



dot. DP-

Szanowny Pan
Błażej Poboży
Podsekretarz Stanu
Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i
Administracji
e-mail: dep.prawny@mswia.gov.pl

Szanowny Panie Ministrze,

Po wstępnym zapoznaniu się z projektem ustawy z dnia 11.08.2020 r. o zmianie ustawy o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin oraz niektórych innych ustaw [dalej zwanej ustawą o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej], przede wszystkim chcieliśmy wyrazić uznanie co do podjęcia się tego niełatwego zadania wymagającego wypracowania generalnych rozwiązań ustawowych na podstawie kazuistycznego orzecznictwa TSUE. Chcieliśmy jednak przedstawić kilka uwag do przedłożonego do konsultacji projektu ustawy, wnosząc o ich uwzględnienie.

1. Art. 2 pkt 4 lit. B ustawy o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

Sugerujemy zrezygnowanie z (dopuszczalnej wprawdzie w prawie europejskim, jednak niezgodnej z polską racją stanu) **odwrotną dyskryminacją obywateli RP**, od których w przeciwieństwie do pozostałych obywateli UE ustawa wymaga, by „bezpośrednio przed przyjazdem na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej posiadali prawo pobytu powyżej 3 miesięcy lub prawo stałego pobytu w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej,



państwie członkowskim Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, Konfederacji Szwajcarskiej lub Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej”. Naszym zdaniem efektem takiego brzmienia przepisu będzie zniechęcenie naszych obywateli do osiedlania się w Polsce, co **torpeduje wysiłki rządu w zakresie wspierania powrotów obywateli polskich do naszego kraju**. Uzasadnienie dla takiego rozwiązania (odstąpienia od odwrotnej dyskryminacji) znaleźć można również w komentarzu do przepisów dyrektywy 2004/38 (E. Guild, S. Peers, J. Tomkin, *The EU Citizenship Directive. A Comentary*, Oxford 2014, s. 83-85).

Gdyby uznano, że jakieś ograniczenie w tym względzie jest jednak niezbędne, postulujemy uzupełnienie treści projektowanego przepisu w następujący sposób:

„--obywatel Rzeczypospolitej Polskiej bezpośrednio przed przyjazdem na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej posiadał prawo pobytu powyżej 3 miesięcy lub prawo stałego pobytu w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, państwie członkowskim Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, Konfederacji Szwajcarskiej lub Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej lub w inny sposób korzystał ze swobód jednolitego rynku na terytorium Unii Europejskiej, państwie członkowskim Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, Konfederacji Szwajcarskiej lub Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej.”

W ten sposób przepis ten uwzględni orzeczenia TSUE w sprawach Carpenter, Baumbast, Ruiz Zambrano, nie będąc równocześnie sprzecznym z orzeczeniem w sprawie Metock.

2. Nowe brzmienie art. 2a ust. 1 ustawy o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

W naszej opinii, mimo wyjaśnień z uzasadnienia projektu ustawy o zapewnieniu zatrzymywanym cudzoziemcom analogicznych praw do tych wynikających z ustawy o cudzoziemcach, projektodawca dokonał pewnych zmian, które w naszej opinii nie mogą się utrzymać.



- a) Po pierwsze beneficjenci ustawy o wjeździe nie będą mieli prawa do tzw. alternatyw do detencji (usunięcie z przepisu odwołania do art. 398 ustawy o cudzoziemcach). [Szerzej o dobrodziejstwach alternatyw: T. Sieniow, Stosowanie alternatyw do detencji cudzoziemców w Polsce w latach 2014-2015. Raport z monitoringu. Lublin 2016, ss. 135].
- b) Po drugie przeszkodą prawną dla detencji nie będzie już stan psychofizyczny, który „może uzasadniać domniemanie że cudzoziemiec był poddany przemocy”. Porzucając dotychczas obowiązujące rozwiązanie projektodawca w żaden sposób nie uzasadnił tej zmiany.
- c) Po trzecie wobec likwidacji alternatyw do detencji (obowiązku zamieszkiwania w określonym miejscu, zgłaszania się do organu SG, wpłaty zabezpieczenia pieniężnego) nie będą przysługiwała cudzoziemcom pomoc socjalna w okresie oczekiwania na wydalenie, co trudno zrozumieć zwłaszcza wobec zakazu umieszczania w SOdC Straży Granicznej osób, dla których detencja stanowiłaby zagrożenie dla zdrowia lub życia. Niechybnie spowoduje to powstanie sytuacji, w których osoby chore lub wymagające wsparcia będą zwalniane „na ulicę”...
- d) Wreszcie budzić musi sprzeciw pozostawienie możliwości umieszczania w detencji **małoletnich** członków rodziny cudzoziemca (**bez opieki**) – odesłanie do art. 397 ustawy o cudzoziemcach.

3. Art. 10 ustawy o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

Proponowana zmiana brzmienia tego przepisu nie jest konsekwentna. Poszerzając krąg osób uprawnionych do otrzymania wizy o członków rodziny obywateli Zjednoczonego Królestwa, pomija zupełnie (innych) członków rodziny obywatela polskiego. Na aprobatę zasługuje uwzględnienie w ustawie w dość zawoalowany sposób innych członków rodziny lub partnerów obywateli RP/UE/EEA/UK. Pozwala to na częściową implementację art. 3 (2) Dyrektywy 2004/38. Jednak budzi nasze wątpliwości czy wydawanie zezwoleń pobytowych przez Wojewodę jest wystarczającym ułatwieniem wjazdu (zwłaszcza w sytuacji, gdy obywatel państwa trzeciego pojawia się na polskiej granicy razem z obywatelem RP/UE/EEA/UK,



a obciążenie Urzędów Wojewódzkich sprawami migrantów jest aktualnie bezprecedensowe). Wydaje się, że właściwym byłoby uwzględnienie prawa wjazdu tej kategorii osób w art. 10 nowelizowanej ustawy, chyba że dotychczasowa praktyka wydawania 15-dniowych wiz Schengen przez komendanta placówki SG sprawdza się w praktyce.

Należy zaznaczyć, że zgodnie z nowym art. 168a. ust 1 ustawy o cudzoziemcach udzielenie przez Wojewodę zezwolenia na pobyt czasowy dotyczy cudzoziemców przebywających poza granicami Rzeczypospolitej. Tymczasem życie uczy, iż ludzkie historie (np. udział w pogrzebach, odwiedziny członka rodziny w szpitalu) wymagać będą elastycznego działania organów granicznych stosujący art. 3(2) Dyrektywy 2004/38 w pełnym zakresie: ułatwiania **wjazdu** i pobytu. W tym również w przypadkach przylotu (tranzystem) z innych państw Schengen.

4. Art. 33 ust. 1b ustawy o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

Proponowany przepis wymaga, aby wniosek o wydanie nowego zaświadczenia o zarejestrowaniu pobytu obywatela UE lub nowej karty pobytovej **złożyć co najmniej na 30 dni przed upływem okresu ich ważności**. Z praktyki Instytutu na rzecz Państwa Prawa wynika, że ten termin ustawowy będzie źródłem problemów, dodając trudu cudzoziemcom i pracy urzędnikom migracyjnym. W naszej opinii jest on zbędny. Naszym zdaniem w przypadku tym należy zastosować rozwiązanie wprowadzone do art. 105 ust 1 ustawy o cudzoziemcach i wymagać złożenia wniosku „nie później niż w ostatnim dniu ważności poprzedniego zaświadczenia lub karty pobytovej”.

Co więcej takie rozwiązanie powinno pociągać za sobą zmianę aktualnego artykułu 230 ust. 2 ustawy o cudzoziemcach, poprzez wprowadzenie analogicznego terminu.

Dla ujednolicenia nomenklatury zamiast sformułowania nowe zaświadczenie lub nowa karta pobytowa warto posługiwać się terminem **„kolejna karta pobytu”** – takim jak w aktualnym artykule 230 ustawy o cudzoziemcach.



5. Art. 78b. ustawy o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

Rekomendujemy **zrezygnowanie z pkt 1) w tym przepisie**. Detencja jest środkiem ostatecznym i wobec osoby, która co do zasady ma prawo pobytu na terytorium RP zbliżone do obywatela RP, umieszczenie w SOdC przed wydaniem decyzji wydaleniowej, której podstawy mógłby zweryfikować sąd, wydaje się zbyt daleko idące. W naszej opinii w sytuacjach bardzo poważnego zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa wystarczające środki dostępne są w kodeksie postępowania karnego (tymczasowe aresztowanie). Natomiast wobec osób osadzonych Organy SG winny przeprowadzić ewentualną postępowanie administracyjne i wydać decyzję o wydaleniu przed zwolnieniem cudzoziemca z zakładu karnego. Obecnie niestety wobec osób zwalnianych z zakładów karnych często w momencie zwolnienia rozpoczyna się procedurę zobowiązania do powrotu, co prowadzi do praktycznego wydłużenia okresu pozbawienia wolności o czas potrzebny do przymusowego wykonania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu.

Trudno sobie wyobrazić zapewnienie pełnej skuteczności prawu europejskiemu [Artykuł 31 (4) Dyrektywy 2004/38] gwarantującemu osobom objętym zakresem tej dyrektywy nie tylko prawo odwołania się na drodze sądowej od decyzji o wydaleniu, lecz również **osobiste przedstawienie swoich środków obrony**, „z wyjątkiem sytuacji, w której jej obecność może wywołać poważne zakłócenia porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego, lub jeżeli odwołanie lub kontrola sądowa dotyczy odmowy wjazdu na to terytorium”. Mamy poważne wątpliwości, czy dopuszczalną detencję da się pogodzić z prawem osobistego stawiania się w sądzie administracyjnym kontrolującym legalność decyzji wydaleniowej. Trudno też doszukać w niej sensu skoro w decyzji wydaleniowej, jak przewidziano w projekcie ustawy, nie przewidziano zakazu ponownego wjazdu na terytorium Schengen/RP. Z tego względu detencja administracyjna jawi się raczej jako forma represji, a nie środek zabezpieczający skuteczne przeprowadzenie postępowania wydaleniowego.

W art. 78b pkt 3) postulujemy dodanie „**bez ważnej przyczyny** nie opuścili oni terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w terminie określonym w decyzji o wydaleniu”. W oparciu o doświadczenia ze spraw cudzoziemców, wobec których wydawane są decyzje o



zobowiązaniu do powrotu chcieliśmy podnieść, iż niezrealizowanie decyzji wynika czasem z konieczności dokończenia edukacji, leczenia, czy innych ważnych okoliczności osobistych. Wprowadzenie takiej zmiany umożliwi sądowi zbadanie, czy niewykonanie przez cudzoziemca decyzji o wydaleniu wynikało z obiektywnych przyczyn.

6. Art. 78 e. 4. ustawy o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

Polska wielokrotnie została uznana za winną naruszenia Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w związku z postanowieniami Konwencji o prawach dziecka w związku z długotrwałą detencją osób małoletnich [Bistieva and Others v. Poland, application no. 75157/14, judgment of 10/04/2018]. Postulujemy, aby usunąć przepis o dopuszczalności detencji wszystkich dzieci (nie tylko dzieci będących obywatelami UE), lub zastrzec, iż detencja dzieci możliwa jest w ostateczności w celu przeprowadzenia wydalenia w terminie nie przekraczającym 48 godzin od planowanego terminu wykonana decyzji o wydaleniu. Konsekwentnie wnosimy o usunięcie odesłania do art. 397 ustawy o cudzoziemcach znajdującego się w nowym brzmieniu nadanym przepisowi art. 2a ust 1 ustawy o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

7. Art. 73d ustawy o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

Zgodnie z nim organem wyższego stopnia, w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego, w stosunku do komendanta oddziału Straży Granicznej lub komendanta placówki Straży Granicznej w sprawach o wydalenie lub o uchylenie decyzji o wydaleniu obywatela UE lub członka rodziny niebędącego obywatelem UE jest Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców. Pragniemy zwrócić uwagę, iż w chwili obecnej postępowania odwoławcze prowadzone przez Departament Legalizacji Pobytu UDSC trwają średnio ponad rok (najdłuższe zakończone w 2020 r. trwało 1128 dni - ponad trzy lata). Przekazywanie kompetencji do rozpatrywania odwołania w sprawach o wydalenie do UDSC powinno pociągnąć za sobą poważne wzmocnienie kadrowe tego Urzędu.



8. Art. 78g ust. 1 ustawy o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 406 ust. 1 pkt 6) ustawy o cudzoziemcach

W naszej opinii brzmienie art. 78g. ust. 1 pkt 5 należy poprawić. Prawo UE stosuje inny test niż zaproponowany w nowelizacji, a powielający błędne rozwiązanie z ustawy o cudzoziemcach. Zgodnie z Art. 15 (4) dyrektywy powrotowej 2008/115 „przesłanki zastosowania środka detencyjnego ustają, a dana osoba zostaje niezwłocznie zwolniona, jeżeli okaże się, że nie ma już rozsądnych perspektyw jej wydalenia ze względów natury prawnej lub innych, lub że warunki określone w ust. 1 nie są już spełniane”.

Ten sam test potwierdzony został w orzeczeniu TSUE C-357/09 PPU [Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)]. O niezgodności projektowanego brzmienia z prawem UE *expressis verbis* mówi Komunikat Komisji (COMMISSION RECOMMENDATION establishing a common "Return Handbook" to be used by Member States' competent authorities when carrying out return related tasks z dnia 27.9.2017 C(2017) 6505 ANNEX, zwana dalej **Return Handbook**), zgodnie z którym:

[„14.4.1. Absence of reasonable prospect of removal Absence of reasonable prospect of removal: in the judgment of Case C-357/09, Kadzoev (paragraph 67), the ECJ provided a clarifying interpretation of the meaning of "reasonable prospect": "Only a real prospect that removal can be carried out successfully, having regard to the periods laid down in Article 15(5) and (6), corresponds to a reasonable prospect of removal. That reasonable prospect does not exist where it appears unlikely that the person concerned will be admitted to a third country, having regard to those periods.

Absence of a "reasonable prospect" is not the same as "impossibility to enforce": "impossibility to enforce" is a more categorical assertion and more difficult to demonstrate than "absence of reasonable prospect", which refers to certain degree of likelihood only].



Tymczasem proponowana ustawa powieła błędną implementację Dyrektywy Powrotowej 2008/115, widoczną w art. 406 ust. 1 pkt 6) ustawy o cudzoziemcach i posługując się terminem „niemożliwości” wydalenia (wykonania decyzji o zobowiązaniu do powrotu). Prowadzi to również do zawężenia zakresu kontroli sądowych stosowanej detencji, podczas gdy - zgodnie z Return Handbook - sądowa kontrola winna oceniać, czy zachodzą rozsądne perspektywy wydalenia:

*[„Scope of judicial review: The review must assess all aspects expressly referred to in Article 15, taking into account both the questions of law (correctness of the detention procedure and of the decision on detention from the procedural/legal point of view) and questions of facts (the personal situation of the detainee,, family links in the country, guarantees of the departure from the territory, **reasonable prospect of removal etc.)”].***

Niewłaściwa implementacja art. 15 dyrektywy powrotowej w tym względzie wielokrotnie prowadziła do kontynuowania zbędnej detencji cudzoziemców, co do których placówki konsularne państw trzecich odmawiały wydania dokumentów podróży lub zupełnie zaprzeczały przynależności cudzoziemca do państwa, do którego Organy SG nakazywały cudzoziemcom wrócić. Instytut na rzecz Państwa Prawa zna takie przykłady {np. jeden z cudzoziemców dwa lata temu spędził w ten sposób w SOdC w Białymstoku i Krośnie Odrzańskim nieprzerwanie 21 miesięcy...}. Prawidłowa implementacja prawa UE pozwoliłaby zminimalizować ryzyko powtarzania takich niewytłumaczalnych przypadków zbędnej, arbitralnej – więc nielegalnej detencji. Wydaje się, że wprowadzenie takiej nowelizacji ustawy i cudzoziemcach stanowiłaby godne uczczenie przez Polskę dziesiątej rocznicy danej państwom członkowskim UE na jej implementację. Pozostałoby wtedy jeszcze tylko zapewnienie dostępu do nieodpłatnej pomocy prawnej zgodnie z projektem ustawy z 2017 roku i zagwarantowanie skutku zawieszającego chroniącego przed wydaleniem do momentu zakończenia sądowej kontroli nad decyzjami administracyjnymi w przedmiocie zobowiązania do powrotu [Wyrok TSUE (Wielka Izba) z 19/06/2018 w sprawie C-181/16, Sadikou Ghandi v État belge; Wyrok TSUE z 26/09/2018 w sprawie C-180/17, X i Y v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie]. Kto wie, może dałoby się to zagwarantować już przy okazji aktualnej nowelizacji...



9. Art. 168a w związku z art. 160 ustawy o cudzoziemcach odsyłających do art. 2 pkt 4 lit. a i b ustawy o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

Znając historię legislacyjną implementacji przez Polskę art. 3(2) Dyrektywy 2004/38 i ekwilibrystykę Ministra Piotra Stachańczyka i Szefa UDSC Rafała Rogali [T. Sieniow, Ułatwienie wjazdu i pobytu w Polsce członkom rodziny i partnerom obywateli Unii Europejskiej: czy Polska implementowała dyrektywę 2004/38? [w:] A. Kuś & A. Szachon-Pszenny, Wpływ *acquis communautaire* i *acquis Schengen* na prawo polskie – doświadczenia i perspektywy; Vol. II, Lublin 2014, ss. 253-279;] rozumiemy mechanizmy stojące za takim, a nie innym transponowaniem przepisów dyrektywy. Chcemy jednak jasno wyrazić swoje zaniepokojenie zupełnie niezrozumiałym sformułowanie przepisów, które rozumieć będą tylko eksperci.

Tymczasem Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wielokrotnie podkreślał, iż „państwa członkowskie mają obowiązek implementacji przepisów dyrektywy w sposób jasny i zgodnie z zasadą pewności prawnej wymaganej na mocy prawa wspólnotowego, w celu zapewnienia interesów zainteresowanych osób na terenie państw członkowskich. W tym celu przepisy dyrektywy muszą być wdrożone do prawa krajowego z wymaganą szczegółowością, precyzją oraz jasno, tak aby stwarzać niekwestionowaną pewność prawną” [Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18/10/2001 r. w sprawie C-354/99 *Komisja p. Irlandii*, pkt. 27-28 i cytowane tam orzecznictwo]. Toteż nie ulega wątpliwości, iż prawidłowa implementacja Dyrektywy 2004/38 wymaga uchwalenia przez ustawodawcę szczegółowych, precyzyjnych i jasnych przepisów. Wskazane powyżej przepisy nie są jasne. Odnosimy wrażenie, że intencją projektodawcy było (i chyba jest) takie ich sformułowanie, aby ustawodawca nie był (bądź udawał, że nie jest) świadomy tego co uchwała. Tym samym odbiorca niniejszych przepisów (zwłaszcza członkowie rodziny obywatela polskiego, inni członkowie rodziny obywatela polskiego jak i partnerzy obywatela polskiego) wciąż dla zrozumienia przepisów nowelizowanych ustaw będą potrzebowali profesjonalnej pomocy prawnej...

Z poważaniem

Dr Tomasz Sieniow

Prezes Zarządu Fundacji

