24.03.1988 r., § 59; *Eriksson v. Szwecja*, skarga nr 11373/85, wyrok z 22.06.1989 r., § 58; *Gnahoré v. Francja*, skarga nr 40031/98, wyrok ETPC z 19.09.2000 r., § 50.

[325] Szerzej zob. M. Rohan, *Refugee Family Reunification Rights: A Basis in the European Court of Human Rights' Family Reunification Jurisprudence*, „Chicago Journal of International Law" 2014, t. 15, nr 1, s. 347–375; K. Jastram, K. Newland, *Family Unity and Refugee Protection*, [w:] E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (red.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge 2003, s. 559.

[326] Por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga v. Belgia*, § 85; *Eriksson v. Szwecja*, § 71; *Ignaccolo-Zenide v. Rumunia*, skarga nr 31679/96, wyrok ETPC z 25.01.2000 r., § 94; niewątpliwie jednak konieczne jest tu zachowanie balansu pomiędzy różnymi interesami, a obowiązek ten nie

W strasburskim *case law* ETPC wyraźnie akcentuje, iż sytuacja dzieci jest nierozerwalnie związana z sytuacją ich rodziców, od których nie należy ich w miarę możliwości oddzielać[327]. Niemniej jednak nie oznacza to, że wystarczającym poziomem ochrony jest wspólne pozbawienie wolności całej rodziny. Szczególną tego egzemplifikacją jest wyrok w sprawie *Nikoghosyan v. Polska*, kiedy to strona rządowa podnosiła, iż dobro dzieci było wystarczająco zabezpieczone przez sam fakt, że rodzina była pozbawiona wolności w ośrodku strzeżonym[328]. ETPC odrzucił ten argument, wskazując, że prawo do poszanowania życia rodzinnego idzie dalej – władze muszą podjąć wszelkie niezbędne kroki w celu ograniczenia, o ile to możliwe, detencji rodzin z dziećmi[329]. Sądy i inne organy, decydując o pozbawieniu wolności rodziny muszą w sposób należyty rozważyć zastosowanie środków alternatywnych[330], nawet jeśli w danym przypadku istnieje ryzyko ucieczki[331]. Można zatem stwierdzić, że standardem europejskim jest pierwszeństwo środków alternatywnych i stosowanie detencji wobec rodzin z dziećmi na zasadzie ostateczności, kiedy organy sądowe dojdą do przekonania, że środki wolnościowe nie są możliwe do zastosowania.

W systemie uniwersalnym stwierdza się, że automatyczne pozbawianie wolności dzieci z ich rodzicami z założeniem, że ma to ratować więzy rodzinne, narusza zasadę realizacji najlepszego interesu dziecka[332]. Ochrona dobra dziecka jest tu rozumiana w ten sposób, że wszędzie tam gdzie w rodzinie są dzieci, ich status niejako rozciąga się na sytuację prawną rodziców i wymaga się, aby władze stosowały środki wolnościowe[333]. Dodatkowo trzeba zwrócić uwagę, że zgodnie z 2 ust. 2 KPD, dzieci powinny być chronione przed wszelkimi formami dyskryminacji lub karania ze względu na działania swoich rodziców, opiekunów prawnych lub członków rodziny. W systemie uniwersalnym oraz międzyamerykańskim formułowany jest pogląd, że pozbawienie wolności dziecka, które

ma charakteru bezwzględnego – *Nuutinen przeciwko Finlandii*, skarga nr 32842/96, wyrok ETPC z 27.06.2000 r., § 127.

[327] Por. *Moustahi v. Francja*, § 92.

[328] Por. *Nikoghosyan i inni v. Polska*, § 24 i 56.

[329] Por. ibidem, § 84; zob. *Bistieva v. Polska*, § 85; zob. także, mutatis mutandis, *Popov v. Francja*, § 147.

[330] Por. *Bistieva i inni v. Polska*, § 86.

[331] Por. ibidem, § 88.

[332] Por. KPD, *Report on the 2012 r. Day of General Discussion, The Rights of all Children in the Context of International Migration*, 28.09.2012, s. 3.

[333] Por. CMW-KPD, *Joint General Comment…*, op. cit., § 11; SRHRM, Report, A/HRC/20/24, op. cit., § 40; MTPC, Opinia Doradcza, OC−21/14, § 159; Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, *Report*, A/HRC/28/68, § 80.

jest oparte jedynie na statusie migracyjnym jego lub jego rodziców ma charakter arbitralny[334].

Innym problemem jest pozbawienie wolności dziecka z osobami dorosłymi, z którymi nie ma ono więzi rodzinnych[335]. W sprawie *Moustahi v. Francja* dwoje dzieci w wieku trzech i pięciu lat zostało arbitralnie skojarzonych z niespokrewnioną osobą dorosłą i na mocy decyzji powrotowej poddanych detencji z tą oraz innymi osobami dorosłymi[336]. ETPC stwierdził, że do władz krajowych należy określenie, w miarę możliwości, charakteru więzi łączących dziecko z osobą dorosłą. W szczególnym przypadku, gdy żaden dokument tożsamości nie pozwala z całą pewnością stwierdzić pokrewieństwa, władze muszą zachować szczególną czujność, aby w miarę możliwości uniknąć ryzyka powierzenia dzieci komuś, kto nie ma z nimi żadnych związków[337]. ETPC słusznie zauważył, że w imię najlepiej pojętego interesu dziecka możliwa do uzasadnienia jest odmowa powierzenia małoletniego osobie podającej się za członka rodziny, zanim pokrewieństwo lub inne powiązania zostaną ustalone ponad wszelką wątpliwość. Niemniej jednak powiązanie skarżących z osobą trzecią i odmowa powierzenia ich ojcu miało jedynie na celu szybkie wydalenie wbrew prawu krajowemu – tym samym była to ingerencja niedopuszczalna na mocy artykułu 8 ust. 2 EKPC[338].

Jeśli dochodzi do detencji całej rodziny pewnym absolutnym minimum jest zasada jej nierozdzielania, która stanowi wyjątek od reguły oddzielania mężczyzn i kobiet[339]. Następnie konieczne jest zapewnienie, aby rodziny przebywały w oddzielnych pomieszczeniach gwarantujących im odpowiedni poziom prywatności[340]. Państwa mają pozytywne obowiązki w zakresie utrzymywania

---

[334] WGAD, *Revised Deliberation Nr 5*, § 40; CMW-KPD, *Joint General Comment 2017…*, op. cit., § 5, Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, *Report*, A/HRC/37/50, § 22.

[335] Por. Défenseur des droits, *Rapport au Comité des droits de l'enfant*, 10.07.2020, https://bit.ly/2OkAMPG [dostęp: 20.10.2023].

[336] W tej sprawie państwu francuskiemu zarzucano naruszenie art. 3 wobec dzieci, a także osobno wobec ich ojca, art. 5 ust. 1 oraz art. 5 ust. 4, art. 8, art. 13 w związku z art. 3, art. 8, art. 4 Protokołu nr 4 EKPC.

[337] Por. *Moustahi v. Francja*, § 61 – zob. także artykuł 8 KPDa. Wytyczne w zakresie ustalania relacji z dorosłymi towarzyszącemu dziecku zob. Separated Children in Europe Programme, *Statement of Good Practice*, Fifth Revised Edition, 2019, s. 37–38.

[338] Por. *Moustahi v. Francja*, § 114. Stan faktyczny w tej sprawie odzwierciedla stałą i nadal odnotowywaną praktykę stosowaną wobec małoletnich, którzy przypływają z Komorów na Majottę na prowizorycznych łodziach – zob. Défenseur des droits, *Rapport…*, op. cit.

[339] Por. UNHCR, *Detention Guidelines…*, op. cit., wytyczna 8 v.

[340] Por. art. 17 ust. 2 dyrektywy 2008/115/WE, art. 11 ust. 4 dyrektywy 2013/33/UE, a także wytyczna 11. 2 Wytycznych w sprawie przymusowych powrotów. Jak zauważa się w doktrynie regulacje UE gwarantują wyższy poziom ochrony, ponieważ w przeciwieństwie do Wytycznych nie mają charakteru postulatywnego – por. F. Lutz, S. Mananashvili, M. Moraru, *Return Directive*

więzi rodzinnych w sytuacji detencji. Detencja rodzin może odbywać się tylko w miejscach do tego odpowiednio przystosowanych, a samo wygospodarowanie odrębnych pomieszczeń czy też osobnego skrzydła ośrodka detencyjnego nie jest wystarczające[341]. Należy zaznaczyć, że dostosowanie ośrodka detencyjnego do potrzeb rodzin z małoletnimi dziećmi jest pewnym minimum, które nie przesądza o tym, czy takie pozbawienie wolności jest zgodne z przepisami EKPC. Brak odpowiednich warunków wpływa na ocenę arbitralności samego pozbawienia wolności oraz – w kombinacji z czasem detencji – na proporcjonalność ingerencji w prawo do poszanowania życia rodzinnego. Przebywanie dzieci przez 15 dni w warunkach typowych dla więzień ETPC uznał za niedopuszczalną ingerencję w efektywne korzystanie z prawa do życia rodzinnego[342].

3. STOSOWANIE DETENCJI A WYKONYWANIE ZOBOWIĄZAŃ MIĘDZYNARODOWYCH W DOBREJ WIERZE

Zasada, iż państwa powinny wykonywać zobowiązania prawnomiędzynarodowe w dobrej wierze ma charakter fundamentalny[343], stanowiąc kluczowy element funkcjonującego międzynarodowego porządku prawnego[344]. W ujęciu ogólnym oznacza ona, że określony stan rzeczy jest zgodny zarówno z literą, jak i duchem prawa[345]. Wymaga ona od Państw-Stron nie tylko przestrzegania litery traktatów, ale także powstrzymywania się od aktów, które nieuchronnie wpłynęłyby na zdolność do ich wykonywania[346]. Państwu-Stronie brakuje dobrej wiary, gdy dąży do uniknięcia wykonania lub naruszenia przyjętego zobowiązania, albo do czynienia pośrednio tego, czego nie wolno czynić bezpośrednio[347].

2008/115/EC, [w:] K. Hailbronner, D. Thym (red.), *EU Immigration and Asylum Law*, Baden-Baden 2022, s. 802.

[341] Por. *Popov v. Francja*, § 147.

[342] Por. ibidem, § 146.

[343] Por. G. Goodwin-Gill, J. McAdam, E. Dunlop, *The Refugee in…*, op. cit., s. 433. Uwagi pojęciowe i szersze rozważania na temat samej zasady zob. m.in. R. Kolb, *Good Faith in International Law*, Hart Publishing, Oxford 2017, s. 15–28.

[344] M. Virally, *Review Essay: Good Faith in Public International Law*, „American Journal of International Law" 1983, t. 77, nr 1, s. 132.

[345] Por. Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, *Report…*, A/HRC/37/50, op. cit., § 15.

[346] Por. „Yearbook of the International Law Commission" (1964), Vol. I: *Summary Records of the 16 th Session, 727th meeting*, 20.05.1964, s. 70.

[347] UNHCR, UNHCR's intervention before the House of *Lords in the case of European Roma Rights Centre and Others v. Immigration Officer at Prague Airport, Secretary of State for the Home Department*, 28.09.2004, § 32.

Odpowiedź na pytanie o dobrą wiarę oparta jest na prawie krajowym i praktyce, łącznie z uwzględnieniem administracyjnej dyskrecjonalności państwa, w których świetle państwo osiąga międzynarodowy standard w sposób rozsądnie skuteczny i efektywną implementację postanowień umownych[348]. Ten ostatni element trzeba rozumieć jako podjęcie takich działań, które spowodują, iż w praktyce jednostki korzystają z gwarancji, o których mowa w przepisach prawa. W szczególnym przypadku traktatów dotyczących praw człowieka ocena, czy zobowiązania są wykonywane w dobrej wierze, obejmuje również uzasadnione oczekiwania jednostek, ponieważ to one właśnie są ostatecznymi beneficjentami reżimu traktatowego[349].

Wykonywanie zobowiązań w dobrej wierze jest założeniem, na którym opiera się cała struktura Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[350]. Jest to domniemanie umocowane w art. 18 EKPC, w którym stanowi się, że ograniczenia praw i wolności, na które zezwala Konwencja, nie będą stosowane w innych celach, niż te, dla których je wprowadzono. Domniemanie to ma charakter wzruszalny, ponieważ niejednokrotnie, poza warstwą formalno-prawną publikowanych przepisów, działania organów państwa są determinowane przez nieoficjalne instrukcje i wytyczne. Przepis ten nie ma charakteru autonomicznego i może być stosowany wyłącznie w związku z inną normą EKPC[351].

W przypadku detencji można dostrzec dwa typy takich sytuacji do rozważenia. Po pierwsze chodzi o zastosowanie detencji cudzoziemców motywowane ukrytym zamiarem, w celu innym niż ten oficjalnie określony. Na przykład może to dotyczyć wspomnianych sytuacji, gdy pozbawienie wolności w ramach procedur migracyjnych opartych na art. 5 ust. 1 lit. f EKPC jest wykorzystywane dla ominięcia procedur karnych i w istocie rzeczy ma służyć ochronie bezpieczeństwa publicznego. W systemie uniwersalnym w kategoriach złej wiary – a jednocześnie naruszenia zasady równości – WGAD oceniła pięcioletni okres pobytu w więzieniu na podstawie przepisów prawa migracyjnego cudzoziemca, po tym jak odbył on karę pozbawienia wolności za przestępstwa seksualne. Aczkolwiek wydalenie skarżącego do Somalii nie było całkowicie wykluczone, to jednak działania władz w istocie miały na celu ochronę porządku publicznego[352].

---

[348] Por. G. Goodwin-Gill, *Art. 31*…, op. cit., s. 216.

[349] Por. D. Russo, *Procedural Obligations and Good Faith: The Case of the Human Rights Treaties*, „Questions of International Law" 2014, t. 2, s. 37.

[350] Por. *Khodorkovskiy v. Rosja*, skarga nr 5829/04, wyrok ETPC z 31.05.2011 r., § 255; *Lutsenko v. Ukraina*, § 106; *Khodorkovskiy i Lebedev v. Rosja*, § 899; *Ilgar Mammadov v. Azerbejdżan*, skarga nr 15172/13, wyrok ETPC z 22.05.2014 r., § 137; *Rasul Jafarov v. Azerbejdżan*, § 153; *Tchankotadze v. Gruzja*, 15256/05, wyrok ETPC z 21.06.2016 r., § 113.

[351] Por. *Tymoshenko v. Ukraina*, skarga nr 49872/11, wyrok ETPC z 30.04.2013 r., § 294.

[352] Zobacz stan faktyczny w *Abdi v. Zjednoczone Królestwo*, A/HRC/7/4/Add. 1. Co istotne, władze próbowały na skarżącym wymóc podpis pod dokumentem stwierdzającym, iż wyjeżdża on

Po drugie znacznie częstsze są przypadki, gdy pozbawienie wolności ma więcej niż jeden cel, a więc na przykład poza wydaleniem chodzi również o odstraszenie czy karanie migrantów[353]. W takiej sytuacji tylko pierwszy z celów jest przewidziany przepisami Konwencji. W dotychczasowym orzecznictwie, jeżeli ETPC znajdował uzasadnienie pozbawienia wolności w celu przewidzianym na podstawie którejś litery art. 5 ust. 1 EKPC, nie przeprowadzał już analizy, czy służy to również innemu celowi[354]. Zatem sytuacja, w której pozbawienie wolności spełniało choćby jedną z przesłanek określonych art. 5 ust. 1 EKPC oznaczała zgodność działań Państwa-Strony z artykułem 5 ust. 1 EKPC[355]. Niemniej jednak ocena Trybunału obejmuje także kwestię ewentualnej arbitralności władz i badanie, czy działania władz były prowadzone w dobrej wierze, o czym była mowa w rozdziale III. W związku z ukrytym celem ETPC stwierdził naruszenie art. 5 ust. 1 lit. f EKPC, na przykład jeśli chodziło o przeprowadzenie ukrytej ekstradycji[356]; lub skarżący został bezprawnie uprowadzony i przekazany do innego państwa[357] czy wreszcie masowe aresztowania w celu deportacji stosowane jako forma zbiorowej represji[358]. W tym ostatnim przypadku skarżący podnieśli także zarzut naruszenia art. 18 w związku z art. 5 ust. 1 lit. f EKPC, ale ETPC uznał, iż nie ma potrzeby przeprowadzania osobnej analizy, jeśli chodzi o art. 18[359]. Wydaje się jednak, że byłaby tu przestrzeń na taką ocenę, zważywszy, że celem art. 18 EKPC jest napiętnowanie celowego i systematycznego nadużycia władzy[360] lub zapobieganie rozwojowi niedemokratycznych procesów w Państwach-Stronach EKPC[361]. W tym znaczeniu art. 18 EKPC ma postać kwalifikowaną, obejmując swym

z Wielkiej Brytanii dobrowolnie, co pozbawiałoby go ochrony wynikającej z zasady *non refoulement*, § 10.

[353] Może to być także kontrola spauperyzowanych grup społecznych, czy też podkreślanie władzy i kontroli państwa, zob. A. Leerkes, D. Broeders, *Case of Mixed Motives…*, op. cit., s. 830–850.

[354] *Winterwerp v. Królestwo Niderlandów*, § 42 in fine; *Brogan i inni V. Zjednoczone Królestwo*, § 53; oraz *K.-F. v. Niemcy*, skarga nr 25629/94, wyrok ETPC z 27.11.1997 r., § 62.

[355] Por. *Engel i inni v. Królestwo Niderlandów*, § 67–69; *Ciulla v. Włochy*, § 35–40; *Gatt v. Malta*, § 36 i 44–45; *Ostendorf v. Niemcy*, § 48, 76 i 89.

[356] Por. *Bozano v. Francja*, § 59–60; *Nowak v. Ukraina*, § 58; *Azimov v. Rosja*, § 163 i 165; *Eshonkulov v. Rosja*, skarga nr 68900/13, wyrok ETPC z 15.01.2015 r., § 65.

[357] Por. *Iskandarov v. Rosja*, § 109-15 i 148-51.

[358] Por. *Gruzja v. Rosja (nr 1)*, § 185–86.

[359] Por. ibidem, § 222–224, a także opinię częściową odrębną sędzi Nony Tsotsorii.

[360] Por. H. Satzger, F. Zimmermann, M. Eibach, *Does Art. 18 ECHR Grant Protection against Politically Motivated Criminal Proceedings? – Rethinking the Interpretation of Art. 18 ECHR against the Background of the New Jurisprudence of the European Court of Human Right*, „European Criminal Law Review" 2014, t. 91, nr 4, s. 112.

[361] Por. H. Keller, C. Heri, *Selective Criminal Proceedings and Article 18 ECHR. The European Court of Human Rights' Untapped Potential to Protect Democracy*, „Human Rights Law Journal" 2016, t. 37, s. 1.

zakresem świadome naruszenie prawa, które należy ocenić jako szczególnie poważne naruszenie w porównaniu z odosobnionymi nieprawidłowościami, zdarzającymi się w każdym państwie[362]. Słusznie dostrzega Floris Tan, że działania podjęte dla ukrycia rzeczywistego celu uderzają w istotę praworządności, poprzez obchodzenie zasady legalności i ograniczeń nałożonych przez prawo, przybierając klasyczną postać nadużycia władzy. Jeśli prawdziwa motywacja i cel władz są utrzymywane w tajemnicy, każda skuteczna kontrola władzy państwowej staje się utrudniona. Pociąga to za sobą wyraźne lekceważenie podstawowych założeń praworządności, a więc pewności prawa i zakazu arbitralności[363].

Mając powyższe na uwadze, należy wskazać, że stosowanie detencji migracyjnej w celach odstraszających czy prewencyjnych może wskazywać na systemowe i planowe działania, które w istocie sprowadzają się do unikania wykonywania zobowiązań wynikających z art. 5 EKPC, a także z art. 3 EKPC. W takich kategoriach należy traktować wspomniane w rozdziale IV zabiegi Państw-Stron Konwencji, polegające na eufemizowaniu stosowanych wobec cudzoziemców środków detencyjnych, a także stosowanie detencji *de facto*. Jeśli ośrodkom detencyjnym nadawane są nazwy sugerujące, że pełnią one funkcje ochronne i mają opiekuńczy charakter, działania władzy przestają być transparentne. Istotną okolicznością jest, iż nie chodzi tu o pojedyncze przypadki, tylko o systemowy sposób funkcjonowania określonych instytucji, w których przetrzymuje się cudzoziemców[364]. Aczkolwiek nomenklatura przyjmowana w takich przypadkach powinna być odmienna od stosowanej dla instytucji penitencjanych[365], nie może to prowadzić do eufemizowania rzeczywistych funkcji danych instytucji poprzez używanie nazw sugerujących ich opiekuńczy charakter[366].

Rozległe już i rozpowszechnione działania państw europejskich polegające na eksternalizacji polityki migracyjnej powodują, że niezbędne jest zwrócenie uwagi na problem odpowiedzialności prawnej państwa za zawieranie umów,

---

[362] Por. A. Tsampi, *The New Doctrine on Misuse of Power under Article 18 ECHR: Is It about the System of Contre-Pouvoirs within the State after all?*, „Netherlands Quarterly of Human Rights" 2020, t. 38, nr 2, s. 140.

[363] Por. F. Tan, *The Dawn…*, op. cit., s. 120.

[364] WGAD, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its Mission to Turkey*, A/HRC/4/40/Add. 5, 7.02.2007, § 86–87; w sprawie *Abdolkhani i Karimnia v. Turcja*, rząd turecki twierdził, że nie może tu być mowy o pozbawieniu wolności, ponieważ umieszczenie skarżącego the Kırklareli Foreigners' Admission and Accommodation Centre, wynikało jedynie z potrzeby, cyt.: „surveillance of applicants pending deportation proceeding", *Abdolkhani i Karimnia v. Turcja*, § 120.

[365] Taka intencja przyświecała wprowadzeniu instytucji „retencji" i ośrodków retencyjnych we Francji – por. D. Wilsher, *Immigration Detention…*, op. cit., s. 110; por. WGAD, *Report…*, E/CN. 4/1998/44, op. cit., § 38–39.

[366] CPT, *Report: Turcja*, CPT/Inf (2011) 13, § 39.

które w konsekwencji prowadzą do naruszeń praw człowieka, a w tym do arbitralnego stosowania detencji w warunkach spełniających przesłanki nieludzkiego traktowania. Trudno bowiem nie dostrzegać, że wzrost przypadków zastosowania środków detencyjnych może być bezpośrednim skutkiem wprowadzania do umów międzynarodowych przepisów, które angażują władze jednego państwa w kontrolę przepływów migracyjnych do drugiego państwa[367]. Z punktu widzenia mechanizmów ochrony praw człowieka rzecz jest o tyle utrudniona, że działania w tym obszarze podejmują nie tylko państwa, ale także Unia Europejska, w związku z czym poczynione tu rozważania będą dotyczyły również i tego podmiotu, co ma swoje normatywne uzasadnienie w art. 78 ust. 1 TFUE.

Państwa mają obowiązek rozważenia rozsądnych alternatyw proporcjonalnych do celów polityki międzynarodowej, które w sposób najmniej prawdopodobny będą się wiązały z naruszeniem zobowiązań międzynarodowych[368]. W związku z tym KPC wskazał w 2017 r., iż władze Belgii, współdziałając z Sudanem w zakresie deportacji do tego kraju cudzoziemców bez zindywidualizowanej oceny ich sytuacji, dopuściły się naruszenia art. 9 MPPOiP[369]. Środki zaprojektowane w celu unikania międzynarodowych zobowiązań, a w tym przeszkody administracyjne i biurokratyczne oraz nieuzasadnione opóźnienia są sprzeczne z ogólnymi zasadami międzynarodowej współpracy i dobrej wiary. Mogą również mieć niekorzystny wpływ na zainteresowane osoby, które gdyby nie pozbawienie wolności, skorzystałyby z szybkiego powrotu[370]. Jak to stwierdził Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur: w odniesieniu do praw niederogowalnych takich jak zakaz tortur, zasada dobrej wiary oznacza, że państwa nie mogą zgodnie z prawem angażować się w żadną działalność, ani zawierać żadnych umów z innymi państwami lub podmiotami niepaństwowymi, których przewidywalne konsekwencje podważałyby lub zniweczyłyby sam przedmiot i cel tego prawa lub któregokolwiek z innych praw, takich jak prawo do opuszczenia dowolnego kraju lub terytorium, ubiegania się o ochronę międzynarodową, czy wolność od arbitralnego pozbawienia wolności[371].

---

[367] Por. S. Lavenex, *Shifting Up and Out: The Foreign Policy of European Immigration Control*, „West European Politics" 2006, t. 29, nr 2, s. 334.

[368] Por. G. Goodwin-Gill, J. McAdam, E. Dunlop, *The Refugee in…*, op. cit., s. 435; także G. Goodwin-Gill, *State Responsibility and the Good Faith Obligation in International Law*, [w:] M. Fitzmaurice, D. Sarooshi (red.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford 2004, s. 98.

[369] Por. KPC, *Concluding Observations: Belgium*, CCPR/C/BEL/CO/6, § 31. Komitet wskazywał także na naruszenie art. 7, 10, 12, 13 i 24 MPPOiP.

[370] Por. Zgromadzenie Parlamentarne RE, *Readmission Agreements: A Mechanism for Returning Irregular Migrants. Report Committee on Migration, Refugees and Population*, Doc. 12168, 16.03.2010, s. 18.

[371] Por. Specjalny Sprawozdawca ds. Tortur, *Report*, A/HRC/37/50, § 42.

Na szczególną uwagę zasługują umowy readmisyjne, stanowiące istotną komponentę polityki przymusowych powrotów, która od dawna jest krytykowana ze względu na powiązane z nią liczne naruszenia praw cudzoziemców[372]. Na przykład w związku z porozumieniem readmisyjnym pomiędzy Hiszpanią a Marokiem stwierdzono, że być może pierwotnie rząd Hiszpanii nie dążył do podważenia skuteczności norm prawa międzynarodowego, ale konsekwencją zawartego porozumienia są udokumentowane naruszenia praw człowieka polegające m.in. na stosowaniu arbitralnej i bezprawnej detencji cudzoziemców przez władze Maroka[373].

Z kolei realizacja porozumienia z marca 2016 r. Turcja–UE – choć nie miało ono postaci klasycznej umowy o readmisji – wiązała się z zastosowaniem obligatoryjnej detencji, a otwarte ośrodki recepcyjne w Grecji zostały zamienione w zamknięte obozy, w których osoby poszukujące ochrony międzynarodowej pozbawiono wolności w celu ułatwienia ich przymusowego powrotu do Turcji[374]. Komisja Europejska autorefleksyjnie stwierdziła, że istnieje związek pomiędzy umowami readmisyjnymi a międzynarodowymi standardami praw człowieka i prawa uchodźczego, jak również, że w praktyce występują trudności, które mogłyby doprowadzić do naruszeń fundamentalnych praw podczas ich realizacji[375].

W związku z tym za pewne minimum uważa się wprowadzanie do porozumień readmisyjnych klauzul dotyczących przestrzegania przez Państwa-Strony konkretnych umów międzynarodowych, które gwarantowałyby poszanowanie praw cudzoziemców, a w szczególności zasady *non refoulement*[376]. Natomiast klauzule jedynie ogólnie odnoszące się do nienaruszania praw człowieka są

---

[372] Zob. R. Cholewinski, *European Union Policy on Irregular Migration: Human Rights Lost?*, [w:] B. Bogusz R. Cholewinski, A. Cygan, E. Szyszczak (red.), *IrregularMigration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden–Boston 2004, s. 159–192; D. Bouteillet-Paquet, *Passing the Buck…*, op. cit., s. 359–377.

[373] Por. N.A. Abell, *The Compatibility of Readmission Agreements with the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, „International Journal of Refugee Law" 1999, t. 11, nr 1, s. 60–83. Jednocześnie trzeba zauważyć, że w Maroku – podobnie jak w Tunezji – penalizowany jest nielegalny wyjazd z kraju. W konsekwencji osoby poddane readmisji są narażone na ryzyko uwięzienia lub grzywny.

[374] Por. D. Ghezelbash, *Legal Transfers…*, op. cit., s. 254; zob. także stanowisko UNHCR, *Legal Considerations on the Return of Asylum-Seekers and Refugees from Greece to Turkey as Part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under the Safe Third Country and First Country of Asylum Concept*, 23.03.2016, https://www.unhcr.org/56f3ec5a9.pdf [dostęp: 05.10.2023].

[375] KE, *Evaluation of EU Readmission Agreements*, COM(2011) 76 final, Brussels, 23.02.2011, s. 10–11.

[376] Por. ZP RE, *Resolution 1741* (2010), *Readmission Agreements: A Mechanism for Returning Irregular Migrants*, 22.06.2010, m.in. § 6.1., § 6.5.

obecnie postrzegane jako niewystarczające[377]. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że problemem wydaje się nie tyle sam tekst umów, ile praktyczna ich realizacja[378], zwłaszcza zaś rozwój pozaumownych nieformalnych praktyk oraz instrumentów, które pozostają poza jakąkolwiek kontrolą[379] choćby z powodu utajnienia ich szczegółów przed opinią publiczną[380].

Ponadto znaczenie mają skutki zawieranych umów międzynarodowych[381] zwłaszcza w sytuacji, gdy jedną ze stron jest państwo mające trudności w przyjęciu dużych grup migrantów, czego przykładem może tu być porozumienie UE-Albania. W momencie zawierania umowy readmisyjnej z Albanią instytucjom Unii znana była okoliczność, iż w tym państwie cudzoziemcy są poddawani długotrwałej detencji w niezwykle trudnych warunkach. Powodem niezwykle długiego okresu pozbawienia wolności były zarówno brak współpracy po stronie państw pochodzenia cudzoziemców, przedłużające się procedury weryfikacji tożsamości, jak i trudności finansowe związane z organizowaniem przymusowych powrotów przez niezamożne państwo[382]. W konsekwencji transfer restrykcyjnej polityki migracyjnej – zaznaczmy połączony z wątpliwościami instytucji UE odnośnie do warunków detencji[383] – stał się jedną z przyczyn braku faktycznej realizacji gwarancji dotyczących poszanowania praw człowieka w obszarze przyjmowania i warunków detencji osób zawracanych na terytorium Albanii[384].

---

[377] Zob. szerzej S. Dedja, *Human Rights in the EU Return Policy: The Case of the EU-Albania Relations*, „European Journal of Migration and Law" 2012, t. 14, nr 1, s. 95–114; C. Phuong, *Minimum Standards for Return Procedures and International Human Rights Law*, „European Journal of Migration and Law" 2007, t. 9, nr 1, s. 120–124; M. Panizzon, *Readmission Agreements of EU Member States: A Case for EU Subsidiarity or Dualism?*, „Refugee Survey Quarterly" 2012, t. 31, nr 4, s. 101–133.

[378] Por. M. Janmyr, Ö.G. Skribeland, *Human Rights References in Norway's Readmission Agreements: (How) Do They Protect?*, „Nordic Journal of Human Rights" 2020, t. 38, nr 1, s. 29.

[379] H. Caron, *Refugees, Readmission Agreements, and „Safe" Third Countries: A Recipe for Refoulement?* „Journal of Regional Security" 2017, t. 12, nr 1, s. 37; por. *Readmission Agreements: A Mechanism for Returning Irregular Migrants*, § 32.

[380] Por. S. Klepp, *A Contested Asylum System: The European Union between Refugee Protection and Border Control in the Mediterranean Sea*, „European Journal of Migration and Law" 2010, t. 12, nr 1, s. 4. Stąd też w § 6.16 cytowanej Rezolucji 1741 (2010) postuluje się, aby wszystkie takie umowy zawsze miały charakter publiczny.

[381] W *Resolution 1741* (2010) wzywa się państwa do przeprowadzania badań ilościowych i jakościowych dotyczących funkcjonowania i wpływu umów o readmisji, których są stronami, zarówno w krajach przyjmujących, jak i wysyłających, w celu ustalenia, czy mogą one skutkować naruszeniami praw człowieka, § 6.15.

[382] Por. S. Dedja, *Human Rights in the EU…*, op. cit., s. 105–106.

[383] KE, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Commission opinion on Albania's application for membership of the European Union*, COM(2010) 680, 9.11.2010, s. 7–8 – przy czym trzeba zastrzec, że tu przede wszystkim odnoszono się ogólnie do warunków pozbawienia wolności w tym państwie.

[384] S. Dedja, *Human Rights in the EU…*, op. cit., s. 106.

4. KONKLUZJE

Kluczowe dla niniejszego rozdziału było przeprowadzenie oceny bezprawnej lub arbitralnej detencji cudzoziemców w odniesieniu do elementów innych niż wolność i bezpieczeństwo osobiste jednostki. Diagnozy w tym przedmiocie mogą być stawiane zarówno w skali pewnych ogólnych prawidłowości i mechanizmów, jak również jednoczesnego naruszenia innych niż prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego standardów praw człowieka.

Z przeanalizowanego orzecznictwa i doktryny daje się odtworzyć zespół kryteriów wskazujących na represyjne i karne w swej istocie funkcje detencji cudzoziemców. Kluczowe znaczenie ma tutaj obiektywna dolegliwość pozbawienia wolności połączona ze zbliżonym do więziennego reżimem, która sama w sobie stanowi nieproporcjonalny poziom ingerencji w prawa cudzoziemców. Jednocześnie jeśli jest stosowana bez zindywidualizowanej oceny każdego przypadku, nabiera cech środka równoważnego sankcji karnej.

Zasadne jest stwierdzenie, że funkcje detencji są w poszczególnych państwach zróżnicowane i nie występują z jednolitym natężeniem, a niekiedy funkcje te są spełniane równolegle. Z jednej strony jest to środek, który ma zapobiegać zachowaniom, które uniemożliwiłyby realizację stricte administracyjnych celów, czyli na przykład przeprowadzenie deportacji. W tym znaczeniu prewencyjne funkcje detencji są legitymowane prawem. Z drugiej strony detencja w niektórych państwach jest używana jako instrument ochrony porządku publicznego. Dzieje się to po pierwsze na poziomie traktowania cudzoziemców w sytuacji nieregularnej jako grupy potencjalnie niebezpiecznej. Po drugie na poziomie traktowania prawa migracyjnego oraz karnego jako wymiennych i równoważnych instrumentów ochrony społeczeństwa przed niebezpiecznymi zachowaniami. Po trzecie wprowadza się elementy prawnokarne do przesłanek dopuszczalności detencji, z czego za najdalej idące należy uznać podejrzenie, że być może dana osoba popełni przestępstwo.

Na uwagę zasługuje również, że detencja cudzoziemców nie jest jedynie ingerencją w prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Przede wszystkim, niezwykle często pozostaje w związku z naruszeniem zakazu tortur, nieludzkiego oraz poniżającego karania lub traktowania, a także arbitralną ingerencją w prawo do poszanowania życia prywatnego oraz rodzinnego.

Ostatnie i niejako zamykające te rozważania jest zagadnienie dobrej wiary. W systemie praw człowieka jest ona ulokowana na dwóch poziomach zobowiązań wynikających z traktatów praw człowieka. Po pierwsze jest ona elementem, który jest immanentny dla oceny zgodności pozbawienia wolności z art. 5 ust. 1 lit. f EKPC i odnosi się do pytania, czy detencja miała miejsce

rzeczywiście w celu uprawnionym i czy w danym przypadku nie doszło do elementów oszustwa czy obejścia prawa przez Państwo-Stronę. Drugi element, który zasadniczo jest na razie nieobecny w orzecznictwie strasburskim, to ocena, czy arbitralność pozbawienia wolności nie wykracza poza jednostkowy przypadek i raczej należałoby powiedzieć, że jest elementem szerszej polityki polegającej na traktowaniu tego instrumentu w kategoriach represyjnych, prewencyjnych oraz wymuszających na cudzoziemcach określone decyzje w zakresie wjazdu.

ZAKOŃCZENIE

Detencja cudzoziemców jako instrument kontroli migracji pojawiła się w przepisach prawnych poszczególnych państw na przełomie XIX i XX w. Niemniej jednak dopiero pod koniec XX stulecia w Europie stała się ona środkiem rozpowszechnionym w tym znaczeniu, że zaczęto po nią sięgać na zasadzie reguły i wprowadzono ją w państwach, w których takich rozwiązań wcześniej nie było. Traktowanie detencji jako zwykłego oraz immanentnego dla prawa i polityki migracyjnej instrumentu znajduje tym mocniejsze uzasadnienie, że coraz liczniejszy napływ cudzoziemców w sytuacji nieregularnej jest postrzegany w kategoriach kryzysu i stanu nadzwyczajnego w związku z masową migracją.

Fundamentem, na którym opiera się dopuszczalność stosowania detencji w prawie międzynarodowym praw człowieka, jest konieczność zachowania balansu pomiędzy prawem państwa do kontroli nad wjazdem i pobytem cudzoziemców na jego terytorium a prawem do wolności i bezpieczeństwa osobistego jednostki. Podobnie jest ukształtowana treść przepisów prawa krajowego. Wyważenie tych dwóch elementów jest silnie zdeterminowane faktem, że obecnie migracja nieregularna jawi się jako obszar zagrożeń bezpieczeństwa państwa i jest postrzegana jako zjawisko uderzające w istotę suwerenności, rozumianej przecież jako zdolność państwa do kontroli nad własnym terytorium, a także w jego dobrobyt i stabilność. Wpływa to w istotny sposób na ocenę zasadności stosowania detencji i czyni postulaty wyeliminowania tego środka, jako nieproporcjonalnego, coraz dalszymi od możliwości realizacji.

Prawnomiędzynarodowy standard ochrony praw jednostki czyni dopuszczalnym pozbawienie wolności jednostki w celu zapobieżenia nielegalnemu wjazdowi lub w celu przeprowadzenia deportacji. Taka detencja musi mieć podstawę prawną, być zgodna z prawem i pozostawać w ścisłym związku z celem uprawnionym. W przypadku cudzoziemców ten ostatni element wiąże się z regułą, iż pozbawienie wolności nie powinno mieć miejsca w więzieniach ani też w warunkach o charakterze zbliżonym do więziennych. Standardem, którego się wymaga, jest zapewnienie odpowiednich warunków pozbawienia wolności rodzinom z dziećmi. Jednocześnie na poziomie prawnomiędzynarodowym wymaga się zachowania proceduralnych elementów ochrony jednostki przed arbitralnością. Obejmuje on poinformowanie o przyczynach pozbawienia wolności

w języku zrozumiałym. Na uwagę zasługuje, iż w standardach konwencyjnych nie wymaga się, aby detencja była stosowana sądowo. Wymóg kontroli sądowej uważa się za spełniony, jeśli jest ona zapewniona na wniosek.

Niejako równolegle można zaobserwować przejawy głębokiego kryzysu praw cudzoziemców. Co wydaje się istotne, proces ten jest uwarunkowany politycznie i sprowadza się do przyzwolenia na kształtowanie sytuacji faktycznej cudzoziemców w taki sposób, że znajdują się oni w przestrzeni ograniczonego dostępu do ochrony prawnej w danym państwie. Dotyczy to w sposób szczególny możliwości skorzystania z praw jednostki gwarantowanych w międzynarodowym reżimie praw człowieka i przejawia się na poziomie implementacji oraz wykonywania zobowiązań prawnomiędzynarodowych wynikających z traktatów.

Jeśli chodzi o standardy europejskie, z punktu widzenia autorki, kluczowym zagadnieniem pozostaje sposób, w jaki Europejski Trybunał Praw Człowieka ocenia proporcjonalność detencji cudzoziemców. Obecnie w ocenie Trybunału strasburskiego wymagania stawiane Państwu-Stronie na podstawie art. 5 ust. 1 lit. f EKPC nie zawierają kryterium niezbędności detencji w stosunku do dorosłych cudzoziemców. Jak to zostało szczegółowo wyjaśnione, dzieje się tak na podstawie wykładni literalnej Konwencji przyjmowanej przez ETPC. Jest to stanowisko utrzymujące się od lat, a jednocześnie charakterystyczne właściwie tylko dla systemu EKPC. W systemie uniwersalnym, międzynarodowym prawie uchodźczym oraz w prawie UE wymaga się, aby pozbawienie wolności było środkiem ostatniej instancji, po rozważeniu środków alternatywnych. Przyjmowany przez ETPC punkt widzenia, iż wystarczające jest działanie państwa w dobrej wierze i powiązanie detencji z celem wskazanym w art. 5 ust. 1 lit f EKPC, świadczy o postrzeganiu przez Trybunał kontroli nad ruchem osobowym jako przestrzeni bardzo szerokiego marginesu swobody działania państwa. Trzeba jednak przy tym zauważyć, iż kryterium niezbędności jest obecne w systemie konwencji pośrednio. Mianowicie jest ono wymagane do spełnienia, jeśli tak stanowi prawo krajowe. Ponadto Trybunał strasburski czyni wyjątek w zakresie detencji dzieci. W takich przypadkach ETPC, powołując się na szeroki konsensus międzynarodowy, wymaga, aby pozbawienie wolności małoletnich było środkiem ostatecznym i powinno trwać jak najkrócej.

Kolejny element wydaje się stosunkowo mało istotny, ale zdaniem autorki ma duże znaczenie. Mianowicie ocena, czy detencja cudzoziemców nie była arbitralna, obejmuje kryterium jej wykonywania w warunkach odmiennych niż w więzieniach, a także standard oddzielenia cudzoziemców od więźniów. Jednak trudno o precyzyjne wskazanie co to dokładnie oznacza. Odpowiedzi udzielają tutaj – częściowo i stosunkowo skąpo – jedynie przepisy prawa UE. Natomiast ani w systemie Rady Europy, ani w systemie uniwersalnym nie wypracowano

jak dotąd dokumentu, który w sposób kompleksowy odnosiłby się do warunków pozbawienia wolności cudzoziemców.

Analiza przepisów i praktyki badanych państw europejskich skłania do wniosku, że istnieje normatywny model przepisów prawa, które dotyczą detencji cudzoziemców. Jest on odzwierciedleniem standardów praw człowieka, norm prawa UE oraz konstytucyjnych regulacji badanych państw w zakresie ochrony przed arbitralnym pozbawieniem wolności. W ocenie autorki występuje on niezależnie od tego, czy chodzi o państwa tranzytowe, takie jak Bułgaria, czy też o państwa docelowe dla migrantów, takie jak Niemcy lub Królestwo Niderlandów. Można też stwierdzić, iż państwa reagują podobnie na takie same problemy. Jeśli w danym państwie rośnie liczba prób nielegalnego przekroczenia granicy, pojawia się przyzwolenie na stosowanie krótkotrwałego pozbawienia wolności, które ma służyć jak najszybszej deportacji, czego przykłady odnotowano w Bułgarii, Francji, Hiszpanii, a ostatnio także w Polsce.

Wydaje się istotne na tym tle, aby w tym miejscu wskazać w pierwszej kolejności, iż państwa instrumentalizują prawo, używając mechanizmów mających ukryć, że w ogóle doszło do pozbawienia wolności cudzoziemca. Wymienić tu trzeba zwłaszcza eufemizację – czyli nadawanie ośrodkom detencyjnym nazw nieadekwatnych do celów, którym służą – oraz stosowanie detencji *de facto*. Można zatem powiedzieć, iż pierwszym problemem z zakresu praw człowieka jest sama możliwość skorzystania przez cudzoziemców pozbawionych wolności z praw przysługujących im w takiej sytuacji. Ponadto punktem newralgicznym dla uruchomienia gwarancji prawnych związanych z ochroną przed arbitralnością detencji jest – bardzo cienka, i niejednokrotnie ustalana *in casu* – granica pomiędzy ograniczeniami wolności poruszania się a pozbawieniem wolności.

Niewątpliwie przepisy prawa dotyczące detencji cudzoziemców nadają jej charakter administracyjny, a jej zastosowanie łączy się z przeprowadzaniem procedur związanych z wydaleniem cudzoziemca lub udzielania ochrony międzynarodowej. Z wyjątkiem Szwecji przesłanki pozbawienia wolności w procedurach wydalenia oraz azylowych kształtują się odmiennie. Niemniej ze względu na dynamikę zmian swojego statusu cudzoziemcy są poddawani detencji na podstawie jednych i drugich przepisów. Charakterystyczne jest także, że nawet jeśli w jakimś państwie nie poddaje się detencji osób poszukujących ochrony międzynarodowej, to wyjątkiem pozostają ci, którzy złożyli wniosek o udzielenie ochrony już po wydaniu decyzji o wydaleniu.

Prawnomiędzynarodowy standard ostateczności detencji dzieci ma odzwierciedlenie w prawodawstwie poszczególnych państw, natomiast w praktyce jego zastosowanie napotyka trudności w takich obszarach, jak: detencja dziecka razem z rodziną ze względu na nieregularny status rodziców, błędna ocena wieku oraz

arbitralne przypisywania małoletnim bez opieki opiekunów, z którymi nie mają one żadnych więzi.

Wnioskiem ogólnym, który płynie z analizy szczegółowych przesłanek stosowania tego środka jest ten, iż detencja jest dopuszczalna w szerokich okolicznościach wobec osób, których status nie jest uregulowany. W praktyce w państwach europejskich wśród osób pozbawionych wolności dominują obywatele państw spoza Europy, ponieważ to właśnie ci cudzoziemcy poszukują ochrony międzynarodowej lub znajdują się w sytuacji nieregularnej.

We wszystkich przebadanych państwach brak dokumentów tożsamości lub nielegalny wjazd uzasadniają pozbawienie wolności. Funkcjonują one bądź jako samodzielne kryterium, bądź wpisują się w prawdopodobieństwo ucieczki cudzoziemca albo mają świadczyć o unikaniu lub utrudnianiu wydalenia. Trzeba przy tym odnotować, że kryteria oceny ryzyka ucieczki są bardzo liczne, albo też sformułowane bardzo ogólnie. W obu przypadkach skutek jest podobny w tym znaczeniu, że liczba sytuacji, w których można orzec o detencji ze względu na ryzyko ucieczki, jest duża. Następnie regułą jest, że zarówno w przypadku procedur wydalenia, jak i procedur udzielania ochrony międzynarodowej, uzasadnieniem detencji jest ochrona bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego. Następnie trzeba zwrócić uwagę na przesłanki natury prawno-karnej. W Niemczech oraz w Królestwie Niderlandów skazanie za popełnienie przestępstwa jest przesłanką uzasadniającą detencję w procedurach zmierzających do wydalenia. W Szwecji wystarczające jest prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa. We Francji osoby odbywające karę pozbawienia wolności mają być deportowane w pierwszej kolejności. W Hiszpanii również obserwuje się szczególny nacisk na wydalenia osób z przeszłością kryminalną, a dodatkowo w tym państwie popełnienie przestępstwa może być podstawą do wydalenia. Dodatkowo pewnym ogólnym zjawiskiem jest łączenie migracji nieregularnej jako takiej z zagrożeniem porządku lub bezpieczeństwa publicznego, co znajduje jeszcze uzasadnienie w kryminalizacji nielegalnego przekraczania granicy.

W tym miejscu warto zaznaczyć, iż przesłanki wskazywane w prawie krajowym mają swoje obiektywne podstawy i nie chodzi tutaj o kwestionowanie ich obowiązywania w ogóle. Nie można bowiem zapominać, iż wskazane powody zastosowania pozbawienia wolności nie są jedynym elementem przesądzającym o tym, czy do detencji dojść powinno.

W przepisach prawa krajowego wymaga się istnienia ścisłego związku pomiędzy pozbawieniem wolności a jego celem. Znajduje on odzwierciedlenie w unormowaniach nakazujących zwolnienie, jeśli cel jest niewykonalny.

Rozważania przeprowadzone w zakresie proporcjonalności detencji prowadzą do wniosku, że we wszystkich przebadanych państwach – wyjątek stanowi

Hiszpania – przewiduje się możliwość zastosowania środków alternatywnych do detencji. Natomiast nie zawsze wprost ustawodawca formułuje obowiązek rozważenia ich w pierwszej kolejności. Jeśli zaś jest to standard normatywnie wyrażony, jego realizacja w praktyce jest daleka od stanu postulowanego. Można powiedzieć, że w praktyce badanych państw dominują przypadki pozbawienia wolności, a środki alternatywne stanowią raczej wyjątek. Zagadnienie to należy postrzegać w ścisłym związku z automatyzmem decyzji zarówno administracyjnych, jak i sądowych, któremu towarzyszy brak pogłębionej oceny organów stosujących prawo, czy rzeczywiście nie można zastosować środków o charakterze wolnościowym. Fasadowość kontroli sądowej detencji cudzoziemców jest problemem zaobserwowanym w praktyce wszystkich państw omawianych w niniejszej monografii.

Następnie problemem o charakterze powszechnym jest ograniczony dostęp do tłumacza i pomocy prawnej, co w przypadku cudzoziemców jest warunkiem sine qua non skuteczności korzystania z prawa do kontroli sądowej detencji. Na tym tle trzeba podnieść, że we Francji, Hiszpanii, w Polsce oraz w Bułgarii wystąpiły przypadki stosowania detencji *de facto*, która nie podlegała kontroli sądowej.

Cele detencji są określone w przepisach prawa, jednak w praktyce badanych państw pozbawienie wolności cudzoziemców jest używane także jako środek dodatkowo lub zamiennie spełniający inne funkcje. Dotyczy to w głównej mierze Królestwa Niderlandów oraz Hiszpanii, gdzie prawo migracyjne i karne traktowane się jako wymienne lub równoważne instrumenty ochrony społeczeństwa przed niebezpiecznymi zachowaniami. W pozostałych badanych państwach aż tak daleko idące związki detencji cudzoziemców z prawem karnym nie zachodzą.

Po przeprowadzeniu szczegółowych badań za uprawnioną uznać należy tezę, że nawet jeśli detencja od strony formalnoprawnej ma charakter administracyjnoprawny, to jednak od strony skutków oddziaływania, jest ona środkiem w swojej dolegliwości zbliżonym do prawnokarnego pozbawienia wolności i potencjalnie represyjnym. Ów potencjał represyjności bierze się z połączenia dolegliwości detencji z łatwością jej używania jako środka odpłaty za nielegalne przekroczenie granicy lub nielegalny pobyt na terytorium danego państwa.

Detencja jest używana jako instrument odstraszania i oddziaływania na cudzoziemców w zakresie migracji oraz decyzji w zakresie poszukiwania ochrony międzynarodowej. Z tymi zjawiskami w sposób ścisły łączy się twierdzenie, że arbitralność stosowania detencji jest zarówno skutkiem, jak i przyczyną ekskluzji społecznej oraz ograniczonego dostępu do ochrony prawnej cudzoziemców. Rozumieć przez to należy, że cudzoziemcy nie są postrzegani jako istoty wolne, które można pozbawić wolności tylko w wyjątkowych okolicznościach,

lecz jako osoby, które powinny przebywać w ośrodkach detencyjnych, i na zasadzie wyjątku mogą pozostawać na wolności.

Jeśli państwo stosuje w sposób intencjonalny środki detencyjne w celach innych niż traktatowo określone, to należy je po pierwsze kwalifikować jako środki zastraszania cudzoziemców. Ponadto automatyczne pozbawianie wolności w złych warunkach bez należytego rozpatrzenia środków alternatywnych w określonych sytuacjach powoduje, iż detencja traci charakter środka administracyjnego, przybierając postać kary – odpłaty za nielegalny wjazd, pobyt czy złożenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej. Dostrzegać trzeba, iż we wszystkich przebadanych państwach reżim pozbawienia wolności cudzoziemców jest równoważny warunkom więziennym. Inną kwestią jest, że według licznych dokumentów zaprezentowanych w tej monografii warunki bytowe w ośrodkach detencyjnych są złe. Wyjątek stanowi tu Królestwo Niderlandów, co nie zmienia faktu, iż reguły obowiązujące w tamtejszych ośrodkach detencyjnych są wzorowane na tych przyjętych w aresztach karnych. Jeśli chodzi o pozostałe państwa, najbardziej powszechne są problemy w zakresie zapewnienia odpowiedniego poziomu opieki zdrowotnej. Ponadto przedmiotem zastrzeżeń organów praw człowieka było przeludnienie, zaniedbania w zakresie umeblowania i brak nawet elementarnej higieny. W tym zakresie cudzoziemcy niewątpliwie stykają się z traktowaniem gorszym niż więźniowie w zakładach karnych. W latach 2021–2022 problem ten dotyczył także Polski. W konsekwencji uzasadnione staje się twierdzenie, iż detencja cudzoziemców pozostaje w praktycznym i nieustającym związku z naruszeniami zakazu złego traktowania. Ze względu zaś na wciąż rozległą praktykę pozbawiania wolności rodzin i dzieci do zarzutów stale podnoszonych przed ETPC należy dodać naruszenie art. 8 EKPC, a więc prawa do prywatności i poszanowania życia rodzinnego.

Jeśli eufemizacja, manipulowanie przepisami prawa, automatyzm detencji i stosowanie jej w celu zastraszenia cudzoziemców przybierają postać systemową, w ocenie autorki nie mogą być one kwalifikowane wyłącznie jako pojedyncze naruszenia w przepisów dotyczących zakazu bezprawnego i arbitralnego pozbawienia wolności. W takich sytuacjach w sposób najgłębszy pozostają one sprzeczne z zasadą wykonywania zobowiązań międzynarodowych w dobrej wierze i powinny być oceniane także z punktu widzenia art. 18 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Kończąc niniejsze rozważania, należałoby zadać pytanie o ewentualne postulaty, które mogłyby służyć poprawie zarysowanego stanu rzeczy. Autorka tej monografii jest głęboko przekonana o konieczności postrzegania pozbawienia wolności jako wyjątku od reguły, również w sprawach, które dotyczą kontroli państwa nad ruchem osobowym na jego terytorium. Z jednej strony postulowanie

przyjęcia przez Europejski Trybunał Praw Człowieka kryterium niezbędności jako elementu oceny naruszenia art. 5 EKPC w stosunku do dorosłych cudzoziemców wydaje się tyleż zasadne, co mało prawdopodobne do realizacji. Z drugiej strony wydaje się ważne, aby niezwykle skrupulatnie kontrolować przestrzeganie granic ingerencji w wolność osobistą cudzoziemców, które państwa same sobie wytyczają w prawie krajowym, mając na uwadze, iż swoboda działania organów władzy jest tutaj szeroka.

Z tej monografii dość jasno wynika, że problem nie tkwi w samych przepisach prawa, lecz raczej w ich stosowaniu, a zwłaszcza w przyzwoleniu na to, aby w praktyce określone gwarancje prawne pozostawały martwą literą. W sposób podstawowy wymaga to przede wszystkim zmian mentalnych, choćby polegających na stałym uświadamianiu sędziom, jak dolegliwe jest umieszczenie w ośrodku detencyjnym, w połączeniu ze zwiększaniem zakresu stosowania środków alternatywnych. Kluczowe staje się rozumienie, iż te ostatnie środki pozwalają zachować kontrolę państwa nad cudzoziemcem. W tym kontekście znaczącej poprawy wymagają standardy dostępności i jakości kontroli sądowej, jak również nakłady finansowe, które podniosłyby poziom dostępności tłumaczeń oraz bezpłatnej pomocy prawnej. Równie ważne jest egzekwowanie przepisów prawa krajowego dotyczących umożliwiania cudzoziemcom kontaktu ze światem zewnętrznym. Następnie istotnej korekcie powinno być poddane funkcjonowanie ośrodków detencyjnych poprzez ograniczenie środków bezpieczeństwa do niezbędnego minimum, co powinno wynikać z przyjętych na poziomie międzynarodowym standardów traktowania cudzoziemców pozbawionych wolności w kontekście kontroli państwa nad ruchem osobowym.

BIBLIOGRAFIA

ŹRÓDŁA PRAWA

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, 2.04.1997, Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 348.

Protokół uzupełniający do Konwencji ONZ przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej dot. zapobiegania, zakazu i karania handlu ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, Dz.U. z 2005 r. Nr 18, poz. 162.

Protokół przeciwko przemytowi migrantów drogą morską, lądową i powietrzną, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, Dz.U. z 2005 r. Nr 18, poz. 162.

Traktat o Unii Europejskiej, Maastricht 1992, Dz. Urz. UE C 191 1992, s. 1 wersja skonsolidowana, Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 1.

Konwencja o prawach dziecka, 20.11.1989, Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

Protokół dotyczący Międzynarodowej konwencji o bezpieczeństwie życia na morzu, 1974, sporządzony w Londynie 11.11.1988, Dz.U. z 2008 r. Nr 191, poz. 1173 ze zm.; t.j. z 2015.

Protokół dotyczący Międzynarodowej konwencji o bezpieczeństwie życia na morzu, 1974, 17.02.1978, Dz.U. z 1984 r. Nr 61, poz. 320.

Międzynarodowa konwencja o bezpieczeństwie życia na morzu, 1.11.1974 r., Dz.U. z 1984 r. Nr 61, poz. 318 ze zm.

Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, 23.05.1969, Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

Protokół dot. statusu uchodźców sporządzony w Nowym Jorku 31.01.1967, Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 517 i 518.

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, 16.12.1966, Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, 19.12.1966, Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169.

Konwencja w sprawie likwidacji dyskryminacji rasowej, 7.03.1966, Dz.U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187.

Traktat o Funkcjonowaniu UE (wersja skonsolidowana), 25.03.1957, Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 1.

Konwencja o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV konwencja genewska), 12.08.1949, Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171, załącznik.
Konwencja dotycząca statusu uchodźców, 28.07.1951, Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515.
Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, 4.11.1950, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.
Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, 10.12.1948, Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A.
Konwencja Wykonawcza do Układu z Schengen z dnia 14.06.1985 r. między Rządami Państw Unii Gospodarczej Beneluksu, Republiki Federalnej Niemiec oraz Republiki Francuskiej w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach, 19.06.1990, Dz. Urz. UE L 239 z 22.09.2000 r., s. 19.
Ustawa z dnia 12.12.2013 r. o cudzoziemcach, Dz.U. z 2024 r., poz. 769.
Ustawa z dnia 15.06.2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 2012 r., poz. 769.
Ustawa z dnia 13.06.2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP Dz.U. z 2023 r., poz. 1504.
Ustawa z dnia 14.07.2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej oraz członków ich rodzin, Dz.U. z 2024 r., poz. 633.
Ustawa z dnia 6.06.1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553, t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 17.
Ustawa z dnia 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555, t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 37.
Ustawa z dnia 12.10.1990 r. o straży granicznej, Dz.U. z 2024 r., poz. 1562.
Ustawa z dnia 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 2023 r., poz. 2119.
Ustawa z dnia 19.04.1969 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94 z późn. zm.
Ustawa z dnia 29.03.1963 r. o cudzoziemcach, Dz.U. z 1992 r. Nr 7, poz. 30.
Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 2.09.2021 r. w sprawie wprowadzenia stanu wyjątkowego na obszarze części województwa podlaskiego oraz części województwa lubelskiego, Dz.U. z 2021 r., poz. 1612.
Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4.02.2020 r. w sprawie wykonywania niektórych uprawnień przez funkcjonariuszy Straży Granicznej, Dz.U. z 2020 r., poz. 187.
Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20.06.2011 r. w sprawie warunków, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia w jednostkach organizacyjnych Straży Granicznej przeznaczone

dla osób zatrzymanych, oraz regulaminu pobytu w tych pomieszczeniach, Dz.U. z 2011 r. Nr 143, poz. 843, t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1266.

Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 26.08.2004 r. w sprawie strzeżonego ośrodka dla cudzoziemców w Lesznowoli, Dz.U. z 2004 r. Nr 190, poz. 1952.

Rozporządzenie MSWiA z 27.06.2002 r. w sprawie trybu przeprowadzania badań lekarskich osób zatrzymanych przez funkcjonariuszy Straży Granicznej, Dz.U. z 2002 r. Nr 98, poz. 893.

Dekret z dnia 23.03.1956 r. o ochronie granic państwowych, Dz.U. z 1956 r. Nr 9, poz. 51 z późn. zm.

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 23.12.1927 r. o granicach Państwa, Dz.U. z 1927 r. Nr 117, poz. 996.

Zarządzenie nr 23 MSW z 1.07.2014 r. w sprawie pomieszczeń, w których wykonuje się areszt dla cudzoziemców, Dz. Urz. MSW z 2014 r., poz. 44.

Źródła prawa wtórnego UE

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1351 z dnia 14.05.2024 r. w sprawie zarządzania azylem i migracją, zmiany rozporządzeń (UE) 2021/1147 i (UE) 2021/1060 oraz uchylenia rozporządzenia (UE) nr 604/2013, Dz. Urz UE L 1351 z 22.05.2024 r.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1359 z dnia 14.05.2024 r. w sprawie reagowania na sytuacje kryzysowe i sytuacje spowodowane działaniem siły wyższej w dziedzinie migracji i azylu oraz w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) 2021/1147, Dz. Urz. UE L 1359 z 22.05.2024 r.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1356 z dnia 14.05.2024 r. w sprawie wprowadzenia kontroli przesiewowej obywateli państw trzecich na granicach zewnętrznych oraz zmiany rozporządzeń (WE) nr 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 i (UE) 2019/817, Dz. Urz. UE L 1356 z 22.05.2024 r.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1896 z dnia 13.11.2019 r. w sprawie Europejskiej Straży Granicznej i Przybrzeżnej oraz uchylenia rozporządzeń (UE) nr 1052/2013 i (UE) 2016/1624, Dz. Urz. UE L 295 z 14.11.2019 r., s. 1.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/1152 z dnia 7.07.2021 r. w sprawie zmiany rozporządzeń (WE) nr 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1860, (UE) 2018/1861 oraz (UE) 2019/817 w odniesieniu do ustanowienia warunków dostępu do innych systemów informacyjnych UE do celów europejskiego systemu

informacji o podróży oraz zezwoleń na podróż, Dz. Urz. UE L 249 z 14.07.2021 r., s. 15.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1240 z dnia 12.09.2018 r. ustanawiające europejski system informacji o podróży oraz zezwoleń na podróż (ETIAS) i zmieniające rozporządzenia (UE) nr 1077/2011, (UE) nr 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 i (UE) 2017/2226, Dz. Urz. UE L 236 z 19.09.2018 r., s. 1.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/399 z dnia 9.03.2016 r. w sprawie unijnego kodeksu zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen), t.j. Dz. Urz. UE L 77 z 23.03.2016 r., s. 1.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 656/2014 z dnia 15.05.2014 r. ustanawiające zasady ochrony zewnętrznych granic morskich w kontekście współpracy operacyjnej koordynowanej przez Europejską Agencję Zarządzania Współpracą Operacyjną na Granicach Zewnętrznych państw członkowskich Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE L 189 z 27.06.2014 r., s. 93.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 604/2013 z dnia 26.06.2013 r. w sprawie ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich złożonego przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca (wersja przekształcona), Dz. Urz. UE L 180 z 29.06.2013 r., s. 31.

Rozporządzenie Rady (WE) nr 343/2003 z dnia 18.02.2003 r. ustanawiające kryteria i mechanizmy określania państwa członkowskiego właściwego dla rozpatrywania wniosku o azyl, wniesionego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego, Dz. Urz. UE L 50 z 25.02.2003 r., s. 1.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1346 z dnia 14.05.2024 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania osób ubiegających się o ochronę międzynarodową Dz. Urz. UE L 1346 z 22.05.2024 r.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2013/33/UE z dnia 26.06.2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (wersja przekształcona), Dz. Urz. UE L 180 z 29.06.2013 r., s. 96.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/52/WE z dnia 18.06.2009 r. przewidująca minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich, Dz. Urz. UE L 168 z 30.06.2009 r., s. 24.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/115/WE z dnia 16.12.2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, Dz. Urz. UE L 348 z 24.12.2008 r., s. 98.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/38/WE z dnia 29.04.2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylającej dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG, Dz. Urz. UE L 158 z 30.04.2004 r., s. 77.

Dyrektywa Rady nr 2001/55/WE z dnia 20.07.2001 r. w sprawie minimalnych standardów przyznawania tymczasowej ochrony na wypadek masowego napływu wysiedleńców oraz środków wspierających równowagę wysiłków między Państwami Członkowskimi związanych z przyjęciem takich osób wraz jego następstwami, Dz. Urz. UE L 212 z 7.08.2001 r., s. 12.

Decyzja wykonawcza Rady (UE) 2022/382 z dnia 4.03.2022 r. stwierdzająca istnienie masowego napływu wysiedleńców z Ukrainy w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2001 r. 2001/55/WE i skutkująca wprowadzeniem tymczasowej ochrony, Dz. Urz. UE L 71 z 4.03.2022 r., s. 1.

Karta Praw Podstawowych UE, Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 2.

Rada Europejska, Malta Declaration by the Members of the European Council on the External Aspects of Migration: Addressing the Central Mediterranean Route, 3.02.2017, www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/02/03/malta-declaration/.

Komisja Europejska, Zalecenie w sprawie zapewnienia większej skuteczności powrotów zalecenia Komisji (UE) 2017/432, Dz. Urz. UE L 66 z 11.03.2017 r., s. 15.

Komisja Europejska, Zalecenie Komisji (UE) 2017/2338 z dnia 16.11.2017 r. ustanawiające wspólny „Podręcznik dotyczący powrotów" przeznaczony do stosowania przez właściwe organy państw członkowskich wykonujące zadania związane z powrotami, Dz. Urz. UE L 339 z 19.12.2017 r.

Komisja Europejska, Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Europejski Program w zakresie migracji, 13.05.2015 COM(2015) 240 final.

Komisja Europejska, Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu w sprawie polityki UE w zakresie powrotów, COM (2014) 199 końcowy.

Komisja Europejska, Evaluation of EU Readmission Agreements, COM(2011) 76 final, Brussels 23.02.2011.

Parlament Europejski, Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 14.01.2009 r. w sprawie stanu praw podstawowych w Unii Europejskiej w latach 2004–2008 (2007/2145(INI)).

Komisja Euopejska, Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie stosowania dyrektywy 2009/52/WE z dnia 18.06.2009 r. przewidującej minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich, Bruksela 22.05.2014 r., COM (2014) 286 final.

Komisja Europejska, Zielona Księga w sprawie przyszłego wspólnego europejskiego systemu azylowego, 6.06.2007, Com/2007/0301 końcowy/.

Komisja Europejska, Green paper on a community return policy on illegal residents, 10.04.2002, COM/2002/175 final, EUR-Lex-52002DC0175 – EN.

Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on a community return policy on illegal residents, Brussels, 14.10.2002, COM(2002) 564 final.

Inne dokumenty

Komisja Europejska, Wniosek w sprawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie środków wobec przewoźników, którzy ułatwiają handel ludźmi lub przemyt migrantów w związku z nielegalnym wjazdem na terytorium Unii Europejskiej lub zajmują się takim handlem lub przemytem, 23.11.2021 COM (2021) 753 final 2021/0387 (COD).

Komisja Europejska, Wniosek w sprawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (wersja przekształcona), COM (2018) 634, 12.09.2018.

UMOWY MIĘDZYNARODOWE ZAWARTE PRZEZ UNIĘ EUROPEJSKĄ

Umowa między Unią Europejską a Republiką Turcji o readmisji osób przebywających nielegalnie, Dz. Urz. UE L 134 z 7.05.2014 r.

Umowa między Stanami Zjednoczonymi Ameryki a Unią Europejską o wykorzystywaniu danych dotyczących przelotu pasażera oraz przekazywaniu takich danych do Departamentu Bezpieczeństwa Wewnętrznego Stanów Zjednoczonych, Dz. Urz. UE L 215 z 11.08.2012 r., s. 5.

EEC-Turkey Association Agreement, Dz. Urz. WE L. 361, 29.12.1964 (Ankara Agreement) wraz z Protokołem Dodatkowym, 23.11.1970, art. 36–40, Dz. Urz. WE L 361 z 31.12.1977 r., s. 29.

UMOWY MIĘDZYNARODOWE, KTÓRYCH STRONĄ NIE JEST RZECZPOSPOLITA POLSKA

Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonche' norme di coordinamento con l'ordinamento interno, GU Serie Generale n. 44 del 22.02.2024.

Treaty between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the French Republic concerning the reinforcement of cooperation for the coordinated management of their shared border, 18.01.2018, Treaty Series No. 1/2018.

Konwencja w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem, 20.12.2006, UNTS. 2716 (p. 3) I-48088.

Additional Protocol to the Sangatte Protocol on the Establishment of Bureaux Responsible for Controls on Persons Travelling by Train between France and the United Kingdom, 29.05.2000, Treaty Series No. 33/2002.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the French Republic concerning the Carrying of Service Weapons by the Officers of the UK Border Agency on French Territory in Application of the Treaty concerning the Implementation of the Frontier Controls at the Sea Ports of Both Countries on the Channel and North Sea, Treaty Series No. 21/2011.

Protocollo tra i rispettivi ministeri della difesa di attuazione dello scambio di lettere del 25.03.1997, relativo alla collaborazione per la prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico nei due paesi e l'immediato aiuto umanitario quando e' messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'albania.

Protocol between the UK and France concerning frontier controls and policing, Co-operation in Criminal Justice, Public Safety and Mutual Assistance Relating to The Channel Fized Link, 25.11.1991, Treaty Series No. 70/1993.

Konwencja o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących oraz członków ich rodzin, 18.12.1990, UNTS vol. 2220, s. 3.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Rwanda for

the provision of an asylum partnership to strengthen shared international commitments on the protection of refugees and migrants, 5.12.2023.

PRAWO PAŃSTW OBCYCH

Prawo niemieckie

Konstytucja RFN, 23.05.1949, tekst ze zm. 19.12.2022, BGBl. I S. 2478.

Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet, 25.02.2008, BGBl. I S. 162, ostatnie zmiany 20.04.2023 BGBl. I, S. 106.

Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, Gesetz vom 15.08.2019, BGBL 2019 Teil I, Nr 31, S. 1294.

Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008. BGBl. I S. 2586, 2587, das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 19. März 2020 (BGBl. I s. 541) geändert worden ist Asylgesetz, 26.06.1992, BGBl. I s. 1798 ze zmianami 19.06.2020, BGBl. I, S. 1328.

Sozialgesetzbuch (Achtes Buch), 26.06.1990, ze zmianami 21.12.2022, BGBl. I 2022, 56, 28.12.2022, S. 2824.

Gesetz über den Abschiebungsgewahrsam im Land Berlin, 12.10.1995, GVBl. S. 657.

Gesetz über den Vollzug der Abschiebungshaft ausserhalb von Justizvollzugsanstalten, 19.03.1996 r., GVBl. I/96, [Nr. 08], S. 98.

Gesetz über den Abschiebungsgewahrsam, 12.12.2001 r., Brem. GBl. S. 512, 518.

Gesetz über den Vollzug ausländerrechtlicher Freiheitsentziehungsmaßnahmen, 18.12.2017, GVBl. 2017, S. 474.

Abschiebungshaftvollzugsgesetz, 28.06.2018, SächsGVBl. S. 458.

Gesetz über den Vollzug der Abschiebungshaft in Hamburg, 10.04.2018, HmbGVBl. S. 85.

Gesetz über den Vollzug der Abschiebungshaft in Schleswig-Holstein, 5.04.2019, GVOBl. Schl.-H., S. 78.

Prawo hiszpańskie

Konstytucja Hiszpanii, 29.12.1978, Documento consolidado BOE-A-1978-31229.

Ley Orgánica 2/2009, de 11.12.2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Boletin Oficial del Estado BOE núm. 299, 12.12.2009, 104986–105031.

Ley 12/2009, de 30.10.2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, 31.10.2009, Referencia: BOE-A-2009-17242.
Real Decreto 162/2014, de 14.03.2014, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, BOE núm. 64, 15.03.2014, Referencia: BOE-A-2014-2749.
Circular 6/2014 de la Dirección General de la Policía-Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de 11.07.2014, Criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en Centros de Internamiento, Circular DGP--CGEF 6/2014. http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Circular_DGP_CGEF_06_2014.
Protocolo marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos, 28.11.2011.

Prawo niderlandzkie

Konstytucja Królestwa Holandii z 28.03.1814 r., https://wetten.overheid.nl/BWBR0001840/2023-02-22.
Vreemdelingenwet, 23.11.2000, Staatsblad 2000, 495, zm. Staatsblad. 2020, Nr 136.
Besluit van 23.11.2000 tot uitvoering van de Vreemdelingenwet 2000, Staatsblad 2000, 497, AMvB 23.11.2000.
Vreemdelingencirculaire 2000(A), Staatscourant 2023, Nr 9373, 31.03.2023.
Reglement regime grenslogies, 1.04.2001, https://wetten.overheid.nl/BWBR0005848/2001-04-01.

Prawo francuskie

Constitution du 4 octobre 1958, tekst ujednolicony https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.
Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, JORF n° 0209 du 11 septembre 2018.
Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, 22.02.2005, www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070158/.
Loi n° 81-82 du 2.02.1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, JORF 11.06.1983.
Ministre de l'Intérieur, Instruction du 20.11.2017 relative aux objectifs et priorités en matière de lutte contre l'immigration irrégulière, NOR: INT/V/17/30666/J, https://www.gisti.org/spip. php?article5767.

Ministère de l'Intérieur, Eloignement des personnes représentant une menace pour I'ordre public et dessortants de prison, 16.10.2016, https://bit.ly/2pArsXR.

Prawo belgijskie

Arrêté royal sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, 8.10.1981, Moniteur belge 27.10.1981, Num. 1981001949, s. 13740.

Loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, 15.12.1980, Moniteur belge 31.12.1980, Num. 1980121550, s. 14584.

Circulaire du 29 mai 2009 relative à l'identification d'étrangers en séjour irrégulier, Moniteur belge, 15.07.2009, Num. 2009000462.

Prawo bułgarskie

Konstytucja Republiki Bułgarii z 12.07.1991 r., Državen Vestnik (DV) nr 56 z 13.07.1991 r., ostatnie zmiany DV nr 100 z 18.12.2015 r., tekst w wersji anglojęzycznej publikowany przez bułgarski parlament – https://www.parliament.bg/en/const/.

Закон за чужденците в Република България: Обн., ДВ, бр. 153 от 23.12.1998.

Закон за убежището и бежанците, Обн., ДВ, бр. 54 от 31.05.2002, ost. zm. ДВ. бр. 32 от 26 Април 2022.

Prawo włoskie

Decreto Legislativo 113/2018, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4.10.2018, n. 113, (18G00161), GU Serie Generale n. 281, 3.12.2018.

Decreto legislativo 18.08.2015, n. 142 Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonche' della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, (15G00158), GU Serie Generale n. 214, 15.09.2015.

Decreto Legislativo 25.07.1998, n. 286 Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, GU n. 191, 18.08.1998, Suppl. Ordinario n. 139.

Decreto del Capo Dipartimento n. 1287 del 12 4. e 2020.

Ministero dell'interno Circolare 27.11.2002, n. 3154 Oggetto: Convenzione tipo e „linee guida" per la gestione di Centri di Permanenza Temporanea e Assistenza (CPT) e di Centri di Identificazione (CId, già centri d'accoglienza), https://www2.immigrazione.regione.toscana.it/?q=norma&doc=/db/nir/DbPaesi/circolari/_circolare-3154-2002.xml&datafine=20180906.

Prawo Zjednoczonego Królestwa
Nationality and Borders Act 2022, 2022 Chapter 36, 27.04.2022.
Immigration, Asylum and Nationality Act 2006, 2006 Chapter 13, 30.03.2006.
Immigration Act 1971, 1971 Chapter 77, 28.10.1971.
Aliens Restriction Act 1914, 5.08.1914, s. 1 (1), https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1914/12/pdfs/ukpga_19140012_en.pdf.
Aliens Act 1905, 11.08.1905, 5 Edw. 7, Ch. 13.

Prawo irlandzkie
International Protection Act 2015, 30.12.2015, S.I. Nr 66 2015.

Prawo rumuńskie
Ustawa nr 123 z 2.04.2001 r. o statusie cudzoziemców w Rumunii, Dz.U. Nr 168 z 3.04.2001 r. uchylającym ustawę nr 25/1969.
Ustawa nr 123/2001 r. i OUG nr 194/2002, https://www.mae.ro/sites/default/files/file/anul_2021/2021_pdf/2021.05.20_oug_nr.194-2002.pdf.
Ordonanța de Urgență nr. 194 din 12 decembrie 2002 privind regimul străinilor în România – z późn. zmianami:194/2002; 482/2004; 113/2005, 158/2013: tekst w wersji anglojęzycznej, http://www.refworld.org/docid/544676df4.html.

Prawo austriackie
Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG), BGBl. I Nr. 100/2005, ostatnie zmiany BGBL I Nr 200/2002.

Prawo węgierskie
2007. évi LXXX törvény a menedékjogról, Magyar Közlöny; Numer: 2007/83, https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a0700080.tv.
Government Decree 269/2015 of 15 September 2015 Announcing a Crisis Situation Caused by Mass Immigration and Establishing the Rules related to the Declaration, Maintenance and Termination of the Crisis Situation, nieoficjalne tłumaczenie tekstu na język angielski zob. http://www.refworld.org/docid/55f90f614.html and in the Hungarian original at http://tinyurl.com/npjg4bn.

Prawo portugalskie

Lei n. 27/2008, de 30.06.2008, que estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária.

Prawo fińskie

Ulkomaalaislaki, 30.04.2004/301, Finlands författningssamling, 2004-04-30, No. 301, s. 849–900.

Laki säilöön otettujen ulkomaalaisten kohtelusta ja säilöönottoyksiköstä 116/2002, 15.02.2002 z późn. zm., https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2002/20020116.

Prawo duńskie

Bekendtgørelse af udlændingeloven, 24.07.2003, LBK nr 1022 af 02/10/2019, Lovtidende A, 2003-08-01, Vol. 107, No. 685.

Danish Act No 52 of 15 May 1875 concerning the supervision of aliens and travelers.

Prawo łotewskie

Imigrācijas likums, 31.10.2002, Latvijas Vēstnesis, 169, 20.11.2002.

Latvijas Republikas Saeimas un Ministru Kabineta Ziņotājs, 24, 27.12.2002.

Patvēruma Likums z 17.12.2015 r., Latvijas Vēstnesis, 2, 5.01.2016 – j. ang., https://likumi.lv/ta/en/en/id/278986.

Prawo litewskie

Konstytucja Republiki Litwy, 25.10.1992, https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.21892.

Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 517 of 2 July 2021, 'On the Declaration of State-level Emergency and Appointment of the Head of State-level Emergency Operations', a następnie parlamentu litewskiego Seimas of the Republic of Lithuania, Declaration of the State Emergency 2021 November 9, No. XIV–617. – tekst w oficjalnym tłumaczeniu https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/37e55ab258dc11ecacf0d54306d0ca27?jfwid=mbn9t1bmz.

Prawo estońskie

Välismaalasele rahvusvahelise kaitse andmise seadus, 14.12.2005, ze zmianami wprowadzonymi 17.06.2020, RT I, 17.06.2020 – https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530062020004/consolide.

Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadus, 21.10.1998, Elektrooniline Riigi Teataja; Number: RT I 1998, 98, 1575, RT I, 6.07.2023.

Prawo greckie

Νόμος Υπ' Αριθμ. 4686: Βελτίωση της μεταναστευτικής νομοθεσίας, τροποποίηση διατάξεων των νόμων 4636/2019 (Α΄ 169), 4375/2016 (Α΄ 51), 4251/2014 (Α΄ 80) και άλλες διατάξεις [Prawo Nr 4686 poprawiające legislację imigracyjną i zmieniające: Prawo 4636/2019 (Gov. Gaz. A' 169), 4375/2016 (Gov. Gaz. A' 51), 4251/2014 (Gov. Gaz. A' 80). Gov. Gaz. 96/A/12-5-2020.

Prawo Azerbejdżanu

Decree No. 047 of 2012 r., Guidelines on Managing Detention Centers for Irregular Migrants under the State Migration Service of the Republic of Azerbaijan, 17.09.2012 https://www.refworld.org/legal/decreees/natlegbod/2012/en/102641 [dostęp: 16.04.2025].

Prawo szwedzkie

Utlänningslag (2005:716), 29.09.2005, SFS nr: 2005:716, ost. zm. SFS nr 2024:28.

Prawo USA

Alien Enemies Act (1 Stat. 577 (1798).

An Act to Make Provision for Certain Immigrants (No. 39 of 1855).

An Act to regulate immigration, Sess. I Chap. 376; 22 Stat. 214. 47th Congress; 3.08.1882, tekst: http://library.uwb.edu/Static/USimmigration/22%20stat%20214.pdf/.

An Act in amendment to the various acts relative to immigration and the importation of aliens under contract or agreement to perform labor, Sess. II Chap. 551; 26 Stat. 1084. 51st Congress; 3.03.1891.

An Act To regulate the immigration of aliens into the United States, Sess. II. Chs. 1011, 1012., 57th Congress, 3.03.1903.

An Act to regulate the immigration of aliens to, and the residence of aliens in, the United States, zwany także Asiatic Barred Zone Act, bądź Literacy Act, H.R. 10384; Pub. L. 301; 39 Stat. 874, 64th Congress; February 5th, 1917, http://library.uwb.edu/Static/USimmigration/39%20stat%20874.pdf.

Australia
An Act to place certain restrictions on Immigration and to provide for the removal from the Commonwealth of prohibited Immigrants, Act No. 17 of 1901, 23.12.1901.

Algieria
Law No 08-11 of 25.06.2008 on the conditions of entry, residence and movement of migrants.

Maroko
Law of 11.11.2003 on the entry and residence of migrants, and irregular emigration and immigration.

Tunezja
Law No 75-40 of 14.05.1975 on passports and travel documents.

ORZECZNICTWO SĄDÓW KRAJOWYCH

Francja
Conseil Constitutionnel, Décision N° 2019-807 QPC du 4.10.2019.
Cour d'appel d'Aix-en-Provence – Rétention Administrative, 24.11.2022, N° 22/01474.
Tribunal de grande instance de Bobigny, 5.06.2018, N° 18/03986.
Tribunal de grande instance de Créteil, postanowienie sędziego ds. wolności i zatrzymań, 28.07.2016, N° 16/00077.
Cour d'appel de Paris, 9.06.2011, N° Q11/0250.
Cour d'appel de Paris, 22.06.2011, N° Q11/02691.
Tribunal grande instance de Bobigny, 22.12.2017, N° 17/09350.
Tribunal grande instance de Bobigny, 19.02.2018, N° 18/01294.
Cour d'appel de Douai RG n 22/02267, N° RG 22/02267 – N° Portalis DBVT-V-B7G-UUPPN de Minute: 2280, 18.12.2022.
Administrative Court of Marseille, Decision N° 1502153, 23.03.2015.
Administrative Court of Lyon, Decision N° 1506850, 1506854, 3.08.2015.

Bułgaria
Najwyższy Sąd Administracyjny Bułgarii, orzeczenie No. 77 z 4.01.2018 r., sygn. No. 13014/2017.

Belgia
Cour de cassation, z dnia 10.06.2015, sygn. n P. 15. 0716. F/2.

Niemcy
Bundesgerichtshof, Urteil vom 18.04.2019 – III ZR 67/18.
Bundesgerichtshof, Beschluss vom 1.06.2017 – V ZB 163/15.
Bundesgerichtshof, Beschluss vom 28.02.2013 – V ZB 138/12.
Bundesgerichtshof, Beschluss vom 17.06.2010 – V ZB 13/10.

Włochy
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna TAR Sardegna, 838/2021, 24.12.2021, https://bit.ly/35YBFH4.
TAR Piemonte, 360/2021, 6.04.2021, https://bit.ly/3qcz1nI.
TAR Sicilia, 2169/2020, 21.10.2020, https://bit.ly/37CPFqn.

Zjednoczone Królestwo
High Court of Justice, Case Nos: CO/2032/2022, CO/2104/2022, CO/2077/2022, CO/2080/2022, CO/2098/2022, CO/2072/2022, CO/2094/222, and CO/2056/2022, 19.12.2022, [2022] EWHC 3230 (Admin).
United Kingdom Supreme Court, *R (Lumba) v. Secretary of State for the Home Department*, UKSC 12, 23.03.2011.
High Court of Justice, *SK (Zimbabwe) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 23, 25.05.2011.
High Court, *R (on the application of B) v. London Borough of Merton*, [2003] EWHC 1689 (Admin), 14.07.2003.
High Court, *R v. Governor of Durham Prison, Ex parte Singh*, [1984] 1 WLR 704, 13.12.1983.

Polska
Wyrok SN z 22.04.1970 r., III KR 45/70, LEX 18151.
Orzeczenie TK z 1.03.1994 r., U 7/93, LEX 25109.
Wyrok TK z 4.07.2002 r., P 12/01, LEX 54910.
Wyrok TK z 26.11.2003 r., SK 22/02, LEX 82401.
Wyrok TK z 28.11.2007 r., K 39/07, LEX 319447.
Postanowienie SN z 27.09.2007 r., I KZP 36/07, LEX 321383.
Orzeczenia TK z 29.10.2013 r., U7/12, LEX 1393841.
Wyrok NSA z 17.05.2018 r., II OSK 2766/17, LEX 2517540.
Wyrok NSA z 20.09.2018 r., II OSK 345/18, LEX 2573189.
Wyrok NSA z 20.09.2018 r., II OSK 829/18, LEX 2587699.

Wyrok NSA z 20.09.2018 r., II OSK 830/18, LEX 2587700.
Wyrok NSA z 20.09.2018 r., II OSK 890/18, LEX 2573190.
Wyrok NSA z 20.09.2018 r., II OSK 962/18, LEX 2573191.
Wyrok NSA z 20.09.2018 r., II OSK 1025/18, LEX 2573192.
Wyrok NSA z 20.09.2018 r., II OSK 1062/18, LEX 2584292.
Wyrok NSA z 20.09.2018 r., II OSK 1532/18, LEX 2573193.
Wyrok NSA z 20.09.2018 r., II OSK 1627/18, LEX 2606913.
Wyrok NSA z 20.09.2018 r., II OSK 1674/18, LEX 2573194.
Wyrok NSA z 20.09.2018 r., II OSK 1675/18, LEX 2587702.
Wyrok NSA z 2.10.2018 r., II OSK 1713/18, LEX 2565913.
Wyrok NSA z 20.11.2018 r., II OSK 1965/18, LEX 2606630.
Wyrok NSA z 20.11.2018 r., II OSK 2003/18, LEX 2613746.
Wyrok NSA z 20.11.2018 r., II OSK 2109/18, LEX 2606745.
Wyrok SA w Warszawie z 10.07.2021 r., II AKa 187/20, LEX 3283831.
Wyrok SN z 23.06.2023 r., II KK 148/22, LEX 3722568.
Postanowienie SO w Lublinie z 5.07.2023 r., XI Kz 602/23, npubl.

USA

Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S. 662 (1892).
Case of Haitians and Dominicans of Haitian-origin in the Dominican Republic regarding the Dominican Republic. Provisional Measures. Order of the Court of 18.08.2000, Considering fourth Supreme Court, United States v. Salerno, 481 U.S. 739, 755 (1987).

Papua Nowa Gwinea

Namah and others versus National Executive Council and the State of Papua New Guinea, SC1497, https://uploads.guim.co.uk/2016/04/26/PNG_SC_judgement.pdf.

SOFT LAW

ONZ

Komisja Praw Człowieka, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, E/CN. 4/1985/4 Annex, 28.09.1984.
Komisja Praw Człowieka, Rezolucja 1991/42, Question of arbitrary detention, E/CN. 4/RES/1991/42, 5.03.1991.

Komisja Praw Człowieka, Rezolucja 1992/35, *Habeas corpus*, E/CN. 4/RES/1992/35, 28.02.1992.
Komisja Praw Człowieka, Rezolucja 1993/36, Question of arbitrary detention, E/CN. 4/RES/1993/36, 5.03.1993.
Komisja Praw Człowieka, Rezolucja 1999/44 *Human rights of migrants*, E/CN. 4/RES/1999/44, 26.04.1999.
Rada Praw Człowieka, Rezolucja 8/10 *Human rights of migrants*: *Mandate of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*, A/HRC/RES/8/10, 18.06.2008.
Rada Praw Człowieka, Rezolucja 15/16 *Human rights of migrants*, A/HRC/RES/15/16, 6.10.2010.
Rada Praw Człowieka, Rezolucja *Rights of the Child*, A/HRC/19/L. 31, 20.03.2012.
Rada Praw Człowieka, Rezolucja *Birth Registration and the Right of Everyone to Recognition Everywhere as a Person Before the Law*, A/HRC/19/L. 24, 15.03.2012.
Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Rezolucja 2000/21, *Detention of Asylum Seekers*, 2000/21,18.08.2000.
Zgromadzenie Ogólne, Rezolucja 2856(XXVI), *Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons*, A/RES/2856(XXVI), 20.12.1971.
Zgromadzenie Ogólne, Rezolucja 3449 (XXX), *Measures to ensure the human rights and dignity of all migrant workers*, A/RES/3449(XXX), 9.12.1975.
Zgromadzenie Ogólne, Rezolucja 34/178, *The right of amparo, habeas corpus or other legal remedies to the same effect*, A/RES/34/178, 17.12.1979.
Zgromadzenie Ogólne, Rezolucja 43/173, *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*, A/RES/43/173, 9.12.1988.
Zgromadzenie Ogólne, Rezolucja 45/113, *The United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty*, A/RES/45/113, 14.12.1990.
Zgromadzenie Ogólne, Rezolucja 46/119, *Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care*, A/RES/46/119, 17.12.1991.
Zgromadzenie Ogólne, Rezolucja 63/184, *Protection of migrants*, A/RES/63/184, 17.03.2009.
Zgromadzenie Ogólne, Rezolucja 64/166, *Protection of migrants*, A/RES/64/166, 18.12.2009.
Zgromadzenie Ogólne, Rezolucja 65/170, *International Migration and Development*, A/RES/65/170, 20.12.2010.
Zgromadzenie Ogólne, Rezolucja 70/175, *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Mandela Rules)*, A/RES/70/175, 29.09.2015.

Zgromadzenie Ogólne, Rezolucja 73/195, Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, A/RES/73/195, 19.12.2018.

IMO

IMO, Guidelines on Allocation of Responsibilities to seek The Successful Resolution of Stowaway cases. Revised guidelines on the prevention of access by stowaways and the allocation of responsibilities to seek the successful resolution of stowaway cases 2018, resolution fal. 13 (42), 8.06.2018.

Rada Europy

KM RE, Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights violations, 30.03.2011.

KM RE, Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures, 1.07.2009.

KM RE, Recommendation Rec (2006) 2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules, 11.01.2006.

KM RE, Twenty guidelines of the Committee of Ministers of Europe on forced return, 4.05.2005.

KM RE, Recommendation Rec (2003) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures of Detention of Asylum Seekers, 16.04.2003.

KM RE, Recommendation No. R (94) 5 of the Committee of Ministers on Guidelines to inspire practices of the member States of the Council of Europe concerning the arrival of asylum-seekers at European airports, 21.06.1994.

KM RE, Recommendation No. R (87) 3, adopted by the Council of Europe Committee of Ministers on the European Prison Rules, 12.02.1987.

KM RE, Recommendation No. R (81) 16 of the Committee of Ministers to member States on the harmonization of national procedures relating to asylum, 5.11.1981.

ZP RE, Resolution 2020 (2014), Alternatives to immigration detention of children, 3.10.2014.

ZP RE, Resolution 1741(2010), Readmission agreements: a mechanism for returning irregular migrants, 22.06.2010.

ZP RE, Resolution 1707(2010), Detention of asylum seekers and irregular migrants, 28.01.2010.

ZP RE, Resolution 1509(2006), Human Rights of Irregular Migrants, 27.06.2006.

ZPRE, Readmission agreements: a mechanism for returning irregular migrants. Report Committee on Migration, Refugees and Population, Doc. 12168, 16.03.2010.

ZPRE, Recommendation 1547(2002) on expulsion procedures in conformity with human rights and enforced with respect for safety and dignity, 22.01.2002.

ORZECZNICTWO MIĘDZYNARODOWE I DECYZJE CIAŁ TRAKTATOWYCH

MTS

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), *Judgments*, I.C.J. Reports 1980, s. 3.

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), MTS, I.C.J. Reports 2010.

Decyzje KPC

F.J. i inni v. Australia, Communication Nr 2233/2013, CCPR/C/116/D/2233/2013, 2.05.2016.

M.M.M. i inni v. Australia, Communication Nr 2136/2012, CCPR/C/108/D/2136/2012, 25.07.2013.

F.K.A.G. i in v. Australia, Communication Nr 2094/2011, CCPR/C/108/D/2094/2011, 20.08.2013.

Levinov v. Białoruś, Communication Nr 1812/2008, CCPR/C 1812/2008, 25.08.2011.

Aleksandr Butovenko v. Ukraina, Communication Nr 1412/2005, CCPR/C/102/D/1412/2005, 19.07.2011.

Krasnov v. Kyrgyzstan, Communication Nr 1402/2005, CCPR/C/101/D/1402/2005, 29.03.2011.

Aboussedra v. Libyan Arab Jamahiriya, Communication Nr 1751/2008, CCPR/C/100/1751/2008, 2.11.2010.

Umarova v. Uzbekistan, Communication Nr 1449/2006, CCPR/C/100/D/1449/2006, 3.11.2010.

Fardon v. Australia, Communication Nr 1629/2007, CCPR/C/98/D/1629/2007, 10.05.2010.

Yklymova v. Turkmenistan, Communication Nr 1460/2006, CCPR/C/96/D/1460/2006, 20.07.2009.

Dalkadura Arachchige Nimal Silva Gunaratna v. Sri Lanka, Communication Nr 1432/2005, CCPR/C/95/D/1432/2005, 17.03.2009.

Maksudov i inni v. Kyrgyzstan, Communication Nr 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006. 1477/2006, CCPR/C/93/D/1461,1462,1476& 1477/2006, 16.07.2008.

Aleksandr Belyatsky i inni v. Białoruś, Communication Nr 1296/2004, CCPR /C/90/D/ 1296/2004, 24.07.2007.
Saed Shams v. Australia, Communication Nr 1225/2004, CCPR/C/90/D/1255, 20.07.2007.
Danyal Shafiq v. Australia, Communication Nr 1324/2004, CCPR/C/88/D/ 1324/2004, 13.11.2006.
Coleman v. Australia, Communication Nr 1157/2003, CCPR/C/87/D/1157/ 2003,10.08.2006.
D.E. and Their Two Children v. Australia, Communication Nr 1050/2002, CCPR/C/87/D/1050/2002, 11.07.2006.
Ilombe and Shandwe v. Demokratyczna Republika Kongo, Communication Nr 1177/2003, CCPR/C/86/D/1177/2003, 17.03.2006.
Kurbonov v. Tadżikistan, Communication Nr 1208/2003, CCPR/C/86/D/ 1208/2003, 16.03.2006.
Jeong-Eun Lee v. Republika Korei, Communication Nr 1119/2002, CCPR/C/84/ D/1119/2002, 20.07.2005.
Wilson v. Filipiny, Communication Nr 868/1999, CCPR/C/79/D/868/1999, KPC, 11.11.2003.
Bakhtiyari i inni v. Australia, Communication Nr 1069/2002, CCPR/C/79/D/ 1069/2002, 29.10.2003.
Baban i Baban v. Australia, Communication Nr 1014/2001, CCPR/C/78/D/ 1014/2001, 18.09.2003.
Gómez Casafranca v. Peru, Communication Nr 981/2001, CCPR/C/78/D/ 981/2001, 22.07.2003.
C. v. Australia, Communication Nr 900/1999, CCPR/C/76/D/900/1999. 28.10.2002.
Jayalath Jayawardena v. Sri Lanka, CCPR/C/75/D/916/2000, 26.07.2002.
Chongwe v. Zambia, Communication Nr 821/1998, CCPR/C/70/D/821/1998, 25.10.2000.
Dias v. Angola, Communication No 711/1996, CCPR/C/68/D/711/1996, 29.03.2000.
v. Australia, Communication Nr 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, 3.04.1997.
Celepli v. Sweden, Communication Nr 456/1991, CCPR/C/51/D/456/1991, 18.07.1994.
Campbell v. Jamaica, Communication Nr 248/1987, CCPR/C/44/D/248/1987, 30.03.1992.
Essono Mika Miha v. Equatorial Guinea, Communication Nr 414/1990, CCPR/ C/51/D/414/1990 (1994), 8.07.1990.

Van Alphen v. Netherlands, Communication Nr 305/1988, CCPR/C/39/D/305/1988, 23.07.1990.
Delgado Paez v. Kolumbia, Communication Nr 195/1985, CCPR/C/39/D/195/1985, 12.07.1990.
Torres v. Finlandia, Communication Nr 291/1988, CCPR/C/38/D/291/1988, 5.04.1990.
Liliana Celiberti de Casariego v. Urugwaj, Communication Nr 56/1979, CCPR/C/13/D/56/1979, 29.07.1981.
Saldías de López v. Urugwaj, Communication Nr 52/1979, CCPR/C/13/D/52/1979, 29.07.1981.

Komitet Narodów Zjednoczonych przeciwko Torturom

Ali Fadel v. Switzerland, Communication Nr 450/2011, CAT/C/53/D/450/2011, 14.11.2014.
Diory Barry v. Maroko, Communication Nr 372/2009, CAT/C/52/D/372/2009, 19.05.2014.
Sylvie Bakatu-Bia v. Sweden, Communication Nr 379/2009, CAT/C/46/D/379/2009, 8.07.2011.
J.H.A. v. Spain, 21.11.2008, CAT/C/41/D/323/2007. KPD.
S.H., M.A, A.A., J.A., A.A., R.A., L.F., A.F., S.F., N.F. i A. v. France, CRC/C/85/D/79/2019– CRC/C/85/D/109/2019, decyzja z 30.09.2020 r.

Europejski Trybunał Praw Człowieka

Lawless v. Irlandia (No. 3), skarga nr 332/57, wyrok ETPC z 1.06.1961 r.
De Wilde, Ooms i Versyp v. Belgia, skargi nr 2832/66 2835/66 2899/66, wyrok ETPC z 18.11.1970 r.
Kamma v. Królestwo Niderlandów, skarga nr 47171, decyzja EKPC z 14.07.1974 r.
Golder v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 4451/70, wyrok ETPC z 21.02.1975 r.
Engel i inni v. Królestwo Niderlandów, skargi nr 5100/71, 5101/71, 5102/71, wyrok ETPC z 8.06.1976 r.
Irlandia v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 5310/71, wyrok ETPC z 18.06.1978 r.
Klass i inni v. Niemcy, skarga nr 5029/71, wyrok ETPC z 6.09.1978 r.
X. v. Niemcy, skarga nr 8098/77, decyzja EKPC z 13.12.1978 r.
Winterwerp v. Królestwo Niderlandów, skarga nr 6301/73, wyrok ETPC z 24.10.1979 r.
McFeeley i inni v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 8317/78, decyzja EKPC z 15.05.1980 r.
X. v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 6998/75, decyzcja EKPC z 16.07.1980 r.
Caprino v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 6871/75, decyzja EKPC z 17.07.1980 r.

Guzzardi v. Włochy, skarga nr 7367/76, wyrok ETPC z 6.11.1980 r.
X. v. Niemcy, skarga nr 8819/79, decyzja EKPC z 19.03.1981 r.
Öztürk v. Niemcy, skarga nr 8544/79, wyrok. Wielkiej Izby ETPC z 1.02.1984 r.
De Jong, Baljet i Van den Brink v. Królestwo Niderlandów, skarga nr 8805/798806/799242/81, wyrok ETPC z 22.05.1984 r.
K. v. Belgia, skarga nr 10819/84, decyzja EKPC z 5.07.1984 r.
G. Dyer v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 1045/83, decyzja EKPC z 9.10.1984 r.
Abdulazziz, Cabales, Balkandali v. Zjednoczone Królestwo, skargi nr 9214/80, 9473/81, 9474/81, wyrok ETPC z 28.05.1985 r.
Bozano v. Francja, skarga nr 9990/82, wyrok ETPC z 18.12.1986 r.
Weeks v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 9787/82, wyrok ETPC z 2.03.1987 r.
Egue v. Francja, skarga nr 11256/84, decyzja EKPC z 5.09.1988 r.
Olsson v. Szwecja (nr 1), skarga nr 10465/83, wyrok ETPC z 24.03.1988 r.
Brogan i inni v. Zjednoczone Królestwo, skargi nr 11209/84, 11234/84, 11266/84, wyrok ETPC z 29.11.1988 r.
Ciulla v. Włochy, skarga nr 11152/84, wyrok ETPC z 22.02.1989 r.
Lamy v. Belgia, skarga nr 10444/83, wyrok ETPC z 30.03.1989 r.
Eriksson v. Szwecja, skarga nr 11373/85, wyrok ETPC z 22.06.1989 r.
Van der Leer v. Królestwo Niderlandów, skarga nr 11509/85, wyrok ETPC z 21.02.1990 r.
E. v. Norwegia, skarga nr 11701/85, wyrok ETPC z 29.08.1990 r.
Wassink v. Królestwo Niderlandów, skarga nr 12535/86, wyrok ETPC z 27.09.1990 r.
Megyeri v. Niemcy, skarga nr 13770/88, wyrok ETPC z 12.05.1992 r.
Drozd i Janousek v. Francja i Hiszpania, skarga nr 12747/87, wyrok ETPC z 26.06.1992 r.
Kolompar v. Belgia, skarga nr 11613/85, wyrok ETPC z 24.09.1992 r.
Niemietz v. Niemcy, skarga nr 13710/88, wyrok ETPC z 16.12.1992 r.
Branningan i McBride v. Zjednoczone Królestwo, wyrok ETPC z 26.05.1993 r.
Navarra v. Francja, skarga nr 13190/87, wyrok ETPC z 23.11.1993 r.
Raimondo v. Włochy, skarga nr 12954/87, wyrok ETPC z 22.02.1994 r.
Bendenoun v. Francja, skarga nr 12547/86, wyrok ETPC z 24.02.1994 r.
Christie v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 21482/93, decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 27.06.1994 r.
Quinn v. Francja, skarga nr 18581/91, wyrok ETPC z 22.03.1995 r.
Loizidou v. Turcja (zarzuty wstępne), skarga nr 15318/89, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 23.03.1995 r.
Guenat v. Szwajcaria, skarga nr 24722/94, decyzcja EKPC z 10.04.1995 r.
E.G. v. Austria, skarga nr 22715/93, decyzcja EKPC z 15.05.1996 r.

Amuur v. Francja, skarga nr 19776/92, wyrok ETPC z 25.06.1996 r.
Chahal v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 70/1995/576/662, wyrok ETPC z 11.11.1996 r.
Cumber v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 28779/95, decyzja EKPC z 27.11.1996 r.
Aksoy v. Turcja, skarga nr 21987/93, wyrok ETPC z 18.12.1996 r.
D. v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 30240/96, wyrok ETPC z 2.05.1997 r.
Eriksen v. Norwegia, skarga nr 102/1995/608/696, wyrok ETPC z 27.05.1997 r.
Boujlifa v. Francja, skarga nr 25404/94, wyrok ETPC z 21.10.1997 r.
K.-F. v. Niemcy, skarga nr 25629/94, wyrok ETPC z 27.11.1997 r.
Kurt v. Turcja, skarga nr 24276/94, wyrok ETPC z 25.05.1998 r.
Aerts v. Belgia, skarga nr 25357/94, wyrok ETPC z 30.07.1998 r.
Ali v. Szwajcaria, skarga 69/1997/853/1060, wyrok ETPC z 5.08.1998 r.
Erkalo v. Królestwo Niderlandów, skarga nr 23807/94, wyrok ETPC z 2.09.1998 r.
Lauko v. Słowacja, skarga nr 26138/95, wyrok ETPC z 2.09.1998 r.
Assenov i inni v. Bułgaria, skarga nr 24760/94, wyrok ETPC z 28.10.1998 r.
Nikolova v. Bułgaria, skarga nr 31195/96, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 25.03.1999 r.
Aquilina v. Malta, skarga nr 25642/94, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29.04.1999 r.
Douiyeb v. Niderlandy, skarga nr 31464/96, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 4.08.1999 r.
Riera Blume i inni v. Hiszpania, skarga nr 37680/97, wyrok ETPC z 14.10.1999 r.
Ignaccolo-Zenide v. Rumunia, skarga nr 31679/96, wyrok ETPC z 25.01.2000 r.
Witold Litwa v. Polska, skarga nr 26629/95, wyrok ETPC z 4.04.2000 r.
Labita v. Włochy, skarga nr 26772/95, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 6.04.2000 r.
Rotaru v. Rumunia, skarga nr 28341/95, wyrok ETPC z 4.05.2000 r.
Bollan v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 42117/98, decyzja ETPC z 4.05.2000 r.
Salman v. Turcja, skarga nr 21986/93), wyrok Wielkiej Izby ETPC z 27.06.2000 r.
Nuutinen v. Finlandia, skarga nr 32842/96, wyrok ETPC z 27.06.2000 r.
Ječius v. Litwa, skarga nr 34578/97, wyrok ETPC z 31.07.2000 r.
Gnahoré v. Francja, skarga nr 40031/98, wyrok ETPC z 19.09.2000 r.
Włoch v. Polska, skarga nr 27785/95, wyrok ETPC z 19.10.2000 r.
Rehbock v. Słowenia, skarga nr 29462/95, wyrok ETPC z 28.11.2000 r.
M.B. v. Szwajcaria, skarga nr 28256/95, wyrok ETPC z 30.11.2000 r.
G.B. v. Szwajcaria, skarga nr 27426/95, wyrok ETPC z 30.11.2000 r.
Dougoz v. Grecja, skarga nr 40907/98, wyrok ETPC z 6.03.2001 r.
Javeed v. Królestwo Niderlandów, skarga nr 47390/99, decyzja ETPC z 3.07.2001 r.
Z i inni v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 29392/95, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 10.05.2001 r.

Price v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 33394/96, wyrok ETPC z 10.07.2001 r.
Čonka v. Belgia, skarga nr 51564/99, wyrok ETPC z 5.02.2002 r.
N.C. v. Włochy, skarga nr 24952/94, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 18.12.2002 r.
Magalhães Pereira v. Portugalia, skarga nr 44872/ 98, wyrok ETPC z 26.02.2002 r.
D.P. i J.C. v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 38719/97, wyrok ETPC z 10.10.2002 r.
Mouisel v. Francja, skarga nr 67263/01, wyrok ETPC z 14.11.2002 r.
Kadem v. Malta, skarga nr 55263/00, wyrok ETPC z 9.01.2003 r.
McGlinchey i inni v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 50390/99, wyrok ETPC z 29.04.2003 r.
Pantea v. Rumunia, skarga nr 33343/96, wyrok ETPC z 3.06.2003 r.
Slivenko v. Łotwa, skarga nr 48321/99, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 9.10.2003 r.
Shamsa v. Polska, skarga nr 45355/99, 45357/99, wyrok ETPC z 27.11.2003 r.
Yankov v. Bułgaria, skarga nr 39084/97, wyrok ETPC z 11.12.2003 r.
Assanidze v. Gruzja, skarga nr 71503/01, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 8.04.2004 r.
Ilaşcu i inni v. Mołdawia i Rosja, skarga nr 48787/99, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 8.07.2004 r.
Vachev v. Bułgaria, skarga nr 42987/98, wyrok ETPC z 8.07.2004 r.
H.L. v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 45508/99, wyrok ETPC z 5.10.2004 r.
Issa i inni v. Turcja, skarga nr 3821/96, wyrok ETPC z 16.11.2004 r.
Enhorn v. Szwecja, skarga nr 56529/00, wyrok ETPC z 25.01.2005 r.
Karalevičius v. Litwa, skarga nr 53254/99, wyrok ETPC z 7.04.2005 r.
Shamayev i inni v. Gruzja i Rosji, skarga nr 36378/02, wyrok ETPC z 12.04.2005 r.
Öcalan v. Turcja, skarga nr 46221/99, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 12.05.2005 r.
I.I. v. Bułgaria, skarga nr 44082/98, wyrok ETPC z 9.06.2005 r.
Storck v. Niemcy, skarga nr 61603/00, wyrok ETPC z 16.06.2005 r.
Rohde v.Dania, skarga nr 69332/01, wyrok ETPC z 21.07.2005 r.
Papon v. Francja, skarga nr 344/04, wyrok ETPC z 11.10.2005 r.
Fedotov v. Rosja, skarga nr 5140/02, wyrok ETPC z 25.10.2005 r.
Alver v. Estonia, skarga nr 64812/01, wyrok ETPC z 8.11.2005 r.
Menesheva v. Rosja, skarga nr 59261/00, wyrok ETPC z 9.03.2006 r.
Mohd v. Grecja, skarga nr 11919/03, wyrok ETPC z 27.04.2006 r.
Kadiķis v. Łotwa (nr 2), skarga nr 62393/00, wyrok ETPC z 4.05.2006 r.
Mamedova v. Rosja, skarga nr 7064/05, wyrok ETPC z 1.06.2006 r.
Lupsa v. Rumunia, skarga nr 10337/04, wyrok ETPC z 8.06.2006 r.
Jalloh v. Niemcy, skarga nr 54810/00, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 11.07.2006 r.
Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga v. Belgia, skarga nr 13178/03, wyrok ETPC z 12.10.2006 r.

Khudobin v. Rosja, skarga nr 59696/00, wyrok ETPC z 26.10.2006 r.
Serifis v. Grecja, skarga nr 27695/03, wyrok ETPC z 2.11.2006 r.
Solmaz v. Turcja, skarga nr 27561/02, wyrok ETPC z 16.01.2007 r.
Chitayev v. Rosja, skarga nr 59334/00, wyrok ETPC z 18.01.2007 r.
Gebremedhin [Gaberamadhien] v. Francja, skarga nr 25389/05, wyrok ETPC z 26.04.2007 r.
John v. Grecja, skarga nr 199/05, wyrok ETPC z 10.05.2007 r.
Wagner i J.M.W.L v. Luksemburg, skarga nr 76249/01, wyrok ETPC z 28.06.2007 r.
Nassruloyev v. Rosja, skarga nr 656/06, wyrok ETPC z 11.10.2007 r.
Stepuleac v. Mołdawia, skarga nr 8207/06, wyrok ETPC z 6.11.2007 r.
Omwenyeke v. Niemcy, skarga nr 44294/04, decyzja ETPC z 20.11.2007 r.
Liu v. Rosja (nr 1), skarga nr 42086/05, wyrok ETPC z 6.12.2007 r.
Riad i Idiab v. Belgia, skarga nr 29787/03, wyrok ETPC z 24.01.2008 r.
Saadi v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 13229/03, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29.01.2008 r.
Ladent v. Polska, skarga nr 11036/03, wyrok ETPC z 18.03.2008 r.
C.G. i inni v. Bułgaria, skarga nr 1365/07, wyrok ETPC z 24.04.2008 r.
Ilya Stefanov v. Bułgaria, skarga nr 65755/01, wyrok ETPC z 22.05.2008 r.
Galliani v. Rumunia, skarga nr 69273/01, wyrok ETPC z 10.06.2008 r.
Shchebet v. Rosja, skarga nr 16074/07, wyrok ETPC z 12.06.2008 r.
Foka v. Turcja, skarga nr 28940/95, wyrok ETPC z 24.06.2008 r.
Rusu v. Austria, skarga nr 34082/02, wyrok ETPC z 2.10.2008 r.
Lobanov v. Rosja, skarga nr 16159/03, wyrok ETPC z 16.10.2008 r.
Rashed v. Republika Czeska, skarga nr 298/07, wyrok ETPC z 27.11.2008 r.
Muminov v. Rosja, skarga nr 42502/06, wyrok ETPC z 11.12.2008 r.
Khudyakova v. Rosja, skarga nr 13476/04, wyrok ETPC z 8.01.2009 r.
Medova v. Rosja, skarga nr 25385/04, wyrok ETPC z 15.01.2009 r.
Musiał v. Polska, skarga nr 24557/94, wyrok ETPC z 20.01.2009 r.
Nolan i K. v. Rosja, skarga nr 2512/04, wyrok ETPC z 12.02.2009 r.
A.i inni v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 3455/05, wyrok ETPC z 19.02.2009 r.
Eminbeyli v. Rosja, skarga nr 42443/02, wyrok ETPC z 26.02.2009 r.
Damian-Burueana i Damian v. Rumunia, skarga nr 6773/02, wyrok ETPC z 26.05.2009 r.
Siasios i inni v. Grecja, skarga nr 30303/07, wyrok ETPC z 4.06.2009 r.
S.D. v. Grecja, skarga nr 53541/07, wyrok ETPC z 11.06.2009 r.
Vafiadis v. Grecja, skarga nr 24981/07, wyrok ETPC z 2.07.2009 r.
Mooren v. Niemcy, skarga nr 11364/03, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 9.07.2009 r.
Cahit Demirel v. Turcja, skarga nr 18623/03, wyrok ETPC z 7.07.2009 r.
Mikolenko v. Estonia, skarga 10664/05, wyrok ETPC z 8.10.2009 r.

Shuvaev v. Grecja, skarga nr 8249/07, wyrok ETPC z 29.10.2009 r.
Muskhadzhiyeva i inni v. Belgia, skarga nr 41442/07, wyrok ETPC z 19.01.2010 r.
Al-Agha v. Rumunia, skarga nr 40933/02, wyrok ETPC z 12.01.2010 r.
Gillan i Quinton v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 4158/05, wyrok ETPC z 12.01.2010 r.
Raza v. Bułgaria, skarga nr 31465/08, wyrok ETPC z 11.02.2010 r.
Medvedyev i inni v. Francja, skarga nr 3394/03, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29.03.2010 r.
Gäfgen v. Niemcy, skarga nr 22978/05, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 1.06.2010 r.
A.A. v. Grecja, skarga nr 12186/08, wyrok ETPC z 22.06.2010 r.
Dbouba v. Turcja, skarga nr 15916/09, wyrok ETPC z 13.07.2010 r.
M.A. v. Cypr, skarga nr 41872/10, wyrok ETPC z 23.07.2010 r.
Gatt v. Malta, skarga nr 28221/08, wyrok ETPC z 27.07.2010 r.
Kaushal i inni v. Bułgaria, skarga nr 1537/08, wyrok ETPC z 2.09.2010 r.
Iskandarov v. Rosja, skarga nr 17185/05, wyrok ETPC z 23.09.2010 r.
Tehrani i inni v. Turcja, skargi nr 32940/08 41626/08 43616/08, wyrok ETPC z 13.10.2010 r.
Vasilkoski i inni v. Była Jugosłowiańska Republika Macedonii, skarga nr 28169/08, wyrok ETPC z 28.10.2010 r.
Osypenko v. Ukraina, skarga nr 4634/04, wyrok ETPC z 9.11.2010 r.
Salayev v. Azerbejdżan, skarga nr 40900/05, wyrok ETPC z 9.11.2010 r.
M.S.S. v. Belgia i Grecja, skarga nr 30696/09, wyrok ETPC z 21.01.2011 r.
Michalák v. Słowacja, skarga nr 30157/03, wyrok ETPC z 8.02.2011 r.
Premininy v. Rosja, skarga nr 44973/ 04, wyrok ETPC z 10.02.2011 r.
Soare i inni v. Rumunia, skarga nr 24329/02, wyrok ETPC z 22.02.2011 r.
Rahimi v. Grecja, skarga nr 8687/08, wyrok ETPC z 5.04.2011 r.
Nechiporuk i Yonkalo v. Ukraina, skarga nr 42310/04, wyrok ETPC z 21.04.2011 r.
Włoch v. Polska nr 2, skarga nr 33475/08, wyrok ETPC z 10.05.2011 r.
Ganea v. Mołdawia, skarga nr 2474/06, wyrok ETPC z 17.05.2011 r.
Khodorkovskiy v. Rosja, skarga nr 5829/04, wyrok ETPC z 31.05.2011 r.
R.U. v. Grecja, skarga nr 2237/08, wyrok ETPC z 7.06.2011 r.
Efremidze v. Grecja, skarga nr 33225/08, wyrok ETPC z 21.06.2011 r.
Shimovolos v. Rosja, skarga nr 30194/09, wyrok ETPC z 21.06.2011 r.
Al-Skeini i inni v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 55721/07, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 7.07.2011 r.
Baltaji v. Bułgaria, skarga nr 12919/04, wyrok ETPC z 12.07.2011 r.
M. i inni v. Bułgaria, skarga nr 41416/08, wyrok ETPC z 26.07.2011 r.
Kane v. Cypr, skarga nr 33655/06, decyzja ETPC z 13.09.2011 r.
Lokpo-Toure v. Węgry, skarga nr 10816/10, wyrok ETPC z 20.09.2011 r.

Tretyakov v. Ukraina, skarga nr 16698/05, wyrok ETPC z 29.09.2011 r.
Auad v. Bułgaria, skarga 46390/10, wyrok ETPC z 11.10.2011 r.
Longa Yonkeu v. Łotwa, skarga nr 57229/09, wyrok ETPC z 15.11.2011 r.
Kanagaratnam v. Belgia, skarga nr 15297/09, wyrok ETPC z 13.12.2011 r.
Ergashev v. Rosja, skarga nr 12106/09, wyrok ETPC z 20.12.2011 r.
Yoh-Ekale Mwanje v. Belgia, skarga nr 10486/10, wyrok ETPC z 20.12.2011 r.
Stanev v. Bułgaria, skarga nr 36760/06, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 17.01.2012 r.
Takush v. Grecja, skarga nr 2853/09, wyrok ETPC z 17.01.2012 r.
Popov v. Francja, skargi nr 39472/07, 39474/07, wyrok ETPC z 19.01.2012 r.
Brega i inni v. Mołdawia, skarga nr 61485/08, wyrok ETPC z 24.01.2012 r.
I.M v. Francja, skarga nr 9152/09, wyrok ETPC z 2.02.2012 r.
Creanga v. Rumunia, skarga nr 29226/03, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 23.02.2012 r.
Hirsii Jamaa i inni v. Włochy, skarga nr 27765/09, wyrok ETPC z 23.02.2012 r.
Austin i inni v. Zjednoczone Królestwo, skargi 39692/09, 40713/09, 41008/09, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 15.03.2012 r.
B. v. Niemcy, skarga nr 13047/87, wyrok ETPC z 19.04.2012 r.
Mathloom v. Grecja, skarga nr 48883/07, wyrok ETPC z 24.04.2012 r.
Rahmani i Dineva v. Bułgaria, skarga nr 20116/08, wyrok ETPC z 10.05.2012 r.
Kortesis v. Grecja, skarga nr 60593/10, wyrok ETPC z 12.06.2012 r.
Munjaz v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 2913/06, wyrok ETPC z 17.07.2012 r.
Mahmundi i inni v. Grecja, skarga nr 14902/10, wyrok ETPC z 31.07.2012 r.
Nada v. Szwajcaria, skarga 10593/08, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 12.09.2012 r.
Bygylashvili v. Grecja, skarga nr 58164/10, wyrok ETPC z 25.09.2012 r.
Ahmade v. Grecja, skarga nr 50520/09, wyrok ETPC z 25.09.2012 r.
Abdulkhakov v. Rosja, skarga nr 14743/11, wyrok ETPC z 2.10.2012 r.
Z.H. v. Węgry, skarga nr 28973/11, wyrok ETPC z 8.11.2012 r.
Ghiurău v. Rumunia, skarga nr 55421/10, wyrok ETPC z 20.11.2012 r.
El-Masri v. Macedonia, skarga nr 39630/09, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 13.12.2012 r.
Amie i inni v. Bułgaria, skarga nr 58149, wyrok ETPC z 12.02.2013 r.
Ostendorf v. Niemcy, skarga nr 15598/08, wyrok ETPC z 7.03.2013 r.
Firoz Muneer v. Belgia, skarga nr 56005/10, wyrok ETPC z 11.04.2013 r.
Azimov v. Rosja, skarga nr 67474/11, wyrok ETPC z 18.04.2013 r.
Barjamaj v. Grecja, skarga 36657/11, wyrok ETPC z 2.05.2013 r.
K. v. Rosja, skarga 69235/11, wyrok ETPC z 23.05.2013 r.
Mohammed v. Austria, skarga nr 2238, wyrok ETPC z 6.06.2013 r.
Aden Ahmed v. Malta, skarga nr 55352/12, wyrok ETPC z 23.07.2013 r.
Suso Musa v. Malta, skarga nr 42337/12, wyrok ETPC z 23.07.2013 r.

Khodorkovskiy i Lebedev v. Rosja, skargi nr 11082/06, 13772/05, wyrok ETPC z 25.07.2013 r.
Gahramanov v. Azerbejdżan, skarga nr 26291/06, decyzja ETPC z 15.10.2013 r.
Del Rio Prada v. Hiszpania, skarga nr 42750/09, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 21.10.2013 r.
Housein v. Grecja, skarga nr 71825/11, wyrok ETPC z 24.10.2013 r.
Filiz v. Turcja, skarga nr 28074/08, wyrok ETPC z 4.03.2014 r.
Ilgar Mammadov v. Azerbejdżan, skarga nr 15172/13, wyrok ETPC z 22.05.2014 r.
Yarashonen v. Turcja, skarga nr 72710/11, wyrok ETPC z 24.06.2014 r.
Krupko i inni v. Rosja, skarga nr 26587/07, wyrok ETPC z 26.06.2014 r.
Kim v. Rosja, skarga nr 44260/13, wyrok ETPC z 17.07.2014 r.
Lyapin v. Rosja, skarga nr 46956/09, wyrok ETPC z 24.07.2014 r.
Valerian Dragomir v. Rumunia, skarga nr 51012/11, wyrok ETPC z 16.09.2014 r.
Tarakhel v. Szwajcaria, skarga nr 29217/12, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 4.11.2014 r.
Lazariu v. Rumunia, skarga nr 31973/03, wyrok ETPC z 13.11.2014 r.
Mohamad v. Grecja, skarga nr 70586/11, wyrok ETPC z 11.12.2014 r.
Iustin Robertino Micu v. Rumunia, skarga nr 41040/11, wyrok ETPC z 13.01.2015 r.
Eshonkulov v. Rosja, skarga nr 68900/13, wyrok ETPC z 15.01.2015 r.
Gallardo Sanchez v. Włochy, skarga nr 11620/07, wyrok ETPC z 24.03.2015 r.
Nabil i inni v. Węgry, skarga nr 62116/12, wyrok ETPC z 22.09.2015 r.
Qing v.Portugalia, skarga nr 69861/11, wyrok ETPC z 5.11.2015 r.
Sahakyan v. Armenia, skarga nr 66256/11, wyrok ETPC z 10.11.2015 r.
Mahamed Jama v. Malta, skarga nr 10290/13, wyrok ETPC z 26.11.2015 r.
R.T. v. Grecja, skarga nr 5124/11, wyrok ETPC z 11.02.2016 r.
Mozer v. Mołdawia i Rosja, skarga nr 11138/10, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 23.02.2016 r.
Popoviciu v. Rumunia, skarga nr 52942/09, wyrok ETPC z 1.03.2016 r.
Hoalgă i inni v. Rumunia, skarga nr 76672/12, wyrok ETPC z 15.03.2016 r.
Dzhabarov i inni v. Bułgaria, skargi nr 6095/11, 74091/11 i 75583/11, wyrok ETPC z 31.03.2016 r.
Blokhin v. Rosja, skarga nr 47152/06, wyrok ETPC z 23.03.2016 r.
Korneykova i Korneykov v. Ukraina, skarga nr 56660/12, wyrok ETPC z 24.03.2016 r.
J.N. v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 37289/12, wyrok ETPC z 16.05.2016 r.
Tchankotadze v. Gruzja, skarga nr 15256/05, wyrok ETPC z 21.06.2016 r.
O.M. v. Węgry, skarga nr 9912/15, wyrok ETPC z 5.07.2016 r.
Buzadji v. Mołdawia, skarga nr 23755/07, wyrok ETPC z 5.07.2016 r.
A.B.i inni v. Francja, skarga nr 11593/12, wyrok ETPC z 12.07.2016 r.

A.M.i inni v. Francja, skarga nr 24587/12, wyrok ETPC z 12.07.2016 r.
R.C. i V.C. v. Francja, skarga nr 76491/14, wyrok ETPC z 12.07.2016 r.
Abdullahi Elmi i Aweys Abubakar v. Malta, skargi nr 25794/13, 28151/13, wyrok ETPC z 22.11.2016 r.
Paposhvili v. Belgia, skarga nr 41738/10, wyrok ETPC z 13.12.2016 r.
Khlaifia i inni v. Włochy, skarga nr 16483/12, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 15.12.2016 r.
Paradiso i Campanelli v. Włochy, skarga nr 25358/12, wyrok ETPC z 24.01.2017 r.
De Tommaso v. Włochy, skarga nr 43395/09, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 23.02.2017 r.
Chowdury i inni v. Grecja, skarga nr 21884/15, wyrok ETPC z 30.03.2017 r.
Thimothawes v. Belgia, skarga nr 39061/11, wyrok ETPC z 4.04.2017 r.
Harkins v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 71537/14, decyzja Wielkiej Izby ETPC z 15.06.2017 r.
N. v. Rumunia, skarga nr 59152/08, wyrok ETPC z 28.11.2017 r.
S.F. i inni v. Bułgaria, skarga nr 8138/16, wyrok ETPC z 7.12.2017 r.
J.R. i inni v. Grecja, skarga nr 22696/16, wyrok ETPC z 25.01.2018 r.
Teymurazyan v. Armenia, skarga nr 17521/09, wyrok ETPC z 15.03.2018 r.
Bistieva i inni v. Polska, skarga nr 75157/14, wyrok ETPC z 10.04.2018 r.
Tsarpelas v. Grecja, skarga nr 74884/13, wyrok ETPC z 26.04.2018 r.
Fernandes Pedroso v. Portugalia, skarga nr 59133/11, wyrok ETPC z 20.06.2018 r.
S.Z. v. Grecja, skarga nr 66702/13, wyrok ETPC z 21.06.2018 r.
Vasilevskiy i Bogdanov v. Rosja, skargi nr 52241/14 74222/14, wyrok ETPC z 10.07.2018 r.
Merabishvili v. Gruzja, skarga nr 72508/13, wyrok ETPC z 28.11.2018 r.
M.A i inni v. Litwa, skarga nr 59793/17, wyrok ETPC z 11.12.2018 r.
Rooman v. Belgia, skarga nr 18052/11, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 31.01.2019 r.
H.A i inni v. Grecja, skarga nr 19951/16, wyrok ETPC z 28.02.2019 r.
Aboya Boa Jean v. Malta, skarga nr 62676/16, wyrok ETPC z 2.04.2019 r.
Sh.D.i inni v. Grecja, Austria, Chorwacja, Węgry, Macedonia Północna, Serbia i Słowenia, skarga nr 14165/16, wyrok ETPC z 13.06.2019 r.
Porchet v. Szwajcaria, skarga nr 36391/16, decyzja ETPC z 8.10.2019 r.
G.B.i inni v. Turcja, skarga nr 4633/15, wyrok ETPC z 17.10.2019 r.
Z.A.i inni v. Rosja, skargi nr 61411/15, 61420/15, 61427/15, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 21.11.2019 r.
N.D.i N.T. v. Hiszpania, skargi nr 8675/15 8697/15, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 13.02.2020 r.
Bilalova i inni v. Polska, skarga nr 23685/14, wyrok ETPC z 26.03.2020 r.
Danija v. Szwajcaria, skarga nr 1654/15, decyzja ETPC z 28.04.2020 r.

Moustahi v. Francja, skarga nr 9347/14, wyrok ETPC z 25.06.2020 r.
Norik Poghosyan v. Armenia, skarga nr 63106/12, wyrok ETPC z 22.10.2020 r.
X i inni v. Bułgaria, skarga nr 22457/16, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 2.02.2021 r.
R.R i inni v. Węgry, skarga nr 36037/17, wyrok ETPC z 2.03.2021 r.
Bah v. Królestwo Niderlandów, skarga 35751/20, decyzja ETPC z 22.06.2021 r.
D.A. i inni v. Polska, skarga nr 51246/17, wyrok ETPC z 8.07.2021 r.
M.D. i A.D. v. Francja, skarga nr 57036/18, wyrok ETPC z 22.07.2021 r.
M.H. i inni v. Chorwacja, skargi nr 15670/18, 43115/18, wyrok ETPC z 18.11.2021 r.
N.A. i inni v. Węgry, skarga nr 37325/17, decyzja ETPC z 1.02.2022 r.
M.B.K. i inni v. Węgry, skarga nr 73860/17, wyrok ETPC z 24.02.2022 r.
Nikoghosyan i inni v. Polska, skarga nr 14743/17, wyrok ETPC z 3.03.2022 r.
N.B. i inni v. Francja, skarga nr 49775/20, wyrok ETPC z 31.03.2022 r.
A.S. v. Węgry, skarga nr 34883/17, decyzja ETPC z 15.05.2022 r.
H.M. i inni v. Węgry, skarga nr 38967/17, wyrok ETPC z 2.06.2022 r.
A.A.A. i inni v. Węgry, skarga nr 37327/17, wyrok ETPC z 9.06.2022 r.
Darboe i Camara v. Włochy, skarga nr 5797/19, wyrok ETPC z 21.07.2022 r.
W.O. i inni v. Węgry, skarga nr 36896/18, wyrok ETPC z 25.08.2022 r.
H.F. i inni v. Francja, skarga nr 24384/19 44234/20, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 4.09.2022 r.

Decyzje EKPS

Conference of the European Churches v. Królestwo Niderlandów, skarga nr 90/2013, decyzja EKPS o dopuszczalności skargi z 1.07.2013 r.
D.C.I. v. Belgia, skarga nr 69/2011, decyzja z 23.10.2012 r.
Médecins du Monde – International v. Francja, skarga nr 67/2011, decyzja z 11.09.2012 r.
FIDH v. Francja, skarga nr 14/2003, decyzja z 8.09.2004 r.

TSUE

Yvonnne Van Duyn v. Home Office, C-41/74, wyrok ETS z 4.12.1974 r., ECR 1974/8/1337, ECLI:EU:C:1974:133.
Francja v. Komisja, C-301/87, wyrok TSUE z 14.02.1990 r., ECLI:EU:C:1990:67.
Niemcy v. Komisja, C-288/96, wyrok TSUE z 5.10.2000 r., ECLI:EU:C:2000:537.
G.J. Dokter. Maatschap Van den Top, W. Boekhout v. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, C-28/05, wyrok TSUE z 15.06.2006 r., ECLI:EU:C:2006:408.
Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware v. Rada, C-141/08, wyrok TSUE z 1.10.2009 r., ECLI:EU:C:2009:307.

Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov) Kadzoev, C-357/09 PPU, wyrok TSUE z 30.11.2009 r., ECLI:EU:C:2009:741.
Alexandre Achughbabian v. Préfet du Val-de-Marne, C-329/11, wyrok TSUE z 6.12.2011 r., ECLI:EU:2011:807.
Hassen el Dridi alias Karim Soufi, C-61/11 PPU, wyrok TSUE z 28.04.2011 r., EU:C:2011:268.
August Storck KG v. Urząd Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego (znaki towarowe i wzory), C-96/11 P, wyrok TSUE z 6.09.2012 r., ECLI:EU:T:2012:5.
M.G. i N.R. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, C-383/13 PPU wyrok TSUE z 10.09.2013 r., ECLI:EU:C:2013:533.
Bashir Mohamed Ali Mahdi, skarga C-146/14 PPU, wyrok TSUE z 5.06.2014 r., ECLI:EU:C:2014:1320.
Adala Bero v. Regierungspräsidium Kassel and Ettayebi Bouzalmate v. Kreisverwaltung Kleve, C-473/13, wyrok TSUE z 14.07.2014 r., ECLI:EU:C:2014:2095.
Pham/Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik, C-474/13, wyrok TSUE z 17.07.2014 r., ECLI:EU:C:2014:2096.
Khaled Boudjlida v. Préfet des Pyrénées-Atlantiques, skarga C-249/13, wyrok TSUE z 11.12.2014 r., ECLI:EU:C:2014:2431.
Z. Zh. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie i Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie v. I. O, C-554/13, wyrok TSUE z 11.06.2015 r., EU:C:2015:377.
H.T. v. Land Baden-Württemberg, C-373/13, 24.06.2015 r., EU:C:2015:413.
Postępowanie karne przeciwko Serdjanowi Celajowi, C-290/14, wyrok TSUE z 1.10.2015 r., ECLI:EU:C:2015:640.
Republika Słowacka i Węgry v. Rada Unii Europejskiej, sprawy połączone C-643/15, C-647/15, wyrok TSUE z 6.09.2017 r., ECLI:EU:C:2017:631.
Sadikou Gnandi v. Etat belge, skarga nr C-181/16, wyrok TSUE z 19.06.2018 r., ECLI:EU:C:2018:465.
J.N. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, skarga C-601/15 PPU, wyrok TSUE z 15.02.2016 r., ECLI:EU:C:2016:84.
NF v. Rada Europejska, T-192/16, postanowienie Sądu z 28.02.2017 r., ECLI:EU:T:2017:128.
FMS i inni v. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság and Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság, sprawy połączone C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, wyrok TSUE z 14.05.2020 r., ECLI:EU:C:2020:367.
Komisja v. Węgry, C-808/18, wyrok TSUE z 17.12.2020 r., ECLI:EU:C:2020:1029.
Komisja v. Polska, Czechy i Węgry, sprawy połączone C-715/17, C-718/17 i C-719/17, wyrok TSUE z 02.04.2020 r., ECLI:EU:C:2020:257.

System międzyamerykański

Velásquez Rodríguez v. Honduras, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) nr 4 (1988), wyrok MTPC z 29.07.1988 r.

Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka w sprawie *Rafael Ferrer-Mazorra i inni (United States)*, sprawa 9903, Report nr 51/01, OEA/Ser./L/V/II. 111, Doc. 20, rev. at 1188, 4.04.2001.

Juridical Condition and Rights of Undocumented Immigrants. Advisory Opinion OC-18/03, opinia doradcza MTPC z 17.09.2003 r.

Yakye Axa Indigenous Community v. Paragwaj, wyrok MTPC z 17.06.2005 r.

Zambrano Vélez i inni v. Ekwador, wyrok MTPC z 4.07.2007 r.

Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ekwador, wyrok MTPC z 21.11.2007 r.

Velez Loor v. Panama, wyrok MTPC z 23.11.2010 r.

Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, OC-21/14, opinia doradcza MTPC z 19.08.2014 r.

Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka: orzeczenie w sprawie *Rafael Ferrer-Mazorra i inni (United States)*, *Report No. 51/01 (Merits)*, Case Nr. 9903, 4.04.2001.

DOKUMENTY ORGANIZACJI MIĘDZYNARODOWYCH MIĘDZYRZĄDOWYCH

UNHCR

UNHCR's legal observations on the amendments to the Law of the Republic of Lithuania on Legal Status of Aliens (No XIV-506), 28.07.2021.

UNHCR's Observations on Malta's Revised Legislative and Policy Framework for the Reception of Asylum Seekers, 25.02.2016.

Beyond Detention: A Global Strategy to support governments to end the detention of asylum-seeker and refugees, 2014–2019, 2014.

Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012.

UNHCR/OHCHR Summary Conclusions from Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-Seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons, Main messages, 11–12.05.2011.

General Conclusion on International Protection No. 108 (LIX) – 2008, 10.10.2008.

Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, Geneva, 26.01.2007.

UNHCR's intervention before the House of Lords in the case of European Roma Rights Centre and Others v. Immigration Officer at Prague Airport, Secretary of State for the Home Department, 28.09.2004.
Executive Committee of the High Commissioner's programme, Protracted Refugee Situations, EC/54/SC/CRP.14, 10.06.2004.
UNHCR's Comments on the Bill to Reform the Immigration Control and Refugee Recognition Act of Japan, 19.05.2004.
Note on international protection, A/AC.96/951, 13.09.2001.
Global consultations on international protection, protection of refugees in mass influx situations: overall protection framework, EC/GC/01/4, 19.02.2001.
Executive Committee of the High Commissioner's Programme, General Conclusion on International Protection No. 71 (XLIV) – 1993, 8.10.1993.
Note on International Protection, A/AC.96/713, 15.08.1988.
Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Refugee Children No. 47 (XXXVIII) – 1987, Nr. 47 (XXXVIII), 12.10.1987.
Note on Accession to International Instruments and the Detention of Refugees and Asylum-Seekers, 37th Session, EC/SCP/44, 19.08.1986.
Executive Committee of the High Commissioner's Programme, General Conclusion on International Protection No. 36 (XXXVI) – 1985, Nr. 36 (XXXVI), 18.10.1985.
Executive Committee, Conclusions No. 22 (XXII) – 1981 Protection of Asylum Seekers in Situations of Large-scale Influx, Report of 32nd Session: A/AC.96/601, 21.10.1981.
Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Expulsion No. 7 (XXVIII) – 1977, Nr. 7 (XXVIII), 12.10.1977.
Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Non-Refoulement No. 6 (XXVIII) – 1977, Nr 6 (XXVIII), 12.10.1977.

System uniwersalny

WHO, Addressing the health challenges in immigration detention, and alternatives to detention. A country implementation guide, 2022.
WHO, Report on the health of refugees and migrants in the WHO European Region. No public health without refugee and migrant health World, World Health Organization: Geneva, 2018.
Universal Periodic Review, 3rd Cycle Submission to the Universal Periodic Review by the Global Detention Project (Geneva, Switzerland) 29th Session of the UPR Working Group, January–February 2018.
Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Interim report, A/70/303, 7.08.2015.

KPT, Observations of the Committee against Torture on the revision of the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (SMR), CAT/C/51/4, 12.12.2013.

UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders, 2014.

Interim report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/66/268, 5.08.2011.

UN Office on Drugs and Crime, *Model Law against Trafficking in Persons*, 05.08.2009.

International Law Commision, Third report on the expulsion of aliens by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur, A/CN.4/581, 19.04.2007.

United Nations High Commissioner for Human Rights (UNHCHR), Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking, E/2002/68/Add. 1, OHCHR, 20.05.2002.

Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/57/173, 2.07.2002.

Recommendations on Statistics of International Migration.Revision 1, "Statistical Papers" Series M, Nr 58, Rev. 1. Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division, United Nations, 1998.

Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Report on the practice of administrative detention, E/CN.4/Sub. 2/1989/27, 6.07.1989.

Compilation of the comments of Governments on the Draft international Covenant on Human Rights and on the Additional Proposed Articles, E/CN. 4/ 365/, 22.03.1950.

International Law Commision, Third report on the expulsion of aliens by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur, A/CN.4/581, 19.04.2007.

Yearbook of the International Law Commission (1964) Vol. I: Summary Records of the 16th Session, 727th meeting, 20.05.1964.

International Rules on Admission and Expulsion of Foreigners, 9.09.1892.

WGAD

Report: *Arbitrary Detention*, A/HRC/48/55, 6.08.2021.

Deliberation Nr 11 on prevention of arbitrary deprivation of liberty in the context of public health emergencies, A/HRC/45/16 (Annex I), 8.05.2020.

Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants, A/HRC/39/45, 7.02.2018.
Report, *Addendum – Follow-up mission to Italy*, A/HRC/30/36/Add. 3, 10.06.2015.
Opinion No. 52/2014, A/HRC/WGAD/2014/52/Corr. 1, 3.03.2015.
Report: *United Nations Basic Principles and Guidelines on Remedies and Procedures on the Right of Anyone Deprived of Their Liberty to Bring Proceedings Before a Court*, A/HRC/30/37, 6.07.2015.
Report: *Mission to Greece*, A/HRC/27/48/Add. 2, 30.06.2014.
Report: *A compilation of national, regional and international laws, regulations and practices on the right to challenge the lawfulness of detention before court*, A/HRC/27/47, 30.01.2014.
Deliberation Nr 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law, A/HRC/22/44, 24.12.2012.
Report, A/HRC/19/57, 26.11.2011.
Report, A/HRC/13/30, 18.01.2010.
Report, A/HRC/ 10/21, 16.02.2009.
Report, A/HRC/7/4, 10.01.2008.
Report*: Mission to Turkey*, A/HRC/4/40/Add. 5, 7.02.2007.
Report, *Addendum: report on the visit of the Working Group to the United Kingdom on the issue of immigrants and asylum seekers*, E/CN.4/1999/63/Add. 3, 18.12.1998.
Report, E/CN.4/1998/44, 19.12.1997.
Opinion No. 6/1997, United States of America, E/CN.4/1998/44/Add. 1.
Report, E/CN.4/1993/24, 12.01.1993.

Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants

Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, on his mission to Malta (6–10 December 2014), A/HRC/29/36/Add. 3, 12.05.2015.
Report: Banking on mobility over a generation: follow-up to the regional study on the management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, A/HRC/29/36, 8.05.2015.
Report: Regional Study: Management of the External Borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, A/HRC/23/46, 24.04.2013.
Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, on his mission to Turkey, A.HRC/ 23/46/ Add. 2, 17.04.2013.

Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Mission to Italy, A/HRC/23/46/Add. 3, 30.04.2013.
Report, A/HRC/20/24, 12.04.2012.
Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants on his mission to Albania, A/HRC/20/24/Add. 1, 10.04.2012.
Report, A/HRC/11/7, 14.05.2009.
Report, A/HRC/7/12, 25.02.2008.
The rights of non-citizens; Final report of the Special Rapporteur, Mr. David Weissbrodt, submitted in accordance with Sub-Commission decision 2000/103, Commission resolution 2000/104 and Economic and Social Council decision 2000/283 AddendumRegional Activities, E/CN.4/Sub. 2/2003/23/Add. 2, 26.05.2003.
Report of the Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2002/62 Addendum Communications sent to the Governments and replies received, E/CN.4/2003/85/Add. 1, 30.01.2003.
Report of UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Gabriela Rodríguez Pizarro submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2002/62, E/CN.4/2003/85, 30 December 2002, E/CN.4/2003/85, 30.12.2002.

Komitet Praw Dziecka

General Comment Nr 10, Children's rights in juvenile justice, CRC/C/GC/10, 25.04.2007.
General Comment Nr 6, Treatment of unaccompanied and separated children outside their countries of origin, CRC/GC/2005/6, 1.09.2005.
General Comment Nr 5, General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, CRC/GC/2003/5, 27.11.2003.
Concluding Observations on the Third to Fifth Periodic Reports of Latvia, CRC/C/LVA/CO/3-5, 14.03.2016.

Komitet Przeciwko Torturom

General Comment Nr 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, CAT/C/GC/4, 9.02.2018.
General Comment Nr 2, Implementation of Article 2 by States Parties, CAT/C/GC/2, 24.01.2008.
Concluding Observations:
Estonia 2002, CAT/C/CR/29/5, 23.12.2002.
Belgia 2003, CAT/C/CR/30/6, 23.01.2003.

Łotwa 2004, CAT/C/CR/31/3, 5.02.2004.
Austria 2010, CAT/C/AUT/CO/4-5, 20.05.2010.
Szwajcaria 2010, CAT/C/CHE/CO/6, 25.05.2010.
Mao 2011, CAT/C/MAR/CO/4, 21.12.2011.
Królestwo Niderlandów 2013, CAT/C/NLD/CO/5-6, 20.06.2013.
Zjednoczone Królestwo 2013, CAT/C/GBR/CO/5, 24.06.2013.
Australia 2014, CAT/C/AUS/CO/4-5, 23.12.2014.
Cypr 2014, CAT/C/CYP/CO/4, 16.06.2014.
Nowa Zelandia 2015, CAT/C/NZL/CO/6, 2.06.2015.
Irlandia 2017, CAT/C/IRL/CO/2, 31.08.2017.
Finlandia 2017, CAT/C/FIN/CO/7, 20.01.2017.
Królestwo Niderlandów 2018, CAT/C/NLD/CO/7, 18.12.2018.
Polska 2019, CAT/C/POL/CO/7, 29.08.2019.
Belgia 2022, CAT/C/BEL/CO/4, 28.07.2022.

Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych
General Comment Nr. 20, Non-discrimination in economic, social and cultural rights, E/C.12/CG/20, 2.07.2009.
General Comment Nr. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), U.N.Doc.E/C.12/2000/4/, 11.08.2000.
Concluding observations: Cypr, E/C.12/CYP/CO/5, 12.06.2009.
Concluding observations: Królestwo Niderlandów, E/C. 12/NDL/CO/4-5, 9.12.2010.

Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej
General recommendation nr 34 adopted by the Committee Racial Discrimination against people of African descent, CERD/C/GC/34, 30.09.2011.
Concluding Observations: Bułgaria, CERD/C/BGR/CO/23-25, 27.12.2023.
Concluding observations: Łotwa, CERD/C/LVA/CO/6-12, 25.09.2018.
Concluding observations: Grecja, CERD/C/GRC/CO/20-22, 3.10.2016.
Concluding observations: Hiszpania, CERD/C/ESP/CO/21-23, 21.06.2016.
Concluding observations: Norwegia, CERD/C/NOR/CO/21-22, 25.09.2015.

Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet
Concluding observations on the combined third to fifth periodic reports of Malaysia, CEDAW/C/MYS/CO 3-5, 14.03.2018.
Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Federacja Rosyjska, CERD/C/62/CO/7, 21.03.2003.

Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Italy, CEDAW/C/ITA/CO/7, 24.07.2017.

CMW

General comment Nr 5 (2021) *on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights*, CMW/C/GC/5, 21.07.2022.

CMW, Special Rapporteur on the human rights of migrants, OHCHR, *Joint Guidance Note on Equitable Access to COVID-19 Vaccines for All Migrants*, Geneve 2021.

General comment Nr 2 on the rights of migrant workers in an irregular situation and members of their families, CMW/ C/ GC/2, 28.08.2013.

Concluding observations:

Meksyk 2017, CMW/C/MEX/CO/3 CMW, 27.09.2017.

Bośnia i Hercegowina 2012, CMW/ C/ BIH/ CO/2, 26.09.2012.

Meksyk 2011, CMW/C/MEX/CO/2/CRP. 1, 7.04.2011.

Bośnia i Hercegowina 2009, CMW/C/BIH/CO/1, 3.06.2009.

Komitet Praw Człowieka

General Comments

General Comment No. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial, CCPR/C/GC/32, 23.08.2007.

General Comment No. 35, Article 9 (Liberty and security of person), CCPR/C/GC/35, 16.12.2014.

General Comment No. 31, The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13, 26.05.2004.

General Comment No. 29, Article 4: Derogations during a State of Emergency, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11, 31.08.2001.

General Comment No. 27, Freedom of movement (art. 12), CCPR/C/21/Rev. 21/Add. 9, 1.11.1999.

General Comment No. 24, Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6, 4.11.1994.

General Comment No. 20, Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 10.03.1992.

General comment No. 15 (1986) on the position of aliens under the Covenant, 11.04.1986.

Concluding Observations
Belgia, CCPR/C/BEL/CO/6, 6.12.2019.
Królestwo Niderlandów, CCPR/C/NLD/CO/5, 22.08.2019.
Bułgaria, CCPR/C/BGR/C/4, 15.11.2018.
Szwecja, CCPR/C/SWE/CO/7, 28.04.2016.
RPA, CCPR/C/ZAF/CO/1, 23.03.2016.
Kanada, CCPR/C/CAN/CO/6, 20.07.2015.
Hiszpania, CCPR/C/ESP/CO/6, 24.08.2015.
Republika Macedonii Północnej, CCPR/C/MKD/CO/3, 17.08.2015.
Zjednoczone Królestwo, CCPR/C/GBR/CO/7, 17.08.2015.
Francja, CCPR/C/FRA/CO/5, 17.08.2015.
Malta, CCPR/C/MLT/CO/2, 21.11.2014.
Łotwa, CCPR/C/LVA/CO/3, 11.04.2014.
Ukraina, CCPR/C/UKR/CO/7, 22.08.2013.
Gwatemala, CCPR/C/GTM/CO/3, 19.04.2012.
Kuwejt, CCPR/C/KWT/CO/2, 18.11.2011.
Polska, CCPR/C/POL/CO/6, 15.10.2010.
Federacja Rosyjska, CCPR/C/RUS/CO/6, 24.11.2009.
Tanzania, CCPR/C/TZA/CO/4, 6.08.2009.
Szwecja, CCPR/C/SWE/CO/6, 7.05.2009.
Zjednoczone Królestwo, CCPR/C/GBR/CO/6, 30.07.2008.
USA, CCPR/C/USA/CO/3/Rev. 1, 18.12.2006.
Kanada, CCPR/C/CAN/CO/5, 20.04.2006.
Mauritius, CCPR/CO/83/MUS, 27.04.2005.
Belgia, CCPR/CO/81/BEL, 21.08.2004.
Filipiny, CCPR/CO/79/PHL, 1.12.2003.
Egipt, CCPR/CO/76/EGY, 28.11.2002.
Nowa Zelandia, CCPR/CO/75/NZL, 7.08.2002.
Zjednoczone Królestwo, CCPR/CO/73/UK, 6.12.2001.
Belgia, CCPR/C/79/Add. 99, 19.11.1998.
Finlandia, CCPR/C/79/Add. 91, 8.04.1998.
Izrael, CCPR/C/79/Add. 93, 18.08.1998.
Sudan, CCPR/C/79/Add. 85, 19.11.1997.
Comments on the 4th UK Periodic Report, CCPR/C/79/Add. 55, 27.07.1995.

Rada Europy
Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, Report of the Fact-Finding Mission by Ambassador Tomáš Boček, Special

Representative of the Secretary General on migration and refugees, to Spain, 18–24.03. 2018, SG/Inf(2018)25, 3.09.2018.
Parliamentary Assembly of the Council of Europe Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, A study of immigration detention practices and the use of alternatives to immigration detention of children, Council of Europe Strasbourg, 2017.
European Commission for Democracy Through Law, Report on The Rule of Law Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011). Strasbourg, 4.04.2011.
Commissioner for Human Rights, Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications, CommDH/IssuePaper(2010)1, Strasbourg 2010.
PACE Committee on Migration, Refugees and Population, Report on the detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe (the Mendonça Report), 11.01.2010.
The Detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe, Report of the (Former) Committee on Migration, Refugees and Population, Rapporteur Doc. 12105, 11.01.2010.
European Council for Refugees and Exiles (ECRE), Draft bill provides for systematic detention of asylum seekers in Bulgaria, 22.11.2013.
Podręcznik skutecznego badania i dokumentowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania (tzw. Protokół stambulski), wersja z 2022 r., https://www. ohchr. org/sites/default/files/documents/publications/2022-06-29/Istanbul-Protocol_Rev2_EN. pdf.
European Committee on Crime Problems, Revised Rules And Commentary To Recommendation Cm/Rec(2006 r.)2 of The Committee of Ministers to Member States on The European Prison Rules, Council of Europe, Strasbourg 20.09.2018, PC-CP 2018, 15 rev. 2.
RE, Twenty Guidelines of the Committee of Ministers on Forced Returns: Commentary, Strasburg 2005, https://www. unhcr. org/4d948a7d9. pdf.

CPT

CPT, *Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 18 to 29 January 2021*, CPT/Inf (2021) 20, Strasbourg 9.09.2021.
CPT, *Report to the Danish Government on the visit to Denmark carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 3 to 12 April 2019*, CPT/Inf (2019) 35, Strasbourg 7.01.2020.

CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 23 au 30 novembre 2018*, CPT/Inf (2020) 11, Strasbourg 24.03.2020.

CPT, *Report to the Bulgarian Government on the visit to Bulgaria carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 10 to 17 December 2018*, CPT/ Inf (2019) 24, Strasbourg 11.07.2019.

CPT, *Report on the visit to Hungary from 20 to 26 October 2017*, CPT/Inf(2018) 42, Strasbourg 18.09.2018.

CPT, *Report to the Turkish Government on the visit to Turkey carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 16 to 23 June 2015*, CPT/Inf (2017) 32, Strasbourg 17.10.2017.

CPT, *Report to the Maltese Government on the visit to Malta carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 3 to 10 September*, CPT/Inf (2016) 25, Strasbourg 25.10.2016.

CPT, *Report to the Swedish Government on the Visit to Sweden Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 18 to 28 May 2015*, CPT/ Inf (2016) 1, Strasbourg 17.02.2016.

CPT, *Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards CPT standards*, CPT/Inf (2015) 44, Strasbourg 15.12.2015.

CPT, *Report to the Finnish Government on the Visit to Finland Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 22 September to 2 October 2014*, CPT/Inf (2015) 25, Strasbourg 20.08.2015.

CPT, *Report to the Maltese Government on the visit to Malta carried out by the European Committee for the CPT, Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 26 to 30 September 2011*, CPT/Inf (2013) 12, Strasbourg 4.07.2013.

21st General Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), CPT/Inf (2011) 28, Strasbourg 10.11.2011.

CPT, *Report to the Turkish Government on the visit to Turkey carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 4 to 17 June 2009*, CPT/Inf (2011) 13, Strasbourg 31.03.2011.

CPT, *CPT Standards*, CPT/Inf/E (2002) 1, Rev. 2010, 8.03.2011.
CPT, *Report to the Maltese Government on the visit to Malta carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 19 to 26 May 2008*, CPT/Inf (2011) 5, Strasbourg 17.02.2011.
CPT, *Report to the Government of the United Kingdom on the visit to United Kingdom carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 18 11. to 1 12. 2008*, CPT/Inf (2009) 30, Strasbourg 8.12.2009.
CPT, *Safeguards for irregular migrants deprived of their liberty, Extract from the 19th General Report of the CPT*, CPT/Inf(2009)2, Strasbourg 27.10.2009.
CPT, *14th General Report on the CPT's activities*, CPT/Inf (2004) 28, Strasbourg 21.09.2004.
CPT, *12th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2001*, CPT/Inf (2002) 15, Strasbourg 3.09.2002.
CPT, *7th General Report on the CPT's activities covering the period 1. 1. to 31 12. 1996*, CPT/Inf (97) 10, Strasbourg 22.08.1997.
CPT, *2nd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1991*, CPT/Inf (92) 3, Strasbourg 13.04.1992.

UE

Special Report: EU response to the refugee crisis: the 'hotspot' approach, Special Report of European Court of Auditors, 2017, No 6, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/SR_MIGRATION_HOTSPOTS_EN. Pdf.
EMN, Detencja. Stosowanie detencji oraz środków alternatywnych do detencji w kontekście polityki imigracyjnej w Polsce, Raport przygotowany przez Krajowy Punkt Kontaktowy Europejskiej Sieci Migracyjnej w Polsce, Warszawa 2014.
The use of detention and alternatives to detention in the context immigration policies. Synthesis report to EMN Study, 2014.
EASO, Significant Pull/Push Factors for Determining of Asylum-Related Migration. A Literature Review, EASO 2016.
EMN, Ad hoc query on 2021.10. Unaccompanied minors – age assessment methods used by Member States Requested by EMN NCP Czech Republic on 18 February 2021, https://tinyurl.com/2sp6kat3.
EMN, EMN Focussed Study 2020 Detention and alternatives to detention in international protection and return procedures.
EPRS, The Return Directive 2008/115/EC: European Implementation Assessment, PE 642. 840, (June 2020), European Union, Brussels 2020.

Belgian National Contact Point of the European Migration Network, The Effectiveness of Return in Belgium: Challenges and Good Practices Linked to EU Rules and Standards, European Migration Network, 2018.

Uzasadnienie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającej minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl [COM(2008) 815 wersja ostateczna, Bruksela, dnia 3.12.2008 KOM(2008) 815 wersja ostateczna 2008/0244 (COD).

System międzyamerykański

Report on Immigration in the United States: Detention and Due ProcessOEA/Ser. L/V/II. Doc. 78/10, 23.12.2010.

Montevideo Commitment on Migration and Development of the Heads of State and Government of the Ibero-American Community, dokument przyjęty w ramach XVI Szczytu Państw Ibero-Amerykańskich, Montevideo 11.04.2006.

Resolution 1/08, Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas, 13.03.2008, zasada III(2).

Dokumenty krajowe

RPO, Pismo do Szefa Urzędu ds. Cudzoziemców, XI. 543. 242. 2022. MKR, 22.08.2022.

Rzecznik Praw Obywatelskich, Sytuacja cudzoziemców w ośrodkach strzeżonych w dobie kryzysu na granicy Polski i Białorusi. Raport z wizytacji krajowego mechanizmu prewencji tortur, Machińska H., Kusy M., Kazimirski P. (red.), Warszawa 2022.

KMPT, Sytuacja cudzoziemców w ośrodkach strzeżonych w dobie kryzysu na granicy Polski i Białorusi. Raport z wizytacji Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur, 2022.

Home Office, Inadmissibility: Safe Third Country Cases, 28.06.2022, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads-/attachment_data/file/1084315/Inadmissibility.pdf.

Independent Chief Inspector of Borders and Immigration, An Inspection of Home Office Outsourced Contracts for Escorted and Non-Escorted Removals and Cedars Pre-Departure Accommodation July–November 2015 Presented to Parliament pursuant to Section 50(2) of the UK Borders Act 2007, March 2016, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads-/attachment_data/file/549239/ICIBI-report-on-Outsourced-Contracts-and-Cedars_March_2016.pdf.

Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté (CGLPL), Rapport d'activité 2017, http://www.cglpl.fr/2018/publication-du-rapport-dactivite-2017.
Défenseur des droits, 'Rapport au Comité des droits de l'enfant', 10.07.2020, https://bit.ly/2OkAMPG.

Literatura

Abell N.A., *The Compatibility of Readmission Agreements with the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, „International Journal of Refugee Law" 1999, t. 11, nr 1.
Abschiebungshaft [w:] *Das Migrationspaket*, „Beilage zum Asylmagazin" 2019, nr 8–9.
Aliverti A., *Making People Criminal: The Role of Criminal Law in Immigration Enforcement*, „Theoretical Criminology" 2012, t. 16, nr 4.
Allain J., *Rantsev v. Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, „Human Rights Law Review" 2010, t. 10, nr 3.
Allen N., *Restricting Movement or Depriving Liberty?*, „Journal of Mental Health Law" 2009, nr 19.
Allen N., *Restricting Movement or Depriving Liberty?*, „Journal of Mental Health Law" 2009.
Alternatives to Detention of Asylum Seekers, Jesuit Refugee Service, Brussels 2008, https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2009/06/jrs-europe-paper_alternatives-to-detention.pdf [dostęp: 12.09.2023].
Anderson R., *Europe's Failed 'Fight' Against Irregular Migration: Ethnographic Notes on a Counterproductive Industry*, „Journal of Ethnic and Migration Studies" 2016, t. 42, nr 7.
Andersson R., *Illegality, Inc.: Clandestine Migration and the Business of Bordering Europe*, Oakland 2014.
Arai-Yokoi Y., *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment Under Article 3 ECHR*, „Netherlands Quarterly of Human Rights" 2003, t. 21, nr 3.
Arshad F., Haith-Cooper M., Palloti P., *The Experiences of Pregnant Migrant Women in Detention: A Qualitative Study*, „British Journal of Midwifery" 2018, t. 26, nr 9.
Bacon C., *The Evolution of Immigration Detention in the UK: The Involvement of Private Prison Companies*, Refugee Studies Centre, wrzesień 2005, https://www.rsc.ox.ac.uk/files/publications/working-paper-series/wp27-evolution-immigration-detention-uk-2005.pdf.
Bade K., *Migration in European History*, Malden 2003.

Baldaccini A., *The Return and Removal of Irregular Migrants under the EU Law: An Analysis of Returns Directive*, „International Journal of Migration and Law" 2009, t. 11, nr 1.

Basaran T., *The Saved and the Drowned: Governing Indifference in the Name of Security*, „Security Dialogue" 2015, t. 46, nr 3.

Bauerkämper A., *National Security and Humanity: The Internment of Civilian 'Enemy Aliens' during the First World War*, „German Historical Institute London Bulletin" 2018, t. 40, nr 1.

Bauman Z., *Globalizacja i co z tego dla ludzi wynika*, Warszawa 2000.

Bauman Z., *Social Issues of Law and Order*, „British Journal of Criminology" 2000, t. 40, nr 2.

Baumann Z., *Das Jahrhundert der Lager?* [w:] Dabag M., Mihran-Platt K. (red.), *Genozid und Moderne*, Band I*: Strukturen Kollektiver Gewalt im 20. Jahrhundert*, Opladen 1998.

Becoming Vulnerable in Detention: Civil Society Report on the Detention of Vulnerable Asylum Seekers and Irregular Migrants in the European Union (the DEVAS project), Jesuit Refugee Service, London 2010, https://jrseurope.org/wp-content/uploads/sites/19/2020/07/JRS-Europe_Becoming-Vulnerable-InDetention_June-2010_PUBLIC.pdf.

Belete S.S., *The Right to Liberty and Security versus Counterterrorism under International Law: Analysing the Ethiopian Legal and Institutional Frameworks as a Case Study of an 'Authoritarian State'*, Norderstedt 2018.

Benhabib S., *Borders, Boundaries and Citizenship*, „Political Science and Politics" 2005, t. 38, nr 4.

Berdah J.-F., *A Devil in France. The Tragedy of Spanish Republicans and French Policy after Civil War (1936–1945)*, „Clothes. Discrimination and Tolerance in Historical Perspective" 2008, t. 3.

Berman J.S., *Ellis Island*, New York 2003.

Bernadot M., *Camps d'entrangers*, Paris 2008.

Bhandar D., *Resistance, Detainment, Asylum. The Onto-Political Limits of Border Crossing in North America* [w:] Cowen D., Gilbert E. (red.), *War, Citizenship, Territory*, New York–London 2008.

Białas J., *Automatyzm w stosowaniu detencji cudzoziemców* [w:] Białas J., Fagasiński M., Górczyńska M., Jaźwińska M., Łysienia M., Ostaszewska-Żuk E., Rusiłowicz K., Witko D. (red.), *W poszukiwaniu ochrony. Wybrane problemy dotyczące realizacji praw cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy i objętych ochroną międzynarodową w latach 2012–2014. Obserwacje Programu Pomocy Prawnej dla Uchodźców i Migrantów Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka*, Warszawa 2014.

Białas J., *Detencja cudzoziemców a standard EKP*C [w:] Pudzianowska D. (red.), *Status cudzoziemca w Polsce wobec współczesnych wyzwań międzynarodowych*, Warszawa 2016.

Białocerkiewicz J., *Problematyka cudzoziemców jako czynnik integracji państw członkowskich Unii Europejskiej*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego" 2010, nr 1.

Białocerkiewicz J., *Status prawny cudzoziemca w świetle standardów międzynarodowych*, Toruń 1999.

Bielecka-Prus J., *Retoryka lęku przed obcym w polskim dyskursie prasowym*, „Colloqium Wydziału Nauk Humanistycznych i Społecznych AMW" 2018, nr 1.

Bigo D., *Globalized (In)Security: The Field and the Ban-Opticon* [w:] Bigo D., Tsoukala A. (red.), *Terror, Insecurity and Liberty Illiberal Practices of Liberal Regimes after 9/11*, London–New York 2008.

Billet C., *EC Readmission Agreements: A Prime Instrument of the External Dimension of the EU's Fight against Irregular Immigration. An Assessment after Ten Years of Practise*, „European Journal of Migration and Law" 2010, t. 12, nr 1.

Błachnio-Parzych A., *Objaśnienia do art. 6* [w:] Wróbel A. (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.

Bloch A., Schuster L., *At the Extremes of Exclusion: Deportation, Detention and Dispersal*, „Ethnic and Racial Studies" 2005, t. 28, nr 3.

Bloomfield A., *Alternatives to Detention at Crossroads: Humanisation or Criminalisation?*, „Refugee Survey Quarterly" 2016, t. 35, nr 1.

Borchardt E., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York 1922.

Borodziej W., Górny M., *Nasza wojna.* Tom I. *Imperia 1912–1916*, Virtualo 2014.

Bosniak L., Human Rights, *State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants* [w:] Bogusz B., Cholewiński R., Cygan A., Szyszczak E. (red.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden–Boston 2004.

Bosniak L., *Universal Citizenship and the Problem of Alienage*, „Northwestern Law Review" 2000, t. 94.

Bossuyt M.J., *Guide to the 'Travaux Preparatoires' to International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht 1986.

Bosworth M., *Border Criminologies: Assessing the Changing Architecture of Crime and Punishment*, Global Detention Project Working Paper No. 10, Global Detention Project February 2016.

Bosworth M., Hasselberg I., Turnbull S., *Punishment, Citizenship and Identity: An Introduction*, „Criminology & Criminal Justice" 2016, t. 16, nr 3.

Bosworth M., *Immigration Detention and Juxtaposed Border Controls on the French North Coast*, „European Journal of Criminology" 2022, t. 19, nr 4.

Bosworth M., *Immigration Detention, Punishment and the Transformation of Justice*, „Social & Legal Studies" 2019, t. 28, nr 1.

Bosworth M., *Inside Immigration Detention*, Oxford 2014.

Bosworth M., *Immigration Detention: Policy Challenges*, Migration Observatory, Oxford 2011.

Bosworth M., Turnbull S., *Immigration, Detention and the Expansion of Penal Power in the United Kingdom* [w:] Reiter K., Koenig A. (red.), *Extreme Punishment: Comparative Studies in Detention, Incarceration, and Solitary Confinement*, London 2015.

Bouteillet-Paquet D., *Passing the Buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States*, „European Journal of Migration and Law" 2003, t. 5, nr 3.

Brandariz Garcia J.A., *The Control of Irregular Migrants and the Criminal Law of the Enemy, Notes on the Exclusion and Inclusion in the Field of Penal Policy in Spain* [w:] Guia M.J., Van der Woude M., Van der Leun J. (red.), *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, The Hague 2013.

Brekke J.P., Vedsted-Hansen J., Thorburn Stern R., *Temporary Asylum and Cessation of Refugee Status in Scandinavia Policies, Practices and Dilemmas*, European Migration Network, 2020.

Broeders D., *Return to Sender?: Administrative Detention of Irregular Migrants in Germany and the Netherlands*, „Punishment & Society" 2010, t. 12, nr 2.

Brouwer J., *Bordered Penalty in the Netherlands: The Experiences of Foreign National Prisoners and Prison Officers in a Crimmigration Prison*, „Punishment & Society" 2020, t. 22, nr 5.

Bulgaria, 2017 Annual Border Monitoring Report – Access to Territory and International Protection, Bulgarian Helsinki Committee, and General Directorate of Border Police, Sofia 2018, s. 8, https://bit.ly/2H2tlso [dostęp: 20.12.2022].

Burnett J., Carter J., Evershed J., Bell Kohli M., Powell C., de Wilde G., *„State Sponsored Cruelty": Children in Immigration Detention*, London 2010.

Cabaj O., Łachacz O., *Strasburski standard prawa człowieka do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Implikacje w sferze prawa polskiego*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humarnitarnego" 2012, nr 3.

Caestecker F., *The Transformation of Nineteenth-Century West European Expulsion Policy, 1880–1914* [w:] Fahrmeier A., Faron O., Weil P. (red.) *Migration Control in the North Atlantic World*, New York–Oxford 2002.

Caldwell G., *'Private Security and Armed Military Guards: Minimising State Liability in the Fight against Maritime Piracy'*, „RUSI Journal" 2012, t. 157, nr 5.

Cali B., Costello C., Cunningham S., *Hard Protection through Soft Courts? 'Non-Refoulement before the United Nations Treaty Bodies*, „German Law Journal" 2020, t. 21.

Campesi G., Fabini G., *Immigration Detention as Social Defence: Policing 'Dangerous Mobility' in Italy*, „Theoretical Criminology" 2020, t. 24, nr 1.

Campesi G., *Genealogies of Immigration Detention: Migration Control and the Shifting Boundaries between the 'Penal'and the'Preventive' State*, „Social & Legal Studies" 2020, t. 29, nr 4.

Campesi G., *Hindering the Deportation Machine: An Ethnography of Power and Resistance in Immigration Detention*, „Punishment & Society" 2015, t. 17, nr 4.

Cançado Trindade A.A., *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentiu*m, Leiden– Boston 2010.

Caron H., *Refugees, Readmission Agreements, and "Safe" Third Countries: A Recipe for Refoulement?* „Journal of Regional Security" 2017, t. 12, nr 1.

Carrera S., Campesi G., Colombi D., *The 2023 Italy-Albania Protocol on Extraterritorial Migration Management. A Worst Practice in Migration and Asylum Policies*, https://cdn.ceps.eu/wp-content/uploads/2023/12/ASILE_Italy-Albania-MoU-Extraterritorial-Migration-Management.pdf.

Carrera S., *Implementation of EU Readmission Agreements: Identity Determination Dilemmas and the Blurring of Rights*, Springer, 2016.

Carrera S., Varra J., Strik T., *Introduction: Crisis, Rule of Law and Legitimacy* [w:] Carrera S., Varra J., Strik T. (red.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis, Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Northampton 2019.

Carswell K., Blackburn P., Barker C., *The Relationship between Trauma, Post-Migration Problems and the Psychological Well-Being of Refugees and Asylum Seekers*, „International Journal of Social Psychiatry" 2011, t. 57, nr 2.

Ceriani Cernadas P., *Immigration Detention through the Lens of International Human Rights: Lessons from South America*, Global Detention Project Working Paper No 23, 2017.

Ceriani Cernadas P., *The Human Rights of Children in the Context of International Migration* [w:] Vandenhole W., Desmet E. (red.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, London–New York 2015.

Cesarz M., *Kontrola mobilności a suwerenność terytorialna państw*, „Rocznik Europeistyczny" 2018, t. 4.

Chacón J.M., *Immigration Detention: No Turning Back?*, „South Atlantic Quarterly" 2014, t. 113, nr 3.

Chacón J.M., *Managing Migration through Crime*, „Columbia Law Review Sidebar" 2009, t. 109.

Flynn M., Flynn M., (red.) *Challenging Immigration Detention: Academics, Activists and Policy Makers*, Chettelham–Northhampton 2017.

Chetail V., *Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations. An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel*, „European Journal of International Law" 2016, t. 27, nr 4.

Cholewinski R., *European Union Policy on Irregular Migration: Human Rights Lost?* [w:] Bogusz B., Cholewinski R., Cygan A., Szyszczak E. (red.), *IrregularMigration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden–Boston 2004.

Claphan A., *Terrorism, National Measures, International Supervision* [w:] Bianchi A. (red.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford–Portland 2004.

Coffey G.J., Kaplan I., Sampson R.C., Tucci M., *The Meaning and Mental Health Consequences of Long-Term Immigration Detention for People Seeking Asylum*, „Social Science & Medicine" 2010, t. 70, nr 12.

Coleman N., *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden 2009.

Collinson S., *Visa Requirements, Carrier Sanctions, 'SAFE THIRD COUNTRIES' and 'Readmission': The Development of an Asylum 'Buffer Zone' in Europe*, „Transactions of the Institute of British Geographers" 1996, t. 21, nr 1.

Cora Ł., *O pojęciu pozaprocesowego zatrzymania osoby*, „Państwo i Prawo" 2008, nr 3.

Cornelisse G., *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden–Boston 2010.

Cornelisse G., Moraru M., *Judicial Interactions on the European Return Directive: Shifting Borders and the Constitutionalisation of Irregular Migration Governance*, „European Papers" 2022, t. 22, nr 1.

Cornelisse G., *The Constitutionalisation of Immigration Detention: Between EU Law and the European Convention on Human Rights*, Global Detention Project Working Paper, 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, t. 19, nr 1.

Costello C., *Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored'. Migration and Human Rights: The European Approach*, „Human Rights Law Review" 2012, t. 12.

Costello C., Ioffe Y., Büchsel T., *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, Research Paper No. 34, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), July 2017, https://www.refworld.org/reference/lpprs/unhcr/2017/en/122597 [dostęp 20.03.2024]

Costello C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford 2016.

Craig P., *The Common Law, Reasons and Administrative Justice*', „Cambridge Law Journal" 1994, t. 53, nr 2.

Cremona M., Rijpma J., *The Extra Territorialisation, of EU Migration Policy and the Rule of Law*, EUI Working Paper 2007/01.

Cronin K., *Controlling Immigration: Australian Legislation and Practice*, „Australian Law Reform Commission Reform Journal" 1999, t. 75, nr 6.

Cusumano E., *Migrant Rescue as Organized Hypocrisy: EU Maritime Missions Offshore Libya between Humanitarianism and Border Control*, „Cooperation and Conflict" 2019, t. 54, nr 1.

Czarnota K., Górczyńska M., *Gdzie prawo nie sięga. Raport Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka z monitoringu sytuacji na polsko-białoruskiej granicy*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2022, https://hfhr.pl/upload/2022/12/raport_gdzie_prawo_nie_siega-hfpc-30062022_1.pdf [dostęp: 5.10.2023].

Dąbrowski P., *Cudzoziemiec niepożądany w polskim prawie o cudzoziemcach*, Warszawa 2011.

Dąbrowski P. [w:] Chlebny J., Chróścielewski W., Dańczak P., Dąbrowski P., Rogala R. (red.), *Ustawa o cudzoziemcach. Komentarz*, Warszawa 2015.

DeBono D., *'Less than Human': The Detention of Irregular Immigrants in Malta*, „Race & Class" 2013, t. 55, nr 2.

De Bruycker Ph. (red), Bloomfield A., Tsourdi E., Pétin J., *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU. Time for Implementation*, 2015, https://odysseus-network.eu/wp content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf.

De Giorgi A., *Re-Thinking the Political Economy of Punishment: Perspectives on Post-Fordism and Penal Politics*, Aldershot 2006.

De Haas H., Czaika M., Flahaux M.L., Mahendra E., Natter K., Vezzoli S., Villares-Varela M., *International Migration: Trends, Determinants, and Policy Effects*, „Population and Development Review" 2019, t. 45, nr 4.

Debono D., Rönnqvist S., Magnusson K., *Humane and Dignified? Migrants' Experiences of Living in a 'State of Deportability' in Sweden*, Malmö 2015.

Dedja S., *Human Rights in the EU Return Policy: The Case of the EU-Albania relations*, „European Journal of Migration and Law" 2012, t. 14, nr 1.

Demetriou C., Trimikliniotis N., *Cypriot Courts, the Return Directive and Fundamental Rights*, [w:] Moraru M., Cornelisse G., de Bruycker P. (red.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Hart Publishing, Oxford 2020.

Desmond A., *From Migration Crisis to Migrant's Rights Crisis: The Centrality of Sovereignty in the EU Approach to the Protection of Migrant's Rights*, „Leiden Journal of International Law" 2023, t. 36, nr 2.

Detencja. Stosowanie detencji oraz środków alternatywnych do detencji w kontekście polityki imigracyjnej w Polsce, Raport przygotowany przez Krajowy Punkt Kontaktowy Europejskiej Sieci Migracyjnej w Polsce, European Migration Network, Warszawa 2014.

Detention and alternatives to detention in international protection and return procedures, European Migration Network, Madryt 2020.

Detention, [w:] *EMN Asylum and Migration Glossary*, https://home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/detention_en [dostęp: 20.04.2022].

Dijk P. van, Hoof G.J. van, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, Boston 1990.

Długosz P., Kryvachuk L., Izdebska-Długosz D., *Uchodźcy wojenni z Ukrainy – życie w Polsce i plany na przyszłość*, Lublin 2022.

Doomernik J., *Report from Netherlands* [w:] Doomernik J., Jandl M. (red.), *Modes of Migration Regulation and Control in Europe*, Amsterdam 2008.

Doty R.L., *Immigration and the Politics of Security*, „Security Studies" 1998, t. 8, nr 2–3.

Draft Guiding Principles on the Right to Challenge the Legality of Arbitrary Detention, International Detention Coalition, Melbourne 2013, http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/DraftBasicPrinciples-/IDC_WGAD.pdf. [dostęp: 20.07.2023].

Dual Loyalties: The Challenges of Providing Professional Health Care to Immigration Detainees, Physicians for Human Rights, Washington 2011.

Dudley M., *Contradictory Australian National Policies on Self-Harm and Suicide: The Case of Asylum Seekers in Mandatory Detention*, „Australasian Psychiatry" 2003, t. 11, nr 1.

Duevell F., *Report from the United Kingdom* [w:] Doomernik J., Jandl M. (red.), *Modes of Migration Regulation and Control in Europe*, Amsterdam 2008.

Duić D., Jambrešić M., *From Freedom to Detention: A Systematic Analysis of Swedish Aliens Legislation*, „Časopis pro právní vědu a praxi" 2022, t. 30, nr 4, https://doi.org/10.5817/CPVP2022-4-4.

Dutch Council for Refugees, *Country Report: Netherlands 2021 Update*, European Council on Refugees and Exiles, Brussels 2021, http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_nl_2018update.pdf [dostęp: 20.10.2022].

Dušková Š., *Migration Control and Detention of Migrants and Asylum Seekers – Motivations, Rationale and Challenges*, „Groningen Journal of International Law", 2017, t. 5, nr 1, s. 23–33.

Dutch Council for Refugees, *Country Report: Netherlands 2021 Update*, European Council on Refugees and Exiles, Brussels 2021, http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_nl_2018update.pdf [dostęp: 20.10.2022].

Dušková Š., *Migration Control and Detention of Migrants and Asylum Seekers – Motivations, Rationale and Challenges*, „Groningen Journal of International Law", 2017, t. 5, nr 1, s. 23–33.

Dynia E., *Ewolucja polityki migracyjnej Unii Europejskiej – wnioski de lege ferenda* [w:] Kosińska A. (red.), *W obliczu kryzysu. Przyszłość polityki azylowej i migracyjnej Unii Europejskie*j, Lublin 2017.

Easton S., Piper C., *Sentencing and Punishment: The Quest for Justice*, Oxford 2008.

Ehntholt K.A, Trickey D., Harris Hendriks J., Chambers H., Scott M., Yule W., *Mental Health of Unaccompanied Asylum-Seeking Adolescents Previously Held in British Detention Centres*, „Clinical Child Psychology and Psychiatry" 2018, t. 23, nr 2.

Eldridge C., *From Empire to Exile: History and Memory within the Pied-Noir and Harki Communities 1962–2012*, Manchester 2016.

Fahlbusch P., *Haft in Verfahren nach der Dublin II-Verordnung*, „Asylmagazin" 2010, nr 9.

Favalli S., *The Right to Free Legal Aid for Migrants. For Effective Access to Justice* [w:] Calabrò A. (red.), *Borders, Migration and Globalisation: An Interdisciplinary perspective*, London 2022.

Fée D., *The Privatisation of Asylum Accommodation in the UK: Winners and Losers*, „Revue Française de Civilisation Britannique" 2021, XXVI-2, http://journals.openedition.org/rfcb/8082.

Feeley M., Simon J., *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications*, „Criminology" 1992, t. 30, nr 4.

Fischer N., *The Detention of Foreigners in France: Between Discretionary Control and the Rule of Law*, „European Journal of Criminology" 2013, t. 10, nr 6.

Flahive E., *National Identity Crisis: The Politics of Constructing National Identity and Mandatory Detention of Asylum-Seekers in Australia and Japan*, „Zeitschrift für Japanisches Recht" 2007, nr 23.

Flynn M., *Hidden Costs of Human Rights: The Case of immigration Detention*, Global Detention Project Working Paper No 7, September 2013.

Flynn M., *Immigration Detention and Proportionality*, Global Detention Project Working Paper No. 4, 2011.

Fontanari E., Ambrosini M., *Into the Interstices: Everyday Practices of Refugees and Their Supporters in Europe's Migration 'Crisis'*, „Sociology" 2018, t. 52, nr 3.

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

Franko Aas K., *Crimmigrant' Bodies and Bona Fide Travelers: Surveillance, Citizenship and Global Governance*, „Theoretical Criminology" 2011, t. 15, nr 3.

Franko Aas K., *The Ordered and the Bordered Society: Migration Control, Citizenship, and the Northern Penal State* [w:] Franko Aas K., Bosworth M. (red.), *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford 2013.

Franko K., *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*, Milton 2019.

Fripp E., *The Law and Practice of Expulsion and Exclusion from the United Kingdom. Deportation, Removal, and Deprivation of Citizenship*, Oxford–Portland 2015.

Gallagher A., *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, „Human Rights Quarterly" 2001, t. 23.

Gallagher A.T., David F., *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge 2014.

GammeltoftHansen T., *The Rise of the Private Border Guard* [w:] Gammeltoft-Hansen T., Nyberg Sørensen N. (red.), *The Migration Industry and the Commercialization of International Migration*, New York 2013.

Gammeltoft-Hanssen T., *Access to Asylum: International Refugee Law and Globalization of Migration Control*, Cambridge 2011.

Garland D., *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago 2001.

Gasperis T. de, *Country Report: Spain*, AIDA, Brussels 2021.

Genser J., *The UN Working Group on Arbitrary Detention: Commentary and Guide to Practice*, Cambridge 2020.

Ghezelbash D., *Hyper-Legalism and Obfuscation: How States Evade Their International Obligations Towards Refugees*, „American Journal of Comparative Law" 2020, t. 68, nr 3.

Ghezelbash D., *Legal Transfers of Restrictive Immigration Laws*, „International and Comparative Law Quarterly" 2017, t. 66, nr 1.

Ghosh B., *Huddled Masses and Uncertain Shores: Insights into Irregular Migration*, London 1998.

Giuffré M., *A Functional-Impact Model of Jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights*, „QIL – Questions of International Law" 2021, t. 82.

Goldenziel J., *Khlaifia and Others v. Italy*, „American Journal of International Law" 2018, t. 112, nr 2.

Goodwin-Gill G., *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non Penalization, Detention and Protection* [w:] Feller E., Türk V., Nicholson F. (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge 2003.

Goodwin-Gill G., *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, „International Journal of Refugee Law" 2011, t. 23, nr 3.

Goodwin-Gill G., *International law and Detention of Asylum Seekers*, „International Migration Review" 1986, t. 29, nr 2.

Goodwin-Gill G., McAdam J., Dunlop E., *The Refugee in International Law*, Oxford 2021.

Goodwin-Gill G., *State Responsibility and the Good Faith Obligation in International Law* [w:] Fitzmaurice M., Sarooshi D. (red.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford 2004.

Grajewski J. [w:] Grajewski J., Paprzycki L.K., Płachta M. (red.), *Kodeks postępowania karnego*, T. I. Komentarz do art. 1–424 k.p.k., Kraków 2003.

Grant S., *Immigration Detention: Some Issues of Inequality*, „The Equal Rights Review" 2011, t. 7.

Greer S., *Preventive Detention and Public Security – Towards a General Model* [w:] Harding A., Hatchard J. (red.), *Preventive Detention and Security Law. A Comparative Survey*, Dordrecht–Boston–London 1993.

Hörich C., *Abschiebungen nach europäischen Vorgaben Die Auswirkungen der Rückführungsrichtlinie auf das deutsche Aufenthaltsrecht*, Baden-Baden 2015.

Grange M., *Smoke Screens: Is there a Correlation between Migration Euphemisms and the Language of Detention*, Global Detention Project Working Paper No. 5, Global Detention Project 2013.

Gromek Z., *Odpowiedzialność administracyjna – czy nowy rodzaj odpowiedzialności karnej?* [w:] Tetłak K. (red.), *Wybrane aspekty funkcjonowania samorządu terytorialnego z perspektywy działalności organów nadzoru*, Warszawa 2013.

Gronowska B., *Wolność i bezpieczeństwo osobiste w sprawach karnych w świetle standardów Rady Europy. Implikacje dla prawa polskiego*, Toruń 1996.

Grotkopp J., *Abschiebungshaft. Voraussetzungen – Verfahren – Rechtsschutz*, München 2020.

Gsir S., *Report from Belgium* [w:] Doomernik J., Jandl M. (red.), *Modes of Migration Regulation and Control in Europe*, Amsterdam 2008.

Guild E., *Report for the European Parliament: Directorate General Internal Policies of the Union: A Typology of Different Types of Centres in Europe (DG Internal Policies of the Union, Citizens Rights and Constitutional Affairs)*, Brussels 2006.

Guiradon V., Lahav G., *A Reappraisal of the State Sovereignty Debate: The Case of Migration Control*, „Comparative Political Studies" 2000, t. 33, nr 2.

Gyollai D., Amatrudo A., *Controlling Irregular Migration: International Human Rights Standards and the Hungarian Legal Framework*, „European Journal of Criminology" 2016, t. 16, nr 4.

Haas H. de, Czaika M., Flahaux M.L., Mahendra E., Natter K., Vezzoli S., Villares-Varela M., *International Migration: Trends, Determinants, and Policy Effects*, „Population and Development Review" 2019, t. 45, nr 4.

Haberstroh F., *Abschiebungshaft and alternativen zu Abschiebungshaft: Studie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das. Europäische Migrationsnetzwerk (EMN)*, Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Nürnberg 2022.

Haddad E., *The Refugee in International Society: Between Sovereigns*, Cambridge 2008.

Hagelund A., *After the Refugee Crisis: Public Discourse and Policy Change in Denmark, Norway and Sweden*, „Comparative Migration Studies" 2020, t. 8, article no. 13.

Hamilton K., *Immigrant Detention Center in the United States and International Human Rights Law*, „Berkeley La Raza Law Journal" 2011, t. 21.

Hammarberg T., *It Is Wrong to Criminalize Migration*, „European Journal of Migration and Law" 2009, t. 11, nr 4.

Handbook on European Law Relating to Asylum, Borders and Immigration, Publications Office of the European Union, Bruksela 2020, http://fra.europa.eu/sites/default/files/handbook-law-asylum-migration-borders_en.pdf [dostęp: 03.12.2023].

Handbook on European Law Relating to the Rights of the Child, European Union Agency for Fundamental Rights, Luxembourg 2015.

Hänsel V., Hess S., Schurade S., *Refugee Protection. Germany Country Report*, Paper 2019/28, Göttingen 2019.

Harris D.J., O'Boyle M., Warbrick C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London 1995.

Harvey C., *Is Humanity Enough? Refugees, Asylum Seekers and the Rights Regime'* [w:] Harvey C., Juss S. (red.), *Contemporary Issues in Refugee Law*, Cheltenham 2013.

Hasselberg I., *Coerced to Leave: Punishment and the Surveillance of Foreign-National Offenders in the UK*, „Surveillance & Society" 2014, t. 12, nr 4.

Hathaway J.C., *The Human Rights Quagmire of 'Human Trafficking*, „Virginia Journal of International Law" 2008, t. 49, nr 1.

Hathaway J.C., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge 2005.

Haynes D.F., *(Not) Found Chained to a Bed in a Brothel: Conceptual, Legal, and Procedural Failures to Fulfill the Promise of the Trafficking Victims Protection Act*, „Georgetown Immigration Law Journal" 2007, t. 21.

Heeren M., Mueller J., Ehlert U., Schnyder U., Copiery N., Maier T., *Mental Health of Asylum Seekers: A Cross-Sectional Study of Psychiatric Disorders*, „BMC Psychiatry" 2012, t. 12, nr 114.

Heijer M., *Europe and Extraterritorial Asylum*, Oxford, Portland Oregon 2012.

Helton A.C., *The Detention of Refugees and Asylum-Seekers: A Misguided Threat to Refuge Protection'* [w:] Loescher G., Monahan L. (red.), *Refugees and International Relations*, Oxford 1989.

Herbert U., *Das „Jahrhundert der Lager": Ursachen, Erscheinungsformen, Auswirkungen* [w:] Reif-Spirek P., Ritscher B. (red.), *Speziallager in der SBZ. Gedenkstätten mit „doppelter Vergangenheit"*, Berlin 1999.

Hernández C.C.G., *Creating Crimmigration*, „Brigham Young University Law Review" 2013, t. 6.

Hernández C.C.G., *Immigration Detention as Punishment*, „UCLA Law Review" 2014, t. 61, nr 5.

Hoffmann T., *Illegal Legality and Façade of Good Faith. Migration and Law in Populist Hungary*, „Review of Central and East European Law" 2022, t. 47, nr 1.

Hofmański P., *Europejska konwencja praw człowieka i jej znaczenie dla prawa karnego*, Temida 2, Białystok 1993.

Hofmański P., *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*. Tom I. *Komentarz do artykułów 1–18*, Garlicki L. (red.), Warszawa 2010.

Hollings J., Samuilova M., Petrova-Benedict R., *Health, Migration and Border Management: Analysis and Capacity-Building at Europe's Borders*, „International Journal of Public Health" 2012, t. 57, nr 2.

Hollis J., *The Psychosocial Experience of UK Immigration Detention*, „International Journal of Migration", „Health and Social Care" 2019, t. 15, nr 1.

Hörich C., *Abschiebungen nach europäischen Vorgaben Die Auswirkungen der Rückführungsrichtlinie auf das deutsche Aufenthaltsrecht*, Nomos, Baden-Baden 2015.

Hout M.C. van, *Human Rights Violations, Detention Conditions and the Invisible Nature of Women in European Immigration Detention: A Legal Realist Account*, „International Journal of Prisoner Health" 2021, t. 18, nr 1.

Hout M.C. van, Lungu-Byrne C., Germain J., *Migrant Health Situation when Detained in European Immigration Detention Centres: A Synthesis of Extant Qualitative Literature*, „International Journal of Prisoner Health" 2020 t. 16, nr 3.

Human Rights and Migration: Legal and Practical Aspects of Effective Alternatives to Detention in the Context of Migration, Analysis of the Steering Committee for Human Rights (CDDH) Adopted on 7 December 2017, s. 18, Council of Europe, Strasbourg 2017.

Human Rights of Migrants, Refugees, Stateless Persons, Victims of Human Trafficking and Internally Displaced Persons: Norms and Standards of the Inter-American Human Rights System, Inter-American Commission on Human Rights, Washington 2015.

Human Rights Situation of Migrant and Refugee Children and Families in the United States, Hearing before the Inter-American Commission of Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, Washington 2014.

Ibrahim M., *The Securitization of Migration: A Racial Discourse*, „International Migration" 2005, t. 43, nr 5.

Ilareva V., *Advocacy Report on the "Red Line" Detention of Asylum Seekers upon Entry in Bulgaria*, Foundation for Access to Rights (FAR) / European Programme for Integration and Migration (EPIM), July 2018, https://bit.ly/2PJlfZM, http://hear.farbg.eu/wp-content/uploads/2018/08/final_Bulgaria-Red-Line-Advocacy-Report.pdf.

Ilareva V., *Immigration Detention in International Law and Practice (In Search of Solutions to the Challenges Faced in Bulgaria)*, Statewatch, 2008, http://www.ulb.ac.be/assoc-/odysseus/cvILAREVAuk.html.

Ilareva V., *Immigration Detention in International Law and Practice: In Search of Solutions to the Challenges Faced in Bulgaria*, 2008, http://www.statewatch.org/news/2008/jan/valeria-iIlareva-immigration-detention-Bułgaria.pdf.

João Guia M., Koulish R., Mitsilegas V. (red.), *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime*, Cham 2016.

Inder C., *International Refugee Law, 'Hyper-Legalism' and Migration Management: The Pacific Solution* [w:] Geiger M., Pécoud A. (red.), *The Politics of International Migration Management*, Basingstoke 2010.

Intrand C., Perrouty P.A., *La diversité des camps d'etrangers en Europe: Présentation de la carte des camps de Migreurop*, „Cultures & Conflits" 2005, t. 57.

Jachimowicz M., *Nowe zasady odpowiedzialności za przekroczenie granicy*, „Puratura i Prawo" 2006, nr 5.

Jacobsen K.L., Fast L., *Rethinking Access: How Humanitarian Technology Governance Blurs Control and Cares*, „Disasters" 2019, t. 43.

Jaeger G., *On the History of International Protection of Refugees*, „International Review of Red Cross" 2001, t. 83, nr 843.

Jamison F., *When Liberty Is the Exception: The Scattered Right to Bond Hearings in Prolonged Immigration Detention*, „Columbia Human Rights Law Review", online 7.02.2021.

Janmyr M., Skribeland Ö.G., *Human Rights References in Norway's Readmission Agreements: (How) Do They Protect?*, „Nordic Journal of Human Rights" 2020, t. 38, nr 1.

Jans J.H., *Proportionality Revisited*, „Legal Issues of Economic Integration" 2000, t. 27, nr 3.

Jastram K., Newland K., *Family Unity and Refugee Protection* [w:] Feller E., Türk V., Nicholson F. (red.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge 2003.

Jaźwińska M., *Zmiany związane z detencją wprowadzone nową ustawą o cudzoziemcach*, [w:] Białas J., Fagasiński M., Górczyńska M., Jaźwińska M., Łysienia M., Ostaszewska-Żuk E., Rusiłowicz K., Witko D. (red.), *W poszukiwaniu ochrony. Wybrane problemy dotyczące realizacji praw cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy i objętych ochroną międzynarodową w latach 2012–2014. Obserwacje Programu Pomocy Prawnej dla uchodźców i Migrantów Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka Polsce*, Warszawa 2014.

Jeandesboz J., Pallister-Wilkins P., *Crisis, Enforcement and Control at the EU Borders* [w:] Lindley A. (red.), *Crisis and Migration: Critical Perspectives*, London 2014.

Jennings R., Watts A., *Oppenheim's International Law*, London 1992.

Jin Shin Y., *A Transnational Human Rights Approach to Human Trafficking Empowering the Powerless*, Leiden–Boston 2017.

Joppke C., *Asylum and State Sovereignty: A Comparison of the United States, Germany and Britain* [w:] Joppke C. (red.), *Challenge to the Nation – State: Immigration in the Western Europe and the United States*, New York 1998.

Joppke C., *Immigration and the Nation State: USA, Germany, Great Britain*, Oxford 1999.

Kaufman E., *Punish and Expel. Border Control, Nationalism, and the New Purpose of the Prison*, Oxford 2015.

Jüriloo K., *Free Legal Aid – a Human Right'*, „Nordic Journal of Human Rights" 2015, t. 33, nr 3.

Kalengayi F., Hurtig A., Nordstrand A., Ahlm C., Ahlberg B.,*'It Is a Dilemma': Perspectives of Nurse Practitioners on Health Screening of Newly Arrived Migrants*, „Global Health Action" 2015, t. 8, nr 1.

Kalmthout A. van, Hofstee-van der Meulen F., *'Netherlands'*, [w:] van Kalmthout A., Hofstee-van der Meulen F., Dünkel F. (red.), *Foreigners in European Prisons*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2007.

Kanstroom D., *Deportation, Social Control and Punishment: Some Thoughts about Why Hard Laws Make Bad Cases*, „Harvard Law Review" 2000, t. 113, nr 8.

Kaufman E., *Punish and Expel. Border Control, Nationalism, and the New Purpose of the Prison*, Oxford 2015.

Keller H., Heri C., *Selective Criminal Proceedings and Article 18 ECHR. The European Court of Human Rights' Untapped Potential to Protect Democracy*, „Human Rights Law Journal" 2016, t. 37.

Keller S., Lunacek U., Lochbihler B., Flautre H., *Frontex Agency: Which Guarantees for Human Rights? A study conducted by Migreurop (*www.migreurop.org*) on the European External Borders Agency in view of the revision of its mandate*, 2011.

Keßler S., *Freiheitsentzug ad libitum? Die Auswirkungen des „Hau-Ab-Gesetzes II" auf die. Abschiebungshaft*, „Das Migrationspaket, Beilage zum Asylmagazin" 2019, nr 8–9.

Klafkowski A., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1979.

Klaus W., Laskowska K., Rzeplińska I. (red.), *Przestępczość cudzoziemców. Aspekty prawne, kryminologiczne i praktyczne*, Warszawa 2017.

Klaus W., Szulecka M., Wzorek D., *Detencja i jej alternatywy. Analiza orzecznictwa sądowego w sprawie umieszczania cudzoziemców w ośrodkach strzeżonych*, Warszawa 2024.

Klaus W., *Cudzoziemcy niemile widziani. Detencja cudzoziemców jako przykład kryminalizacji migracji* [w:] Pudzianowska D. (red.), *Status cudzoziemca w Polsce wobec współczesnych wyzwań międzynarodowych*, Warszawa 2016.

Klaus W., Kunicka A., *Detencja dzieci cudzoziemców*, „Biuletyn RPO. Źródła" 2012, nr 11.

Klepp S., *A Contested Asylum System: The European Union between Refugee Protection and Border Control in the Mediterranean Sea*, „European Journal of Migration and Law" 2010, t. 12, nr 1.

Kmak M., *Crimmigration and Othering in the Finnish Law and Practice of Immigration Detention*, „No Fundations – an Interdisciplinary Journal of Law and Justice" 2018, nr 15.

Kmak M., Seilonen A., *Balancing Control with Rights. Immigration Detention in Finland* [w:] Nethery A., Silverman S.S.J. (red.), *Immigration Detention. The Migration of a Policy and its Human Impact*, London 2014.

Koff H., Naranjo Giraldo G., *Living on the Edge: Migration, Citizenship and the Renegotiation of Social Contracts in European Border Regions* [w:] Fauri F. (red.), *The History of Migration on Europe: Prospectives from Economics, Politics and Sociology*, London–New York 2015.

Kolb R., *Good Faith in International Law*, Oxford 2017.

Könönen J., *Immigration Detention as a Routine Police Measure: Discretionary Powers in Preemptive Detention of Noncitizens in Finland*, „Law and Society Review" 2022, t. 56, nr 3.

Könönen J., *Remote Justice: The Im-Potentiality of the Law in Judicial Reviews of Immigrant Detention in Finland*, „Materiali per una Storia della Cultura Giuridica" 2017, t. 47, nr 2.

Koser K., *Dimensions and Dynamics of Irregular Migrations*, „Population, Space and Place" 2010, t. 16, nr 3.

Koser K., *Irregular Migration, State Security and Human Security*, Paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme of the Global Commission on International Migration, September 2005.

Kosińska A.M., *Problem detencji nieudokumentowanych obywateli państw trzecich w kontekście ochrony praw podstawowych migrantów* [w:] Kosińska A.M., Wojtasik P. (red.), *Acquis Return. Doświadczenia implementacji i rozwój polityki powrotowej Unii Europejskiej*, Lublin 2015.

Kosińska A.M., *The Problem of Migration Security in the Current Case-Law of the CJEU – the Perspective of Member States*, „Rocznik Integracji Europejskiej" 2019, nr 13.

Kotek J., Rigoulot P., *Das Jahrhundert der Lager. Gefangenschaft, Zwangsarbeit, Vernichtung*, Berlin 2001.

Koulish R., *Immigration and American Democracy. Subverting the Rule of Law*, New York 2010.

Krammer A., *Undue Process: The Untold Story of America's German Alien Internees*, London 1997.

Krasmann S., *The Enemy on the Border: Critique of a Programme in Favour of a Preventive State*, „Punishment & Society" 2007, t. 9, nr 3,

Kranz J., *Pojęcie suwerenności we współczesnym prawie międzynarodowym*, Warszawa 2015.

Krzyżanowski M., *„We Are a Small Country That Has Done Enormously Lot": The 'Refugee Crisis' and the Hybrid Discourse of Politicizing Immigration in Sweden*, „Journal of Immigrant & Refugee Studies" 2018, t. 16, nr 1–2.

Kumela-Romańska M., *Administracyjnoprawny status cudzoziemca w Polsce*, Warszawa 2017.

Künnecke M., *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Berlin 2007.

Kwiecień R., *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, Kraków 2004.

Kyle D., Koslowski R., *Introduction* [w:] Kyle D., Koslowski R. (red.), *Global Human Smuggling: Comparative Perspective*, Baltimore 2011.

Labanca N., Ceccorulli M., *The Geography and History of Camps* [w:] Labanca N., Ceccorulli M. (red.), *The EU, Migration and the Politics of Administrative Detention*, London 2014.

Lahav G., Guiraudon V., *Comparative Perspectives on Border Control: Away from the Border Outside the State* [w:] Andreas P., Snyder T. (red.), *The Wall Around the West: State Borders and Immigration Controls in North America and Europe*, Lanham–Boulder–New York–Oxford 2000.

Lahav G., *Migration and Security: The Role of Non-State Actors and Civil Liberties United Nations Population Division*, UN/POP/2003/MIGR.

Laizer S.J., *Into Kurdistan: Frontiers Under Fire*, London–New York 1991.

Laskowska K., *Przestępczość związana z nielegalną imigracją w kontekście przemian zjawiska i prawa*, „Białostockie Studia Prawnicze" 2011, nr 9.

Lavenex S., *Shifting Up and Out: The Foreign Policy of European Immigration Control*, „West European Politics" 2006, t. 29, nr 2.

Lavrysen L., *European Asylum Law and the ECHR: Un Uneasy Coexistence*, „Goettingen Journal of International Law" 2012, t. 4, nr 1.

Lee E., *At America's Gates: Chinese Immigration during the Exclusion Era, 1882–1943*, Chapel Hill 2004.

Leerkes A., *Back to the Poorhouse? Social Protection and Social Control of Unauthorised Immigrants in the Shadow of the Welfare State*, „Journal of European Social Policy" 2016, t. 26, nr 2.

Leerkes A., Broeders D., *A Case of Mixed Motives? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention*, „British Journal of Criminology" 2010, t. 50, nr 5.

Leerkes A., Kox M., *Pressured Into a Preference to Leave? A Study on the "Specific" Deterrent Effects and Perceived Legitimacy of Immigration Detention*, „Law & Society Review" 2017, t. 51, nr 4.

Lewicki M., *Funkcje sankcji prawnych w prawie administracyjnym zagadnienia wybrane*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica" 2009, t. 69.

Lewicki M., *Pojęcie sankcji prawnej w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo" 2002, nr 8.

Lillich R., *The Growing Importance of Customary International Human Rights Law*, „Georgia Journal International & Comparative Law" 1995–1996, t. 25, nr 1.

Lillich R., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester 1984.

Lischer S.K., *Dangerous Sanctuaries: Refugee Camps, Civil War, and the Dilemmas of Humanitarian Aid*, New York 2005.

Liszewska A., *Zatrzymanie cudzoziemca oraz strzeżone ośrodki i areszty dla cudzoziemców* [w:] Chlebny J. (red.), *Prawo o cudzoziemcach. Komentarz*, Warszawa 2020.

Liu G., *The Right to leave and return and Chinese Migration Law*, Leiden–Boston 2007.

Loescher G., *Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis*, Oxford 1993.

Loescher G., Milner J., *Understanding the Challenge*, „Forced Migration Review" Protracted Displacement, September 2009, nr 33.

Loescher G., *The UNHCR and World Politics: A Perrilous Path*, Oxford 2001.

Lorek A., Ehntholt K., Nesbitt A., Wey E., Githinji Ch., Rossor E., Wickramasinghe R., *The Mental and Physical Health Difficulties of Children Held within a British Immigration Detention Center: A Pilot Study*, „Child Abuse Neglect" 2009, t. 33, nr 9.

Lutz F., Mananashvili S., Moraru M., *Return Directive 2008/115/EC* [w:] Thym D., Hailbronner K. (red.), *EU Immigration and Asylum Law: Article-by-Article Commentary*, München 2022.

Łachacz O., Łachacz R., *Stosowanie wobec cudzoziemców środków alternatywnych do detencji w praktyce straży granicznej*, [w:] Pływaczewski W., Ilnicki M. (red.), *Ochrona praw człowieka w polityce migracyjnej Polski i Unii Europejskiej*, Olsztyn 2016.

Łysienia M., *Przesłuchanie jako środek dowodowy* [w] Białas J., Fagasiński M., Górczyńska M., Jaźwińska M., Łysienia M., Ostaszewska-Żuk E., Rus łowicz K., Witko D. (red.), *W poszukiwaniu ochrony. Wybrane problemy dotyczące realizacji praw cudzoziemców ubiegających się o nadanie*

statusu uchodźcy i objętych ochroną międzynarodową w latach 2012–2014. Obserwacje Programu Pomocy Prawnej dla uchodźców i Migrantów Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka Polsce, Warszawa 2014.

Łysienia M., *Seeking Convergence? A Comparative Analysis of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union on Seeking Asylum, Sui Generis*, Zürich 2022.

Macur D., *Prowadzenie posiedzeń w przedmiocie rozpoznania wniosków Straży Granicznej o środki detencyjne wobec cudzoziemców (praktyczne wskazówki)*, „Iustitia. Kwartalnik Stowarzyszenia Sędziów Polskich" 2022, t. 47, nr 1.

Mainwaring C., *Constructing a Crisis: The Role of Immigration Detention in Malta*, „Population Place & Space" 2012, t. 18.

Majcher I., *GCM Objective 13: In Search of Synergies with the UN Human Rights Regime to Foster the Rule of Law in the Area of Immigration Detention*, „Laws" 2022, t. 11, https://doi.org/10.3390/laws11040052.

Majcher I., *Crimmigration in the European Union through the Lens of Immigration Detention*, Global Detention Project, Working Paper No 6, September 2013.

Majcher I., De Senarclens C., *Discipline and Punish? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe*, „AmeriQuests" 2014, t. 11, nr 2.

Majcher I., Flynn M., Grange M., *Immigration Detention in the European Union. In the Shadow of the "Crisis"*, Cham 2020.

Majcher I., Kalhan A., *Rethinking Immigration Detention*, „Columbia Law Review" 2010, t. 110.

Malloch M.S., Stanley E., *The Detention of Asylum Seekers in the UK: Representing Risk, Managing the Dangerous*, „Punishment and Society" 2005, t. 53.

Mallory C., *A Second Coming of Extraterritorial Jurisdiction at the European Court of Human Rights?*, „QIL – Questions of International Law" 2021, t. 81.

Manco E., *Detention of the Child in the Light of International Law: A Commentary on Article 37 of the United Nation Convention on the Rights of the Child*, „Amsterdam Law Forum" 2015, t. 7, nr 1.

Mann I., *Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law*, „European Journal of International Law" 2018, t. 29, nr 2.

Marcos V., Marcos J., *Les camps de Rivesaltes: une histoire de l'enfermement (1935–2007)*, Portet-sur-Garonne 2009.

Marcoux L. Jr, *Protection from Arbitrary Arrest and Detention under International Law*, „Boston College International & Comparative Law Review" 1982, t. 5, nr 2.

Markel H., Stern A.M., *Which Face, Whose Nation? Immigration Public Health and the Construction of Disease at Americas Ports and Borders from 1891 to 1928* [w:] Foner N., Rumbaut R.G., Gold S.J. (red.), *Immigration Research for a New Century: Multidisciplinary Perspectives*, New York 2000.

Markiewicz-Stanny J., *Prywatyzacja kontroli migracyjnej w Europie – kazus przewoźników morskich*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2022, nr 3.

Markiewicz-Stanny J., *Rozwój współpracy międzynarodowej w dziedzinie migracji w kontekście wykonywania prawa do kontroli własnego terytorium* [w:] Cała-Wacinkiewicz E., Menkes J., Pęksa W., Staszewski W.Sz., Nowakowska-Małusecka J. (red.), *Idee, normy i instytucje Kongresu Wiedeńskiego – 200 lat później – perspektywa prawnomiędzynarodowa*, Warszawa 2016.

Markiewicz-Stanny J., *Język aktów prawnych a ekskluzja społeczna imigrantów w sytuacji nieregularnej*, „Lingwistyka Stosowana" 2017, t. 24, nr 4.

Markiewicz-Stanny J., *Obóz jako instrument ludobójstwa – analiza wybranych zagadnień*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne" 2014, t. 5.

Markiewicz-Stanny J., *The Paradigm of the Migration Crisis and its Influence on National Legislation on Irregular Migration*, „Studia Prawnicze KUL" 2021, t. 4, nr 88.

Markiewicz-Stanny J., *Wolność i bezpieczeństwo osobiste osób ubiegających się o ochronę międzynarodową – refleksje na tle przekształconej dyrektywy recepcyjnej*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego" 2015, t. 13.

Martin L., *Catch and Remove': Detention, Deterrence, and Discipline in US Noncitizen, Family Detention Practice*, „Geopolitics" 2012, t. 17, nr 2.

Matkowska M., *Polska polityka migracyjna. Zarys problemu*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania" 2013, t. 1, nr 33.

Mau S., Brabandt H., Laube L., Roos Ch., *Liberal States and the Freedom of Movement: Selective Borders, Unequal Mobility*, Basingstoke 2012.

Mau S., Laube L., Roos Ch., Wrobel S., *Globalized Borders? Selectivity, Internationalization, Exterritorialization*, AUP Working Paper, No. 82, American University Paris 2009, https://researchportal.vub.be/en/publications/globalized-borders-selectivity-internationalization-exterritorial.

May L., *Habeas Corpus as Jus Cogens in International Law*, „Criminal Law and Philosophy" 2010, nr 4.

Mc Crudden C., *Equality and Discrimination* [w:] Feldman D. (red.), *English Public Law*, T. XI, Oxford 2004.

McCorquodale R., La Forgia R., *Taking Off the Blindfolds: Torture by Non-State Actors*, „Human Rights Law Review" 2001, t. 1, nr 2.

McDougal M., Laswell H.D., Lu-Chen L., *Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights*, „American Journal of International Law" 1976, t. 70.

Meckled-Garcia S., Cali B., *Lost in Translation: The Humans Rights Ideal and International Human Rights Law* [w:] Meckled-García S., Cali B. (red.), *The Legalization of Human Rights: Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law*, London 2006.

Meron T., *On a Hierarchy of International Human Rights*, „American Journal of International Law" 1986, t. 80, nr 1.

Meron T., *The Humanization of International Law*, Leiden 2006.

Merriman J., Winter J.M., *Europe 1789–1914, Encyclopedia of the Age of Industry and Empire*, T. I, Detroit 2006.

Mertens E., Rockenschaub G., Economopoulou A., Kreidl P., *Assessment of Public Health Issues of Migrants at the Greek–Turkish Border*, „Eurosurveillance" 2012, t. 17, nr 2.

Miaz J., Achermann C., *Detention Decisions: Implementation Rationales of the Bureaucratic Use of Immigration Detention in Swiss Cantons*, „Journal of Immigrant & Refugee Studies" 2023, t. 21, nr 3.

Mikolajczyk B., *Legal Aid for Applicants for International Protection* [w:] Chetail V., De Bruycker P., Maiani F. (red.), *Reforming the Common European Asylum System – The New European Refugee Law*, Leiden–Boston 2016.

Mikołajczyk B., *Nie ma stref wolnych od praw człowieka – ochrona praw migrantów na wodach międzynarodowych – glosa do wyroku ETPC z 23.02.2012 r. w sprawie Hirsii Jamaa i inni v. Włochy*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2013, nr 2.

Milanovic M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford 2011.

Miller T.A., *Blurring the Boundaries between Immigration and Crime Control after September 11th*, „Boston College Third World Law Journal" 2005, t. 25, nr 1.

Miller T., *Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the new Penology*, „Georgetown Immigration Law Journal" 2003, t. 17.

Milner J., *Refugees, the State and the Politics of Asylum in Africa*, New York 2009.

Mitsilegas V., *Border Security in the European Union: Towards Centralized Controls and Maximum Surveillance* [w:] Baldaccini A., Guild E., H. Toner

H. (red.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford 2007.

Mitsilegas V., *Extraterritorial Migration Control in the 21st Century. The Individual and State Transformed*, [w:] Ryan B., Mitsilegas V. (red.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Boston 2010.

Mitsilegas V., *The Criminalization of Migration in Europe: Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Cham 2014.

Moeckli D., *Human Rights and Non-Discrimination in the „War on Terror"*, Oxford 2008.

Mogire E., *Victims as Security Threats: Refugee Impact on Host State Security in Africa*, Burlington 2013.

Monitoring miejsc pozbawienia wolności. Przewodnik praktyczny dla organizacji pozarządowych, APT, Geneve 2004, s. 70, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Monitoring_miejsc_pozbawienia_wolnosci_przewodnik_praktyczny_0. pdf [dostęp: 15.03.2023].

Monnemacher S., Cholewiński R., *The Nexus between Statelessness and Migration* [w:] Edwards A., van Waas L. (red.), *The Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge 2014.

Moraru M., Renaudiere G., *European Synthesis Report on the Judicial Implementation of Chapter IV of the Return Directive Pre-Removal Detention*, Research Report 2016/5, European University Institute.

Morehouse C., Blomfield M., *Irregular Migration in Europe*, Migration Policy Institute, 2011.

Moreno-Lax V., *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the "Operational Model"*, „German Law Journal" 2020, t. 21, nr 3.

Morgades S., *The Externalization of the Asylum Function in the European Union*, GRITIM Working Paper Series n. 4 (2010) 2010, https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/6245/GRITIM%284%29.pdf?sequence=1.

Mountz A., Coddington K., Catania R.T., Loyd J.M., *Conceptualizing Detention: Mobility, Containment, Bordering, and Exclusion*, „Progress in Human Geography" 2013, t. 37, nr 4.

Nagy B., *Hungarian Asylum Law and Policy in 2015–2016: Securitization Instead of Loyal Cooperation*, „German Law Journal" 2016, t. 17, nr 6.

Nafziger J., *The General Admission of Aliens under International Law*, „American Journal of International Law" 1983, t. 77, nr 4.

Nethery A., Silverman S.J., *Understanding of Immigration Detention and its Human Impact* [w:] Nethery A., Silverman S.J. (red.), *Immigration Detention: The Migration of a Policy and its Human Impact*, London 2015.

Ngai M., *Impossible Subjects: Illegal Aliens and the Making of Modern America*, Princeton 2004.

Niedźwiedzki D., Schmidt J., Stępka M., Tacik P., *Strzeżone ośrodki dla cudzoziemców w Polsce jako kultura organizacyjna. Analiza prawna, politologiczna, socjologiczna i antropologiczna, Ekspertyza przygotowana na zlecenie Komitetu Badań nad Migracjami Polskiej Akademii Nauk*, Kraków–Poznań 2021.

Noll G., *Article 31: Refugees Unlawfully in the Country of Refuge* [w:] Zimmermann A. (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of the Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford 2011.

Nowak M., *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl 2005.

Nowak M., *UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll: CCPR-Kommentar*, Kehl am Rhein–Straßburg–Arlington 1989.

O'Brien J., *International Law*, London 2001.

O'Nions H., *No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience*, „European Journal of Migration and Law" 2008, t. 10, nr 2.

Obokata T., *EU Action against Trafficking of Human Beings: Past, Present and the Future* [w:] Guild E., Minderhoud P. (red.), *Immigration and Criminal Law in the European Union. The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Leiden–Boston 2006.

Ollino A., *The 'Capacity-Impact' Model of Jurisdiction and its Implications for States' Positive Human Rights Obligations*, „Questions of International Law" 2021, t. 82.

Ott A., *Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges'*, „Yearbook of European Law" 2020, t. 39, nr 1.

Pakes F., Holt K., *Crimmigration and the Prison: Comparing Trends in PRISON POLICY and practice in England & Wales and Norway*, „European Journal of Criminology" 2017, t. 14, nr 1.

Panayi P., *Barbed Wire Disease or a Prison Camp Society: The Everyday Lives of Geman Interness on Isle of Man 1914–1919* [w:] Panayi P. (red.), *Germans as Minorities during the First World War: A Global Comparative Perspective*, Burlington 2014.

Panizzon M., *Readmission Agreements of EU Member States: A Case for EU Subsidiarity or Dualism?*, „Refugee Survey Quarterly" 2012, t. 31, nr 4.

Panzera C., *The Personal Scope of the European Social Charter: Questioning Quality*, „Revista Europea de Derechos Fundamentales" 2014, nr 24.

Papachristodoulou A., *The Recognition of the Right to be Rescued at Sea in International Law*, „Leiden Journal of International Law" 2022, t. 35, nr 2.

Pardavi M., *How Hungary Systematically Violates European Norms on Refugee Protection*, „Social Europe" 2016, t. 31, nr 2, https://www.socialeurope.eu/2016/08/hungary-systematically-violates-european-norms-refugee-protection/ [dostęp: 23.01.2024].

Pardavi M., MatevžičG., Iván J., Bakonyi A., *Country Report: Hungary. Update 2019*, AIDA, Brussels 2019, http://www.asylumineurope.org/reports/country/hungary.

Pejic J., *Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, „International Review of the Red Cross" 2005, t. 87, nr 858.

Perkowska M., Gutauskas A., *Were the Lithuanian and Polish Responses to the Refugee Influx Legal or Illegal?*, „Bialostockie Studia Prawnicze" 2023, t. 28, nr 1.

Perkowska M., *Illegal, Legal, Irregular or Regular – Who Is the Incoming Foreigner?*, „Studies in Logic, Grammar and Rhetoric" 2016, t. 45, nr 1.

Perkowska M., *Przestępczość graniczna cudzoziemców*, Warszawa 2013.

Perruchoud R., Redpath-Cross J., *Glossary on Migration. No. 25*, Geneva 2011.

Phuong C., *Minimum Standards for Return Procedures and International Human Rights Law*, „European Journal of Migration and Law" 2007, t. 9, nr 1.

Pickering S., Lambert C., *Immigration Detention Centres, Human Rights and Criminology in Australia*, „Current Issues in Criminal Justice" 2001, t. 13, nr 2.

Pickering S., Weber L., *New Deterrence Scripts in Australia's Rejuvenated Offshore Detention Regime for Asylum Seekers*, „Law & Social Inquiry" 2014, t. 39, nr 4.

Piijnenburg A., van der Paas K., *Strategic Litigation against European Migration Control Policies: The Legal Battleground of the Central Mediterranean Migration Route*, „European Journal of Migration and Law" 2022, t. 24, nr 3.

Piquer N., Rusch E., Bloomfield A. (red.), *Diversion from Immigration Detention – a Study on Alternatives to Detention and the Effects of Deprivation of Liberty, A Study by the Swedish Red Cross*, Röda Korset, 2023, https://www.rodakorset.se/globalassets/rodakorset.se/dokument/om-oss/fakta-och-standpunkter/rapporter/diversion-from-immigration-final.pdf.

Pisani V., *Consideration of Italy – Replies of Italy: 62nd Session of the Committee Against Torture*, http://bit.ly/2DlJ6VG [dostęp:20.01.2024].

Plutzar V., Ritter M., *Language Learning in the Context of Migration and Integration – Challenges and Options for Adult Learners*, Council of Europe, 2008.

Pollak J., Slominski P., *Experimentalist but Not Accountable Governance? The Role of Frontex in Managing the EU's External Borders*, „Western European Politics" 2009, t. 32, nr 5.

Półtorak M., *Czy można odmówić przyjęcia wniosku o ochronę międzynarodową i kiedy uznaje się go za złożony?* [w:] Klaus W. (red.), *Poza prawem. Prawna ocena działań państwa polskiego w reakcji na kryzys humanitarny na granicy polsko-białoruskie*j, Warszawa 2022.

Pratt A., *Between a Hunch and a Hard Place: Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border*, „Social & Legal Studies" 2010, t. 19, nr 4.

Prost M., *The Concept of the Unity in Public International Law*, Oxford–Portland Oregon 2012.

Pudzianowska D., *Obywatelstwo w procesie zmian*, Warszawa 2013.

Puthoopparambil S., Ahlberg B.M., Bjerneld M., *„It Is a Thin Line To Walk On": Challenges of Staff Working at Swedish Immigration Detention Centres*, „International Journal of Qualitative Studies on Health and Wellbeing" 2015, t. 10, nr 1.

Puthoopparambil S., Ahlberg B., Bjerneld M., *„A Prison with extra Flavours": Experiences of Immigrants in Swedish Immigration Detention Centres*, „International Journal of Migration, Health and Social Care" 2015, t. 11, nr 2.

Puthoopparambil S.J., Bjerneld M., *Detainees, Staff, and Health Care Services in Immigration Detention Centres: A Descriptive Comparison of Detention Systems in Sweden and in the Benelux countries*, „Global Health Action" 2016, t. 9, nr 1.

Queipo de Llano M., Zuppiroli J., *Country Report: Spain*, AIDA, Brussels 2019, https://www.asylumineurope.org/reports/country/spain [dostęp: 20.10.2021].

Rabben L., *Give Refuge to the Stranger: The Past, Present, and Future of Sanctuary*, Walnut Creek 2011.

Raible L., *Extraterritoriality between a Rock and a Hard Place*, „QIL– Questions of International Law" 2021, t. 82.

Ravenstein E.G., *The Laws of Migration: Second Paper*, „Journal of Royal Statistical Society" 1889, t. 52.

Rhot-Arriaza N., *State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*, „California Law Review" 1990, t. 78, nr 2.

Richard C., Fischer N., *'A Legal Disgrace? The Retention of Deported Migrants in Contemporary France*, „Social Science Information" 2008, t. 47, nr 4.

Rimkevičienė J., O'Gorman J., De Leo D., *Suicidality in Detention Centres: A Case Study*, „International Journal of Migration, Health and Social Care" 2017, t. 13, nr 1.

Ritter J., Rhomberg M., Griessler Ch., Barlai M., *Introduction* [w:] Barlai M., Fähnrich B., Griessler Ch., Rhomberg M. (red.), *The Migrant Crisis: European Perspectives and National Discourses*, Münster 2017.

Robjant K., Hassan R., Katona C., *Mental Health Implications of Detaining Asylum Seekers: Systematic Review*, „British Journal of Psychiatry" 2009, t. 194, nr 4.

Roche T.W.E., *The Key in the Lock: A History of Immigration Control in England from 1066 to the Present Day*, John Murray, 1969.

Rohan M., *Refugee Family Reunification Rights: A Basis in the European Court of Human Rights' Family Reunification Jurisprudence*, „Chicago Journal of International Law" 2014, t. 15, nr 1.

Russo D., *Procedural Obligations and Good Faith: The Case of the Human Rights Treaties*, „Questions of International Law" 2014, t. 2.

Ryo E., *Detention as Deterrence*, „Stanford Law Review" 2019, t. 71.

Ryan B., *Extraterritorial immigration Control: What Role for Legal Guarantees?* [w:] Ryan B., Mitsilegas V. (red.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Boston 2010.

Ryo E., *Less Enforcement, More Compliance: Rethinking Unauthorized Migration*, „UCLA Law Review" 2015, t. 62.

Rzeplińska I., *Cudzoziemcy – sprawcy przestępstwa przekupstwa na terenie Polski*, „Archiwum Kryminologii" 2016, t. 38.

Sampson R., Mitchell G., *Global Trends in Immigration Detention and Alternatives Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales*, „Journal on Migration and Human Security" 2013, t. 1, nr 3.

Sandoz Y., Swinarski C., Zimmermann B., *Commentary on the Protocol Additional to Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)* [w:] Pilloud C., Sandoz Y., Swinarski C., Zimmermann B. (red.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneve 1987.

Sassen S., *Losing Control?: Sovereignty in an Age of Globalization*, New York 1996.

Satzger H., Zimmermann F., Eibach M., *Does Art. 18 ECHR Grant Protection against Politically Motivated Criminal Proceedings? – Rethinking the Interpretation of Art. 18 ECHR against the Background of the New Jurisprudence of the European Court of Human Right*, „European Criminal Law Review" 2014, t. 91, nr 4.

Schabas W., *Commentary to European Convention on Human Rights*, Oxford 2017.

Schachter J., *International Standards for Measuring International Migration: Definitions, Concepts, and Terminology* [w:] *Eurostat, Power from Statistics: Data, Information and Knowledge. Outlook report*, European Union, Luxembourg 2018.

Schain M., *Border. The Police and Politics in Europe and the United States*, Oxford 2019.

Schijndel C. van, Gemmert N. van, *Vreemdelingenbewaring in getal 2009–2013*, DJI, The Hague 2013.

Schrover M., Van der Leun J., Lucassen L., Quispel C., *Illegal Migration and Gender in a Global and Historical Perspective*, Amsterdam 2008.

Schuck P., *The Transformation of Immigration Law*, „Columbia Law Review" 1984, t. 84, nr 1.

Schukking J., *Protection of Human Rights and the Rule of Law in Europe: Shared Responsibility*, „Netherlands Quarterly of Human Rights" 2018, t. 36, nr 2.

Schuster L., Welch M., *Detention of Asylum Seekers in the US, UK, France, Germany, and Italy: A Critical View of the Globalizing Culture of Contro*l, „Criminal Justice" 2005, t. 5, nr 4.

Schwarz-Nielsen K.H., Elklitt A., *An Evaluation of the Mental Status of Rejected Asylum Seekers in Two Danish Asylum Centers*, „Torture" 2009, t. 19.

Sen P., Arugnanaseelan J., Connell E. i inni, *Mental Health Morbidity among People Subject to Immigration Detention in the UK: A Feasibility Study*, „Epidemiology and Psychiatric Sciences" 2018, t. 27, nr 6.

Sen, P., Exworthy T., Forrester A., *Mental Health Care for Foreign National Prisoners in England and Wales*, „Journal of Mental Health" 2014, t. 23, nr 6.

Sepioło-Jankowska I., *Odpowiedzialność administracyjna jako odpowiedzialność alternatywna dla deliktów finansowych*, „Puratura i Prawo" 2020, nr 1.

Sexton L., *Penal Subjectivities: Developing a Theoretical Framework for Penal Consciousness*, „Punishment & Society" 2015, t. 17, nr 1.

Shahshahani A., El-Sergany A.N., *Challenging the Practice of Solitary Confinement in Immigration Detention in Georgia and Beyond*, „Cuny Law Review" 2016, t. 16, nr 2.

Sieniow T., *Stosowanie alternatyw do detencji cudzoziemców w Polsce. Raport z monitoringu*, Lublin 2016.

Silove D., Austin, P., Steel Z., *No Refuge from Terror: The Impact of Detention on the Mental Health of Trauma Affected Refugees Seeking Asylum in Australia*, „Transcultural Psychiatry" 2007, t. 44, nr 3.

Silverman S.J., Massa E., *Why Immigration Detention is Unique*, „Population, Space and Place" 2012, t. 18, nr 6.

Simon J., *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Society and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, Oxford 2007.

Sironi A., Bauloz C., Emmanuel M. (red.), *Glossary on Migration. No. 34*, Geneva 2019.

Sitkin L., *Coordinating Internal Immigration Control in the UK*, „International Journal of Migration and Border Studies" 2014, t. 1, nr 1.

Skupiński J., *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych na tle ustawy z dnia 28 października 2002 r. (próba zarysu problematyki)*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2003, t. 11.

Slansky D.A., *Crime, Immigration and Ad Hoc Instrumentalism*, „New Criminal Law Review" 2012, t. 15, nr 2.

Sohn L.B., Buergenthal T., *The Movement of Persons Across Borders*, Washington 1992.

Soysal Y., *Limits of Citizenship of Migrants and Post National Membership of Europe*, Chicago 1994. Spena A., *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, „Criminal Law and Philosophy" 2014, t. 8.

Steel, Z., Liddell B.J., Bateman-Steel C.R., Zwi A.B., *Global Protection and the Health Impact of Migration Interception*, „PLoS Medicine" 2011, t. 8, nr 6, https://doi.org/10.1371/journal.pmed. 1001038.

Stern R., *When the Ends Justify the Means? Quality of Law-Making in Times of Urgency*, „The Theory and Practice of Legislation" 2019, t. 7, nr 2.

Stevenson Ch., *Ethics and Language*, New Haven 1969.

Stumpf J.P., *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, „American University Law Review" 2006, t. 56.

Stumpf J.P., *The Process is the Punishment in Crimmigration Law* [w:] Franko K., Bosworth M. (red.), *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford 2013.

Svanidze E., *Effective Investigation of Ill-Treatment Guidelines on European Standards*, Council of Europe, 2014.

Svantesson M., *Threat Construction inside Bureaucracy. A Bourdieusian Study of the European Commission and the Framing of Irregular Immigration 1974–2009*, Stockholm 2014.

Swan J., *Aliens Restriction Act*, „Criminal Law and Justice Weekly" 13.08.2016, t. 180.

Sweeney M.A., Shebaya S., Collopy D.K., *Detention as Deterrent: Denying Justice to Immigrants and Asylum Seekers*, „Georgetown Immigration Law Journal" 2021, t. 36.

Szumiło-Kulczycka D., *Prawo administracyjne karne*, Kraków 2004.

Taithe B., *Citizenship and wars; France in turmoil 1870–1871*, London–New York 2001.

Tan F., *The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?*, „Goettingen Journal of International Law" 2018, t. 9.

Tazreiter C., *History, Memory and the Stranger in the Practice of Detention in Australia*, „Journal of Australian Studies" 2002, t. 26, nr 72.

Tazzioli M., *Refugees' Debit Cards, Subjectivities, and Data Circuits: Financial--Humanitarianism in the Greek Migration Laboratory*, „International Political Sociology" 2019, t. 13, nr 4.

Tazzioli M., *The Technological Obstructions of Asylum: Asylum Seekers as Forced Techno-Users and Governing through Disorientation*, „Security Dialogue" 2021, t. 53, nr 3.

Teitel R., Howse R., *Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order*, „New York University Journal of International Law and Politics" 2009, t. 41, nr 4.

Teitel R., *Humanity's Law*, Oxford 2011.

The Migration Observatory, *Immigration Detention in the UK*, https://migrationobservatory.ox.ac.uk/resources/briefings/immigration-detention-in-the-uk/ [dostęp: 20.01.2024].

Thenault S., *Wartime internment of Algerians in the Ninetennth and Twentieth Centuries; For a History of Forms Captivity in the Long Term* [w:] Pathé A.M., Théofilakis F. (red.), *Wartime Captivity in the 20th Century: Archives, Stories, Memories*, New York 2016.

Tiburcio C., *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, The Hague 2001.

Ticktin M., *Casualties of Care Immigration Policy Immigration and the Politics of Humanitarianism in France*, Berkeley 2011.

Till A., Sen P., Chaplin L., Grange E., Exworthy T., Forrester A., *The Mental Health of Foreign National Prisoners*, „Journal of Forensic and Legal Medicine" 2019, t. 62.

Togman J.M., *Ramparts of Nations: Institutions and Immigration Policies in France and the United States*, Westport 2002.

Toomey L.T., *The Declaration Against Arbitrary Detention in State-to-State Relations: A New Means of Addressing Discrimination Against Foreign and Dual Nationals?*, „Harvard Human Rights Journal" 2022, t. 35.

Torpey J., *Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge 2000.

Torpey J., *Coming and Going: On the State Monopolization of the Legitimate „Means of Movement*, „Sociological Theory" 1998, t. 16, nr 3.

Torpey J., *State and the Regulation of Migration in the Twentieth Century North Atlantic World* [w:] Andreas P., Snyder T. (red.), *The Wall Around the West: State Borders and Immigration Controls in North America and Europe*, Oxford 2000.

Trechsel S., *The Right to Liberty and Security of the Person – Article 5 of the European Convention on Human Rights in the Strassbourg Case-Law*, „Human Rights Law Journal" 1980, t. 1.

Tsampi A., *The New Doctrine on Misuse of Power under Article 18 ECHR: Is it About the System of Contre-Pouvoirs within the State after all?*, „Netherlands Quarterly of Human Rights" 2020, t. 38, nr 2.

Tsourdi E., *Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/EU*, [w:] Thym D., Heillbronner K. (red.), *EU Immigration and Asylum Law Article – by – Article Commentary*, C.H. Beck, München 2022.

Turnbull S., Hasselberg I., *From Prison to Detention: The Carceral Trajectories of Foreign-National Prisoners in the United Kingdom*, „Punishment & Society" 2017, t. 19, nr 2.

Twomey P., *Europe's Other Market: Trafficking in People*, „European Journal of Migration and Law" 2000, t. 2, nr 1.

Ugelvik S., Ugelvik T., *Immigration Control in Ultima Thule: Detention and Exclusion, Norwegian style*, „European Journal of Criminology" 2013, t. 10, nr 6.

Ugelvik T., Damsa D., *The Pains of Crimmigration Imprisonment: Perspectives from a Norwegian All-Foreign Prison*, „The British Journal of Criminology" 2018, t. 58, nr 5.

Utych S.M., *How Dehumanization Influences Attitudes toward Immigrants*, „Political Research Quarterly" 2018, t. 71, nr 2.

Vallbé J.J., Gonzalez-Beilfuss M., Kalir B., *Across the Sloping Meadow Floor: An Empirical Analysis of Preremoval Detention of Noncitizens*, „Law and Society Review" 2019, t. 53, nr 3.

Van Buerren G., *The international Law on The Rights of the Child*, Hague–Boston–London 1998.

Van der Woude M., Barker V., Van Der Leun J., *Crimmigration in Europe*, „European Journal of Criminology" 2017, t. 1.

Van der Woude M., van der Leun, Nijland J.A., *Crimmigration in the Netherlands*, „Law & Social Inquiry" 2014, t. 39, nr 3.

Van Hout M.C., *Human Rights Violations, Detention Conditions and the Invisible Nature of Women in European Immigration Detention: A Legal Realist Account*, „International Journal of Prisoner Health" 2021, t. 18, nr 1.

Van Hout M.C., Lungu-Byrne C., Germain J., *Migrant Health Situation when Detained in European Immigration Detention Centres: A Synthesis of Extant Qualitative Literature*, „International Journal of Prisoner Health" 2020 t. 16, nr 3.

Vanderhole W., Ryngaert J., *Mainstreaming Children Rights in Migration Litigation: Mushkadzhiyeva i inni v. Belgium* [w:] Brems E. (red.), *Diversity and European Court of Human Rights. Rewriting Judgements of the ECHR*, Cambridge 2013.

Velutti S., *Who has the Right to Have Rights? The Judgments of the CJEU and the ECtHR as Building Blocks for a European 'Ius Commune in Asylum Law* [w:] Morando-Foadi S., Vickers L. (red.), *Fundamental Rights in the EU: A Matter of two Courts*, London 2015.

Venters H., Dasch-Goldberg D., Rasmussen A., Keller A.S., *Into the Abyss: Mortality and Morbidity among Detained Immigrants*, „Human Rights Quarterly" 2009, t. 31, nr 2.

Vespe M., Natale F., Pappalardo L., *Data Sets on Irregular Migration and Irregular Migrants in the European Union*, „Migration Policy Practice" 2017, t. 7, nr 2.

Virally M., *Review Essay: Good Faith in Public International Law*, „American Journal of International Law" 1983, t. 77, nr 1.

Vollmer B., *Irregular Migration in the UK: Definitions, Pathways and Scale*, Oxford 2011.

Wachs J., *The Need to Define the International Legal Status of Cubans Detained at Guantanamo*, „American University Journal of International Law and Policy" 1996, t. 11.

Walker N., *Late Sovereignty in the European Union* [w:] Walker N. (red.), *Sovereignty in Transition*, Oxford–Oregon, Portland 2003.

Walters W., *Deportation, Expulsion and International Police of Aliens* [w:] De Genova N., Peutz N. (red.), *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Durham 2010.

Walzer M., *Sfery sprawiedliwości: obrona pluralizmu i równości*, Warszawa 1983.

Weber L., *The Detention of Asylum Seekers: 20 Reasons Why Criminologists Should Care*, „Current Issues in Criminal Justice" 2003, t. 14, nr 9.

Wedeł-Domaradzka A., *Zakaz zbiorowego wydalania cudzoziemców w prawie i praktyce międzynarodowej* [w:] Łachacz O., Galster J. (red.), *Status cudzoziemca w prawie międzynarodowym publicznym. Implikacje w prawie Unii Europejskiej i polskim porządku prawnym*, Olsztyn 2013.

Weiner M., *Ethics, national sovereignty, and the control of migration*, „International Migration Review" 1996, nr 30.
Weissbrodt D., *The Human Rights of Non-citizens*, Oxford 2008.
Welch M., Schuster L., *Detention of Asylum Seekers in the UK and USA: Deciphering Noisy and Quiet Constructions*, „Punishment & Society" 2005, t. 7, nr 4.
Welch M., *Detained: Immigration Laws and the Expanding INS Jail Complex*, Philadelphia 2002.
Whitt M.S., *Sovereignty, Community and the Incarceration of Immigrants* [w:] Adelsberg G., Guenther L., Zeman S. (red.), *Death and Other Penalties. Philosophy in a Time of Mass Incarceration*, New York 2015.
Wieruszewski R., *Wolność czy bezpieczeństwo – dylematy na tle 60. rocznicy Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka ONZ* [w:] Gardocka T., Sobczak J. (red.), *Dylematy praw człowieka*, Toruń 2009.
Wilsher D., *Immigration Detention and the EU Asylum Policy* [w:] Baldaccini A., Guild E., Toner H. (red.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford 2007.
Wilsher D., *Immigration Detention: Law, History, Politics*, Cambridge 2012.
Wincenciak M., *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
Wimmer A., Glick-Schiller N., *Methodological Nationalism and Beyond: Nation-State Building, Migration and the Social Science*, „Global Networks" 2002, t. 2, nr 4.
Wiśniewski L., Bieczyński M.M., *Swoboda przemieszczania się w prawie międzynarodowym, prawie Unii Europejskiej i polskim prawie krajowym. Przegląd zagadnień*, Warszawa 2015.
Włodarczyk-Madejska J., Kopeć M., Goździk G., *O przestępczości cudzoziemców i przestępczości wobec cudzoziemców w Polsce na podstawie statystyki policyjnej*, „Archiwum Kryminologii" 2021, t. 43, nr 2.
Wojtyczek K., *Zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego. Uwagi na gruncie Konstytucji RP*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1999, nr 1.
Woodbridge G., *UNRRA: The History of the United Nations Relief and Rehabilitation Administration*, T. II, New York 1950.
Woude M. van der, Leun J. van der, *Crimmigration Checks in the Internal Border Areas of the EU: Finding the Discretion that Matters*, „European Journal of Criminology" 2017, t. 14, nr 1.
Wróbel W., *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003.

Zamboni M., *Swedish Legislation and the Migration Crisis*, „The Theory and Practice of Legislation" 2019, t. 7, nr 2.
Zayas A. de, *Human Rights and Indefinite Detention*, „International Review of the Red Cross" 2005, t. 187, nr 857.
Zdanowicz M., *Readmisja w relacjach Polski i Rosji*, „Białostockie Studia Prawnicze" 2011, nr 9.
Zolberg A.R., *Changing Sovereignty Games and International Migration*, „Indiana Journal of Global Legal Studies" 1994, t. 2, nr 1.
Zolberg A., *The Great Wall against China; The Response to the First immigration Crisis* [w:] Lucassen J., Lucassen L. (red.), *Migration, Migration History, History: Old Paradigms and New Perspectives*, New York 1997.

MATERIAŁY ORGANIZACJI POZARZĄDOWYCH

AIDA, *Accesss to the Territory and Push Backs. Italy*. Country Report, 31.05.2023.
Amnesty International, *Report: The State of the World's Human Rights*, 2012.
Amnesty International, *Spain, Interior debe trasladar a las personas migrantes y refugiadas desde los CETIs a la península, especialmente desde el centro hacinado de Melilla*, 2.04.2020.
Amnesty International, *Het recht op vrijheid vreemdelingendetentie: het ultimum* remedium-beginsel, February 2018.
Amnesty International, *The Human Cost of Fortress Europe Human Rights Violations against Migrants and Refugees at Europe's Borders*, Amnesty International, 2014.
Amnesty International, *Punishment without Crime. Detention of Migrants and Asylum Seekers in Cyprus*, Amnesty International, 2012, Index: EUR 17/001/2012.
ANAFE, *Zone d'attente Recueil de jurisprudences Décembre 2019*, 2019, http://www.anafe.org/IMG/pdf/recueil_de_jurisprudences_decembre_2019-1.pdf.
Bail for Immigration Detainees, *Denial of Justice: The Hidden Use of UK Prisons for Immigration Detention Evidence from BID's Outreach*, Legal & Policy Teams, 09.2014.
Bail for Immigration Detainees, *Position Paper Spring 2019*, „Legal Advice Survey", 05.2019, https://hubbleliveassets.s3.amazonaws.com/biduk/redactor2_assets/files/885/190523_legal_advice_survey_spring_2019.pdf.
Bove C., Romana M., *AIDA: Country Report: Italy*, AIDA, 2021.
Cyprus Refugee Council, The Mediterranean Institute of Gender Studies, Caritus Cyprus, and ACCEPT LGBT Cyprus, *Joint Submission by the*

Cyprus Refugee Council, The Mediterranean Institute of Gender Studies, Caritas Cyprus, ACCEPT LGBT Cyprus for the Universal Periodic Review: 3rd Cycle, 32nd Session. Nicosia, Cyprus, June 2018, https://uprdoc.ohchr.org/uprweb/downloadfile.aspx?filename=5973&file=EnglishTranslation.

Cantat C., *Locked up and Excluded: Informal and Illegal Detention in Spain, Greece, Italy and Germany*, Migreurope, 2020.

Czarnota K., Górczyńska M., *Gdzie prawo nie sięga. Raport Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka z monitoringu sytuacji na polsko-białoruskiej granicy*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2022, https://hfhr.pl/upload/2022/12/raport_gdzie_prawo_nie_siega-hfpc-30062022_1.pdf.

De Chickera A., Murray N., *Protecting Stateless Persons from Arbitrary Detention An Agenda for Change*, European Network on Statelesness, 2017.

Dutch Council for Refugees, *Country Report: Netherlands Update*, AIDA, European Council on Refugees and Exiles (ECRE), March 2021.

ECRE, *ECRE/ELENA call on European states to ensure that legal aid is provided to all asylum applicants without sufficient means, at all stages of the asylum procedure and regardless of the specific asylum procedures that they may fall under*, www.ecre.org/wp-content/uploads/2017/11/Legal-Note-2.pdf, 2017.

European Network on Statelessness, *Protecting Stateless Persons from Arbitrary Detention in Bulgaria*, London 2017.

Flynn M., *The Hidden Costs of Human Rights: The Case of Immigration Detention*, Global Detention Project Working Paper No. 7, Global Detention Project (GDP), September 2013, https://www.refworld.org/reference/themreport/gdc/2013/en/102195.

Foundation for Access to Rights i in., *Crossing a Red Line: How EU Countries Undermine the Right to Liberty by Expanding the Use of Detention of Asylum Seekers Upon Entry*, February 2019.

Global Detention Project, *Immigration Detention in Belgium: Covid-19 Puts the Breaks on an Expanding Detention System*, Global Detention Project, 2020.

Global Detention Project, *Annual Report 2022*, Global Detention Project.

Global Detention Project, *Immigration Detention in the Netherlands: Prioritizing Returns in Europe and the Caribbean*, Global Detention Project, 2020.

Global Detention Project, *Immigration Detention in Austria: Where the Refugee „Crisis" Never Ends*, Global Detention Project, 2020.

Global Detention Project, Russian Federation Immigration Detention, Data Profile, 2020.

Global Detention Project, *Immigration Detention in Lithuania: Detention and Denial Amidst Extreme Population Decline*, 2019.

Global Detention Project, *Immigration Detention in Norway: Fewer Asylum Seekers but More Deportees*, Global Detention Project, 2018.

Global Detention Project, *Immigration Detention in Sweden: Increasing Restrictions and Deportations, Growing Civil Society Resistance*, Global Detention Project, 2018.

Global Detention Project, *Annual Report 2017*, Global Detention Project, 2017.

Global Detention Project, *Uncounted: The Detention of Migrants and Asylum Seekers in Europe*, Global Detention Project, 2015.

Greek Council for Refugees, *Country Report: Greece*, AIDA, 2022.

International Detention Coalition, *Draft Guiding Principles on the Right to Challenge the Legality of Arbitrary Detention*, 13.12.2013.

Jesuit Refugee Service, *Spain, CIE y Expulsiones Exprés, Informe annual 2014*, 2014, http://www.sjme.org/sjme/item/794-cie-y-expulsiones-expres.

La Cimade, *La justice par visioconférence: des audiences illégales au sein même des centres de rétention [Action collective]*, 18.01.2018, https://www.lacimade.org/presse/justice-visioconference-audiences-illegales-sein-meme-centres-de-retention.

Legal Centre Lesvos, Collective Expulsions Documented in the Aegean Sea: March–June 2020, 13.07.2020, http://legalcentrelesvos.org/wp-content/uploads/2020/07/Collective-Expulsions-in-the-Aegean-July-2020-LCL.pdf.

Flynn M., *Statement to the Working Group on the Use of Mercenaries Panel on PMSCs in Places of Deprivation of Liberty and Their Impact on Human Rights*, Global Detention Project, 27.04.2017.

Migreurope, *At the Margins of Europe: Externalizations of Migration Control*, 2010/2011.

Protecting stateless persons from arbitrary detention in Bulgaria, European Network on Statelessness, 2017.

Migreurope, *The Hidden Face of Immigration Detention Camps in Europe*, 2014, http://migreurop.org/IMG/pdf/hiddenfaceimmigrationcamps-okweb.pdf.

Refugee Support Aegan *Report of Legal Organizations on the quality of remote asylum interviews at RAO Lesvos and the conditions they are conducted under, which pose a health risk to asylum seekers and employees*, 08.12.2020.

Spanish Commission for Refugees (CEAR), *Border Externalization and Migration Control in Senegal: Risks for Development Cooperation*, 2022.

DOKUMENTY RZĄDOWE

DHS, Immigration Enforcement Actions: 2016, Table 5; (Washington, DC: DHS, 2017), https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/Enforcement_Actions_2016.pdf.

PRASA

Ahlander J., Yosufzai M., *Sweden intensifies crackdown on illegal immigrants*, Reuters 13.07.2017, https://www.reuters.com/article/us-sweden-immigration-crackdown/sweden-intensifies-crackdown-on-illegalimmigrants-idUSKBN19Y0G8.

Associated Press, *Italian Effort to Stop Migrants Fuels Bloody Battle in Libya*, 5.10.2017.

Carver E., *Mayotte: The French Immigration Frontline You've Never Heard of*, IRIN News, 14.02.2018, https://www.irinnews.org/feature/2018/02/14/mayotte-french-migration-frontline-you-ve-never-heard.

Crepeau F., *Mainstreaming a Human Rights-Based Approach to Migration within the High-Level Dialogue, Statement by the UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, PGA Plenary Session – Criminalization of Migrants*, New York, 2 October 2013, https://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/SRMigrants/Pages/HighLevelDialogueonMigrationandDevelopment.aspx.

Denmark Publishes anti Refugee ad Campaign, 7.09.2015, https://www.thelocal.dk/20150907/denmarks-anti-refugee-ads-published-in-foreign-papers/.

European Social Watch, Spain: *Externalization of Migration and Asylum Policies: The Nouadhibou Detention Center* 2009, National Reports, s. 76, http://www.socialwatch.org/sites/default/files/ESW2009_spain_eng.pdf.

International Federation for Human Rights, Libya: *The Hounding of Migrants Must Stop*, 2012, http://www.fidh.org/IMG/pdf/libyemignantsuk-ld.pdf.

Italian Effort to Stop Migrants Fuels Bloody Battle in Libya, Middle East, 5.10.2017, https://www.voanews.com/a/libya-militias-migrants-sabratha/4057716. html.

Oświadczenie Premierów Polski, Litwy, Łotwy i Estonii w sprawie ataku hybrydowego na naszych granicach ze strony Białorusi, https://www.gov.pl/web/nato/oswiadczenie-premierow-ingridy-imonyt-litwa-artursa-krijnisa-karia-lotwa-kai-kallas-estonia-i-mateusza-morawieckiego-polska-w-sprawie-ataku-hybrydowego-na-naszych-granicach-ze-strony-bialorusi.

Stevis-Gridneff M., Kingsley P., Willis H., Almukhtar S., Browne M., *We Are Like Animals': Inside Greece's Secret Site for Migrants*, 10.03.2020, https://www.nytimes.com/2020/03/10/world/europe/greece-migrants-secret-site.html.

Stowarzyszenie Interwencii Prawnej, *Brak tłumacza podstawą do uchylenia negatywnej decyzji ws. ochrony międzynarodowej* 10.08.2023, https://interwencjaprawna.pl/brak-tlumacza-postawa-do-uchylenia-negatywnej-decyzji-ws-ochrony-miedzynarodowej/.

Ursula von der Leyen: *Hybrydowy atak Białorusi jest wyzwaniem rzuconym całej Unii*, https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/swiat/artykuly/8298731, von-der-leyen-hybrydowy-atak-bialorusi-jest-wyzwaniem-rzuconym-calej-unii.html.

Zani D. Oliveira J., Laborde A., *Are Spain's Immigrant Detention Centres in Breach of Human Rights Law?*, „El País" 31.10.2016, http://elpais.com/elpais/2016/10/31/inenglish/1477905065_156869.html.

Иващенко Е., *Российские центры временного содержания иностранцев мало отличаются от СИЗО и тюрем* [Rossijskije centry wriemiennogo sodierżanija inostrancew mało otliczajutsia ot SIZO i tiuriem], 18.02.2020, https://fergana.news/articles/115111/.

STRESZCZENIE

Przedmiotem niniejszej monografii jest pozbawienie wolności stosowane w związku z wykonywaniem przez państwo prawa do kontroli nad ruchem osobowym, w skrócie nazywane detencją cudzoziemców. Rozumieć przez to należy te wszystkie sytuacje, kiedy dochodzi do pozbawienia wolności jednostki w kontekście takich procedur jak zapobieżenie nielegalnemu wjazdowi, wydalenie, udzielenie ochrony międzynarodowej czy też przekazanie innemu państwu w celu rozpoznania wniosku o azyl. W niniejszej monografii problem detencji cudzoziemców jest omawiany przede wszystkim z perspektywy zobowiązań prawnomiędzynarodowych państw europejskich z zakresu praw człowieka. Fundamentalne znaczenie ma tutaj Europejska Konwencja Praw Człowieka, niemniej jednak książka zawiera liczne odniesienia do uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka oraz międzynarodowego prawa uchodźczego. Rozważania nad prawnomiędzynarodowym standardu prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego zostały tu przeprowadzone w kontekście polityki migracyjnej państw europejskich i zestawione z praktyką stosowania detencji.

Książka składa się z pięciu rozdziałów W rozdziale pierwszym zostały przedstawione przedmiotowe i podmiotowe ramy badań, źródła prawa przyjęte za podstawę rozważań oraz terminologia. Wyjaśniono w nim w sposób ogólny na czym polega detencja cudzoziemców, opisana została jej geneza oraz ewolucja jej stosowania w praktyce państw. Wskazano także na charakterystykę polityki migracyjnej państw europejskich, w zakresie tych elementów, które mają wpływ na stosowanie detencji cudzoziemców.

Rozdział II odnosi się do kontekstu i czynników, które wpływają na to, jak detencja cudzoziemców jest unormowana oraz stosowana zarówno na poziomie międzynarodowym, jak i krajowym. W sposób szczególny zwrócono uwagę na takie elementy jak działania esktraterytorialne, prywatyzację kontroli migracji oraz wielopłaszczyznowe związki pomiędzy detencją a procesami sekurytyzacji oraz kryminalizacji migracji.

Rozdział III został poświęcony dogłębnemu badaniu standardów prawa międzynarodowego praw człowieka w zakresie dopuszczalności stosowania detencji cudzoziemców jako elementu prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego oraz gwarancji proceduralnych. Ze względu na znaczenie warunków detencji jako

kryterium jej ewentualnej arbitralności, ta część monografii dotyczy również standardów traktowania cudzoziemców w trakcie pozbawienia wolności.

Rozdział IV dotyczy w całości detencji cudzoziemców w prawie i praktyce państw europejskich: Bułgarii, Francji, Hiszpanii, Królestwa Niderlandów, Niemiec, Szwecji i Polski. Problem ten został przedstawiony w taki sposób, aby wykazać, że obecnie można pisać o pewnym schemacie normatywnym, charakterystycznym dla uregulowania detencji w Europie. Opisane zostały podstawy prawne detencji w prawie krajowym, najczęściej występujące przesłanki jej zastosowania, jak również takie kwestie jak organy odpowiedzialne za orzekanie o detencji, infrastruktura wykorzystywana w tym celu i warunki pozbawienia wolności.

Rozdział V jest analizą, jak należałoby spojrzeć na detencję cudzoziemców, jeśli jest ona stosowana w sposób bezprawny lub arbitralny na zasadzie systemowej, stanowiąc element polityki migracyjnej danego państwa. Opisany został wpływ detencji cudzoziemców na korzystanie z innych niż prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego praw człowieka, co w sposób szczególny obejmuje zakaz poniżającego lub nieludzkiego karania lub traktowania oraz prawo do poszanowania życia prywatnego lub rodzinnego. Ostatnim zagadnieniem poruszonym w monografii jest problem oceny detencji cudzoziemców z punktu widzenia fundamentalnej dla porządku prawnomiędzynarodowego zasady dobrej wiary.

SUMMARY

The subject of this monograph is the deprivation of liberty applied in connection with the exercise of the State's right to control the movement of persons, abbreviated as the detention of foreigners (immigration detention). It is to be understood as all those situations where an individual's liberty is deprived in the context of procedures such as the prevention of illegal entry, expulsion, the granting of international protection or the transfer to another state for the examination of an asylum application. In this monograph, the problem of immigration detention is discussed primarily from the perspective of the international legal obligations of European states in the field of human rights. Of fundamental importance here is the European Convention on Human Rights, nevertheless the book contains numerous references to the universal human rights protection system and international refugee law. The consideration of the international legal standard of the right to liberty and security of person is carried out here in the context of the migration policies of European states and juxtaposed with the practice of detention.

The book consists of five chapters. Chapter I presents the subject and object framework of the research, the sources of law adopted as a basis for the considerations and relevant terminology. It explains in a general way what the detention of foreigners consists in, as well as describing its origins and the evolution of its application in the practice of states. It also indicates the characteristics of the migration policy of European states, in terms of those elements that have an impact on the use of detention of foreigners.

Chapter II addresses the context and factors that influence how the detention of aliens is normalised and applied at both international and national levels. Particular attention is given to elements such as extraterritorial activities, the privatisation of migration control and the multifaceted relationship between detention and processes of securitisation and criminalisation of migration.

Chapter III is devoted to an in-depth examination of international human rights law standards on the permissibility of detention of foreigners as an element of the right to liberty and security of person and procedural guarantees. Given the importance of the conditions of detention as a criterion for its possible arbitrariness, this part of the monograph also deals with the standards for the treatment of foreigners during detention.

Chapter IV deals entirely with the detention of foreigners in the law and practice of seven selected European states: Bulgaria, France, Spain, the Netherlands, Germany, Sweden and Poland. The problem is presented in such a way as to show that it is now possible to write about a certain normative pattern characteristic of the regulation of detention in Europe. Also described are the legal basis of detention in national law, the most common prerequisites for its application as well as issues such as the authorities responsible for adjudicating detention, the infrastructure used for this purpose and the conditions of detention.

Chapter V is an analysis of how one would look at the detention of foreigners if it is applied unlawfully or arbitrarily on a systemic basis as part of state's migration policy. The impact of the detention of foreigners on the enjoyment of human rights other than the right to liberty and security of person, which specifically includes the prohibition of degrading or inhuman punishment or treatment and the right to respect for private or family life was also analysed. The final issue addressed in the monograph is the problem of assessing the detention of foreigners from the point of view of the principle of good faith, which is fundamental to the international legal order.

Joanna Markiewicz-Stanny – doktor nauk prawnych. Adiunkt w Katedrze Teorii, Filozofii i Historii Prawa w Instytucie Nauk Prawnych Uniwersytetu Zielonogórskiego, współpracownik Centrum Badań nad Prawem Migracyjnym INP PAN. Autorka kilkudziesięciu prac naukowych z zakresu prawa międzynarodowego praw człowieka, prawa migracyjnego oraz międzynarodowego prawa pracy publikowanych w kraju i za granicą. Prowadziła badania na zaproszenie Uniwersytetów w Uppsali, Perugii oraz Åbo Akademi University w Turku. Stale współpracuje z Helsińską Fundacją Praw Człowieka.

Monografia stanowi istotny wkład w naukę z zakresu prawa międzynarodowego publicznego, a w szczególności międzynarodowego prawa praw człowieka i prawa migracyjnego. Po części jest też opracowaniem z zakresu prawa administracyjnego. Publikacja jest źródłem wiedzy nie tylko dla osób parających się prawem międzynarodowym, ale także służb granicznych i migracyjnych oraz osób odpowiedzialnych za zarządzanie kryzysowe. Książka ma wymiar zarówno teoretyczny jak i praktyczny.

(z recenzji prof. dr hab. Barbary Mikołajczyk)

Nie ulega wątpliwości, że praca Pani Doktor Markiewicz Stanny posiada bardzo wysoki walor aplikacyjny, gdyż wchodzi w zakres zainteresowania wszelkich organów posiadających kompetencje w zakresie polityki migracyjnej RP: od Urzędu ds. Cudzoziemców począwszy przechodząc przez Straż Graniczną, czy policję a skończywszy również i na takich organach jak MON, MSZ, BBN, nie wspominając o funkcjonariuszach organów wymiaru sprawiedliwości i innych osobach zatrudnionych w administracji państwowej. Kolejne podmioty potencjalnie zainteresowane – to oczywiście organizacje pozarządowe aktywne w sektorze ochrony praw człowieka. Ponadto recenzowana monografia będzie stanowić ważny wkład w badania nad art. 5 EKPC, a zważywszy na dynamiczny charakter zachodzących zmian, ma szansę stać się „lekturą obowiązkową" dla kolejnych pokoleń prawników zajmujących się problematyką EKPC (sensu largo) stanowiąc punkt odniesienia dla dalszych badań dotyczących dopuszczalnego zakresu pozbawienia wolności w judykaturze ETPC a także innych międzynarodowych organów kontroli przestrzegania praw człowieka.

(z recenzji dr. hab. Aleksandra Gubrynowicza, prof. UW)

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH POLSKIEJ AKADEMII NAUK
INP PAN

WYDAWNICTWO INP PAN

ISBN 978-83-68199-01-7