Warszawa, dnia 19 maja 2018 r.

Opinia

Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych

w przedmiocie projektu z dnia 18 kwietnia 2018 r. ustawy o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi

I. Konieczność zmiany stanu prawnego

Przedłożony do zaopiniowania projekt ustawy z dnia 18 kwietnia 2018 r. o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi stanowi przede wszystkim wypełnienie wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 grudnia 2017 r. (C-403/16) w sprawie Soufiane El Hassani przeciwko Ministrowi Spraw Zagranicznych, który został wydany w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne polskiego Naczelnego Sądu Administracyjnego zadane postanowieniem z dnia 28 czerwca 2016 r. (II OSK 1346/16): „Czy art. 32 ust. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 810/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. ustanawiającego Wspólnotowy Kodeks Wizowy (kodeks wizowy) (Dz. Urz. z 2009 r. Nr L 243, str.1-58), z uwagi na motyw 29 preambuły do kodeksu wizowego i art. 47 akapit pierwszy Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. z 2012 r. Nr C 326, str. 391-407), należy rozumieć w ten sposób, że nakłada na państwo członkowskie obowiązek zagwarantowania środka zaskarżenia (odwołania) do sądu?”.

Trybunał Sprawiedliwości UE wyrokiem z dnia 13 grudnia 2017 r. (C-403/16) orzekł, że „Artykuł 32 ust. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 810/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. ustanawiającego Wspólnotowy kodeks wizowy, zmienionego rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 610/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r., w świetle art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że nakłada on na państwa członkowskie obowiązek ustanowienia procedury odwoławczej od decyzji o odmowie wydania wizy, której

szczegółowe zasady należą do porządku prawnego każdego państwa członkowskiego, przy poszanowaniu zasad równoważności i skuteczności. Procedura ta musi gwarantować na pewnym etapie postępowania środek odwoławczy do sądu."

Z art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej wynika, że orzeczenia prejudycjalne Trybunału Sprawiedliwości ustalają właściwą wykładnię (lub kwestię ważności) przepisów prawa unijnego, mających zastosowanie w sprawie zawisłej przed sądem krajowym.

Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 19 lutego 2018 r. (II OSK 1346/16), „Biorąc pod uwagę wykładnię przepisów prawa Unii dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2017 r., w sprawie C-403/16, stwierdzić należy, że art. 5 pkt 4 p.p.s.a. jest niezgodny art. 32 ust. 3 kodeksu wizowego w związku z art. 47 akapit pierwszy Karty praw podstawowych Unii Europejskiej."

Mając na uwadze powyższe, należy podzielić stanowisko Ministra Spraw Zagranicznych o konieczności dostosowania przepisów ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi do wyższych w hierarchii źródeł prawa przepisów prawa unijnego. Konsekwencją bowiem wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE, stosownie do zasady *lex superior derogat legi inferiori*, jest niestosowanie art. 5 pkt 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn. Dz. U. 2017 r. poz. 1369 ze zm., dalej jako „p.p.s.a.") w obecnym brzmieniu, lecz bezpośrednio art. 32 ust. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 810/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. ustanawiającego Wspólnotowy kodeks wizowy, zmienionego rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 610/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r., rozumianego w świetle art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej w ten sposób, że dopuszczalne jest odwołanie od decyzji o odmowie wydania wizy, przy poszanowaniu zasad równoważności i skuteczności, a po wyczerpaniu procedury możliwe jest zaskarżenie decyzji do sądu. Artykuł 32 ust. 3 kodeksu wizowego stanowi: „Osobom ubiegającym się o wizę, którym odmówiono wydania wizy, przysługuje prawo

do odwołania się od takiej decyzji. Postępowanie odwoławcze jest prowadzone przeciwko państwu członkowskiemu, które podjęło ostateczną decyzję w sprawie wniosku, zgodnie z prawem krajowym tego państwa członkowskiego. Państwa członkowskie udzielają osobom ubiegającym się o wizę informacji dotyczących trybu postępowania w przypadku odwołania, jak określono w załączniku VI". Mając to na uwadze, w przypadku niedostosowania postępowania administracyjnego związanego z wydawaniem wiz i sądowoadministracyjnego w odniesieniu do kontroli decyzji w przedmiocie wiz, możliwe są negatywne konsekwencje dla sprawności działania aparatu administracyjnego i sądów administracyjnych. Podzielić należy w rezultacie stanowisko zaprezentowane w uzasadnieniu projektu ustawy, że „aktualny stan prawny definitywnie nie odpowiada treści orzeczenia ani stawianym w nim wymogom gwarancji skutecznego środka zaskarżenia do sądu, a co za tym idzie wymaga systemowej zmiany". Stąd pozytywnie należy ustosunkować się do zamysłu dokonania zmian procedury sądowoadministracyjnej dostosowujących ją do reżimu prawa unijnego.

II. Ramy prawne zapewnienia dostępu do sądu cudzoziemcom w sprawach wizowych

Zaznacza się, że szeroki zakres uznania organów państw członkowskich logicznie przekłada się na łagodniejsze normy w zakresie kontroli sądowej, jaką mają sprawować sądy państw członkowskich (zob. opinia rzecznika generalnego M. Szpunara dotycząca odmowy wydania studenckiego dokumentu pobytowego w sprawie Fahimian, C-544/15, pkt 72). Podzielić należy zatem stanowisko rzecznika generalnego Michała Bobeka z dnia 7 września 2017 r. w sprawie C-403/16 (pkt 109), że wystarczy, aby sądy krajowe zagwarantowały, by decyzje o odmowie wydania wizy nie były podejmowane w sposób arbitralny, ale zgodnie z faktami ustalonymi przez organ administracyjny, a następnie wydawane w granicach uznania, jakim dysponuje ten organ administracyjny. Wskazany rzecznik zauważył ponadto na gruncie dotychczasowego orzecznictwa (wyroki Trybunału Sprawiedliwości UE: z dnia 22 grudnia 2010 r., DEB,

C-279/09, pkt 59; z dnia 17 marca 2011 r., Peñarroja Fa, C-372/09 i C-373/09, pkt 63; z dnia 30 czerwca 2016 r., Toma i Biroul Executorului Judecătoresc Horaţiu-Vasile Cruduleci, C-205/15, pkt 44), że „obowiązek państw członkowskich wynikający z art. 47 akapit pierwszy karty polega na zagwarantowaniu samej podstawy lub istoty prawa przewidzianego w tym postanowieniu, mianowicie dostępu do sądów. Aby zachować tę podstawę, nie można wykluczyć kontroli decyzji przez sąd. Nie implikuje to jednak, w szczególnym kontekście spraw w rodzaju tej rozpatrywanej, jakichkolwiek dalszych pozytywnych obowiązków ciążących na państwach członkowskich w zakresie aktywnego ułatwiania tego dostępu do sądu." (pkt 110).

Warto też zaznaczyć, że stosownie do art. 45 ust. 1 Konstytucji każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Jednocześnie art. 77 ust. 2 Konstytucji stanowi, że ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. Do kontroli działalności administracji publicznej powołane są w myśl art. 184 Konstytucji sądy administracyjne. Godzi się jednak wskazać, że zgodnie z art. 37 Konstytucji kto znajduje się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej, korzysta z wolności i praw zapewnionych w Konstytucji. Jednak wyjątki od tej zasady, odnoszące się do cudzoziemców, może określać ustawa. Dopuszczenie ograniczenia przedmiotowego właściwości sądów administracyjnych w sprawach cudzoziemców znajduje swoją podstawę w wyroku TK z dnia 15 listopada 2000 r. (wyrok TK z 15 listopada 2000 r., P 12/99, OTK ZU 2000, nr 7, poz. 260), w którym stwierdzono, że art. 19 pkt 5 ówcześnie obowiązującej ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym, w zakresie w jakim wyłącza prawo do sądu w sprawach dotyczących wydalenia cudzoziemca nielegalnie przebywającego w Polsce – jest zgodny z art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W rezultacie na gruncie ustawy zasadniczej zakres prawa do sądu przysługujący cudzoziemcom w uzasadnionych przypadkach może być odmienny, niż zapewniony obywatelom polskim.

III. Uwagi szczególne

1. Poszerzenie zakresu właściwości rzeczowej sądów administracyjnych. Art. 1 pkt 1 projektu ustawy obecny art. 5 pkt 4 Prawa o postępowaniu administracyjnym ujmuje w nowej jednostce redakcyjnej jako art. 5 pkt 4 lit. b), zaś dodaje nową normę w art. 5 pkt 4 lit. a), zgodnie z którą wyjątkiem od zasady, że sądy administracyjne nie są właściwe w sprawach wiz wydawanych przez konsulów, jest właściwość sądów w sprawach wydawanych wiz, o których mowa w art. 2 pkt 2-5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 2-5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 810/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. ustanawiającego Wspólnotowy Kodeks Wizowy (kodeks wizowy) (Dz. Urz. UE L 243 z 15.09.2009, str. 1, Dz. Urz. UE L Nr 258 z 4.10.2011 r., str. 9, Dz. Urz. UE L Nr 58 z 2902.2012 r., str. 3 oraz Dz. Urz. UE L Nr 182 z 29.06.2013 r., str. 1). Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy, w wyniku wskazanej zmiany normatywnej, „wojewódzkie sądy administracyjne będą właściwe w sprawach skarg na: decyzje o odmowie wydania wizy, decyzje o cofnięciu i unieważnieniu wizy Schengen i działalność konsula w powyższym zakresie".

Należy zauważyć, że w art. 2 pkt 2-5 Kodeksu Wizowego mowa jest o:

1) „wizie", co oznacza zezwolenie wydawane przez państwo członkowskie na tranzyt przez terytorium państw członkowskich lub planowany pobyt na terytorium państw członkowskich nieprzekraczający trzech miesięcy w dowolnym sześciomiesięcznym okresie, licząc od dnia pierwszego wjazdu na terytorium państw członkowskich oraz na tranzyt przez międzynarodową strefę tranzytową portów lotniczych państw członkowskich;

2) „wizie jednolitej", co oznacza wizę ważną na całym terytorium państw członkowskich;

3) „wizie o ograniczonej ważności terytorialnej", co oznacza wizę ważną na terytorium jednego lub kilku, lecz nie wszystkich, państw członkowskich;

5) „tranzytowej wizie lotniskowej", co oznacza wizę uprawniającą do tranzytu przez międzynarodową strefę tranzytową jednego lub kilku portów lotniczych państw członkowskich.

Proponowane rozwiązanie prawne rodzi w tym zakresie dwie wątpliwości.

Po pierwsze, czy zakres wyjątków od zasady określonej w art. 5 pkt 4 p.p.s.a. nie uzasadnia w ogóle rezygnacji z niej. Miałoby to pozytywne skutki dla jednolitości i przejrzystości praktyki konsulów i sądów administracyjnych. W takim przypadku uzasadnione byłoby skreślenie punktu 5 art. 4 p.p.s.a. W motywach projektu brak jest tymczasem odniesienia się do zakresu spraw wiz wydawanych przez konsulów, który wciąż pozostanie wyłączony spod właściwości rzeczowej sądów administracyjnych, w tym czy pozostawienie wyjątku pozostaje uzasadnione i z jakich przyczyn.

Po drugie, proponowany kształt art. 5 pkt 4 lit. a) p.p.s.a. umożliwiać będzie zaskarżenie do sądu administracyjnego także decyzji pozytywnych (o wydaniu wizy), a nie tylko odmownych, jak też postanowień oraz co – jeszcze istotniejsze, a o czym nie wspomniano w projekcie wprost – bezczynności lub przewlekłości konsula w wydaniu wizy, stosownie do art. 3 § 2 pkt 8 p.p.s.a. Okoliczność tę należało uwzględnić przy szacowaniu liczby spraw sądowoadministracyjnych, jakie mogą pojawić się w związku z proponowaną nowelizacją.

Odnotować wypada, że liczbę cudzoziemców, którzy mogą inicjować przedmiotowe sprawy sądowoadministracyjne, projektodawca określił jako „trudną do oszacowania". Wszelako podano na podstawie dotychczasowych danych, że uprawnionych może być ok. 1300 osób, którzy dotychczas otrzymywali po złożeniu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy decyzje negatywne. Wydaje się jednak, że liczba skarżących będzie zdecydowanie rosnąca. Po pierwsze, wprowadzenie drogi sądowoadministracyjnej zachęci cudzoziemców do składania wniosku o ponowne rozpatrzenie negatywnie załatwionej sprawy wizowej z nadzieją na ewentualną dalszą kontrolę ze strony niezależnego i niezawisłego sądu. Po drugie, obecnie odsetek odmów jest niewielki (3,2 % w 2016 r.), przy znacznej liczbie wydawanych wiz (dla samych obywateli Ukrainy w 2016 r. wydano aż ok. 1,36 milionów wiz). Stan ten może się

jednak drastycznie zmienić w przypadku wydania rozporządzeń, o których mowa w art. 90b ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1065 ze zm.), które implikować będą znaczny wzrost liczby odmów, przynajmniej w początkowym okresie, na co konsulowie mogą nie być przygotowani. W dalszej perpektywnie oznacza to znaczny wzrost liczby spraw przed WSA w Warszawie i NSA dotyczących kontroli sądowoadministracyjnych spraw wizowych. Grozić to będzie przewlekłością postępowań sądowych oraz wydłużeniem czasu oczekiwania na rozstrzygnięcie sądu w pozostałych kategoriach spraw, w tym inicjowanych przez obywateli polskich. Po trzecie, wyniki kontroli Najwyższej Izby Kontroli w przedmiocie zabezpieczenia przed wyłudzaniem wiz pod pretekstem podejmowania pracy przez cudzoziemców na terenie Rzeczypospolitej Polskiej wskazały na liczne nieprawidłowości przy wydawaniu wiz. W sytuacji, gdy urzędnik konsularny na rozpatrzenie wniosku wizowego poświęca od 2 do 4 minut trudno mówić o rzetelnym i pogłębionym postępowaniu (informacja o wynikach kontroli z dnia 12 marca 2018 r., https://www.nik.gov.pl/plik/id,16205,vp,18729.pdf). W tym zakresie wprowadzenie kontroli sądowoadministracyjnej z jednej strony pozwoli stosowane w tych postępowaniach przepisy rozjaśnić wykładnią sądową, z drugiej jednak zniechęcać może urzędników do wydawania decyzji odmownych także w tych sytuacjach, gdy są one uzasadnione. Wyniki kontroli NIK jednoznacznie wskazują, że liczba urzędników konsularnych jest niedostosowana do liczby spraw (odnotowane zostało to również w Ocenie Skutków Regulacji projektowanej ustawy), co może zostać wykorzystane do nadużyć. Nietrudno sobie wyobrazić składanie licznych skarg przez cudzoziemców na wywołaną tymi niedostatkami bezczynność czy przewlekłość tylko w celu uzyskania zasądzenia sumy pieniężnej, o której mowa w art. 149 § 2 p.p.s.a. Taka działalność w przypadku cudzoziemców z krajów niezamożnych może stać się nawet formą zarobkowania. Wreszcie osobami ubiegającymi się o wizę są najczęściej osoby niezamożne. Stąd spodziewać się można licznych wniosków o prawo pomocy, zwłaszcza że zasadnie sprawy te nie zostały w art. 239 p.p.s.a. objęte zwolnieniem od kosztów sądowych.

Powyższe uzasadnia rozważenie przez projektodawcę wprowadzenia rozwiązań umożliwiających przeciwdziałanie nadmiernej liczbie skarg do sądu administracyjnego w omawianej kategorii spraw, jak również nadużyciom procedury sądowoadministracyjnej w celach niezgodnych z funkcją prawa do sądu w sprawach wizowych. Z tych względów wypada zaproponować przykładowo:

1) rozważenie, z uwzględnieniem art. 37 ust. 2 Konstytucji, modyfikacji zakresu prawa pomocy, które przysługiwałoby cudzoziemcom w sprawach wizowych, gdyż jak wskazał rzecznik generalny brak wykluczenia kontroli sądowoadministracyjnej nie implikuje „w szczególnym kontekście spraw w rodzaju tej rozpatrywanej, jakichkolwiek dalszych pozytywnych obowiązków ciążących na państwach członkowskich w zakresie aktywnego ułatwiania tego dostępu do sądu" (stanowisko rzecznika generalnego Michała Bobeka z dnia 7 września 2017 r. w sprawie C-403/16, pkt 110).

2) wyłączenie stosowania art. 149 § 2 p.p.s.a. w sprawach dotyczących wiz wydawanych przez konsulów.

2. Sąd właściwy. Art. 1 pkt 2 projektowanej ustawy określa jako sąd właściwy w sprawie skarg na działalność konsula wojewódzki sąd administracyjny, na którego obszarze właściwości ma siedzibę urząd obsługujący ministra właściwego do spraw zagranicznych. W praktyce oznacza to właściwość Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Pozytywnie należy ustosunkować się do tego rozwiązania, pozwalającego zapewnić odpowiednią specjalizację sędziów orzekających w opisanej kategorii spraw, jak też większą jednolitość orzecznictwa. W tym kontekście rozważenia wymagałoby utworzenie dodatkowego wydziału tego Sądu, którego sędziowie rozpoznawaliby wyłącznie sprawy cudzoziemskie.

Zastrzeżenie budzi jednak opisanie właściwego sądu administracyjnego przez odniesienie się do „skarg na działalność konsula". Jakkolwiek bowiem w myśl art. 3 § 1 p.p.s.a. sądy administracyjne sprawują kontrolę działalności administracji publicznej i stosują środki określone w ustawie (por. też art. 54 § 1 p.p.s.a.), to zakres spraw, w których są one właściwe, określony jest przez prawne formy działania administracji (zob. art. 3 § 2-3 p.p.s.a.). Proponowane rozwiązanie jest zatem nie w pełni spójne

z dotychczasowymi rozwiązaniami przyjętymi na gruncie Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Zaznaczyć należy, że bezpośrednim przedmiotem kontroli sądu administracyjnego jest akt lub czynność (albo bezczynność bądź przewlekłość w zakresie ich wydania/dokonania), nie zaś ogólnie „działalność" organu administracji publicznej. Taka działalność może być przedmiotem skarg składanych do właściwych organów w trybie przepisów art. 227 – art. 240 Kodeksu postępowania administracyjnego. Ponadto nieuzasadnione jest zawężanie regulowanej w art. 13 § 2a p.p.s.a. materii sądu właściwego jedynie do środka zaskarżenia jakim jest „skarga", pozostawiając inne środki poza zakresem tej normy (np. wniosek o wymierzenie grzywny za nieprzekazanie skargi i akt sprawy; skargę na niewykonanie wyroku) i rodząc w tym zakresie wątpliwości co do sądu właściwego. Z tych względów wydaje się, że proponowany art. 13 § 2a p.p.s.a. powinien otrzymać brzmienie: „W sprawach dotyczących wiz wydawanych przez konsulów właściwy jest wojewódzki sąd administracyjny, na którego obszarze właściwości ma siedzibę urząd obsługujący ministra właściwego do spraw zagranicznych".

3. Udział ministra. Pozytywnie ustosunkować się należy do proponowanego art. 28 § 4 p.p.s.a., który zapewni odpowiednią efektywność i sprawność postępowania sądowoadministracyjnego oraz wykluczy konieczność angażowania w czynnościach postępowania sądowoadministracyjnego odległego konsula, którego może skutecznie zastąpić nadrzędny wobec niego minister właściwy do spraw zagranicznych.

4. Przekazania akt sprawy sądowi z odpowiedzią na skargę. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy, z dodanym art. 28 § 4 p.p.s.a. koresponduje proponowany art. 54 § 2d p.p.s.a., zgodnie z którym skargę do sądu administracyjnego w omawianej kategorii spraw minister właściwy do spraw zagranicznych przekazywać będzie sądowi wraz z kompletnymi i uporządkowanymi aktami sprawy i odpowiedzią na skargę w terminie sześćdziesięciu dni od dnia jej otrzymania przez konsula. Nie budzi większych zastrzeżeń sama zasadność tego rozwiązania, umożliwia bowiem skupienie czynności związanych ze skargą w aparacie ministra właściwego do spraw zagranicznych, gwarantując większą sprawność i specjalizację w tym zakresie. Wątpliwości budzą jednak kwestie szczegółowe. Po pierwsze, natury legislacyjnej,

albowiem zaistnieje stan, w którym pojawi się przepis art. 54 § 2d p.p.s.a., gdy jeszcze nie obowiązują art. 54 § 2a-2c p.p.s.a. Być może dla klarowności zasadniejsze byłoby oznaczenie tego przepisu jako art. 54 § 2a, z odpowiednią modyfikacją przepisów art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 10 stycznia 2014 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r. poz. 183). Kolejno, proponowane brzmienie art. 54 § 2d pozostawia lukę prawną, albowiem nie będzie określony termin, w jakim konsul ma obowiązek przekazać kompletne i uporządkowane akta sprawy wraz ze swoją opinią ministrowi właściwemu do spraw zagranicznych (dopiero zaś od otrzymania tych materiałów biegnie termin dla ministra). Jedynie w uzasadnieniu projektu ustawy podano, że „Konsul winien przygotować komplet dokumentacji w terminie około 7 do 10 dni i bez zbędnej zwłoki przekazać akta Ministrowi Spraw Zagranicznych w celu przygotowania odpowiedzi na skargę", jednak taki obowiązek nie wynika z projektu ustawy i nie będzie mógł być skutecznie egzekwowany uregulowanym w art. 55 p.p.s.a. wnioskiem do sądu administracyjnego o wymierzenie grzywny za nieprzekazanie skargi wraz z aktami sprawy, niezależnie od wprowadzenia zmian określonych w art. 1 pkt 6 projektu ustawy. Z tych względów należy rozważyć dodanie w proponowanym art. 54 § 2d p.p.s.a. zdania drugiego o treści: „Właściwy konsul przekazuje ministrowi właściwemu do spraw zagranicznych kompletne i uporządkowane akta sprawy wraz ze swoją opinią w terminie czternastu dni od dnia otrzymania skargi". Wówczas procedura oraz określenie terminu poszczególnych czynności związanych ze skargą w omawianej kategorii spraw będzie pozbawiona luk. Bez takiego uzupełnienia wspominane w projekcie ustawy zdyscyplinowanie konsulów do przestrzegania terminów na przekazanie kompletnych i uporządkowanych akt sprawy wraz z odpowiedzią na skargę – pozostanie gołosłowne.

5. Wymóg wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Zaaprobować należy określone w art. 1 pkt 4 projektu ustawy dodanie do art. 52 § 3 p.p.s.a. zdania drugiego, zgodnie z którym „Prawo do wniesienia skargi bez zwrócenia się do organu, który wydał decyzję z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy nie przysługuje stronie, gdy organem, który wydał decyzję jest konsul." Wymóg

skorzystania przez adresata decyzji w sprawie wizowej przed wniesieniem sprawy do sądu administracyjnego ze środka zaskarżenia, jakim jest wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, zapewni bowiem załatwienie części spraw bez konieczności angażowania ministra właściwego do spraw zagranicznych oraz sądu administracyjnego. Pozwoli skuteczniej i zdecydowanie szybciej wyeliminować konsulowi ewentualne błędy czy niedopatrzenia we własnym zakresie, jednocześnie bez konieczności uwzględniania w całości żądania strony, jak w przypadku procedury autokontrolnej. Przyjęte rozwiązanie chroni sądy administracyjne przed nadmiernym obciążeniem sprawami oczywistymi i drobnymi. Jednocześnie pozostaje w pełni w zgodzie z regulacjami unijnymi oraz wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 grudnia 2017 r. (C-403/16) w sprawie Soufiane El Hassani przeciwko Ministrowi Spraw Zagranicznych, który określił obowiązek ustanowienia procedury odwoławczej od decyzji o odmowie wydania wizy, jednak szczegółowe zasady tej procedury należą do porządku prawnego każdego państwa członkowskiego, przy poszanowaniu zasad równoważności i skuteczności. Procedura ta musi gwarantować środek zaskarżenia do sądu, ale dopiero na pewnym etapie postępowania. Tym samym ustawodawca może określić dopuszczalność skargi dopiero na odpowiednim poziomie „dojrzałości sprawy". W tym kontekście podzielić należy stanowisko projektodawcy, że stan taki zaistnieje dopiero po dwukrotnym rozpatrzeniu sprawy przez konsula. Jednocześnie zapewnia skuteczniejszą kontrolę sądowoadministracyjną, albowiem poszerza zakres informacji zgromadzonych w aktach sprawy, w oparciu o które wyrokuje sąd administracyjny. Proponowane rozwiązanie jest przy tym korzystne dla samych skarżących, jak bowiem wynika z uzasadnienia przedłożonego projektu, złożenie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy w 30% przypadków wniosków kończy się decyzją pozytywną dla cudzoziemca, pozwalając zakończyć sprawę na etapie postępowania administracyjnego. Co więcej, nie byłoby sprzeczne z regulacją unijną, wyłożoną w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, wprowadzenie trzeciej instancji, w postaci odwołania do ministra właściwego do spraw zagranicznych od decyzji konsula wydanej po załatwieniu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, z dopuszczalnością skargi do sądu administracyjnego dopiero od tej decyzji ministra. Takie rozwiązanie zapewniałoby jednolitość praktyki administracyjnej konsulów, o którą dbałby jeden

organ administracji (nie zaś – jak w przedłożonym projekcie – każdy ze 129 konsulów RP odrębnie), wszelako obwarowane musiałoby być gwarancjami sprawności i szybkości postępowania.

W odniesieniu do tego przepisu należy jedynie zasugerować, aby uwzględnić w jego brzmieniu, że w świetle proponowanego art. 5 pkt 2 p.p.s.a. możliwe będzie wnoszenie skargi również na postanowienia. Problem ze stosowaniem art. 52 § 3 p.p.s.a. pojawił się już w orzecznictwie i potwierdził, że wykładnia językowa tego przepisu prowadzi do niezadowalających rezultatów (zob. postanowienie NSA z dnia 15 maja 2018 r., I OSK 1437/18). Projektodawca powinien zatem rozważyć zmianę art. 52 § 3 p.p.s.a. zarówno w zakresie zdania dodawanego, jak i zdania pierwszego, tak aby przepis obejmował również postanowienia.

6. Zagadnienia pominięte w projekcie. Projekt nie odnosi się do problemu reprezentacji strony skarżącej przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w Warszawie. Z istoty postępowania wynika bowiem, że cudzoziemiec nie będzie znajdował się na terytorium RP. Z uwagi na art. 37 ust. 2 w zw. z art. 45 ust. 2 Konstytucji rozważyć można rozwiązanie, w którym omawiane kategorie spraw będą rozpoznawane przez sąd administracyjny wyłącznie na posiedzeniu niejawnym, wymagałoby to jednak stosownego dookreślenia w art. 119 i art. 182 p.p.s.a., co pominięto. Jednocześnie stronie skarżącej pozostawić należy prawo do bycia wysłuchanym przez możliwość w każdym czasie, do momentu rozpoznania sprawy, formułowania swojego stanowiska na piśmie. Strona powinna mieć też możliwość ustanowienia profesjonalnego pełnomocnika (radcy prawnego lub adwokata), który będzie ją reprezentował na terytorium RP. Pominięte w projekcie są również kwestie związane z językiem, jak też dotyczące istnienia lub nieistnienia obowiązku zapewnienia stronie skarżącej tłumacza. Z uwagi na reżim ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (tekst jedn. Dz. U. z 2011 r. Nr 43 poz. 224 ze zm.) skarga i inne pisma w postępowaniu przed sądem administracyjnym powinny być formułowane w języku polskim. Ponadto nie uwzględniono w projekcie ustawy istotnych z perspektywy praktyki zagadnień związanych z zapewnieniem skuteczności doręczeń np. zarządzeń czy orzeczeń sądowych, w tym w odniesieniu do ewentualnego obowiązku ustanawiania

pełnomocnika do doręczeń na terytorium RP. Wreszcie rozważenia wymagałoby dookreślenie, czy i w jakim zakresie w omawianej kategorii postępowań przed konsulami znajdować powinny zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego (np. dotyczące instytucji ponaglenia – art. 37 Kodeksu), zwłaszcza z uwagi na obowiązujący art. 3 § 2 pkt 4 tego Kodeksu, zgodnie z którym przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego nie stosuje się do postępowania w sprawach należących do właściwości polskich przedstawicielstw dyplomatycznych i urzędów konsularnych, o ile przepisy szczególne nie stanowią inaczej.

Konkludując, problem związany z zapewnieniem drogi sądowoadministracyjnej w sprawach wizowych nie może być uznany na chwilę obecną za rozwiązany w projektowanej ustawie dostatecznie kompleksowo.

r.pr. dr Aleksander Jakubowski