

Zobowiązanie cudzoziemca do powrotu – nowa jakość w polskim prawie o cudzoziemcach? Refleksje o wdrożeniu dyrektywy powrotowej

Wprowadzenie

1 maja 2014 r. – dzień jubileuszu dziesięciolecia członkostwa Polski w Unii Europejskiej (UE) – jest równocześnie dniem wejścia w życie Ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach¹. Biorąc pod uwagę trwający od lat dziewięćdziesiątych XX w. intensywny proces europeizacji polskiego prawa o cudzoziemcach, fakt ten nabiera symbolicznego wymiaru². Nowa ustawa stanowi bowiem kolejny etap w tym procesie – zastępuje wielokrotnie nowelizowaną ustawę o cudzoziemcach z 2003 r.³, nadając regulacji bardziej uporządkowaną strukturę oraz transponując do polskiego porządku prawnego piętnaście dyrektyw unijnych. Jedną z nich jest Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE

¹ Dz. U. 2013, poz. 1650, dalej „u.o.c. z 2013 r.”.

² Pod pojęciem „europeizacji prawa o cudzoziemcach” należy rozumieć proces systematycznego wpływania prawa Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego obowiązującego w obrębie regionu europejskiego na formalny i merytoryczny kształt polskiego prawa o cudzoziemcach; por. J. Jagielski, *Europeizacja prawa administracyjnego materialnego (na przykładzie prawa migracyjnego)*, w: *Europeizacja polskiego prawa administracyjnego*, pod red. Z. Janku, Z. Leońskiego, M. Szewczyka, M. Waligórskiego, K. Wojtczak, Wrocław 2005, s. 36–37. Termin „prawo o cudzoziemcach” będzie tu używany w najwęższym znaczeniu, tj. na oznaczenie przepisów regulujących zasady wjazdu, pobytu i wyjazdu cudzoziemców z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; por. idem, *Kilka uwag o polskim prawie o cudzoziemcach na obecnym etapie*, w: *Status prawny cudzoziemca w Polsce*, pod red. M. Zdanowicz, „Białostockie Studia Prawnicze” 2007, z. 2, s. 105–106.

³ Ustawa z dnia 13 VI 2003 r. o cudzoziemcach (tekst jedn. Dz. U. 2011 Nr 264, poz. 1573 ze zm.), dalej „u.o.c. z 2003 r.”.

z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, zwana dyrektywą powrotową⁴.

Jest ona jednym z instrumentów unijnej polityki powrotów⁵. Ustanawia standardy i procedury związane z wyjazdem z terytoriów państw członkowskich cudzoziemców – obywateli państw trzecich – przebywających tam niezgodnie z prawem. Ideą leżącą u podstaw szczegółowych rozwiązań prawnych jest pierwszeństwo samodzielnego (tzw. „dobrowolnego”) wyjazdu cudzoziemca przed wyjazdem przymusowym. Co do zasady, w decyzji nakazującej powrót wyznacza się cudzoziemcowi termin dobrowolnego wyjazdu. Dopiero w razie niezastosowania się do tego obowiązku następuje przymusowe wykonanie decyzji, nazwane w dyrektywie wydaleniem. Poza przypadkiem niewykonania obowiązku przez cudzoziemca przymusowy powrót następuje tylko w ściśle określonych, wyjątkowych okolicznościach. Ważnym elementem decyzji jest orzeczenie zakazu ponownego wjazdu i zindywidualizowanie długości okresu jego obowiązywania.

W rezultacie w u.o.c. z 2013 r. w miejsce równolegle funkcjonujących instytucji wydalenia – obecnego w polskim systemie prawnym od czasów II Rzeczypospolitej⁶ – oraz zobowiązania cudzoziemca do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (RP) – wprowadzonego w 2001 r.⁷ – pojawia się nowa instytucja zobowiązania cudzoziemca do powrotu. W warstwie językowej zmiana ta wydaje się znacząca; wszak „powrót” ma zupełnie inne – niekoniecznie nawet negatywne – konotacje niż „wydalenie”, kojarzące się z wyrzuceniem, czy surowo brzmiące

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 XII 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (Dz. Urz. UE L 348 z 24 XII 2008 r., s. 98 i n.), dalej „dyrektywa powrotowa” lub „dyrektywa”.

⁵ Zob. dokument dotyczący m.in. implementacji dyrektywy powrotowej i jej skutków dla realizacji polityki powrotów: *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the EU Return Policy*, COM (2014) 199 final, Brussels, 28 III 2014, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/immigration/return-readmission/docs/communication_on_return_policy_en.pdf (dostęp: 30 III 2014).

⁶ Art. 10–12 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 13 VIII 1926 r. o cudzoziemcach (Dz. U. R.P. Nr 83, poz. 465); art. 15 i n. Ustawy z dnia 29 III 1963 r. o cudzoziemcach (tekst jedn. Dz. U. 1992 Nr 7, poz. 30 ze zm.); art. 52 i n. Ustawy z dnia 25 VI 1997 r. o cudzoziemcach (tekst jedn. Dz. U. 2001 Nr 127, poz. 1400 ze zm.); art. 88 i n. u.o.c. z 2003 r.

⁷ Art. 51f i n. Ustawy z dnia 25 VI 1997 r. o cudzoziemcach; art. 97 i n. u.o.c. z 2003 r.

„opuszczenie terytorium”. Nie można jednak zakładać, że wprowadzone zmiany mają wymiar li tylko językowy. Nasuwają się zatem pytania, czy stanowią mniejszą bądź większą korektę dotychczasowych standardów, czy też oznaczają zupełnie nową jakość regulacji zakończenia niezgodnego z prawem pobytu cudzoziemca w Polsce. Są etapem ewolucji polskiego prawa o cudzoziemcach dokonującej się w znacznej mierze pod wpływem prawa UE, czy też stanowią w tym prawie rozwiązania rewolucyjne? Odpowiedź na te pytania ma znaczenie o tyle istotne, iż sposób traktowania cudzoziemca w ogóle, a już szczególnie cudzoziemca przebywającego na terytorium danego państwa niezgodnie z prawem, jest swego rodzaju probierzem stosunku społeczeństwa do idei stojących za instrumentami ochrony praw człowieka. Jak bowiem pisał J. Białocerkiewicz, „prawo regulujące pozycję cudzoziemca i jego stosowanie w praktyce stanowi faktyczny sprawdzian przestrzegania przez dane państwo standardów międzynarodowych w zakresie ochrony praw człowieka, ale jednocześnie jest wykładnikiem skali koniecznych ograniczeń w demokratycznym społeczeństwie przy realizacji celów prawowych, zmierzających do ochrony praw i interesów państwa lub praw i wolności innych jednostek”⁸.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie refleksji nasuwających się po analizie odnośnych przepisów u.o.c. z 2013 r. transponujących postanowienia dyrektywy powrotowej i porównanie ich z dotychczas obowiązującymi w Polsce rozwiązaniami prawnymi, połączone z próbą odpowiedzi na postawione wyżej pytania. Nie jest natomiast zamysłem autorki, by na tej podstawie stawiać prognozy dotyczące praktycznych skutków wprowadzenia nowych rozwiązań prawnych. Z pewnością, interesujące i przydatne zarazem byłyby tu badania prowadzone przez przedstawicieli różnych nauk społecznych w celu oceny wpływu omawianych zmian prawnych na sytuację cudzoziemców w Polsce i tego, jak owe zmiany są przez nich postrzegane, a z drugiej strony – jakie znaczenie mają w praktyce funkcjonowania organów stosujących prawo w omawianym zakresie.

Punktem wyjścia rozważań musi być prezentacja dyrektywy powrotowej oraz historii jej wdrożenia do polskiego systemu prawnego. Następnie wskazane zostaną najważniejsze różnice i podobieństwa dotyczące dotychczasowej oraz nowo wprowadzonej konstrukcji

⁸ J. Białocerkiewicz, *Cudzoziemcy w Rzeczypospolitej Polskiej. Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 wraz z przepisami wykonawczymi. Komentarz*, Toruń 1998, s. 23–24.

zakończenia niezgodnego z prawem pobytu cudzoziemca. Niezbędna będzie pogłębiona miejscami analiza wielu aspektów materialnoprawnych i proceduralnych. Nie wszystkie nowe rozwiązania mają swoje podłoże w dyrektywie powrotowej – wiele nie stanowi bezpośredniego skutku jej transpozycji. Ponieważ jednak składają się one na ukształtowanie instytucji zobowiązania cudzoziemca do powrotu, która stanowi konsekwencję wdrożenia dyrektywy, nie sposób ich tu pominąć. Rozważania zamykać będzie część poświęcona refleksjom wysnutym na bazie przeprowadzonej analizy.

Dla porządku trzeba zwrócić uwagę, że w dyrektywie powrotowej poświęcono sporo uwagi sprawom związanym z detencją cudzoziemca. Ta część dyrektywy i wdrażających ją przepisów polskiego ustawodawstwa w niniejszym artykule będzie w zasadzie pominięta, gdyż w założeniu ma on być poświęcony raczej samemu zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu jako nowej instytucji w polskim prawie o cudzoziemcach. Zatrzymanie cudzoziemca, umieszczenie go w strzeżonym ośrodku lub areszcie w celu wydalenia nie są zaś nowymi środkami w polskim porządku prawnym. Nie oznacza to oczywiście braku przekonania autorki o wadze uregulowania tych jakże poważnych kwestii ani braku świadomości wprowadzonych w nowych przepisach zmian w tym zakresie. Ze względu na szerokie spektrum zagadnień związanych z tą problematyką wskazane byłoby jednak poświęcenie im odrębnego opracowania, aby nie odejść zbyt daleko od głównego wątku niniejszych rozważań.

1. Dyrektywa powrotowa i jej wdrożenie do polskiego porządku prawnego

Dyrektywa powrotowa w art. 1 określa wspólne normy i procedury, które mają być stosowane przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich – odnosi się zatem przede wszystkim do sfery proceduralnej. Regulacja obejmuje cały proces zakończenia nielegalnego pobytu: od wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu, poprzez jej wykonanie (dobrowolne lub przymusowe; także to z zastosowaniem środka detencyjnego), ewentualne wstrzymanie wykonania, aż po realizację orzeczonego zakazu ponownego wjazdu oraz wniesienie środka odwoławczego. Nie oznacza to całkowitego oderwania przepisów dyrektywy od problematyki materialnoprawnej, jednak odniesienia do niej nie rozstrzygają

wielu tak kluczowych kwestii, jak na przykład przesłanki (pozytywne i negatywne) wydania decyzji nakazującej powrót. Ogólną wskazówkę przy implementacji dyrektywy stanowi art. 5, który zobowiązuje państwa do „należytego uwzględnienia” dobra dziecka, życia rodzinnego oraz stanu zdrowia danego obywatela państwa trzeciego i stosowania zasady *non-refoulement*.

Bardzo istotna jest kwestia podmiotowego zakresu zastosowania dyrektywy. W myśl art. 2 stosuje się ją zasadniczo do obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium państwa członkowskiego; nie ma zaś zastosowania do osób korzystających ze wspólnotowego prawa do przemieszczania się. Dlatego w rozumieniu dyrektywy „obywatel państwa trzeciego” oznacza osobę niebędącą obywatelem Unii ani inną osobą korzystającą ze wspólnotowego prawa do swobodnego przemieszczania się.

Fundamentalne znaczenie ma definicja „nielegalnego pobytu”. W ujęciu dyrektywy termin ten stosowany jest na określenie obecności na terytorium państwa członkowskiego obywatela państwa trzeciego, który nie spełnia warunków wjazdu do państwa członkowskiego określonych w art. 5 kodeksu granicznego Schengen⁹ albo innych warunków wjazdu, pobytu lub zamieszkania w tym państwie członkowskim, bądź też przestał je spełniać. Zgodnie z art. 6 ust. 1, co do zasady, każdemu obywatelowi państwa trzeciego nielegalnie przebywającemu na terytorium państw członkowskich wydaje się decyzję nakazującą powrót. W tym ujęciu pobyt nie staje się nielegalny w momencie wydania decyzji tę nielegalność stwierdzającej ani w momencie, gdy decyzja ta staje się ostateczna. Jego nielegalny charakter wynika z samego faktu niespełnienia przez obywatela państwa trzeciego warunków wjazdu lub pobytu. Jeśli zaś chodzi o same warunki wjazdu i pobytu, dyrektywa – poza odesłaniem do art. 5 kodeksu granicznego Schengen – o nich nie przesądza. Wyjątki od zasady, w myśl której każdemu obywatelowi państwa trzeciego przebywającemu nielegalnie na terytorium państwa członkowskiego wydaje się decyzję nakazującą powrót, określa art. 6 ust. 2–5. I tak, jeżeli posiada on ważne zezwolenie na pobyt lub inne zezwolenie upoważniające do pobytu wydane przez inne państwo członkowskie, ma przede wszystkim obowiązek natychmiast udać się na terytorium tego państwa; decyzję nakazującą powrót wydaje się dopiero w sytuacji,

⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 562/2006 z dnia 15 III 2006 r. ustanawiające wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (Dz. Urz. UE L 105 z 13 IV 2006 r.).

gdy dany obywatel państwa trzeciego nie wypełni tego obowiązku lub gdy jego natychmiastowy wyjazd jest konieczny ze względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa narodowego. Jeśli obywatel państwa trzeciego zostanie przyjęty przez inne państwo członkowskie na podstawie dwustronnych umów lub porozumień obowiązujących w chwili wejścia w życie dyrektywy, państwo członkowskie może wstrzymać się od wydania decyzji nakazującej powrót – w tym wypadku decyzję wydaje państwo, które przyjęło obywatela państwa trzeciego. Decyzji nakazującej powrót nie wydaje się, a wydaną uchyla lub zawiesza, jeżeli państwo członkowskie skorzysta z możliwości udzielenia obywatelowi państwa trzeciego zezwolenia upoważniającego do pobytu ze względu na jego ciężką sytuację albo z innych, w szczególności humanitarnych przyczyn. Jeśli wobec danego obywatela państwa trzeciego toczy się procedura mająca na celu przedłużenie ważności zezwolenia na pobyt lub innego zezwolenia upoważniającego do pobytu, państwo członkowskie ma obowiązek rozważyć wstrzymanie się od wydania decyzji nakazującej powrót aż do zakończenia toczącej się procedury.

Należy zwrócić uwagę, że w myśl art. 6 ust. 6 nie wyklucza się podejmowania przez państwa członkowskie decyzji o zakończeniu legalnego pobytu wraz z decyzją nakazującą powrót lub decyzją o wykonaniu wydalenia bądź zakazem wjazdu w ramach jednej decyzji administracyjnej lub orzeczenia sądowego. Trzeba też pamiętać, iż w rozumieniu dyrektywy decyzją nakazującą powrót jest nie tylko decyzja administracyjna, lecz także orzeczenie sądowe – w których stwierdza się lub uznaje, że obywatel państwa trzeciego przebywa w państwie członkowskim nielegalnie, oraz nakłada się lub stwierdza zobowiązanie do powrotu. „Powrót” zaś oznacza powrót obywatela państwa trzeciego wynikający z wykonania zobowiązania do powrotu nie tylko do jego państwa pochodzenia, lecz także do kraju tranzytu, zgodnie ze wspólnotowymi lub dwustronnymi umowami o readmisji lub innymi porozumieniami, bądź do innego państwa trzeciego, do którego dany obywatel państwa trzeciego zdecyduje się dobrowolnie powrócić i przez które zostanie przyjęty.

Co do zasady, w decyzji nakazującej powrót wyznacza się odpowiedni termin dobrowolnego wyjazdu, który wynosi od 7 do 30 dni (art. 7 ust. 1). „Dobrowolny wyjazd” oznacza tu zastosowanie się do zobowiązania do powrotu w terminie, który został w tym celu określony w decyzji nakazującej powrót; nie chodzi tu zatem o dobrowolność odnoszącą się do sfery intencji, ale raczej o samodzielność, brak konieczności

zastosowania przymusu przez organy państwa. Dyrektywa pozwala na przyjęcie w prawie krajowym przepisów, zgodnie z którymi termin wyjazdu jest wyznaczany jedynie na wniosek danego obywatela państwa trzeciego; państwo ma wówczas obowiązek poinformowania o możliwości złożenia takiego wniosku. Dany obywatel państwa trzeciego ma obowiązek wyjazdu najpóźniej w terminie określonym w decyzji; nie ma przeszkód, by wyjechał wcześniej. Istnieje również możliwość przedłużenia terminu dobrowolnego wyjazdu: w myśl art. 7 ust. 2 „[j]eżeli jest to konieczne, państwa członkowskie przedłużają termin dobrowolnego wyjazdu, uwzględniając w danym przypadku szczególne okoliczności, takie jak długość pobytu, obecność dzieci uczęszczających do szkoły oraz istnienie innych związków rodzinnych i społecznych”. W okresie, w którym ma nastąpić dobrowolny wyjazd, na danego obywatela państwa trzeciego mogą zostać nałożone pewne obowiązki, mające na celu uniknięcie ryzyka ucieczki (w art. 7 ust. 3 dyrektywa wymienia jako przykład obowiązek zgłaszania się do organu, wpłatę kaucji, dostarczenie dokumentów, obowiązek przebywania we wskazanym miejscu). Dyrektywa przewiduje, że państwo może (ale nie musi) wyznaczyć krótszy niż siedmiodniowy termin dobrowolnego wyjazdu lub terminu nie wyznaczać w ogóle (co oznacza w praktyce niezwłoczne wykonanie decyzji), jeśli wystąpi któraś z wymienionych okoliczności. Chodzi o sytuacje, gdy: istnieje ryzyko ucieczki obywatela państwa trzeciego, jego wniosek o legalny pobyt został odrzucony jako oczywiście bezzasadny lub zawierający fałszywe informacje, stanowi on zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego (art. 7 ust. 4).

Jeżeli obywatel państwa trzeciego nie zastosował się do decyzji w wyznaczonym terminie lub termin ten nie został we wskazanych okolicznościach wyznaczony, następuje wydalenie (art. 8). Pod tym pojęciem w dyrektywie rozumie się „wykonanie zobowiązania do powrotu, czyli fizyczny przewóz osoby poza terytorium państwa członkowskiego” (art. 3 pkt 5). Ma tu ono zatem zgoła odmienne znaczenie od przyjętego w dotychczasowym polskim ustawodawstwie, a co za tym idzie – w doktrynie¹⁰. Wydalenie – w rozumieniu dyrektywy – może być dokonane przed upływem wyznaczonego w decyzji terminu powrotu, jeśli w tym okresie wystąpi ryzyko ucieczki. Dyrektywa stanowi, że

¹⁰ Warto zwrócić uwagę, że w wersji anglojęzycznej w dyrektywie pojawia się słowo *removal* („usunięcie”), nie zaś *expulsion* („wydalenie”), zaś w wersji francuskojęzycznej *éloignement* („oddalenie”).

państwa członkowskie mogą wydawać odrębne decyzje administracyjne lub orzeczenia sądowe nakazujące wydalenie, należałoby zatem przyjąć, iż w tym ostatnim przypadku wydalenie przed upływem wskazanego terminu powinno nastąpić na podstawie takiej odrębnie wydanej decyzji.

Jeżeli chodzi o sam sposób wydalenia, dyrektywa pozostawia znaczną swobodę państwowi, przewidując, że „podejmują one wszelkie środki niezbędne do wykonania decyzji nakazującej powrót” (art. 8). Owe „niezbędne środki” mogą obejmować także środki przymusu, jednak zastosowanie tych ostatnich jest obwarowane licznymi ograniczeniami. Stosuje się je tylko „w ostateczności”, tzn. wobec obywatela państwa trzeciego, który sprzeciwia się wydaleniu. Środki takie muszą być proporcjonalne, nie mogą obejmować użycia siły przekraczającego rozsądne granice, muszą być stosowane zgodnie z prawem krajowym, z poszanowaniem praw podstawowych i z należyтым szacunkiem dla godności i nietykalności cielesnej danego obywatela państwa trzeciego. Ich zastosowanie jest ponadto objęte systemem monitorowania. W dyrektywie przewidziano też możliwość wstrzymania wydalenia (art. 9).

Zgodnie z art. 11 dyrektywy nie każdej decyzji nakazującej powrót musi towarzyszyć zakaz wjazdu. Orzeka się go obligatoryjnie, jeśli nie wyznacza się terminu dobrowolnego wyjazdu. Poza tym zakaz obowiązuje w sytuacji, gdy termin ten wprawdzie wyznaczono, lecz obywatel państwa trzeciego nie wykonał zobowiązania do powrotu. W każdym innym przypadku wydania decyzji nakazującej powrót zakaz wjazdu może, lecz nie musi, być przewidziany. „Zakaz wjazdu” oznacza decyzję administracyjną lub orzeczenie sądowe, które zakazują na określony czas wjazdu i pobytu na terytorium państw członkowskich oraz którym towarzyszy decyzja nakazująca powrót. „Czas trwania zakazu wjazdu jest określany [indywidualnie], z należyтым uwzględnieniem wszystkich istotnych dla danego przypadku okoliczności i co do zasady nie przekracza pięciu lat. Może on być jednak dłuższy niż pięć lat, jeżeli obywatel państwa trzeciego stanowi poważne zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego” (art. 11 ust. 2). Z drugiej strony, istnieje możliwość cofnięcia lub zawieszenia zakazu wobec obywatela państwa trzeciego, który wykaże, iż w pełni zastosował się do decyzji nakazującej powrót. Nie dotyczy to zatem przypadków, gdy zakaz wjazdu ma charakter obligatoryjny. W ten sposób premiowane jest zachowanie polegające na dobrowolnym wykonaniu decyzji nakazującej powrót. Od powyższych zasad dyrektywa przewiduje pewne odstępstwa – w szczególności trzeba zwrócić uwagę

na możliwość wstrzymania się od wydania zakazu lub zawieszenia go w indywidualnych przypadkach z przyczyn humanitarnych oraz na możliwość cofnięcia bądź zawieszenia zakazu z innych przyczyn zarówno w przypadkach indywidualnych, jak i w niektórych kategoriach przypadków.

Dyrektywa przewiduje ponadto wiele gwarancji proceduralnych, w szczególności odnoszących się do formy decyzji w sprawach w niej uregulowanych (art. 12), środków odwoławczych (art. 13), możliwości uzyskania porady prawnej, reprezentacji prawnej, pomocy tłumacza (art. 13 ust. 3 i 4). Osobny rozdział (rozdz. IV) poświęcono zastosowaniu środka detencyjnego w celu wydalenia i warunkom, jakie należy zapewnić w ośrodkach detencyjnych. W dyrektywie jasno wskazano, że dopuszczalne jest wprowadzenie w ustawodawstwie wewnętrznym korzystniejszych dla obywateli państw trzecich regulacji – o ile są z dyrektywą zgodne (art. 4 ust. 3).

Termin wprowadzenia w życie przepisów niezbędnych do wykonania dyrektywy, określony w art. 20, upłynął 24 grudnia 2010 r. (jedynie w odniesieniu do postanowień nakładających na państwa obowiązek zapewnienia nieodpłatnej pomocy prawnej lub reprezentacji prawnej przewidziano termin o rok dłuższy). Niestety, w momencie upływu wskazanego terminu dyrektywa nadal nie była w Polsce wdrożona. W 2010 r. rozpoczęto prace nad nową ustawą o cudzoziemcach, której przepisy miały między innymi uwzględniać postanowienia dyrektywy, jednak – jak wiadomo – ustawę tę uchwalono dopiero blisko trzy lata po upływie terminu transpozycji dyrektywy. W obliczu znacznego opóźnienia we wdrożeniu dyrektywy, przy równoczesnym braku perspektywy szybkiego uchwalenia nowej ustawy o cudzoziemcach, podjęto decyzję o nowelizacji u.o.c. z 2003 r. Tym samym dyrektywa została pierwotnie transponowana w drodze Ustawy z dnia 27 kwietnia 2012 r. o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy¹¹. Nowelizując u.o.c. z 2003 r., zachowano istniejący dualizm decyzji nakazujących opuszczenie terytorium Polski i dotychczasową terminologię. Nadal zatem funkcjonowała decyzja o zobowiązaniu cudzoziemca do opuszczenia terytorium RP oraz decyzja o wydaleniu cudzoziemca¹² (przy czym sens pojęcia „wydalenie” – jak wspomniano wyżej – był odmienny niż w rozumieniu dyrektywy

¹¹ Dz. U. 2012, poz. 589.

¹² Dalej, odpowiednio, „decyzja o wydaleniu” i „decyzja o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP”.

powrotowej). Najistotniejsze zmiany w omawianym zakresie polegały na tym, że w decyzji (o wydaleniu czy o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP) należało zasadniczo określić termin dobrowolnego opuszczenia przez cudzoziemca terytorium Polski i orzec w niej o zakazie ponownego wjazdu oraz o czasie jego trwania.

Równocześnie trwały prace nad nową regulacją, odchodzącą od dualistycznego podziału decyzji nakazujących opuszczenie terytorium Polski i opartą na jednolitej konstrukcji zobowiązania cudzoziemca do powrotu. Wydaje się, iż obrano właściwą drogę w kierunku spójnej, jasnej regulacji. O ile bowiem podział na surowsze w skutkach i stosowane w poważniejszych przypadkach wydalenie oraz mniej dolegliwe i przewidziane w obliczu drobniejszych naruszeń zobowiązanie do opuszczenia terytorium RP był klarowny i sensowny przed wdrożeniem dyrektywy, o tyle po jej wdrożeniu stracił zarówno na przejrzystości, jak i na racji bytu. Wypada zatem zgodzić się ze stwierdzeniem, że dyrektywa powrotowa sprzyja konstrukcji monistycznej, choć – jak się zdaje – nie wyklucza dualizmu decyzji nakazujących powrót¹³. Nowa regulacja zawarta w uchwalonej 12 grudnia 2013 r. u.o.c. operuje więc już tylko pojęciem decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu¹⁴ i – obok szeregu innych dyrektyw – wdrażać ma całość postanowień dyrektywy powrotowej. Rozdział 2 w Dziale VIII, zatytułowany „Zobowiązanie cudzoziemca do powrotu”, nie stanowi już próby dostosowania istniejących przepisów do wymogów prawa unijnego, lecz jest napisany zupełnie od nowa.

2. Zobowiązanie cudzoziemca do powrotu na tle innych nakazów opuszczenia Polski

2.1. Rodzaje decyzji nakazujących cudzoziemcowi opuszczenie terytorium RP

Jak wskazano wyżej, w niniejszym artykule instytucja zobowiązania cudzoziemca do powrotu omawiana będzie na tle wcześniej funkcjonujących instytucji: wydalenia cudzoziemca oraz zobowiązania cudzoziemca do opuszczenia terytorium RP. Jak pisze P. Dąbrowski, wspólną cechą „instrumentów, za pomocą których można położyć kres pobytowi

¹³ P. Dąbrowski, *Cudzoziemiec niepożądany w polskim prawie o cudzoziemcach*, Warszawa 2011, s. 203–204.

¹⁴ Dalej „decyzja o zobowiązaniu do powrotu”.

cudzoziemca na terytorium państwa [...] jest nakazowy charakter, polegający na nałożeniu na cudzoziemca obowiązku opuszczenia Polski”¹⁵. Zacytowana praca powstała przed transpozycją do polskiego porządku prawnego dyrektywy powrotowej, jednak bez cienia wątpliwości można stwierdzić, iż zobowiązanie cudzoziemca do powrotu należy do tej samej kategorii instrumentów, zaś jego istotą jest nałożenie na cudzoziemca obowiązku opuszczenia Polski. Określenie „decyzja nakazująca opuszczenie terytorium RP” będzie zatem używane na oznaczenie decyzji o wydaleniu, decyzji o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP oraz decyzji o zobowiązaniu. Trzeba ponadto zaznaczyć – za przywołanym wyżej autorem – że nakaz opuszczenia terytorium może być wyrażony w samodzielnej decyzji (o wydaleniu, zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP czy zobowiązaniu do powrotu) albo może mieć charakter akcesoryjny, gdy orzeczenie o wydaleniu czy zobowiązaniu do opuszczenia terytorium jest elementem treści decyzji wydanej w innej sprawie związanej z pobytem cudzoziemca (np. o odmowie udzielenia czy cofnięciu zezwolenia). W tym drugim przypadku chodzi o kompleksowe rozstrzygnięcie o statusie cudzoziemca w jednej decyzji wieńczącej jedno postępowanie¹⁶. Pojęcie „decyzji nakazujących opuszczenie terytorium RP” musi zatem objąć również te decyzje, w których nakaz opuszczenia Polski ma charakter akcesoryjny względem głównego rozstrzygnięcia.

Przed wejściem w życie u.o.c. z 2013 r. instrumentami służącymi zakończeniu niezgodnego z prawem pobytu cudzoziemca były: wydalenie oraz zobowiązanie do opuszczenia terytorium RP. Nakaz opuszczenia Polski mógł być formułowany w postaci samoistnych decyzji, odpowiednio, o wydaleniu oraz o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP lub też orzekany akcesoryjnie w kilku rodzajach decyzji w sprawach związanych z pobytem cudzoziemca. I tak, wydalenie orzekano – przy spełnieniu wskazanych przesłanek – w decyzjach o cofnięciu stałych tytułów pobytowych (art. 68 ust. 2, art. 69 ust. 3 u.o.c. z 2003 r.), a także w decyzjach wydawanych w niektórych sprawach uregulowanych w Ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹⁷ (o odmowie nadania statusu uchodźcy przy braku okoliczności uzasadniających udzielenie ochrony uzupełniającej albo zgody na pobyt tolerowany – art. 48 ust. 1 u.o.u.c.o.;

¹⁵ P. Dąbrowski, op. cit., s. 164.

¹⁶ Ibidem, s. 196–202.

¹⁷ Tekst jedn. Dz. U. 2012, poz. 680, dalej „u.o.u.c.o.”. Należy zwrócić uwagę, że ustawa ta została w znacznym stopniu znowelizowana w drodze u.o.c. z 2013 r.

o pozbawieniu azylu – art. 91 ust. 2 u.o.u.c.o.; o cofnięciu zgody na pobyt tolerowany – art. 102 ust. 2 u.o.u.c.o). Z kolei zobowiązanie do opuszczenia terytorium RP mogło być akcesoryjnie orzeczone w decyzjach o odmowie udzielenia oraz cofnięciu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony (odpowiednio, art. 57 ust. 6 i art. 58 ust. 4 u.o.c. z 2003 r.).

Można najogólniej powiedzieć, że zarówno przed wdrożeniem dyrektywy w drodze nowelizacji z 2012 r., jak i po jej wdrożeniu, zobowiązanie do opuszczenia terytorium RP miało być z założenia środkiem łagodniejszym – i z punktu widzenia sposobu wykonania, i skutków materialnoprawnych – stosowanym w mniej poważnych przypadkach, jeżeli z okoliczności sprawy wynikało, że cudzoziemiec dobrowolnie opuści Polskę. Wydalenie zaś było środkiem surowszym, choć w zakresie sposobu wykonania oraz skutków poszczególne decyzje w sprawie wydalenia mogły się bardzo różnić stopniem dolegliwości dla cudzoziemca. Trzeba zwrócić uwagę, iż wydalenie i zobowiązanie do opuszczenia terytorium RP orzeczone akcesoryjnie w większym bądź mniejszym stopniu różniły się pod względem przesłanek, procedury czy skutków materialnoprawnych od tychże nakazów orzeczonych samoistnie – jednak generalnie można powiedzieć, że zasadnicze cechy rozróżnienia wskazane wyżej odnoszą się także do nich¹⁸.

U.o.c. z 2013 r. zniosła wspomniany wyżej dualizm nakazów opuszczenia Polski w odniesieniu do cudzoziemców niebędących obywatelami UE ani członkami rodzin tychże obywateli i wprowadziła jednolitą instytucję zobowiązania do powrotu. Trzeba zaznaczyć, że zmieniono również przepisy u.o.u.c.o., w których przewidziano wydalenie cudzoziemca. Obecnie mamy zatem do czynienia z jednym rodzajem decyzji nakazującej opuszczenie terytorium RP wskazanej kategorii cudzoziemców: decyzją o zobowiązaniu do powrotu. Należy natomiast podkreślić, iż pomimo omawianych zmian sam termin „decyzja o wydaleniu” nie zniknął z aktualnego ustawodawstwa, bowiem dyrektywa powrotowa nie ma zastosowania do obywateli UE i innych osób korzystających ze swobody przepływu osób. Zatem wdrażając ją, nie zmieniono przepisów o wydaleniu zawartych w Ustawie z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobytku oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin¹⁹ (art. 66 i n. tejsze ustawy). Ponieważ niniejszy artykuł poświęcony

¹⁸ Zob. na ten temat P. Dąbrowski, op. cit., s. 196–202.

¹⁹ Dz. U. Nr 140, poz. 1043 ze zm., dalej „u.o.w.ob.UE”.

jest zmianom związanym, choćby pośrednio, z wdrożeniem dyrektywy powrotowej, specyfika decyzji o wydaleniu wydawanej obywatelowi UE bądź członkowi jego rodziny nie będzie w nim uwzględniona.

U.o.c. z 2013 r. likwiduje również podział na samoistne i akcesoryjne nakazy opuszczenia Polski. Choć dyrektywa powrotowa dopuszcza orzeczenie w ramach jednej decyzji administracyjnej lub orzeczenia sądowego o różnych sprawach związanych z zakończeniem pobytu cudzoziemca, w tym o zobowiązaniu do powrotu, to w świetle przepisów u.o.c. z 2013 r. nakładane jest ono wyłącznie w drodze samodzielnej decyzji. Przewidziano konstrukcję bardziej, jak się wydaje, operatywną i rodzącą mniej problemów interpretacyjnych niż akcesoryjnie orzeczony nakaz opuszczenia terytorium Polski. Gdy decyzja o cofnięciu danego tytułu pobytowego stała się ostateczna, organ, który ją wydał, informuje o tym organ właściwy do wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu. Ten zaś bada, czy zachodzą przesłanki jej wydania (art. 209 i 223 u.o.c. z 2013 r.).

2.2. Przesłanki wydania decyzji nakazujących opuszczenie terytorium RP

Na gruncie u.o.c. z 2003 r. różnice pomiędzy wydaleniem i zobowiązaniem do opuszczenia terytorium RP zasadały się na tym, iż to drugie rozwiązanie znajdowało zastosowanie w przypadku, gdy zakładano wysokie prawdopodobieństwo wykonania przez cudzoziemca nałożonego obowiązku („gdy z okoliczności sprawy wynika, że dobrowolnie wykona ten obowiązek” – art. 97 ust. 1 u.o.c. z 2003 r.). Zobowiązanie do opuszczenia terytorium RP nie było w związku z tym orzekane obligatoryjnie – wybór tego instrumentu należał do organu. Wydalenie zaś, w razie stwierdzenia, iż zachodzi któraś ze wskazanych w ustawie przesłanek (i nie występują przesłanki negatywne), orzekano obligatoryjnie. Ze względu na łagodniejsze dla cudzoziemca skutki zobowiązania do opuszczenia terytorium RP katalog przesłanek wydania takiej decyzji był węższy niż katalog przesłanek wydalenia. Znalazła się w nim tylko część z nich, poza nim pozostały bowiem przesłanki dotyczące najpoważniejszych zagrożeń, jakie może stanowić cudzoziemiec. W takich sytuacjach założenie dobrej woli i współpracy ze strony cudzoziemca klóciłoby się z powagą zagrożenia, jakie ma on stanowić. Równocześnie jednak przesłanki negatywne wydania decyzji o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP były mniej liczne niż w odniesieniu do decyzji o wydaleniu (art. 97 ust. 2 u.o.c. z 2003 r.).

W u.o.c. z 2003 r. można wyodrębnić kilka grup przesłanek wydania samoistnej decyzji o wydaleniu (art. 88 u.o.c. z 2003 r.). Pierwsza grupa to przesłanki związane z nieprzestrzeganiem przepisów o wjeździe, pobycie i wyjeździe, kolejna – przesłanki związane z naruszeniem lub ryzykiem naruszenia interesu ekonomicznego państwa i ostatnia – przesłanki związane z ochroną obronności lub bezpieczeństwa państwa, ochroną bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz ochroną interesu RP. Katalog przesłanek wydania zobowiązania do powrotu w art. 302 u.o.c. z 2013 r. uległ pewnym zmianom w porównaniu z dotychczasowymi przepisami, jednak nie mają one wymiaru fundamentalnego. Zmiany mają przede wszystkim charakter redakcyjny, doprecyzowujący treść przepisów; niektóre związane są z odejściem od modelu dualistycznego, inne od konstrukcji akcesoryjnego orzekania o wydaleniu czy zobowiązaniu do opuszczenia Polski w innej decyzji związanej z pobytem cudzoziemca. Zrezygnowano z przesłanki wydalenia, jaką było zakończenie odbywania kary pozbawienia wolności w Polsce orzeczonej za umyślne przestępstwo lub przestępstwo skarbowe. Wydalenie na tej podstawie orzekane było automatycznie – bez badania, czy po odbyciu kary cudzoziemiec nadal stanowi zagrożenie dla porządku prawnego. Istotną nowość stanowi z kolei pojawienie się kategorii przesłanek nieobecnych w poprzedniej ustawie, tj. niezgodności celu i warunków pobytu z deklarowanymi (chyba że przepisy dopuszczają ich zmianę) oraz potwierdzonego badaniem lekarskim zagrożenia dla zdrowia publicznego lub dla stosunków międzynarodowych innego państwa członkowskiego UE. Jeśli chodzi o przesłankę niezgodności celu i warunków pobytu z deklarowanymi, należałoby rozpatrywać ją w kontekście art. 6 ust. 1 w zw. z art. 3 pkt 2 dyrektywy powrotowej (decyzję nakazującą powrót wydaje się cudzoziemcowi, który nie spełnia lub przestał spełniać warunki pobytu) w zw. z art. 98 ust. 1 u.o.c. z 2013 r. (jednym z warunków udzielenia zezwolenia na pobyt czasowy jest spełnienie wymogów określonych ze względu na cel pobytu). W przypadku zagrożenia dla zdrowia publicznego lub dla stosunków międzynarodowych innego państwa członkowskiego UE w istocie mamy do czynienia z dwiema odmiennymi przesłankami, chyba niezbyt fortunnie umieszczonymi w jednym punkcie.

W u.o.c. z 2003 r. przewidziano zestaw przesłanek negatywnych wydania decyzji o wydaleniu (art. 89), które w u.o.c. z 2013 r. jako przesłanki negatywne wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu zostały nieco przeredagowane i uzupełnione, jednak nie uległy zdecydowanej przebudowie (art. 303). Najważniejsze kategorie tych przesłanek dotyczą,

po pierwsze, posiadania stałego tytułu pobytowego, statusu uchodźcy, korzystania z ochrony uzupełniającej, zgody na pobyt tolerowany i zgody na pobyt ze względów humanitarnych (a także sytuacji, gdy zachodzą przesłanki wydania jednej bądź drugiej zgody) oraz posiadania zezwolenia na pobyt czasowy niezbędnego dla ochrony życia rodzinnego lub praw dziecka. Po drugie, chroniony jest cudzoziemiec – małżonek obywatela polskiego lub cudzoziemca posiadającego zezwolenie na pobyt stały lub zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego, gdy nie sprzeciwiają się temu względy obronności lub bezpieczeństwa państwa bądź ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, chyba że celem zawarcia związku małżeńskiego lub jego istnienia jest obejście ustawy. Kolejna grupa przesłanek negatywnych dotyczy posiadaczy wizy Schengen wydanej w celu przyjazdu z powodów humanitarnych, ze względu na interes państwa lub zobowiązania międzynarodowe, bądź też zezwolenia na pobyt czasowy wydanego ze względu na obowiązek osobistego stawiennictwa przed polskim organem władzy publicznej oraz zaświadczenia lub zezwolenia na pobyt czasowy dla ofiar handlu ludźmi. Następnie ochrona obejmuje posiadaczy zezwolenia uprawniającego do pobytu udzielonego przez inne państwo obszaru Schengen (gdy nie sprzeciwiają się temu względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, chyba że cudzoziemiec nie udał się niezwłocznie na terytorium tego państwa obszaru Schengen po pouczeniu go o obowiązku wyjazdu) oraz cudzoziemców czasowo oddelegowanych przez pracodawcę mającego siedzibę na terytorium innego państwa członkowskiego UE, państwa członkowskiego Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej uprawnionego do przebywania i zatrudnienia na terytorium tego państwa. Ostatnia grupa przesłanek negatywnych dotyczy możliwości doprowadzenia do granicy (w razie zatrzymania w strefie nadgranicznej) bądź przekazania do innego państwa na podstawie umów międzynarodowych. Ogólnie, nieco poszerzona została ochrona cudzoziemca uzasadniana względami o charakterze humanitarnym.

2.3. Treść decyzji nakazujących opuszczenie terytorium RP

Zgodnie z art. 90 u.o.c. z 2003 r. przed wdrożeniem dyrektywy powrotowej w decyzji o wydaleniu obligatoryjnie określano termin dobrowolnego opuszczenia Polski nie dłuższy niż 14 dni, zaś po jej wdrożeniu

w drodze nowelizacji z 2012 r. – zasadniczo termin wynoszący od 7 do 30 dni. Dopuszczono wówczas możliwość przedłużenia terminu – zarówno w samej decyzji o wydaleniu, jak i po jej wydaniu. Przedłużenie było dopuszczalne, gdy cudzoziemiec był obowiązany do osobistego stawiennictwa przed polskim organem władzy publicznej bądź gdy jego obecności w Polsce wymagał interes RP lub wyjątkowa sytuacja osobista cudzoziemca. W duchu postanowień dyrektywy powrotowej terminu nie określano w decyzji podlegającej przymusowemu wykonaniu (art. 95 ust. 1 u.o.c. z 2003 r.). Ponadto u.o.c. z 2003 r., i w ogłoszonej, i w nowelizowanej wersji, przewidywała fakultatywne wyznaczenie trasy przejazdu do granicy, miejsca przekroczenia granicy, miejsca zamieszkania cudzoziemca do czasu wykonania decyzji i ewentualne zobowiązanie go do zgłaszania się w określonych odstępach czasu do wskazanego organu. Pierwotnie w u.o.c. z 2003 r. przewidziano orzekanie o kosztach wydalenia w decyzji o wydaleniu – jeżeli zobowiązanym do ich uiszczenia był wydalany cudzoziemiec. W 2007 r. wprowadzono art. 96a, zgodnie z którym wysokość kosztów wydalenia, podmioty zobowiązane, termin i sposób uiszczenia ustalane były w odrębnej decyzji²⁰. Z kolei wdrażając w 2012 r. dyrektywę powrotową, nałożono na organ obowiązek orzeczenia w decyzji o wydaleniu o zakazie ponownego wjazdu na terytorium RP lub na terytorium RP i państw obszaru Schengen oraz o okresie tego zakazu (art. 90 ust. 1 pkt 4 u.o.c. z 2003 r.). Okres zakazu orzekano w granicach określonych w art. 99b u.o.c. z 2003 r., a granice te zależały od podstawy, na jakiej wydano decyzję o wydaleniu – im poważniejsze naruszenie bądź zagrożenie, tym dłuższy okres zakazu (w najkorzystniejszym dla cudzoziemca przypadku – od 6 miesięcy do 3 lat, zaś w odniesieniu do przesłanek o największym ciężarze gatunkowym – nawet do 5 lat). Ustawa określała, w jakich okolicznościach można cofnąć zakaz (art. 98a; jedną z nich było wykonanie obowiązków wynikających z decyzji nakazującej opuszczenie terytorium RP – w myśl założenia premiującego współpracę cudzoziemca), a w jakich cofnięcie nie było dopuszczalne (art. 98b).

Cudzoziemiec, któremu wydano decyzję o zobowiązaniu do opuszczenia Polski przed wdrożeniem dyrektywy, miał obowiązek zastosowania się do niej w terminie do 7 dni (art. 97 u.o.c. z 2003 r.). Długość tego terminu nie była jednak przedmiotem decyzji, lecz wynikała bezpośrednio z przepisów ustawy. Po zmianach z 2012 r. również w decyzji

²⁰ W drodze Ustawy z dnia 24 V 2007 r. o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 120, poz. 818).

o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP określano termin – nie krótszy niż 7 i nie dłuższy niż 30 dni. Do decyzji o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP stosowano odpowiednio przepisy o przedłużeniu terminu opuszczenia Polski. Orzekano w niej też obligatoryjnie o zakazie wjazdu i jego okresie. Zasady cofania zakazu wjazdu nie różniły się w zależności od rodzaju decyzji, w której zakaz ten orzeczono.

W myśl przepisów u.o.c. z 2013 r. treść decyzji o zobowiązaniu do powrotu nie odbiega znacznie od treści decyzji o wydaleniu czy zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP po wdrożeniu dyrektywy powrotowej w 2012 r. Przede wszystkim zatem wyznacza się w niej termin dobrowolnego powrotu, który wynosi od 15 do 30 dni od dnia doręczenia decyzji (art. 315 ust. 1 u.o.c. z 2013 r.). Przyjęto rozwiązanie skorelowane z czternastodniowym terminem wniesienia odwołania na podstawie art. 129 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego²¹. Ustanowienie krótszego terminu liczonego od dnia doręczenia decyzji mogłoby – ze względu na konieczność opuszczenia Polski – *de facto* utrudnić cudzoziemcowi skorzystanie ze środka odwoławczego.

Decyzję o zobowiązaniu do powrotu bez określenia terminu dobrowolnego powrotu wydaje się tylko wtedy, gdy istnieje prawdopodobieństwo ucieczki cudzoziemca lub wymagają tego względy obronności albo bezpieczeństwa państwa bądź ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego (art. 315 ust. 2 u.o.c. z 2013 r.). W myśl art. 315 ust. 3 u.o.c. z 2013 r. prawdopodobieństwo ucieczki cudzoziemca istnieje zaś w szczególności, gdy cudzoziemiec: zadeklarował niepodporządkowanie się obowiązkom wynikającym z otrzymania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, nie dysponuje dokumentami poświadczającymi jego tożsamość, przekroczył lub usiłował przekroczyć granicę wbrew przepisom prawa, wjechał do Polski w okresie obowiązywania wpisu do wykazu cudzoziemców, których pobyt na terytorium RP jest niepożądany, lub do Systemu Informacyjnego Schengen w celu odmowy wjazdu. W razie stwierdzenia jednej z tych okoliczności organ ma obowiązek uznać, że istnieje prawdopodobieństwo ucieczki. Nie wyklucza to wysnucia takiego wniosku również na podstawie innych okoliczności, będzie to jednak wymagało od organu przekonującego uzasadnienia takiego wnioskowania. Na marginesie, można się zastanawiać, czy w każdym przypadku istnieje oczywisty związek między niedysponowaniem dokumentami bądź wjazdem w okresie obowiązywania wpisu do wykazu

²¹ Ustawa z dnia 14 VI 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. 2013, poz. 267), dalej „k.p.a.”.

a prawdopodobieństwem ucieczki. Nie można tu przecież wykluczyć sytuacji kradzieży lub zgubienia dokumentów, podobnie jak braku wiedzy na temat dokonanego wpisu (art. 435 ust. 2 u.o.c. z 2013 r. przewiduje, iż wpisu do wykazu można dokonać bez poinformowania cudzoziemca).

U.o.c. z 2013 r. dopuszcza możliwość przedłużenia terminu dobrowolnego powrotu (art. 316) zarówno w samej decyzji o zobowiązaniu do powrotu, jak i jednorazowo, po jej wydaniu, w podobnych okolicznościach i na ten sam okres jak w decyzji o wydaleniu w poprzednim stanie prawnym. Przedłużając termin, można do czasu dobrowolnego powrotu zobowiązać cudzoziemca do: zgłaszania się w określonych odstępach czasu do wskazanego organu, wpłaty zabezpieczenia pieniężnego, przekazania organowi do depozytu dokumentu podróży, zamieszkiwania w wyznaczonym w decyzji miejscu (art. 317).

W decyzji o zobowiązaniu do powrotu orzeka się o zakazie ponownego wjazdu na terytorium RP lub na terytorium RP i innych państw obszaru Schengen oraz określa się okres tego zakazu (art. 318 u.o.c. z 2013 r.). Zakaz ma charakter bezwzględny w przypadku wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu, w której nie określono terminu dobrowolnego powrotu, zaś w razie określenia tegoż terminu, zakaz orzeka się jedynie „na wypadek”, jeżeli cudzoziemiec w tym terminie nie opuści terytorium RP lub przekroczy albo będzie usiłował przekroczyć granicę wbrew przepisom prawa. Należy zwrócić uwagę, że w pewnych okolicznościach orzeka się zakaz ponownego wjazdu tylko na terytorium RP. Ogólnie mówiąc, jest to związane z faktem posiadania przez cudzoziemca określonego tytułu pobytowego w innym państwie członkowskim UE. Okres, na jaki orzeka się zakaz, oraz kwestie związane z jego cofnięciem uregulowano tak jak wcześniej w odniesieniu do wydalenia po dostosowaniu przepisów u.o.c. z 2003 r. do postanowień dyrektywy powrotowej (art. 319 i 320 u.o.c. z 2013 r.).

2.4. Wykonanie decyzji nakazujących opuszczenie terytorium RP

W przypadku wszystkich decyzji nakazujących opuszczenie terytorium Polski preferowane było – i jest – samodzielne, dobrowolne ich wykonanie przez cudzoziemca. I tak, przymusowe wykonanie decyzji o wydaleniu następowało tylko w określonych okolicznościach, a mianowicie gdy: cudzoziemiec przebywał w strzeżonym ośrodku lub areszcie w celu

wydalenia, cudzoziemiec nie opuścił terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w terminie określonym w decyzji o wydaleniu lub w decyzji zawierającej orzeczenie o wydaleniu, wymagały tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa albo ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego bądź interes RP, decyzja została wydana w związku z okolicznością, iż cudzoziemiec nie wykonał orzeczonego wcześniej zobowiązania do opuszczenia terytorium RP (art. 95 ust. 1 u.o.c. z 2003 r.). Przymusowego wykonania decyzji o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP nie przewidywano w ogóle – co było konsekwencją podstawowej przesłanki jej wydania. Jeżeli cudzoziemiec, wbrew prognozom, nie wykonał zobowiązania, fakt ten – jak wskazano wyżej – stawał się przesłanką wydania decyzji o wydaleniu podlegającej przymusowemu wykonaniu. W świetle u.o.c. z 2013 r. decyzja o zobowiązaniu do powrotu ma z założenia być wykonana dobrowolnie; przymusowe wykonanie następuje, gdy: cudzoziemiec nie opuścił Polski wbrew zobowiązaniu, nie określono w decyzji terminu powrotu, po wydaniu decyzji zaistniało prawdopodobieństwo ucieczki cudzoziemca lub jego dalszy pobyt może stanowić zagrożenie dla obronności bądź bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego (art. 329 ust. 1 i 2).

Przymusowe wykonanie decyzji nakazującej opuszczenie terytorium Polski polega na doprowadzeniu cudzoziemca do granicy albo do portu lotniczego bądź morskiego państwa, do którego zostaje doprowadzony (art. 95 u.o.c. z 2003 r., art. 329 u.o.c. z 2013 r.).

Odrębną kwestią jest, od kiedy decyzja staje się wykonalna. Art. 130 k.p.a. przewiduje, że decyzja nie ulega wykonaniu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, zaś wniesienie odwołania w terminie wstrzymuje wykonanie decyzji. Nie dotyczy to sytuacji, gdy decyzji został nadany rygor natychmiastowej wykonalności lub decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu z mocy prawa. W u.o.c. z 2003 r. rygor natychmiastowej wykonalności można – lecz nie trzeba – było nadać w poważnych okolicznościach decyzji o wydaleniu, a mianowicie ze względu na zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa bądź ochronę bezpieczeństwa i porządku publicznego lub zagrożenie naruszenia interesu RP (art. 90 ust. 2). Z kolei w odniesieniu do decyzji o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP do czasu nowelizacji z 2012 r. ustawa przewidywała obligatoryjne nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności (art. 97 ust. 3). Można więc powiedzieć, że pod tym względem, paradoksalnie, łagodniejszy zasadniczo instrument mógł się okazać bardziej surowy, bowiem konieczności wyjazdu nie wstrzymywało toczące

się postępowanie odwoławcze; co więcej, cudzoziemiec musiał opuścić Polskę jeszcze przed upływem terminu do wniesienia odwołania. W u.o.c. z 2013 r. nie przewidziano ani obligatoryjnie, ani fakultatywnie nadawanego rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji o zobowiązaniu do powrotu, przewidziano jednak natychmiastową wykonalność z mocy prawa decyzji, w której nie określono terminu dobrowolnego wyjazdu ze względów obronności i bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego (art. 315 ust. 5). Nie przewidziano natomiast takiego rozwiązania w razie wydania decyzji bez określenia terminu dobrowolnego wyjazdu ze względu na prawdopodobieństwo ucieczki.

U.o.c. z 2003 r. określała okoliczności, w jakich nie wykonywało się wydanej i formalnie wykonalnej decyzji o wydaleniu (art. 89). Okoliczności te były identyczne z negatywnymi przesłankami wydania decyzji o wydaleniu. Należałoby zatem przyjąć, że ujawniły się bądź zaistniały dopiero po wydaniu decyzji, a przed przystąpieniem do jej wykonania. Podobnie w odniesieniu do decyzji o zobowiązaniu do powrotu przewidziano, iż nie wykonuje się jej, gdy zachodzą określone okoliczności (art. 330 u.o.c. z 2013 r.). Niektóre pokrywają się z odpowiadającymi przesłankami, których stwierdzenie skutkuje zakazem wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu wobec cudzoziemca, inne są z nimi w pewien sposób skorelowane. Nie mają tu racji bytu przesłanki związane z przekazaniem cudzoziemca do innego państwa, doprowadzeniem go do granicy czy oddelegowaniem do wykonywania pracy w Polsce, pojawia się natomiast okoliczność, gdy wobec cudzoziemca orzeczono w Polsce środek zapobiegawczy w postaci zakazu opuszczania kraju. Od zakazu wykonania decyzji o zobowiązaniu do powrotu trzeba odróżnić wstrzymanie wykonania decyzji (art. 331 u.o.c. z 2013 r., art. 33 ust. 4 u.o.u.c.o. w wersji znowelizowanej przez u.o.c. z 2013 r.), które ma charakter czasowy.

Szczególne zasady – w u.o.c. z 2013 r. analogiczne do przyjętych w u.o.c. z 2003 r. – przewidziano w odniesieniu do wykonania decyzji wydanej w stosunku do małoletniego.

2.5. Skutki decyzji nakazujących opuszczenie terytorium RP

Oprócz oczywistego skutku omawianych kategorii decyzji, jakim jest powstanie po stronie cudzoziemca obowiązku opuszczenia Polski (i ewentualnie innych dodatkowych obowiązków orzeczonych w decyzji) albo powstanie obowiązku podjęcia przez właściwe organy czynności

mających do tego doprowadzić, decyzje te wywołują również wiele innych skutków prawnych w sferze materialnoprawnej i procesowej.

Decyzja o wydaleniu i decyzja o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP powodowały z mocy prawa unieważnienie wizy krajowej, cofnięcie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony oraz zezwolenia na pracę, a w określonych okolicznościach unieważnienie zezwolenia na przekraczanie granicy w ramach małego ruchu granicznego (art. 89 ust. 3 i 4 oraz art. 97 ust. 4 i 5 u.o.c. z 2003 r.). Decyzja o wydaleniu wydana w stosunku do cudzoziemca wcześniej zobowiązanego w drodze decyzji do opuszczenia terytorium RP skutkowałą także wygaśnięciem tej ostatniej oraz umorzeniem ewentualnego postępowania odwoławczego (art. 99 u.o.c. z 2003 r.). Pomijając te dwie ostatnie konsekwencje decyzji o wydaleniu, ściśle związane z dualizmem instrumentów, podobne skutki wywołuje ostateczna decyzja o zobowiązaniu do powrotu. Zmienia się terminologia (odpowiednikiem zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony jest w u.o.c. z 2013 r. zezwolenie na pobyt czasowy), lecz istota regulacji pozostaje ta sama (art. 307 u.o.c.).

Trzeba wspomnieć, bez zagłębiania się w szczegóły regulacji, że skutkiem decyzji wydanej bez określenia terminu opuszczenia Polski – czy to decyzji o wydaleniu w poprzednim stanie prawnym, czy o zobowiązaniu do powrotu w obecnym – było obligatoryjne umieszczenie cudzoziemca w strzeżonym ośrodku (art. 2 ust. 1 pkt 2 u.o.c. z 2003 r.; art. 398 ust. 1 pkt 2 u.o.c. z 2013 r.).

Przed wdrożeniem dyrektywy powrotowej jednym z najistotniejszych skutków, jakie wywoływała ostateczna decyzja o wydaleniu oraz ostateczna decyzja o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP, było powstanie po stronie właściwego organu obowiązku dokonania wpisu danych cudzoziemca do wykazu osób, których pobyt na terytorium RP jest niepożądany (art. 128 u.o.c. z 2003 r.). Dane wpisywane były na okres roku od dobrowolnego wyjazdu w wyniku zobowiązania do opuszczenia terytorium RP, 3 lat od dnia wykonania decyzji o wydaleniu, a jeżeli koszty wydalenia zostały choćby w części pokryte przez Skarb Państwa – na okres 5 lat od dnia jej wykonania. Nie było możliwości dostosowania długości okresu obowiązywania wpisu do okoliczności poszczególnych przypadków. Przewidziano jedynie pewne wyjątki (np. w odniesieniu do małżonka obywatela polskiego), gdy danych do wykazu nie wpisywano pomimo istnienia okoliczności uzasadniających dokonanie wpisu.

W nowelizacji u.o.c. z 2003 r. dokonanej w związku z wdrożeniem dyrektywy powrotowej zmieniono zasadniczo redakcję przepisu, na

podstawie którego dokonywano wpisu do wykazu. Przewidziano, że podstawą dokonania wpisu jest między innymi decyzja zawierająca orzeczenie o zakazie ponownego wjazdu na terytorium RP lub na terytorium RP i państw obszaru Schengen. Na tej podstawie dane cudzoziemca umieszczane były w wykazie na okres określony w decyzji zawierającej orzeczenie o zakazie ponownego wjazdu. Rozwiązanie to znalazło się – choć sformułowane w nieco inny sposób – w art. 435 ust. 1 pkt 1 i art. 438 ust. 1 pkt 1 u.o.c. z 2013 r. Rozbudowany został katalog przesłanek negatywnych dokonania wpisu (art. 436); określono także przesłanki obligatoryjnego zawieszenia jego obowiązywania (art. 437). Dane cudzoziemca umieszcza się w wykazie, począwszy od dnia wykonania decyzji o zobowiązaniu do powrotu albo upływu terminu dobrowolnego powrotu określonego w decyzji o zobowiązaniu do powrotu – w przypadku braku informacji o wykonaniu tej decyzji, a gdy w decyzji nie określono terminu dobrowolnego powrotu – od dnia jej wydania (art. 438 ust. 2).

2.6. Zgoda na pobyt ze względów humanitarnych i zgoda na pobyt tolerowany

Jak wiadomo, oprócz statusu uchodźcy funkcjonują w ustawodawstwach również inne formy ochrony cudzoziemców znajdujących się w jakiegoś rodzaju szczególnej, z reguły trudnej, sytuacji.

Przed wejściem w życie u.o.c. z 2013 r. w katalogu tychże „innych” form uregulowanych w u.o.u.c.o. znajdowała się zgoda na pobyt tolerowany na terytorium RP (art. 97 i n.). Jak sama nazwa sugeruje, chodziło o pobyt niechciany – bo dotyczący cudzoziemca, który w zasadzie powinien być wydalony – jednak z pewnych względów znoszony. Cudzoziemcowi udzielano zgody na pobyt tolerowany ze względu na dwie grupy przyczyn. Pierwsza związana była z ochroną fundamentalnych, wymienionych w ustawie praw człowieka, druga z obiektywną, niezależną od organu i od cudzoziemca niemożnością wykonania decyzji o wydaleniu (np. w przypadku bezpieczeństwa, który nie mógł być przyjęty przez żadne państwo). Z wyjątkiem tej ostatniej sytuacji, zgody nie udzielano jednak, gdy dalszy pobyt cudzoziemca na terytorium RP stanowiłby zagrożenie obronności lub bezpieczeństwa państwa albo bezpieczeństwa i porządku publicznego. Cudzoziemcowi można też było – fakultatywnie – udzielić zgody na pobyt tolerowany, jeżeli

jego wydalenie mogłoby nastąpić jedynie do kraju, do którego wydanie cudzoziemca było niedopuszczalne na podstawie orzeczenia sądu o niedopuszczalności jego wydania albo na podstawie rozstrzygnięcia ministra sprawiedliwości o odmowie wydania. Idea udzielania zgody na tego rodzaju pobyt była niewątpliwie słuszna – zarówno ze względów praktycznych (możliwość uregulowania statusu cudzoziemca, który ani nie mógł być wydany, ani nie miał prawa pobytu), jak i czysto ludzkich. Przepisy o jej udzielaniu nie obejmowały jednak wszystkich sytuacji, w których wydalenie cudzoziemca uderzałoby w jego prawa człowieka, w szczególności prawo do poszanowania życia prywatnego.

W u.o.c. z 2013 r. oprócz zgody na pobyt tolerowany (której regulację wykreślono z u.o.u.c.o.) przewidziano nową instytucję zgody na pobyt ze względów humanitarnych (art. 348 i n.). Przesłanki udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych są takie jak w poprzednim stanie prawnym przesłanki obligatoryjnego udzielenia zgody na pobyt tolerowany, z tym że nie obejmują niewykonalności powrotu z przyczyn niezależnych, obejmują zaś dodatkowo naruszenie prawa do życia prywatnego. Zgody na pobyt ze względów humanitarnych nie udziela się jednak, jeżeli „istnieją poważne podstawy”, by sądzić, iż cudzoziemiec dopuścił się nagannych czynów lub postaw, takich jak zbrodnia według prawa polskiego, zbrodnia przeciwko pokojowi, zbrodnia wojenna czy przeciwko ludzkości, bądź działań sprzecznych z celami i zasadami Narodów Zjednoczonych, ponadto gdy podlegał albo brał udział w popełnianiu wymienionych czynów lub stanowi zagrożenie dla obronności bądź bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Zgody na pobyt tolerowany udziela się na mocy przepisów u.o.c. z 2013 r. (art. 351 i n.) w ostateczności: po pierwsze, cudzoziemcowi, którego zobowiązanie do powrotu mogłoby nastąpić jedynie do państwa, w którym zagrożone byłoby jego prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego lub mógłby zostać poddany torturom albo nieludzkiemu bądź poniżającemu traktowaniu lub karaniu, zmuszony do pracy, pozbawiony prawa do rzetelnego procesu sądowego albo ukarany bez podstawy prawnej – w przypadku gdy zachodzą okoliczności do odmowy udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych; po drugie, gdy owo zobowiązanie jest niewykonalne z przyczyn niezależnych; po trzecie, może nastąpić jedynie do państwa, do którego wydanie cudzoziemca jest niedopuszczalne na mocy orzeczenia sądu albo ze względu na rozstrzygnięcie ministra sprawiedliwości w przedmiocie odmowy

wydania cudzoziemca. Poza tym ostatnim przypadkiem odmowa udzielenia zgody następuje, jeżeli pobyt cudzoziemca na terytorium RP może stanowić zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa bądź ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego.

2.7. Właściwość organów

W okresie obowiązywania u.o.c. z 2003 r. dualizm decyzji nakazujących opuszczenie Polski miał swój wyraz także w sferze właściwości organów. Wdrażając dyrektywę powrotową w drodze nowelizacji tejże ustawy w 2012 r. i zachowując istniejący system, ustawodawca nie zmienił też przepisów o właściwości organów.

Decyzję o zobowiązaniu cudzoziemca do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wydawał: komendant wojewódzki Policji, komendant powiatowy (miejski) Policji; komendant oddziału Straży Granicznej (SG) lub komendant placówki SG. Organem odwoławczym był wojewoda właściwy ze względu na siedzibę organu, który wydał decyzję (art. 98 u.o.c. z 2003 r.). Samoistną decyzję o wydaleniu cudzoziemca wydawał wojewoda właściwy ze względu na miejsce pobytu cudzoziemca lub miejsce ujawnienia faktu bądź zdarzenia będącego podstawą wystąpienia z wnioskiem o wydalenie. Wojewoda wydawał decyzję z urzędu lub na wniosek jednego z wymienionych organów (art. 92 u.o.c. z 2003 r.). W praktyce z reguły wniosek pochodził od organów SG lub Policji. Organem wyższego stopnia był Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców (dalej „Szef Urzędu”; art. 143 ust. 1 u.o.c. z 2003 r.). Jeżeli nakaz opuszczenia Polski (czy to w formie wydalenia, czy zobowiązania do powrotu) orzekany był akcesoryjnie, właściwość organów oczywiście wynikała z przepisów o postępowaniu w danej kategorii spraw. Organem właściwym do wydania zgody na pobyt tolerowany był – w zależności od okoliczności – wojewoda, Szef Urzędu lub Rada do spraw Uchodźców (art. 104 u.o.u.c.o.).

Jeśli zaszła konieczność przymusowego wykonania decyzji o wydaleniu, doprowadzenie cudzoziemca do granicy było obowiązkiem komendanta oddziału SG właściwego ze względu na miejsce pobytu cudzoziemca, natomiast doprowadzenie od granicy do portu lotniczego albo morskiego państwa, do którego następowało wydalenie – Komendanta Głównego SG lub komendanta oddziału SG właściwego ze względu na miejsce, w którym cudzoziemiec przekraczał granicę

(art. 95 ust. 2 i 3 u.o.c. z 2003 r.). Wpisu do wykazu osób, których pobyt na terytorium RP jest niepożądany, dokonywał Szef Urzędu (art. 129 ust. 1 u.o.c. z 2003 r.).

Na etapie przeprowadzania kontroli legalności pobytu najważniejszą rolę odgrywała SG i Policja; kontrolę legalności pobytu mogły też sprawować organy Służby Celnej, a w zakresie niezbędnym do prowadzenia postępowań w sprawach cudzoziemców – wojewoda i Szef Urzędu (art. 85 ust. 1, 1a i 1b u.o.c. z 2003 r.). Zatrzymania cudzoziemca dokonywała SG lub Policja (art. 101 ust. 2 u.o.c. z 2003 r.). Umieszczenie w strzeżonym ośrodku lub areszcie w celu wydalenia odbywało się na mocy postanowienia wydanego przez właściwy sąd rejonowy na wniosek wojewody, organu SG lub Policji (art. 104 ust. 2 u.o.c. z 2003 r.).

Rezygnacja z dotychczasowego dualizmu decyzji nakazujących opuszczenie Polski i wprowadzenie jednolitej konstrukcji zobowiązania do powrotu musiały zaowocować zmianami w zakresie właściwości organów. Ustawodawca polski miał tu swobodę, bowiem dyrektywa powrotowa nie ograniczała go w tym zakresie. Zdecydował zredukować liczbę organów zaangażowanych w zakończenie nielegalnego pobytu cudzoziemca i powierzyć w zasadzie całość tychże spraw organom SG.

I tak, decyzję o zobowiązaniu do powrotu wydaje z własnej inicjatywy („z urzędu”) komendant oddziału SG lub komendant placówki SG, który stwierdził istnienie przesłanki uzasadniającej wydanie decyzji, albo na wniosek wojewody bądź innego z wymienionych w ustawie organów – komendant oddziału SG lub komendant placówki SG właściwy ze względu na siedzibę organu występującego z wnioskiem albo miejsce pobytu cudzoziemca (art. 310 u.o.c. z 2013 r.). Organ, który wydał decyzję o zobowiązaniu do powrotu, właściwy jest również w sprawach przedłużenia terminu dobrowolnego powrotu i cofnięcia zakazu ponownego wjazdu. Organem wyższego stopnia w tych sprawach jest Szef Urzędu (art. 321 u.o.c. z 2013 r.).

Nie zmieniono przepisów o właściwości organów w zakresie przymusowego wykonania decyzji (art. 329 ust. 4 u.o.c. z 2013 r.). Organy te właściwe są również w sprawie ustalenia kosztów wydalenia (art. 336 ust. 2 u.o.c. z 2013 r.), przy czym od ich decyzji służy odwołanie do Komendanta Głównego SG (art. 341 u.o.c. z 2013 r.; choć równocześnie został on zaliczony w poczet organów właściwych do przymusowego wykonania decyzji). Komendant Główny SG ma także kompetencje w zakresie finansowania pomocy w dobrowolnym powrocie cudzoziemca („może zapewnić finansowanie” – art. 334 ust. 3 u.o.c. z 2013 r.).

W sprawie udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych oraz zgody na pobyt tolerowany również właściwy jest komendant placówki SG lub komendant oddziału SG, zaś odwołanie służy do Szefa Urzędu (art. 355 u.o.c. z 2013 r.). W sprawie cofnięcia zgody właściwe są także organy SG; organem wyższego stopnia jest Szef Urzędu (art. 357 u.o.c. z 2013 r.).

Właściwość organów w zakresie przeprowadzania kontroli legalności pobytu uległa jedynie niewielkiej korekcie (art. 289 u.o.c. z 2013 r.), zaś gdy chodzi o zatrzymanie cudzoziemca, ustawa stanowi, identycznie jak poprzednia, że dokonuje go SG lub Policja (art. 394 ust. 2 u.o.c. z 2013 r.). Postanowienie o umieszczeniu cudzoziemca w strzeżonym ośrodku lub o zastosowaniu aresztu wydaje sąd rejonowy właściwy ze względu na miejsce zamieszkania cudzoziemca na wniosek organu SG (art. 401 ust. 1 i 2 u.o.c. z 2013 r.). Szef Urzędu nadal jest organem dokonującym wpisu do wykazu cudzoziemców, których pobyt na terytorium RP jest niepożądany (art. 440 ust. 1 u.o.c. z 2013 r.).

2.8. Pomoc dla cudzoziemca

Cudzoziemcy, wobec których prowadzone są postępowania w sprawie obowiązku opuszczenia państwa pobytu, znajdują się często w szczególnie trudnej sytuacji. Grozi im wydanie decyzji o niezwykle nieraz dotkliwych skutkach, rozciągających się częstokroć na inne osoby z nimi związane – w szczególności członków rodziny. Ich możliwości obrony, rozumianej jako przedstawienie sprawy z własnej perspektywy i powołanie się na ewentualne korzystne dla nich przepisy lub zakwestionowanie stanowiska organu prowadzącego postępowanie, bywają faktycznie ograniczone. Wynikać to może z problemów językowych, nieznanomości zawiłych niejednokrotnie przepisów prawnych czy realiów funkcjonowania administracji publicznej w państwie pobytu, braku środków finansowych itd. Dlatego niezbędne jest zapewnienie cudzoziemcom co najmniej podstawowych form pomocy.

Taką podstawową formą jest pomoc tłumacza. Wdrażając dyrektywę powrotową w drodze nowelizacji u.o.c. z 2003 r., przewidziano obowiązek organu, który wydał decyzję o wydaleniu lub zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP, dokonania w języku zrozumiałym dla cudzoziemca, na jego wniosek, pisemnego tłumaczenia podstawy prawnej decyzji, rozstrzygnięcia oraz pouczenia o odwołaniu. Poza tym organ

rozpatrujący odwołanie od decyzji o wydaleniu został zobowiązany do zapewnienia cudzoziemcowi, który nie włada w wystarczającym stopniu językiem polskim, możliwości skorzystania z pomocy tłumacza (art. 93a i 97a u.o.c. z 2003 r.). To samo powtórzono w art. 327 u.o.c. z 2013 r. w odniesieniu do zobowiązania do powrotu, z tym że obowiązek zapewnienia pomocy tłumacza dotyczy także postępowania w I instancji, tłumaczenie elementów decyzji może być również ustne i nie wymaga wniosku cudzoziemca.

Inną formą pomocy jest pomoc prawna. Ze względu na wysoki stopień skomplikowania przepisów prawa o cudzoziemcach połączony z poważnymi konsekwencjami decyzji nakazujących opuszczenie Polski wskazane byłoby zapewnienie bezpłatnej pomocy prawnej. W art. 328 u.o.c. z 2013 r. nałożono na organ prowadzący postępowanie w sprawie wydania zobowiązania do powrotu nowy obowiązek: poinformowania cudzoziemca o organizacjach pozarządowych zajmujących się udzielaniem cudzoziemcom pomocy, w tym pomocy prawnej.

Nowością jest również monitorowanie procesu wydalenia (tak jak to pojęcie rozumie dyrektywa powrotowa) przez przedstawicieli organizacji pozarządowych lub międzynarodowych zajmujących się pomocą dla cudzoziemców. Zgodnie z art. 333 u.o.c. z 2013 r. mogą być oni obecni jako obserwatorzy w toku działań związanych z doprowadzeniem cudzoziemca do granicy, portu morskiego lub lotniczego dokonywanym w związku z przymusowym wykonaniem decyzji o zobowiązaniu do powrotu.

Wprowadzono też przepisy regulujące udzielanie cudzoziemcowi pomocy finansowej w dobrowolnym powrocie (art. 334 i n. u.o.c. z 2013 r.).

3. Wnioski

Z powyższych rozważań jasno wynika, że konstrukcja zobowiązania do powrotu oparta na pierwszeństwie dobrowolnego wyjazdu i traktowaniu wykonania przymusowego jako środka ostatecznego nie jest w polskim systemie prawnym rozwiązaniem rewolucyjnym. Samo odejście od dualizmu decyzji nakazujących cudzoziemcowi opuszczenie terytorium Polski na rzecz jednolitego instrumentu, jakim jest zobowiązanie do powrotu, stanowi oczywiście znaczącą zmianę, jednak będącą raczej wyrazem ewolucji polskiego prawa o cudzoziemcach.

Po dokonaniu takiej konstatacji należałoby odpowiedzieć na pytanie, czy charakter prawny nakazu opuszczenia Polski, jakim jest zobowiązanie

do powrotu, zmienił się w stosunku do poprzednio funkcjonujących. Jaka jest zatem istota zobowiązania do powrotu i czym się ona różni od istoty wydalenia i zobowiązania do opuszczenia terytorium RP?

Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, iż wydalenie jest szczególnym rodzajem sankcji administracyjnej²². To samo można powiedzieć o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium RP – z tym że jest to sankcja nieco mniej dolegliwa dla cudzoziemca. Wypada przypomnieć, iż zagadnienie sankcji administracyjnych jest skomplikowane i brakuje między innymi jednej, powszechnie uznawanej definicji takiej sankcji. Jak pisze M. Stahl, „zdecydowana większość badaczy uznaje sankcje prawne, w tym sankcje administracyjne, za niekorzystne konsekwencje naruszenia (nieprzebrzeżania) norm prawnych”²³, zaś „celem tradycyjnie ujmowanych sankcji administracyjnych jest zapewnienie poszanowania prawa i wywoływanie negatywnych konsekwencji w związku z naruszeniem zakazu lub nakazu, lub zapowiedź wystąpienia takich konsekwencji”²⁴. Wszystkie omawiane w niniejszym artykule nakazy opuszczenia Polski mieszczą się w takim rozumieniu sankcji administracyjnych, z jednym zastrzeżeniem dotyczącym zobowiązania cudzoziemca do powrotu na podstawie art. 302 ust. 1 pkt 14 u.o.c. z 2013 r. Przepis ten stanowi, że decyzję o zobowiązaniu do powrotu wydaje się cudzoziemcowi, jeżeli jego pobyt będzie stanowił zagrożenie dla zdrowia publicznego, „co zostało potwierdzone badaniem lekarskim”, lub dla stosunków międzynarodowych innego państwa członkowskiego UE. Trzeba wziąć pod uwagę, że nie ma normy prawnej, która nakazywałaby cudzoziemcowi być wolnym od chorób i zakażeń. Sam fakt bycia zakażonym czy chorym nie stanowi oczywiście żadnego naruszenia. Z sankcją mielibyśmy do czynienia, gdyby na przykład omawiany przepis był sformułowany na wzór art. 100 ust. 1 pkt 8 u.o.c. z 2013 r., dotyczącego odmowy zezwolenia na pobyt czasowy, zgodnie z którym „[cudzoziemiec] podlegając obowiązkowi leczenia na podstawie art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, nie wyraża zgody na to leczenie”²⁵. Przy takim ujęciu nakaz opuszczenia Polski stanowiłby konsekwencję niedopełnienia obowiązku prawnego. Co do

²² A. Krakala, *Wydalenie cudzoziemca jako szczególna sankcja administracyjna*, w: *Sankcje administracyjne. Blaski i cienie*, pod red. M. Stahl, R. Lewickiej, M. Lewickiego, Warszawa 2011, s. 420.

²³ M. Stahl, *Sankcje administracyjne – problemy węzłowe*, w: *Sankcje administracyjne...*, s. 21.

²⁴ *Ibidem*, s. 26.

²⁵ Dz. U. 2013, poz. 1650.

przesłanki „zagrożenia dla stosunków międzynarodowych innego państwa UE”, nie sposób przesądzić, abstrahując od konkretnego przypadku, czy zagrożenie to wiąże się z jakimś naruszeniem prawa, czy wynika wyłącznie z pewnych uwarunkowań politycznych bądź gospodarczych. Z pewnością, interesujące będzie śledzenie orzecznictwa w tym zakresie, o ile oczywiście przepis ten nie pozostanie „martwy” ze względu na przewidywalne trudności z jego interpretacją. Uwzględniając powyższe, trzeba by zatem stwierdzić, że zobowiązanie cudzoziemca do powrotu stanowi z reguły sankcję administracyjną, rzadziej zaś innego rodzaju instrument służący ochronie określonych w przepisach prawa dóbr poprzez zakończenie zagrażającego im pobytu cudzoziemca.

Jeżeli przyjmując, iż zobowiązanie do powrotu wiąże się zawsze z pewną, niejednokrotnie bardzo znaczącą, dolegliwością dla cudzoziemca, a równocześnie jest instrumentem koniecznym dla zapewnienia poszanowania prawa o cudzoziemcach oraz dla ochrony dóbr, którym to prawo służy – w tym kontekście należałoby szukać odpowiedzi na pytanie o jakość nowej regulacji. Trzeba przecież brać pod uwagę to, że decyzja nakazująca opuszczenie Polski może mieć wpływ na całe życie nie tylko jej adresata, lecz także jego bliskich. Jak wskazano wyżej, obowiązkowi wyjazdu z Polski towarzyszą z reguły również inne dodatkowe konsekwencje prawne wydania decyzji nakazującej jej opuszczenie (zwłaszcza zakaz ponownego wjazdu), których nie można bagatelizować. Powszechnie znane i nagłaśniane bywały przypadki postępowań w sprawie wydalenia bądź zobowiązania do opuszczenia Polski cudzoziemców zamieszkałych tu od lat, którzy praktycznie zatracili realne więzi z krajem swego pochodzenia²⁶. Na jednej szali leżą zatem interesy i prawa cudzoziemca oraz jego bliskich, na drugiej zaś poszanowanie prawa, ochrona różnego rodzaju interesów państwa, ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego czy zdrowia publicznego. Jakość regulacji wyraża się więc w zapewnieniu odpowiedniej równowagi w tym zakresie.

Z pewnością zatem sprawą fundamentalną jest zachowanie proporcji między celem, jakim jest ostatecznie ochrona interesu publicznego w rozmaitych jego aspektach, a środkiem, jakim jest zobowiązanie cudzoziemca

²⁶ Np. przypadki opisywane w 2011 r.: obywatelki Armenii H. Davtyan, <http://www.dziennikbaltycki.pl/artukul/385555,ormianka-zarabia-zbyt-malo-by-moc-pozostac-w-polsce,id,t.html?cookie=1> (dostęp: 15 III 2014); ormiańskiej rodziny Isaghulyan, <http://www.gloswielpolski.pl/artukul/377046,konin-nie-chca-ormian-z-babiaka,id,t.html> (dostęp: 15 III 2014); mongolskiej rodziny Batdavaa, http://wyborcza.pl/1,75248,9058964,Rodzina_Batdavaa_zostanie_w_Polsce___Pobyt_tolerowany_.html (dostęp: 15 III 2014).

do powrotu z wszystkimi jego konsekwencjami. W przepisach dotyczących wydalania obywateli UE i członków ich rodzin wyrażono wprost zasadę proporcjonalności oraz zawarto wskazówkę dotyczącą interpretacji jakże istotnej w omawianych przepisach klauzuli bezpieczeństwa i porządku publicznego. Zgodnie z art. 68a ust. 1 u.o.w.ob.UE decyzja o wydaleniu powinna uwzględniać zasadę proporcjonalności i opierać się wyłącznie na zachowaniu danej osoby, które stanowi rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie dla interesu społecznego. W ust. 3 wyraźnie wskazano, iż „wcześniejsza karalność nie może stanowić samoistnej podstawy do podjęcia decyzji o wydaleniu”. Praktyka wskazuje, że i w u.o.c. warto byłoby *expressis verbis* sformułować tego typu wskazanie²⁷. Ustawa zawiera rozwiązania, które wymagają zastosowania analogicznych zasad (np. zasady proporcjonalności przy orzekaniu o długości okresu zakazu wjazdu), i nie byłoby pozbawione sensu wyraźne zwrócenie na nie uwagi organom stosującym prawo²⁸.

Niewątpliwie, zaletą konstrukcji zobowiązania do powrotu jest jej większa klarowność, czytelność, niż w przypadku konstrukcji opartej na dwóch rodzajach instrumentów. Docenić należy nacisk na promowanie współpracy ze strony cudzoziemca i wprowadzenie rozwiązań ograniczających konieczność przymusowego wykonywania decyzji o zobowiązaniu do powrotu. Z pewnością, w praktyce ważne będzie, jak organy stosujące prawo będą interpretować przesłankę prawdopodobieństwa ucieczki cudzoziemca. Pozytywnie ocenić trzeba wprowadzenie przepisów o różnego rodzaju pomocy dla cudzoziemców, udzielanej i w toku postępowania, i po jego zakończeniu – choć, oczywiście, można by oczekiwać rozwiązań dalej idących niż na przykład poprzestanie na poinformowaniu cudzoziemca o organizacjach świadczących pomoc prawną. Nowością, która może pozytywnie zaważyć na losach wielu cudzoziemców, jest instytucja zgody na pobyt ze względów humanitarnych odróżniona od zgody na pobyt tolerowany. Drobna w wymiarze redakcyjnym zmiana polegająca na wprowadzeniu ochrony ze względu

²⁷ O interpretacji przesłanki bezpieczeństwa i porządku publicznego zob. P. Dąbrowski, op. cit., s. 182–184.

²⁸ Na temat powtarzania *expressis verbis* w regulacji krajowej międzynarodowych standardów z zakresu ochrony praw człowieka pisała w połowie lat dziewięćdziesiątych XX w. B. Gronowska. Zob. B. Gronowska, *Wydalanie cudzoziemców – wybrane problemy międzynarodowych standardów praw człowieka oraz prawa polskiego*, w: *O prawach człowieka w podwójną rocznicę Paktów. Księga Pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej*, pod red. T. Jasudowicza, C. Mika, Toruń 1996, s. 205–208. Interesujące byłoby zbadanie, na ile wyrażane wówczas na ten temat opinie zdezaktualizowały się w ciągu ostatnich kilkunastu lat.

na prawo do życia prywatnego przekłada się na możliwość uniknięcia wielu ludzkich dramatów i urzędniczych dylematów. W szczególności dotyczy to może osób mających zostać zobowiązanymi do opuszczenia Polski, w której przebywały od długiego czasu i nawiązały trwałe więzi osobiste, ekonomiczne, społeczne itd. Jak wskazywał Europejski Trybunał Praw Człowieka, więzi takie są elementem życia prywatnego człowieka i ich wymuszone zerwanie może stanowić naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego²⁹.

Zastanawia natomiast zmiana niezwracająca uwagi przy pobieżnej lekturze u.o.c., jednak, jak można sądzić, o niemałym znaczeniu: zmiana właściwości organów polegająca niemalże na zmonopolizowaniu prowadzenia spraw związanych ze zobowiązaniem cudzoziemca do powrotu przez organy SG. Nie tylko dokonują one czynności operacyjnych związanych z kontrolą i zatrzymaniem cudzoziemca, lecz także decydują o ewentualnym zobowiązaniu go do powrotu albo udzieleniu mu zgody na pobyt ze względów humanitarnych bądź pobyt tolerowany, a następnie w razie potrzeby decyzję o zobowiązaniu do powrotu wykonują. Należy zaś pamiętać, że wydanie decyzji wiąże się w szczególności z brzemienią w skutki oceną, czy określić w niej termin dobrowolnego wyjazdu czy też nie, ze sprecyzowaniem okresu zakazu wjazdu, z ewentualnym przedłużeniem terminu dobrowolnego powrotu. Do tego dochodzą między innymi kompetencje w zakresie określania kosztów. Podejmowanie tych decyzji wymaga eksperckiej wiedzy nie tylko z zakresu polskiego prawa o cudzoziemcach oraz prawa międzynarodowego publicznego i stosunków międzynarodowych, lecz także psychologii czy pedagogiki. Oznacza to konieczność zapewnienia odpowiedniej kadry – to jednak jest kwestią organizacyjną. Wątpliwość dotyczy problemu o charakterze systemowym: jak ten sam organ sprawdzi się w roli organu ścigającego naruszających prawo cudzoziemców, a równocześnie decydującego o wymierzeniu bądź nie dolegliwości w postaci zobowiązania do powrotu i decyzję tę wykonującego. Zapewne takie rozwiązanie usprawni postępowanie, przynajmniej w typowych przypadkach³⁰. Czy jednak okaże się korzystne dla jakości, we wskazanym wyżej rozumieniu, podejmowanych decyzji? Nie można zapominać, że skutki zobowiązania

²⁹ Zob. A. Szklanna, *Ochrona prawna cudzoziemca w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 254–256.

³⁰ Taki zresztą cel wprowadzanych zmian wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy. Zob. Druk nr 1526, s. 48–49, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=40BC8C2500D84845C1257BA4002A90E9> (dostęp: 15 III 2014).

do powrotu w licznych sytuacjach bywają bardziej dotkliwe niż niejedna kara przewidziana przepisami prawa karnego, a nie do pomyślenia jest współcześnie, by ściganie przestępcy, jego osądzenie i wykonanie kary powierzyć temu samemu organowi. Udział większej liczby organów powoduje, oczywiście, liczne niedogodności praktyczne w postępowaniu, jednak w tak poważnych sprawach, jak nałożenie obowiązku opuszczenia terytorium państwa, oznacza możliwość bardziej wszechstronnego rozważenia okoliczności danego przypadku już w I instancji.

Podsumowanie

Reasumując, należy stwierdzić, że choć instytucja zobowiązania cudzoziemca do powrotu jest genetycznie związana z wdrożeniem do polskiego porządku prawnego dyrektywy powrotowej, to nie wszystkie rozwiązania prawne ją konstruujące są bezpośrednim skutkiem transpozycji dyrektywy. Z drugiej strony, najważniejsze postanowienia dyrektywy były już realizowane w polskim prawie o cudzoziemcach w ramach dualistycznego systemu decyzji nakazujących opuszczenia terytorium. Pewne elementy charakterystyczne dla obecnej konstrukcji zobowiązania do powrotu dostrzegalne były zresztą w polskim prawie o cudzoziemcach jeszcze wcześniej – przed wdrożeniem, a nawet przed przyjęciem dyrektywy powrotowej. Można więc powiedzieć, że wprowadzenie instytucji zobowiązania cudzoziemca do powrotu jest po prostu kolejnym etapem rozwoju polskiego prawa o cudzoziemcach, inspirowanym w znacznym stopniu prawem unijnym.

Nowe rozwiązania nie stanowią tylko niewielkiej korekty dotychczasowych standardów. Wiele z nich implikuje znaczące zmiany, które mogą okazać się pozytywne dla poszukiwania równowagi między ochroną praw człowieka a ochroną szeroko pojętego interesu publicznego. Stwierdzenie to jest zresztą spójne z opiniami odnoszącymi się do – projektowanej wówczas – dyrektywy powrotowej, że stanowi ona wyraz dążenia do kompromisu między interesem obywatela państwa trzeciego a interesem państwa członkowskiego³¹. Podejście takie nie jest absolutną nowością w polskim prawie o cudzoziemcach, wydaje się

³¹ O. Łachacz, *Zwalczanie nielegalnej imigracji w Unii Europejskiej w aspekcie wspólnej polityki migracyjnej i polityki wybranych państw członkowskich w tym zakresie*, w: *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jana Białocerkiewicza*, pod red. T. Jasudowicza, M. Balcerzaka, Toruń 1999, s. 535; I. Wróbel, *Wspólnotowe prawo imigracyjne*, Warszawa 2008, s. 423.

jednak, iż w porównaniu z poprzednimi omawiane rozwiązania w swych ogólnych zrębach są bardziej humanitarne, dają bowiem między innymi możliwość uwzględnienia wielu rozmaitych aspektów nieraz bardzo skomplikowanych życiowych sytuacji cudzoziemców i podjęcia decyzji akceptowalnej z punktu widzenia standardów ochrony praw człowieka – bez uszczerbku dla najbardziej żywotnych interesów państwa. Oznacza to jednak dość wysoki stopień skomplikowania regulacji, a co za tym idzie – równie wysoki poziom wymagań względem organów prowadzących bardziej złożone postępowania administracyjne i wydających wieloaspektowe decyzje. To, czy będzie można powiedzieć o omawianych rozwiązaniach, że stanowią istotnie nową jakość w polskim prawie o cudzoziemcach, będzie zatem w znacznej mierze zależało od tego, jak właściwe organy na to wyzwanie odpowiedzą.

AN OBLIGATION TO RETURN: A NEW QUALITY IN THE POLISH LAW ON FOREIGNERS? REFLECTIONS ON THE TRANSPOSITION OF THE RETURN DIRECTIVE

Summary

The subject of this article is the obligation to return as a new instrument in the Polish law on foreigners. This obligation to return has been in force since 1 May 2014 and replaces the previously functioning expulsion and the obligation to leave the territory of the Republic of Poland. New legal solutions result from the transposition of so called 'Return Directive', agreed in 2008 and the entry into force of the Foreigners Act of 12 December 2013.

The question is whether these solutions constitute an absolute novelty or whether they are a stage in the evolution of the Polish law on foreigners. Is it merely a correction of the former standards or a totally new quality? The answer to these questions is crucial, as the regulations concerning the status of illegally staying foreigners are a measure show whether the balance between the protection of human rights and the protection of public interest in its numerous aspects is achieved.

Seeking for the answer, the author firstly presents the provisions of the Return Directive and subsequently introduces the institution of the obligation to return against the background of the legal regulation of expulsion and obligation to leave the territory of the Republic of Poland. The analysis addresses types of administrative decisions in these matters, their premises, contents, legal consequences and execution as well as a tolerated stay permit and a permission to stay for humanitarian reasons. Competent authorities and different forms of aid and assistance offered to foreigners are also discussed.

The deliberations end with a few reflections. In the conclusion it is stated that the obligation to return is not, as such, revolutionary in the Polish law on foreigners.

However, many of the new solutions constitute important developments, generally in favour of the above mentioned balance between the protection of human rights and public interest. Despite this principally positive evaluation, it is noteworthy that some of them may pose a certain risk.

Keywords: obligation to return – expulsion – obligation to leave the territory – Return Directive – Polish law on foreigners