

PATRYCJA JANKOWSKA

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

Wybrane aspekty procedur prawnych, których podmiotem może być małoletni cudzoziemiec przebywający na terytorium Polski bez opieki

Słowa kluczowe: migracja, cudzoziemcy, małoletni bez opieki, prawa dziecka, azyl

Wprowadzenie

Analizując aktualną sytuację polityczną, społeczną i ekonomiczną większości państw europejskich nietrudno zauważyć, że obecnie jednym z najważniejszych zjawisk w istotny sposób determinujących tę sytuację jest zjawisko szeroko rozumianej migracji¹. Abstrahując jednak od przyczyn generujących to zjawisko, a nawet od jego masowej skali, która w ostatnim czasie tak znacząco wpłynęła na wzajemne relacje pomiędzy państwami Unii Europejskiej (UE), warto uświadomić sobie fakt, że wśród setek tysięcy przybywających do Europy imigrantów niemały procent stanowią małoletni cudzoziemcy. Migracja małoletnich nie jest zjawiskiem nowym, jednak dopiero od początku lat 90. wiele państw uznawanych przez migrantów za docelowe, przyjęło wobec tego zjawiska zupełnie nową optykę². Nadal jednak niewiele osób zdaje sobie sprawę z tego, że w wielu przypadkach małoletni imigranci podróżują bez opieki swych opiekunów prawnych, a nierzadko także bez jakiegokolwiek opieki osób dorosłych. Chociaż rzeczywista liczba małoletnich imigrantów przybywających na terytorium UE bez opieki trudna jest do ustalenia, to jednak nawet szacunkowe dane statystyczne wskazują na niezwykle ważną wagę omawianego tu problemu³.

¹ Więcej na temat przyczyn i zagrożeń związanych ze współczesną migracją w: D. Jurczak, *Migracja legalna i nielegalna we współczesnej Polsce*, Warmińsko-Mazurski Kwartalnik Naukowy WSiE nr 1, Olsztyn 2012, s. 52.

² Por. J. Bhabha, *Child Migration and Human Right in a Global Age*, Princeton 2014, s. 2–9. Podobnie M. Skivenes, R. Barn, K. Kriz, T. Pösö, *Child Welfare Systems and Migrant Children. A Cross Country Study of Policies and Practice*, Oxford 2015, s. 9–11.

³ Zob. M. Noviello, *Napływ ludności do Włoch ze szczególnym uwzględnieniem osób niepełnoletnich*, Przegląd Geopolityczny 2016 r. nr 17, s. 96.

Pomimo że na terytorium Polski skala tego zjawiska nie jest aż tak znacząca, wielość i złożoność procedur prawnych, których podmiotem może być małoletni cudzoziemiec bez opieki, skłania do poważnej refleksji nad funkcjonowaniem wszystkich tych regulacji prawnych, które w założeniu prawodawcy powinny skutecznie chronić szeroko rozumiany interes takiego dziecka⁴.

W artykule tym podejmuję zatem próbę odpowiedzi na pytanie, czy obowiązujące w Polsce regulacje prawne w wystarczającym stopniu chronią interes cudzoziemskiego dziecka przebywającego w naszym kraju bez opieki, szczególnie zaś w sytuacji, w której staje się ono podmiotem kilku równolegle prowadzonych z jego udziałem postępowań⁵.

Tego rodzaju postępowania, oprócz stosowania obowiązujących norm prawnych, wymagają często także pozasystemowych działań właściwych organów, podejmowanych choćby w przypadku występowania luk prawnych oraz w sytuacjach wymagających zinterpretowania występujących w konkretnym akcie prawnym pojęć nieostrych, w tym także klauzul generalnych⁶.

W tego typu sprawach decyzje wydawane w administracyjnym toku instancji mają też często charakter dyskrecjonalny⁷. Nie oznacza to jednak ani arbitralności, ani tym bardziej zupełnej swobody organu. W ramach sądownoadministracyjnej kontroli, korzystając z przysługującej mu władzy dyskrecjonalnej, sędzia bada bowiem zarówno legalność wydanej decyzji, jak i to, czy w danej sprawie nie zostały przekroczone granice administracyjnego uznania⁸.

Krajowe mechanizmy kontroli przestrzegania praw małoletnich cudzoziemców stanowią oczywiście element szerszego, międzynarodowego systemu ochrony tych praw. Warto zatem zadać także pytanie, czy polski system prawa

⁴ W tym kontekście pojęcie „interesu dziecka” obejmuje zarówno jego interes faktyczny i prawny, jak też „nadrzędny interes dziecka”, o którym mowa w art. 3 Konwencji o prawach dziecka (Dz. U. z 1991 r. Nr 120 poz. 526). W postanowieniu z 11.2.1997 r. (II CKN 90/96), Sąd Najwyższy definiując pojęcie „dobra dziecka” uznał, że z jednej strony obejmuje ono całą sferę najważniejszych jego spraw osobistych (w tym rozwój fizyczny i duchowy, odpowiednie kształcenie i wychowanie oraz przygotowanie do dorosłego życia), a także jego wymiar materialny (Legalis, nr 333272).

⁵ Do takich procedur można zaliczyć zarówno postępowania prowadzone w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej lub postępowania o charakterze ekspulsyjnym, jak też postępowania, w których dziecko posiada status pokrzywdzonego albo jest sprawcą czynu karalnego, czy wreszcie postępowania w sprawie ustanowienia opieki i prawnej reprezentacji dziecka.

⁶ Tematykę pojęć nieostrych w omawianym tu kontekście prawnym podejmuję w artykule pt. *Pojęcia nieostre a dyskrecjonalność organów administracji w ustawie o cudzoziemcach* [w:] P. Nowakowski-Węgrzynowski (red.), K. Karolak, P. Nowakowski-Węgrzynowski, M. Cieślak, M. Szule, P. Jankowska, *Pojęcia nieostre w prawie administracyjnym*, Bielsko-Biała 2016, s. 93–103.

⁷ Dla potrzeb tego artykułu przyjmuję definicję swobodnego uznania stworzoną przez M. Zimmermanna, który w odniesieniu do ustroju państwa prawnego traktował je jako: „przekazanie przez władzę ustawodawczą innym organom państwa kompetencji rozstrzygnięcia w pewnych przypadkach i granicach w sposób nieskrępowany przez normę prawną”. M. Zimmermann, *Pojęcie administracji publicznej a „swobodne uznanie”*, Warszawa 2009, s. 49.

⁸ Zob. Z. Czarnik, *Prawotwórcza rola sądu a dyskrecjonalność sędziowska* [w:] M. Dębiński, R. Pelewicz, T. Rakoczy (red.), *Dyskrecjonalna władza sędziego. Zagadnienia teorii i praktyki*, Tarnobrzeg 2012, s. 13–14.

o cudzoziemcach jest w pełni koherentny z przewidzianymi w systemie prawa międzynarodowego standardami postępowania wobec tej szczególnej grupy cudzoziemskich migrantów.

Kontekst historyczno-prawny

Nawet pobieżna analiza wszystkich międzynarodowych aktów prawnych, regulujących sytuację prawną małoletnich cudzoziemców, znacznie wykracza poza ramy tego artykułu. Z tego też powodu przytaczam tu jedynie te akty prawne, które w mojej ocenie mają fundamentalne znaczenie dla systemu ochrony praw dzieci cudzoziemskich, w tym także tych pozbawionych opieki osób dorosłych⁹. Sięgając zatem do współczesnych źródeł ochrony praw dziecka wypada mi jedynie przypomnieć, że tak naprawdę wiążą się one z nurtem działań podejmowanych w XIX w. przez organizacje feministyczne i te chroniące prawa zwierząt, włącznie ze znanym literaturze przedmiotu casusem M.E. Wilson¹⁰.

W połowie XX w. idea praw dziecka znalazła już odzwierciedlenie w aktach rangi ustawowej, w tym w ustawach zasadniczych wielu państw¹¹. Działania powołanego w 1920 r. w Genewie Międzynarodowego Związku Pomocy Dzieciom (UISE), doprowadziły ostatecznie do przyjęcia w 1924 r. przez Zgromadzenie Ogólne Ligi Narodów Deklaracji Praw Dziecka (tzw. Genewskiej).

W 1929 r. Polska ratyfikowała kilka konwencji regulujących w płaszczyźnie międzynarodowej stosunki prawne pomiędzy małżonkami, w szczególności wobec zaistnienia kolizji ustawodawstw poszczególnych państw, w tym także podpisaną w Hadze 12 czerwca 1902 roku konwencję regulującą kwestię jurysdykcji w zakresie opieki nad małoletnim¹². Do kolejnych aktów prawnych istotnie umacniających międzynarodową ochronę praw dziecka należy zaliczyć uchwaloną w 1948 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych Powszechną Deklarację Praw Człowieka (PDPC) oraz Konwencję Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, otwartą do podpisu w 1950 r.¹³

Jednym z najważniejszych aktów prawa międzynarodowego regulującym prawa dziecka była niewątpliwie Deklaracja Praw Dziecka, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20.11.1959 r. Oprócz katalogu

⁹ Zgodnie z treścią art. 2 pkt 9a Ustawy z 13.6.2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 51 ze zm.), za małoletniego bez opieki uważa się małoletniego cudzoziemca, który przybywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub przebywa na tym terytorium bez opieki osób dorosłych, odpowiedzialnych za niego zgodnie z prawem obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej.

¹⁰ Zob. A. E. Shelman, S. Lazoritz, *The Marry Ellen Wilson Child Abuse Case and the Beginning of Children's Rights In 19th Century America*, Jefferson (USA) i Londyn, 2005, s. 11, *passim*.

¹¹ Szerzej na ten temat w: J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 85, *passim*.

¹² Dz. U. z 1929 r. Nr 80 poz. 596.

¹³ Konwencja weszła w życie w dniu 3 września 1953 r. Polska ratyfikowała ją w 1993 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284).

podstawowych praw przysługujących każdemu dziecku zawierała ona także wynikające z tych praw obowiązki społeczeństw i państw oraz niezwykle istotny postulat wprowadzenia dodatkowych, wewnątrz krajowych regulacji w tym obszarze¹⁴.

Zupełnie nowy wizerunek dziecka, jako samodzielnego podmiotu i istoty ludzkiej wymagającej szczególnej opieki prawnej oraz poszanowania godności, tożsamości i prywatności, wprowadziła do międzynarodowego porządku prawnego uchwalona przez Organizację Narodów Zjednoczonych 20.11.1989 r. wspomniana już wcześniej Konwencja o Prawach Dziecka (KPD). Regulacje zawarte w KPD oraz w jej protokołach dodatkowych kompleksowo obejmują najważniejsze prawa dziecka, określając zarazem fundamentalne zasady, którymi powinny kierować się społeczności wszystkich państw, w tym przede wszystkim generalną dyrektywę postępowania w zgodzie z dobrem dziecka, zakaz dyskryminacji oraz zakaz stosowania wszelkich form wyzysku. Z punktu widzenia poruszanej tu tematyki szczególnie istotny jest art. 22 KPD, chroniący dzieci ubiegające się o status uchodźcy, zaś w przypadku dzieci pozbawionych opieki także art. 20 tej konwencji.

Przechodząc na grunt prawa unijnego łatwo zauważyć, że już w Traktacie o Unii Europejskiej¹⁵ oraz w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁶ znalazły się regulacje mające wpływ na ochronę prawną dziecka. Normy zawarte w tych traktatach wprowadzały bowiem dyrektywy zobowiązujące państwa członkowskie do podjęcia wszelkich działań w walce z dyskryminacją, między innymi ze względu na różnice narodowościowe, etniczne, wiek czy stan zdrowia, a także regulacje w zakresie prawa azylowego oraz polityki migracyjnej, w tym dyrektywę zwalczania handlu ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi.

Niezwykle istotny wpływ na ustawodawstwo Unii Europejskiej i system ochrony praw dziecka mają także dokumenty wydawane przez Radę Europy¹⁷. W pierwszej kolejności należy tu wymienić Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wraz z jej protokołami dodatkowymi (EKPC), przyjętą w dniu 4.11.1950 r. i ratyfikowaną przez Polskę 15.12.1993 r.¹⁸ Oprócz katalogu fundamentalnych praw i wolności przynależnych każdemu człowiekowi, a więc także bez względu na wiek, zawiera ona również regulacje związane z utworzeniem, organizacją i funkcjonowaniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC).

¹⁴ Zob. P. Mostowik, *Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2014, s. 33.

¹⁵ Dz. Urz. UE C 326/13 z 26.10.2012 r.

¹⁶ Dz. Urz. UE C 326/47 z 26.10.2012 r.

¹⁷ Zob. K. Piasecki, *Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 192. Katalog tych dokumentów zawiera opracowanie J.P. Jarosa, *Prawa dziecka; Dokumenty Rady Europy*, Warszawa 2012.

¹⁸ Dz. U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284.

Uzupełnieniem i rozwinięciem praw i wolności zawartych w EKPC są regulacje zawarte w Europejskiej Karcie Społecznej (EKS), przyjętej w Turynie 18.10.1961 r.¹⁹ oraz w jej zmodyfikowanej wersji, znanej jako Zrewidowana Europejska Karta Społeczna (ZEKS), przyjętej 3.5.1996 r.²⁰ W stosunku do małoletnich, w tym także cudzoziemców, szczególne znaczenie ma art. 17 ZEKS, który: „(...) zabrania maltretować dziecko, reguluje jego status prawny, zabezpiecza je materialnie, chroni zdrowie dziecka, dba o jego edukację oraz stwarza infrastrukturę umożliwiającą resocjalizację młodocianych przestępców”²¹.

Do innych dokumentów Rady Europy istotnie wpływających na sytuację prawną małoletnich cudzoziemców bez opieki można jeszcze zaliczyć Europejską konwencję o wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem²², Konwencję o wykonywaniu praw dzieci²³ czy choćby Europejską konwencję o obywatelstwie²⁴. Nie sposób w tym miejscu pominąć także regulacji zawartych w Karcie Praw Podstawowych UE (KPP)²⁵, proklamowanej 7.12.2000 r. przez Parlament Europejski, Radę Unii Europejskiej i Komisję Europejską²⁶.

Do aktów prawnie niewiążących, ale istotnie wpływających na ustawodawstwo państw członkowskich należą także zalecenia i wytyczne Komitetu Ministrów Rady Europy oraz zalecenia i rezolucje Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy. W omawianym tu kontekście z pewnością warto wymienić Zalecenie CM/Rec(2007)9 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie programów pomocy dla małoletnich migrantów bez opieki, którego celem jest wspieranie krajów pochodzenia migrantów oraz minimalizowanie zagrożeń, na które w tych krajach narażone są dzieci²⁷. Podobny charakter ma Zalecenie CM/Rec(2008)4 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie umocnienia integracji dzieci migrantów i dzieci o pochodzeniu imigracyjnym, a także Zalecenie 1596(2003)97 wydane przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, mające na celu poprawę ogólnej sytuacji migrantów poprzez współpracę

¹⁹ Dz. U. z 1999 r. Nr 8 poz. 67.

²⁰ Tekst Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej dostępny jest w: K. Drzewicki, *Wybór Konwencji Rady Europy*, Warszawa 1999, s. 104–131.

²¹ Conclusions of the European Committee of Social Rights, I, s. 210, cyt. za: K. Łasak, *Złe traktowanie dziecka w europejskiej karcie społecznej oraz konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 2007, Rok LXIX, z. 3, s. 27, 29.

²² Dz. U. 1996 nr 31 poz.134.

²³ Dz. U. z 2000 r. Nr 107 poz. 1128.

²⁴ Tekst konwencji w j. ang. [online:] <https://rm.coe.int/168007f2c8> (dostęp: grudzień 2017 r.)

²⁵ Dz. Urz. UE C 326/391 z 26.10.2012 r. Moc wiążąca została jej nadana przez traktat lizboński (Dz. Urz. UE C 306/1 z 17.12.2007 r.). Szerzej na temat Karty w: J. Bucińska, *Społeczne prawa człowieka w Europejskiej Karcie Praw Podstawowych*, Roczniki Nauk Prawnych, 2005, t. XV, nr 1.

²⁶ Dz. Urz. UE C 306/1 z 17.12.2007 r. Szerzej na temat Karty Praw Podstawowych UE w: J. Bucińska, op. cit.

²⁷ Załącznik do tego zalecenia zawiera m.in. pojęcie małoletniego migranta bez opieki, oznaczające „dziecko poniżej 18-tego roku życia, które niezależnie od swojego statusu i przyczyn migracji pozostaje poza krajem pochodzenia i z chwilą wejścia na terytorium danego państwa członkowskiego jest oddzielone od obydwojga rodziców i innych krewnych, choć powinno ono pozostawać pod opieką dorosłego, który jest za tę opiekę odpowiedzialny na mocy prawa lub zwyczaju”.

z odpowiednimi organizacjami oraz ustalenie faktycznych powodów emigracji. Wskazuje także na obowiązek wyznaczania opiekuna prawnego dla małoletnich cudzoziemców bez opieki, niezależnie od tego, czy ubiegają się oni o przyznanie im ochrony międzynarodowej. Nie mniej istotne jest także Zalecenie Zgromadzenia Parlamentarnego 1703(2005)98, dotyczące dzieci–migrantów, uwzględniające konieczność pilnej regulacji sytuacji dzieci migrantów pozostających bez opieki na terytorium państw członkowskich Rady Europy i wskazujące równocześnie na konieczność przyjęcia przez państwa członkowskie jednego wspólnego aktu prawnego, który regulowałby kompleksowo status dzieci pozostających bez opieki i ubiegających się o ochronę.

Z punktu widzenia tematyki tego artykułu ważna jest również Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.12.2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich²⁸. W kontekście ochrony praw dziecka i praw rodziny, implementacja tej dyrektywy oznaczała bowiem przyjęcie obowiązku nadrzędnego traktowania tych praw w toku postępowań prowadzonych na jej podstawie.

W Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.6.2013 r. w sprawie ustanawiania norm dotyczących przyjmowania wniosków ubiegających się o ochronę międzynarodową²⁹ znalazły się niezwykle ważne dla małoletniego bez opieki gwarancje. Dotyczą one ustanowienia przedstawiciela w celu reprezentowania małoletniego i udzielania mu wszelkiej niezbędnej pomocy, wykonywania z jego udziałem różnego rodzaju czynności (w tym przesłuchania), a także zapewnienia mu dostępu do informacji o przebiegu prowadzonego z jego udziałem postępowania i decyzjach wydawanych w tym postępowaniu, jak również przeprowadzenia badań lekarskich, mających na celu ustalenie wieku małoletniego według ściśle określonych przepisami dyrektywy procedur.

Małoletni cudzoziemcy w polskiej procedurze azylowej

Mówiąc o procedurze azylowej, której stroną może być małoletni cudzoziemiec bez opieki mam na myśli postępowanie prowadzone na podstawie Ustawy z 13.6.2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (u.u.c.o.)³⁰, zmierzające do objęcia cudzoziemca jedną z ustawowych form ochrony, w tym głównie poprzez nadanie mu statusu uchodźcy³¹. Charakterystyczną cechą tej procedury jest jej wnioskowy charakter. W przypadku

²⁸ Dz. Urz. UE L 348/98 z 24.12.2008 r.

²⁹ Dz. U. UE L 180/60 z 29.6.2013 r.

³⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 51 ze zm.

³¹ Udzielenie ochrony międzynarodowej oznacza przyznanie cudzoziemcowi statusu uchodźcy albo tzw. ochrony uzupełniającej. Do innych form ochrony ustawa zalicza azyl i nie stosowaną dotąd w polskich realiach ochronę czasową. W doktrynie prawa europejskiego procedury zmierzające do przyznania jednej z tych form ochrony określa się na ogół mianem „azyłowych”.

małoletniego cudzoziemca bez opieki istotne znaczenie ma zatem treść oświadczenia, jakie w tym zakresie składa on w obecności przedstawiciela właściwego organu, najczęściej funkcjonariusza Straży Granicznej (SG). Chociaż bowiem właściwy wniosek o udzielenie ochrony składa w imieniu małoletniego wyznaczony przez sąd opiekuńczy kurator albo przedstawiciel organizacji międzynarodowej lub pozarządowej (art. 26 ust. 2 u.u.c.o.), to jednak wynik pierwszych czynności wykonywanych z udziałem takiego małoletniego w praktyce determinuje dalszy tryb postępowania prowadzonego w jego sprawie.

Na wyjątkowo trudną sytuację małoletniego cudzoziemca bez opieki, ubiegającego się o udzielenie ochrony międzynarodowej, składają się czynniki dwojakiego rodzaju. Pierwszą ich grupę stanowią przesłanki natury administracyjnoprawnej, i to zarówno te materialne, decydujące o możliwości objęcia małoletniego właściwą formą ochrony, wynikające głównie z art. 13 u.u.c.o., jak też proceduralne, związane przede wszystkim z gromadzonym w danej sprawie materiałem dowodowym. Drugą grupę stanowią czynniki pozasystemowe, które jako bezpośrednio związane z osobą małoletniego w istotny sposób decydują o jego bardziej lub mniej aktywnym i świadomym udziale w toczącym się postępowaniu. Istotne znaczenie będzie miał tu przede wszystkim poziom rozwoju psychofizycznego dziecka, cechy jego charakteru i osobowości, jak również ukształtowane różnymi, często traumatycznymi doświadczeniami, subiektywnie odczuwane poczucie bezpieczeństwa³².

Chociaż wszystkie wymienione wyżej czynniki mają niezwykle istotny wpływ na ostateczny wynik prowadzonego postępowania, to funkcjonalna analiza ich wzajemnych korelacji prowadzi do wniosku, że to właśnie indywidualne cechy małoletniego cudzoziemca mają w tej szczególnej procedurze znaczenie najważniejsze. W postępowaniach o charakterze azylowym często bowiem występują problemy związane z gromadzeniem i weryfikacją poszczególnych dowodów, których źródła ulokowane są często poza granicami kraju. Z tego też powodu organ prowadzący postępowanie zmuszony jest często opierać się na dowodach o charakterze pośrednim, w tym na informacjach uzyskanych w wyniku przesłuchania małoletniego cudzoziemca.

Chociaż każde postępowanie azyłowe jest ze swej natury postępowaniem administracyjnym, w przeciwieństwie do typowych przesłuchań prowadzonych w oparciu o przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego³³, przesłuchanie cudzoziemca będącego stroną procedury azyłowej nie ma charakteru subsydiarnego³⁴. Z tych też powodów niezwykle istotne jest profesjonalne przeprowadzenie takiego wywiadu, które w żadnym razie nie powinno powodować

³² Por. A. Sukiennik, *Ochrona praw dziecka-uchodźcy w Europie w latach 2001–2006*, Kraków 2015, s. 11–12.

³³ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 23 ze zm.

³⁴ Szerzej na temat znaczenia przesłuchania cudzoziemca w postępowaniu uchodźczym zob.: J. Chlebny, *Dowód z przesłuchania strony w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy*, ZNSA 2010 r., nr 5–6, s. 42–58.

wtórnej wiktyimizacji przesłuchiwanego dziecka³⁵. Powinno za to uwzględniać jego stan emocjonalny oraz występujące w tego typu relacjach bariery językowe, emocjonalne czy kulturowe³⁶.

Regulacje zawarte w rozdziale 4 u.u.c.o. (art. 61–69b), dotyczące procedur realizowanych z udziałem małoletnich cudzoziemców bez opieki oraz innych osób o szczególnych potrzebach są w zasadzie zgodne ze standardami zawartymi w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z 26.6.2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej³⁷. Paradoksalnie jednak, poczuciu bezpieczeństwa małoletniego cudzoziemca nie sprzyja wynikająca z tych przepisów wielość czynności wykonywanych z jego udziałem, ani też liczne grono wykonujących te czynności osób. Gdyby nawet pominąć funkcjonariuszy SG wykonujących z udziałem małoletniego pierwsze czynności proceduralne (włącznie ze wstępnym wywiadem azyłowym, pobraniem odcisków palców, fotografowaniem czy ewidencjonowaniem), to i tak małoletni w krótkim czasie zetknie się jeszcze z sędzią sądu rodzinnego, psychologiem, kuratorem i tłumaczem, a także pracownikami Urzędu do Spraw Cudzoziemców czy wreszcie z osobami, którym sąd powierzy sprawowanie nad nim pieczy.

Małoletni cudzoziemcy pozostający poza procedurą azyłową

Mówiąc o sytuacji małoletnich cudzoziemców bez opieki nie objętych procedurą azyłową mam na myśli wszystkich tych małoletnich cudzoziemców, którzy z różnych przyczyn nie mogą lub nie chcą ubiegać się o udzielenie ochrony międzynarodowej i pozostałych form tej ochrony oraz tych, którym odmówiono udzielenia takiej ochrony na zasadach określonych przepisami u.u.c.o. W grupie tej znajdują się małoletni, którzy nie uzyskali zezwolenia na przekroczenie granicy RP oraz przebywający już na terytorium Polski bez względu na to, czy ich pobyt jest legalny, czy też pozbawiony właściwego tytułu pobytowego.

W przeciwieństwie do małoletnich cudzoziemców pozostających w procedurze azyłowej, sytuacja tych nie objętych tą procedurą jest znacznie trudniejsza. Wobec takich małoletnich cudzoziemców stosuje się głównie przepisy ustawy z 12.12.2013 r. o cudzoziemcach (u.c.)³⁸, a wobec małoletnich cudzoziemców, będących obywatelami państw UE lub członkami ich rodzin, także niektóre przepisy Ustawy z 14.7.2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,

³⁵ K. Fenik, *Dziecko, czy uchodźca? Program przesłuchań dzieci cudzoziemskich bez opieki*, Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka. Vol. 4 Nr 12 (2005), s. 107–112.

³⁶ Zob. katalog gwarancji proceduralnych zawarty w art. 65 u.u.c.o.

³⁷ Dz. Urz. UE L 180/60 z 29.6.2013 r.

³⁸ T.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1990 ze zm.

pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin³⁹.

Małoletniemu cudzoziemcowi, który nie spełnia ustawowych warunków do udzielenia zgody na przekroczenie granicy nie można wydać decyzji administracyjnej o odmowie wjazdu. Równocześnie jednak pozbawia się go możliwości zaskarżenia decyzji, która faktycznie taką odmowę oznacza. Z tego też powodu kontrola graniczna tej kategorii osób została dość szczegółowo unormowana w przepisach prawa unijnego⁴⁰.

Status prawny małoletnich cudzoziemców przebywających już na terytorium RP opiera się w zasadzie na dwóch kategoriach przesłanek. W pierwszej kategorii mieszczą się przesłanki uzasadniające wydanie małoletniemu cudzoziemcowi decyzji o charakterze ekspulsyjnym, w drugiej zaś – umożliwiające przyznanie mu jednego z kilku możliwych tytułów pobytowych⁴¹.

Z punktu widzenia małoletniego cudzoziemca bez opieki ważne regulacje dotyczą warunków udzielenia mu zgody na pobyt ze względów humanitarnych. Może być ona bowiem udzielona w szczególności wówczas, jeżeli zobowiązanie cudzoziemca do powrotu naruszałoby prawa dziecka określone w KPD, w stopniu istotnie zagrażającym jego rozwojowi psychofizycznemu (art. 348 pkt 3 u.c.). W praktyce problematyczne może jednak okazać się ustalenie zaistnienia zawartych w treści tego przepisu przesłanek. Nie każde naruszenie praw dziecka wskutek jego ekspulsji uzasadnia bowiem udzielenie wspomnianej wyżej zgody, a jedynie takie, które w sposób istotny mogłyby mieć wpływ na jego rozwój psychofizyczny⁴².

Poza tym, w przeciwieństwie do zezwolenia na pobyt czasowy wydawanego przez wojewodę na podstawie tych samych przesłanek (art. 187 pkt 7 u.c.), zgody na pobyt ze względów humanitarnych może udzielić jedynie właściwy organ SG. W tej sytuacji wydaje się oczywiste, że obiektywnej identyfikacji tych przesłanek znacznie łatwiej mógłby dokonać kurator lub opiekun małoletniego, aniżeli organ SG prowadzący postępowanie powrotowe. W obu jednak przypadkach istotne znaczenie będzie miała sporządzona przez specjalistów opinia psychologiczna, uwzględniająca negatywne skutki, jakie dla rozwoju małoletniego może przynieść realizacja wydanej w jego sprawie decyzji powrotowej.

Jak w każdym postępowaniu administracyjnym, także w tej procedurze mogą być również wykorzystane inne dowody uzasadniające nie tylko udzielenie

³⁹ T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 900. Przepisy zawarte w art. 69, 70 i w art. 73b cyt. ustawy dotyczą przesłanek wydania wobec małoletniego cudzoziemca decyzji ekspulsyjnej oraz przesłanek umożliwiających jej wykonanie.

⁴⁰ Chodzi o Rozporządzenie(WE) NR 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 15.3.2006 r. (Dz. Urz. UE L 105 z 13.4.2006 ze zm.), ustanawiające wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (tzw. kodeks graniczny Schengen). Przepisy dot. szczególnych zasad kontroli granicznej małoletnich zawarte są w art. 5 oraz w załączniku VII/sekcja 6. tego rozporządzenia.

⁴¹ Małoletniemu cudzoziemcowi bez opieki, na wniosek złożony przez jego kuratora, można udzielić zezwolenia na pobyt stały lub czasowy, w tym także ze względów humanitarnych.

⁴² Zob. wyrok NSA z 25.1.2017 r. CBOSA, II OSK 1136/16.

małoletniemu zgody na pobyt ze względów humanitarnych, ale także legalizację jego pobytu z innych powodów, np. z uwagi na jego wyjątkową sytuację osobistą (art. 181 ust. 1 pkt 2 u.c.)⁴³ albo z uwagi na zaistnienie przesłanek uzasadniających uznanie małoletniego cudzoziemca bez opieki za pokrzywdzonego w wyniku popełnionego na jego szkodę przestępstwa.

Jeżeli jednak wobec małoletniego bez opieki istnieją przesłanki do wydania mu decyzji powrotowej i ma on ukończone 15 lat, postanowieniem sądu można umieścić go w ośrodku strzeżonym dla cudzoziemców, podczas gdy wobec małoletnich pozostających w procedurze azyłowej stosowanie detencji jest zabronione.

Małoletni cudzoziemcy jako uczestnicy innych postępowań

Do kategorii innych postępowań, których uczestnikami mogą być małoletni cudzoziemcy bez opieki, należy w przede wszystkim zaliczyć postępowania karne, w których mogą oni posiadać status pokrzywdzonych lub świadków, a także postępowania prowadzone wobec nieletnich sprawców czynów karalnych.

Wśród postępowań karnych na szczególną uwagę zasługują przede wszystkim te prowadzone w sprawach o przestępstwo handlu ludźmi⁴⁴. Małoletni stanowią bowiem znaczną grupę pokrzywdzonych tym właśnie przestępstwem⁴⁵. Przepisy cytowanych wcześniej ustaw regulujących status prawny cudzoziemców zawierają regulacje wprost odnoszące się do cudzoziemców będących ofiarami handlu ludźmi⁴⁶. Umożliwiają one między innymi legalizację pobytu pokrzywdzonego tym przestępstwem cudzoziemca, a w późniejszym okresie także uzyskanie właściwego tytułu pobytowego (art. 176 i art. 195 ust. 1 pkt 5 u.c.). Status pokrzywdzonego handlem ludźmi uniemożliwia wydanie takiemu cudzoziemcowi decyzji powrotowej lub powoduje zawieszenie postępowania prowadzonego w sprawie wydania takiej decyzji albo wstrzymanie jej wykonania.

Kodeks postępowania karnego (k.p.k.)⁴⁷ przewiduje cały szereg regulacji mających na celu ochronę małoletniego pokrzywdzonego bądź świadka. Szczególnie istotne są te z nich, które dotyczą przesłuchiwanie małoletnich w wieku poniżej 15 lat, choć ich wadą jest dość ograniczony przedmiotowo zakres stosowania⁴⁸. Do ważniejszych regulacji chroniących interes małoletniego pokrzywdzonego lub świadka należy także zaliczyć anonimizację danych personalnych świadka, moż-

⁴³ Zob. wyrok NSA z 29.9.2016 r. CBOSA, II OSK 3188/14.

⁴⁴ Zob. art. 115 § 22 i art. 189a Kodeksu karnego (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2204 ze zm.) oraz art. 8 Ustawy z 6.6.1997 r. Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 554 ze zm.), który penalizuje zbrodnię polegającą na oddaniu osoby w stan niewolnictwa lub utrzymywanie jej w tym stanie albo uprawianie handlu niewolnikami.

⁴⁵ Więcej na ten temat: A. Morawska, *Handel dziećmi – zarys zjawiska*, [w:] Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006, s. 303–312.

⁴⁶ Zob. regulacje zawarte w rozdziale 9 u.c.

⁴⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1904.

⁴⁸ Por. art. 185a i art. 185b k.p.k.

liwość wskazania przez pokrzywdzonego osób, które mogą być obecne w trakcie czynności wykonywanych w postępowaniu przygotowawczym z jego udziałem, jak również wyłączenie jawności rozprawy. Służą temu także wszystkie pozostałe regulacje mające postać zakazów dowodowych mogących mieć zastosowanie w trakcie przesłuchania małoletniego świadka⁴⁹. W przypadku małoletniego cudzoziemca bez opieki za najważniejszy zakaz należałoby jednak uznać zakaz ograniczania swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Można ją bowiem narużyć na wiele różnych sposobów, np. poprzez zadawanie mu pytań sugestywnych albo w inny sposób określony w art. 171 k.p.k. Należy także pamiętać, że w wielu przypadkach małoletni cudzoziemcy, którzy ukończyli 15 lat, mogą być przesłuchiwanym na ogólnych zasadach i to wielokrotnie⁵⁰. W praktyce mogą być także narażeni na różnego rodzaju działania odwetowe ze strony ściganych przestępców. Z tego też powodu istotne wydają się takie regulacje, jak choćby te wprowadzone Ustawą z 28.11.2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka⁵¹ czy też zawarte w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z 5.4.2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar⁵². Szczególny tryb postępowania m.in. z cudzoziemcem małoletnim lub będącym ofiarą handlu ludźmi przewidują także przepisy art. 69–69b u.u.c.o.

W stosunku do małoletnich cudzoziemców, którzy popełnili na terytorium RP czyn karalny⁵³ i w momencie jego popełnienia ukończyli 13 lat a nie ukończyli lat 17, zastosowanie mają przepisy Ustawy z 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (u.p.n.)⁵⁴. Na mocy przepisów tej ustawy postępowanie w sprawie nieletniego prowadzi sąd rodzinny, chyba że zachodzą warunki określone w art. 16 § 2 *in fine* lub w art. 18 § 1 u.p.n. Wówczas postępowanie takie prowadzi sąd karny⁵⁵. Do najważniejszych gwarancji proceduralnych przysługujących nieletniemu należy zaliczyć prawo do obrony, do odmowy składania wyjaśnień lub odpowiedzi na poszczególne pytania, a także prawo do bycia wysłuchanym w warunkach zapewniających pełną swobodę wypowiedzi (art. 18a i art. 19 u.p.n.). Nietelni sprawca czynu karalnego może być zatrzymany przez Policję lub Straż Graniczną, jeśli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przez niego takiego czynu, a zachodzi uzasadniona obawa ukrycia się nietletniego

⁴⁹ Chodzi np. o prawo do odmowy zeznań przez świadka, który jest osobą najbliższą dla oskarżonego (art. 182 § 1 i § 2 k.p.k.) czy też prawo do odmowy odpowiedzi na poszczególne pytania (art. 183 § 1 k.p.k.).

⁵⁰ Zob. K. Chmielewska, *Ochrona przesłuchiwanego dziecka*, Warszawa 2012, s. 75–92, *passim*

⁵¹ Dz. U. z 2015 r. poz. 21. Oprócz różnych form ochrony pokrzywdzonego i świadka ustawa ta wprowadziła szereg zmian w innych aktach prawnych, w tym także w k.p.k., do którego wprowadziła m.in. dwa nowe rozdziały (66j i 66k) dotyczące wykonywania tzw. Europejskiego Nakazu Ochrony.

⁵² Dz. Urz. UE L 101/1 z 15.4.2011 r.

⁵³ W myśl art. 1 § 2 pkt 2 u.p.n., czynem karalnym jest przestępstwo, przestępstwo skarbowe lub jedno z wykroczeń wymienionych w tym przepisie.

⁵⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1654 ze zm.

⁵⁵ Najczęściej chodzi o sytuacje, w których czyn karalny nietletniego pozostaje w ścisłym związku z czynem osoby dorosłej lub jeśli postępowanie wobec nietletniego, który popełnił czyn karalny wszczęto po ukończeniu przez niego 18 roku życia.

lub zatarcia śladów popełnionego czynu, albo gdy nie można ustalić jego tożsamości (art. 32g § 1 u.p.n.). W związku z zatrzymaniem nieletniemu przysługują gwarancje podobne do tych, jakie przewiduje k.p.k.

Międzynarodowe standardy ochrony praw nieletnich będących sprawcami czynów zabronionych zawarte są w wielu różnych aktach prawnych. Oprócz art. 40 KPD zawierającego katalog gwarancji przysługujących nieletnim, których „podejrzuwa się, oskarża lub uznaje winnym”, najważniejsze zasady postępowania z tą kategorią nieletnich zawarte są także w tzw. Regulach Pekinśkich⁵⁶ oraz niektórych aktach prawa unijnego⁵⁷.

Opieka nad małoletnim cudzoziemcem i jego prawna reprezentacja

Rozważania dotyczące sytuacji prawnej małoletniego cudzoziemca należy jeszcze uzupełnić o krótką charakterystykę regulacji prawa krajowego i międzynarodowego, których celem jest zapewnienie takiemu dziecku właściwej opieki i reprezentacji.

Na gruncie prawa międzynarodowego szczególne znaczenie ma w tym obszarze Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci sporządzona w Hadze 19.10.1996 r., szczególnie zaś jej art. 11, wprowadzający obowiązek ochrony małoletniego oraz jego majątku w sytuacjach nagłych oraz art. 15 ust. 1, który upoważnia organy jurysdykcyjne państwa do stosowania prawa krajowego⁵⁸. Wobec małoletnich cudzoziemców niebędących obywatelami Państw–Stron omawianej konwencji stosuje się w pierwszej kolejności przepisy prawa unijnego zawarte w Rozporządzeniu Rady (WE) Nr 2201/2003 z 27.11.2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej⁵⁹.

Jeżeli chodzi o regulacje krajowe, jurysdykcja sądu orzekającego w sprawach opieki i kurateli nad małoletnimi cudzoziemcami wynika z treści art. 1107 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego (k.p.c.)⁶⁰. Co do zasady dotyczy ona cudzoziemców mających w Polsce miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu, jednak

⁵⁶ Wzorcowe Reguły Minimum Narodów Zjednoczonych dotyczące Wymiaru Sprawiedliwości wobec Nieletnich, przyjęte przez Zgromadzenie Ogólne NZ w dniu 29.11.1985 roku. Więcej na stronie internetowej UNIC Warszawa – http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/inne_dok_wrmwsn-rp.php (dostęp: grudzień 2017 r.)

⁵⁷ Zob. M. Wolny, K. Wiśniewska, *Międzynarodowe standardy postępowania w sprawach nieletnich* [w:] M. Szwast (red.), K. Wiśniewska (red.), M. Wolny (red.), *Rzetelność postępowania w sprawach nieletnich*, Warszawa 2014, s. 16–17.

⁵⁸ Dz. U. z 2010 r. Nr 172 poz. 1158. Konwencję tę poprzedzała Konwencja o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich sporządzona w Hadze 5 października 1961 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 106 poz. 519).

⁵⁹ Dz. Urz. UE L 347/32 z 24.12.2009 r.

⁶⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 155.

zarządzenia w omawianym zakresie sąd polski może wydawać także wówczas, gdy sprawa wykazuje wystarczający związek z polskim porządkiem prawnym lub jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia ochrony cudzoziemcowi, który przebywa w Rzeczypospolitej Polskiej, mając miejsce zamieszkania i miejsce zwykłego pobytu za granicą (art. 1107 § 3 k.p.c.).

Sytuację prawną małoletnich cudzoziemców w istotny sposób kształtują także przepisy Ustawy z 25.2.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (k.r.o.)⁶¹, zwłaszcza te dotyczące władzy rodzicielskiej, pieczy zastępczej oraz opieki i kurateli.

W przypadku pobytu w Polsce małoletniego cudzoziemca bez opieki wiele zależy od ustaleń dotyczących jego tożsamości i obywatelstwa, a w konsekwencji jego relacji z rodzicami lub innymi prawnymi opiekunami. W niektórych sytuacjach może okazać się bowiem konieczne wydanie przez sąd orzeczenia o zawieszeniu władzy rodzicielskiej, a w skrajnych przypadkach nawet o jej pozbawieniu, choćby z powodu występowania trwałej przeszkody uniemożliwiającej jej sprawowanie. W razie zagrożenia dobra dziecka, jeżeli zastosowanie innych środków okazało się niewystarczające lub jest niemożliwe, sąd rodzinny może orzec o umieszczeniu małoletniego w pieczy zastępczej (art. 112³ § 1 k.r.o.). Szczegółowe przepisy dotyczące sprawowania tej pieczy zawiera Ustawa z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (u.w.r.)⁶². Zgodnie z art. 5 ust. 3 u.w.r., przepisy dotyczące pieczy zastępczej stosuje się w szczególności do małoletnich cudzoziemców, bez względu na to, czy na terytorium RP posiadają oni prawny tytuł bytowy, czy też nie.

Działając na podstawie orzeczenia sądu, zastępcza rodzina zawodowa pełniąca funkcję pogotowia rodzinnego przyjmuje w szczególności dzieci doprowadzone przez Policję lub SG, a więc w niektórych przypadkach także małoletnich cudzoziemców bez opieki (art. 58 ust. 1 u.w.r.). W przypadku pozbawienia lub zawieszenia władzy rodzicielskiej nad małoletnim cudzoziemcem, sąd na mocy art. 145 k.r.o. powinien ustanowić dla niego opiekuna. Do czasu objęcia opieki przez opiekuna, którym może być także podmiot sprawujący pieczę zastępczą, sąd powinien małoletniemu ustanowić kuratora (art. 147 k.r.o.).

W każdym praktycznie postępowaniu, którego stroną jest małoletni cudzoziemiec bez opieki, kurator spełnia przede wszystkim funkcję jego procesowego reprezentanta.

System kontroli przestrzegania praw małoletnich cudzoziemców

W ramach krajowego systemu prawa, kontrola przestrzegania praw małoletnich cudzoziemców oparta jest przede wszystkim o kontrolę instancyjną organów prowadzących postępowania administracyjne oraz o kontrolę sądową

⁶¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 682.

⁶² Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 697.

wydawanych przez te organy decyzji. Na przykład w procedurze azylowej, odwołanie od decyzji Szefa Urzędu do Spraw cudzoziemców przysługuje stronie do Rady do Spraw Uchodźców (art. 89p u.u.c.o.).

Jeśli chodzi o orzecznictwo polskich sądów administracyjnych, wydawane przez te sądy orzeczenia dotyczą najczęściej małoletnich cudzoziemców pozostających pod opieką swoich prawnych opiekunów. W sprawach tych wnoszone skargi dotyczą często naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego i osobistego, którego przestrzeganie gwarantuje art. 8 EKPC⁶³.

Na gruncie prawa unijnego, sądowym strażnikiem praw małoletnich cudzoziemców jest wspomniany wcześniej Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo ETPC w sprawach małoletnich cudzoziemców jest dość bogate. Podobnie jak w przypadku sądów krajowych, orzeczenia ETPC zapadające w sprawach małoletnich cudzoziemców dotyczą najczęściej art. 8 konwencji, choć zdarzały się też orzeczenia związane z naruszeniem art. 14 EKPC dotyczącego zakazu dyskryminacji oraz art. 2 Protokołu dodatkowego, gwarantującego prawo do nauki. W niektórych przypadkach skargi kierowane do ETPC składane były przez kilku, a nawet kilkunastu skarżących, znajdujących się w podobnej sytuacji prawnej⁶⁴.

Jako przykład orzeczeń ETPC dotyczących małoletnich cudzoziemców bez opieki może posłużyć orzeczenie z 5.4.2011 r. w sprawie *Rahmi przeciwko Grecji* (skarga 8687/08), dotyczące 15-letniego Afgańczyka zatrzymanego w Grecji, w związku z nielegalnym pobytem na terytorium tego kraju. W sprawie tej Trybunał stwierdził szereg naruszeń norm wynikających z EKPC, w tym naruszenie art. 5 ust. 4, gwarantującego prawo do sądowej kontroli pozbawienia wolności. W kontekście gwarancji zawartych w art. 3 Trybunał uznał, że szczególne okoliczności, w jakich znajdował się nieletni (w tym młody wiek i pozostawanie bez opieki w obcym kraju), powinny przeważać nad jego statusem nielegalnego imigranta⁶⁵.

⁶³ Zob. np. wyrok NSA z 31.5.2016 r., II OSK 2259/14, w którym sąd uznał, że: „Związany charakter decyzji wydanej w oparciu przepisy art. 88 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach [czyli ekspulsyjnej – P.J.], nie oznacza, że w postępowaniu dotyczącym wydalenia cudzoziemca, który prowadzi w Polsce życie rodzinne, wyłączone zostaje zastosowanie przepisów EKPC oraz Konwencji o prawach dziecka, które, ratyfikowane i opublikowane w Dzienniku Ustaw, stanowią część krajowego porządku prawnego, jak również orzecznictwa ETPC”.

⁶⁴ Zob. np. wyrok ETPC z 13 listopada 2007 r. w sprawie *D.H i inni przeciwko Republice Czeskiej* (skarga nr 57325/00) oraz przywoływane w tym wyroku orzecznictwo. W sprawie tej, prowadzonej ze skargi 18 obywateli czeskich pochodzenia romskiego Trybunał rozstrzygał fakt umieszczenia ich w szkołach specjalnych z powodu (jak twierdzili) romskiego pochodzenia. Postępowanie było prowadzone pod kątem ewentualnego naruszenia art. 14 Konwencji w zw. z art. 2 Protokołu 1 (dyskryminacji w zakresie prawa do nauki).

⁶⁵ Podobne orzeczenie ETPC wydał w dniu 12 października 2006 r. w sprawie *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii* (skarga nr 13178/03). Sprawa ta była o tyle bulwersująca, że dotyczyła wydalenia do kraju pochodzenia pozostającej bez opieki kilkuletniej dziewczynki, obywatelki Konga, której władze belgijskie uniemożliwiły połączenie z matką przebywającą na terytorium Kanady.

W większości tego typu spraw stronę skarżącą wspierały organizacje pozarządowe, których statutowa działalność związana jest z ochroną praw dziecka⁶⁶.

Oprócz orzeczeń wydawanych przez ETPC należałoby jeszcze zwrócić uwagę na działalność dwóch organów, które w niezwykle istotny sposób wpływają na poziom przestrzegania praw dzieci, w tym także małoletnich migrantów.

Pierwszym z nich jest Komitet Praw Dziecka ONZ, który powołany został na mocy art. 43 KPD. Do jego zadań należy przede wszystkim monitorowanie przestrzegania przez państwa praw zawartych w KPD, głównie na podstawie okresowych sprawozdań, o których mowa w art. 44 konwencji. Komitet ten, oprócz wydawania państwom–stronom właściwych sugestii i zaleceń, uprawniony jest także do przyjmowania i rozpatrywania skarg na naruszenie praw dziecka. Temu celowi miał służyć III Protokół Fakultatywny do KPD, przyjęty w trakcie 36 sesji Zgromadzenia ONZ⁶⁷. W Komentarzu Ogólnym Nr 6 (2005) z 1.9.2005 r. w sprawie traktowania dzieci bez opieki znajdujących się poza krajem pochodzenia. Standardy postępowania wobec małoletnich bez opieki ubiegających się o ochronę międzynarodową zostały natomiast szczegółowo określone przez Komitet Praw Dziecka⁶⁸. Oprócz ogólnych zasad postępowania uwzględniających prawa dziecka bez opieki ubiegającego się o ochronę zawiera on w szczególności obowiązki państwa wobec tej szczególnej kategorii małoletnich oraz przysługujące im gwarancje proceduralne. Określa także inne formy działań, które mogą być podejmowane w interesie małoletniego, w tym głównie w kierunku łączenia rodzin, powrotu do kraju pochodzenia, integracji lokalnej, adopcji międzynarodowej czy przesiedleń do kraju trzeciego.

Drugim organem, stojącym na straży praw socjalnych zawartych w Europejskiej Karcie Społecznej i jej znowelizowanej wersji (ZEKS), jest powołany na mocy przepisów tych konwencji Komitet Niezależnych Ekspertów (KNE)⁶⁹, nazywany również Europejskim Komitetem Praw Socjalnych⁷⁰. Ograniczone ramy tego

⁶⁶ Na podstawie art. 34 EKPC organizacje takie mogą także samodzielnie wносить skargi do Trybunału. W obszernym katalogu najbardziej znanych organizacji chroniących prawa dziecka znajduje się m.in. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Human Rights Watch, International Federation for Human Rights, Fundacja Dzieci Niczyje, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej i wiele innych.

⁶⁷ Protokół został otwarty do podpisu 28.2.2012 r. Wszedł w życie 14.4.2014 r. Polska podpisała protokół 30.9.2013 r., choć do chwili obecnej nie został on jeszcze ratyfikowany. Dokument ten stwarza ofiarom naruszeń gwarancji zawartych w KPD i jej protokołach dodatkowych prawną możliwość posiadania i dochodzenia roszczeń restytucyjnych od państwa, które nie wypełnia swoich zobowiązań wobec dzieci.

⁶⁸ Committee on the Rights of the Child General Comment No. 6 (2005) *Treatment of Unaccompanied and Separated Children outside their Country of Origin*, CRC/GC/2005/6. Tekst w języku polskim: P. J. Jaros, M. Michalak, *Prawa dziecka – dokumenty Organizacji Narodów Zjednoczonych*, Warszawa 2015, s. 458–486.

⁶⁹ W treści art. 24–29 EKS nazywany uprzednio Komitetem Ekspertów, natomiast w Protokole dodatkowym, ustanawiającym system skarg zbiorowych – Komitetem Niezależnych Ekspertów.

⁷⁰ Zob. T. Jasudowicz, *Odpowiedzialność państwa–strony Europejskiej Karty Socjalnej w świetle dorobku Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych*, [w:] M. Balcerzak, J. Kapelańska-Pregowska (red.), *Odpowiedzialność międzynarodowa w związku z naruszeniami praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarne. Materiały VII Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarne*, Toruń 2016, s. 50.

artykułu nie pozwalają na szczegółowe omówienie mechanizmów kontrolnych wynikających z obu wymienionych wyżej traktatów⁷¹. Bez najmniejszych wątpliwości można jednak stwierdzić, że zarówno przewidziany w ZEKS system 2-letnich sprawozdań i wynikających z nich zaleceń oraz możliwość wnoszenia skarg zbiorowych przewidziana Protokołem dodatkowym z 1995 r., w połączeniu z pozostałymi rozwiązaniami przewidzianymi w szczególności w części IV EKS, stanowią skuteczny mechanizm kontroli omawianych tu praw. Z punktu widzenia ochrony interesów małoletnich migrantów bez opieki, najistotniejsze przepisy zawarte są przede wszystkim w art. 17 ZEKS, chroniącym prawa dzieci w kilku zasadniczych płaszczyznach, tj. społecznej, prawnej i ekonomicznej, uwzględniając przy tym konieczność szczególnej ochrony dzieci czasowo lub stale pozbawionych wsparcia rodziny.

W porównaniu z regulacjami zawartymi w EKPC, rozwiązania przyjęte przez ZEKS wychodzą szerzej naprzeciw potrzebom małoletnich migrantów bez opieki, oczekujących pomocy nie tylko w sferze bezpieczeństwa (także prawnego), ale również w sferze związanej z ochroną zdrowia, miejscem zamieszkania, nauką czy też z pomocą o charakterze czysto materialnym. We wszystkich podniesionych wyżej kwestiach orzeczenia wydawane przez KNE zawsze uwzględniały ochronę najlepszego interesu dziecka, w specyficznej dla niego sytuacji opartej o realia społeczne, ekonomiczne i polityczne konkretnego państwa. Przykładem takich właśnie orzeczeń może być choćby Decyzja KNE z 8.9.2004 r. w sprawie *FIDH przeciwko Francji* (skarga nr 14/2003), w której Komitet stwierdził naruszenie art. 17 ZEKS z uwagi na dyskryminację dzieci cudzoziemskich przebywających na terytorium kraju bez opieki, w obszarze związanym z udzielaniem podstawowej opieki medycznej⁷². Naruszenie art. 17 ZEKS Komitet stwierdził także w Decyzji z 11.9.2012 r., w sprawie *MMI przeciwko Francji* (skarga nr 67/2011). W uzasadnieniu tej decyzji Komitet uznał, że doszło do naruszenia art. E w związku z art. 17 ust. 2 ZEKS, ponieważ francuski system edukacji nie okazał się wystarczająco dostępny dla imigrantów pochodzenia romskiego i bułgarskiego. Decyzją z 23.10.2012 r. (skarga nr 69/2011) w sprawie przeciwko Belgii Komitet stwierdził naruszenie art. 17 ZEKS w odniesieniu do małoletnich cudzoziemców bez opieki przebywających w tym kraju, szczególnie wobec braku właściwej struktury recepcyjnej, która mogłaby zagwarantować ich właściwą ochronę i prawidłowo przebiegającą asymilację.

Jeżeli chodzi o problemy związane z ochroną praw dzieci w Polsce, jako przykład mogą służyć konkluzje Komitetu, zawarte w polskim raporcie z 30.6.2004 r., odnoszącym się do art. 7 ust. 10 ZEKS, gwarantującym prawo do szczególnej

⁷¹ Obszernie na ten temat w: J. Sozański, *Prawa Człowieka w Unii Europejskiej*, Warszawa–Poznań 2010, s. 117–120.

⁷² W uzasadnieniu tej decyzji Komitet podkreślił m.in. uniwersalne znaczenie EKS przypominając, że: „Karta była zamierzona jako instrument praw człowieka, uzupełniający Europejską Konwencję Praw Człowieka. To żywy dokument mający na względzie pewne wartości, które go inspirują: godność, autonomię, równość i solidarność. Gwarantowane prawa nie stanowią celów samych w sobie, lecz dopełniają prawa wpisane w Europejską Konwencję Praw Człowieka”.

ochrony przed fizycznymi i moralnymi zagrożeniami. W konkluzjach do tego raportu Komitet zwrócił w szczególności uwagę na brak należytej ochrony prawnej małoletnich w wieku od 15 do 18 lat, zarówno w odniesieniu do pornografii, jak też prostytucji. Stwierdził także niewystarczającą liczbę działań podejmowanych przez państwo w kierunku zwalczania przemocy seksualnej i tym samym naruszenie przez Polskę art. 7 ust. 10 ZEKS.

Ten syntetyczny z konieczności przegląd orzecznictwa KNE jednoznacznie wskazuje zatem, że problematyka ochrony praw małoletnich znajduje w tym orzecznictwie bardzo konkretny i niezwykle precyzyjny wymiar. Jak się wydaje, powodem takiego stanu rzeczy jest między innymi fakt, iż znaczną część tych postępowań inicjują organizacje pozarządowe, którym problem ochrony praw dzieci jest dużo bliższy, niż właściwym w tych sprawach organom administracji publicznej.

Podsumowanie

Ochrona praw małoletnich cudzoziemców przebywających na terytorium Polski, także tych bez opieki, gwarantowana jest regulacjami wielu różnych aktów prawa międzynarodowego, w zdecydowanej większości zaimplementowanych do polskiego systemu prawnego. Można zatem przyjąć, że przepisy prawa krajowego w zdecydowanej większości wychodzą naprzeciw różnym, często złożonym sytuacjom, w których może znaleźć się małoletni cudzoziemiec, również ten poszukujący na terytorium naszego kraju azyłowej ochrony międzynarodowej. Praktycznemu wdrażaniu tych regulacji niewątpliwie sprzyja także fakt, iż liczba małoletnich migrantów przybywających do Polski bez opieki nie jest znaczna.

Pomimo zadowalającego stanu prawnego, w dalszym ciągu trudno jednak mówić o spójnym i przejrzystym systemie procedowania w sprawach dotyczących tej szczególnej kategorii małoletnich. Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest niewątpliwie ilość i złożoność procedur, którym może podlegać małoletni cudzoziemiec. Jak starałam się bowiem wykazać, procedury te mogą być prowadzone przez różne organy i na podstawie różnych przepisów prawa.

Problematyczne może okazać się także czasem inicjowanie postępowań azyłowych, których podmiotem jest, a właściwie może być małoletni cudzoziemiec. Decyzja w zakresie wszczęcia takiego postępowania spoczywa bowiem w rękach bardzo ograniczonej liczby osób, w tym głównie funkcjonariuszy publicznych, właściwych w tych sprawach służb.

Efektywnemu procedowaniu nie sprzyjają również typowe problemy występujące prawie we wszystkich postępowaniach prowadzonych w sprawach cudzoziemców. Są one na ogół związane z identyfikacją personalną oraz gromadzeniem dowodów uzasadniających objęcie cudzoziemca ochroną międzynarodową.

Znaczna część decyzji administracyjnych wydawanych w sprawach cudzoziemców ma charakter dyskrecjonalny, oparty o wynik interpretacji klauzul

generalnych i pojęć nieostrych, takich jak choćby „słuszny interes cudzoziemca”, „względy humanitarne”, czy też „ważne przyczyny”. Większość z nich występuje w przepisach regulujących postępowania prowadzone wobec cudzoziemców pozostających poza procedurą azylową. W tego typu sprawach aktywna ochrona i właściwa reprezentacja interesu prawnego małoletniego cudzoziemca może być często iluzoryczna. Małoletni nie jest bowiem w stanie samodzielnie weryfikować rzetelności działań podejmowanych w jego sprawie zarówno przez organy prowadzące postępowanie, jak też przez jego prawnych reprezentantów.

Warto też zauważyć, że realia, w jakich funkcjonują instytucje odpowiedzialne za opiekę nad dziećmi cudzoziemskimi, są mocno zindywidualizowane i na ogół nie uwzględniają różnic pomiędzy dziećmi polskimi i cudzoziemskimi. Proces właściwej adaptacji tych dzieci zależy więc w znacznej mierze od właściwego zaangażowania opiekunów i ich przygotowania do wypełniania powierzonych im funkcji. Rozproszony terytorialnie system sprawowania pieczy zastępczej z pewnością nie sprzyja efektywnemu doborowi najlepiej przygotowanych do wypełniania tych zadań placówek i rodzin zastępczych.

Pomimo że zjawisko migracji małoletnich cudzoziemców bez opieki ma w Polsce charakter marginalny, niezwykle ważne są wszystkie instrumenty kontrolne, służące przestrzeganiu praw tej nielicznej, ale bardzo specyficznej grupy społecznej. Na tym tle, oprócz sądów i trybunałów, szczególnie wyróżnia się działalność Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych i wspierających jego działania organizacji pozarządowych.

Na zakończenie wypada jedynie stwierdzić, że humanitarny wymiar traktowania małoletnich cudzoziemców przebywających na terytorium Polski bez opieki sprowadza się w istocie do właściwej oceny relacji występujących pomiędzy ustawowo określonym celem danego postępowania a interesem małoletniego cudzoziemca będącego jego stroną. Pozostaje przy tym wierzyć, że dalsze działania legislacyjne będą sprzyjać wyłącznie koherencji tak zdefiniowanych interesów.

SELECTED ASPECTS OF LEGAL PROCEDURES REGARDING THE UNACCOMPANIED MINOR FOREIGNER RESIDING ON THE TERRITORY OF POLAND

Keywords: migration, foreigners, unaccompanied minors, children's rights, asylum.

Summary

The author presents the synthetic characteristic of applicable legal standards in this area and institutions involved for their application, also draws attention to the risks associated with applying the law to this particular group of migrants.

The supplement to the subject discussed in this article is the assessment of the functioning of the system of monitoring the respect of children's rights, both at the national and international levels.

Bibliografia

- Bhabha J., *Child Migration and Human Right in a Global Age*, Princeton 2014
- Bucińska J., *Spoleczne prawa człowieka w Europejskiej Karcie Praw Podstawowych*, Roczniki Nauk Prawnych, t. XV, nr 1, 2005.
- Chlebny J., *Dowód z przesłuchania strony w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy*, ZNSA 2010 r., nr 5–6.
- Chmielewska K., *Ochrona przesłuchiwanym dzieci*, Warszawa 2012.
- Czarnik Z., *Prawotwórcza rola sądu a dyskrecjonalność sędziowska*, [w:] M. Dębiński (red.), R. Pelewicz (red.), T. Rakoczy (red.), *Dyskrecjonalna władza sędziowa. Zagadnienia teorii i praktyki*, Tarnobrzeg 2012.
- Fenik K., *Dziecko, czy uchodźca? Program przesłuchań dzieci cudzoziemskich bez opieki*, Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka, Vol. 4, nr 12 (2005).
- Jankowska P., *Pojęcia nieostre a dyskrecjonalność organów administracji w ustawie o cudzoziemcach*, [w:] P. Nowakowski-Węgrzynowski (red.), K. Karolak, P. Nowakowski-Węgrzynowski, M. Cieślak, M. Szulc, P. Jankowska, *Pojęcia nieostre w prawie administracyjnym*, Bielsko-Biała 2016.
- Jaros P. J., Michalak M., *Prawa dziecka – dokumenty Organizacji Narodów Zjednoczonych*, Warszawa 2015.
- Jasudowicz T., *Odpowiedzialność państwa–strony Europejskiej Karty Socjalnej w świetle dorobku Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych*, [w:] M. Balcerzak (red.), J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Odpowiedzialność międzynarodowa w związku z naruszeniami praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*. Materiały VII Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego, Toruń 2016.
- Jurczak D., *Migracja legalna i nielegalna we współczesnej Polsce*, Warmińsko-Mazurski Kwartalnik Naukowy WSiE nr 1, Olsztyn 2012.
- Kondratiewa-Bryzik J., *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009.
- Łasak K., *Złe traktowanie dziecka w europejskiej karcie społecznej oraz konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, Rok LXIX, zeszyt 3, 2007.
- Morawska A., *Handel dziećmi – zarys zjawiska*, [w:] Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006.
- Mostowik P., *Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2014.
- Noviello M., *Napływ ludności do Włoch ze szczególnym uwzględnieniem osób niepełnoletnich*, Przegląd Geopolityczny 2016 r. nr 17.
- Piasecki K., *Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.
- Shelman A. E., Lazoritz S., *The Marry Ellen Wilson Child Abuse Case and the Beginning of Children's Rights In 19th Century America*, Jefferson (USA) i Londyn, 2005.
- Skivenes M., Barn R., Kriz K., Pösö T., *Child Welfare Systems and Migrant Children. A Cross Country Study of Policies and Practice*, Oxford 2015.
- Sozański J., *Prawa Człowieka w Unii Europejskiej*, Warszawa-Poznań 2010.
- Sukiennik A., *Ochrona praw dziecka-uchodźcy w Europie w latach 2001-2006*, Kraków 2015.
- Wolny M., Wiśniewska K., *Międzynarodowe standardy postępowania w sprawach nieletnich*, [w:] M. Szwałc (red.), K. Wiśniewska (red.), M. Wolny (red.), *Rzetelność postępowania w sprawach nieletnich*, Warszawa 2014.
- Zimmermann M., *Pojęcie administracji publicznej a „swobodne uznanie”*, Warszawa 2009.

