

Warszawa, dnia 19 listopada 2012 r.

Szanowny Pan
Piotr Stachańczyk
Sekretarz Stanu w
Ministerstwie Spraw Wewnętrznych

Szanowny Panie Ministrze,

Dziękujemy serdecznie za nadesłanie nam do konsultacji projektu nowej ustawy o cudzoziemcach. W załączeniu pozwalam sobie przesłać kilka naszych propozycji zmian opracowanych przez zespół prawników Stowarzyszenia w składzie: Dawid Cegiełka, Michał Górski, Witold Klaus, Patrycja Mickiewicz, Katarzyna Słubik, Grzegorz Wilga oraz przez Adama Chmurę, Aleksandrę Chrzanowską i Karolinę Mazurczak.

Licząc, że nasze stanowisko zostanie wzięte pod uwagę w dalszym toku prac legislacyjnych,

Łączę wyrazy szacunku,

dr Witold Klaus



Prezes Zarządu

Stowarzyszenia Interwencji Prawnej

UWAGI STOWARZYSZENIA INTERWENCJI PRAWNEJ DO PROJEKTU USTAWY O CUDZOZIEMCACH

1. Zezwolenie na pobyt czasowy

1.1. Należałoby ponownie rozważyć zasadność wprowadzenia regulacji przewidzianej w art. 104 ust. 3 pkt 1, zgodnie z którą w przypadku ubiegania się o zezwolenie na pobyt czasowy przez cudzoziemca będącego osobą małoletnią, przy braku obecności jednego z rodziców będzie wymagana pisemna zgoda drugiego rodzica. Zauważyć należy, iż choć idea uregulowania wydaje się być słuszna (przeciwdziałanie uprowadzeniom dzieci), to w praktyce rozwiązanie to będzie znacznie utrudniało otrzymanie prawa pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez małoletnich. Bardzo często uzyskanie pisemnej zgody drugiego rodzica jest z różnych względów trudne, a często wręcz niemożliwe. Należy przy tym pamiętać, iż dane osobowe cudzoziemców ubiegających się o pobyt w Polsce są ewidencjonowane, co w przypadku ewentualnego uprowadzenia dziecka stanowić może okoliczność ułatwiającą jego zlokalizowanie.

1.2. Przepis zobowiązujący cudzoziemca do informowania organu o ustaniu przyczyny udzielenia zezwolenia na pobyt czasowy pod groźbą nieudzielenia kolejnego zezwolenia (art. 112) należałoby uchylić. Po pierwsze, obowiązek taki ma poniekąd charakter auto-denuncjacji i jako taki jest wysoce kontrowersyjny. Po drugie, mało który cudzoziemiec będzie miał świadomość istnienia tego przepisu i jego jakże doniosłych konsekwencji prawnych (możliwość odmowy udzielenia kolejnego zezwolenia - art. 99 ust. 2). Z badań socjologicznych wynika, że świadomość prawna cudzoziemców jest niezwykle niska. Po trzecie, należy zwrócić uwagę, że ustawa w przypadku zezwoleń na pobyt czasowy, mających za podstawę studia, naukę i pracę, nakłada na podmiot, w którym cudzoziemiec uczy się lub pracuje, obowiązek informowania organu administracji o zmianie sytuacji cudzoziemca. W związku z tym, wprowadzenie kolejnego zabezpieczenia o tak restrykcyjnym charakterze wydaje się być pozbawione racjonalnego uzasadnienia.

Jeżeli jednak przepis miałby obowiązywać w niezmienionej formie, należałoby przynajmniej zastanowić się nad wprowadzeniem zapisu pozwalającego na łagodzenie, w uzasadnionych

sytuacjach, jego negatywnych skutków. W takim przypadku art. 99 ust. 2 powinien przybrać brzmienie: „Cudzoziemcowi można odmówić udzielenia kolejnego zezwolenia na pobyt czasowy w przypadku niewykonania *bez uzasadnionej przyczyny* obowiązku, o którym mowa w art. 112”.

1.3. Sankcję towarzyszącą niedopełnieniu przez cudzoziemca obowiązku poinformowania organu o utracie pracy należy uznać za zbyt rygorystyczną. Art. 120 ust. 2 nakłada na organ rozpatrujący sprawę obowiązek odmowy zmiany zezwolenia na pobyt czasowy i pracę w sytuacji, gdy cudzoziemiec nie powiadomił wojewody o utracie pracy. Należałoby rozważyć zmianę brzmienia powyższego przepisu tak, aby decyzja o odmowie zmiany zezwolenia mieściła się w granicach uznania administracyjnego, co pozwoli na analizę i ewentualne uwzględnienie ważnych przyczyn, przez które cudzoziemiec nie dopełnił obowiązku.

1.4. Należałoby zmienić 7-dniowy termin, o którym mowa w art. 119 (termin na powiadomienie wojewody właściwego ze względu na miejsce aktualnego pobytu cudzoziemca o utracie pracy lub o zmianie jej warunków określonych w zezwoleniu), na termin co najmniej miesięczny (czyli taki sam, jak okres pozostawania bez pracy niewywołujący negatywnych konsekwencji dla pobytu cudzoziemca w Polsce). Wówczas to, wnioskując o zmianę zezwolenia, cudzoziemiec miałby możliwość jednoczesnego informowania wojewody o utracie lub zmianie pracy. Konieczność informowania organu administracji w terminie 7 dni o utracie bądź zmianie warunków pracy, a następnie ubieganie się o zmianę zezwolenia w terminie miesiąca może stanowić niepotrzebne zwiększanie biurokracji, będzie powodowało więc dodatkowe koszty po stronie administracji publicznej. Ponadto nie wydaje się, by wprowadzenie tak krótkiego terminu było zasadne.

1.5. W projekcie ustawy nie doprecyzowano także, jak będzie wyglądała procedura ubiegania się o zezwolenie na pobyt czasowy i pracę w sytuacji, gdy cudzoziemiec zamierza świadczyć pracę na rzecz dwóch lub więcej podmiotów. Jest to zagadnienie szczególnie ważne w kontekście znacznego zwiększenia wymogów dotyczących uzyskiwanego przez cudzoziemców dochodu.

1.6. Zasadnym wydaje się uregulowanie sytuacji związanych z podjęciem przez cudzoziemca dodatkowego zatrudnienia w trakcie pobytu czasowego w Polsce. W świetle art. 118 *cudzoziemiec (...) nie może rozpocząć wykonywania pracy u innego podmiotu, niż określony w zezwoleniu (...) bez zmiany tego zezwolenia*. Należałoby tak doprecyzować przepisy, aby cudzoziemiec, chcący podjąć dodatkową pracę, mógł to uczynić na podstawie „tradycyjnego” zezwolenia na pracę lub oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonywania pracy. Zasadnym jest także zastąpienie w powołanym przepisie określenia „stanowisko” pojęciem „rodzaj pracy”. Pozwoli to na uniknięcie konieczności zmiany zezwolenia na pobyt czasowy i pracę w sytuacji zmiany nazwy stanowiska czy przesunięcia na stanowisko o zbliżonym zakresie obowiązków. Zmniejszy zatem obowiązki biurokratyczne, a więc i obniży koszty funkcjonowania tych przepisów.

1.7. Wątpliwości wzbudza uregulowanie dotyczące częstej w praktyce sytuacji, gdy cudzoziemiec wjeżdża na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie wizy w celu wykonywania pracy, a następnie ubiega się o zezwolenie na pobyt i pracę u tego samego pracodawcy. Legalność jego pobytu w czasie trwającej nawet ponad 4 miesiące procedury administracyjnej określa art. 107 ust. 1 pkt 2 projektu ustawy. Należałoby wprowadzić regulację pozwalającą cudzoziemcowi ubiegającemu się o zezwolenie na pobyt czasowy i pracę (lub jego przedłużenie) na kontynuację pracy u ostatniego pracodawcy do czasu wydania ostatecznej decyzji w sprawie. W przeciwnym wypadku, pracodawca musiałby na okres procedury ubiegać się o „tradycyjne” zezwolenie na pracę na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 12 lit. b. ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, co stanowiłoby niepotrzebne obciążenie zarówno dla cudzoziemca, pracodawcy, jak i wojewody. Nieuzasadniony wydaje się także wymóg każdorazowego ubiegania się o zezwolenie na pracę przez osoby, które stale przebywają na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie tzw. nowego pobytu tolerowanego (art. 87 ust. 1 pkt 12 lit ca ww. ustawy, według projektu ustawy o cudzoziemcach). Powinny one otrzymać *ex lege* prawo do pracy bez zezwolenia.

1.8. Pragniemy zwrócić uwagę, iż jednym ze skutków ubocznych rozwiązania tzw. *single permit* będzie mocniejsze niż dotąd uzależnienie pracownika-cudzoziemca, który już teraz jest słabszą stroną stosunku pracy, od pracodawcy. Cudzoziemiec może mieć obawy przed wysuwaniem

roszczeń w stosunku do pracodawcy, gdyż ewentualne zwolnienie z pracy może wiązać się z utratą podstawy legalnego pobytu w Polsce. Obawiamy się, iż ze względu na długotrwałość postępowań cywilnych ochrona sądowa może nie zdać w takich przypadkach egzaminu. Zasadnym wydaje się zatem:

- przedłużenie miesięcznego okresu, o którym mowa w art. 120 pkt 1 lit a, do minimum 45 dni;
- wykreślenie art. 120 pkt 1 lit b, ewentualnie zmodyfikowanie jego treści, przykładowo poprzez dodanie zwrotu: *w pierwszym roku pobytu czasowego*;
- wprowadzenie przepisu, który w sytuacji utraty pracy, pozwoliłby cudzoziemcowi podjąć nową pracę tego samego rodzaju u innego pracodawcy po złożeniu wniosku o zmianę zezwolenia na pobyt i pracę oraz świadczyć ją do czasu wydania ostatecznej decyzji w sprawie.

1.9. Należy rozważyć skrócenie czteromiesięcznego terminu na rozpatrzenie wniosku cudzoziemca o udzielenie zezwolenia na pobyt czasowy w celu wykonywania pracy (art. 123). W tym zakresie jako wystarczające należy uznać stosowanie przepisów kodeksu postępowania administracyjnego. Wprowadzenie tak długiego okresu rozpoznania sprawy wydaje się być pozbawione racjonalnego uzasadnienia. Należy pamiętać, iż zniesienie tzw. wiz proceduralnych i wprowadzenie zamiast nich odcisków stempli w paszporcie (tzw. stampili) ograniczyło możliwość swobodnego poruszania się cudzoziemców między Polską a krajem pochodzenia. Każdorazowe opuszczenie Polski w trakcie postępowania wiąże się z koniecznością uzyskania wizy na wjazd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Przy trwającej cztery miesiące procedurze uzyskania zezwolenia na pobyt w Polsce może dojść do znacznego obciążenia polskich przedstawicielstw konsularnych.

1.10. Zbiektywizowanie kryteriów dotyczących udzielania zezwoleń na pobyt czasowy w celu prowadzenia działalności gospodarczej należy za krok w dobrym kierunku. W ocenie Stowarzyszenia, stawiane wymogi są jednak zdecydowanie zbyt wysokie. Prowadzona przez cudzoziemca spółka, przy zatrudnianiu dwóch pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy oraz konieczności uzyskiwania dochodu minimum na poziomie przeciętnego wynagrodzenia w województwie, będzie musiała wykazać się znacznymi przychodami, w praktyce spotykanymi

bardzo rzadko. Dlatego też postulujemy zmniejszenie wysokości wymaganego rocznego dochodu do 12-krotnego minimalnego wynagrodzenia.

1.11. Wymóg załączania do wniosku o udzielenie zezwolenia na pobyt czasowy w celu prowadzenia działalności gospodarczej zaświadczeń o niekaralności, o których mowa w art. 139 ust. 3 projektu ustawy, jest w naszym przekonaniu nadmiernie uciążliwy i niepotrzebny.

1.12. Zbyt restrykcyjnym wydaje się zakaz ubiegania się o zezwolenie na pobyt czasowy w celu kształcenia się na studiach wyższych lub doktoranckich w sytuacji, gdy cudzoziemiec wykonuje pracę lub prowadzi działalność gospodarczą (art. 144). Zezwolenie na czasowy pobyt w Polsce z uwagi na studia stacjonarne minimalizuje ryzyko nadużywania tej podstawy pobytowej dla celów wyłącznie zarobkowych. W przypadku bowiem, gdy cudzoziemiec wykonujący pracę i studiujący nie zaliczy roku akademickiego, wojewoda może odmówić udzielenia mu kolejnego zezwolenia, co samo w sobie stanowi poważną sankcję. Rozważania powyższe są tym bardziej uzasadnione, że na uczelnie nałożono obowiązek informacyjny na podstawie art. 146 ust. 3 projektu ustawy.

1.13. Nieuzasadnione wydaje się także ograniczenie do jednego razu możliwości udzielenia zezwolenia na pobyt czasowy dla członka rodziny obywatela Rzeczypospolitej Polskiej w przypadku owdowienia, rozwodu lub separacji. Podobnie odnieść się należy sytuacji cudzoziemców określonych w art. 157 ust. 1 i 2 projektu ustawy.

1.14. Niesłuszne jest pominięcie osób, którym udzielono ochrony humanitarnej, w kręgu osób uprawnionych do tzw. łączenia rodzin. Ochrona humanitarna, według projektu, zostanie wyodrębniona z obecnej instytucji pobytu tolerowanego i będzie udzielana osobom, którym powrót do kraju pochodzenia m.in. zagrażałby prawu do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego. Jak najbardziej zasadnym jest zagwarantowanie poszanowania zasady życia rodzinnego takich osób i nadania im prawa do połączenia z rodziną.

1.15. Za zbyt restrykcyjny należy uznać przepis nakładający na organ obowiązek każdorazowego, obligatoryjnego badania, czy małżeństwo cudzoziemca z obywatelem polskim nie zostało zawarte w celu obejścia przepisów prawa, na co wskazuje wprowadzenie zwrotu *lub istnieje* do art. 160 ust. 1. Obowiązek taki wiąże się z koniecznością podejmowania przez organ rozpatrujący sprawę czasochłonnych czynności dowodowych, które przedłużają postępowanie administracyjne. Co ważniejsze jednak, stanowi przesadną ingerencję w intymną sferę życia cudzoziemca i jego małżonka, chronioną przepisami Konstytucji. Należałoby się jednocześnie zastanowić, czy w dobie aktualnej sytuacji na rynku pracy i związanej z tym konieczności czasowej rozłąki małżonków w celu zdobycia środków finansowych na zaspokojenie potrzeb rodziny, okoliczność, iż małżonkowie nie zamieszkują wspólnie, można uznać za okoliczność świadczącą o zawarciu małżeństwa w celu obejścia przepisów ustawy. Nie negując istnienia problemu nadużywania przez cudzoziemców instytucji małżeństwa do legalizacji pobytu należy jednak zaznaczyć, że nie uprawnia to do ukonstytuowania domniemania, że każde małżeństwo cudzoziemca z obywatelem polskim jest zawarte w celu obejścia prawa.

Ponadto takie sformułowanie tego przepisu będzie rodziło problemy w praktyce. Organ będzie za każdym razem musiał bowiem badać aktualny zamiar małżonków odnośnie istnienia ich małżeństwa w celu obejścia przepisów. Wydaje się to niemożliwie w praktyce do przeprowadzenia, bowiem wskazane w art. 160 ust. 1 okoliczności, które miałyby go potwierdzać, mogą być zasadne w przypadku zamiaru odnośnie zawarcia związku, jednak już nie w przypadku jego istnienia (jeden z przykładów wskazano powyżej).

1.16. Należałoby rozważyć przedłużenie do trzech miesięcy terminu ważności zaświadczenia dla cudzoziemców, w stosunku do których istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że są ofiarami handlu ludźmi. Wydaje się to w pełni uzasadnione z uwagi na traumatyczną sytuację tych osób. Projekt ustawy nie przewiduje instytucji przedłużenia zaświadczenia. Wprowadzenie takiej instytucji uznać należy za nieodzowne. Ponadto biorąc pod uwagę badania dotyczące tzw. syndromu sztokholmskiego, należałoby złagodzić brzmienie art. 166 ust. 2 projektu, przynajmniej przez dodanie: *nawiązał stały kontakt*.

1.17. Biorąc pod uwagę często spotykaną przewlekłość postępowań przed organami władzy publicznej, należałoby rozważyć możliwość wydłużenia okresu ważności zezwolenia na pobyt czasowy ze względu na okoliczności wymagające krótkotrwałego pobytu. Wydłużenie ważności tego typu zezwoleń wydaje się szczególnie uzasadnione w przypadku, gdy cudzoziemiec zobowiązany jest do osobistego stawiennictwa przed polskim organem władzy publicznej lub gdy jego obecności w Polsce wymaga interes Rzeczypospolitej Polskiej.

Zasadnym wydaje się także wprowadzenie w art. 174 ust. 1 pkt 1 projektu ustawy dodatkowego zapisu: *lub wymaga tego ważny interes cudzoziemca*. Jest bowiem oczywiste, że jeżeli cudzoziemiec ma ważny interes w udziale w postępowaniu przed polskim organem władzy publicznej, to należy mu to umożliwić.

1.18. Należałoby także rozszerzyć krąg osób uprawnionych do otrzymania zezwolenia na pobyt czasowy na podstawie art. 180 pkt 4 projektu ustawy o wszystkich cudzoziemców pokrzywdzonych przez pracodawcę, przebywających nielegalnie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Bez możliwości uczestniczenia i osobistego popierania roszczenia w całym postępowaniu sądowym (a także egzekucyjnym, *vide* art. 180 pkt 5) jako czysto jawi się iluzoryczna ochrona praw pracowniczych na podstawie kodeksu pracy oraz przepisów ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Takie rozwiązanie wzmocniłoby pozycję zagranicznych pracowników względem pracodawców, a także odstraszałoby tych ostatnich od zatrudniania osób o nieuregulowanym statusie pobytowym, co znacząco przyczyniłoby się do osiągnięcia celów dyrektywy z dnia 18 czerwca 2009 r., 2009/52/WE, przewidującej minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich. Postulat powyższy będzie można częściowo uznać za spełniony, jeśli wprowadzone zostanie sformułowanie *lub wymaga tego ważny interes cudzoziemca* do art. 174 ust. 1 pkt 1, co postulowaliśmy w pkt 1.17 naszego stanowiska.

2. Zezwolenie na pobyt stały

2.1. W zakresie udzielania zezwoleń na pobyt stały cudzoziemcom pozostającym od co najmniej 3 lat w związku małżeńskim z obywatelem polskim zasadne wydaje się pozostawienie aktualnie obowiązującego uregulowania dotyczącego nieprzerwanego pobytu w Polsce przez okres nie krótszy niż 2 lata na podstawie zezwoleń na zamieszkanie na czas oznaczony udzielanych w związku z pozostawaniem w związku małżeńskim. Brak jest racjonalnych powodów przemawiających za koniecznością wydłużenia tego okresu do lat 3. Zważywszy na wagę instytucji małżeństwa w Polsce, należałoby stworzyć warunki do możliwie najszybszego uzyskania prawa stałego pobytu przez małżonka obywatela polskiego, co wpływa na stabilizację życia rodzinnego (art. 188 ust. 4).

2.2. Odnosząc się do kwestii nieprzerwanego pobytu cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w okresach stanowiących podstawę do udzielenia zezwolenia na pobyt stały, zasadne jest wprowadzenie dodatkowej okoliczności umożliwiającej uznanie pobytu cudzoziemca za nieprzerwany pomimo jego faktycznego przebywania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Okoliczność ta powinna obejmować okres studiów bądź nauki poza Polską, w tym w szczególności międzynarodowe wymiany studenckie (art. 188 ust. 6).

2.3. Poważne wątpliwości budzi wprowadzenie znajomości języka polskiego jako obligatoryjnej przesłanki warunkującej udzielenie zezwolenia na pobyt stały. W przypadku cudzoziemców posiadających polskie pochodzenie wymóg znajomości języka polskiego uznać można za uzasadniony, jednak w przypadku pozostałych cudzoziemców, w tym w szczególności małżonków obywateli polskich, wymóg ten jest zbyt rygorystyczny. Pomijając kwestie związane z osobistymi predyspozycjami językowymi cudzoziemców czy realiami życia i pracy w Polsce, które w znacznym stopniu wpływają na możliwość opanowania języka polskiego, spełnienie wymogu urzędowo poświadczonej znajomości języka polskiego co najmniej na poziomie biegłości A2, wydaje się być trudne, a w wielu przypadkach wręcz niemożliwe do spełnienia z przyczyn organizacyjnych. Zauważyć należy, że w chwili obecnej najniższym poziomem, na którym odbywają się oficjalne egzaminy z języka polskiego, jest poziom B1. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż egzaminy te odbywają się tylko 2-3 razy w roku jedynie w kilku największych miastach Polski, co

znacznie utrudni dostęp do nich cudzoziemcom zamieszkującym w małych miejscowościach czy wsiach. Analizując przedstawione powyżej okoliczności, należałoby się zastanowić, czy możliwość ubiegania się o prawo stałego pobytu już po 3 latach małżeństwa z obywatelem polskim połączona z obowiązkiem posiadania urzędowo poświadczonej znajomości języka polskiego nie jest jedynie iluzoryczna (art. 188 ust. 2).

Należy zauważyć, że przepisy nakazujące odpowiednią znajomość języka polskiego zawiera ustawa z 2.04.2009 roku o obywatelstwie polskim (art. 30 ust. 2). O ile w niej obowiązek taki wydaje się uzasadniony, o tyle brak jest realnych podstaw do wprowadzenia go w ustawie o cudzoziemcach. Szczególnie, iż krąg cudzoziemców, do których zastosowanie miałyby przepisy art. 188 ust. 2 i art. 204 ust. 1 projektu ustawy oraz art. 30 ust. 2 ustawy o obywatelstwie polskim jest tożsamy. Skoro ustawodawca uznał obowiązek taki za istotny dopiero na etapie uznawania za obywatela polskiego, zatem zakładał, że dopiero na tym poziomie integracji cudzoziemcy powinni posiadać tego typu umiejętności oraz że wcześniej ich nie posiadali i posiadać nie musieli.

2.4. Ponownego rozważenia wymaga możliwość cofnięcia zezwolenia na pobyt stały udzielonego w związku z pozostawaniem w związku z małżeńskim z obywatelem polskim, jeżeli cudzoziemiec rozwiódł się w ciągu 3 lat od dnia, w którym uzyskał pobyt stały. Wprowadzenie takiej regulacji wydaje się zbyt daleko idące. Regulacja, z niewiadomych względów, może prowadzić do pozbawienia korzyści płynących z prawa stałego pobytu w Polsce cudzoziemców, których małżeństwo z różnych przyczyn uległo trwałemu i zupełnemu rozpadowi. Przy założeniu, że przepis ma stanowić dodatkową formę kontroli, czy małżeństwo nie zostało zawarte w celu obejścia przepisów, należałoby zastanowić się nad celowością jego wprowadzenia. Kolejne badanie „prawdziwości” związku małżeńskiego zawartego z obywatelem polskim wydaje się zupełnie zbędne, prowadzić może przy tym do podważenia zaufania do organów władzy publicznej (art. 192 ust. 3). Przepis ten wydaje się być bezcelowy także z uwagi na przepisy ustawy o obywatelstwie polskim, które umożliwiają uznanie cudzoziemca za obywatela polskiego już po 3 latach małżeństwa i 2 latach stałego pobytu w Polsce.

2.5. Zastanawiająca jest podstawa do odmowy udzielenia zezwolenia na pobyt stały w sytuacji, gdy wjazd lub pobyt cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może stanowić zagrożenie dla

obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub naruszyć interes Rzeczypospolitej Polskiej. Użycie w powołanej regulacji określenia „może” powoduje, że każde hipotetyczne zagrożenie może zostać uznane za podstawę odmowy. Zasadnym wydaje się wprowadzenie jednoznacznej regulacji, która wykluczy problemy interpretacyjne (art. 192 ust. 1 pkt 1). Podobnie w odniesieniu do pozostałych form pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

3. Zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego UE

3.1. Analogicznie jak w przypadku zezwolenia na pobyt stały, zasadne wydaje się być umieszczenie wśród okoliczności umożliwiających uznanie pobytu cudzoziemca w Polsce za nieprzerwany, okresów jego pobytu poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w związku ze studiami bądź nauką. W dobie wzmożonej konkurencji na rynku pracy, wyjazd na staż, naukę języka obcego czy studencką wymianę międzynarodową, służy przede wszystkim podnoszeniu kwalifikacji zawodowych i jako takie nie powinno powodować negatywnych konsekwencji dla cudzoziemca ubiegającego się o pobyt rezydenta długoterminowego UE (art. 205 ust. 4).

3.2. Rozważyć należałoby ponownie wymóg posiadania poświadczonej znajomości języka polskiego jako obligatoryjnej przesłanki udzielenia zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego UE. Zauważyć należy, iż bardzo często cudzoziemcy świadczą pracę na rzecz firm międzynarodowych, w których nie mają możliwości posługiwania się językiem polskim. Wielu z nich posługuje się w pracy językiem ojczystym lub językiem angielskim, co uniemożliwia bądź znacznie utrudnia naukę języka polskiego. Uzyskanie urzędowego poświadczenia znajomości języka polskiego co najmniej na poziomie biegłości A2 wydaje się być poważnie utrudnione także z przyczyn organizacyjnych (przedstawionych w pkt 2.3.). Nie wydaje się, by nakładanie na cudzoziemców takich obowiązków miało głębsze uzasadnienie.

3.3. Wymóg posiadania źródła stabilnego i regularnego dochodu wystarczającego do pokrycia kosztów utrzymania cudzoziemca i członków rodziny pozostających na jego utrzymaniu przez okres

ostatnich 5 lat pobytu w Polsce należałoby dostosować do sytuacji, w której o statut rezydenta długoterminowego UE ubiegają się osoby, które w okresie zaliczanym do pięcioletniego pobytu przebywały w Polsce na podstawie zezwolenia na pobyt czasowy udzielonego w celu kształcenia się na studiach wyższych lub doktoranckich. Jednym z warunków udzielenia tego typu zezwolenia jest wykazanie posiadania wystarczających środków finansowych na pokrycie kosztów utrzymania i podróży powrotnej do państwa pochodzenia lub zamieszkania albo kosztów tranzytu do państwa trzeciego, które udzieli pozwolenia na wjazd oraz kosztu studiów. Zauważyć należy, iż projektodawca, z jednej strony zalicza do pięcioletniego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej połowę okresu pobytu cudzoziemców w Polsce na podstawie zezwoleń udzielonych z uwagi na studia wyższe bądź doktoranckie, z drugiej strony wymaga jednak, by cudzoziemcy ci posiadali stabilne i regularne źródło dochodu przez okres 5 lat pobytu w Polsce. Oznacza to *de facto*, iż okres pobytu cudzoziemca w Polsce na podstawie zezwolenia czasowego w celu kształcenia na studiach wyższych lub doktoranckich nie może zostać zaliczony do pięcioletniego pobytu wymaganego do uzyskania statusu rezydenta długoterminowego UE z uwagi na nieposiadanie w tym czasie stabilnego i regularnego źródła dochodu (art. 204 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 141 pkt 2b).

3.4. W kontekście legalnego i nieprzerwanego pobytu wymaganego do uzyskania zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego UE doprecyzowania wymaga status cudzoziemca, który obowiązany jest opuścić terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w terminie 14 dni od dnia, w którym decyzja o odmowie udzielenia mu zezwolenia na pobyt czasowy stała się ostateczna (art. 286 ust. 6 pkt 1). Projektodawca przyjął, iż pobyt cudzoziemca, który złożył wniosek z zachowaniem terminu, uważa się za legalny od dnia złożenia wniosku do dnia, w którym decyzja o udzieleniu zezwolenia na pobyt czasowy stała się ostateczna (art. 107 ust. 1 pkt 2). Wskazać należy na poważną nieścisłość przedstawionych regulacji, co może powodować poważne problemy interpretacyjne. Literalna wykładnia powołanych przepisów może prowadzić do wniosku, iż przez okres 14 dni od dnia, w którym decyzja odmawiająca udzielenia cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt czasowy stała się ostateczna, cudzoziemiec przebywa w Polsce nielegalnie. Kwestia ta ma kluczowe znaczenie przy ubieganiu się przez cudzoziemców o zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego UE. Projekt ustawy zakłada, iż okresu 14 dni, w których cudzoziemiec zobowiązany jest opuścić terytorium

Rzeczypospolitej Polskiej, nie zalicza się do okresu pięcioletniego legalnego i nieprzerwanego pobytu w Polsce, co uznać należy za zbyt rygorystyczne, a wręcz niedopuszczalne (art. 205 ust. 2 pkt 5). Koniecznym wydaje się wprowadzenie regulacji pozwalającej na uznanie okresu, o którym mowa powyżej, za okres legalnego pobytu w Polsce, zaliczanego do okresu wymaganego do uzyskania zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego UE.

Postulujemy ponadto, by termin na opuszczenie przez cudzoziemca terytorium Rzeczypospolitej Polskiej został wydłużony do 30 dni. Regulacja taka pozwoli na pełną realizację zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego oraz konstytucyjnego prawa do sądu. Ponadto termin 14 dni na wyjazd z miejsca, w którym się długo mieszkało i w którym koncentrowała się aktywność życiowa cudzoziemca, może być zbyt krótki, by pozabawić wszelkie formalności związane z wyjazdem (choćby prozaiczną kwestię spakowania i przewiezienia rzeczy z zajmowanego mieszkania) – por. także uwagi w pkt 5.1.

4. Kontrola legalności pobytu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

Przewidziane w art. 284 ust. 2 projektu ustawy wydawanie protokołu pokontrolnego tylko na wniosek cudzoziemca nie stanowi, w naszej ocenie, wystarczającej gwarancji ochrony jego praw. Protokół winien być wydawany przez organ dokonujący kontroli każdorazowo i obligatoryjnie, bez potrzeby składania wniosku o jego wydanie. Cudzoziemiec może nie mieć bowiem świadomości, że takie prawo mu przysługuje, a biorąc pod uwagę konsekwencje kontroli – możliwość wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu – niezbędne jest posiadanie przez niego zapisu przebiegu wykonywania czynności kontrolnych.

5. Zobowiązanie cudzoziemca do powrotu

5.1. Projekt ustawy w art. 286 ust. 6 przewiduje, że cudzoziemiec, wobec którego została wydana decyzja negatywna, będzie miał obowiązek opuścić terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w terminie 14 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna. Wskazać należy na istniejące rozbieżności dotyczące określenia dnia, w którym decyzja administracyjna staje się ostateczna. Zgodnie z art. 16

k.p.a. decyzja jest ostateczna, kiedy nie służy od niej żaden środek odwoławczy. Warto zauważyć, że nie ma jednolitego stanowiska doktryny ani orzecznictwa odnośnie tego, czy decyzja wydana przez organ drugiej instancji uzyskuje walor ostateczności w dniu jej wydania, czy w dniu doręczenia stronie. Stoimy na stanowisku, iż określenie terminu opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez odwołanie się do momentu uzyskania przez decyzję waloru ostateczności prowadzi do pozostawienia organom stosującym prawo zbyt dużej swobody interpretacyjnej, czego nie da się pogodzić z zasadą praworządności. Aby uniknąć sporów interpretacyjnych w tym zakresie, należałoby wskazać jako dzień rozpoczęcia biegu terminu do opuszczenia terytorium Polski dzień doręczenia decyzji cudzoziemcowi.

Ponadto 14 dniowy termin do opuszczenia Polski jest stanowczo za krótki. Cudzoziemiec powinien mieć zapewnioną odpowiednią ilość czasu na załatwienie nie tylko formalności związanych z powrotem, ale także wszelkich spraw prywatnych i urzędowych. Termin do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez cudzoziemca winien być także skorelowany z terminem do wniesienia skargi do sądu administracyjnego na decyzję o odmowie przyznania mu prawa pobytu. Dlatego właściwym terminem wydaje się być termin 30 dniowy.

5.2. Jako jedną z podstaw wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu projekt ustawy przewiduje niezgodność celu i warunków pobytu cudzoziemca w Polsce z deklarowanymi (art. 287 ust. 1 pkt 14). Jest to przesłanka bardzo nieprecyzyjna i stwarzająca zbyt szerokie pole do interpretacji, co może skutkować nadmierną dowolnością przy jej stosowaniu. Zważywszy na wyjątkowo negatywny charakter decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, podstawy jej wydania powinny być w najwyższym stopniu doprecyzowane i dookreślone. Przesłanka niezgodności celu i warunków pobytu cudzoziemca z deklarowanymi nie spełnia tych warunków. Dlatego też nie powinna stanowić podstawy do wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu.

5.3. W ust. 2 art. 287 projektu ustawy wskazuje się, że przepisów art. 287 ust. 1 pkt 1-3 nie stosuje się w przypadkach, o których mowa w art. 287 ust. 6. Należy zwrócić uwagę, że w projekcie ustawy nie ma takiego przepisu. Najprawdopodobniej chodzi o przepis art. 286 ust. 6. Przyjmując takie założenie, należy uznać, że projektodawca słusznie wyeliminował możliwość wydania decyzji o

zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu na podstawie okoliczności wskazanych w art. 287 ust. 1 pkt 1-3 w okresie, w którym zgodnie z prawem cudzoziemiec może opuścić terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wskazane jest rozszerzenie tej ochrony także na inne okoliczności, a przede wszystkim na pkt 5 oraz 14, jeżeli ten ostatni nie zostanie wykreślony z projektu, o co postulujemy (pkt 5.2.).

5.4. Projekt ustawy przewiduje, iż najdłuższym okresem, na jaki będzie można przedłużyć termin do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w przypadku wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu, będzie okres 1 roku (art. 302 ust. 3). Tak sztywne określenie tego terminu, bez możliwości jego przedłużania w nadzwyczajnych okolicznościach, uznać należy za niepotrzebne i niczym nieuzasadnione ograniczenie dla organów podejmujących decyzję w tym przedmiocie. Może to prowadzić do sytuacji, w których mimo istnienia obiektywnych okoliczności wymuszających obecność cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, trzeba będzie wszcząć wobec niego czynności wydalenkowe. Nie chodzi tu tylko o wypadki dotyczące interesów cudzoziemca, ale także o sytuacje, kiedy jego dalszy pobyt w Polsce leży w interesie państwa, na przykład, gdy zachodzi potrzeba uczestniczenia cudzoziemca w postępowaniu karnym w charakterze świadka. Należy w tym miejscu wskazać, iż ostateczną decyzję w powyższej kwestii będzie podejmował właściwy organ po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego. Nie należy się zatem obawiać nadużywania tej instytucji.

6. Zgoda na pobyt tolerowany

O ile należy zgodzić się z potrzebą gruntownej zmiany instytucji zgody na pobyt tolerowany, to jednak proponowane zmiany w tym zakresie muszą budzić poważne zastrzeżenia.

6.1. Nie można zgodzić się z propozycją, by ochrona prawa do życia w rodzinie oraz ochrona praw dziecka stanowiły podstawę do udzielenia zezwolenia na pobyt czasowy. Należy zauważyć, że wymóg przyznawania prawa pobytu ze względu na życie rodzinne i prawa dziecka wynika z potrzeby poszanowania podstawowych praw człowieka, zatem dominuje tutaj element ochronny. Z tego względu najodpowiedniejszym rozwiązaniem wydaje się być włączenie przesłanek ochrony

prawa do życia rodzinnego oraz ochrony praw dziecka do przesłanek udzielania ochrony humanitarnej zgodnie z ustawą o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Włączenie ochrony prawa do życia rodzinnego oraz praw dziecka do przesłanek udzielania zgody na pobyt czasowy jest mieszaniem dwóch diametralnie różnych zjawisk migracyjnych, co w konsekwencji doprowadzić może do dalszej marginalizacji cudzoziemców, którym przyznano lub będzie przyznane prawo pobytowe na powyższych podstawach. Natomiast bardzo wątpliwe wydaje się być osiągnięcie w ten sposób celu, jakim jest zachęcenie tej grupy osób do znalezienia legalnej pracy i uzyskania zezwolenia na pobyt czasowy i pracę.

6.2. Zgodnie z projektem ustawy cudzoziemcy, którym udzielono zgody na pobyt tolerowany, stracą prawo do pracy. Wskazać należy, iż może to doprowadzić do utraty legalnego zatrudnienia pracujących obecnie cudzoziemców. Ich dotychczasowi pracodawcy raczej niechętnie będą bowiem wszczynać postępowania w sprawie uzyskania zezwolenia na pracę, chociażby ze względu na skomplikowane procedury. Należy także zauważyć, że część tej grupy cudzoziemców stanowią osoby, którym udzielono zgody na pobyt tolerowany ze względu na więzi rodzinne z dzieckiem – obywatelem Polski. Zamiana zgody na pobyt tolerowany zgodnie z art. 489 ust. 1 pkt 1b na zezwolenie na pobyt czasowy bez prawa do pracy odbije się negatywnie na sytuacji tych dzieci (obniżenie warunków materialnych rodziny). Należy zatem stwierdzić, iż projektowane rozwiązanie zamiast ustabilizować sytuację tej grupy cudzoziemców, spowoduje raczej jej destabilizację.

Należałoby także dodać, że powyższa grupa cudzoziemców oprócz prawa do pracy utraci także inne i tak skromne uprawnienia w zakresie pomocy społecznej, co uznać należy za nieuzasadnione. Ustawodawca powinien raczej dążyć do rozszerzenia praw socjalnych tej grupy cudzoziemców, zamiast pozbawiać ich i tak już bardzo ograniczonych uprawnień. Co więcej takie uregulowanie spowoduje potem problemy praktyczne, bowiem cudzoziemcowi z pobytem tolerowanym, który znalazł się w sytuacji skrajnej nędzy, bezdomności czy choroby nie będzie można udzielić zgodnie z prawem żadnej pomocy. Spychanie przez państwo tej grupy cudzoziemców w sytuację skrajnego ubóstwa jest sprzeczne z wiążącymi Polskę umowami międzynarodowymi. Należy także zauważyć, że prawo do zasiłku celowego jest uznaniową decyzją

gminy, a prawo do pomocy interwencyjnej powinna posiadać każda osoba, która przebywa w Polsce, niezależnie od jej statusu prawnego, tym bardziej osoby z udokumentowanym pobytem.

6.3. Należy wskazać na brak konsekwencji w zakresie określenia uprawnień cudzoziemców, którym ma być udzielana ochrona humanitarna. Zgodnie z projektem ustawy, cudzoziemcy z ochroną humanitarną uzyskają prawo do świadczeń rodzinnych i prawo do nauki na uczelniach wyższych, jednak, podobnie jak obecnie osoby ze zgodą na pobyt tolerowany, będą mogli korzystać z pomocy społecznej w bardzo ograniczonym zakresie oraz nie będą mieli prawa do pomocy integracyjnej. Należy wskazać, że cudzoziemcy z ochroną humanitarną, tak samo jak cudzoziemcy ze statusem uchodźcy oraz ochroną uzupełniającą, będą stanowić grupę migrantów przymusowych. Z tego względu zasadnym jest przyznanie im podobnych uprawnień.

6.4. Za całkowite nieporozumienie należy uznać pozbawienie i tak już skromnych uprawnień w postaci prawa do pracy i ograniczonych świadczeń społecznych cudzoziemców, którym została lub będzie udzielona zgoda na pobyt tolerowany ze względu na niemożność wydalenia. Taka regulacja oznacza, że władze polskie będą przyznawać cudzoziemcom prawo pobytu bez przyznania im uprawnień do zdobycia legalną drogą środków na utrzymanie oraz bez możliwości wsparcia ze strony państwa w trudnych sytuacjach życiowych. Może to doprowadzić do zepchnięcia tej grupy cudzoziemców na margines społeczeństwa, a czasami wręcz do środowiska przestępczego. Wskazane jest więc utrzymanie dotychczasowych uprawnień dla cudzoziemców z pobytem tolerowanym w postaci prawa do pracy i ograniczonych świadczeń z pomocy społecznej, jeżeli wręcz nie rozszerzenie ich przez zagwarantowanie pełnego dostępu do pomocy społecznej i świadczeń rodzinnych.

6.5. Generalnie warto byłoby także jeszcze raz przemyśleć reformę instytucji pobytu tolerowanego. Zdaniem Stowarzyszenia, biorąc pod uwagę powyższe uwagi, należy rozważyć zmianę tej instytucji na następujące:

- osoby, które obecnie otrzymują pobyt tolerowany na podstawie art. 97 ust. 1 pkt. 1 i którym projekt proponuje nadać ochronę humanitarną, powinny być włączone do przesłanek otrzymania ochrony

uzupełniającej. Przesłanki ochrony uzupełniającej i nowej ochrony humanitarnej nie są rozłączne i część z nich na siebie zachodzi. Z punktu widzenia techniki prawodawczej jest to nieuzasadnione. Powodowało będzie także wątpliwości interpretacyjne przy stosowaniu tych przepisów i może skutkować różnicowaniem sytuacji cudzoziemców.

- osoby, które obecnie otrzymują pobyt tolerowany na podstawie art. 97 ust. 1 pkt. 1a powinny otrzymywać w projekcie ochronę humanitarną w miejsce zezwolenia na pobyt czasowy. Uprawnienia nowej formy ochrony powinny być tożsame z ochroną uzupełniającą, z ew. wykluczeniem prawa do pomocy integracyjnej.

- pobyt tolerowany w nowej wersji powinien objąć osoby, które obecnie otrzymują pobyt tolerowany na podstawie art. 97 ust. 1 pkt. 2 – tak, jak jest to proponowane w projekcie, jednak zachowane powinny być wszystkie uprawnienia, jakie i obecnie przysługują osobom z pobytami tolerowanymi.

7. Postępowanie w sprawie zatrzymania cudzoziemca, umieszczenie go w strzeżonym ośrodku lub zastosowanie wobec niego aresztu dla cudzoziemców.

7.1. Uregulowania zawarte w rządowym projekcie ustawy o cudzoziemcach zakładają, iż w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców będzie mógł zostać umieszczony małoletni bez opieki, który ukończył 13 rok życia. Poprzez brak całkowitego zakazu detencji dzieci nie do końca jasna staje się zatem sytuacja małoletnich, którzy posiadają na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej swoich prawnych opiekunów. Z wykładni językowej art. 372 ust. 2 mogłoby bowiem wynikać, że w ośrodku strzeżonym będą mogli być umieszczeni jedynie małoletni bez opieki powyżej 13 roku życia, a zatem – już nie pozostałe kategorie małoletnich cudzoziemców. Jednakże w art. 388 ust. 3 projektodawca wskazuje, iż cudzoziemcowi umieszczonemu wraz z małoletnim, pozostającym pod jego władzą zostanie zapewniony wspólny pokój, co potwierdza, iż projektodawca utrzymał w proponowanych przepisach generalne dozwoleństwo dla stosowania środków detencyjnych wobec małoletnich dzieci cudzoziemskich.

W naszym przekonaniu, w nowej ustawie o cudzoziemcach winien zostać wprowadzony całkowity zakaz umieszczania w strzeżonych ośrodkach dla cudzoziemców wszystkich kategorii małoletnich, przy jednoczesnym wprowadzeniu alternatywnych środków zapobiegawczych, poddających kontroli miejsce ich przebywania, lecz niewiążących się z pozbawieniem wolności.

Zawarte w rządowym projekcie ustawy uregulowania dotyczące stosowania środków detencyjnych wobec małoletnich dzieci cudzoziemskich – aczkolwiek częściowo ograniczające ich prawną dopuszczalność – wciąż pozostawałyby w sprzeczności z przepisem art. 17 tzw. dyrektywy powrotowej, zgodnie z którym umieszczenie dzieci w ośrodku detencyjnym możliwe jest „jedynie w ostateczności i na możliwie najkrótszy odpowiedni okres czasu”. Należy jednocześnie podkreślić, że dyrektywa pozwala państwom członkowskim na wprowadzenie przepisów bardziej liberalnych, skutecznie chroniących dobro dziecka, co w naszej ocenie, należy uwzględnić w przepisach nowej ustawy o cudzoziemcach. Takie rozwiązania pozwoliłyby na zachowanie kontroli państwowej nad nieudokumentowanymi cudzoziemcami, nie naruszając jednak przy jej wykonywaniu praw dzieci.

Polska jest zobowiązana do przestrzegania praw każdego dziecka, a zatem również dziecka cudzoziemca. Proponowane w projekcie ustawy rozwiązanie, aby sytuację prawną dzieci cudzoziemców w zakresie dopuszczalności stosowania detencji uzależniać od kryterium osiągnięcia przez nie granicznego wieku 13 lat oraz od okoliczności, czy pozostają one pod opieką, czy też są tej opieki pozbawione, nie tylko stałoby w sprzeczności z regulacjami prawnomiędzynarodowymi wiążącymi nasz kraj, ale – jeśli porównamy dane dotyczące liczby dzieci z opiekunami i pozbawionych opieki, umieszczanych w ośrodkach strzeżonych na podstawie dotychczasowych przepisów¹ – byłoby pozbawione racjonalnego uzasadnienia. Liczba małoletnich cudzoziemców pod opieką rodziców, którzy zostali umieszczeni w ośrodkach strzeżonych dla cudzoziemców, kształtowała się w poszczególnych latach następująco:

Rok	liczba małoletnich z opiekunami	liczba małoletnich bez opieki
2007 r.	27	0
2008 r.	136	6
2009 r.	326	5
2010 r.	694	5
2011 r.	506	10
2012 r. (I-III)	6	1

¹ Dane otrzymane od Straży Granicznej.

Obowiązek objęcia szczególną troską wszystkich dzieci, a więc małoletnich do ukończenia przez nich 18 roku życia, wynika z przyjętych przez Polskę zobowiązań międzynarodowych. Konwencja Praw Dziecka w art. 2 zakazuje karania dzieci za czyny rodziców. Artykuł 3 Konwencji nakazuje kierowanie się najlepszym interesem dziecka we wszystkich działaniach władz publicznych dotyczących małoletnich. Artykuł 37 Konwencji stanowi natomiast, iż detencja może być zastosowana wobec wszystkich dzieci jedynie jako środek ostateczny i na właściwy, możliwie najkrótszy czas.

Zgodnie z zaleceniami Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej, detencja może być stosowana jako środek wyjątkowy i ostateczny (*measure of last resort*) w sytuacji, gdy zastosowanie innych środków nie jest celowe². Tymczasem przepisy zawarte w projekcie ustawy nie zawężają w sposób wystarczający możliwości stosowania instrumentów detencyjnych wobec dzieci, wyłączając spod ich stosowania jedynie małoletnich bez opieki poniżej 13 roku życia, ewentualnie tych, wobec których zastosowano wolnościowy środek zapobiegawczy w związku z zatrzymaniem przy próbie nielegalnego przekroczenia polskiej granicy państwowej albo jej przekroczeniem wbrew przepisom. Należy w tym miejscu podkreślić, że zastosowanie środków izolacyjnych ma – i miałoby nadal, w przypadku zaaprobowania przedmiotowych przepisów w brzmieniu proponowanym przez projektodawcę – zawsze negatywny wpływ na zdrowie fizyczne i psychiczne wszystkich dzieci poddanych ich oddziaływaniu, które odseparowane od rodziców czy też innych opiekunów prawnych są szczególnie narażone na negatywne skutki, jakie wywiera detencja.

Ze wskazanych powyżej względów, stoimy na stanowisku, iż w nowej ustawie o cudzoziemcach powinno znaleźć się rozwiązanie, zgodnie z którym wszystkie dzieci, bez względu na wiek i fakt przebywania na terenie Polski z opiekunem czy też bez opieki, powinny zostać wyłączone spod stosowania przepisów o umieszczaniu w strzeżonych ośrodkach dla cudzoziemców.

² Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Detention of third-country nationals in return procedures, wrzesień 2010, raport dostępny na stronie: http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/2010/2010_en.htm [strona z dn. 18.06.2012 r.].

7.2. Z zadowoleniem należy przyjąć zaproponowane w projekcie ustawy wprowadzenie katalogu wolnościowych środków zapobiegawczych stosowanych wobec cudzoziemców, którzy nielegalnie przekroczyli albo też usiłowali przekroczyć granicę. Dotychczas niejednokrotnie osoby, ubiegające się o nadanie statusu uchodźcy w Polsce, były na wniosek odpowiedniego organu Straży Granicznej umieszczane w ośrodku strzeżonym w związku z nielegalnym przekroczeniem przez nich polskiej granicy państwowej, podczas gdy dla wielu z nich takie zachowanie było jedyną szansą na wyjazd z kraju pochodzenia i wnioskowanie o udzielenie ochrony międzynarodowej (por. art. 31 Konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców).

Tym niemniej, należałoby jasno wprowadzić zasadę nie-detencji jako naczelną przy stosowaniu wobec cudzoziemców środków kontrolnych, zgodnie z którą środki detencyjne wobec cudzoziemców mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy inne instrumenty przewidziane przez prawo okażą się niewystarczające (analogicznie jak zostało to uregulowane w art. 257 § 1 i art. 259 § 1 kodeksu postępowania karnego w odniesieniu do tymczasowego aresztowania). Tego rodzaju cel można byłoby osiągnąć poprzez przebudowę art. 373, w którego ustępie pierwszym winny znaleźć się wprowadzane przez projektodawcę nieizolacyjne środki zapobiegawcze, w ustępie drugim zaś – umieszczenie w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców, jako *ultima ratio* wobec środków wolnościowych. Tego rodzaju zmiana pozwoliłaby jednocześnie na rozszerzenie zakresu stosowania innych niż detencyjne środków zapobiegawczych na wszystkich cudzoziemców wymienionych obecnie w ustępie pierwszym komentowanego artykułu. Stoimy na stanowisku, że byłoby to działanie nie tylko ze wszech miar uzasadnione, ale wiążące się jednocześnie ze znacznym zmniejszeniem ponoszonych obecnie przez budżet państwa kosztów utrzymywania ośrodków strzeżonych.

7.3. Wadą rządowego projektu ustawy jest brak uregulowania analogicznego do przepisu art. 88 ust. 2 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP, stanowiącego o prawnej niedopuszczalności umieszczenia w ośrodku strzeżonym osoby, której stan psychofizyczny stwarza domniemanie, że była ona ofiarą przemocy oraz osoby niepełnosprawnej. Wprowadzenie takiego zapisu obok dyrektywy ogólnej przewidzianej przez art. 375 projektu ustawy (sytuacja niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia cudzoziemca), wymagałoby wypracowania w projekcie

ustawy o cudzoziemcach procedur, pozwalających na zdiagnozowanie ofiar przemocy. Z kolei wobec faktu, iż wymieniona w komentowanym przepisie przesłanka „zdrowie” była dotychczas niejednokrotnie rozumiana przez sądy orzekające w sprawach detencji cudzoziemców jedynie jako zdrowie fizyczne, zasadnym byłoby – mając na uwadze szkody, jakie dla zdrowia psychicznego osoby może spowodować zastosowanie wobec niej środka w postaci pozbawienia wolności – zmiana zaproponowanego brzmienia art. 375 poprzez zapis, stanowiący wprost, iż środki izolacyjne nie mogą być stosowane w przypadku, kiedy takie działanie mogłoby spowodować niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia fizycznego lub psychicznego osób, które miałyby zostać im poddane.

7.4. Zdecydowanie należy sprzeciwić się wprowadzanemu przez projektodawcę uregulowaniu, zgodnie z którym okres pobytu w ośrodku strzeżonym po złożeniu wniosku o nadanie statusu uchodźcy nie byłby wliczany do 12-miesięcznego maksymalnego okresu stosowania tego rodzaju środka zapobiegawczego. Poprzez użycie takiego sformułowania, tj. poprzez podtrzymanie zaproponowanego w rządowym projekcie ustawy brzmienia art. 378, dopuszczano by bowiem do nielimitowanego w istocie pobytu w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców osób, które zostały tam umieszczone w toku postępowania o nadanie statusu uchodźcy w Polsce.

Podobnie zdecydowanie krytycznie należy odnieść się do przepisu ustępu pierwszego w art. 378, zgodnie z którym postanowienie o umieszczeniu cudzoziemca w ośrodku strzeżonym mogłoby zostać wydane na okres do 6 miesięcy. Stoimy na stanowisku, że tego rodzaju regulacja, nie tylko traktująca cudzoziemców mniej korzystnie, niż osoby przeciwko którym toczy się postępowanie karne (stosownie do art. 263 § 1 k.p.k. stosując tymczasowe aresztowanie sąd oznacza jego termin na okres nie dłuższy niż 3 miesiące), ale wyraźnie pogarszająca ich sytuację prawną w stosunku do obecnie obowiązujących przepisów, nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. Sąd powinien często weryfikować podstawy i powody przetrzymywania cudzoziemca w izolacji.

7.5. Mając na uwadze potrzebę zapewnienia szybkości postępowań, dotyczących zwalniania cudzoziemców z ośrodków strzeżonych, zasadnym wydaje się przyznanie organom Straży Granicznej i Policji uprawnień prokuratora, o których mowa w art. 253 § 2 k.p.k., tj. możliwości uchylania (albo zmiany na łagodniejszy) środka zapobiegawczego orzeczonego przez sąd.

Zaproponowane przez projektodawcę podtrzymanie stanu obecnego w tym zakresie, tzn. braku kompetencji wskazanych powyżej organów do samodzielnego wydawania postanowień o zwolnieniu z ośrodka strzeżonego w przypadku stwierdzenia jednej z okoliczności, o których mowa w art. 380 ust. 1, nie znajduje merytorycznego uzasadnienia. Z oczywistych przyczyn, organ sprawujący nadzór nad ośrodkiem strzeżonym poweźmie informację o zaktualizowaniu się w sprawie określonej osoby jednej z przesłanek do wydania postanowienia o zwolnieniu z ośrodka szybciej niż sąd, który będzie zmuszony do wyznaczenia posiedzenia i dopiero wówczas będzie mógł rozstrzygać w tym zakresie.

7.6. W odniesieniu do roszczeń cudzoziemców związanych z niesłusznym zastosowaniem wobec nich środka detencyjnego, zasadne byłoby stosowanie właściwych przepisów k.p.k. odpowiednio, nie zaś – wprost. Tego rodzaju modyfikacja w stosunku do brzmienia zaproponowanego w rządowym projekcie ustawy umożliwiłaby – właściwe do specyfiki spraw o odszkodowanie za niesłusne umieszczenie w ośrodku strzeżonym albo areszcie dla cudzoziemców – stosowanie poszczególnych przepisów karnoprosesowych wprost, z niezbędnymi modyfikacjami lub też niestosowanie ich w ogóle.

7.7. Stoimy na stanowisku, że w art. 387 należałoby uregulować kwestię mechanizmów służących identyfikacji ofiar tortur, celem niedopuszczenia do zastosowania wobec nich środków detencyjnych niesłusnie już orzeczonych (por. komentarz w pkt 7.3.) oraz dla umożliwienia – w oparciu o tak stwierdzone fakty – natychmiastowego skierowania przez właściwy organ Straży Granicznej wniosku do sądu o zwolnienie takiej osoby z ośrodka strzeżonego albo też samodzielnego wydania przez właściwy organ tego rodzaju postanowienia (por. komentarz w pkt 7.5.).

7.8. W sposób krytyczny należy odnieść się do braku – na poziomie ustawowym – regulacji, dotyczących powierzchni mieszkalnej oraz wyposażenia pomieszczeń, w których umieszczani mieliby być cudzoziemcy.

Należy podkreślić, że w przypadku ewentualnego podtrzymania przez projektodawcę stanowiska o dopuszczalności stosowania środków detencyjnych wobec małoletnich dzieci

cudzoziemców, krytycznie należy odnieść się do uregulowania o umieszczaniu ich w warunkach, uniemożliwiających kontakt z osobami dorosłymi. Byłoby to bowiem nie tylko trudne z techniczno-organizacyjnego punktu widzenia, ale – co o wiele istotniejsze – mogłoby prowadzić do alienacji takich osób i w sposób negatywny wpływać na ich stan psychofizyczny – z danych Straży Granicznej wynika bowiem, że liczba takich osób jest znikoma, zatem przebywałyby one w pełnej izolacji.

7.9. W naszej ocenie, w art. 389, przed wymienieniem w punktach jego szczegółowych praw, powinna się znaleźć regulacja, zgodnie z którą cudzoziemcowi umieszczonemu w ośrodku strzeżonym należy zapewnić warunki gwarantujące mu maksymalną ochronę jego wolności i praw, w możliwie najwyższym stopniu zbliżone do wolnościowych, w szczególności zaś te, o których mowa w punktach od 1 do 18, z tym jednakże zastrzeżeniem, że w odniesieniu do pkt 18 postulujemy rozszerzenie kręgu osób, które za zgodą odpowiedniego organu Straży Granicznej mogłyby odbywać widzenie z osadzonym, na wszystkie osoby przez niego wskazane, nie zaś wyłącznie osoby mu bliskie.

7.10. Uregulowanie art. 390 ust. 2, przewidujące, iż dzieci cudzoziemcy umieszczone w ośrodku strzeżonym mogą uczestniczyć w zajęciach dydaktyczno-wychowawczych, pozostawia kierownikowi takiego ośrodka, jak również rodzicom (opiekunom) dziecka oraz jemu samemu zbyt duży, w naszym przekonaniu, zakres luzu decyzyjnego w zakresie realizacji obowiązku szkolnego. Stoimy na stanowisku, że przepis ten powinien zawierać jednoznaczne stwierdzenie, iż w strzeżonych ośrodkach zapewnia się realizację obowiązku szkolnego przez umieszczone w nich dzieci. Należy równocześnie pokreślić, że w przypadku postulowanej rezygnacji z zamiaru podtrzymania dopuszczalności stosowania izolacyjnych środków zapobiegawczych wobec małoletnich uregulowanie to stałoby się bezprzedmiotowe i winno być usunięte z nowej ustawy o cudzoziemcach.

7.11. Stoimy na stanowisku, że wobec częstych sporów w ośrodkach strzeżonych powstałych na tle sprzątnięcia wspólnych toalet, należałoby doprecyzować i uściślić rozumienie terminu „czystość

pomieszczeń” (art. 392 pkt 5), poprzez wskazanie, jakie pomieszczenia winny być utrzymywane w czystości przez samych cudzoziemców umieszczonych w ośrodku detencyjnym, a w których pomieszczeniach tego rodzaju czynności powinny wykonywać podmioty zewnętrzne czy też sami osadzeni, uzyskując jednakże za ich wykonywanie odpowiednie wynagrodzenie. Uważamy, że zmuszanie cudzoziemców do dbania o czystość publicznie dostępnych toalet może być dla nich upokarzające, szczególnie biorąc pod uwagę różnice kulturowe osób, które w ośrodkach tych przebywają.