



RZECZPOSPOLITA POLSKA

Rzecznik Praw Dziecka

Marek Michalak

ZSM.422.12.2016.AC

Warszawa, 26 września 2016 roku

**Pan
Mariusz Błaszczak
Minister Spraw Wewnętrznych
i Administracji**

Stanowmy Pierś Ministrowi,

w nawiązaniu do pisma z dnia 2 września 2016 roku (znak: DP-WLM-0231-6/2016/ECh/PK), uprzejmie proszę o przyjęcie poniższych propozycji Rzecznika Praw Dziecka.

Rozpoczynające się prace legislacyjne dają możliwość ponownego przeanalizowania regulacji dotyczących małoletnich cudzoziemców przybywających na terytorium RP oraz wypracowania rozwiązań, które przyczyniłyby się do pełniejszej realizacji zasady dobra dziecka na gruncie postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. poz. 1650 ze zm. – dalej: u.c.) oraz ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2012 r. poz. 680 ze zm. – dalej: u.u.c.o.).

W ocenie Rzecznika Praw Dziecka, pożądanym byłoby wprowadzenie do przepisów o zezwoleniu na pobyt stały (Dział VI, Rozdział 1 ustawy o cudzoziemcach) regulacji, zgodnie z którą małoletnie dziecko cudzoziemca, który uzyskał zezwolenie na pobyt stały albo zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego UE, mogłoby – w każdym przypadku (bez konieczności spełnienia dodatkowych warunków) – uzyskać zezwolenie na pobyt stały na terytorium RP. W chwili obecnej, zgodnie z art. 195 ust. 1 pkt 1 u.c., możliwość taka istnieje wyłącznie w odniesieniu do dzieci urodzonych już po udzieleniu cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt stały lub zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego UE albo



26 lat Konwencji
o Prawach Dziecka

urodzonych w okresie, kiedy taki cudzoziemiec korzystał z zezwolenia na pobyt czasowy.

Należy podkreślić, że taka regulacja dyskryminuje tym samym dzieci, których rodzice posiadali w przeszłości (przed uzyskaniem zezwolenia na pobyt stały lub zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego UE) wize, status uchodźcy, ochronę uzupełniającą lub zgodę na pobyt ze względów humanitarnych. W ocenie Rzecznika, zawsze w sytuacji, gdy rodzic dziecka uzyskał w naszym kraju bezterminowe prawo pobytu, takie samo prawo powinno przysługiwać jego małoletnim dzieciom. Wprowadzenie tego rodzaju zasady zapewniłoby bezpieczeństwo prawne całej, mieszkającej w Polsce rodziny.

W dalszej kolejności należy wskazać, że w toku trwających obecnie prac legislacyjnych, poważnego rozważenia wymaga instytucja kuratora, który reprezentuje małoletniego cudzoziemca przebywającego w Polsce bez opieki w postępowaniach w sprawach dotyczących: udzielenia ochrony międzynarodowej, udzielenia zezwoleń pobytowych oraz zobowiązania do powrotu.

Biorąc pod uwagę, jak duże znaczenie dla zabezpieczenia najlepszego interesu dziecka w postępowaniu ma osoba kuratora, jak również uwzględniając złożoność postępowań, które są prowadzone wobec małoletnich cudzoziemców, Rzecznik Praw Dziecka postuluje stworzenie listy osób, które mogłyby być wyznaczane przez sąd do pełnienia funkcji kuratora.

Zdaniem Rzecznika osoby, które miałyby pełnić funkcję kuratora powinny odznaczać się nieposzlakowaną opinią, posiadać wykształcenie prawnicze oraz mieć doświadczenie w pracy z cudzoziemcami. Wydaje się, że pomocnymi w określeniu warunków, którym powinny odpowiadać takie osoby mogą być art. 66 u.u.c.o., który wskazuje kryteria, jakie musi spełniać osoba (pracownik Urzędu do Spraw Cudzoziemców) dokonująca czynności w postępowaniu z małoletnim bez opieki oraz art. 69f ust. 1 u.u.c.o., gdzie mowa z kolei o osobie uprawnionej do udzielania nieodpłatnej pomocy prawnej w postępowaniu w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej.

O ile bowiem zasadnym jest, co zakłada projekt ustawy, położenie nacisku na powierzanie pieczy nad dzieckiem towarzyszącemu mu dorosłemu krewnemu (projektowany art. 61 ust. 1a u.u.c.o.), o tyle prawidłowe reprezentowanie małoletniego

w postępowaniu wymaga specjalistycznej wiedzy, której najczęściej nie posiadają jego dalsi krewni (babcia, dziadek, rodzeństwo).

Rzecznik Praw Dziecka poddaje jednocześnie pod rozagę projektodawców wprowadzenie wynagrodzenia za pełnienie funkcji kuratora oraz zagwarantowanie zwrotu kosztów, które kurator ponosi w związku z reprezentowaniem małoletniego. Z informacji będących w posiadaniu Rzecznika Praw Dziecka wynika, że organy Straży Granicznej występujące do sądów o ustanowienie kuratora dla małoletniego cudzoziemca, najczęściej wskazują obecnie jako kandydatów do pełnienia tej funkcji przedstawicieli organizacji pozarządowych, udzielających pomocy cudzoziemcom. Rzecznik Praw Dziecka, doceniając zaangażowanie przedstawicieli sektora społecznego w tym obszarze, pragnie zwrócić uwagę na problemy organizacyjne oraz finansowe, które związane są z funkcjonowaniem organizacji społecznych (organizacji non-profit) i które powodują, że ich przedstawiciele nie zawsze są w stanie podjąć się nieodpłatnego wykonywania funkcji kuratora małoletniego cudzoziemca. W takich sytuacjach organy Straży Granicznej, z konieczności, wskazują sądom jako kandydatów do pełnienia funkcji kuratora, m.in. funkcjonariuszy SG, która to praktyka (zwłaszcza, jeśli organem prowadzącym postępowanie jest również organ Straży Granicznej, jak w przypadku postępowania w sprawie zobowiązania do powrotu) wywołuje uzasadnione pytanie o możliwy konflikt interesów oraz nie gwarantuje małoletnim cudzoziemcom należytej ochrony ich praw. Wydaje się, że wprowadzenie wynagrodzenia dla kuratora małoletniego cudzoziemca przebywającego w Polsce bez opieki, np. w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu za świadczenie nieodpłatnej pomocy prawnej, o którym mowa w art. 69l u.u.c.o. (150% stawki minimalnej w postępowaniu przed sądami administracyjnymi, określonej w art. 16 ust. 3 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze), mogłoby wyeliminować sytuacje, gdy z przyczyn obiektywnych osoba, która mogłaby pełnić funkcję kuratora i jest do tego merytorycznie przygotowana nie jest w stanie sfinansować we własnym zakresie kosztów związanych z reprezentowaniem małoletniego bez opieki i zmuszona jest z tych przyczyn odmówić wyrażenia zgody na ustanowienie jej kuratorem dziecka.

W ocenie Rzecznika, wysoce pożądanym jest także wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą kurator ustanowiony dla małoletniego cudzoziemca, przebywającego w Polsce bez opieki mógłby reprezentować dziecko także w sytuacji, gdy zachodzi

potrzeba złożenia w jego imieniu skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego na decyzję kończącą postępowanie administracyjne.

Rzecznik Praw Dziecka pragnie zwrócić uwagę, że regulacja taka wydaje się być wręcz niezbędna w przypadku kuratora ustanawianego do postępowania w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu. Zgodnie bowiem z art. 331 ust. 1 u.c., decyzji o zobowiązaniu do powrotu nie wykonuje się jedynie w przypadku, gdy cudzoziemiec złożył do wojewódzkiego sądu administracyjnego skargę na tę decyzję wraz z wnioskiem o wstrzymanie wykonania tego rozstrzygnięcia. Należy zauważyć, że małoletni bez opieki nie może (z uwagi na nieposiadanie pełnej zdolności do czynności prawnych) samodzielnie wnieść takiej skargi. Podobnie nie może obecnie wnieść takiej skargi kurator, który reprezentował dziecko w postępowaniu administracyjnym – osoba, która ma najpełniejszą wiedzę o sprawie i jest niejako predestynowana, aby sporządzić w imieniu dziecka skargę. Wraz z wydaniem decyzji kończącej postępowanie administracyjne wygasa bowiem jego umocowanie do reprezentowania małoletniego cudzoziemca.

Wzorcem do sformułowania przepisu uprawniającego sąd opiekuńczy do umocowania kuratora do wniesienia w imieniu dziecka skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego mógłby być, w ocenie Rzecznika Praw Dziecka, art. 61 ust. 1 pkt 3 u.u.c.o. Przepis ten pozwala bowiem sądowi opiekuńczemu na wyznaczenie kuratora nie tylko do reprezentowania dziecka w postępowaniu w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej, ale również w ramach innych postępowań, np. postępowania w sprawie udzielenia pomocy socjalnej, czy też postępowania w sprawie udzielenia pomocy w dobrowolnym powrocie. Należy podkreślić, że poprzestanie na obecnej regulacji, tzn. niewprowadzenie mechanizmu, który pozwalałby na skuteczne i szybkie wniesienie w imieniu dziecka skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego wraz z wnioskiem o wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji, rodzi niebezpieczeństwo faktycznego ograniczenia – z przyczyn formalnych – możliwości skorzystania przez małoletniego bez opieki z prawa do poddania kontroli sądowej (być może merytorycznie wadliwej) decyzji o zobowiązaniu do powrotu.

Należy podkreślić, że uwzględnienie powyższych propozycji wychodziłoby naprzeciw stanowisku, wyrażonemu przez Komitet Praw Dziecka ONZ w rekomendacji nr H.45(c) Uwag końcowych nr CRC/C/POL/CO/3-4 z dnia 2 października 2015 r. do połączonego trzeciego i czwartego sprawozdania okresowego Polski. Komitet zalecił

w ww. rekomendacji, aby Polska rozważyła rozszerzenie zakresu bezpłatnej pomocy prawnej dla wszystkich osób ubiegających się o status uchodźcy, dzieci-uchodźców na wszystkich etapach procedury ubiegania się o ochronę międzynarodową, poprzez zmianę stosownych aktów prawnych i zapewnienie wsparcia finansowego organizacjom pozarządowym świadczącym pomoc azylantom i uchodźcom.

Rzecznik Praw Dziecka postuluje także, aby do przepisów o postępowaniu w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu (Dział VII, Rozdział 2 ustawy o cudzoziemcach), wprowadzić zasadę (np. poprzez dodanie nowego art. 310a u.c., oraz do ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP, np. poprzez dodanie nowego art. 23a), że czynności z małoletnim cudzoziemcem mógłby dokonywać jedynie funkcjonariusz /pracownik organu, spełniający kryteria, takie jak te określone w art. 66 u.u.c.o., odnoszącym się obecnie jedynie do postępowania w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej małoletniemu bez opieki.

Zdaniem Rzecznika, posiłkując się obecnym brzmieniem art. 66 u.u.c.o., ustawodawca powinien określić, że funkcjonariusz/pracownik organu przeprowadzający czynności z udziałem dziecka powinien spełniać co najmniej jeden z następujących warunków: 1) ukończyć studia magisterskie na kierunku prawo oraz posiadać 2-letni staż pracy w instytucjach, których zakres działania obejmuje opiekę nad dziećmi; 2) ukończyć studia magisterskie lub wyższe zawodowe i posiadać 2-letni staż pracy w administracji publicznej oraz odbyć przeszkolenie w zakresie prowadzenia postępowań z udziałem małoletnich; 3) ukończyć studia magisterskie na kierunkach: pedagogika, psychologia lub socjologia oraz posiadać 2-letni staż pracy w administracji publicznej.

W ocenie Rzecznika, brak jest podstaw, aby różnicować (w zakresie merytorycznego przygotowania osoby pracującej z dzieckiem) sytuację małoletnich przebywających w Polsce bez opieki oraz tych pozostających pod opieką dorosłych oraz tych, wobec których toczy się postępowanie w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej z tymi, w stosunku do których prowadzone jest postępowanie w sprawie zobowiązania do powrotu. Przemawia za tym dodatkowo podobieństwo obu ww. postępowań, w szczególności zaś – charakter informacji, które są w ich toku zbierane, a które mogą dotyczyć, np. stosowania wobec dziecka przemocy. Zasadnym jest zatem, aby czynności wiążące się z uzyskiwaniem tego rodzaju informacji wrażliwych przeprowadzały osoby właściwie przygotowane do pracy z dziećmi oraz posiadające odpowiednie wykształcenie.

Zdaniem Rzecznika Praw Dziecka, do przepisów ustawy o cudzoziemcach należy jednocześnie wprowadzić zasadę (np. poprzez dodanie nowego art. 10a u.c.), zgodnie z którą czynności w postępowaniach z małoletnim cudzoziemcem powinno się dokonywać przy udziale psychologa. Podkreślenia wymaga, że obecnie obowiązujące przepisy ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP przewidują taką możliwość (art. 69 u.u.c.o.). Jeżeli chodzi natomiast o postępowania prowadzone na podstawie ustawy o cudzoziemcach, zwłaszcza zaś o postępowanie w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, brak obecnie analogicznej regulacji, mimo że postępowanie to ma nie mniej doniosłe skutki dla dalszego życia dziecka. Bezwzględnie koniecznym jest zatem, aby zasada udziału psychologa w czynnościach dokonywanych z małoletnim znalazła się wśród przepisów o postępowaniu w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu (np. poprzez dodanie nowego art. 310b u.c.).

Rzecznik Praw Dziecka wskazywał na potrzebę wprowadzenia tego rodzaju zmian w wystąpieniu generalnym z dnia 19 sierpnia 2016 r. do Ministra Sprawiedliwości w sprawie podjęcia działań w celu zwiększenia poprawności funkcjonowania i skuteczności systemu wykrywania nadużyć seksualnych popełnianych na szkodę małoletnich cudzoziemców oraz systemu pomocy małoletnim cudzoziemcom, którzy padli ofiarą przestępstw seksualnych. Szczególnego podkreślenia wymaga, że udział psychologa w czynnościach przeprowadzanych w stosunku do dziecka, mógłby z jednej strony łagodzić stres, który bez wątpienia małoletni będzie odczuwał, np. podczas zatrzymania, przesłuchania, z drugiej zaś strony – umożliwiłby pełniejszą analizę wszystkich okoliczności sprawy.

Odnosząc się do przepisów o środkach zabezpieczających postępowania prowadzone wobec cudzoziemców, Rzecznik Praw Dziecka podtrzymuje wyrażane wielokrotnie (wystąpienia: z dnia 16 maja 2011 r.; z dnia 16 listopada 2012 r.; z dnia 18 grudnia 2014 r.) stanowisko, iż pożądanym byłoby, zwłaszcza w kontekście istnienia w polskim prawie o cudzoziemcach, tzw. środków alternatywnych do detencji, wprowadzenie zakazu umieszczania małoletnich w strzeżonych ośrodkach dla cudzoziemców. Podobną ocenę przedstawił Komitet Praw Dziecka ONZ w rekomendacji nr H.45(a) z dnia 2 października 2015 r., w której zalecił Polsce, aby: *unikala zatrzymywania osób ubiegających się o status uchodźcy w wieku poniżej 18 lat oraz rodzin z dziećmi w ośrodkach bez względu na ich formę i rozważała w takich przypadkach wszystkie możliwe alternatywy, włącznie z bezwarunkowym zwolnieniem,*

przed zatrzymaniem. Podobne stanowisko wyraziła Grupa Robocza Europejskiej Sieci Rzeczników Praw Dziecka (ENOC) w raporcie „Zagrożenie prawa do bezpieczeństwa i praw podstawowych dzieci w drodze”, który w dniu 25 lutego 2016 r. został przekazany Prezesowi Rady Ministrów.

Jednocześnie za konieczne, w przypadku utrzymania przez ustawodawcę dopuszczalności detencji małoletnich cudzoziemców, Rzecznik uznaje uzupełnienie przepisów ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP (Dział II, Rozdział 6) o regulacje analogiczne, jak wyrażone obecnie w art. 397 ust. 2 oraz art. 401 ust. 4 u.c. Przepisy te nakładają na sąd, rozpoznający wniosek o umieszczenie małoletniego w strzeżonym ośrodku, obowiązek kierowania się dobrem dziecka oraz uwzględniania przy rozstrzygnięciu o jego sytuacji, stopnia rozwoju dziecka, cech jego osobowości, okoliczności zatrzymania oraz warunków osobistych.

Rzecznik Praw Dziecka wyraża opinię, że koniecznym (ze względu na art. 15 ust. 1 oraz art. 17 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE¹), byłoby wprowadzenie zmian w obrębie art. 398 u.c. Zmiany te powinny określić wprost zasadę pierwszeństwa stosowania wobec cudzoziemców wolnościowych środków zabezpieczających prawidłowy tok postępowania w sprawie zobowiązania do powrotu oraz zapewniających skuteczność wykonania wydanej w tym postępowaniu decyzji. Zgodnie z art 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE: *O ile w danej sprawie nie mogą zostać zastosowane wystarczające lecz mniej represyjne środki, państwa członkowskie mogą umieścić w ośrodku detencyjnym obywatela państwa trzeciego podlegającego procedurze powrotu...* Z kolei w myśl art. 17 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE: *Maloletni bez opieki oraz rodziny z małoletnimi umieszczane są w ośrodku detencyjnym jedynie w ostateczności i na możliwie najkrótszy odpowiedni okres czasu*. W chwili obecnej (projekt ustawy nie wprowadza w tym zakresie zmian), art. 398 ust. 1 u.c. określa przesłanki umieszczenia cudzoziemca w strzeżonym ośrodku (*Cudzoziemca umieszcza się w strzeżonym ośrodku...*), zaś art. 398 ust. 2 u.c. – przesłanki zastosowania środków alternatywnych do detencji (*Cudzoziemca, o którym mowa w ust. 1 [...] można nie umieszczać w strzeżonym ośrodku*). W ocenie Rzecznika, taka kolejność przedstawienia treści normatywnych w ramach art. 398 u.c. sugeruje prymat detencji, co jest niezgodne z art. 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115/WE.

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 nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (Dz. Urz. UE z dnia 24 grudnia 2008 r., L 348/98).

W celu wyeliminowania takiego stanu rzeczy, Rzecznik Praw Dziecka postuluje, aby w art. 398 ust. 1 u.c. wprowadzić obowiązek rozważania w pierwszej kolejności możliwości zastosowania wobec cudzoziemca środków alternatywnych do detencji, zaś w art. 398 ust. 2 u.c. wskazać, że dopiero, kiedy okaże się, że zastosowanie środków wolnościowych jest niemożliwe lub niewystarczające, taka osoba może zostać umieszczona w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców. Podkreślenia wymaga, że tego rodzaju zmiany zostały – z dniem 13 listopada 2015 r.² – wprowadzone do przepisów ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP (art. 88 ust. 1 oraz art. 88a ust. 1). Zdaniem Rzecznika Praw Dziecka, dobro dziecka, przemawia za tym, aby analogicznej zmiany dokonać obecnie w przepisach ustawy o cudzoziemcach.

Wyrażam nadzieję, że powyższe propozycje zostaną wzięte pod uwagę w toku dalszych prac legislacyjnych.

Z wyrazami szacunku
Marcel J. Mielichowski

² Na mocy ustawy z dnia 10 września 2015 r. o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1607).