



Instytut Wymiaru Sprawiedliwości



Ochrona praw małoletnich cudzoziemców w procedurach detencyjnych

**dr Konrad Buczkowski
mgr Paweł Bachmat**



Prawo karne i kryminologia

Warszawa 2024

Spis treści

I. Wprowadzenie	5
II. Regulacje międzynarodowe	7
III. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności	9
1. Znaczenie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w polskim porządku prawnym	9
2. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	10
IV. Prawodawstwo Unii Europejskiej	19
V. Ochrona praw małoletnich cudzoziemców w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz Rady Europy	23
1. Ochrona praw małoletnich cudzoziemców w Rzeczypospolitej Polskiej	24
VI. Standardy dotyczące detencji cudzoziemców w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego	31
VII. Podsumowanie	35
Bibliografia	37

I. Wprowadzenie

Zwiększony napływ migrantów do państw Unii Europejskiej (dalej: UE), w tym do Polski, głównie z państw afrykańskich i azjatyckich, skutkuje koniecznością podejmowania działań związanych z przeprowadzeniem procedur migracyjnych, które – w największym uproszczeniu – doprowadzą albo do przyznania takiemu cudzoziemcowi prawa pobytu na terenie UE, albo zakończą się zobowiązaniem obywatela państwa trzeciego do powrotu do kraju pochodzenia lub bezpiecznego kraju trzeciego.

W trakcie prowadzonych procedur migracyjnych każde z państw stosuje wobec cudzoziemców nimi objętych określone środki mające zapewnić prawidłowość ich przebiegu. Środki te związane są albo z pozbawieniem cudzoziemców wolności poprzez umieszczenie ich w strzeżonych ośrodkach lub w areszcie (środki o charakterze detencyjnym), albo mają mniej represyjny charakter, jednak pozwalają organom migracyjnym zachować kontrolę nad cudzoziemcami i zabezpieczyć w ten sposób prawidłowość prowadzonych procedur (środki alternatywne do detencji).

Podmiotami procedur migracyjnych są również małoletni (tj. osoby poniżej 18 roku życia będące obywatelami państw trzecich albo bezpaństwowcami), którzy przybywają na terytorium Polski wraz ze swoimi opiekunami (albo sami – „małoletni bez opieki”¹) i razem z nimi podlegają określonym środkom stosowanym względem ich rodziców czy opiekunów.

Raport Rady Europy dotyczący stosowania detencji w stosunku do nieletnich cudzoziemców przygotowany po kryzysie migracyjnym roku 2015 wskazuje, że pomimo że ustawodawstwo krajowe szeregu państw członkowskich przewiduje alternatywne środki do detencji dla małoletnich migrantów bez opieki, wiele państw członkowskich nadal ucieka się w zbyt wielu przypadkach do detencji. Dzieci są zatrzymywane w celu kontroli stanu zdrowia i bezpieczeństwa, a także w celu identyfikacji i ustalenia ich statusu, jak również w celu wydalenia ich z kraju. Niektóre dzieci umieszczane są w ośrodkach przeznaczonych

¹ „Małoletni bez opieki” oznacza małoletniego, który przybywa na terytorium państw członkowskich bez opieki osoby dorosłej, odpowiedzialnej za niego zgodnie z prawem lub z praktyką danego państwa członkowskiego, dopóki nie zostanie on skutecznie objęty opieką takiej osoby; pojęcie to obejmuje również małoletniego, który zostaje pozostawiony bez opieki po przybyciu na terytorium państw członkowskich – art. 2 lit. e) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (wersja przekształcona) (Dz.Urz. UE L 180/96 z 29.06.2013 r.).

wyłącznie dla nieletnich, ale inne są przetrzymywane razem z niespokrewnionymi dorosłymi. W niektórych państwach dzieci trafiają do ośrodków detencyjnych, które są nieodpowiednie do zaspokojenia ich potrzeb. Małoletni trafiają również do takich ośrodków, ponieważ władze nie są w stanie określić ich wieku. Z drugiej strony procedury oceny wieku są często wykorzystywane na korzyść państwa, które chce uzasadnić zatrzymanie. Pomimo istniejącego standardu, że osoby, które twierdzą, że są małoletnie, powinny być traktowane jako takie, dopóki nie zostanie udowodnione inaczej, chyba że roszczenie jest ewidentnie bezpodstawne, wiele państw nie stosuje tego standardu i nadal przetrzymuje takie osoby w instytucjach dla dorosłych².

² *A study of immigration detention practices and the use of alternatives to immigration detention of children*, Council of Europe, October 2017, s. 9, <https://edoc.coe.int/en/migration/7533-a-study-of-immigration-detention-practices-and-the-use-of-alternatives-to-immigration-detention-of-children.html> [dostęp: 30.01.2024].

II. Regulacje międzynarodowe

Konwencja o prawach dziecka³ w art. 22 ust. 1 stwierdza, iż Państwa-Strony podejmą właściwe kroki dla zapewnienia, aby dziecko, które ubiega się o status uchodźcy bądź jest uważane za uchodźcę w świetle odpowiednich przepisów prawa międzynarodowego lub wewnętrznego stosowanego postępowania, w przypadku gdy występuje samo lub towarzyszą mu rodzice bądź inna osoba, otrzymało odpowiednią ochronę i pomoc humanitarną przy korzystaniu z odpowiednich praw zawartych w niniejszej konwencji lub innych międzynarodowych aktach dotyczących praw człowieka oraz innych dokumentach w sprawach humanitarnych, których wspomniane Państwa są Stronami.

Uzupełnieniem tego postanowienia jest treść art. 37 lit. b)–d) Konwencji o prawach dziecka, który to wskazuje, że Państwa-Strony zapewnią, aby: [...] b) żadne dziecko nie zostało pozbawione wolności w sposób bezprawny lub arbitralny. Aresztowanie, zatrzymanie lub uwięzienie dziecka powinno być zgodne z prawem i może być zastosowane jedynie jako środek ostateczny i na możliwie najkrótszy czas; c) każde dziecko pozbawione wolności było traktowane humanitarnie i z poszanowaniem wrodzonej godności jednostki ludzkiej, w sposób uwzględniający potrzeby osoby w danym wieku. W szczególności każde dziecko pozbawione wolności zostanie odseparowane od osób dorosłych, jeśli tylko rozwiązanie odwrotne nie będzie uznane za zgodne z najwyższym dobrem dziecka, oraz będzie miało prawo utrzymywać kontakty ze swoją rodziną poprzez korespondencję i wizyty, z wyłączeniem sytuacji wyjątkowych; d) każde dziecko pozbawione wolności miało prawo do uzyskania niezwłocznego dostępu do prawnej lub innej odpowiedzialnej pomocy, jak również prawo do kwestionowania legalności pozbawienia go wolności przed sądem lub inną kompetentną, niezawisłą i bezstronną władzą oraz domagania się uzyskania szybkiej decyzji w tej sprawie.

Ponadto we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka (art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka).

Stosowanie postanowień Konwencji o prawach dziecka ma o tyle istotne znaczenie przy procedurach detencyjnych, że według informacji Komendy Głównej Straży Granicznej małoletni są umieszczani w ośrodkach strzeżonych razem z ich opiekunami, a średni czas detencji

³ Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526).

dzieci zwykle nie różni się od długości detencji osób dorosłych i dla lat 2018–2019 wynosił średnio od dwóch do czterech miesięcy⁴. Okres detencji cudzoziemców w ośrodkach strzeżonych może wynosić maksymalnie do dwóch lat, w trakcie których nie mogą oni opuszczać takich ośrodków, a dzieci nie mogą kontynuować nauki w szkole stacjonarnej. Tym samym dzieci pozbawiane są wolności wyłącznie ze względu na trwające procedury migracyjne, a sam długotrwały okres przebywania w zamknięciu może u małych dzieci skutkować zmianami w ich rozwoju psychofizycznym, a w konsekwencji wpływać na ich dorosłe życie⁵.

Detencja dzieci może być również traktowana jako naruszenie art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: Konwencja), który przewiduje zakaz nie-ludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania oraz art. 5 gwarantującego prawo do wolności oraz bezpieczeństwa osobistego, a tym samym przewidującego zakaz pozbawiania wolności bez podstawy prawnej⁶. Ponadto może naruszać art. 24 Karty praw podstawowych UE, o ile kontakt dziecka z rodzicami lub opiekunami w ramach detencji zostanie ograniczony (*Każde dziecko ma prawo do utrzymywania stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców, chyba że jest to sprzeczne z jego interesami*)⁷.

⁴ Dane za: K. Słubik, *W stronę wolności. Pilotaż środków alternatywnych do detencji wspierających migrantów i migrantki*, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, Warszawa 2021, s. 7.

⁵ *Ibidem*, s. 7.

⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona protokołem nr 2 z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

⁷ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE nr 2012/C 326/02 z 26.10.2012 r.).

III. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności

1. Znaczenie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w polskim porządku prawnym

W wyniku włączenia do polskiego porządku prawnego w drodze ratyfikacji Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności stanowi źródło prawa powszechnie obowiązującego, przysługuje jej przymiot bezpośredniego stosowania oraz pierwszeństwo przed ustawami zwykłymi i pozostałymi aktami normatywnymi niższego rzędu (art. 89 i 91 w zw. z art. 241 ust. 1 Konstytucji RP, dalej: Konstytucja). W hierarchii polskich aktów prawnych stoi natomiast niżej niż Konstytucja, a więc musi pozostawać z nią w zgodzie (art. 188 pkt 1 Konstytucji). W literaturze podkreśla się fakt, iż Konwencja jest szeroko stosowana w praktyce zwłaszcza przez organy władzy sądowniczej⁸. Jak wskazuje L. Garlicki, stosowanie Konwencji przez organy władzy publicznej przybiera w praktyce następującą postać:

1. współstosowania postanowień Konwencji z analogicznymi postanowieniami polskiego prawa, tak aby łącznie stanowiły one budulec normy prawnej określającej rozwiązanie danej sprawy;
2. samoistnego stosowania postanowień Konwencji, jako wyłącznej podstawy rozstrzygnięcia (tylko przy braku odpowiednich unormowań prawa krajowego);
3. traktowania postanowień Konwencji jako wzorca kontrolnego dla badania zgodności ustaw lub przepisów niższego rzędu przez Trybunał Konstytucyjny (dalej: TK lub Trybunał; zob. np. wyr. TK z 11.05.2007 r., K 2/07, OTK-A 2007, Nr 5, poz. 48)⁹.

Warto także odnotować za L. Garlickim, że sądy polskie uważają się za związane nie tylko tekstem pisanym Konwencji, ale także uznają, że *orzecznictwo ETPCz może i powinno*

⁸ P. Hofmański, *Ochrona praw człowieka*, Białystok 1994; M. Masternak-Kubiak, *Przestrzeganie prawa międzynarodowego w świetle Konstytucji RP*, Kraków 2003, zwłaszcza s. 268 i nast.; L. Garlicki, M. Masternak-Kubiak, *Władza sądownicza RP a stosowanie prawa międzynarodowego i prawa UE*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006, s. 175 i nast.

⁹ L. Garlicki, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 28, 29. Zdaniem cytowanego autora ta trzecia postać stosowania Konwencji, tj. jako zbioru wzorców w hierarchicznej kontroli norm prawnych, przynależy także do kompetencji sądów, zob. L. Garlicki, *Konstytucja a „sprawy zewnętrzne”*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 4, s. 205, 206.

być uwzględniane przy interpretacji przepisów prawa polskiego (tak już post. SN z 11.01.1995 r., III ARN 75/94, OSNAPiUS 1995, Nr 9, poz. 106)¹⁰.

2. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Prawa i wolności zawarte w Konwencji mają, zgodnie z jej art. 1, zastosowanie do wszystkich osób podlegających jurysdykcji umawiających się stron. Na tej ogólnej podstawie funkcja ochronna Konwencji znajduje również zastosowanie do nielegalnych migrantów, w tym także osób nieletnich. Analizując orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz lub Trybunał), można dojść do przekonania, że spośród gwarancji wyegzemplifikowanych w treści Konwencji z perspektywy ochrony małoletnich emigrantów największe znaczenie zyskały art. 3 i 5 Konwencji.

W ujęciu generalnym art. 3 Konwencji statuuje bezwzględny zakaz poddawania torturom, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu. Jak wyjaśnia L. Garlicki, art. 3 Konwencji [...] wprowadza zakaz poddawania człowieka traktowaniu sprzecznemu z naturą godności ludzkiej, w szczególności powodującego cierpienia fizyczne i (lub) psychiczne, co można określić ogólnie jako zakaz maltretowania¹¹. Gwarancje wyrażone w art. 3 Konwencji mają przy tym charakter absolutny. Cytowany autor wiąże absolutny charakter zakazu maltretowania z trzema okolicznościami. Po pierwsze, wynika z niego, że żadne działanie (zaniechanie) władzy, które przybiera jakąkolwiek formę maltretowania, nie może znajdować usprawiedliwienia na tle Konwencji. Innymi słowy, każde „wkroczenie” w sferę objętą zakazem maltretowania stanowi – *per se* – „naruszenie” tego przepisu. Po drugie, odstępianie od tego zakazu nie może znajdować legitymacji w jakimkolwiek, nawet najdonioślejszym, interesie publicznym: *nawet w najtrudniejszych okolicznościach, jakimi jest walka z terroryzmem lub przestępczością [zorganizowaną], Konwencja w sposób absolutny zakazuje stosowania tortur bądź nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania* (zob. wyr. ETPCz z 4.07.2006 r. w sprawie *Ramirez Sanchez p. Francji*, par. 115; wyr. ETPCz z 28.02.2008 r. w sprawie *Saadi p. Włochom*, par. 137; wyr. ETPCz z 19.02.2009 r. w sprawie *A. i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, par. 126). Po trzecie, zakaz maltretowania obowiązuje niezależnie od postępowania osoby nim dotkniętej¹².

Z kolei rozbudowany treściowo art. 5 ust. 1–5 Konwencji¹³ statuuje prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Idąc za P. Hofmańskim, z materii art. 5 można wyodrębnić

¹⁰ L. Garlicki, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 29.

¹¹ *Ibidem*, s. 97–99.

¹² *Ibidem*, s. 98, 99.

¹³ Art. 5. 1. Każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Nikt nie może być pozbawiony wolności, z wyjątkiem następujących przypadków i w trybie ustalonym przez prawo:

a) zgodnie z prawem pozbawienia wolności w wyniku skazania przez właściwy sąd;

trzy warstwy: 1) zawierającą gwarancję wolności i bezpieczeństwa osobistego (ust. 1 zd. 1); 2) oddaną w wyliczeniu zawartym w ust. 1 zd. 2, gdzie określono sytuacje, w których pozbawienie człowieka wolności może być usprawiedliwione jako pozostające w zgodności ze standardem; 3) określoną w art. 5 ust. 2–5, która dotyczy minimalnych gwarancji, jakie muszą być zapewnione każdej osobie pozbawionej wolności¹⁴, obejmujących: prawo do informacji, prawo do sądowej kontroli zasadności i legalności pozbawienia wolności, prawo do rozsądnego czasu aresztowania, prawo do zwolnienia na czas postępowania i prawo do odszkodowania.

Jak wskazuje L. Garlicki, orzecznictwo Trybunału, generalnie rzecz biorąc, stoi na stanowisku, że państwa-strony Konwencji zachowały – w ramach obowiązującego prawa międzynarodowego – kompetencję do kontrolowania wjazdu, pobytu i usuwania cudzoziemców ze swojego terytorium (wyr. ETPCz z 28.05.1985 r. w sprawie *Abdulaziz, Cabales and Balkandali p. Zjednoczonemu Królestwu*, par. 67)¹⁵. Jako sprzeczne z Konwencją postrzegane są natomiast akty zbiorowego wydalania cudzoziemców (zob. art. 4 Protokołu Nr 4). Ponadto, przyjmuje się, że każdy przypadek wydalania indywidualnego musi pozostawać w zgodzie z wymogami o charakterze proceduralnym określonymi w art. 1 Protokołu Nr 7. Reasumując, ani odmowa wjazdu, odmowa prawa pobytu czy odmowa udzielenia azylu, ani ekstradycja lub deportacja cudzoziemca nie są – jako takie – niedozwolone na tle Konwencji¹⁶. Tym niemniej decyzja o usunięciu cudzoziemca z terytorium państwa-strony Konwencji musi antycypować przyszłe

-
- b) zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania w przypadku niepodporządkowania się wydanemu zgodnie z prawem orzeczeniu sądu lub w celu zapewnienia wykonania określonego w ustawie obowiązku;
 - c) zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania w celu postawienia przed właściwym organem, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zagrożonego karą, lub, jeśli jest to konieczne, w celu zapobieżenia popełnieniu takiego czynu lub uniemożliwienia ucieczki po jego dokonaniu;
 - d) pozbawienia nieletniego wolności na podstawie zgodnego z prawem orzeczenia w celu ustanowienia nadzoru wychowawczego lub zgodnego z prawem pozbawienia nieletniego wolności w celu postawienia go przed właściwym organem;
 - e) zgodnego z prawem pozbawienia wolności osoby w celu zapobieżenia szerzeniu przez nią choroby zakaźnej, osoby umyślowo chorej, alkoholika, narkomana lub włóczęgi;
 - f) zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania osoby, w celu zapobieżenia jej nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa, lub osoby, przeciwko której toczy się postępowanie o wydalenie lub ekstradycję.
2. Każdy, kto został zatrzymany, powinien zostać niezwłocznie i w zrozumiałym dla niego języku poinformowany o przyczynach zatrzymania i o stawianych mu zarzutach.
 3. Każdy zatrzymany lub aresztowany zgodnie z postanowieniami ustępu 1 lit. c) niniejszego artykułu powinien zostać niezwłocznie postawiony przed sędzią lub innym urzędnikiem uprawnionym przez ustawę do wykonywania władzy sądowej i ma prawo być sądzony w rozsądnym terminie albo zwolniony na czas postępowania. Zwolnienie może zostać uzależnione od udzielenia gwarancji zapewniających stawienie się na rozprawę.
 4. Każdy, kto został pozbawiony wolności przez zatrzymanie lub aresztowanie, ma prawo odwołania się do sądu w celu ustalenia bezzwłocznie przez sąd legalności pozbawienia wolności i zarządzenia zwolnienia, jeżeli pozbawienie wolności jest niezgodne z prawem.
 5. Każdy, kto został pokrzywdzony przez niezgodne z treścią tego artykułu zatrzymanie lub aresztowanie, ma prawo do odszkodowania.

¹⁴ P. Hofmański, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 156, 157.

¹⁵ L. Garlicki, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 130.

¹⁶ *Ibidem*.

konsekwencje dla cudzoziemca ubiegającego się o ochronę na terytorium państwa-strony Konwencji. Wydalenie nie może narażać go na realne ryzyko poddania w kraju przyjmującym torturom lub traktowaniu albo karaniu o niehumanitarnym albo poniżającym charakterze (wyr. ETPCz z 7.02.1989 r. w sprawie *Soering p. Wielkiej Brytanii*, par. 90 i 91; wyr. ETPCz z 30.10.1991 r. w sprawie *Vilvarajah i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, par. 102; wyr. ETPCz z 28.02.2008 r. w sprawie *Saadi p. Włochom*, par. 125).

Kolejną kwestią jest detencja migrantów poszukujących, czasami w drodze nielegalnego wtargnięcia na terytorium państwa, prawa do pobytu. W kwestii detencji nieletnich migrantów Trybunał wypowiedział się wielokrotnie¹⁷, a jego rozstrzygnięcia w odniesieniu do małoletnich można uznać za bardziej wymagające aniżeli w przypadku osób dorosłych. Trybunał kieruje się w tym względzie zasadą ochrony „najlepszego interesu małoletniego”, która w przeciwieństwie do Karty Narodów Zjednoczonych nie jest wyraźnie określona w Konwencji, ale jest regularnie wyrażana w jej orzecznictwie Trybunału¹⁸.

Na gruncie skargi nr 13178/03 *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii* Trybunał uznał, że sprzeczne z konwencją było umieszczenie pięcioletka na dwa miesiące w ośrodku zamkniętym przeznaczonym dla dorosłych nielegalnych imigrantów. Takie przedłużające się pozbawienie wolności w otoczeniu osób dorosłych powodowało, zdaniem Trybunału, u nieletniego narastający niepokój do tego stopnia, że równało się niehumanitarnemu traktowaniu. Trybunał orzekł, że podjęte środki były nieproporcjonalne, a pozbawienie wolności małoletniego było umyślnym naruszeniem art. 3 Konwencji. Na kanwie powołanej sprawy Trybunał dodatkowo zwrócił uwagę na aspekt niedostosowania warunków, w których przebywał małoletni. Był on bowiem przetrzymywany w takich samych warunkach jak dorośli i już samo to dowodzi, że warunki te nie były dostosowane do sytuacji skrajnej bezbronności, w jakiej znalazł się „małoletni bez opieki” (pkt 103). Na tej podstawie Trybunał doszedł do przekonania, że władze Belgii nie chroniły w wystarczającym stopniu prawa małoletniego do wolności, co doprowadziło do art. 5 ust. 1 Konwencji (par. 104).

W sprawie ze skargi nr 41442/07 *Muskhadzhiyeva i inni przeciwko Belgii* Trybunał orzekł, że pozbawienie wolności matki czwórki małoletnich w wieku od siedmiu miesięcy do siedmiu lat stanowiło naruszenie zarówno art. 3, jak i art. 5 ust. 1 Konwencji. W tym przypadku zatrzymanie trwało ponad miesiąc, co więcej, lekarze wyrazili obawy, że detencja miała wpływ na zdrowie małoletnich, jako że ośrodek detencyjny nie był przeznaczony do przyjmowania

¹⁷ Przywoływane orzeczenia za: https://www.google.com/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=oCAIQw7AJahcKEwjQiMWxkYH_AhUAAAAAHQAAAAQAw&url=https%3A%2F%2Farch-bip.ms.gov.pl%2Fpl%2Fprawa-czlowieka%2Furopejski-trybunal-praw-czlowieka%2Fopracowania-i-analzy-standardy-w-zakresie-ochrony-praw-czlowieka%2Fwybrane-zestawienia-tematyczne-orzecznictwa-etpcz%2Fdownload%2C2173%2C51.html&psig=AOvVaw3Tic5VuofkMt4smIzpKb3R&ust=1684572149112934 [dostęp: 30.01.2024].

¹⁸ M. Biel, *Detention of minors in EU return procedures: assessing the extent to which Polish law is reflective of the EU migration regime and international human rights standards*, „Central and Eastern European Migration Review” 2017, nr 6 (2), s. 80.

dzieci. Mimo że nieletnim towarzyszyła ich matka, władze nadal miały obowiązek chronić nieletnich, których pozbawili wolności. W treści uzasadnienia sformułowanego na kanwie tej sprawy wybrzmiewa stwierdzenie, że umieszczenie małoletniego nawet wraz z rodziną w ośrodku detencyjnym nie zawsze leży w jego najlepszym interesie, zwłaszcza gdy ośrodek ten przeznaczony jest dla osób dorosłych. Na tle naruszenia praw małoletnich warto odnotować, że Trybunał nie ocenił tak przypadku matki, niezależnie od tego, że stresujące musiało być dla niej obserwowanie, jak jej dzieci są przetrzymywane w takich warunkach. Uznano, że jej zatrzymanie nie stanowiło naruszenia art. 5 Konwencji. W powołanym wyroku Trybunał bardzo wyraźnie dokonuje zatem rozróżnienia między prawami osób dorosłych i małoletnich. Zatrzymanie małoletnich, w przeciwieństwie do dorosłych, wiąże się ze szczególnymi wyzwaniem z punktu widzenia ochrony praw człowieka.

W wyroku z dnia 19 stycznia 2012 r. w sprawie *Popov przeciwko Francji* (skarga nr 39472/07 oraz nr 39474/07) Trybunał przyznał prymat nadzwyczajnej wrażliwości dziecka nad jego prawnym statusem nielegalnego imigranta. W ocenie Trybunału nadzwyczajna wrażliwość dziecka jest okolicznością decydującą, która zyskuje pierwszeństwo przed aspektami wiążącymi się ze statusem nielegalnego imigranta. [...] *dzieci mają specyficzne potrzeby związane bezpośrednio z ich wiekiem i brakiem samodzielności, jak również z ich statusem osób ubiegających się o azyl.* [Europejski] Trybunał [Praw Człowieka] zauważa ponadto, że *Konwencja Praw Dziecka zachęca Państwa do podjęcia odpowiednich kroków w celu zagwarantowania dziecku o nadanie statusu uchodźcy ochrony i pomocy humanitarnej bez względu na to, czy dziecko jest samo, czy towarzyszą mu jego rodzice [...].* W dalszej części uzasadnienia Trybunał stwierdził, że *Stopień izolacji musi [...] być proporcjonalny do celu, jaki władze zamierzają osiągnąć, mianowicie do wyegzekwowania decyzji o wydaleniu [...].* Z orzecznictwa Trybunału wynika, że *kiedy sprawa dotyczy rodzin, władze dokonując oceny proporcjonalności muszą uwzględnić najlepiej pojęty interes dziecka.* W związku z tym [...] *obecnie istnieje szeroki konsensus – także w obszarze prawa międzynarodowego – popierający ideę, aby przy podejmowaniu decyzji dotyczących dzieci, ich najlepiej pojęty interes uznawać za najważniejszy [...].* W powołanym wyroku Trybunał zwrócił również uwagę, że zatrzymanie (detencja) małoletnich powinna być środkiem ostatecznym, zaś ochrona najlepiej pojętego interesu dziecka, polegającego również na tym, aby w miarę możliwości rodzina była razem, nakazuje poddać pod rozagę możliwość stosowania środków alternatywnych względem detencji.

Z kolei w sprawie ze skargi nr 8687/08 *Rahimi przeciwko Grecji* Trybunał stanął na stanowisku, że nawet krótkotrwałe (w tej sprawie dwudniowe) zatrzymanie małoletniego w wieku lat 15 może być kwestionowane co do zgodności ze standardami Konwencji, o ile warunki pozbawienia wolności, w szczególności gdy chodzi o zagwarantowanie możliwości utrzymania higieny oraz zapewnienie odpowiedniej infrastruktury, naruszały godność człowieka tak dalece, że doprowadziły Trybunał do zakwalifikowania tego zdarzenia jako naruszającego

art. 3 Konwencji (poniżające traktowanie). Standard wypracowany przez Trybunał na kanwie powołanej sprawy sprowadza się zatem do uznania, że zapewnienie godnych warunków detencji stanowi element pierwszorzędny, ważniejszy nawet aniżeli jej długość. Nie oznacza to, że państwa mogą bagatelizować długość detencji. Zatrzymanie małoletniego zawsze bowiem powinno być oceniane z perspektywy jego bezbronności. W powołanej sprawie Trybunał wyjaśnił dalej, że pozbawienie wolności ma poważne negatywne krótko- i długoterminowe skutki dla zdrowia fizycznego i psychicznego nieletnich i zawsze jest sprzeczne z ich najlepiej pojętym interesem. Innymi słowy, nieletni są szczególnie narażeni na negatywne skutki pozbawienia wolności, gdyż nawet krótkie okresy pozbawienia wolności negatywnie wpływają na ich rozwój poznawczy i emocjonalny.

W wyroku z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie *Kanagaratnam i inni przeciwko Belgii* (skarga nr 15297/09) Trybunał, rozpatrując kwestię zatrzymania na prawie cztery miesiące do czasu wydalenia w zamkniętym ośrodku tranzytowym, do czasu wydalenia, matki oraz jej trojga dzieci w wieku 13, 11 i 8 lat, obywateli Sri Lanki pochodzenia tamilskiego, ubiegających się o azyl, którzy do Belgii przybyli w styczniu 2009 r., wskazał, iż w stosunku do dzieci doszło do naruszenia art. 3 Konwencji, gdyż *pomimo faktu, że dzieciom towarzyszyła ich matka, poprzez umieszczenie ich w zamkniętym ośrodku, władze belgijskie narażyły je na uczucie niepokoju i niższości, i z pełną świadomością narażyły na szwank ich rozwój. W konsekwencji sytuacja, której doświadczyły dzieci, była równoznaczna z nieludzkim i poniżającym traktowaniem*. Ponadto, Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia art. 5 ust. 1 (prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego) Konwencji w stosunku do trojga dzieci i ich matki, i uznał, że ich zatrzymanie było bezprawne. Zwłaszcza w odniesieniu do dzieci Trybunał uznał, że poprzez umieszczenie ich w zamkniętym ośrodku zaprojektowanym dla dorosłych nielegalnych cudzoziemców, w warunkach niedostosowanych do ich wyjątkowej wrażliwości jako małoletnich władze belgijskie nie zagwarantowały dzieciom prawa do wolności w wystarczającym stopniu. Fakt, iż dzieci nie zostały oddzielone od ich matki, nie stanowił powodu do zmiany wniosków.

W sprawie *A.B. i inni przeciwko Francji* (wyrok z dnia 12 lipca 2016 r., skarga nr 11593/12) Trybunał stanął na stanowisku, że środek w postaci detencji zastosowany wobec małoletniego jest zawsze ostatecznością. Trybunał orzekł, iż w stosunku do dziecka doszło do naruszenia art. 3 Konwencji (zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania), gdyż z uwagi na jego wiek, czas trwania i warunki zatrzymania został poddany traktowaniu, które przekraczało próg dolegliwości jeszcze dopuszczalny na gruncie art. 3. Trybunał zwrócił uwagę, że *w miejscu gdzie zostali umieszczeni rodzice w ramach administracyjnego zatrzymania, dzieci de facto zostały pozbawione wolności. [...] Pozbawienie wolności, które było rezultatem zgodnej z prawem decyzji rodziców, aby nie powierzać dzieci innej osobie, zasadniczo nie jest sprzeczne z prawem krajowym*. Trybunał orzekł, że obecność w administracyjnym ośrodku detencji dziecka, które towarzyszy

swoim rodzicom, jest zgodna z Konwencją tylko wtedy, gdy władze kraju wykażą, że zastosowały ten ostateczny środek dopiero po sprawdzeniu, że w tych konkretnych okolicznościach żaden mniej restrykcyjny środek nie mógł być zastosowany.

Z kolei w sprawie nr 23685/14 *Bilalova i inni przeciwko Polsce* (wyrok z dnia 26 marca 2020 r.) Trybunał zawarł w uzasadnieniu wyroku myśl, że z jego ugruntowanego już orzecznictwa w podobnych sprawach wynika, że co do zasady należy unikać umieszczania małych dzieci w takich placówkach zamkniętych oraz że tylko krótkotrwałe umieszczenie w odpowiednich warunkach może być zgodne z Konwencją, z tym jednak zastrzeżeniem, że władze muszą wykazać, iż zastosowanie tego środka jako *ultima ratio* miało miejsce dopiero po rzeczywistym upewnieniu się co do braku możliwości zastosowania jakiegokolwiek innego, mniej dotkliwego dla nich środka. Następnie rozwinął tę myśl na kanwie sprawy *Abdullahi Elmi i Aweys Abubakar przeciwko Malcie* ze skargi nr 25794/13 i nr 28151/13, argumentując, że dzieci mają szczególne potrzeby, które są związane m.in. z ich wiekiem i brakiem niezależności, ale także ze statusem osoby ubiegającej się o azyl. Zauważył przy tym, że Konwencja o prawach dziecka zachęca państwa do podjęcia odpowiednich środków w celu zapewnienia, że dziecko ubiegające się o status uchodźcy ma zapewnioną ochronę i pomoc humanitarną, niezależnie od tego, czy dziecko jest samo, czy towarzyszą mu rodzice.

Na kwestię procesowych gwarancji ochrony praw małoletniego Trybunał zwrócił uwagę w sprawie nr 41533/08 *Bubullima przeciwko Grecji*, odnotowując na jej przykładzie niepokojącą tendencję w państwach członkowskich, jaką jest uniemożliwianie małoletnim o nieuregulowanym statusie pobytu obrony przed zatrzymaniem. W powołanej sprawie pełnomocnicy małoletniego, przy braku krajowego przepisu przyznającego sądom uprawnienie do badania legalności pozbawienia wolności małoletnich, wykorzystali jako podstawę prawną art. 5 Konwencji. Powołano się w szczególności na art. 5 ust. 4 Konwencji. Trybunał orzekł, że brak takich przepisów osłabia zdolność małoletniego do obrony przed zatrzymaniem, a w konsekwencji stanowi naruszenie art. 5 ust. 4 Konwencji (pkt 33). W wyroku wyrażono pogląd, że brak przepisu dopuszczającego ochronę lub odmowa prawa do wystąpienia do sądu krajowego o rozstrzygnięcie o legalności pozbawienia wolności ma charakter dyskryminacyjny ze względu na wiek. Nieletni nie powinni być automatycznie postrzegani przez władze jako wnioskodawcy, którzy nie są równi wobec dorosłych, ale których prawa powinny być traktowane priorytetowo. W związku z tym należy przyznać im takie same prawa w zakresie detencji, w świetle wdrożonego prawa unijnego, jak dorosłym migrantom. Dlatego też zapewnienie praw małoletnich w trakcie procedur detencyjnych powinno być priorytetem dla każdego z państw stosujących tego typu środki w procedurach migracyjnych.

Do kryterium wrażliwości dziecka jako okoliczności nadrzędnej w stosunku do względów statusu dziecka jako nielegalnego emigranta Trybunał powrócił w uzasadnieniu wyroku

z dnia 21 lipca 2022 r. w sprawie *Darboe i Camara v. Włochy* (ze skargi nr 5797/17)¹⁹. Orzekając o naruszeniu przez Włochy art. 3 Konwencji, wyjaśnił, że warunki przyjmowania dzieci ubiegających się o azyl muszą być dostosowane do ich wieku, aby nie stawiać ich w sytuacji stresu i niepokoju o szczególnie traumatycznych konsekwencjach. W odniesieniu do dzieci Trybunał wielokrotnie stwierdzał naruszenie art. 3 Konwencji ze względu na umieszczanie w ośrodkach dla migrantów (w niektórych przypadkach w aresztach śledczych) zarówno dzieci podróżujących samotnie, jak i w towarzystwie dorosłych. Trzeba mieć bowiem na względzie, iż szczególna wrażliwość dziecka jest czynnikiem rozstrzygającym i nadrzędnym w stosunku do względów dotyczących statusu dziecka jako nielegalnego imigranta.

W rozstrzyganej sprawie skarżący był osobą niepełnoletnią i mimo tego został umieszczony w ośrodku dla dorosłych, gdzie przebywał ponad cztery miesiące do momentu wydania przez Trybunał środka zabezpieczającego na podstawie reguły 39 regulaminu Trybunału, kiedy to władze włoskie pilnie przeniosły skarżącego do ośrodka dla małoletnich.

Pomimo że strona włoska argumentowała, że przedmiotowy ośrodek – wcześniej jednostka wojskowa – został przekształcony w ośrodek przyjmujący migrantów, aby uporać się z ogromnym zjawiskiem migracji, którego częścią jest rosnąca dramatycznie liczba małoletnich podróżujących bez opieki i przyjeżdżających do Włoch, Trybunał podkreślił swoje dotychczasowe stanowisko w kwestii bezwzględnego charakteru art. 3 Konwencji. W ocenie Trybunału trudności wynikające ze wzmożonego napływu migrantów i osób ubiegających się o azyl, zwłaszcza w państwach, które tworzą zewnętrzne granice UE, nie zwalnia państw członkowskich Rady Europy z obowiązków spoczywających na nich na podstawie tego przepisu.

Ponadto Trybunał dopatrył się w przedmiotowej sprawie naruszenia art. 8 Konwencji gwarantującego poszanowanie prawa do życia prywatnego. Wskazał przy tej okazji, że pojęcie „życia prywatnego” jest pojęciem szerokim i nie podlega wyczerpującej definicji, obejmując zarówno fizyczną, jak i psychiczną nienaruszalność osoby. Pojęcie to obejmuje także prawo do rozwoju osobistego oraz prawo do nawiązywania i rozwijania relacji z innymi ludźmi oraz ze światem zewnętrznym. W ocenie Trybunału interes państwowy w ograniczeniu naruszeń przepisów prawa imigracyjnego nie może pozbawiać małoletnich cudzoziemców, zwłaszcza podróżujących samotnie, ochrony wynikającej z ich statusu. Rolą państwa jest pogodzić ochronę praw podstawowych oraz ograniczenia wynikające z jego polityki imigracyjnej.

Główny zarzut Trybunału w związku z naruszeniem przez Włochy art. 8 Konwencji sprowadzał się do niezastosowania przez włoskie organy zasady domniemania małoletniości, którą Trybunał uznaje za nierozdzielny element ochrony prawa do poszanowania życia prywatnego podróżującego bez opieki cudzoziemca twierdzącego, iż jest małoletni.

¹⁹ LEX nr 3368211.

Wiąże się z nią konieczność po stronie państwa wprowadzenia wystarczających gwarancji proceduralnych. W czasie zdarzenia gwarancje takie obejmowały, zarówno w prawie krajowym, jak i w prawie UE, wyznaczenie przedstawiciela prawnego lub kuratora, dostęp do pełnomocnika prawnego oraz świadomy udział w procedurze oceny wieku osoby, co do której wieku są wątpliwości. Trybunał ustalił, że skarżący nie korzystał z minimalnych gwarancji proceduralnych, i w dalszej kolejności przyjął, że umieszczenie go na ponad cztery miesiące w ośrodku dla dorosłych imigrantów musiało wpłynąć na jego prawo do rozwoju osobistego i nawiązywania oraz rozwoju relacji z innymi ludźmi. W ocenie Trybunału można było tego uniknąć, gdyby skarżący został umieszczony w ośrodku specjalnym lub w rodzinie zastępczej.

Kwestia zastosowania środka detencyjnego jako rozwiązania ostatecznego była analizowana także w sprawie ze skargi nr 14743/17 *Nkoghosyan i inni v. Polska* w wyroku z 3 marca 2022 r.²⁰ W niniejszej sprawie skarżąca rodzina została umieszczona od 7 listopada 2016 r. do 5 maja 2017 r. w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców w Białej Podlaskiej, aby uniemożliwić im nielegalne wkroczenie na terytorium państwa przez czas rozpatrywania ich wniosku o udzielenie azylu. W tym czasie nie została wydana żadna decyzja o deportacji skarżących. Trybunał raz jeszcze zwrócił uwagę, że należy unikać izolacji małych dzieci w placówkach detencyjnych i jedynie umieszczenie w odpowiednich warunkach może być zgodne z Konwencją, jednakże pod warunkiem, iż organy władzy ustaliły, że środek ten jest środkiem ostatecznym, wyłącznie po faktycznej weryfikacji, czy nie można zastosować innego, mniej ograniczającego wolność osobistą środka, przy czym organy władzy winny działać bez zbędnej zwłoki. Obecność w ośrodku detencyjnym dziecka w towarzystwie rodziców będzie zgodna z art. 5 ust. 1 lit. f) Konwencji jedynie wówczas, gdy krajowe organy władzy mogą ustalić, iż taki ostateczny środek został przedsięwzięty po weryfikacji, iż żaden inny środek obejmujący mniejsze ograniczenie wolności osobistej nie mógł zostać zastosowany.

Ponadto, analizując przedmiotową sprawę poprzez pryzmat art. 5 ust. 1 lit. f) Konwencji, Trybunał przyznał, że jakkolwiek pierwszy człon tego przepisu pozwala na dokonanie zatrzymania osoby ubiegającej się o azyl lub innego imigranta przed wydaniem przez państwo zezwolenia na wjazd do kraju, to takie zatrzymanie musi być zgodne z ogólnym celem art. 5 Konwencji, którym jest ochrona prawa do wolności oraz zapewnienie, by nikt nie był pozbawiany swej wolności osobistej w sposób arbitralny. Aby uniknąć oskarżenia o arbitralność, takie pozbawienie wolności musi zostać przeprowadzone w dobrej wierze, musi być blisko związane z celem uniemożliwienia nielegalnego wkroczenia danej osoby na terytorium państwa, miejsce i warunki pozbawienia wolności powinny być odpowiednie, z uwzględnieniem tego, iż środek ten jest stosowany nie do osób, które popełniły przestępstwo, lecz do cudzoziemców, którzy – często w obawie o swoje życie – uciekli ze swojego

²⁰ LEX nr 3316662.

państwa; a długość pozbawienia wolności nie może przekraczać długości racjonalnie wymaganej dla osiągnięcia realizowanego celu. Nadto, w przypadku dziecka pozbawienie wolności musi być konieczne dla osiągnięcia realizowanego celu. Pozbawienie wolności małych dzieci w nieodpowiednich warunkach może samoistnie prowadzić do stwierdzenia naruszenia art. 5 ust. 1 Konwencji bez względu na to, czy dzieciom towarzyszyła osoba dorosła, czy nie.

IV. Prawodawstwo Unii Europejskiej

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (wersja przekształcona)²¹ (dalej: Dyrektywa) zobowiązuje państwa członkowskie do uwzględnienia w prawie krajowym wprowadzającym w życie Dyrektywę szczególnej sytuacji osób szczególnej troski – takich jak małoletni czy małoletni bez opieki (art. 21).

Dyrektywa w art. 23 ust. 1 i 2 wskazuje, że *jak najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka jest jednym z priorytetów branych pod uwagę przez państwa członkowskie podczas wprowadzania w życie przepisów niniejszej dyrektywy dotyczących małoletnich. Państwa członkowskie zapewniają poziom życia odpowiedni dla fizycznego, psychicznego, duchowego, moralnego i społecznego rozwoju małoletniego. Przy ocenie, co najlepiej służy zabezpieczeniu interesów dziecka, państwa członkowskie należyście uwzględniają w szczególności następujące czynniki: a) możliwość połączenia rodziny; b) dobrostan małoletniego i jego rozwój społeczny, szczególnie biorąc pod uwagę pochodzenie małoletniego; c) względy bezpieczeństwa i ochrony, w szczególności jeżeli istnieje ryzyko, że małoletni jest ofiarą handlu ludźmi; d) zdanie małoletniego odpowiednio do jego wieku i dojrzałości. A ponadto: Państwa członkowskie zapewniają małoletnim dzieciom wnioskodawców lub małoletnim wnioskodawcom zakwaterowanie z ich rodzicami, z ich małoletnim rodzeństwem niepozostającym w związku małżeńskim lub z dorosłymi odpowiedzialnymi za nich zgodnie z prawem lub praktyką danego państwa członkowskiego, pod warunkiem że służy to najlepszemu zabezpieczeniu interesów tych małoletnich* (art. 23 ust. 5 Dyrektywy).

W przypadku małoletniego bez opieki Dyrektywa w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową zobowiązuje państwa członkowskie do jak najszybszego podejmowania działań mających na celu zapewnienie reprezentacji małoletniego bez opieki i pomocy małoletniemu przez przedstawiciela, aby umożliwić małoletniemu korzystanie z praw i wypełnienia obowiązków wynikających z Dyrektywy. Małoletniego bez opieki informuje się bezzwłocznie o wyznaczeniu przedstawiciela. Przedstawiciel wypełnia swoje obowiązki zgodnie z zasadą najlepszego zabezpieczenia interesów dziecka, o której mowa w art. 23 ust. 2 Dyrektywy, oraz musi

²¹ Dz.Urz. UE L 180/96 z 29.06.2013 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0033> [dostęp: 30.01.2024].

posiadać niezbędną w tym celu wiedzę fachową. Z uwagi na dobrostan i rozwój społeczny małoletniego, o których mowa w art. 23 ust. 2 lit. b) Dyrektywy, zmiana osoby sprawującej funkcję przedstawiciela może nastąpić jedynie w razie konieczności. Organizacje lub osoby, których interesy kolidują lub mogą kolidować z interesami małoletniego bez opieki, nie mogą zostać przedstawicielami. Właściwe organy dokonują regularnych ocen, między innymi w odniesieniu do dysponowania środkami koniecznymi do reprezentowania małoletniego bez opieki (art. 24 ust. 1 Dyrektywy). Pracujący z małoletnimi bez opieki muszą być odpowiednio wyszkoleni w zakresie potrzeb małoletnich i kontynuować takie szkolenie oraz są związani krajowymi przepisami dotyczącymi poufności w odniesieniu do każdej informacji uzyskanej podczas wykonywania swojej pracy (art. 24 ust. 4 Dyrektywy).

Zgodnie z postanowieniami Dyrektywy (art. 24 ust. 2) małoletni bez opieki składający wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej, od momentu wjazdu na terytorium do momentu, w którym są zobowiązani opuścić terytorium państwa członkowskiego, w którym złożono wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej lub w którym wniosek jest rozpatrywany, są umieszczani: a) z pełnoletnimi krewnymi; b) w rodzinie zastępczej; c) w ośrodkach dla cudzoziemców specjalnie przystosowanych do przyjmowania małoletnich; d) w innych miejscach zakwaterowania odpowiednich dla małoletnich. Państwa członkowskie mogą umieścić małoletnich bez opieki w wieku co najmniej 16 lat w ośrodkach dla cudzoziemców przeznaczonych dla pełnoletnich wnioskodawców, jeżeli najlepiej zabezpiecza to ich interesy, zgodnie z art. 23 ust. 2 Dyrektywy. W miarę możliwości nie rozdziela się rodzeństwa, uwzględniając najlepiej pojęty interes małoletniego, w szczególności jego wiek i stopień dojrzałości. Zmiany miejsca zamieszkania małoletnich bez opieki ogranicza się do minimum.

Państwa członkowskie zobowiązane są do rozpoczęcia poszukiwań członków rodziny małoletniego bez opieki, w razie potrzeby korzystając z pomocy organizacji międzynarodowych lub innych właściwych organizacji, tak szybko, jak to możliwe po złożeniu wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, w celu jak najlepszego zabezpieczenia jego interesów. W przypadkach gdy życie lub bezpieczeństwo małoletniego albo jego bliskich krewnych mogą być zagrożone, szczególnie jeżeli pozostali oni w kraju pochodzenia, konieczne jest zadbanie o zapewnienie poufności gromadzenia, przetwarzania i obiegu informacji dotyczących tych osób, tak aby uniknąć zagrożenia dla ich bezpieczeństwa (art. 24 ust. 3 Dyrektywy).

Warto podkreślić, że Dyrektywa dopuszcza pozbawienie wolności osoby wnioskującej o ochronę międzynarodową, tylko jeżeli jest to konieczne po indywidualnym zbadaniu każdej sprawy, jeżeli nie można skutecznie zastosować łagodniejszych środków przymusu (art. 8 ust. 2). Pozbawienie wolności osoby ubiegającej się o ochronę międzynarodową powinno być *ultima ratio*, jeżeli nie jest możliwe zastosowanie innych środków (motyw 20 Dyrektywy). Dlatego też Dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie do określenia w prawie krajowym alternatywy dla zatrzymania, takiej jak regularne zgłaszanie się do wskazanych organów, złożenie poręczenia majątkowego lub nakaz przebywania w określonym miejscu (art. 8 ust. 4).

W odniesieniu do małoletnich Dyrektywa postanawia, że ich zatrzymanie może nastąpić *tylko w ostateczności, gdy zostanie ustalone, że nie można skutecznie zastosować łagodniejszych środków przymusu. Zatrzymanie takie zarządza się na możliwie najkrótszy okres oraz podejmuje się starania zmierzające do zwolnienia zatrzymanych małoletnich i umieszczenia ich w odpowiednich miejscach zakwaterowania dla małoletnich. Naczelnym kryterium dla państw członkowskich jest interes małoletniego zgodnie z art. 23 ust. 2 [Dyrektywy]. Zatrzymanym małoletnim daje się możliwość uczestniczenia w zajęciach wypoczynkowych, w tym w grach i zajęciach rekreacyjnych odpowiednich dla ich wieku (art. 11 ust. 2 Dyrektywy).*

Szczególne postanowienia dotyczące ochrony praw małoletnich w procedurach detencyjnych Dyrektywa przewiduje w odniesieniu do małoletnich bez opieki. Artykuł 11 ust. 3 Dyrektywy dopuszcza zatrzymanie małoletnich bez opieki tylko w wyjątkowych okolicznościach, a w przypadku zatrzymania należy dołożyć wszelkich starań, aby zatrzymanego małoletniego bez opieki jak najszybciej zwolnić. Małoletnich bez opieki nigdy nie zatrzymuje się w więzieniach. Małoletnim bez opieki zapewnia się w zakresie, w jakim jest to możliwe, zakwaterowanie w placówkach dysponujących personelem i udogodnieniami, które odpowiadają potrzebom osób w ich wieku. W przypadku zatrzymania małoletnich bez opieki państwa członkowskie zapewniają zakwaterowanie ich oddzielnie od dorosłych.

Podobne postanowienia w stosunku do małoletnich bez opieki przewiduje w art. 17 ust. 1 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich²². Uznaje ona, że dobro dziecka jest kwestią nadrzędną w ramach pobytu małoletnich w ośrodku detencyjnym w oczekiwaniu na wydalenie. Przewiduje ona w art. 17, iż małoletni bez opieki oraz rodziny z małoletnimi umieszczane są w ośrodku detencyjnym jedynie w ostateczności i na możliwie najkrótszy odpowiedni okres czasu. Małoletni przebywający w ośrodku detencyjnym mają możliwość uczestniczenia w wolnym czasie w zajęciach, w tym w grach, zabawach i zajęciach rekreacyjnych odpowiednich do ich wieku oraz, w zależności od długości ich pobytu, mają dostęp do edukacji. Natomiast małoletnim bez opieki zapewnia się zakwaterowanie w placówkach dysponujących personelem i wyposażeniem przystosowanym do potrzeb osób w tym wieku.

²² Dz.Urz. UE. L 348/98 z 24.12.2008 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0115> [dostęp: 30.01.2024].

V. Ochrona praw małoletnich cudzoziemców w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz Rady Europy

Raport Komisji Europejskiej z 2014 r. dotyczący stosowania środków detencyjnych i alternatyw do detencji w kontekście polityki imigracyjnej²³ będący wynikiem oceny 26 państw członkowskich UE (w tym obejmujący jeszcze Wielką Brytanię) wskazuje, że detencja małoletnich oraz rodzin z osobami małoletnimi jest możliwa w większości państw członkowskich UE poza Irlandią oraz Austrią – tu w przypadku małoletnich powyżej 14 roku życia jest możliwa jako środek ostateczny, pod warunkiem zastosowania specjalnych zabezpieczeń uwzględniających interes dziecka i życia rodzinnego. W Republice Czeskiej osoby ubiegające się o ochronę międzynarodową należące do grup szczególnie wrażliwych, w tym rodzice lub rodziny z niepełnosprawnymi małoletnimi, nie podlegają zatrzymaniu. W Belgii ustawodawstwo stanowi, że rodziny z dziećmi zasadniczo nie podlegają detencji z wyjątkiem krótkich okresów, kiedy ośrodki detencyjne są dostosowane do potrzeb rodzin z małoletnimi dziećmi. W praktyce rodziny z małoletnimi dziećmi są umieszczane w „jednostkach rodzinnych” („family units”) jako alternatywie dla detencji. Na Cyprze i w Niemczech głowa rodziny może zostać zatrzymana (głównie ojciec), podczas gdy pozostali członkowie rodziny będą zakwaterowani wśród społeczności lokalnej. W odniesieniu do małoletnich bez opieki ich detencja poniżej określonego wieku jest albo wprost zakazana w ustawodawstwie krajowym (Austria, Belgia, Bułgaria, Czechy, Hiszpania, Francja, Węgry, Irlandia, Litwa, Polska, Słowenia, Słowacja)²⁴, albo jest możliwa wyłącznie w szczególnych okolicznościach (Cypr, Niemcy, Estonia, Grecja, Finlandia, Chorwacja, Łotwa, Malta, Holandia, Portugalia,

²³ *The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies. Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2014*, European Commission 2014, https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2020-09/00_synthesis_report_detention_study_final.pdf [dostęp: 30.01.2024].

²⁴ Przykładowo zabroniona jest detencja małoletnich: poniżej 14 lat w Austrii (pomiędzy 14 a 16 rokiem życia stosowane są alternatywy do detencji) i na Łotwie; poniżej 15 lat w Republice Czeskiej (w odniesieniu do małoletnich niestarających się o azyl) i w Polsce oraz poniżej 18 roku życia w Belgii, Bułgarii, Republice Czeskiej (w odniesieniu do małoletnich starających się o azyl), Francji, Irlandii, Słowenii, Republice Słowackiej i Hiszpanii. W Niemczech dwa kraje związkowe zakazują zatrzymywania małoletnich bez opieki w wieku poniżej 18 lat (Bawaria, Nadrenia-Palatynat), kilka krajów związkowych zasadniczo zakazuje przetrzymywania nieletnich poniżej 16 roku życia (Berlin, Hesja, Saksonia, Szlezwik-Holsztyn, Turyngia), a kilka krajów związkowych zakazuje zatrzymywania nieletnich poniżej 14 roku życia (Badenia-Wirtembergia, Brema, Saksonia-Anhalt). Chociaż w większości krajów związkowych można zrobić wyjątek, zwłaszcza jeśli dany małoletni bez opieki popełnił przestępstwo. Za: *The use of detention...*, s. 20.

Szwecja, Norwegia). W Luksemburgu, jeżeli personel ośrodka detencyjnego uzna, iż dany zatrzymany jest małoletnim bez opieki, zostanie on zwolniony po konsultacji z Dyrektoriatem Imigracyjnym i umieszczony w ośrodku recepcyjnym.

Wśród państw członkowskich Rady Europy państwami stosującymi detencję wobec wszystkich migrantów niezależnie od wieku w ośrodkach zamkniętych są: Azerbejdżan, Republika Mołdawii, Norwegia, Macedonia Północna, Turcja i Ukraina. Państwa zezwalające na detencję dzieci migrantów jako „odstępstwo” od zasad to: Albania, Gruzja i Serbia. Państwa członkowskie nie stosujące detencji wobec małoletnich migrantów albo wykluczające stosowanie detencji wobec małoletnich poniżej pewnego wieku to: Andora, Armenia, Islandia i Szwajcaria. W Albanii, Andorze, Azerbejdżanie, Macedonii Północnej, Republice Mołdawii, San Marino oraz w Ukrainie nie przewiduje się żadnych środków alternatywnych do detencji małoletnich migrantów, a w Gruzji i Turcji takie alternatywy są przewidziane prawem, jednak w praktyce nie są stosowane²⁵.

1. Ochrona praw małoletnich cudzoziemców w Rzeczypospolitej Polskiej

Jak zatem wygląda ochrona praw małoletnich cudzoziemców w ustawodawstwie polskim? Status imigrantów na terenie Rzeczypospolitej Polskiej regulują dwie ustawy:

- ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (ust. o cudz.)²⁶;
- ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (ust. o ochr.)²⁷.

Żadna z ustaw nie definiuje, kim jest „małoletni cudzoziemiec”. Ustawa o ochr. posługuje się jednak pojęciem „małoletniego bez opieki”, przez którego rozumie 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. Co do pojęcia małoletniości stosować należy przepisy Kodeksu cywilnego²⁸ (dalej: kc), który przyjmuje co do zasady, że osobą małoletnią jest ta, która nie ukończyła lat 18 (*a contrario* art. 10 ust. 1 kc).

W obu ustawach przepisy dotyczące ochrony praw małoletnich cudzoziemców pojawiają się w szeregu przepisów, ze szczególnym uwzględnieniem ochrony praw małoletniego bez opieki jako osoby, której należy się szczególna troska ze strony państwa lub której interesy

²⁵ *A study of immigration detention practices and the use of alternatives to immigration detention of children, op.cit.*, s. 69.

²⁶ t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 769.

²⁷ t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1504.

²⁸ t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 1061.

należy uwzględnić w ramach stosowanych. Pamiętać przy tym należy, iż w podejmowaniu decyzji o sytuacji małoletniego organy prowadzące postępowanie powinny kierować się dobrem małoletniego oraz jego interesem.

Są to przede wszystkim postanowienia o charakterze proceduralnym gwarantujące osobom małoletnim zapewnienie im prawidłowego przebiegu postępowania dotyczącego możliwości czasowego lub stałego pobytu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, a także gwarantujące prawo przebywania małoletniego razem z rodzicami lub opiekunami. W większości są to pouczenia o przysługujących małoletniemu prawach w związku z toczącym się w stosunku do jego osoby postępowaniem, które jednak realizowane są przez jego rodziców lub opiekunów, a w przypadku małoletniego bez opieki – przez ustanowionego dla niego kuratora (zob. np. art. 77, 105, 158, 159, 172, 176, 186, 187, 195, 228 ust. o cudz.).

Szczególne uregulowanie przewidziano w obu ustawach jedynie w stosunku do małoletniego bez opieki przybywającego na terytorium Polski. Ustawa o cudz. w art. 397 wskazuje, iż w przypadku zatrzymania małoletniego cudzoziemca przebywającego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez opieki sąd, rozpatrując wnioski o umieszczenie w strzeżonym ośrodku małoletniego cudzoziemca przebywającego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez opieki, kierując się jego dobrem, uwzględnia w szczególności:

1. stopień rozwoju fizycznego i psychicznego małoletniego cudzoziemca;
2. cechy osobowości małoletniego cudzoziemca;
3. okoliczności zatrzymania małoletniego cudzoziemca;
4. warunki osobiste przemawiające za umieszczeniem małoletniego cudzoziemca w strzeżonym ośrodku.

Przy czym w strzeżonym ośrodku może być umieszczony małoletni cudzoziemiec przebywający na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez opieki, który ukończył 15 rok życia.

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 za zgodą jego przedstawiciela ustawowego, badaniom lekarskim w celu ustalenia rzeczywistego wieku cudzoziemca. Wyniki badań lekarskich powinny informować o granicy błędu. Natomiast w przypadku braku zgody na przeprowadzenie badań lekarskich cudzoziemca podającego się za małoletniego uważa się za osobę pełnoletnią.

Małoletniego cudzoziemca przebywającego w strzeżonym ośrodku bez opiekuna umieszcza się w wyodrębnionej części ośrodka (art. 414 ust. 4 ust. o cudz.). Małoletniemu cudzoziemcowi umieszczonemu w strzeżonym ośrodku przysługują takie same prawa jak pozostałym cudzoziemcom (art. 415 ust. o cudz.), w tym prawo do świadczeń zdrowotnych, leków, artykułów sanitarnych oraz posiłków i napojów (art. 417 ust. 1 ust. o cudz.), a dodatkowo ma prawo do uczestniczenia, w czasie i miejscu określonych przez kierownika ośrodka, w zajęciach dydaktyczno-wychowawczych i rekreacyjno-sportowych. Program zajęć powinien być

dostosowany do wieku małoletniego i długości jego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 416 ust. 2 ust. o cudz.).

Małoletniemu, który nie został umieszczony w strzeżonym ośrodku ze względu na fakt, iż mogłoby to spowodować niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia cudzoziemca, a także w przypadku, gdy stan psychofizyczny cudzoziemca może uzasadniać domniemanie, że cudzoziemiec był poddany przemocy (art. 400 ust. o cudz.), oraz w przypadku zwolnienia ze strzeżonego ośrodka z przyczyn określonych w art. 400 ust. o cudz. opiekunom małoletniego – udziela się świadczenia z zakresu pomocy socjalnej, opieki medycznej i psychologicznej. Świadczenia te – zgodnie z art. 400 lit. b) ust. o cudz. obejmują:

1. w zakresie pomocy socjalnej: a) zakwaterowanie w miejscu wyznaczonym w decyzji o przyznaniu świadczeń z zakresu pomocy socjalnej, opieki medycznej i psychologicznej; b) całodienne wyżywienie; c) usługi opiekuńcze w zakresie zaspokojenia codziennych potrzeb życiowych, w tym opieki higienicznej; d) zakup niezbędnych środków czystości i higieny osobistej; e) zakup niezbędnej odzieży, bielizny i obuwia; f) przejazdy środkami transportu publicznego w celu leczenia lub wzięcia udziału w czynnościach związanych z prowadzonym postępowaniem w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych lub udzielenia zgody na pobyt tolerowany;
2. w zakresie opieki medycznej i psychologicznej: a) konsultacje lekarza podstawowej opieki zdrowotnej i lekarzy specjalistów; b) pobyt w szpitalu lub podmiocie leczniczym wykonującym działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne; c) zakup produktów leczniczych i środków sanitarnych, w tym środków opatrunkowych; d) konsultacje psychologiczne i psychoterapię.

Dodatkowym uprawnieniem małoletniego cudzoziemca jest zakaz jego wydalenia w przypadku gdy nie są spełnione warunki określone w art. 332 ust. o cudz. Przepis ten stanowi, że w przypadku wydania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu wydanej małoletniemu cudzoziemcowi wykonuje się ją, jeżeli:

1. cudzoziemiec ten ma w państwie, do którego został zobowiązany powrócić, zapewnioną opiekę rodziców, innych osób pełnoletnich lub instytucji opiekuńczych, zgodnie ze standardami określonymi w Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r.;
2. powrót odbywa się pod opieką przedstawiciela ustawowego lub cudzoziemca tego przekazuje się jego przedstawicielowi ustawowemu albo przedstawicielowi właściwych władz państwa, do którego nastąpi powrót.

Postanowienie powyższe ma odpowiednie zastosowanie w przypadku decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu wydanej przez organ wydający państwa członkowskiego (art. 382 ust. o cudz.).

W przypadku dostania się na terytorium Polski drogą morską, powietrzną lub lądową przy skorzystaniu z usług przewoźnika i odmówieniu wjazdu cudzoziemcowi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może on zostać umieszczony w oczekiwaniu na deportację w specjalnych pomieszczeniach przeznaczonych dla cudzoziemców. Również w trakcie przebywania w tych pomieszczeniach tak dorosłym, jak i małoletnim cudzoziemcom przysługują określone uprawnienia. Cudzoziemiec przebywający w pomieszczeniach przeznaczonych dla cudzoziemców, którym odmówiono wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ma prawo do: 1) kontaktowania się z przedstawicielstwem dyplomatycznym lub urzędem konsularnym państwa obcego; 2) korzystania z opieki medycznej, jeżeli stan jego zdrowia tego wymaga; 3) korzystania z urządzeń sanitarnych i środków czystości niezbędnych do utrzymania higieny osobistej; 4) zakupu z własnych środków finansowych przedmiotów osobistego użytku służących do utrzymania higieny osobistej; 5) korzystania z własnych środków łączności; 6) otrzymania posiłków i napoi. Dodatkowo małoletni przebywający w pomieszczeniach przeznaczonych dla cudzoziemców, którym odmówiono wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, może korzystać z gier świetlicowych (art. 461 lit. b) ust. o cudz.).

Ustawa o ochr. określa zasady, warunki i tryb udzielania cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz organy właściwe w tych sprawach. Ustawa w art. 13 stwierdza, że cudzoziemcowi nadaje się status uchodźcy, jeżeli na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem w kraju pochodzenia z powodu rasy, religii, narodowości, przekonań politycznych lub przynależności do określonej grupy społecznej, ale także ze względu na małoletniość nie może lub nie chce korzystać z ochrony tego kraju. Status uchodźcy nadaje się także małoletniemu dziecku cudzoziemca, który uzyskał status uchodźcy w Rzeczypospolitej Polskiej, urodzonemu na tym terytorium.

Ustawa ta w odniesieniu do małoletniego bez opieki, który zadeklarował organowi Straży Granicznej zamiar złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, przewiduje – w art. 61 – że organ, który przyjął deklarację, występuje niezwłocznie do sądu opiekuńczego właściwego ze względu na miejsce pobytu małoletniego bez opieki z wnioskiem o: a) ustanowienie kuratora do reprezentowania go w postępowaniu w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej, przekazania do innego państwa członkowskiego na podstawie rozporządzenia 604/2013, udzielenia pomocy socjalnej oraz udzielenia pomocy w dobrowolnym powrocie do kraju pochodzenia; sąd ustanawia kuratora niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie trzech dni od dnia otrzymania wniosku; b) umieszczenie go w pieczy zastępczej²⁹.

²⁹ Należy zauważyć, że w przypadku gdy organ Straży Granicznej, który na podstawie oświadczeń złożonych przez wnioskodawcę podającego się za małoletniego bez opieki lub na podstawie innych okoliczności powziął wątpliwość co do wieku wnioskodawcy, zleca wykonanie badań lekarskich w celu ustalenia rzeczywistego wieku wnioskodawcy. Przeprowadzenie badań lekarskich wymaga zgody wnioskodawcy podającego się za małoletniego bez opieki albo jego przedstawiciela ustawowego. Badania lekarskie przeprowadza się w sposób zapewniający poszanowanie godności wnioskodawcy, z zastosowaniem możliwie najmniej inwazyjnej techniki badania. Wynik badań lekarskich ma wskazać, czy badany wnioskodawca jest osobą pełnoletnią. W razie braku możliwości uzyskania jednoznacznego wyniku badania lekarskiego wnioskodawcę uznaje się za osobę małoletnią. W przypadku

Jeżeli małoletniemu bez opieki towarzyszy dorosły krewny w linii prostej drugiego stopnia lub w linii bocznej drugiego lub trzeciego stopnia, organ Straży Granicznej we wniosku o umieszczenie małoletniego w pieczy zastępczej może wskazać powierzenie pełnienia funkcji rodziny zastępczej temu krewnemu, jeżeli wyrazi on na to zgodę. Wraz z wnioskiem organ Straży Granicznej może wystąpić z wnioskiem o udzielenie zabezpieczenia, o którym mowa w art. 755 § 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego³⁰, w postaci roztoczenia pieczy nad małoletnim bez opieki przez dorosłego krewnego w linii prostej drugiego stopnia lub w linii bocznej drugiego lub trzeciego stopnia, na czas prowadzenia postępowania o umieszczenie małoletniego bez opieki w pieczy zastępczej.

Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców niezwłocznie po otrzymaniu wniosku o udzielenie małoletniemu bez opieki ochrony międzynarodowej podejmuje działania mające na celu odnalezienie jego krewnych, a w szczególności: 1) informuje małoletniego bez opieki o możliwości poszukiwania jego krewnych za pośrednictwem międzynarodowych organizacji pozarządowych; 2) udziela małoletniemu bez opieki pomocy w: a) nawiązaniu kontaktu z międzynarodowymi organizacjami pozarządowymi; b) zainicjowaniu poszukiwań jego krewnych (art. 61 ust. 9 ust. o ochr.).

Organ Straży Granicznej, który przyjął deklarację małoletniego bez opieki o zamiarze złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej lub wniosek małoletniego bez opieki o udzielenie ochrony międzynarodowej albo któremu inne państwo członkowskie przekazało małoletniego bez opieki na podstawie rozporządzenia 604/2013, doprowadza małoletniego bez opieki do rodziny zastępczej zawodowej pełniącej funkcję pogotowia rodzinnego lub placówki opiekuńczo-wychowawczej typu interwencyjnego. Małoletni bez opieki przebywa w rodzinie zastępczej zawodowej pełniącej funkcję pogotowia rodzinnego lub placówce opiekuńczo-wychowawczej typu interwencyjnego do czasu wydania orzeczenia przez sąd opiekuńczy (art. 62 ust. o ochr.).

Jednym z elementów postępowania wyjaśniającego w sprawach o udzielenie ochrony międzynarodowej jest przesłuchanie wnioskodawcy. W odniesieniu do małoletniego bez opieki o fakcie przesłuchania musi zostać powiadomiony ustanowiony dla niego kurator, którego rolą jest reprezentowanie małoletniego m.in. w relacjach z organami administracji i dbałość o jego interesy. Oznacza to również, że nie jest możliwe przesłuchanie małoletniego, dopóki nie ustanowiono dla niego kuratora. Obowiązek poinformowania o terminie i miejscu przesłuchania małoletniego spoczywa na Szefie Urzędu do Spraw Cudzoziemców³¹.

Jak stwierdza się w komentarzu do omawianej ustawy: *Zawiadomienie kuratora o planowanym przesłuchaniu małoletniego ma umożliwić mu skuteczne poinformowanie swojego podopiecznego o tym, jakie znaczenie ma przesłuchanie w postępowaniu o udzielenie ochrony*

braku zgody na przeprowadzenie badań lekarskich wnioskodawca podający się za małoletniego jest uznany za osobę pełnoletnią (art. 32 ust. o ochr.).

³⁰ t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 1568.

³¹ J. Chlebny (red.), *Prawo o cudzoziemcach. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 1123 i nast.

międzynarodowej, jakie niesie za sobą potencjalne skutki i jak należy się do tej czynności przygotować. Minimalny okres wyznaczony przez ustawodawcę dla skutecznego doręczenia zawiadomienia, to siedem dni przed terminem przesłuchania, przy czym nie ma przeszkód, by SUC [Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców – przyp. aut.] wyznaczył termin dłuższy. Doręczenie zawiadomienia z uchybieniem powyższego terminu należy traktować jako przesłankę odroczenia przesłuchania. Wydaje się jednak, że nie musi mieć ona charakteru bezwzględnie w tym sensie, że jeśli kurator wraz ze swoim podopiecznym wyrażają gotowość i chęć wzięcia udziału w przesłuchaniu, to fakt zawiadomienia o tej czynności w terminie krótszym niż zakreślony komentowanym przepisem, nie powinien stać temu na przeszkodzie. Należy jednak postulować, by w protokole z przesłuchania odnotowano stosowne, złożone na tę okoliczność oświadczenie kuratora³².

Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców przed przesłuchaniem poucza małoletniego bez opieki o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej, oraz o możliwości zgłoszenia żądania, aby przesłuchanie odbyło się w obecności wskazanej przez małoletniego osoby dorosłej.

Przesłuchanie odbywa się w języku zrozumiałym dla małoletniego bez opieki, w sposób dostosowany do jego wieku, stopnia dojrzałości i rozwoju umysłowego, z uwzględnieniem okoliczności, że może mieć on ograniczoną wiedzę o faktycznej sytuacji w kraju pochodzenia. Przesłuchanie odbywa się w obecności: kuratora, wskazanej przez małoletniego osoby dorosłej, o ile nie utrudni to postępowania, psychologa lub pedagoga, który sporządza opinię o stanie psychofizycznym małoletniego (art. 65 ust. o ochr.).

Jeżeli w stosunku do małoletniego bez opieki zostanie wydana decyzja o odmowie nadania statusu uchodźcy i udzielenia ochrony uzupełniającej, pozostawia się go w pieczy zastępczej do czasu przekazania go organom lub organizacjom kraju pochodzenia, do których zadań statutowych należą sprawy małoletnich (art. 67 ust. 1 ust. o ochr.).

Jeżeli wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej dotyczy osoby, która może wymagać szczególnego traktowania, w szczególności będącej osobą małoletnią, Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców ocenia, czy ta osoba wymaga szczególnego traktowania w postępowaniu w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej lub w zakresie pomocy socjalnej (art. 68 ust. 1 ust. o ochr.).

W przypadku cudzoziemca, który jest osobą wymagającą szczególnego traktowania, czynności w postępowaniu w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej wykonuje się: 1) w warunkach zapewniających cudzoziemcowi swobodę wypowiedzi, w sposób dostosowany do jego stanu psychofizycznego; 2) w terminie dostosowanym do jego stanu psychicznego i fizycznego, wyznaczonym przy uwzględnieniu terminów korzystania przez cudzoziemca ze świadczeń zdrowotnych; 3) w miejscu pobytu cudzoziemca, w przypadku gdy jest to uzasadnione stanem jego zdrowia; 4) w razie potrzeby z udziałem psychologa, lekarza lub tłumacza. Na wniosek cudzoziemca, który jest osobą wymagającą szczególnego

³² *Ibidem.*

traktowania, w przypadkach uzasadnionych jego potrzebami, czynności w postępowaniu w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej: 1) wykonuje osoba tej samej płci; 2) wykonuje się z udziałem psychologa, lekarza lub tłumacza płci wskazanej przez cudzoziemca (art. 69 ust. o ochr.).

Przy udzielaniu pomocy socjalnej cudzoziemcowi, który jest osobą wymagającą szczególnego traktowania, uwzględnia się potrzeby takiej osoby w zakresie zakwaterowania i wyżywienia. Przy udzielaniu małoletniemu pomocy socjalnej uwzględnia się konieczność zabezpieczenia jego interesów, biorąc pod uwagę w szczególności: 1) możliwość połączenia rodziny; 2) dobro małoletniego i jego rozwój społeczny; 3) względy bezpieczeństwa i ochrony, w szczególności w przypadku gdy istnieje ryzyko, że małoletni jest ofiarą handlu ludźmi; 4) opinię małoletniego odpowiednio do jego wieku i dojrzałości (art. 69a i 69b ust. o ochr.).

Każdemu cudzoziemcowi ubiegającemu się o udzielenie ochrony międzynarodowej udziela się pomocy socjalnej oraz pomocy medycznej. Pomoc taka dotyczy również małoletnich cudzoziemców oraz małoletnich bez opieki. Oprócz wspólnych z dorosłymi cudzoziemcami rodzajów pomocy socjalnej, jak np. zakwaterowanie, wyżywienie (dostosowane do wieku) czy odzież i obuwie, małoletnim cudzoziemcom zapewnia się pomoce dydaktyczne w przypadku korzystania przez nich z nauki i opieki w publicznych placówkach, szkołach podstawowych lub szkołach ponadpodstawowych oraz pokrywa się, w miarę możliwości, koszty zajęć pozalekcyjnych i rekreacyjno-sportowych (art. 71 ust. 1 ust. o ochr.).

Ważną gwarancją dla małoletniego bez opieki w postępowaniu o udzielenie ochrony międzynarodowej jest zakaz umieszczania w strzeżonym ośrodku oraz stosowania wobec nich aresztu dla cudzoziemców (art. 88a ust. o ochr.).

Podkreślenia wymaga fakt, że w przypadku gdy status uchodźcy nadano małoletniemu bez opieki lub udzielono mu ochrony uzupełniającej, Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców, uwzględniając zakaz udostępniania lub pozyskiwania danych cudzoziemca od podmiotów, wobec których istnieje uzasadnione domniemanie, że dopuszczają się prześladowań lub wyrządzają poważną krzywdę, podejmuje działania mające na celu odnalezienie krewnych tego małoletniego, a w szczególności: 1) informuje małoletniego o możliwości poszukiwania jego krewnych za pośrednictwem międzynarodowych organizacji pozarządowych; 2) udziela małoletniemu pomocy w nawiązaniu kontaktu z międzynarodowymi organizacjami pozarządowymi; 3) udziela małoletniemu pomocy w zainicjowaniu poszukiwań jego krewnych (art. 89ea ust. o ochr.).

VI. Standardy dotyczące detencji cudzoziemców w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego

Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału w zakresie standardów, którym powinna odpowiadać procedura detencji cudzoziemców, aby pozostała w zgodzie z konstytucyjnymi gwarancjami praw i wolności, jest niezbyt liczne. W zasadzie podjęte w nim zostały dwie kwestie: 1) kontroli osobistej dokonywanej podczas pobytu cudzoziemca w strzeżonym ośrodku lub areszcie oraz 2) prawa do sądu realizowanego w zakresie sądowej kontroli decyzji administracyjnych dotyczących zezwoleń dotyczących zamieszkania cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, azylu i wydalenia cudzoziemca. W obu tych kwestiach analizowany przez Trybunał problem konstytucyjny dotyczył sytuacji prawnej cudzoziemców w ogólności tzn. bez uszczegółowienia go względem cudzoziemców dorosłych i małoletnich.

W wyroku z dnia 29 października 2013 r. (w sprawie o sygn. akt U 7/12) Trybunał uznał za niezgodny z art. 41 ust. 1 (nietykalność osobista), z art. 47 (prawo do życia prywatnego) w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 92 ust. 1 zd. 1 Konstytucji § 11 ust. 1 i 2 regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, stanowiącego załącznik do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 26 sierpnia 2004 r. w sprawie warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki i areszty w celu wydalenia oraz regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia (Dz.U. Nr 190, poz. 1953)³³.

Rozpatrywany przez Trybunał problem konstytucyjny sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie, czy źródłem regulacji zakładającej przeprowadzenie kontroli osobistej cudzoziemca podczas jego pobytu w strzeżonym ośrodku detencyjnym lub areszcie, w przypadkach uzasadnionych względami bezpieczeństwa i porządku, może być norma podustawowa, jaką był § 11 ust. 1 i 2 regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, stanowiącego załącznik do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 26 sierpnia 2004 r. Trybunał zdecydowanie odrzucił taką możliwość, stając na stanowisku, że: *Kontrola osobista prowadzona na podstawie kwestionowanych przepisów stanowi ingerencję w nietykalność osobistą chronioną*

³³ Sentencja została ogłoszona dnia 3 grudnia 2013 r. w Dz.U., poz. 1429.

na podstawie art. 41 ust. 1 Konstytucji oraz prawo do prywatności chronione na podstawie art. 47 Konstytucji. W świetle wymogów stawianych ustawodawcy zarówno przez art. 31 ust. 3, jak i przez art. 41 ust. 1 Konstytucji, dopuszczalna jest, w przypadku ingerencji w obie te wolności osobiste, wyłącznie interwencja ustawodawcy. Ustawodawca musi uczynić to w sposób zupełny i precyzyjny. W akcie rangi podustawowej, pod warunkiem wyraźnego upoważnienia ustawodawcy, można określić jedynie kwestie porządkowe związane z przebiegiem kontroli osobistej.

W dalszej części uzasadnienia Trybunał zwrócił uwagę, że art. 41 ust. 1 zd. 2 Konstytucji zakazuje ograniczania wolności osobistej w podustawowych aktach prawnych i jednocześnie nakazuje wytyczanie w ustawie wszystkich materialnoprawnych przesłanek ingerowania w wolność osobistą. W ocenie Trybunału ustawa musi też jasno określać procedurę ograniczania tej wolności (por. wyr. TK z 10.05.2010 r., sygn. U 5/07, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 20, cz. III, pkt 3.2.). Ta sama reguła rządzi dopuszczalnością ingerencji w prawo do prywatności. W wyroku o sygn. K 54/07 z 23.06.2009 r. (OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 86, cz. III, pkt 5), odwołując się do orzecznictwa ETPCz (m.in. do wyr. z 2.08.1984 r. w sprawie *Malone przeciwko Wielkiej Brytanii*, nr 8691/79, pkt 67, 68 i 79), Trybunał zauważył, że z perspektywy tej wolności osobistej niezbędne jest stwierdzenie dostatecznie precyzyjnej i konkretnej podstawy ustawowej wkroczenia w jej sferę i jest niedopuszczalne wprowadzenie ograniczeń aktami podustawowymi. Normy ograniczające prawo do prywatności winny być uregulowane na poziomie ustawowym.

W ocenie Trybunału, przy poszukiwaniu standardu, jakiemu powinna odpowiadać kontrola osobista, ustawodawca powinien skierować swoją uwagę na brzmienie przepisów regulujących pozbawienie wolności. Położenie cudzoziemca umieszczonego w ośrodku strzeżonym lub w areszcie w celu wydalenia jest bowiem, faktycznie (nie prawnie), podobne do położenia tymczasowo aresztowanego lub skazanego na karę pozbawienia wolności. Tymczasem zakres kontroli osobistej w stosunku do osób objętych tymczasowym aresztowaniem lub skazanych prawomocnym wyrokiem określa ustawa (art. 116 § 2-4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. Nr 90, poz. 557 ze zm.), a nie jak w przypadku cudzoziemców – akt podustawowy, jakim jest rozporządzenie. Innym przykładem ustawowego określenia kontroli osobistej jest kontrola prowadzona przez policjantów na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz.U. z 2011 r. Nr 287, poz. 1687 ze zm.). Przepis ten zawiera również przesłankę tej kontroli (istnienie uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary). Podobnych przepisów brak zarówno w ustawie o cudzoziemcach, jak i w ustawie o Straży Granicznej.

Na koniec Trybunał sformułował jeszcze bardzo ważną wskazówkę interpretacyjną dla ustawodawcy, który po utracie mocy obowiązującej zaskarżonego przepisu § 11 ust. 1 i 2 regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu cudzoziemców w strzeżonym ośrodku i areszcie w celu wydalenia, stanowiącego załącznik do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 26 sierpnia 2004 r., będzie musiał skorygować stan

prawny w zakresie kontroli osobistej cudzoziemców. Wskazał mianowicie, że cudzoziemiec umieszczany w strzeżonym ośrodku lub w areszcie w celu wydalenia nie jest ani podejrzanym, ani oskarżonym, ani – tym bardziej – skazanym za popełnienie przestępstwa. Wynika z tego, że dopuszczalna ingerencja w sferę jego praw i wolności musi być zatem węższa niż w przypadku ingerencji w sferę praw i wolności podejrzanego, oskarżonego lub skazanego.

I dalej, kontrola osobista cudzoziemca w strzeżonym ośrodku lub areszcie w celu wydalenia, podobnie jak w przypadku osób pozbawionych wolności w związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa czy skazaniem na karę pozbawienia wolności, stanowi szczególną ingerencję w każdą z tych wolności osobistych człowieka – tym bardziej że kontrola osobista jest dodatkowym zawężeniem wolności osobistej. Przesłanki dopuszczalności kontroli osobistej człowieka, także pozbawionego już wolności osobistej, nigdy nie mogą być zatem pozostawione prawodawcy podustawowemu. Zawsze wymagają formy ustawy. Ustawodawca musi określić przesłanki te w sposób zupełny i precyzyjny. Kontrola osobista jako czynność ingerująca głęboko w sferę praw i wolności jednostki nie może być klasyfikowana jako kwestia organizacyjno-porządkowa.

Z kolei w wyroku w sprawie o sygn. P 12/99 z dnia 15 listopada 2000 r.³⁴ Trybunał dotknął kwestii kognicji Naczelnego Sądu Administracyjnego w zakresie, w jakim na mocy art. 19 pkt 5 ustawy z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym sąd ten nie jest właściwy w sprawach dotyczących wydalenia cudzoziemca nielegalnie przebywającego w Polsce, a więc wyłączone jest jego prawo do sądu (art. 45 Konstytucji). Trybunał uznał takie rozwiązanie za zgodne z art. 45 Konstytucji. Wyjaśnił przy tej okazji, że kontrola dostępu i pobytu cudzoziemców na terytorium określonego państwa jest prawem tego państwa, które ma określoną konstytucyjnie swobodę decydowania w tym zakresie. *Kontrola ta winna być dokonywana m.in. przez stosowanie odpowiednich przepisów dotyczących ochrony granic, a realizowana przez odpowiednie służby graniczne. Stosunek do obowiązującego w Polsce prawa, tak jak i sposób przekroczenia granicy państwa polskiego (legalny lub nielegalny) może stanowić legitymację do dokonywania dyferencjacji cudzoziemców w zakresie decyzji o wydaleniu.*

W dalszej kolejności uzasadnienia Trybunał zwrócił uwagę, że fakt pozostawiania „pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej” oznacza obowiązek podporządkowania się prawu polskiemu i wynikającym z niego normom prawnym, bez względu na ich miejsce w hierarchii źródeł prawa, o ile takie normy pozostają w zgodzie z przepisami Konstytucji. Taki stan rzeczy może przesądzać nie tylko o możliwości korzystania z praw i wolności konstytucyjnie chronionych – co stanowi zasadę – ale i o konieczności podporządkowania się wyjątkom od zasady, jeżeli jest to konstytucyjnie uprawnione. I taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie, ponieważ Konstytucja bezpośrednio w art. 37 ust. 2 przewiduje możliwość wprowadzenia w drodze ustawy wyjątków od zasady, że każdy cudzoziemiec korzysta z wolności i praw

³⁴ Tekst sentencji został opublikowany w Dz.U. Nr 100, poz. 1085.

zapewnionych w Konstytucji. Nie ma wystarczających podstaw do twierdzenia, że taka możliwość nie odnosi się do prawa do sądu. Ustrojodawca, przewidując w art. 37 ust. 2 możliwość odstępstwa od zasady, nie dokonał tu wyłączenia któregośkolwiek z wymienionych w Konstytucji praw i wolności. Użyte w tymże przepisie określenie „wyjątki od tej zasady, odnoszące się do cudzoziemców” oznacza jedynie, że taka możliwość odnosi się tylko do cudzoziemców.

VII. Podsumowanie

Polskie przepisy dotyczące sytuacji małoletnich cudzoziemców starających się o ochronę międzynarodową na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej należy ocenić jako realizujące podstawowe zasady zawarte tak w aktach prawa międzynarodowego, jak i ustawodawstwa obowiązującego na terenie UE. Polskie ustawy dotyczące cudzoziemców w zasadzie w sposób szczegółowy opisują uprawnienia małoletnich cudzoziemców bez opieki, opisując stosowane wobec nich środki oraz przysługujące im prawa w sposób wyczerpujący. Prawa przysługujące innym małoletnim należy w większości wyinterpretować z uprawnień przysługujących dorosłym cudzoziemcom, a jedynie w niektórych przypadkach (jak zapewnienie pomocy szkolnych czy dostępu do rozrywek przewidzianych dla dzieci) uprawnienia takie przewidziane są *explicite* w obu omawianych w niniejszym opracowaniu ustawach. Oczywiście samo ustawodawstwo to nie wszystko. Wiele zależy od realizacji owych przepisów w praktyce. Tu jednak, jak pokazują przywoływane wcześniej dane, zdarzają się przypadki, w których postanowienia przepisów prawa nie są realizowane albo są realizowane w sposób mogący naruszać prawa małoletnich cudzoziemców. I zapewne w tym zakresie należałoby podjąć działania umożliwiające rzeczywistą realizację praw przysługujących małoletnim cudzoziemcom, aby była ona w pełni zgodna z obowiązującym prawem, a przede wszystkim nie naruszała ogólnych norm prawa międzynarodowego jak Konwencja o prawach dziecka.

Bibliografia

- A study of immigration detention practices and the use of alternatives to immigration detention of children*, Council of Europe, October 2017, <https://edoc.coe.int/en/migration/7533-a-study-of-immigration-detention-practices-and-the-use-of-alternatives-to-immigration-detention-of-children.html>
- Biel M., *Detention of minors in EU return procedures: assessing the extent to which Polish law is reflective of the EU migration regime and international human rights standards*, „Central and Eastern European Migration Review” 2017, nr 6 (2), s. 69–102.
- Chlebny J. (red.), *Prawo o cudzoziemcach. Komentarz*, Warszawa 2020.
- Garlicki L., Masternak-Kubiak M., *Władza sądownicza RP a stosowanie prawa międzynarodowego i prawa UE*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006, s. 175 i nast.
- Garlicki L., *Konstytucja a „sprawy zewnętrzne”*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 4, s. 195–210.
- Hofmański P., *Ochrona praw człowieka*, Białystok 1994.
- Hofmański P., [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010.
- Masternak-Kubiak M., *Przestrzeganie prawa międzynarodowego w świetle Konstytucji RP*, Kraków 2003.
- Słubik K., *W stronę wolności. Pilotaż środków alternatywnych do detencji wspierających migrantów i migrantki*, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, Warszawa 2021.
- The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies. Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2014*, European Commission 2014, https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2020-09/00_synthesis_report_detention_study_final.pdf

