Swoboda przemieszczania się w prawie międzynarodowym, prawie Unii Europejskiej i polskim prawie krajowym
Przegląd zagadnień

Leszek Wiśniewski
Mateusz Maria Bieczyński

Recenzowane opracowanie stanowi bardzo rzetelne, solidne i dobrze udokumentowane, zawierające w swojej treści wiele cennych spostrzeżeń i konkluzji, studium jednej z podstawowych wolności jednostki: swobody przemieszczania się oraz wyboru miejsca pobytu. Jest to zarazem dzieło nowatorskie, podejmujące problemy, które nie stanowiły dotąd przedmiotu pogłębionych analiz w polskiej literaturze naukowej z zakresu nauk prawnych. Poza tym należy jeszcze podkreślić, że wywody Autorów zostały sformułowane w sposób komunikatywny oraz poparte trafną interpretacją obowiązujących regulacji prawnych i dotychczasowego dorobku doktryny.

Prof. Stanisław Bożyk

Prof. dr hab. Leszek Józef Wiśniewski, ur. 19.07.1935 r. w Świeciu n. Wisłą. Specjalności – prawo konstytucyjne, prawa człowieka; studia UAM na Wydziale Prawa ukończył w 1961 r.; tytuł doktora nauk prawnych uzyskał w 1972 r. /UAM/, doktora habilitowanego w 1981 r. / INP PAN/; a tytuł profesora zwyczajnego w 1999 r.; autor licznych opracowań naukowych - łącznie 129, w tym 5 książek autorskich - opracowań zbiorowych; 37 współautorskich; 5 redakcji naukowych, patenty, 30 ekspertyz; członek RN INP PAN od 1982; kierownik Centrum Praw Człowieka INP PAN w latach 1992-1999; ekspert stały Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego w latach 1994-1997; wykładowca na wyższych uczelniach /m.in. Wyższa Szkoła Zarządzania i Bankowości w Poznaniu/; odznaczony m.in. Krzyżem Oficerskim O.O.P. w 1997 r. Zmarł 13 maja 2013 r.

Dr Mateusz Bieczyński, ur. 31.03.1983 r. we Wrocławiu. Specjalności – prawo konstytucyjne, prawa człowieka, prawne uwarunkowania kultury i sztuki; studia UAM na Wydziale Prawa ukończył w 2007 r.; w Instytucie Historii Sztuki UAM w 2008 r.; tytuł LL.M. Magister Legnum prawa niemieckiego uzyskał w 2010 r.; tytuł doktora nauk prawnych w 2011 r. /PAN/; autor opracowań monograficznych: Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych (Wolters Kluwer 2011), Pojęcie sztuki w niemieckiej literaturze prawniczej i orzecznictwie Niemieckiego Związkowego Sądu Konstytucyjnego (Scriptorium 2012). Pracuje na stanowisku adiunkta na Wydziale Edukacji Artystycznej Uniwersytetu Artystycznego w Poznaniu.

ISBN: 978-83-64447-36-5

SILVA RERVM

wyższa szkoła zarządzania i bankowości w Poznaniu

www.wydawnictwo-silvarerum.eu

Swoboda przemieszczania się w prawie międzynarodowym, prawie Unii Europejskiej i polskim prawie krajowym. Przegląd zagadnień

Swoboda przemieszczania się w prawie międzynarodowym, prawie Unii Europejskiej i polskim prawie krajowym. Przegląd zagadnień

Leszek Wiśniewski

Mateusz Maria Bieczyński

Wydawnictwo Naukowe SILVA RERUM

Poznań 2015

Recenzent:

prof. UwB dr hab. Stanisław Bożyk

© 2014 by Leszek Wiśniewski, Mateusz M. Bieczyński

© 2014 by Wydawnictwo Naukowe SILVA RERUM and Wyższa Szkoła Zarządzania i Bankowości w Poznaniu

All rights reserved

ISBN: 978-83-64447-37-2

Wydanie I: Wydawnictwo Naukowe SILVA RERUM
www.wydawnictwo-silvarerum.eu
Poznań 2015

Redaktor prowadzący – Paulina M. Wiśniewska

Korekta – Katarzyna Strzyż

Projekt okładki – Max Skorwider

Skład komputerowy – Studio Graficzne SILVA RERUM

Skład ukończono w kwietniu 2015 r.

Spis treści

Wprowadzenie 9

1. Uwagi ogólne 9

2. Rys historyczny 11

Rozdział I

Wolność przemieszczania się w prawie międzynarodowym 13

1. Wprowadzenie 13

2. Gwarancje swobody przemieszczania się w umowach międzynarodowych z zakresu praw człowieka 14

2.1. Charakterystyka regulacji aktów prawa międzynarodowego 14

2.2. Miejsce międzynarodowych umów gwarantujących wolność przemieszczania się w systemie prawa polskiego 20

2.3. Podsumowanie 24

3. Ograniczenia swobody przemieszczania się na podstawie aktów prawa międzynarodowego 26

3.1. Charakterystyka ograniczeń wolności przemieszczania się w aktach prawa międzynarodowego 26

4. Wolność przemieszczania się w prawie międzynarodowym – próba definicji 36

4.1. Prawo do opuszczenia własnego kraju 37

4.2. Prawo do powrotu do własnego kraju 38

4.3. Obowiązki państwa wobec swoich obywateli poza jego granicami 38

5. Zakończenie 40

Rozdział II

Wolność przemieszczania się w prawie Unii Europejskiej 42

1. Wprowadzenie 42

2. Ogólne ramy wolności przemieszczania się..... 46
2.1. Traktaty założycielskie (prawo pierwotne)..... 46
2.2. Karta praw podstawowych..... 47
3. Gwarancje dla wolności przemieszczania się we wspólnotowym prawie wtórnym 48
3.1. Wprowadzenie 48
3.2. Przemieszczanie się obywateli UE na podstawie dyrektywy 2004/38/WE..... 49
3.3. Przemieszczanie się obywateli UE i państw trzecich na podstawie kodeksu granicznego Schengen 57
4. Ograniczenia wolności przemieszczania się w prawie UE 62
4.1. Wprowadzenie 62
4.2. Ograniczenia na podstawie dyrektywy 2004/38/WE..... 64
4.3. Ograniczenia na podstawie Kodeksu Schengen 68
4.4. Podsumowanie..... 69
5. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 70
5.1. Wprowadzenie 70
5.2. Przegląd orzecznictwa według tematyki spraw 71
5.3. Podsumowanie..... 85
6. Zakończenie 88

Rozdział III

Wolność przemieszczania się w polskim prawie krajowym..... 93

1. Konstytucyjne podstawy wolności przemieszczania się na podstawie Konstytucji RP..... 93
1.1. Pozycja cudzoziemca w Konstytucji RP..... 94
1.2. Status prawny obywateli UE w Polsce 97
1.3. Przesłanki ograniczania wolności przemieszczania się (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) 99
1.4. Podsumowanie..... 104
2. Przykłady ograniczania wolności przemieszczania się w prawie polskim..... 104

2.1. Zakaz opuszczania kraju jako środek zabezpieczający w postępowaniu karnym 104
2.2. Obowiązek posiadania ważnych dokumentów podróży. 109

Rozdział IV

Prawo azylu i status uchodźcy jako regulacja odnosząca się do wolności przemieszczania się w sytuacjach szczególnych ... 115

1. Wprowadzenie 115
2. Prawa uchodźców 117
2.1. Uwagi ogólne 117
2.2. Rys historyczny 117
2.3. Podstawy ochrony praw uchodźców w prawie praw człowieka 118
2.4. Ochrona uchodźców w prawie Unii Europejskiej 130
2.5. Ochrona uchodźców w polskim prawie krajowym 137
2.6. Wnioski 143
3. Prawo azylu 143
3.1. Uwagi ogólne 143
3.2. Definicja azylu 146
3.3. Azyl terytorialny 146
3.4. Azyl dyplomatyczny 147
3.5. Prawo azylu w prawie międzynarodowym 151
3.6. Azyl w prawie polskim 155

Rozdział V

Wolność przemieszczania się w rozważaniach dogmatyczno-prawnych 157

1. Wprowadzenie 157
2. Swoboda przemieszczania się a suwerenność państwa 168
3. Swoboda przemieszczania się a obywatelstwo 169
3.1. Obieg wewnątrzunijny 169
3.2. Obieg pozaunijny 170
3.3. Pojęcie obywatelstwa 170

Zakończenie..... 172
Bibliografia..... 178

Wprowadzenie

1. Uwagi ogólne

Przemieszczanie się jest jedną z podstawowych aktywności ludzi. Gatunek ludzki jest najbardziej rozprzestrzenionym ze wszystkich gatunków zamieszkujących ziemię. Przystosowuje się on do każdych warunków klimatycznych. Jego mobilność determinowały i determinują bardzo zróżnicowane i niejednorodne czynniki. Wśród najczęściej występujących wymienia się przyczyny: ekonomiczne (motywacje wynikające z otrzymania ziemi, pracy lub mieszkania), polityczne (uwarunkowane zmianą struktury władzy i jej konsekwencjami w postaci represji, repatriacji i wysiedleń), społeczne (zawieranie małżeństw oraz łączenie się rodzin), religijne (pielgrzymki do miejsc kultu religijnego), przyrodnicze (najczęściej związane z katastrofami naturalnymi, ale także ze zróżnicowaniem zasobów naturalnych), turystyczne (podróże w czasie wolnym) i służbowe (wyjazdy w celach zawodowych).

Zagadnienie wolności przemieszczania się obejmuje rozległą problematykę z zakresu takich działów prawa jak: międzynarodowe prawo publiczne, prawo Unii Europejskiej, prawo konstytucyjne, prawo administracyjne, jak również, w pewnym zakresie, prawo karne.

Niniejsze opracowanie poświęcone zostało prawnym uwarunkowaniom przemieszczania się ludzi na terytorium Polski oraz w granicach Unii Europejskiej. Dodatkowo analizie poddana zostanie również ogólna rama regulacji międzynarodowych, dotyczących tej problematyki.

Rozdział I został poprzedzony krótkim rysem historycznym, dotyczącym ewolucji wolności przemieszczania się jako koncepcji normatywnej. Przedstawiono w nim sumarycznie istotne momenty w historii kontynentu europejskiego, które doprowadziły do jej wykształcenia się i ewolucji.

W rozdziale I znalazła się charakterystyka wolności przemieszczania się w międzynarodowej legislaturze z zakresu praw człowieka. Analizie poddane zostały akty normatywne (umowy międzynarodowe), które zawierają gwarancję dla wolności przemieszczania się jako wolności człowieka, takie jak: Powszechna deklaracja praw człowieka, Międzynarodowe pakty praw czło-

wieka oraz Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wraz z jej protokołem czwartym. W strukturze tej części opracowania wydzielony został osobno fragment poświęcony gwarancjom i granicom wolności przemieszczania się w wymienionych aktach normatywnych. W drugim z fragmentów znalazło się również rozbudowane omówienie orzecznictwa Komitetu Praw Człowieka i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, dotyczące swobody przemieszczania się. Podjęta została również próba skonstruowania definicji wolności przemieszczania się w prawie międzynarodowym.

Kolejny drugi rozdział publikacji zawieracharakterystykę regulacji prawa Unii Europejskiej. Jego omówienie przed regulacjami prawa polskiego wynika z faktu, że dyrektywy europejskie stanowią ogólną ramę dla prawa polskiego. Rzeczypospolita jest bowiem zobowiązana do implementacji zawartych w nich postanowień do prawa krajowego. W pierwszej kolejności zostaną omówione postanowienia unijnego prawa pierwotnego – traktatów założycielskich oraz Karty praw podstawowych, która wprawdzie nie ma jeszcze tego charakteru, ale stanowi podstawę dla wykładni przepisów prawa wspólnotowego. W następnej kolejności omówione zostaną również gwarancje i ograniczenia wolności przemieszczania się we wspólnotowym prawie wtórnym.

Szczególne znaczenie mieć będą tutaj regulacje porozumienia Schengen o ruchu bezwizowym, pozwalające na przemieszczanie się pomiędzy państwami, należącymi do układu, bez konieczności legitymowania się paszportem lub posiadania innego rodzaju dokumentów podróży (wizy). Należy zauważyć, że do pierwszej wojny światowej paszport nie był potrzebny, aby przemieszczać się po Europie (wyjątkiem była carska Rosja oraz Imperium Otomańskie). Sytuacja zmieniła się przed pierwszą wojną światową, gdy wprowadzono szczegółowe kontrole graniczne. Porozumienie z Schengen stanowi próbę powrotu do wcześniejszej liberalnej polityki paszportowej.

Rozdział trzeci dotyczy wolności przemieszczania się w polskim prawie krajowym. Zawiera charakterystykę konstytucyjnych podstaw tej wolności, przesłanek jej ograniczania, jak również ich konkretyzacji w aktach niższego rzędu.

W kolejnym, czwartym rozdziale zostały przedstawione regulacje, określające status uchodźcy od tych zawartych w międzynarodowych paktach praw człowieka aż do regulacji prawa krajowego w tym zakresie. Tutaj również znalazło się szerokie omówienie prawa azylu.

Z kolei rozdział piąty zawiera dogmatyczno-prawne refleksje poświęcone ogólnej charakterystyce wolności przemieszczania się, jej relacji do suweren-

ności państwa oraz pojęcia obywatelstwa. W tej części pracy dokonano ogólnej charakterystyki wolności przemieszczania się – wyjaśniono jej istotę i zbudowano ogólny model normatywny. Szczególnie zaakcentowano związek problematyki mobilności ludzi i ich przynależności państwowej. Wydaje się bowiem, że niezależnie od charakteru samego przemieszczania się, to właśnie związek z określonym państwem determinuje uprawnienia przemieszczających się osób. Całość opracowania kończy podsumowanie.

2. Rys historyczny

Jak zaznaczono na wstępie, mobilność jest jedną z podstawowych cech gatunku ludzkiego. Gdy prześledzi się koleje historii powszechnej, okaże się, że w skali globalnej wielokrotnie ludzkość miała do czynienia z wędrówką ludów – wymienić można chociażby wędrówkę narodu wybranego do ziemi obiecanej, wędrówki ludów z dalekiego wschodu do Europy, okres wielkich odkryć geograficznych dokonanych przez takich podróżników jak chociażby Krzysztof Kolumb czy Magellan. Są to przykłady najbardziej spektakularnych i grupowych przemieszczeń ludzi. Historia zawiera jednak liczne świadectwa wędrówek indywidualnych. Można wskazać tutaj chociażby artystów, którzy z różnych stron Europy podróżowali po nauki do Włoch w okresie Renesansu czy też do Paryża w wiekach XIX i XX. Wraz z rozwojem cywilizacyjnym zmienia się również natura oraz charakter ludzkiego przemieszczania się. Współcześnie w zakresie geograficznym niewiele już można odkryć, a współczesne mapy wydają się być bardzo dokładne.

Warto zwrócić uwagę na związek wolności przemieszczania się ludzi z ewolucją ustroju państwowego. Wydaje się bowiem, że pomimo stopniowego uszczelniania granic oraz wprowadzania obowiązku posiadania ważnych dokumentów podróży to właśnie zmiana sposobu zarządzania państwem – przekształcenie się domen królewskich w państwa narodowe – umożliwiła uwolnienie jednostki spod determinującej jej mobilność władzy najwyższej. Dzięki temu jednostka uzyskała możliwość swobodnego przemieszczania się i z poddanego przekształciła się w obywatela.

Niezwykle istotne wydaje się podkreślenie wprowadzenia w Wielkiej karcie swobód (1215) prawa każdego człowieka do opuszczenia swojego kraju, a więc podjęcia indywidualnej i samodzielnej decyzji o chęci przebywania na innym terytorium. Pokazuje to m.in., że prawo to miało przed przyjęciem Powszechnej deklaracji stosunkowo długą historię. Jak podają D. Weissbrodt i C. de la Vega *„prawo człowieka do opuszczenia swojego narodu pierwszy raz zostało wymienione w Magnat Charta Libertatum w roku 1215. Zgodnie z jej*

postanowieniami, każdy miał prawo opuścić Anglię, podmiot swoich feudalnych zobowiązań. Blackstone twierdził, że istnieje absolutne prawo do opuszczenia Anglii, z zastrzeżeniem nakazu pozostania, ale również opowiedział się za wspólną doktryną prawa wieczystej lojalności wynikającej z obywatelstw"[1]. Również późniejsze akty wymieniały to prawo. Przykładowo można przywołać postanowienia pokoju westfalskiego z 1648 roku, francuską konstytucję z 1791 roku czy też prawo do ekspatriacji przyjęte przez amerykański kongres w roku 1868. W tym sensie postanowienia Powszechnej deklaracji praw człowieka z 1948 roku zawarte w art. 13 pkt 2 wpisują się w ten historyczny ciąg, po raz pierwszy nadając temu prawu charakter gwarancji uniwersalnej.

[1] D. Weissbrodt, C. de la Vega, *International Human Rights Law. An Introduction,* Philadelphia 2007, s. 72.

Rozdział I

Wolność przemieszczania się w prawie międzynarodowym

1. Wprowadzenie

W okresie powojennym nastąpił wzrost mobilności ludności, niesamowity i na nieznaną dotąd skalę. Współczesne przemiany zachodzące na tym polu sprawiają, że dokonanie analiz zagadnienia przemieszczania się ludności z punktu widzenia prawa międzynarodowego wydaje się odpowiadać aktualnym potrzebom. Przedmiotem badawczym w niniejszej części opracowania będzie charakterystyka międzynarodowych konwencji i paktów praw człowieka, zawierających gwarancje dla swobody przemieszczania się. Ich analiza została podzielona na dwie części, odpowiadające normom gwarancyjnym oraz przesłankom ograniczania. Ich wspólna analiza prowadzić będzie do próby rekonstrukcji generalnego podejścia do tego zagadnienia w prawie międzynarodowym. W niniejszym rozdziale analizie poddane zostaną regulacje zawarte w międzynarodowych umowach wielostronnych o charakterze ogólnym, dotyczące szerokiego katalogu praw jednostki i podstawowych zasad ich ochrony, które mają zasięg ogólnoświatowy (globalny).

2. Gwarancje swobody przemieszczania się w umowach międzynarodowych z zakresu praw człowieka

2.1. Charakterystyka regulacji aktów prawa międzynarodowego

2.1.1. Powszechna deklaracja praw człowieka

Jak wielokrotnie podkreślano w literaturze prawniczej, „(…) *przyjęta w Paryżu 10 grudnia 1948 r. (…) Powszechna Deklaracja Praw Człowieka tworzyła podstawy systemu ochrony praw ludzkich. (…) Miała stanowić rodzaj preambuły zapowiedzianego Kodeksu Praw Człowieka. Ograniczenie się do przyjęcia jedynie Deklaracji ONZ rekompensowano wielkim naciskiem na państwa-strony i wszystkie struktury NZ na popularyzację i implementację tego aktu jako obowiązującego międzynarodowego standardu ochrony*”[2].

Już pierwszy akt prawa międzynarodowego, gwarantujący prawa i wolności człowieka zawierał regulację poświęconą wolności przemieszczania się. W art. 13 deklaracji potwierdzono, że każdy człowiek ma prawo do swobodnego poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania w granicach każdego państwa (pkt 1), jak również że każdy człowiek ma prawo opuścić jakikolwiek kraj, włączając w to swój własny, i powrócić do kraju swego pochodzenia (pkt 2).

Gwarancja zawarta w deklaracji była pierwszym przypadkiem prawnego ujęcia prawa do opuszczenia kraju pochodzenia i powrotu do niego, dysponująca uprawnieniami o charakterze uniwersalnym. Był to moment przełomowy, gdy po raz pierwszy zwrócono uwagę na fakt, że swobodny przepływ osób zarówno w granicach krajowych, jak i w ruchu międzynarodowym, ma głęboki wpływ na realizację innych praw i wolności człowieka. Bez prawa do opuszczania własnego domu każda osoba może być politycznie prześladowana przez zmuszenie do pozostania w nim, uniemożliwienie udziału w wybranym przez siebie obrządku religijnym, udziału w życiu publicznym i politycznym, jak również może zostać pozbawiona możliwości korzystania z prawa do pracy i edukacji. Już te przykłady uzmysławiają, że jakkolwiek swoboda przemieszczania się może wydawać się na pierwszy rzut oka wolnością człowieka o mniejszej doniosłości, to w praktyce okazuje się mieć wartość podstawową. Stanowi ona warunek realizacji wielu innych wolności i praw.

[2] J. Sozański, *Prawa zasadnicze a prawa człowieka we wspólnotowym systemie prawnym*, Warszawa-Poznań 2003, s. 155.

2.1.2. Międzynarodowe pakty praw człowieka[3]

Zgodnie z treścią art. 12 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych (ust. 1) każdy człowiek przebywający legalnie na terytorium jakiegokolwiek państwa będzie miał prawo, w obrębie tego terytorium, do swobody poruszania się i wolności wyboru miejsca zamieszkania, ma on także (ust. 2) prawo opuścić jakikolwiek kraj, włączając w to swój własny. Ograniczenia przewidziane w ustępie 3 zostaną omówione w jednym z kolejnych punktów.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na instytucjonalną wykładnię dokonaną przez Komitet Praw Człowieka odnośnie swobody przemieszczania się, zawartą w generalnym komentarzu nr 27. Już w jego pierwszym punkcie podkreślono, że swoboda przemieszczania się jest nieodzownym warunkiem swobodnego rozwoju osobowości każdego człowieka. Wskazano także na jej nierozerwalny związek z innymi prawami zawartymi w pakcie. Komitet stwierdził ponadto, że *„każdy człowiek przebywający legalnie na terytorium Państwa, dysponuje na jego terytorium prawem do swobodnego poruszania się i wyboru swojego miejsca zamieszkania. (…) Prawo do swobodnego przemieszczania odnosi się do całego terytorium państwa, w tym do wszystkich części państw federalnych. (…) Wszystkie osoby mają prawo do przemieszczania się z jednego miejsca do drugiego i osiedlania się w miejscu ich wyboru. Korzystanie z tego prawa nie może być uzależnione od określonego celu lub powodu osoby, dla którego chce się ona przenieść lub zatrzymać w danym miejscu. (…) Państwo-strona musi zapewnić, że prawa zagwarantowane w art. 12 są nie tylko chronione przed zakłóceniami natury publicznej, ale również prywatnej. W przypadku kobiet, obowiązek ochrony jest szczególnie istotny. Na przykład niezgodne z art. 12 ust. 1 jest ograniczanie prawa kobiety do swobodnego przemieszczania się i wyboru miejsca zamieszkania w zależności od decyzji innej osoby, w tym jej krewnego. Z zastrzeżeniem postanowień art. 12, par. 2, prawo do przebywania w miejscu własnego wyboru, na terytorium państwa-strony obejmuje ochronę przed wszelkimi formami przymusowego przesiedlenia wewnątrz jego granic. Dotyczy to również zakazu podejmowania środków mających na celu zapobieganie wjazdowi lub pobytowi osób w określonej części terytorium danego państwa”*[4].

[3] Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku 16 grudnia 1966 r. (Dz. U. nr 38 poz. 167 z 1977 r.).

[4] General Comment No. 27, *Freedom of movement* (Art. 12), opublikowano 2 listopada 1999 r., (w:) CCRP/C/21/Rev.1/Add.9, General Comment No. 27 (General Comments).

Komitet odniósł się również do szczegółowych unormowań zawartych w tym artykule; do swobody wjazdu i wyjazdu z każdego państwa, łącznie z własnym. Zgodnie z jego stanowiskiem, wolność opuszczenia terytorium państwa, wedle woli uprawnionego, nie może być ograniczana poprzez uzależnienie możliwości korzystania z niej *„od konkretnych zastosowań lub od czasu, na który dana osoba zdecyduje się na pobyt poza granicami kraju”*. Swoboda ta powinna być bowiem rozumiana szeroko i rozciągać się na wszystkie rodzaje zagranicznych podróży – od turystyki po decyzje o stałej emigracji. Oznacza to, że z punktu widzenia osoby uprawnionej, swoboda przemieszczania się może stanowić również narzędzie celowego działania, którego rezultatem będzie trwałe zerwanie więzi z krajem pochodzenia (np. poprzez nabycie obywatelstwa innego państwa i/lub zrzeczenie się własnego). Ponieważ zakres art. 12 ust. 2 nie jest ograniczony wyłącznie do obywateli, również cudzoziemiec opuszczający jakikolwiek kraj posiada prawo wyboru państwa przeznaczenia, z zastrzeżeniem zgody tego państwa.

Komitet podkreślił również obowiązki obu państw (państwa pochodzenia i państwa przyjmującego) skorelowane z wolnością przemieszczania się jednostki. Państwo pochodzenia, określane również jako „państwo obywatelstwa”, jest zobowiązane stworzyć warunki, pozwalające jednostce na uzyskanie odpowiednich dokumentów, umożliwiających przemieszczanie się (w szczególności dotyczy to wystawienia paszportu). Należy bowiem zwrócić uwagę, że odmowa wydania paszportu lub przedłużenia okresu jego ważności obywatelowi przez państwo jego pochodzenia stawia tę osobę w trudnym położeniu, jeżeli mieszka ona na terytorium innego państwa i nie dokonała legalizacji swojego pobytu na innej podstawie. Odmowa taka może zatem w praktyce pozbawić tę osobę prawa do opuszczenia kraju zamieszkania i podróżowania do innego państwa niż kraj pochodzenia. Istotne jest również podkreślenie, że wspomniana odmowa nie ma wpływu na możliwość powrotu tej osoby do własnego państwa.

Prawo przyjazdu do ojczyzny i pozostania w niej zostało określone szeroko. Jak podkreśla komitet, wieloaspektowo uwzględnia ono szczególny stosunek osoby do kraju jej pochodzenia. Po pierwsze oznacza możliwość pozostania we własnym kraju, czyli podjęcia decyzji o nieopuszczaniu go. Ponadto obejmuje ono nie tylko prawo powrotu do własnego kraju po jego wcześniejszym opuszczeniu, ale również sytuację, gdy dana osoba przyjeżdża do niego po raz pierwszy, np. gdy urodziła się poza jego granicami (również w przypadku osób o podwójnym obywatelstwie). Prawo do powrotu jest niezwykle ważne dla uchodźców, poszukujących dobrowolnej repatriacji. Obejmuje to również zakaz wymuszonych transferów masowych i wypędzeń ludności do innych krajów.

Dla pełnego wyjaśnienia treści art. 12 ust. 4 niezwykle istotne znaczenie ma wykładnia pojęcia „własnego kraju". Zakres ten jest bowiem szerszy niż w przypadku „kraju, którego ktoś jest obywatelem". Wydaje się zatem, że przepis ten odnosi się do wszystkich osób, które w kontekście ich szczególnych powiązań lub roszczeń w odniesieniu do danego kraju nie mogą być uważane za obcych. Przykładem mogą tu być obywatele kraju, którzy zostali pozbawieni obywatelstwa z pogwałceniem prawa międzynarodowego, a także osoby, których kraj obywatelstwa został włączony do terytorium innego państwa, a którym obywatelstwa w nim odmówiono. Sformułowania użyte w art. 12 ust. 4 pozwalają na jeszcze szerszą interpretację. Wydają się one bowiem odnosić również do innych kategorii rezydentów długoterminowych – nie tylko bezpaństwowców arbitralnie pozbawionych prawa do nabycia obywatelstwa kraju swojego pobytu. Należy mieć na względzie fakt, że również inne czynniki są w stanie w pewnych okolicznościach doprowadzić do powstania bliskich i trwałych związków pomiędzy osobą a państwem (np. związki małżeńskie zawierane pomiędzy obywatelami różnych państw w państwie trzecim). Nikt, a więc zarówno obywatel, jak i cudzoziemiec, nie może być arbitralnie pozbawiony prawa wjazdu do swojego własnego kraju. Odniesienie do pojęcia arbitralności stanowi podkreślenie, że kryterium to ma uniwersalny charakter i znajduje zastosowanie do wszystkich działań państwa – prawnych, administracyjnych i sądowych – i oznacza gwarancję, że nawet decyzja zgodna z prawem powinna uwzględniać szczególną więź osoby z państwem, a ograniczenia prawa wjazdu stosowane są wyłącznie na zasadzie wyjątku. Komitet uznaje za trudne, jeśli w ogóle możliwe, wskazanie okoliczności, w których pozbawienie prawa wjazdu do własnego kraju byłoby uzasadnione. Postanowienia paktu w zakresie swobody przemieszczania się są dodatkowo wzmocnione przez inne akty prawa międzynarodowego, dotyczące ochrony praw człowieka opracowane przez Organizację Narodów Zjednoczonych[5]. Niektóre z nich zostaną omówione w dalszych częściach publikacji.

[5] W pierwszej kolejności wymienić należy postanowienia Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej przyjętej w Nowym Jorku 7 marca 1966 r.; Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet przyjętej w Nowym Jorku 18 grudnia 1979 r.; Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjętej w Nowym Jorku 10 grudnia 1984 r.; Konwencji o prawach dziecka przyjętej w Nowym Jorku 20 listopada 1989 r.; Międzynarodowej konwencji o ochronie praw wszystkich pracowników-migrantów i członków ich rodzin przyjętej w Nowym Jorku 18 grudnia 1990 r.; Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych przyjętej 13 grudnia 2006 r.

2.1.3. Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wraz z jej protokołem czwartym

Zgodnie z postanowieniami art. 2 (pkt 1) europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, każdy kto przebywa legalnie na terytorium państwa, ma prawo do swobodnego poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania na jego terytorium, jak również (pkt 2) może swobodnie opuścić jego granice, a (pkt 3) prawa do tego mogą być ograniczane wyłącznie w ustawie, jedynie wywczas, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie ze względu na jego bezpieczeństwo, porządek publiczny, zapobieganie przestępczości, ochronę zdrowia lub moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Dodatkowo zgodnie z pkt 4 tego artykułu wolność przemieszczania się i wyboru miejsca zamieszkania może zostać poddana ustawowym ograniczeniom w niektórych rejonach, jeżeli uzasadnia to interes publiczny w społeczeństwie demokratycznym[6].

W literaturze prawniczej wskazuje się na występujące w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka powiązanie zagadnień związanych z wolnością przemieszczania się z innymi prawami wymienionymi w konwencji, w kontekście podejmowanych przez państwa-strony decyzji o wydaleniu osób ze swojego terytorium. Dla przykładu *„ekstradycja cudzoziemca może być w pewnych przypadkach sprzeczna ze zobowiązaniami wynikającymi z art. 6 Europejskiej Konwencji, jeśli na przykład osoba wydawana w drodze ekstradycji narażana jest na ryzyko odmowy rzetelnego procesu. W pewnych sytuacjach również wydalenie cudzoziemca (…) może stanowić (…) naruszenie art. 8 Konwencji (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego), (…)* (gdy w kraju tym) *zamieszkują członkowie jego rodziny"*[7]. Poszanowanie

[6] Wykładni tego przepisu dokonał Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu z 4 czerwca 2002 r., rozstrzygając skargę nr 33129/96, złożoną przez Hansa Olivieirę, któremu zakazano wstępu do centrum Amsterdamu, bowiem znaleziono przy nim twarde narkotyki. Podstawą był art. 219 ustawy o gminach miejskich, który pozwalał burmistrzowi na wydawanie zarządzeń w celu zwalczania lub zapobiegania poważnym zakłóceniom porządku publicznego. W orzeczeniu *„Trybunał podkreślił, że środki były dopuszczalne ze względu na sytuację w tej części miasta. Nie było podstaw do uznania, że władze przekroczyły granice posiadanej swobody. Olivieira nie mieszkał ani nie pracował w tym rejonie, nie miał tam skrytki pocztowej. W tych okolicznościach ograniczenie swobody poruszania się nie było nieproporcjonalne"* (za: M. A. Nowicki, *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór Orzeczeń 1999-2004,* Zakamycze 2005).

[7] A. Florczak, *Uchodźcy w Polsce. Między humanitaryzmem a pragmatyzmem,* Toruń 2003, s. 159.

życia rodzinnego było argumentem w sprawie Nasri przeciwko Francji[8], gdzie zdaniem trybunału przeważyło nad skutkami poważnych i powtarzających się naruszeń porządku publicznego (skarżący dopuścił się kradzieży i gwałtu, jednocześnie jednak potrzebował opieki – był osobą głuchoniemą).

Innym ciekawym problemem rozważanym przez Europejski Trybunał, m.in. w postępowaniu w sprawie Amuur przeciwko Francji[9] było pytanie *„czy przetrzymywanie cudzoziemców ubiegających się o azyl w strefie międzynarodowej lotniska jest pozbawieniem wolności w świetle art. 5 Konwencji i czy w związku z tym osobom takim przysługują gwarancje przysługujące z tego artykułu”*[10]. Zgodnie ze stanem faktycznym sprawy somalijska rodzina została zatrzymana na paryskim lotnisku Orly pod zarzutem posługiwania się sfałszowanym paszportem. Przez 20 dni pozostawali oni w strefie lotów międzynarodowych, która została określona przez francuską jurysdykcję jako eksterytorialna. Europejski Trybunał zaprzeczył temu twierdzeniu, wskazując, że od chwili opuszczenia samolotu przetrzymywani stali się podmiotami prawa francuskiego[11]. W innej podobnej sprawie Quinn przeciwko Francji[12] Trybunał uznał, że pozbawienie wolności jest uzasadnione jedynie w czasie przygotowywania procedury wydalenia z kraju (wzgl. ekstradycji). Stosownie zatem wydłużony okres przetrzymywania osób w strefie międzynarodowej lotniska nie odróżnia się niczym od innych typów zatrzymania, a tym samym wymaga dokonania kontroli przez organy sądownicze na zasadach ogólnych.

[8] Orzeczenie z 13 lipca 1995 r., A.324; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 10 marca 1994 r., skarga nr 19465/92.

[9] Orzeczenie z 25 czerwca 1996 r., RJD 1996.

[10] A. Florczak, op. cit., s. 160; por. C. Kłak, *Postępowanie nakazowe w polskim procesie karnym a ochrona praw człowieka,* Warszawa 2008, s. 473.

[11] Por. F. F. Martin, S. J. Schnaby i inni, *International Human Right and Humanitarian Law. Treaties, Cases and Analysis*, Cambridge 2006, s. 402. Tę samą argumentację zastosował trybunał w orzeczeniu z 27 listopada 2003 r. w sprawie Shamsa przeciwko Polsce (skarga nr 45355/99 i 45357/99) – w punkcie 45 orzeczenia wskazano, że *„skarżący nie znajdowali się na terytorium Polski w rozumieniu przyjętym przez Rząd, to jednak przetrzymywanie ich w strefie tranzytowej poddawało ich faktycznemu działaniu prawa polskiego. Argumentacja przedstawiona przez Rząd nie pozwala Trybunałowi na uznanie, że strefa tranzytowa korzystała ze statusu eksterytorialności”.*

[12] Wyrok ETPC z 22 marca 1995 r. w sprawie Quinn przeciwko Francji, nr sprawy 18580/91, LEX nr 80429.

2.2. Miejsce międzynarodowych umów gwarantujących wolność przemieszczania się w systemie prawa polskiego[13]

Polska ratyfikowała wszystkie ważne umowy międzynarodowe o ochronie praw człowieka, w tym także o ochronie wolności przemieszczania się. Wolność ta nie była na rękę komunistycznym rządom, bo były one zainteresowane izolacją Polaków od wpływów demokratycznych państw zachodnich, respektujących gwarantowane w umowach międzynarodowych wolności w zakresie prawa politycznego, takie jak wolne wybory władz publicznych, wolność zrzeszania się, wolność słowa i druku czy wolność zgromadzeń. Ta niechęć przejawiała się silnie zwłaszcza w naukach politycznych i prawnych, a wyrażało się to w odwlekaniu ratyfikacji umów międzynarodowych gwarantujących prawa człowieka.

Międzynarodowy pakt praw osobistych i politycznych został podpisany przez przedstawiciela Polski 2 marca 1967 roku, ale już akt przystąpienia do niego nastąpił 10 lat później, bo dopiero 18 marca 1977 roku, a wszedł on w życie w stosunku do Polski 18 czerwca 1977 roku i został opublikowany w Dzienniku Ustaw w 1977 roku (nr 38 poz. 167).

Protokół czwarty do europejskiej Konwencji o ochronie praw i podstawowych wolności człowieka, który gwarantował wolność przemieszczania się, został uchwalony 16 września 1963 roku, wszedł w życie w stosunku do Polski dopiero 10 października 1994 roku, a opublikowany został w Dzienniku Ustaw z 1995 roku (nr 36 poz. 175).

W czasach PRL obowiązywała konstytucja z 1952 roku, która nie określała miejsca ratyfikowanych przez Polskę umów międzynarodowych w systemie prawa polskiego. Względy ówczesnej polityki państwowej oraz brak regulacji konstytucyjnej spowodował, że międzynarodowe gwarancje wolności przemieszczania się zupełnie nie były przestrzegane. Ówczesna władza państwowa wykorzystywała naukę prawa w celu uzasadnienia własnej polityki opartej o zasadę centralizacji władzy. Formułowane argumenty miały charakter doktrynalny.

---

[13] Art. 2 pkt 1 ustawy z 14 kwietnia 2000 roku o umowach międzynarodowych (Dz. U. nr 39 poz. 443) stanowi, że *„umowa międzynarodowa oznacza porozumienie między Rzeczpospolitą Polską a innym podmiotem lub podmiotami prawa międzynarodowego, regulowane przez prawo międzynarodowe, niezależnie od tego, czy jest to ujęte w jednym dokumencie czy w większej liczbie dokumentów, bez względu na jego nazwę oraz bez względu na to, czy jest zawierane w imieniu państwa, rządu czy ministerstwa kierującego działem administracji rządowej, właściwego do spraw, których dotyczy umowa międzynarodowa”*.

W nauce prawa międzynarodowego funkcjonują dwa modele wzajemnych relacji między prawem międzynarodowym a prawem krajowym: teoria monistyczna i teoria dualistyczna[14].

Według teorii monistycznej umowa międzynarodowa po ratyfikacji przez państwo staje się jego prawem wewnętrznym. „Ratyfikacja", „przyjęcie", „zatwierdzenie" i „przystąpienie" oznaczają tak zwaną czynność międzynarodową, przy pomocy której państwo wyraża swą zgodę na prawne związanie się traktatem[15]. W konsekwencji prawo międzynarodowe i krajowe tworzą jeden system prawny, w którym normy pozostają względem siebie w porządku hierarchicznym z zastosowaniem zasady *lex posterior derogat legi priori.*

Teoria dualistyczna mówi natomiast, że prawo krajowe i prawo międzynarodowe stanowią dwa odrębne systemy prawa, a traktat po ratyfikacji uzyskuje skuteczność w prawie krajowym dopiero po stosownej decyzji parlamentu. Normy prawa międzynarodowego mogą uzyskać moc obowiązującą w prawie krajowym w drodze transformacji zwykłej, gdy każda ratyfikowana umowa międzynarodowa ogłaszana jest w Dzienniku Ustaw albo w drodze transformacji generalnej, gdy konstytucja stanowi, że wszystkie wiążące państwo normy prawa międzynarodowego zostają włączone do prawa krajowego, przekształcając się w normy prawne prawa krajowego.

W czasach PRL-u przyjęto w praktyce model dualistyczny, potwierdzony w postanowieniu Sądu Najwyższego z 25 sierpnia 1987 roku: *„dopóki normy prawa międzynarodowego nie zostaną w sposób przewidziany prawem wewnętrznym wprowadzone do tego prawa, takim prawem nie stają się, a w konsekwencji nie wiążą sądów"*[16].

Podobnie stanowił wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 26 sierpnia 1988 roku: *„Ratyfikacja tych norm przez Radę Państwa nie powoduje ich transformacji do prawa wewnętrznego, lecz rodzi zobowiązanie do takiej transformacji, która należy do kompetencji sejmu. W praktyce nie ma więc możliwości skutecznego podnoszenia w postępowaniu prawnym, iż określony przepis prawa wewnętrznego nie obowiązuje jako sprzeczny z umową mię-*

[14] Zob. R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne,* Warszawa 1985, s. 19-30 oraz: A. Wyrozumska, *Formy zapewnienia skuteczności prawu międzynarodowemu w porządku krajowym,* (w:) *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym,* M. Kruk (red.), Warszawa 1997, s. 54-92.

[15] Art. 2 ust. 1 pkt b Wiedeńskiej konwencji o prawie traktatów z 23 maja 1969 r., ratyfikowanej przez Polskę 27 kwietnia 1990 r. (Dz. U. nr 74 poz. 439).

[16] *„Orzecznictwo Sądów Polskich"* 1988, z. 10, s. 447.

dzynarodową. Gdyby nawet doszło do powstania takiej sprzeczności pomiędzy umową a ustawą wewnętrzną, to sędziowie ze względu na podległość tym ostatnim przy rozstrzyganiu sporu musieliby stosować przepisy w nich zawarte"[17].

Korzystna sytuacja dla zagwarantowania międzynarodowej ochrony praw człowieka nastąpiła po dwukrotnej nowelizacji konstytucji z 1952 roku dokonanej w roku 1989. Pierwsza zmiana konstytucji nastąpiła 7 kwietnia 1989 roku przez wprowadzenie obowiązku uzyskania uprzedniej zgody sejmu na ratyfikację traktatów pociągających za sobą znaczne obciążenie finansowe państwa lub konieczność zmian w ustawodawstwie. Warunki te spełniały traktaty dotyczące ochrony praw człowieka. Przepis ten powtórzyła też Mała Konstytucja z 17 października 1992 roku.

Taka treść znalazła się już uprzednio w konstytucji z 1921 (art. 49) oraz w konstytucji z 1935 roku (art. 52) i zgodnie z ówczesnym orzecznictwem przyjęto ponownie praktykę uznawania traktatu ratyfikacyjnego za zgodą ustawy i opublikowanego w Dzienniku Ustaw. Tym samym dochodziło do transformacji zwykłej – do krajowego porządku prawnego traktat był wprowadzany w randze ustawy, co umożliwiało kontrolę jego zgodności z konstytucją przez Trybunał Konstytucyjny. Druga zmiana konstytucji z 29 grudnia 1989 roku ustanowiła przepis mówiący, że *„Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej"*. To pozwalało na stosowanie w orzecznictwie międzynarodowych umów o ochronie praw człowieka na równi z ustawami. Radykalna zmiana nastąpiła w nowej konstytucji uchwalonej w 1997 roku, która przewidywała transformację generalną. W rozdziale I konstytucji o ustroju społeczno-politycznym państwa zamieszczono przepis art. 9, stanowiący, że *„Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego"*, co uwzględniało nie tylko ratyfikowane umowy międzynarodowe, ale także zwyczajowe prawo międzynarodowe oraz umowy podlegające zatwierdzeniu przez Radę Ministrów, gdy związanie Polski taką umową nastąpiło w drodze podpisania, wymiany not i w inny sposób, dopuszczalny

[17] *„Orzecznictwo Sądów Polskich"* 1990, z. 10, s. 750 oraz P. Daranowski, *Miejsce międzynarodowych umów o prawach człowieka w systemie prawa polskiego i orzecznictwie sądowym,* (w:) L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona,* Warszawa 1977, s. 235-257. Art. 62 Konstytucji PRL z 1952 roku ustanawiał podległość sędziów wyłącznie ustawom.

przez prawo międzynarodowe – zgodnie z art. 12 i 13 ustawy z 14 kwietnia 2000 roku o umowach międzynarodowych[18].

Przestrzeganie przez Polskę prawa międzynarodowego nie oznacza zmiany poglądu, że tylko powszechne obowiązujące akty prawa, w tym także ratyfikowane umowy międzynarodowe, mogą być podstawą decyzji kierowanych do obywateli i osób prawnych. Umowy międzynarodowe nie podlegają ratyfikacji oraz akty prawa wewnętrznego (np. uchwały Rady Ministrów oraz zarządzenia premiera i Ministrów) nie mogą być podstawą decyzji wobec obywateli, osób prawnych i innych podmiotów.

Zgodnie z art. 93 konstytucji akty prawa wewnętrznego obowiązują tylko jednostki podległe organowi wydającemu ten akt.

Wyrażane są też poglądy, że do źródeł powszechnie obowiązującego prawa należą nie tylko akty normatywne wymienione w art. 87 konstytucji, ale też inne przepisy konstytucji, które wymieniają z nazwy pozostałe akty prawa powszechnie obowiązującego, np. rozporządzenia z mocą ustawy Prezydenta RP, wydawane w czasie stanu wojennego (art. 234), akty prawne stanowione przez organizacje międzynarodowe, mające pierwszeństwo w razie kolizji z ustawami (art. 91 ust. 3) czy układy zbiorowe pracy (art. 59 ust. 2 Konstytucji RP)[19].

Szczególnie ważną pozycję w systemie źródeł prawa w Rzeczpospolitej Polskiej zajmuje umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie. Art. 89 konstytucji stanowi, jakiego rodzaju umowy międzynarodowe wymagają ratyfikacji za uprzednią zgodą sejmu wyrażoną w ustawie. W katalogu tych umów są też te dotyczące wolności, praw i obowiązków obywatelskich, które zgodnie z konstytucją muszą być uregulowane tylko w ustawie.

Wolność przemieszczania się spełnia wszystkie te kryteria, dlatego umowy międzynarodowe dotyczące tej wolności muszą być ratyfikowane za uprzednią zgodą sejmu wyrażoną w ustawie. Tym właśnie umowom przyznaje konstytucja szczególnie ważną pozycję w systemie źródeł prawa:

1) stanowią integralną część krajowego porządku prawnego,
2) są bezpośrednio stosowane w decyzjach organów władzy publicznej i orzecznictwie sądowym,

[18] Dz. U. nr 39 poz. 443 z 2000 r., zob. też: Rozporządzenie Rady Ministrów z 28 sierpnia 2000 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o umowach międzynarodowych – Dz. U. nr 79 poz. 891 z 2000 r.

[19] Zob. L. Garlicki, *Konstytucyjny system źródeł prawa (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)* – XLII Ogólnopolska Konferencja Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Nałęczów 2000, s. 6.

3) mają pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową (art. 91 Konstytucji RP).

Na podstawie takiej umowy międzynarodowej Rzeczpospolita Polska może przekazać organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu kompetencje polskich organów władzy państwowej w niektórych sprawach. Polska uczyniła to, przekazując skargi obywateli na decyzje dotyczące ochrony ich wolności i praw, w tym także wolności przemieszczania się, gwarantowanej w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych – Komitetowi Praw Człowieka, a gwarantowane w europejskiej Konwencji o ochronie praw i podstawowych wolności człowieka – Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka.

Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej weszła w życie 17 października 1997 roku, dlatego wszelkie umowy międzynarodowe ratyfikowane przez Polskę przed wejściem w życie tej konstytucji, zgodnie z zasadą *lex retro non agit* (prawo nie działa wstecz) pozbawione były gwarancji, o których mowa w konstytucji. Prawodawca konstytucyjny, przewidując taką sytuację, ustanowił jednak przepis art. 241 ust. 1 następującej treści: *„Umowy międzynarodowe ratyfikowane dotychczas przez Rzeczpospolitą Polską na podstawie obowiązujących w czasie ich ratyfikacji przepisów konstytucyjnych i ogłoszone w Dzienniku Ustaw uznaje się za umowy ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie i stosuje się do nich art. 91 Konstytucji, jeżeli z treści umowy międzynarodowej wynika, że dotyczą one kategorii spraw wymienionych w art. 89 ust. 1 Konstytucji".* Dzięki temu przepisowi Międzynarodowe pakty praw człowieka, które Polska ratyfikowała 3 marca 1977 roku oraz inne umowy międzynarodowe dotyczące ochrony praw człowieka, ratyfikowane i ogłoszone w Dzienniku Ustaw w czasach powojennych, a nawet przed II wojną światową uzyskały status prawa nadrzędnego nad ustawami krajowymi i mogą być bezpośrednio stosowane jeżeli zawierają normy nadające się do bezpośredniego stosowania. Do tej kategorii umów należą traktaty prawa humanitarnego, obowiązujące w czasie konfliktów zbrojnych, oraz traktaty Międzynarodowej Organizacji Pracy i wiele innych, które były ratyfikowane w okresie II Rzeczypospolitej.

2.3. Podsumowanie

Prawo do opuszczenia kraju swojego pochodzenia oraz powrotu do niego jest przedmiotem regulacji licznych aktów prawa międzynarodowego, które stanowią źródło jego prawnych gwarancji, zawartych w systemach prawnych państw sygnatariuszy. Nie podlega zatem wątpliwości, że swoboda przemieszczania się jest przedmiotem regulacji prawa i powinna być rozumiana

jako jedna z uniwersalnych wolności człowieka, jakkolwiek nie może umknąć uwadze fakt, że niektóre z uniwersalnych paktów sytuują poza zakresem swojego zainteresowania sytuację osób nieposiadających żadnej przynależności państwowej (względnie nieposiadających kraju swojego pochodzenia). Poszczególne państwa są niezwykle czułe na punkcie problematyki zezwalania na wkroczenie na swoje terytorium – stąd niejednokrotnie regulacje o zasięgu międzynarodowym w tym zakresie postrzegane są jako próba ograniczenia ich suwerennej mocy decyzyjnej w zakresie wstępu obcokrajowców. Nowe prawne zobowiązania w tym zakresie nie są szczególnie chętnie przyjmowane i dyskutowane, jakkolwiek wszyscy są świadomi nowych problemów, jakie pojawiają się na tym polu. Vincent Chetail analizując to zagadnienie wskazuje, że można mówić nawet o rozejściu się koncepcji wolności przemieszczania się oraz jej prawnych implikacji[20]. Kwestia emigracyjna, a więc możliwość wkroczenia na terytorium innego państwa niż kraj własnego pochodzenia, nie wynika zatem wprost z wolności przemieszczania się, jakkolwiek jest z nią ściśle związana. Zagadnienia te wiążą się jednak z tzw. polityką imigracyjną poszczególnych państw. Większość z państw-stron uniwersalnych paktów zachowuje sobie prawa ścisłej kontroli obecności obcokrajowców na swoim terytorium.

Na tej podstawie można pokusić się o ogólny wniosek, że konstrukcja swobody przemieszczania się w uniwersalnym prawie międzynarodowym nie do końca odpowiada praktyce korzystania z niego przez jednostki – osoba opuszczająca terytorium własnego państwa wkracza bowiem zawsze na terytorium innego państwa. W ten sposób możliwość wkroczenia może się okazać ważniejsza niż możliwość opuszczenia własnego kraju. Kraj pochodzenia (*the state of origin*) zakłada zatem istnienie kraju przyjmującego (*the state of reception*). Można zgodzić się z twierdzeniem, że *„dokonanie zmian prawnych regulacji, odnoszących się do migracji ludzi odpowiadających potrzebom współczesności, wymagają poszerzonego i gruntownego podejścia do tej problematyki, w szczególności jeszcze bardziej intensywnej współpracy pomiędzy państwami przyjmującymi i krajami pochodzenia”*[21].

[20] V. Chetail**,** *Freedom of Movement and Transnational Migrations: A Human Rights Perspective*, (w:) T. A. Aleinikoff, V. Chetail (red.), *Migration and International Legal Norms,* Haga 2003, s. 59.
[21] Ibidem, s. 59

3. Ograniczenia swobody przemieszczania się na podstawie aktów prawa międzynarodowego

3.1. Charakterystyka ograniczeń wolności przemieszczania się w aktach prawa międzynarodowego

Regulacje traktatów międzynarodowych, wyznaczających standardy ochrony wolności przemieszczania się i praw z nią związanych, zostały omówione w rozdziale III niniejszego opracowania. Przesłanki ograniczania tej wolności zostały tam jedynie wspomniane i wymagają głębszej charakterystyki. Przypomnienie ich głównych założeń wydaje się uzasadnione, bowiem tworzą one ramę normatywną dla postanowień innych aktów prawnych, zarówno na gruncie prawa Unii Europejskiej, jak również prawa krajowego. Ponadto ich omówienie uwzględniające praktykę orzeczniczą międzynarodowych organów sądowniczych pozwoli na określenie rzeczywistego zakresu ochrony, na którą może liczyć jednostka.

3.1.1. Powszechna deklaracja praw człowieka

Powszechna deklaracja praw człowieka dopuszcza, zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 2 i 3, możliwość ustanowienia ograniczeń w korzystaniu z każdego prawa i każdej wolności, o których w niej mowa, ale tylko wtedy, gdy ograniczenia te zostały ustalone w ustawie i mają na celu wyłącznie: a) zapewnienie poszanowania praw i wolności innych, b) ochronę moralności, porządku publicznego i powszechnego dobrobytu w demokratycznym społeczeństwie, c) uniemożliwienie działań sprzecznych z celami i zasadami Organizacji Narodów Zjednoczonych[22].

3.1.2. Międzynarodowe pakty praw człowieka

Zgodnie z treścią art. 12 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych (ust. 1) *„Każdy człowiek przebywający legalnie na terytorium jakiegokolwiek Państwa będzie miał prawo, w obrębie tego terytorium, do swobody poruszania się i wolności wyboru miejsca zamieszkania, ma on także (ust. 2) prawo opuścić jakikolwiek kraj, włączając w to swój własny”*. Pakt w art. 12 ust. 3 stanowi, że prawa te *„nie mogą podlegać żadnym ograniczeniom, z wyjątkiem tych, które są przewidziane przez ustawę, są konieczne dla*

[22] *Prawa człowieka. Dokumenty,* Warszawa 1989, s. 27.

ochrony bezpieczeństwa państwowego, porządku publicznego, zdrowia lub moralności publicznej albo praw i wolności innych i są zgodne z pozostałymi prawami uznanymi w niniejszym Pakcie". Ponadto w ust. 4 zaznaczono, że *„nikt nie może być samowolnie pozbawiony prawa wjazdu do swego własnego kraju".*

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na instytucjonalną wykładnię dokonaną przez Komitet Praw Człowieka odnośnie swobody przemieszczania się, zawartą w generalnym komentarzu nr 27[23]. Podkreślono w nim w pierwszej kolejności nadzwyczajny charakter ograniczeń przewidzianych w art. 12 ust. 3 paktu. Przepis ten upoważnia państwo-stronę do ograniczenia praw wyrażonych w ust. 1 i 2 wyłącznie w celu ochrony dóbr o szczególnej wartości dla społeczeństwa i państwa, takich jak bezpieczeństwo narodowe, porządek publiczny (*ordre public*), zdrowie publiczne lub dobre obyczaje oraz prawa i wolności innych osób. Dodatkowo, wprowadzenie ograniczeń zostało uzależnione od spełnienia warunku ich „społecznej niezbędności" w społeczeństwie demokratycznym i zgodności ze wszystkimi innymi prawami wyrażonymi w pakcie. W przeciwieństwie do gwarancji swobody przemieszczania się przepisy wskazujące podstawy jej ograniczenia zostały określone wąsko.

W pkt 13 komentarza komitet podkreślił, że przyjmując przepisy przewidujące ograniczenia dozwolone w art. 12, pkt 3, państwa zawsze zobowiązane są do kierowania się zasadą, że ograniczenia nie mogą szkodzić istocie prawa (por. art. 5, ust. 1 paktu). Relacja między chronionym dobrem a ograniczeniami, podobnie jak pomiędzy zasadą i wyjątkiem od niej, nie może być odwracana. Ustawy upoważniające do stosowania ograniczeń powinny stosować precyzyjne kryteria rozróżniania i nie mogą pozostawiać swobody w określaniu ich treści organom władzy wykonawczej. Odpowiednio do przyjętych zasad, komitet jednoznacznie wskazał na wyrażoną w art. 12 paktu zasadę wolności człowieka, która oznacza, że w jej przypadku prawo nie określa tego, co w jej granicach czynić wolno, lecz czego czynić nie wolno. Zasada wolności została ponadto wzmocniona przez wymóg konieczności wprowadzania ograniczeń, które muszą odpowiadać zasadzie proporcjonalności – muszą być odpowiednie, aby osiągnąć swoje funkcje ochronne wobec innych dóbr i muszą być jednocześnie możliwie najmniej inwazyjnym środkiem spośród alternatywnych rozwiązań prowadzących do pożądanego skutku i winny

[23] General Comment No. 27, *Freedom of movement* (Art. 12), opublikowano 2 listopada 1999 r., (w:) CCRP/C/21/Rev.1/Add.9, General Comment No. 27 (General Comments).

być dostosowane do przedmiotu objętego ochroną. Te „ograniczenia ograniczeń" odnoszą się w takim samym stopniu do prawa stanowionego, jak również do decyzji administracyjnych i rozstrzygnięć sądowych.

Komitet podkreślił konieczność zindywidualizowania zastosowania ograniczeń. Powinny być one w każdym przypadku oparte na jasnych podstawach prawnych, odpowiadać kryterium konieczności i odpowiadać zasadzie proporcjonalności. Wskazano, że warunki te nie zostaną spełnione m.in. w sytuacji, gdy określonej osobie uniemożliwiono opuszczenie kraju tylko i wyłącznie z powodu posiadania przez nią informacji objętych „tajemnicą państwową". Z drugiej strony, uznano, że wolność przemieszczania się może być ograniczana poprzez zakazy dostępu do stref wojskowych uzasadnione względami bezpieczeństwa państwowego, jak również poprzez ograniczenia swobody osiedlania się w rejonach zamieszkałych przez rdzenne mniejszości lub społeczności.

Komitet wskazał również na powiązanie wolności przemieszczania się z prawem do urlopu. Jego ograniczenie w drodze przepisów prawnych i administracyjnych może negatywnie wpływać na faktyczną możliwość korzystania z zagwarantowanych w pakcie swobód odnoszących się do możliwości zmiany miejsca pobytu. Podkreślono zatem szczególną wagę uwzględniania w okresowych raportach opracowywanych przez państwa-strony wszystkich prawnych i praktycznych ograniczeń w zakresie prawa do urlopu, które dotyczą zarówno obywateli, jak i cudzoziemców. Ma to umożliwić komitetowi ocenę ich zgodności z art. 12, pkt 3. Podobnie państwa-strony powinny także zawierać informacje w swoich sprawozdaniach na temat przypadków nakładania ograniczeń na międzynarodowych przewoźników, działających na ich terytorium bez wymaganych dokumentów.

Ponadto komitet dokonał sumarycznego zestawienia niezgodnych z postanowieniami paktu ograniczeń swobody przemieszczania się, podkreślając raz jeszcze spoczywający na państwach obowiązek respektowania treści art. 12 ust. 3[24].

[24] Jak wskazano w punkcie 17 cytowanego komentarza, głównym źródłem niepokoju komitetu są regulacje prawne, które generują biurokratyczne bariery niekorzystnie wpływające na możliwość pełnego korzystania z praw jednostek w sposób bardziej swobodny. Jeśli chodzi o prawo do przemieszczania się wewnątrz kraju, komitet skrytykował przepisy wymagające od osoby pozwolenia na zmianę miejsca zamieszkania lub nakładające obowiązek uzyskania zgody lokalnych władz miejsca przeznaczenia na pobyt lub osiedlenie się. Z komentarza wynika, że praktyka państw w zakresie ustanawiania ograniczeń wolności przemieszczania się ujawnia jeszcze bogatszy wa-

3.1.2.1. Orzecznictwo Komitetu Praw Człowieka

Podsumowując gwarancje i granice wolności przemieszczania się zawarte w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych, które stanowią podstawę działań kontrolnych Komitetu Praw Człowieka należy zauważyć, że swoboda przemieszczania się obejmuje dwa zestawy praw. Po pierwsze wymienić należy prawa osób przebywających na terytorium państwa – do poruszania się w jego obrębie, zmiany miejsca pobytu i zamieszkania (wyrażone w art. 12), po drugie prawa związane z przekraczaniem granic terytorialnych państwa: prawo wjazdu do i wyjazdu z jego terytorium (wyrażone zarówno w art. 12, jak i w art. 13). Dopuszczalne ograniczenia tych praw zostały przewidziane w art. 12 ust. 3 konwencji. Istotne znaczenie ma swoista klauzula bezpieczeństwa dla zasady poszanowania wolności przemieszczania się w formie obowiązku wykazania konieczności w przypadku wprowadzania jej ograniczeń. Regulacje te stanowią podstawę oceny sporów rozstrzyganych przez Komitet Praw Człowieka ONZ. Poniżej przedstawiono kilka węzłowych zagadnień dotyczących tej problematyki:

(a) Prawa cudzoziemców wynikające z art. 12 i 13.

Zgodnie z treścią art. 13 zawarte w nim normy obejmują zakresem zastosowania również cudzoziemców, gwarantując im ochronę przed arbitralnym wydaleniem. Także art. 12 par. 1 znajduje zastosowanie w stosunku do cu-

---

chlarz przeszkód. Komitet wymienia w pierwszej kolejności utrudnienia przy opuszczenia kraju, w szczególności brak dostępu zainteresowanych do właściwych urzędów wydających pozwolenia na przekroczenie granic państwa oraz brak informacji na temat wymagań, jakie należy spełnić, aby pozwolenie takie uzyskać. Za niezgodny z postanowieniami paktu uznano również wymóg stosowania specjalnych formularzy, przez które dopiero powstanie możliwość uzyskania odpowiednich dokumentów aplikacyjnych o wydanie paszportu (mnożenie wymogów aplikacyjnych), jak również wymogi dostarczenia dodatkowych oświadczeń pracodawców czy innych członków rodziny, dokładnych opisów trasy podróży czy też uzależnienie możliwości otrzymania paszportu od wniesienia opłat znacznie przewyższających koszty usług świadczonych przez administrację. Innymi problemami są: nieuzasadnione opóźnienia w wydawaniu dokumentów podróży, ograniczenia dotyczące członków rodziny podróżujących razem, wymóg złożenia biletu powrotnego, wymóg zaproszenia od państwa przeznaczenia przez osoby tam mieszkające, a także cięższe przypadki: fizyczne zastraszania, aresztowania, utrata pracy przez wnioskodawcę lub wydalenie jego dzieci ze szkoły lub uniwersytetu, odmowa wydania paszportu, ponieważ wnioskodawca jest w stanie zaszkodzić dobremu imieniu kraju.

dzoziemców, z tym jednak zastrzeżeniem, że muszą oni przebywać na terytorium danego państwa zgodnie z prawem. Odpowiedź na pytanie, czy pobyt cudzoziemca jest „zgodny z prawem" stanowi przedmiot regulacji prawa krajowego. Przepisy te mogą wprowadzać ograniczenia odnośnie możliwości wjazdu cudzoziemców, pod warunkiem, że są one zgodne ze zobowiązaniami międzynarodowymi. Jest to zagadnienie o tyle ważne, że stwierdzenie legalnego pobytu cudzoziemca jest równoznaczne z ograniczeniem możliwości jego wydalenia po stronie państwa goszczącego wyłącznie do sytuacji przewidzianych w art. 12. Różnice w traktowaniu cudzoziemców i obywateli, podobnie jak odmienności w statusie różnych kategorii cudzoziemców, muszą być możliwe do pogodzenia z przesłankami wolności przemieszczania się wyrażonymi w art. 12. par. 3[25]. W sprawie Celepi przeciwko Szwecji komitet stwierdził, że cudzoziemiec, który *„nielegalnie wkracza"* na terytorium państwa, ale jego status został następnie uregulowany, jest objęty zakresem normowania art. 12 (*„cudzoziemiec przebywający na terytorium państwa zgodnie z prawem"*). Celepi przybył do Szwecji, uciekając przed politycznymi prześladowaniami w Turcji w 1975 roku. Uzyskał pozwolenie na pobyt w skandynawskim państwie, nie korzystając jednak ze statusu uchodźcy. Sprawa skomplikowała się, gdy został on podejrzanym w sprawie zabójstwa byłego członka Partii Robotniczej Kurdystanu. W sprawie rozpatrywanej przez komitet bronił się on przed wydaleniem na podstawie przesłanki nielegalnego pobytu. Komitet uznał, że w przypadku gdy państwo-strona powołuje się na *„powody bezpieczeństwa narodowego w celu uzasadnienia ograniczeń swobody poruszania się skarżącego, Komisja stwierdza, że ograniczenia, którym skarżący został poddany, były zgodne z przesłankami wyrażonymi w art. 12 ust. 3 Paktu"*[26]. Punktem wyjścia analizy tego przepisu jest uznanie, że prawa w nim zawarte mają jedynie zastosowanie do cudzoziemców „legalnie" przebywających na terytorium państwa-strony. Oznacza to, że nielegalnie wkraczający oraz osoby, które przebywają na terytorium państwa dłużej niż pozwala im na to oficjalnie wystawione zezwolenie, nie korzystają z ochrony na podstawie art. 13. Jednakże, jeśli legalność pobytu danej osoby jedynie budzi wątpliwość, to wówczas każda decyzja powinna być wydawana z uwzględnieniem ochrony przewidzianej w pakcie[27].

[25] Por. A. Conte, S. Davidson, R. Burchill, *Defining Civil and Political Rights,* Ashgate 2004, s. 44.

[26] Celepli przeciwko Szwecji, Komunikat Komitetu nr 456/1991, sygn. CCPR/C/51/D/456/1991 (1994).

[27] Por. A. Conte, S. Davidson, R. Burchill, *Defining Civil and Political Rights,* Ashgate 2004, s. 45.

(b) Swoboda przemieszczania się pomiędzy terytoriami.

Obejmuje ona dwa podstawowe prawa człowieka wyrażone w pakcie: prawo do opuszczenia kraju (również własnego) oraz prawo do wjazdu na terytorium własnego państwa. Jednym z zagadnień wymagających wyjaśnienia jest pojęcie „własnego państwa". Komitet zajął stanowisko w tej kwestii w sprawie Stewart przeciwko Kanadzie. Jeśli pojęcie „własnego kraju", zgodnie z wykładnią komitetu, nie jest ograniczone do obywatelstwa w sensie formalnym (obywatelstwo nabywa się przez urodzenie lub z nadania), obejmuje ono zatem również przypadki indywidualne, czyli te osoby, które ze względu na szczególne powiązania lub roszczenia w stosunku do danego kraju nie mogą być uznane po prostu za obcych. Przyjęcie takiego punktu widzenia może być jednk przyczyną powstania niepewności. Komisja podała jednak dwa przykłady różnicujące: osoby pozbawione obywatelstwa z pogwałceniem prawa międzynarodowego oraz osoby, których państwo pochodzenia stało się częścią innego państwa, w wyniku czego utracili oni status obywatela. Osoby takie nie mogą być zatem obywatelami w sensie formalnym, jednakże nie są również cudzoziemcami w rozumieniu art. 13. Szczególną okolicznością sprawy Stewart przeciwko Kanadzie było pytanie, czy osoba, która wkracza na terytorium określonego państwa zgodnie z obowiązującymi tam przepisami imigracyjnymi, może uznawać to państwo za własne w przypadku, gdy nie uzyskała jego obywatelstwa i nadal zachowała obywatelstwo kraju pochodzenia? Komitet uzależnia możliwość wydania pozytywnej odpowiedzi od wykazania, że kraj imigracji tworzył nieuzasadnione przeszkody w nabyciu obywatelstwa przez nowych imigrantów. Gdy jednak kraj imigracji ułatwia uzyskanie jego obywatelstwa, to wówczas przyczyny, dla których określony imigrant powstrzymuje się od jego uzyskania – niezależnie czy jest to zgodne z jego wyborem czy też poprzez popełnienie czynów, które wykluczają możliwość przyznania mu tego obywatelstwa – sprawiają, że kraj imigracji nie staje się automatycznie „jego krajem" w znaczeniu art. 12 ust. 4 paktu[28]. Komitet powtórzył to stanowisko m.in. w sprawie Madafferi przeciwko Australii[29].

(c) Prawo pobytu w miejscu wyboru. Przesiedlenie.

Prawo do przebywania w miejscu własnego wyboru obejmuje ochronę przed wszelkimi formami przymusowego wysiedlenia. Prawo to naruszają wszelkie decyzje sądowe bądź administracyjne, mające na celu ograniczenie

[28] Sprawa omawiana również w: J. Crawford, A. Vaughan, *The British Yearbook of International Law 2008*, Oxford 2009, s. 227.

[29] *Francesco and Anna Madafferi and their children przeciwko Australii,* Komunikat Komitetu nr 1011/2001, sygn. UN Doc CCRP/C/81/D/1011/2001.

możliwości wjazdu określonej osoby na dane terytorium lub pobyt w określonej części terytorium państwa. Sprawa Mpandajila przeciwko Zairowi stanowi przykład zastosowania niewłaściwych środków, stanowiących ograniczenie wolności przemieszczania się. Zgodnie z jej stanem faktycznym grupa parlamentarzystów w Zairze wystosowała list otwarty do prezydenta Mobutu. Został on uznany za nieodpowiedni zarówno w formie, jak również w treści. Na tej podstawie ich partia została pozbawiona prawa uczestnictwa w obradach parlamentu, a jedną z represji wobec nich był nakaz przesiedlenia ich rodzin do różnych odległych od siebie regionów, wbrew ich woli. Komitet uznał oczywiście takie działania za sprzeczne z art. 12 paktu, bowiem byli parlamentarzyści zostali pozbawieni swobody przemieszczania się w wyniku decyzji administracyjnych podjętych przez organy państwowe. Organ rozstrzygający doszedł do podobnych konkluzji rozpatrując sprawę Mpaka-Nsusu przeciwko Zairowi. Skarżący został ograniczony w swojej swobodzie przemieszczania się i zmuszony do przebywania w wiosce, z której pochodził, po tym gdy skierował krytyczny list do rządu. Podobne wnioski komitet wyciągnął w sprawie Birhashwira/Tshisekedi przeciwko Zairowi.

3.1.3. Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 roku i orzecznictwo ETPC

Europejska konwencja w pierwotnej wersji nie gwarantowała wolności przemieszczania się. Została ona dodana w treści protokołu czwartego do tej konwencji, który ustanawił również możliwość jej ograniczania. Mogą one być ustanawiane, jeżeli jest to *„konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na bezpieczeństwo państwowe i publiczne, utrzymanie porządku publicznego, zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia lub moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”*. Ponadto swoboda osób przebywających legalnie na terytorium państwa w zakresie poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania w obrębie tego państwa może być *„poddana w określonych rejonach ustawowym ograniczeniom uzasadnionym interesem publicznym w społeczeństwie demokratycznym”*[30].

[30] M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej,* Warszawa 1992, s. 196-197. Protokół czwarty wszedł w życie w stosunku do Polski 10 października 1994 r. (Dz. U. nr 36, poz. 175 i 179 z 1995 r.). Rząd Polski złożył też 31 stycznia 1995 r. Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy deklarację, że uznaje kompetencję Europejskiej Komisji Praw Człowieka w zakresie przyjmowania skarg o naruszenie przez Polskę praw wynikających z protokołu czwartego oraz kompetencję Europejskiego Trybunału Praw

Przepisy te stały się podstawą rozstrzygnięcia w sprawach prowadzonych przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu. Poniżej scharakteryzowane zostaną wybrane orzeczenia tego organu sądowniczego ujęte w formie dwóch bardziej generalnych problemów o podstawowym znaczeniu dla wykładni postanowień konwencji odnoszących się do wolności przemieszczania się: proporcjonalności ograniczeń oraz prawa wyboru miejsca pobytu.

3.1.3.1. Proporcjonalność ograniczeń wolności przemieszczania się jako środek zapobiegawczy

Jednym z powszechnie stosowanych środków zapobiegawczych na gruncie prawa karnego jest zakaz opuszczania kraju (względnie zakaz opuszczania miejsca pobytu). Stanowi on poważną ingerencję w zakres swobody poruszania się przysługującej jednostce. Możliwość jego zastosowania, w konretnym przypadku, wymaga spełnienia szczególnych warunków.

Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie rozstrzygał skargi na naruszenie przesłanek ograniczania wolności przemieszczania się przez stosowanie wspomnianego środka zapobiegawczego. Podstawowym kryterium oceny Trybunału Strasburskiego w takich sprawach jest zasada proporcjonalności użytego środka do celu, jakim jest ochrona określonego innego dobra.

Przykładowo w wyroku w sprawie Miażdżyk przeciwko Polsce[31] trybunał stwierdził naruszenie art. 2 z protokołu czwartego do konwencji, wskazując, że stosowany wobec skarżącego przez okres przeszło pięciu lat, tytułem środka zapobiegawczego, zakaz opuszczania kraju połączony z zatrzymaniem paszportu stanowił niewspółmierną ingerencję w jego prawo do swobodnego poruszania się. Z opisu stanu faktycznego sprawy wynika, że zakaz opuszczania kraju zastosowano wobec skarżącego w związku z toczącym się przeciwko niemu postępowaniem karnym, w którym został oskarżony, m.in. o kierowanie zorganizowaną grupą przestępczą. Obrońca skarżącego dziewięciokrotnie – bezskutecznie – składał prośby o uchylenie tego środka, powołując się na pozbawienie skarżącego kontaktów z rodziną zamieszkałą we Francji, konieczność załatwienia tam spraw osobistych oraz jego zły stan zdrowia. Orzekając o naruszeniu konwencji trybunał wziął pod uwagę przede wszystkim fakt, iż skarżący posiadał również obywatelstwo francuskie,

Człowieka w sprawach dotyczących interpretacji i stosowania protokołu czwartego (pod warunkiem wzajemności państw-stron), począwszy od 1 lutego 1995 roku.

[31] Wyrok ETPC z 24 stycznia 2012 r. w sprawie Miażdżyk przeciwko Polsce, na podstawie skargi nr 23592/07.

a przed wszczęciem postępowania na stałe zamieszkiwał we Francji. Środek ten stanowił dla niego dużo większą dolegliwość niż gdyby został orzeczony w kraju, w którym mieszkał na stałe. Ponadto, skarżącemu nie umożliwiono wyjazdu nawet na krótki okres czasu. Trybunał wziął pod uwagę także fakt, iż po uchyleniu przedmiotowego środka postępowanie toczyło się – z wyjątkiem jednego terminu rozprawy – bez osobistego udziału skarżącego. Tytułem słusznego zadośćuczynienia trybunał przyznał skarżącemu kwotę 4 000 euro oraz kwotę 1 500 euro tytułem zwrotu kosztów postępowania przed trybunałem. Organ rozstrzygający zastosował indywidualizujące kryteria oceny zasadności zastosowanego środka i przeciwstawił dobro postępowania względom słusznościowym wynikającym z okoliczności sprawy (wolność przemieszczania się w związku z ochroną życia rodzinnego).

Wydaje się, że ochrona życia rodzinnego (osobistego) nie jest dobrem, które zawsze wyłącza możliwość zastosowania ograniczeń wobec wolności przemieszczania się. Przykładowo w postępowaniu w sprawie Diamante i Pelliccioni przeciwko San Marino [32] zarzutem pobocznym było ograniczenie prawa do opieki nad dzieckiem w wyniku sądowego nakazu pozostania na terytorium San Marino. Trybunał nie uznał jednak zasadności skargi, stwierdzając, że krótki czas orzeczonego środka nie miał rzeczywistego wpływu na możliwość pogorszenia tych relacji.

Jak słusznie zauważył M. Gajownik[33] istota zakazu opuszczania kraju została wyrażona wprost w art. 2 protokołu czwartego do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Zgodnie z art. 2 ust. 2 protokołu każdy jest uprawniony do swobodnego opuszczenia jakiegokolwiek kraju, w tym własnego. W ust. 3 do art. 2 protokołu wskazano natomiast ograniczenia w korzystaniu z prawa do swobodnego opuszczenia kraju. Korzystanie z tego prawa może być ograniczone tylko w ustawie i tylko w sytuacji, kiedy jest to uzasadnione względami bezpieczeństwa państwowego i publicznego, utrzymaniem porządku publicznego, zapobieganiem przestępstwom, ochroną zdrowia, moralności, praw i wolności innych osób[34]. Na treść powyższego

[32] Wyrok ETPC z dnia (XX) w sprawie Diamante oraz Pelliccini przeciwo San Marino (Application No. 32250/08).

[33] M. Gajownik, *Zakaz opuszczania kraju po wejściu Polski do strefy Schengen, „Prokuratura i Prawo"* 1/2011, s. 129.

[34] Protokół nr 4 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, gwarantujących niektóre prawa i wolności inne niż zawarte w konwencji i w pierwszym protokole do konwencji, Strasburg, 16 września 1963 r.

przepisu powołał się Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w wyroku z 31 marca 2009 r. w sprawie A. E. przeciwko Polsce[35], dokonując wykładni istoty zakazu opuszczania kraju. Przedmiotem tego postępowania była skarga osoby aresztowanej pod zarzutem oszustwa. W skardze skierowanej do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu A. E. powołał się na art. 2. ust. 2 protokołu czwartego do konwencji, zarzucając krajowym organom sądowniczym zastosowanie środka zapobiegawczego w postaci zakazu opuszczania kraju jako nadmiernego ograniczenia swobody przemieszczenia się (był objęty nakazem od 8 lat). Skarżący jawnie wskazywał na zamiar opuszczenia kraju i udania się do Libii w celu odwiedzenia matki pogrążonej w żałobie po śmierci jego siostry. Sąd obawiał się, że skarżący będzie uchylał się od odpowiedzialności. Również w tym przypadku istotnym kryterium oceny zastosowanym przez trybunał był czas, przez który środek był stosowany. W wyroku wskazano, że jakkolwiek w pierwszej fazie postępowania zastosowanie środka było jak najbardziej uzasadnione, to wraz z upływem czasu stawał się on coraz mniej proporcjnalny do celu, jakim było zabezpieczenie postępowania. Trybunał zajął w tej sprawie jednoznaczne stanowisko, podkreślając w sentencji wyroku, że wprawdzie krajowe organy sądowe są uprawnione do zgodnego z ustawą stosowania ograniczeń poruszania się, jeżeli przemawia za tym dobro prowadzonego przez nie postępowania, jednakże są zobowiązane do przeprowadzania okresowych weryfikacji dalszego ich zastosowania. Zasadność i proporcjonalność stosowania ograniczeń zostały w ten sposób określone jako okoliczności modalne, które mogą zmieniać się w czasie stosowania danego środka organiczającego wolność przemieszczania się. Z tych względów trybunał uznał, że w sprawie A. E. doszło do naruszenia prawa zagwarantowanego w art. 2 ust. 2 protokołu czwartego konwencji[36].

[35] Wyrok Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 31 marca 2009 r., w sprawie A. E. przeciwko Polsce, skarga nr 14480/04, Przegląd orzecznictwa europejskiego dotyczącego spraw karnych 2009, nr 1-2, Biuro Studiów i Analiz – dział prawa europejskiego.

[36] Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu dotyczy również kwestii związanej z przewlekłością postępowania.

3.1.3.2. Prawo wyboru miejsca pobytu

W sprawie Tatishvili przeciwko Rosji[37] trybunał rozstrzygał skargę Gruzina[38], któremu odmówiono rejestracji w wybranym przez siebie miejscu (pod wskazanym adresem), przez co została również znacznie ograniczona możliwość korzystania przez niego z opieki medycznej. Wspomnieć należy jednocześnie, że podstawą odmowy był zarzut przebywania na terytorium Rosyjskiej Federacji niezgodnie z prawem. Strona rosyjska twierdziła, że skarżący, który przybył z Gruzji, nie podjął żadnych kroków w celu potwierdzenia swojego obywatelstwa przed odpowiednim urzędem, co miało dać mu możliwość zalegalizowania pobytu w Rosji. Badając sprawę strasburski sąd stwierdził stosowalność art. 2 ust. 1 protokołu czwartego do tej sprawy. Uznał on, że decyzja rosyjskiego urzędu naruszyła jego postanowienia i stanowiła ograniczenie wolności przemieszczania się w zakresie wyboru miejsca pobytu. Trybunał uznał, że fakt posiadania przez skarżącego podwójnego obywatelstwa nie może być przesłanką różnicującą jego uprawnienia w tym zakresie.

4. Wolność przemieszczania się w prawie międzynarodowym – próba definicji

Jak wskazuje Vincent Chetail[39] wolność przemieszczania się (*freedom of movement*) ujęta w prawie międzynarodowym składa się z dwóch praw: prawa opuszczenia swojego kraju oraz prawa powrotu do niego. Jakkolwiek jego twierdzenie wydaje się słuszne, to oba prawa nie wyczerpują zupełnie treści wolności przemieszczania się, która oprócz tego obejmuje również możliwość przemieszczania się poza granicami własnego kraju oraz w jego obrębie, a także sam element wolicjonalny przesądzający o faktycznym skorzystaniu z niego lub nieczynienia z niego użytku. Pozostawiając jednak sprawy modalności prawnych poza zakresem niniejszego opracowania,

[37] Wyrok ETPC z 22 lutego 2007 w sprawie Tatishvili przeciwko Rosji, skarga nr 1509/02.

[38] Więcej na temat sytuacji Gruzinów w Rosji zob. J. Buchanan, B. Gesto, G. Gogia, *Sigled Out: Russia's Detention and Expulsion of Georgians, "Human Right Watch"*, Vol. 19, No. 5(D), październik 2007.

[39] V. Chetail, *Freedom of Movement and Transnational Migrations: A Human Rights Perspective*, (w:) T. A. Aleinikoff, V. Chetail (red.), *Migration and International Legal Norms*, Haga 2003.

można wyróżnić:

- prawo do opuszczenia własnego kraju,
- prawo do powrotu do własnego kraju,
- obowiązki państwa wobec swoich obywateli poza jego granicami.

4.1. Prawo do opuszczenia własnego kraju

Zgodnie ze stanowiskiem V. Chetaila, prawo do opuszczania swojego kraju charakteryzuje się czterema zasadniczymi cechami.

Po pierwsze, brak w nim jakiegokolwiek rozróżnienia na tle pochodzenia osoby uprawnionej – dotyczy ono w takim samym zakresie własnych obywateli danego państwa, jak również obcokrajowców (względnie bezpaństwowców). Opuszczanie kraju co do zasady wydaje się mniej obarczone warunkami i zastrzeżeniami niż ma to miejsce w przypadku wjazdu na terytorium państwa.

Po drugie, na gruncie wszystkich opisanych powyżej regulacji zawartych w aktach prawa międzynarodowego rozumieć je należy szeroko jako odnoszące się w takim samym zakresie do zwyczajowego podróżowania (np. wyjazdu w celach turystycznych), jak również do długoterminowej emigracji. Komitet Praw Człowieka w swoim raporcie generalnym nr 27 stanął na stanowisku, że *„wolność opuszczenia terytorium określonego kraju nie może zostać uzależniona od jakiegokolwiek specyficznego warunku lub okresu czasu, jaką osoba określa dla pobytu poza jego granicami. Stąd też podróżowanie poza granice kraju jest objęte zakresem regulacji, podobnie jak decyzja o permanentnej emigracji. Podobnie, prawo indywidualne wyboru państwa docelowego stanowi część tej prawnej gwarancji”*[40].

Trzecim elementem wskazanym przez tego autora jest skorelowany z tą wolnością obowiązek zachowania pasywności przez organy państwowe (poza uprawnieniami kontrolnymi), mający zagwarantować faktyczną możliwość przemieszczania się oraz obowiązek pozytywny adresowany do własnych obywateli zapewnienia wsparcia organizacyjnego za granicą w razie utraty dokumentów lub środków do życia.

Czwartym elementem jest możliwość ograniczenia tego prawa przez państwo w uzasadnionych przypadkach. Ograniczenia te muszą być: (a) przewidziane przez obowiązujące prawo, (b) wprowadzane jako ograniczenia wyni-

[40] General Comment No. 27, *Freedom of movement* (Art. 12), opublikowano 2 listopada 1999 r., (w:) CCRP/C/21/Rev.1/Add.9, General Comment No. 27 (General Comments).

kające z konieczności skorelowania z ochroną innych praw człowieka przewidzianych przez pakty, (c) konieczne do osiągnięcia tych rezultatów, (d) zgodne z zasadą proporcjonalności.

4.2. Prawo do powrotu do własnego kraju

Prawo do powrotu do własnego kraju zostało pomyślane jako instrument, mający na celu wzmocnienie ogólnego prawa do jego opuszczenia. Należy zauważyć, że w żadnym akcie nie zostało przewidziane prawo do wkroczenia na terytorium innego państwa niż kraj własnego pochodzenia. Zagadnienia związane z ruchem międzypaństwowym regulują rozmaite porozumienia międzynarodowe oraz w wielu wypadkach dwustronne umowy międzynarodowe (dla przykładu obywatele polscy mogą przebywać na terytorium Taiwanu 90 dni w ruchu bezwizowym).

Rozważając problematykę prawa powrotu do własnego kraju należy również mieć na uwadze innego rodzaju formy przynależności państwowej, jak chociażby karta stałego pobytu czy też innego rodzaju pozwolenia (wiza wjazdowa na czas określony). Są to poświadczenia ustanawiające określony związek pomiędzy jednostką a państwem. W zależności zatem od charakterystyki konkretnego przypadku – kraj „danej osoby" może ulec zmianie.

Zgodzić się należy z twierdzeniem V. Chetaila, że sytuacja idealna pozwalałaby każdej osobie na wjazd do dowolnego kraju na nieograniczony czas. Biorąc jednak pod uwagę rzeczywisty stan rzeczy i problemy związane z próbą urzeczywistnienia tej koncepcji należy przyjąć, że głównym celem wspólnoty międzynarodowej powinno być stworzenie przynajmniej możliwości bezproblemowego powrotu do własnego kraju.

Zaproponowana przez francuskiego teoretyka koncepcja wydaje się niepełna, nie uwzględnia bowiem dwóch ważnych aspektów składających się na wolność przemieszczania się, jakimi są prawa związane z przemieszczaniem się ludzi po terytorium innych krajów niż kraj własnego pochodzenia. W szczególności wymienić tu należy sytuacje konieczności „uchodzenia" z własnego kraju i związane z tym prawa do ochrony (prawo uchodźców i prawa azylantów). Zostaną one omówione w dalszej części opracowania.

4.3. Obowiązki państwa wobec swoich obywateli poza jego granicami

Jak już wielokrotnie wskazywano w niniejszym opracowaniu wolność przemieszczania się jest ściśle sprzęgnięta z przynależnością państwową. Osoby przebywające na terytorium danego państwa mają różny status

prawny, zależnie od tego w jakiej relacji wobec tego państwa pozostają. Relację tę określają często różnego typu akty prawne, odmiennie w przypadku obywateli i cudzoziemców. Obywatele korzystają z pełni praw i wolności przyznanych im w konstytucji krajów macierzystych, natomiast cudzoziemcy pozostają na wielu polach w gorszej sytuacji (np. brak praw wyborczych). Sytuację tę, chociaż częściowo, ma zrównoważyć możliwość korzystania z opieki dyplomatycznej i konsularnej[41].

Ram prawnych dla obowiązków państwa wobec swoich obywateli przebywających poza jego granicami należy poszukiwać w prawie dyplomatycznym i konsularnym. Zgodnie z art. 3(c) konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych z 1961 r., do funkcji przedstawicielstwa dyplomatycznego należy m.in.: ochrona interesów państwa wysyłającego w państwie przyjmującym w granicach dopuszczalnych przez prawo międzynarodowe. Z kolei art. 5(a) konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych wskazuje, że do zadań konsularnych należy ochrona interesów obywateli, zarówno osób fizycznych, jak i prawnych w państwie przyjmującym, w dopuszczalnych przez prawo międzynarodowe granicach.

Zagadnieniom tym nie poświęca się współcześnie wiele miejsca w literaturze prawniczej[42]. Taki stan rzeczy bywa różnie tłumaczony. Z jednej strony wskazuje się na ograniczoną doniosłość pomocy państwa w kontekście postępującej otwartości świata i osłabienia niechęci do cudzoziemców, z drugiej zaś strony podkreśla się, że ten brak zainteresowania jest wynikiem przeniesienia akcentu na międzynarodową ochronę praw człowieka i zobowiązania państw przyjmujących wobec osób wkraczających na ich terytorium[43].

---

[41] Zob. R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne,* Warszawa 1998, s. 259; I. Browlie: *Principles of Public International Law,* Oxford 1995, s. 519.

[42] Do wyjątków należy zaliczyć monografię Jana Sandorskiego, *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ochrona praw człowieka,* Poznań 2006.

[43] Por. J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna jako narzędzie ochrony praw człowieka,* (w:) L. Wiśniewski, *Ochrona praw człowieka w świecie,* Bydgoszcz-Poznań 2000, s. 18. Jan Sandorski przytacza wypowiedź C. W. Jenksa z sesji Instytutu Prawa Międzynarodowego z 1965 r.: *„Gdyby istniała już dziś skuteczna ochrona praw człowieka, to opieka dyplomatyczna stałaby się instytucją przestarzałą".* Z poglądem tym polemizował K. Skubiszewski, (w:) *Ochrona dyplomatyczna obywateli, „Państwo i Prawo*" 1975, z. 10, s. 40-42: *„Co się tyczy strony proceduralnej, to dzisiaj jednostka nadal rzadko kiedy może chronić bezpośrednio swe uprawnienia składając petycję lub skargę przed organem międzynarodowym, a nawet jeśli osoba fizyczna ma możliwość sama wystąpić z roszczeniem przeciwko państwu, czyni to najczęściej nie wobec państwa obcego, lecz w stosunku do państwa, którego obywatelstwo posiada lub z którym jest silnie związana, np. przez miejsce zamieszkania".*

Jak zauważa Bogusław Banaszak, *„w prawie międzynarodowym brak jest jednego aktu regulującego kwestie związane z obywatelstwem. Różne konwencje i zwyczaje uznają następujące zasady dotyczące obywatelstwa:*

(a) *państwo sprawuje jurysdykcję nad swoimi obywatelami także i poza swoimi granicami. (…) Ma ono prawo wezwania do powrotu swoich własnych obywateli przebywających poza granicami (ius avocandi). Zakres praw przyznanych obywatelowi jednego państwa na terytorium drugiego państwa zależy od zobowiązań konwencyjnych państwa pobytu;*

(b) *państwo jest zobligowane do zapewnienia wstępu i pobytu na swoim terytorium swoim obywatelom i nie może nakazać im opuszczania granic kraju. Nie tworzy to jednak po stronie jednostki prawa podmiotowego. Każde państwo ma prawo wydalić ze swojego terytorium cudzoziemców, ale nie może mieć to charakteru wydalenia całych grup osób (wydalenie kolektywne);*

(c) *państwo ma obowiązek opieki dyplomatycznej i konsularnej nad swoimi obywatelami, gdy przebywają za granicą, a także w określonych wypadkach ponosi odpowiedzialność za ich działania. (…) Państwo nie może powoływać się na prawo do ochrony osób, które dobrowolnie opuściły jego terytorium i zrzekły się obywatelstwa.*

(d) *sprawy dotyczące obywatelstwa należą do kompetencji państw i regulowane są przez akty prawa wewnętrznego, które decydują komu przyznawane jest obywatelstwo i pod jakimi warunkami”*[44].

Powyższe regulacje prawne wydają się jasne i klarowne. Nie oznacza to oczywiście, że nie powstają na ich gruncie żadne wątpliwości, wręcz przeciwnie, o czym świadczyć może bogata literatura przedmiotu. Stanowią one jednak przedmiot wykraczający poza granice przyjęte dla niniejszego opracowania. W związku z tym w kwestiach zasad przyznawania obywatelstwa polskiego należy odesłać czytelnika do stosownych aktów prawnych oraz opracowań naukowych.

5. Zakończenie

Wolność przemieszczania się nie została wyrażona *explicite* w żadnym akcie międzynarodowym, mającym za swój przedmiot prawa człowieka. Koncepcja tej wolności znajduje swój normatywny wyraz w prawie do opuszczenia swojego kraju oraz prawie do powrotu do niego. Tak pojęte prawa są

[44] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne,* Warszawa 2010, s. 441.

również wyrażone w licznych porozumieniach i konwencjach międzynarodowych o zróżnicowanym zakresie terytorialnym swojego obowiązywania. Z punktu widzenia niniejszego opracowania, którego celem jest rekonstrukcja zakresu wolności przemieszczania się na terytorium Polski, największą doniosłość mieć będą regulacje prawa europejskiego.

Rozdział II

Wolność przemieszczania się w prawie Unii Europejskiej

1. Wprowadzenie

Przedmiotem analizy w niniejszym rozdziale jest prawo Unii Europejskiej[45] odnoszące się do zagadnienia wolności przemieszczania się w obrębie wspólnoty lub obywateli Unii poza jej granicami. Przepisy dotyczące przemieszczania się osób nieposiadających obywatelstwa Unii w jej granicach oraz problem uchodźctwa zostały wyjęte poza nawias i zostaną omówione osobno w rozdziale poświęconym tym zagadnieniom.

W pierwszej kolejności zostaną omówione postanowienia unijnego prawa pierwotnego (traktaty założycielskie i porozumienia je zmieniające) wraz z Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej, która mimo iż nie ma jeszcze mocy wiążącej w znaczeniu prawa pierwotnego, to w istocie wyznacza ogólne ramy dla wykładni unijnych przepisów, wskazując fundamentalne prawa i wolności, które muszą być respektowane.

W drugiej części tego fragmentu książki zostaną przedstawione normy prawa wtórnego.

Jak słusznie zauważa się w literaturze prawniczej *„podstawową cechą praw politycznych na poziomie krajowym* – a do nich właśnie zaliczyć należy

[45] Dorobek prawny Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej obejmuje traktaty założycielskie oraz akcesyjne oraz umowy międzynarodowe dokonujące ich zmian (prawo pierwotne), jak również przepisy wydawane na ich podstawie przez organy Unii Europejskiej (prawo wtórne). Dodatkowo zbiór ten uzupełniają umowy międzynarodowe zawarte przez Wspólnoty i Unię Europejską, jak również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, a także deklaracje i rezolucje oraz zasady ogólne prawa wspólnotowego. W aktach prawnych Unii dorobek ten określany jest mianem *acquis* (fr. - dorobek).

wolność przemieszczania się – *jest, co do zasady, ich zastrzeżenie dla obywateli danego państwa. Dzięki temu stanowią one podstawową cechę odróżniającą obywateli od cudzoziemców, zastępując w tej roli przestarzałe i 'niedemokratyczne' kryteria etniczne i językowe"*[46]. „*Wobec rosnącej skali emigracji międzynarodowych, współcześnie można jednak zaobserwować tendencję do uniwersalizacji praw politycznych, tzn. do stopniowego obejmowania nimi także osób niepołączonych z państwem więzami obywatelstwa"*[47]. Ustawodawstwo Unii Europejskiej wydaje się najbardziej reprezentatywnym przykładem tych tendencji zarówno w odniesieniu do obywateli, pochodzących z obszaru wspólnoty, jak i wywodzących się spoza jej granic. Przyznanie obywatelom UE takich praw politycznych, jak (a) prawa wyborcze w wyborach do Parlamentu Europejskiego, (b) prawa wyborcze w wyborach lokalnych, (c) prawo zwracania się na piśmie w językach urzędowych do instytucji i organów UE i do otrzymywania od nich odpowiedzi w tym samym języku, a także ustanowienie praw dla niebędących obywatelami mieszkańców państw członkowskich UE, takich jak: (a) prawo petycji do PE, (b) prawo skargi do Rzecznika Praw Obywatelskich UE, (c) prawo dostępu do dokumentów wspólnotowych, (d) prawo do dobrej administracji, wydają się być jednocześnie odpowiedzią na współczesne tendencje migracyjne w obrębie i do Wspólnoty, jak również są czynnikiem dodatkowo te procesy wzmacniającym poprzez stworzenie podstaw godnego życia w nowym miejscu zamieszkania.

W kontekście rozszerzenia granic UE i przyjęcia w jej granice Rumunii oraz Bułgarii, szczególnego znaczenia nabrał problem przemieszczania się ludności wewnątrz Unii, a przede wszystkim ruch z południowego-wschodu na północ i zachód[48]. W raporcie przygotowanym na Uniwersytecie Editura w zachodniej Timişoarze Rumunia została scharakteryzowana jako kraj dostarczający pracowników w obszar pierwotnej wspólnoty. Europejska sfera migracyjna (*European Migration Space*), od czasu poszerzenia granic Wspólnoty nazywana również *The Post-Enlargement Migration Space*[49].

Ciekawie zarysowują się również relacje w przepływie ludności wewnątrz Unii. Aby dać pewne wyobrażenie o ogromnej częstotliwości przemieszczania

[46] A. Cieleń, *Prawa polityczne obywateli Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 115.
[47] Tamże, s. 115.
[48] Por. L. Hiris, *The Social Context of European East-West Migration,* (w:) G. Silasi, O. L. Simina, *Migration, Mobility and Human Rights at the Eastern Border of the European Union – Space of Freedom and Security*, Universitat Etidura 2008, s. 29.
[49] G. Silasi, O. L. Simina, *Introduction*, (w:) idem (red.): *Migration, Mobility and Human Rights at the Eastern Border of the European Union – Space of Freedom and Security*, Universitat Etidura 2008, s. 5.

się wystarczy chociażby posłużyć się jednym z dostępnych parametrów – Komisja Europejska w raporcie z czerwca 2008 roku podaje, że zaledwie w pierwszym półroczu tego roku w przestrzeni powietrznej UE odbyło się 9 milionów lotów (czyli średnio 25 tysięcy dziennie)[50]. Z kolei zgodnie z danymi Eurostatu w 2009 roku z portów lotniczych w UE skorzystało ponad 750 milionów pasażerów (stanowi to jedną trzecią rynku światowego)[51]. Liczba ta systematycznie wzrasta i w 2011 roku odnotowano już 770 milionów osób przemieszczających się drogą lotniczą na portach Wspólnoty[52]. Są to liczby ogromne, ale zaledwie kropla w morzu – wystarczy, że weźmie się pod uwagę fakt, że to samochody osobowe są najpopularniejszym środkiem transportu pasażerskiego w obrębie UE (zgodnie z danymi z 2010 roku udział samochodów w transporcie wspólnotowym wyniósł 72 proc.), a samoloty dzielą pozostałe 18 proc. z transportem kolejowym oraz wodnym (morskim i rzecznym)[53].

Niniejsze opracowanie bardziej niż na analizę dokładnych danych statystycznych, dotyczących przemieszczania się w Polsce i w Europie, nakierowane jest na ustalenie ramy prawnej dla tego procesu. Zgodnie z przyjętym punktem widzenia najważniejszym przedmiotem zainteresowania jest zatem problem przemieszczania się ludności z perspektywy geograficznej i stosownie do lokalizacji Rzeczpospolitej Polskiej omówienie kolejno aktów prawnych prawa międzynarodowego, europejskiego i krajowego.

Dokonując ogólnej charakterystyki wolności przemieszczania się w prawie Unii Europejskiej warto również zwrócić uwagę na powiązanie jej z aspektem ekonomicznym. Jak zauważyła C. Barnard, *„wolność przemieszczania się ludzi (free movement of persons) była zawsze obszarem 'bardziej wrażliwym' niż wolność przemieszczania dóbr (free movement of goods). Ludzie implikują problemy związane z bezpieczeństwem i obronnością, które nie stają się udziałem dóbr. To pomaga wyjaśnić, dlaczego oryginalne Traktaty Wspólno-*

[50] Raport Komisji Europejskiej dla Parlamentu Europejskiego na temat: *Single European Sky II: towards more sustainable and better performing aviation*, Brussels, 25.6.2008 COM(2008) 389 final, SEC(2008) 2082.

[51] Dane dostępne na: http://ec.europa.eu/transport/strategies/facts-and-figures/all-themes/index_pl.htm.

[52] Dane dostępne na: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Passenger_transport_statistics.

[53] Dane według opracowania *Energia i Transport – mały rocznik statystyczny 2010* (Energy and Transport in Europe – Statistical Pocketbook 2010), dostępnym na stronie Komisji Europejskiej: http://ec.europa.eu/transport/facts-fundings/statistics/old/statistics_en.htm.

towe przyznawały swobodę przemieszczania się jedynie ekonomicznie aktywnym (czyt. pracownikom): wnosili oni umiejętności do państw przyjmujących i byli wstanie finansowo się utrzymać"[54]. Również w wielu przepisach obecnie obowiązujących aktów prawa wspólnotowego odnaleźć można podkreślenie roli, jaką w procesie integracji odgrywają pracownicy oraz zaakcentowanie, że swoboda ich przemieszczania się powinna być *„podstawą funkcjonowania wspólnego rynku"*[55]. Istotne jest również uzależnienie uprawnień wynikających ze swobody przemieszczania się od posiadanych środków materialnych, pozwalających na utrzymanie się.

Kolejnym ważnym aspektem związanym z przemieszczaniem się w obrębie Unii Europejskiej jest zasada niedyskryminacji. Już w punkcie piątym rozporządzenia rady 1612/68/EWG z 15 października 1968 r. w sprawie swobody przemieszczania się pracowników w obrębie Wspólnoty podkreślano, że *„prawo do swobodnego przemieszczania się wymaga zapewnienia faktycznego i prawnego równego traktowania we wszystkich sprawach związanych z wykonywaniem działalności zarobkowej, aby mogło być realizowane w warunkach wolności i poszanowania godności"*[56].

Zgodnie z danymi z 2008 roku podanymi przez Komisję Wspólnot Europejskich w Sprawozdaniu Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady ze stosowania dyrektywy 2004/38/WE w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich w momencie jego publikacji ponad 8 milionów obywateli UE zamieszkiwało na terytorium innego państwa członkowskiego[57].

Powiększenie Unii Europejskiej zaowocowało powstaniem licznych problemów. Już od jej pierwszego powiększenia była możliwa do zaobserwowania europejska polityka imigracyjna, którą charakteryzowała fundamentalna niekonsystencja: większość państw członkowskich zdecydowało się na restrykcyjne ograniczenie migracji Europejczyków, bez względu na wzrastające ekonomiczne zwroty polityki otwartości, jaką od dawna stosowały takie kraje jak Szwecja czy Irlandia. Ciekawe studium to opracowanie C. Gurdgieva, koncentrujące się na analizie sytuacji w Danii[58].

[54] C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. Four Freedoms,* Oxford 2007, s. 2091.
[55] B. Mielnik, *Obywatelstwo Unii Europejskiej*, Wrocław 2000, s. 66.
[56] H. Szewczyk, *Ochrona dóbr osobistych w zatrudnieniu*, Warszawa 2007, s. 98.
[57] Piąte sprawozdanie Komisji Europejskiej na temat obywatelstwa Unii (1 maja 2004 r. - 30 czerwca 2007 r.) – COM(2008)85.
[58] C. Gurdgiev, *Migration and EU-Enlargement: The Case of Ireland and Denmark, "The Romanian Journal of European Studies"* No. 5-6/2007, s. 44.

2. Ogólne ramy wolności przemieszczania się

2.1. Traktaty założycielskie (prawo pierwotne)

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w art. 20 (dawny art. 17 TWE) zawiera gwarancję szeregu uprawnień, wynikających z obywatelstwa Unii Europejskiej. Zgodnie z jego ust. 1 obywatelstwo Unii uzyskuje się automatycznie, w konsekwencji przynależności do któregokolwiek z państw członkowskich. Ma ono charakter dodatkowy w stosunku do obywatelstwa krajowego, jednak go nie zastępuje i nie unieważnia.

Wśród praw wymienionych *explicite* w ust. 2 w pierwszym rzędzie znalazła się swoboda przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich. W kolejnych punktach zostały zawarte postanowienia ułatwiające integrację i udział w życiu publicznym wybranego miejsca zamieszkania na terenie Wspólnoty (prawo do głosowania i kandydowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego oraz w wyborach lokalnych w państwie członkowskim, zgodnie z miejscem zamieszkania, na takich samych warunkach, jak jego obywatele), ułatwiające przemieszczanie się poza jej granicami (prawo do korzystania na terytorium państwa trzeciego bez przedstawicielstwa dyplomatycznego kraju swojego pochodzenia, z ochrony dyplomatycznej i konsularnej każdego z pozostałych państw członkowskich).

Postanowienia te zostały rozwinięte w art. 21 (dawny art. 18 TWE), zgodnie z którym każdy obywatel ma prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich z zastrzeżeniem ograniczeń i warunków ustanowionych w traktatach i środkach przyjętych w celu ich wykonania. Jednocześnie w ust. 2 tego artykułu wskazano, że jeżeli dla osiągnięcia tego celu działanie Unii okazuje się konieczne, a traktaty nie przewidują niezbędnych kompetencji, Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą prawodawczą, mogą wydać przepisy ułatwiające wykonywanie praw określonych w ust. 1. Podobnie, jeżeli traktaty nie przewidują uprawnień do działania, rada, stanowiąc zgodnie ze specjalną procedurą prawodawczą, może przyjąć środki dotyczące zabezpieczenia społecznego lub ochrony socjalnej. Rada ustanawia je jednomyślnie po konsultacji z Parlamentem Europejskim.

We frazeologii języka urzędowego Unii Europejskiej coraz częściej mówi się o „swobodzie przepływu osób", która obejmuje prawo do swobodnego przemieszczania się, osiedlania, podejmowania nauki oraz możliwość podejmowania pracy lub prowadzenia działalności na własny rachunek (tzw. samozatrudnienie) przez obywateli jednego państwa UE na terytorium innego

państwa UE. Prawo to obejmuje szczegółowo różne grupy obywateli państw członkowskich: pracowników najemnych (art. 45 TFUE), osoby prowadzące samodzielną działalność gospodarczą (art. 49 TFUE), członków ich rodzin, usługodawców i usługobiorców (art. 56 TFUE), osoby, które zaprzestały działalności zawodowej, studentów oraz wszystkie pozostałe osoby (nieaktywne gospodarczo), nie należące do wcześniej wymienionych grup, których sytuacji nie regulują inne szczególne przepisy. Wraz z wejściem w życie Traktatu o Unii Europejskiej, prawo swobodnego przemieszczania się i pobytu stało się prawem obywatelskim obywateli Unii Europejskiej uregulowanym w obecnym art. 21 TFUE.

2.2. Karta praw podstawowych

Artykuł 45 w ust. 1 Karty praw podstawowych gwarantuje każdemu obywatelowi Unii prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich, jak również w ust. 2 przewiduje możliwość przyznania swobody przemieszczania się i pobytu, zgodnie z traktatami, obywatelom państw trzecich przebywającym legalnie na terytorium państwa członkowskiego.

„Prawo zagwarantowane w ust. 1 to prawo zagwarantowane w art. 20 ust. 2 litera a) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[59]*. Zgodnie z art. 52 ust. 2 ma ono zastosowanie na warunkach i w granicach określonych w Traktatach. Ustęp ten odnosi się do uprawnienia przyznanego Unii na mocy art. 77, 78 i 79 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. W związku z tym przyznanie tego prawa jest uzależnione od wykonania tego uprawnienia przez instytucje”*[60].

Postanowienia ust. 2 mogą budzić niepokój ze względu na zawartą w nich sugestię, jakoby swoboda przemieszczania się była uzależniona od decyzji organów Unii Europejskiej. Językowa redakcja tego przepisu podważa więc w sposób domniemany ich przyrodzony charakter. Wydaje się, że taka interpretacja przytoczonego przepisu nie była intencją twórców karty, nie można jednak nie zauważyć, że w praktyce ustanawia ona podział na obywateli Unii, którym swoboda przemieszczania się przysługuje w pełnym zakresie oraz obywateli państw trzecich, których wolność ma charakter uznaniowy i jest uzależniona od decyzji któregoś z członków Wspólnoty.

[59] Zob. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 17 września 2002 r. w sprawie C-413/99 Baumbast, Ree 2002, s. 709.

[60] J. Sozański, *Prawa człowieka w Unii Europejskiej*, Warszawa-Poznań 2010, s. 264.

Z drugiej jednak strony nie można zapominać, że państwa członkowskie są również stronami uniwersalnych umów międzynarodowych zawierających gwarancje wolności przemieszczania się i są zmuszone do ich respektowania niezależnie od węższego zakresu znaczeniowego przypisanego im w prawie Unii.

Ważną okolicznością, która powinna być brana pod uwagę, jest również niepełny status zawartych w karcie postanowień. Omawiany akt normatywny nie został jeszcze bowiem włączony do tzw. dorobku prawnego Unii i nie posiada charakteru prawa pierwotnego.

3. Gwarancje dla wolności przemieszczania się we wspólnotowym prawie wtórnym

3.1. Wprowadzenie

Dyrektywy mają na celu rozwinięcie założeń ogólnych, wyrażonych w aktach ustanawiających Wspólnotę, które zostały opisane w poprzednich punktach. Zawarte w nich przepisy muszą być zatem zgodne treściowo.

Dla problematyki związanej z przemieszczaniem się ludności w obrębie Wspólnoty najważniejsze znaczenie pośród aktów prawa wtórnego Unii Europejskiej ma dyrektywa[61] 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli UE i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich. Wskazany akt normatywny reguluje *„warunki korzystania z prawa swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich przez obywateli Unii i członków ich rodziny; b) prawo stałego pobytu na terytorium Państw Członkowskich dla obywateli Unii i członków ich rodziny; c) ograniczenia w prawach określonych w lit. a) i b) uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego”* (art. 1, określający przedmiot regulacji).

[61] Należy przypomnieć, że dyrektywy mają charakter wiążący, zaś adresatami dyrektyw mogą być wyłącznie państwa członkowskie UE. Dyrektywy te wiążą wyłącznie co do rezultatu, państwo członkowskie ma swobodę wyboru formy i środków implementacji danej dyrektywy.

3.2. Przemieszczanie się obywateli UE na podstawie dyrektywy 2004/38/WE

3.2.1. Charakterystyka ogólna z rysem historycznym

Historia regulacji odnoszących się do swobody przemieszczania się w UE jest możliwa do odtworzenia m.in. ze sprawozdania Komisji Europejskiej w sprawie stosowania poprzednio obowiązujących dyrektyw[62]. Sprawozdanie to miało na celu przedstawienie głównych rezultatów wprowadzania w życie dyrektyw przyjętych w latach 2003-2005[63], jak również wskazania innowacji wprowadzanych przez dyrektywę nr 2004/38/WE, która je zastąpiła.

[62] Zob. m.in. sprawozdanie Komisji Europejskiej ze stosowania dyrektyw 93/96, 90/364, 90/365 w sprawie prawa pobytu dla studentów, osób nieaktywnych zawodowo i obywateli Unii przebywających na emeryturze (SEK(2006) 424), Bruksela 4.05.2006.

[63] Dyrektywa zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 z 15 października 1968r. w sprawie swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Wspólnoty i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG z 17 grudnia 1974 r. w sprawie koordynacji specjalnych środków dotyczących przemieszczania się i pobytu cudzoziemców, uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego w celu włączenia obywateli jednego państwa członkowskiego, którzy korzystają z prawa pozostawania na terytorium innego państwa członkowskiego po zakończeniu prowadzenia na tym terytorium działalności na własny rachunek, 68/360/EWG z 15 października 1968 r. w sprawie zniesienia ograniczeń w przemieszczaniu się i pobycie pracowników państw członkowskich i ich rodzin we Wspólnocie, 72/194/EWG z 18 maja 1972 r. rozszerzająca zakres dyrektywy z 25 lutego 1964 r. w sprawie koordynacji szczególnych środków dotyczących poruszania się i pobytu cudzoziemców, uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego, o kategorię pracowników korzystających z prawa pozostania na terytorium państwa członkowskiego po ustaniu zatrudnienia w tym państwie, 73/148/EWG z 21 maja 1973 r. w sprawie zniesienia ograniczeń w zakresie przemieszczania się i pobytu obywateli państw członkowskich w obrębie Wspólnoty, które dotyczą przedsiębiorczości i świadczenia usług, 75/34/EWG z 17 grudnia 1974 r. dotycząca prawa obywateli państwa członkowskiego do pozostawania na terytorium innego państwa członkowskiego po zakończeniu prowadzenia na tym terytorium działalności na własny rachunek, 75/35/EWG z 17 grudnia 1974 r. rozszerzająca zakres dyrektywy nr 64/221/EWG w sprawie koordynacji specjalnych środków dotyczących przemieszczania się i pobytu cudzoziemców, uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego w celu włączenia obywateli jednego państwa członkowskiego, którzy ko-

Należy zauważyć, że grupą szczególnie uprzywilejowaną do wejścia w życie dyrektywy 2004/38/WE były osoby podejmujące pracę lub inną działalność ekonomiczną (świadczą usługi i/lub z nich korzystają w innym państwie członkowskim, prowadzą działalność gospodarczą we własnym zakresie)[64]. Pojęcie „działalności ekonomicznej" interpretowane było szeroko i obejmowało także działalność kulturalną, taką jak np. twórczość artystyczna, udostępnianie jej wytworów publiczności. W tym sensie dla przykładu działalność muzealna stanowi rodzaj świadczenia usług i działalności gospodarczej i jako taka mieści się w zakresie ochrony (zob. wyrok w sprawie C-388/01 Komisja przeciwko Włochom[65]). Z kolei osoby zatrudnione w sferze kultury, takie jak konserwatorzy dzieł sztuki, byli pracownikami w rozumieniu traktatu i korzystają ze swobodnego przepływu osób (sprawa C-234/97 Teresa Fernández de Bobadilla[66]). Spośród innych szczególnych grup zawodowych podpadających pod pojęcie „pracownika" należy wskazać zawodowych sportowców[67]. Tak szerokie ujęcie zostało utrzymane w nowym prawie.

W sprawozdaniu komisja wskazała, że swobodny przepływ osób stanowi jedną z podstawowych swobód obowiązujących na rynku wewnętrznym, która przynosi korzyści obywatelom UE oraz państwom członkowskim, a także przyczynia się do zwiększenia konkurencyjności gospodarki europej-

---

rzystają z prawa pozostawania na terytorium innego państwa członkowskiego po zakończeniu prowadzenia na tym terytorium działalności na własny rachunek, 90/364/EWG z 28 czerwca 1990 r. w sprawie prawa pobytu, 90/365/EWG z 28 czerwca 1990 r. w sprawie prawa pobytu pracowników i osób prowadzących działalność na własny rachunek, które zakończyły działalność zawodową i 93/96/EWG z 29 października 1993 r. w sprawie prawa pobytu dla studentów.

[64] W Niemczech ograniczenie obowiązywało w tym względzie jeszcze tylko państwa, które przystąpiły do UE w 2007 r. - Rumunię i Bułgarię, ponieważ każdy „stary" kraj członkowski UE mógł w ramach maksymalnie 7-letniego okresu przejściowego ograniczyć swobodę przemieszczania się pracowników z krajów przystępujących. Ten okres przejściowy kończył się z dniem 31.12.2013 r. Do tego czasu pracownicy z tych dwóch krajów potrzebowali zezwolenia na pracę w UE, aby podjąć zatrudnienie w Niemczech.

[65] Wyrok trybunału z 16 stycznia 2003 r. w sprawie C-388/01 Komisja przeciwko Włochom.

[66] Wyrok trybunału z 8 lipca 1999 r. w sprawie C-234/97 *Teresa Fernández de Bobadilla przeciwko Museo Nacional del Prado i innym* (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: skierowany przez Juzgado de lo Social nr 4 de Madrid).

[67] Więcej na ten temat, zob. R. Ryszka, *Swoboda przemieszczania się sportowców w Unii Europejskiej*, *„Studia Europejskie"* 4/2004, s. 69 i n.

skiej. Tym samym organ unijny podkreślił doniosłość wolności przemieszczania się obywateli Unii w szerokim rozumieniu dla realizacji integracyjnych priorytetów Unii, takich jak wolny rynek. Jej znaczenie zostało zresztą podkreślone w powyżej omówionych aktach prawa pierwotnego oraz w Karcie praw podstawowych.

W rozwoju historycznym Wspólnot Europejskich i Unii można zaobserwować wyraźną tendencję do stopniowego rozszerzania uprawnień obywateli państw członkowskich w zakresie możliwości swobodnego przemieszczania się po ich terytorium. W okresie najwcześniejszym wolność ta przysługiwała jedynie pracownikom najemnym, zgodnie z art. 39 traktatu WE. Współczesnym standardem jest natomiast objęcie nią wszystkich obywateli UE. Oznacza to, że w oparciu o obywatelstwo Unii Europejskiej obywatele państw członkowskich mogą dowolnie wybierać miejsce swojego pobytu i zamieszkania, z zastrzeżeniem ograniczeń i warunków wynikających z treści art. 18 TWE, które zostały określone w omawianej tu dyrektywie 2004/38/WE. Dyrektywa ta miała zatem na celu odejście od fragmentarycznego podejścia do swobody przemieszczania się w obrębie Unii i wprowadzenie w życie postulatu jej powszechności.

3.2.2. Analiza postanowień dyrektywy

3.2.2.1. Zakres normowania (przedmiotowy i podmiotowy)

W świetle wskazanej dyrektywy oraz scharakteryzowanej w poprzednich punktach niniejszego opracowania wolności przemieszczania się, która na poziomie prawa krajowego oznacza możliwość swobodnej zmiany miejsca pobytu i miejsca zamieszkania w obrębie kraju własnego pochodzenia, natomiast na płaszczyźnie prawa międzynarodowego charakteryzowana jest w pierwszej kolejności jako prawo do opuszczenia swojego kraju oraz powrotu do niego, należy stwierdzić, że wymieniona dyrektywa 2004/38/WE po raz pierwszy przyznała jednoznacznie uprawnienia obywatelom państw należących do wspólnoty w zakresie szerszym niż jedynie ich własne państwo. Określono w niej zakres wolności obywatelskiej w obrębie innego państwa niż kraj pochodzenia, określanego w omawianej dyrektywie jako *„przyjmujące państwo członkowskie”* (definicja legalna zawarta w art. 3 ust. 3 dyrektywy). Pod pojęciem tym należy rozumieć państwo należące do Unii Europejskiej, do którego przybywa obywatel Unii w celu skorzystania ze swojego prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu. Słusznie zatem swobodę zmiany miejsca pobytu określono personalnie, jako atrybut jednostki, nie zaś państwa. Jednostka przybywa na terytorium innego państwa i fakt ten

prowadzi do powstania po stronie państwa goszczącego określonych obowiązków.

Jej najważniejszym postanowieniem jest zasada zawarta w pkt 1, zgodnie z którą *„obywatelstwo Unii nadaje każdemu obywatelowi Unii podstawowe i indywidualne prawo do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium* Państw członkowskich*, z zastrzeżeniem ograniczeń i warunków ustanowionych w Traktacie i środków przyjętych w celu ich stosowania"*. Zgodnie z naczelną zasadą aktu swobodny przepływ osób ma stanowić podstawę swobód rynku wewnętrznego *sensu largo*. Aby dokonać harmonizacji prawa w tym zakresie w poszczególnych krajach oraz w celu odejścia od sektorowego i fragmentarycznego uregulowania omawianego zagadnienia wprowadzono wiele zmian w dotychczas obowiązujących aktach normatywnych[68]. Jednocześnie jednak obywatelstwo Unii zostało – niejako w miejsce obywatelstwa kraju pochodzenia – bezpośrednim źródłem wolności przemieszczania się. Zaznaczony został w ten sposób swoisty dualizm pomiędzy obywatelami Unii, a innymi podmiotami, którym swoboda taka może zostać przyznana. Tym samym zakres podmiotowy swobody przemieszczania się określony został wąsko w porównaniu do założeń traktatowych w międzynarodowym prawie praw człowieka.

Istotnym punktem przyjętych w dyrektywie rozwiązań było również rozciągnięcie prawa do swobodnego przemieszczania się na członków rodzin obywateli państw członkowskich, bez względu na przynależność państwową (pkt 5 dyrektywy). Jednocześnie stosownie do ustawodawstwa przyjmującego państwa członkowskiego znaczenie pojęcia *„członka rodziny"* określono szeroko[69], przewidując możliwość uznania równoważności między zarejestrowanym związkiem partnerskim a małżeństwem. Wyrazem liberalnego podejścia jest również przewidziany w pkt 6 obowiązek państwa członkowskiego do rozważenia możliwości zastosowania wykładni słusznościowej tego

[68] Postulaty zmian legislacyjnych zawarto w pkt 4 wymienionej dyrektywy.

[69] Zgodnie z art. 2 ust. 2 dyrektywy pod pojęciem *„członka rodziny"* należy rozumieć takie kategorie osób jak: (a) współmałżonka, (b) partnera, z którym obywatel Unii zawarł zarejestrowany związek partnerski, na podstawie ustawodawstwa danego państwa członkowskiego, jeżeli ustawodawstwo przyjmującego państwa członkowskiego uznaje równoważność między zarejestrowanym związkiem partnerskim a małżeństwem oraz zgodnie z warunkami ustanowionymi w odpowiednim ustawodawstwie przyjmującego państwa członkowskiego; (c) bezpośrednich zstępnych, którzy nie ukończyli dwudziestego pierwszego roku życia lub pozostają na utrzymaniu oraz tych współmałżonka lub partnera, jak zdefiniowano w lit. b); (d) bezpośrednich wstępnych pozostających na utrzymaniu oraz tych współmałżonka lub partnera, jak zdefiniowano w lit. b).

pojęcia i zastosowania go również do osób, które nie są objęte powyższą definicją i nie korzystają z automatycznego prawa wjazdu i pobytu, ale ze względu na związek z obywatelem Unii lub inne okoliczności (np. zależność finansową lub fizyczną od niego) powinny zostać objęte ochroną (szeroko pojęta jedność rodziny bez uszczerbku dla zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową). Osoby te, zgodnie z pkt 8, powinny zostać zwolnione z obowiązku otrzymania wizy wjazdowej, przewidzianego w rozporządzeniu rady (WE) nr 539/2001 z 15 marca 2001 r., wymieniającego państwa trzecie, których obywatele powinni je posiadać. Osoby te nie powinny tracić swojego prawa pobytu nawet w wypadku przerwania więzi z obywatelem Unii (pkt 15).

Na podstawie art. 22 dyrektywy nastąpiło rozszerzenie zakresu terytorialnego prawa pobytu w państwie członkowskim na całe jego terytorium. Przepis ten przewiduje możliwość wprowadzania ograniczeń w tym zakresie tylko i wyłącznie takich samych jak wobec własnych obywateli.

3.2.2.2. Podstawowe uprawnienia obywateli UE

(a) Prawo swobodnego pobytu. Zgodnie z postanowieniami dyrektywy okres swobodnego pobytu na terytorium innego państwa członkowskiego niż kraj pochodzenia, w którym nie powstaje obowiązek spełnienia dodatkowych warunków lub formalności, innych niż wymóg posiadania ważnego dowodu tożsamości lub paszportu, *„bez uszczerbku dla bardziej przychylnego traktowania osób poszukujących pracy zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości”* został ograniczony do okresu trzech miesięcy (pkt 9). Przed upływem tego terminu osoba przebywająca na terytorium innego państwa jest zobowiązana do zalegalizowania swojego pobytu stosownie do wymogów prawa lokalnego (pkt 12). Ograniczenia w tym zakresie mogą jednak zostać wprowadzone w zakresie prawa pobytu, jeżeli jest to w sposób miarodajny uzasadnione powstaniem po stronie państwa przyjmującego *„nieracjonalnego obciążenia dla pomocy społecznej”* w państwie członkowskim. W praktyce uzależnia to możliwość korzystania z omawianego prawa od faktycznej możliwości posiadania lub uzyskiwania środków niezbędnych do pokrycia kosztów własnego utrzymania. W pkt 16 zaznaczono jednak *explicite*, że sam fakt skorzystania z systemu opieki społecznej w państwie przyjmującym nie jest wystarczającą przesłanką wydalenia do kraju macierzystego. Państwo przyjmujące przed podjęciem takiej decyzji powinno bowiem dokonać gruntownego sprawdzenia, czy chodzi jedynie o przejściowe trudności i uwzględnić *„okres pobytu, okoliczności osobiste i kwotę przyznanej pomocy,*

w celu rozważenia, czy beneficjent stanowi nieracjonalne obciążenie dla systemu pomocy społecznej i w określonym przypadku przystąpić do jego wydalenia"[70]. Wydalenie uznano jednocześnie za środek stosowany wyjątkowo[71]. Przewidziano również rozbudowane instrumentarium prawne przysługujące obywatelom Unii zapewniające ochronę przed wydaleniem (wymienia je art. 28 ust. 1-3).

(b) Nabycie prawa pobytu stałego. W dyrektywie określono również czas, po którym obywatel państwa członkowskiego UE powinien uzyskać prawo stałego pobytu na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego. Zgodnie z pkt 17 wynosi on 5 lat stałego zamieszkiwania na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego. Odpowiada to opisanej powyżej polityce migracyjnej wewnątrz Unii, zgodnie z którą *„stopień ochrony przed wydaleniem powinien być tym większy, im większy jest stopień integracji obywateli Unii i członków ich rodziny w przyjmującym Państwie Członkowskim"*. Zgodnie z pkt 17 umożliwienie nabycia prawa do pobytu stałego w państwie przyjmującym jest istotnym elementem polityki integracji i wzmacniania więzi pomiędzy obywatelami Unii a państwami ich wyboru należącymi do Wspólnoty. Jak

[70] Jak dalej wskazuje pkt 16 *„w rozumieniu zdefiniowanym przez Trybunał Sprawiedliwości, w żadnym wypadku środka wydalenia nie należy stosować wobec pracowników najemnych, osób pracujących na własny rachunek lub osób poszukujących pracy, o ile nie jest to uzasadnione względami porządku lub bezpieczeństwa publicznego"*.

[71] Zgodnie z brzmieniem pkt 22 omawianej dyrektywy, *„Traktat dopuszcza ograniczenia w korzystaniu z prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. W celu zapewnienia bardziej precyzyjnego określenia warunków i zabezpieczeń proceduralnych, na podstawie których obywatele Unii i członkowie ich rodziny mogą otrzymać odmowę prawa wjazdu lub zostać wydaleni, niniejsza dyrektywa powinna zastąpić dyrektywę Rady 64/221/EWG z dnia 25 lutego 1964 r. w sprawie koordynacji specjalnych środków dotyczących przemieszczania się i pobytu cudzoziemców, uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego".* Natomiast pkt 23 wskazuje na konieczność uwzględnienia istotnych konsekwencji jakie mogą wyniknąć z zastosowania takiego środka: *„Wydalenie obywateli Unii i członków ich rodziny uzasadnione względami porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego stanowi środek mogący wywołać poważne szkody dla osób, które korzystając z praw i swobód przyznanych im w Traktacie, rzeczywiście zintegrowały się w przyjmującym Państwie Członkowskim. Zakres takich środków powinien zatem zostać ograniczony zgodnie z zasadą proporcjonalności, aby uwzględnić stopień integracji danej osoby, długość jej pobytu w przyjmującym Państwie Członkowskim, jej wiek, stan zdrowia, sytuację rodzinną i ekonomiczną oraz związki z krajem pochodzenia".*

zaznaczono, *„poczucie obywatelstwa Unii stanowi kluczowy element promowania spójności społecznej, która jest jednym z podstawowych celów Unii”* (pkt 17). Dyrektywa szczegółowo określa warunki formalne, które muszą zostać spełnione w celu pełnego korzystania z przysługującego prawa pobytu przekraczającego okres trzech miesięcy, jak również warunki, które muszą zostać spełnione w celu uzyskania karty stałego pobytu po nieprzerwanym zamieszkiwaniu na terytorium państwa przyjmującego przez okres pięciu lat.

(c) Zespół praw osoby korzystającej ze swobody przemieszczania się. Opisana konstrukcja pozwala zatem wyodrębnić w zakresie normowania opisywanej tutaj wolności przemieszczania się prawo wyjazdu z terytorium państwa członkowskiego, będącego krajem pochodzenia osoby korzystającej z tego prawa (art. 4 dyrektywy), prawo wjazdu na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego (art. 5 dyrektywy), prawo do pobytu na jego terytorium (art. 6 i 7 dyrektywy). Ponadto w obrębie samego prawa pobytu wyszczególniono uprawnienia cząstkowe: (a) prawo pobytu przez okres nieprzekraczający trzech miesięcy oraz odpowiednio (b) prawo pobytu przez okres przekraczający trzy miesiące. Dodatkowo wyodrębnić należy również swobodę przemieszczania się na terytorium państwa przyjmującego (art. 22 dyrektywy). Zgodnie z tym przepisem *„prawo pobytu i prawo stałego pobytu obejmuje całe terytorium przyjmującego Państwa członkowskiego. Państwa członkowskie mogą narzucić terytorialne ograniczenia w prawie pobytu i prawie stałego pobytu, tylko kiedy takie same ograniczenia stosują się do ich własnych obywateli”.*

(d) Ograniczenia swobody przemieszczania się. Rozbudowanym uprawnieniom, mającym zagwarantować możliwie szeroki i swobodny przepływ ludzi i pobyt w innych krajach członkowskich, towarzyszą regulacje określające sytuacje, które mogłyby stanowić uzasadnienie dla wprowadzania ograniczeń wolności przemieszczania się. Zostały one zawarte w rozdziale VI dyrektywy i należą do nich względy (a) porządku publicznego, (b) bezpieczeństwa publicznego oraz (c) zdrowia publicznego. W art. 27 wskazano jednocześnie, że podstawą ograniczeń nie mogą być względy przynależności narodowej. Wykluczono również możliwość powoływania się na wymienione przesłanki w celach gospodarczych. Ograniczeń w tym zakresie nie uzasadnia również wcześniejsza karalność danej osoby. Jak wskazuje art. 27 ust. 2 środki podjęte ze względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego muszą być zgodne z zasadą proporcjonalności i opierać się wyłącznie na indywidualnym zachowaniu danej osoby. Wcześniejsza karalność nie może sama w sobie stanowić podstaw do podjęcia takich środków. Indywidualne zachowanie danej osoby musi stanowić rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne za-

grożenie, narażające jeden z podstawowych interesów społecznych. Dopuszczalne jest stosowanie jedynie takich uzasadnień, które nie są bezpośrednio związane z danym indywidualnym przypadkiem lub opierają się na względach ogólnej prewencji.

3.2.2.3. Zagadnienia praktyczne stosowania dyrektywy 2004/38/WE

(a) Transpozycja odnośnie pojęcia „członek rodziny". Wiadomości dotyczących praktycznych zagadnień stosowania dyrektywy dostarcza sprawozdanie Komisji Wspólnot Europejskich dla Parlamentu Europejskiego i Rady ze stosowania dyrektywy 2004/38/WE w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich z 10 grudnia 2008 roku.

Wdrażanie postanowień dyrektywy w krajowych porządkach prawnych określane jest mianem transpozycji. Proces ten został oceniony przez komisję jako zadowalający w odniesieniu do osób objętych zakresem znaczeniowym pojęcia „członek rodziny". Jako wykazujące gorsze wyniki zostało określone jej stosowanie w odniesieniu do praw innych osób, które mogą być kwalifikowane jako członkowie rodziny na gruncie art. 3 ust. 2. W niektórych państwach implementacji tego prawa nie przeprowadzono prawidłowo. Z drugiej strony pozytywnie ocenia się zastosowanie postanowień dyrektywy w stosunku do partnerów w zarejestrowanych związkach, którzy korzystają z ochrony w trzynastu państwach[72]. Jak zauważono w sprawozdaniu *„w następstwie wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 września 2003 r.*[73] *w Danii, Irlandii, Finlandii oraz w Zjednoczonym Królestwie uzależniono prawo pobytu członka rodziny pochodzącego z kraju trzeciego od tego, czy wcześniej legalnie przebywał na terenie innego państwa członkowskiego"*[74]. Taką samą wykładnię przyjęto – na mocy wytycznych administracyjnych –

[72] BE, BG, CZ, DK, FI, IT, LT, LU, PT, NL, ES, SE oraz UK.

[73] Sprawa C-109/01 Akrich.

[74] 25 lipca 2008 r. Trybunał Sprawiedliwości orzekł w sprawie C-127/08 Metock, że wymaganie wcześniejszego, legalnego pobytu jest sprzeczne z dyrektywą. Należy podkreślić, że – zgodnie z odsyłającym sądem krajowym – żadne z małżeństw w sprawie Metock nie było małżeństwem fikcyjnym. Trybunał Sprawiedliwości przypomniał, że na mocy przepisów art. 35 dyrektywa nie stanowi dla państw członkowskich przeszkody w zwalczaniu przypadków nadużycia prawa wspólnotowego, między innymi poprzez zawieranie fikcyjnych małżeństw.

w siedmiu kolejnych państwach członkowskich[75].

(b) Transpozycja prawa wjazdu. Jak wykazała komisja, transpozycja art. 5 ust. 2 dyrektywy, który określa przesłanki prawa wjazdu, jest często niepoprawna lub niepełna[76]. W sprawozdaniu zwrócono uwagę na liczne luki prawne, skutkujące naruszeniem praw członków rodziny, w szczególności będących obywatelami krajów nienależących do Unii Europejskiej. Specjalne przepisy umożliwiające członkom rodziny uzyskanie wizy wjazdowej wprowadzono jedynie w siedmiu państwach[77].

Jak wskazano w sprawozdaniu, często niepoprawnie transponuje i stosuje się art. 5 ust. 4. Stanowi on o prawie wjazdu obywateli UE oraz członków ich rodzin, którzy pojawiają się na granicy bez niezbędnych dokumentów podróży lub – jeżeli jest to wymagane – bez wiz wjazdowych. Artykuł ten został niepoprawnie transponowany w Belgii, na Łotwie i w Szwecji. Zawarte w nim przepisy nie zostały w ogóle transponowane w sześciu państwach członkowskich.

3.3. Przemieszczanie się obywateli UE i państw trzecich na podstawie kodeksu granicznego Schengen

Przepisy stanowiące konkretyzację ogólnej zasady swobodnego przemieszczania się obywateli Unii Europejskiej na jej obszarze są ściśle skorelowane z szeregiem aktów prawnychz zakresu prawa administracyjnego, regulujących przepływ osób w obiegu wewnątrzunijnym, które w praktyce przesądzają o możliwości jej pełnej realizacji. Jako najważniejsze wymienić należy porozumienia dotyczące ruchu granicznego pomiędzy państwami Unii wraz

[75] Sprawozdanie komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady ze stosowania dyrektywy 2004/38/WE w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, Bruksela, 10.12.2008, KOM(2008)840 wersja ostateczna, s. 4. Kraje te to: AT, CZ, DE, EL, CY, MT oraz NL.

[76] Jak wskazano w omawianym sprawozdaniu, *„dodatkowe problemy praktyczne, na które napotykają członkowie rodzin pochodzący z kraju trzeciego, są spowodowane tym, że nie ma rozróżnienia między obywatelami kraju trzeciego a członkami rodzin obywateli UE, pochodzącymi z kraju trzeciego, którym przysługują na mocy dyrektywy określone prawa. W dalszym ciągu często wymaga się, aby ci ostatni wraz ze swoim wnioskiem o wizę wjazdową przedstawiali szereg dokumentów, takich jak dowód zakwaterowania, potwierdzenie posiadania wystarczających środków finansowych, zaproszenie lub bilet powrotny”.*

[77] CY, CZ, EL, PL, PT, RO oraz ES.

z systemem informacji powołanym dla jego prawidłowego i efektywnego funkcjonowania. Jak podkreślono w rezolucji Parlamentu Europejskiego z 7 lipca 2011 r. w sprawie zmiany konwencji z Schengen, *„swobodne przemieszczanie się osób w strefie Schengen stało się jednym z największych osiągnięć integracji europejskiej, Schengen ma pozytywny wpływ na życie setek tysięcy obywateli UE zarówno dzięki temu, że ułatwia przekraczanie granic, jak i poprzez stymulowanie gospodarki. Ponadto podkreślono, że swoboda przemieszczania się jest podstawowym prawem i filarem obywatelstwa UE, z którego korzystanie odbywa się na warunkach określonych w traktatach i w dyrektywie 2004/38/WE"*[78].

3.3.1. Wprowadzenie i rys historyczny

Układ z Schengen można określić mianem umowy readmisyjnej. Zgodnie z definicją S. Łozińskiego, pod pojęciem tym należy rozumieć *„umowę międzynarodową, która ustala procedury dla powrotu i ponownego przyjęcia obywateli państw trzecich, jak i własnych państw, nielegalnie przekraczających granicę, z wyjątkiem ekstradycji. Celem takiej umowy jest, obok przeciwdziałania nielegalnej imigracji, także rozłożenie ciężaru walki z tym zjawiskiem na większą liczbę państw i zapobieganie napływowi potencjalnych nielegalnych imigrantów"*[79]. Porozumienie międzynarodowe określane mianem układu z Schengen znosi kontrolę paszportową osób przekraczających granice międzypaństwowe w obszarze Wspólnoty Europejskiej, reguluje współpracę w zakresie polityki bezpieczeństwa i polityki azylowej oraz określa ogólne ramy współpracy w obszarach przygranicznych. Mówiąc skrótowo, układ z Schengen to umowa readmisyjna, określająca zasady przekazywania i przyjmowania osób przez granicę państw.

Inspiracją dla powołania strefy Schengen było porozumienie zawarte w Saarbrücken 13 lipca 1984 pomiędzy Republiką Federalną Niemiec a Francją w sprawie zniesienia kontroli granicznej na drogowych przejściach granicznych. Umowa ta okazała się również atrakcyjna dla krajów Beneluksu. Zainteresowanie z ich strony zaowocowało podpisaniem szerszego porozumienia o stopniowym znoszeniu kontroli na wspólnych granicach, pomiędzy Niemcami, Francją i krajami Unii Gospodarczej Beneluksu (Belgia, Holandia

[78] Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 7 lipca 2011 r. w sprawie zmiany konwencji z Schengen, nr aktu w systemie ewidencji eur-lex: 2013/C 33 E/19.

[79] S. Łoziński, *Problemy polityki migracyjnej Polski w latach 1989-1998 a nowa ustawa o cudzoziemcach,* Kancelaria Sejmu, Biuro Studiów i Ekspertyz, Raport nr 147, lipiec 1998, s. 27-28.

i Luksemburg). Porozumienie to zostało zawarte poza ramami wspólnoty pomimo faktu, że na początku to właśnie Komisja Europejska miała przygotować projekt unii paszportowej. Całkowite zniesienie kontroli między tymi państwami nastąpiło 26 marca 1995 roku, a do pierwotnej piątki dołączyły również Hiszpania i Portugalia. Włochy, Grecja, Austria oraz kraje nordyckie uzyskały status obserwatorów[80].

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że Polska w chwili akcesji traktowała układ z Schengen jako faktyczną część prawodawstwa europejskiego jeszcze przed jego inkorporacją przez traktat amsterdamski (wynika to z Narodowej Strategii Intergracji przygotowanej w 1997 roku)[81]. W okresie poprzedzającym przystąpienie do układu najważniejszymi postanowieniami było powołanie Pełnomocnika Rządu do Spraw Przygotowania Organów Administracji Państwowej do Współpracy z Systemem Informacyjnym Schengen oraz wydanie rozporządzenia Rady Ministrów z 20 grudnia 2004 roku (Dz. U. nr 281, poz. 2788 z 2004 r.) i uchwalenie przez sejm ustawy z 24 sierpnia 2007 roku o udziale Rzeczypospolitej Polskiej w Systemie Informacyjnym Schengen oraz Systemie Informacji Wizowej (Dz. U. nr 165, poz. 1170 z 2007 r.). Zgodnie z art. 46 ustawy i decyzją rady Rzeczypospolita Polska weszła do układu z Schengen 21 grudnia 2007 roku.

Niniejsze opracowanie ogranicza się do ogólnej charakterystyki aktu, a w zakresie odnoszącym się do osiągnięć oraz zagadnień praktycznych związanych z funkcjonowaniem strefy wewnętrznej przepływu osób w Unii odsyła do literatury przedmiotu[82].

3.3.2. Przedmiot regulacji

Cele wprowadzenia kodeksu granicznego Schengen oraz konwencji to:

(a) całkowite zniesienie kontroli na granicach wewnętrznych oraz działania na rzecz poprawy i harmonizacji kontroli na granicach zewnętrznych w celu realizacji założenia, zgodnie z którym wszyscy obywatele Unii mogą

[80] Por. P. Jaworski, *Polska droga do Schengen. Opinie ekspertów,* Warszawa 2001.

[81] W. Bryk, *Polska polityka imigracyjna w okresie integracji ze Strefą Schengen*, (w:) S. Konopacki (red.), *Polska pięć lat w Unii Europejskiej,* Łódź 2009, s. 212.

[82] S. Bertozzi, *Schengen: Achievements and Challenges in Managing an Area Encompassing 3,6 Million Km^2,* CEPS Working Document No. 24, February 7, 2008; E. Brouwer, *The other Side of the Moon – The Schengen Information System and Human Rights: Task for National Courts,* CEPS Working Document No. 288, April 14, 2008.

wjechać do strefy Schengen za okazaniem dowodu osobistego lub paszportu[83];

(b) ustanowienie i wdrożenie wspólnej polityki wizowej, ułatwiającej pobyty krótkoterminowe – obywatele państw trzecich, znajdujących się na wspólnej liście państw niebędących członkami Unii, którzy muszą posiadać wizę wjazdową, są uprawnieni do otrzymania pojedynczej wizy ważnej w całej strefie Schengen, z zastrzeżeniem, że państwa członkowskie mogą jednak wymagać uzyskania wizy w przypadku innych państw trzecich;

(c) współpraca policyjna polegająca na kolaboracji służb przy wykrywaniu i zapobieganiu przestępstwom. Organy ścigania są uprawnione do ścigania przestępców zbiegłych na terytorium sąsiednich państw należących do strefy Schengen. Usprawniony jest także system ekstradycji i transfer wykonywania orzeczeń sądowych;

(d) utworzenie i rozwój systemu Informacyjnego Schengen (SIS).

W pkt 5 wprowadzenia do rozporządzenia WE nr 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady, ustanawiającego kodeks graniczny Schengen podkreślono, że *„definicja wspólnych zasad przepływu osób przez granice nie kwestionuje ani nie wpływa na prawo do swobodnego przemieszczania się, z którego korzystają obywatele Unii i członkowie ich rodzin, jak również obywatele państw trzecich i członkowie ich rodzin, którzy na mocy porozumień pomiędzy Wspólnotą i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a tymi państwami trzecimi, z drugiej strony, korzystają z prawa swobodnego przemieszczania się równoważnego prawu obywateli Unii”*[84]. Zasadę poszanowania praw człowieka wzmocniono dodatkowo w pkt 20 części wstępnej, zgodnie z którego treścią *„rozporządzenie nie narusza praw podstawowych i przestrzega zasad uznanych w szczególności w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej.*

[83] W pkt 15 części wstępnej rozporządzenia podkreślono jednak, że państwa członkowskie powinny także mieć możliwość tymczasowego przywrócenia kontroli granicznej na granicach wewnętrznych w przypadku poważnego zagrożenia dla ich porządku publicznego lub bezpieczeństwa wewnętrznego. Powinny zostać określone warunki i procedury realizacji takiego przywrócenia, tak aby zapewnić wyjątkowy charakter każdego takiego środka i poszanowanie zasady proporcjonalności. Zakres i czas trwania tymczasowego przywrócenia kontroli granicznej na granicach wewnętrznych powinien zostać ograniczony do absolutnego minimum, niezbędnego do zareagowania na tego typu zagrożenie.

[84] Rozporządzenie (WE) nr 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 15 marca 2006 r. ustanawiającego wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen) (Dz. U. L 105, s. 1).

Powinno ono być stosowane zgodnie ze zobowiązaniami państw członkowskich w zakresie ochrony międzynarodowej i zasady non-refoulement". Zgodnie z art. 3 rozporządzenia jego zakres zastosowania obejmuje osoby przekraczające granice zewnętrzne i wewnętrzne państw członkowskich bez uszczerbku dla (a) praw osób korzystających ze wspólnotowego prawa swobodnego przemieszczania się, jak również (b) praw uchodźców i osób ubiegających się o ochronę międzynarodową, w szczególności w odniesieniu do zasady *non-refoulement*.

3.3.3. Najważniejsze postanowienia wyznaczające zakres swobody przemieszczania się

Postanowienia omawianego rozporządzenia odnoszą się do ruchu na granicach wewnętrznych oraz na granicach zewnętrznych Wspólnoty. Stosownie do tego podziału wyodrębnić można sferę przemieszczania się w obiegu zewnętrznym oraz wewnętrznym. Zasady dotyczące obu tych sfer różnią się od siebie, w związku z tym w celach klarowniejszej systematyki zasadne wydaje się ich osobne omówienie.

(a) Przemieszczanie się w obiegu zewnętrznym. Zgodnie z tytułem II (*Granice zewnętrzne*) utrzymano zasadę dozwolonego przekraczania granic zewnętrznych Wspólnoty jedynie w miejscach do tego wyznaczonych (na przejściach granicznych i w ustalonych godzinach ich otwarcia). Zgodnie z treścią art. 5 podtrzymano również obowiązek posiadania ważnego dokumentu podróży przez obywateli państw trzecich oraz – w razie potrzeby – odpowiadającej celowi przemieszczania się ważnej wizy.

Z punktu widzenia obywateli państwa trzeciego istotne znaczenie mają postanowienia art. 13, określające przesłanki odmowy wjazdu na terytorium Unii Europejskiej.

(1) Brak ważnego dokumentu podróży, zgodnego z uwarunkowaniami wjazdu stosownymi do wymogów nałożonych na obywateli kraju jego pochodzenia (ust. 1) jest podstawową przesłanką odmowy wjazdu, od której dyrektywa przewiduje jednak następujące wyjątki zezwalające na wjazd:

* obywatele państw trzecich, którzy posiadają dokument pobytowy lub wizę uprawniającą do ponownego wjazdu wydane przez jedno z państw członkowskich lub, jeśli jest to wymagane, oba te dokumenty – w zakresie, w jakim jest to niezbędne w celu tranzytu do państwa, które dokument ten wydało przez terytorium innego państwa członkowskiego. Wyjątek ten nie znajduje jednak zastosowania, jeżeli nazwisko takiej osoby znajduje się w krajowym wykazie wpisów państwa członkowskiego, którego granice zewnętrzne usiłują przekroczyć, a wpisowi towarzyszy instrukcja odmowy

wjazdu lub tranzytu;

* obywatele państw trzecich, którzy spełniają wszystkie warunki wjazdu za wyjątkiem posiadania ważnej wizy, w sytuacji, gdy zgłaszają się na granicy, mogą uzyskać zgodę na wjazd – jeżeli na granicy zostanie im wydana wiza zgodnie z rozporządzeniem Rady (WE) nr 415/2003 z 27 lutego 2003 r. w sprawie wydawania wiz na granicy, w tym wydawania takich wiz marynarzom podróżującym tranzytem;

* obywatele państw trzecich, którzy nie spełniają jednego lub więcej warunków wymaganych jako warunek wjazdu, mogą uzyskać zezwolenie państwa członkowskiego na wjazd na jego terytorium – ze względów humanitarnych, ze względu na interes narodowy lub zobowiązania międzynarodowe. Przypadek ten wymaga powiadomienia innych państw członkowskich.

(2) Odmowa nastąpi w drodze uzasadnionej decyzji, wskazującej dokładnie przyczyny wydanej przez organ do tego upoważniony na mocy prawa krajowego, w formie standardowego formularza. Rozstrzygnięcie w formie dokumentu jest wręczane danej osobie, przez nią potwierdzane i wywiera skutek natychmiastowy (ust. 2).

(3) Osoba, której udzielono odmowy ma prawo odwołania się od tej decyzji w postępowaniu prowadzonym zgodnie z prawem krajowym.

W art. 13 ust. 1 dyrektywy wskazano jednocześnie, że regulacja odnosząca się do zakazu wjazdu osoby nieuprawnionej pozostaje bez uszczerbku dla stosowania szczególnych przepisów, dotyczących prawa do azylu i ochrony międzynarodowej lub wydawania długoterminowych wiz pobytowych

(b) Przemieszczanie się w obiegu wewnętrznym. Zagadnienia te regulują przepisy zawarte w części III rozporządzenia zatytułowanej *Zniesienie kontroli na granicach wewnętrznych*. Zgodnie z treścią art. 20 otwierającego tę część aktu normatywnego, granice wewnętrzne mogą być przekraczane w każdym miejscu bez dokonywania odprawy granicznej osób niezależnie od ich obywatelstwa. Państwa członkowskie zostały zobowiązane do usunięcia wszelkich przeszkód dla płynności ruchu przez drogowe przejścia graniczne na granicach wewnętrznych, w szczególności ograniczenia prędkości, które nie są oparte wyłącznie na względach bezpieczeństwa drogowego.

4. Ograniczenia wolności przemieszczania się w prawie UE

4.1. Wprowadzenie

Zgodnie z analizami przeprowadzonymi w poprzednich częściach pracy,

podstawową zasadą wynikającą z dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29 kwietnia 2004 r. odnośnie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich jest swobodne przemieszczanie się obywateli Unii w jej granicach. Swoboda ta nie ma jednak charakteru bezwzględnego i podlega ograniczeniom przewidzianym w art. 27 ust. 1 i 2 wspomnianego aktu normatywnego. Zgodnie z treścią ust. 1 państwom członkowskim przysługuje możliwość wprowadzania ograniczeń swobody przemieszczania się i pobytu obywateli Unii i ich rodzin na swoim terytorium. Mogą być one jednak wprowadzane jedynie w trybie zgodnym z postanowieniami dyrektywy, (a) bez względu na przynależność państwową osoby wobec której są stosowane, (b) z przyczyn uzasadnionych ochroną porządku publicznego, (c) bezpieczeństwa publicznego lub (d) zdrowia publicznego. Jednocześnie wyłączona została możliwość powołania się na te uzasadnienia z uwagi na powiązane z nimi cele gospodarcze. W ust. 2 dokonano natomiast uściślenia wymienionych powyżej przesłanek ograniczających, wskazując, że środki zastosowane ze względu na ochronę porządku publicznego lub bezpieczeństwo publiczne muszą odpowiadać zasadzie proporcjonalności i być zindywidualizowane do zachowania konkretnej osoby, a jej wcześniejsza karalność nie może być samodzielnym powodem wydalenia. Jak podkreślono, *„indywidualne zachowanie danej osoby musi stanowić rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych. Nie są dopuszczalne uzasadnienia, które nie są bezpośrednio związane z danym indywidualnym przypadkiem lub opierają się na względach ogólnej prewencji”*[85].

Dla określenia stopnia możliwych ograniczeń swobody przemieszczania się znaczenie mają również postanowienia art. 28 i 29.

[85] W tym wypadku zastosowanie powinna znaleźć procedura przewidziana w art. 27 ust. 3 dyrektywy, zgodnie z którą, *„aby ustalić, czy dana osoba stanowi zagrożenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego, przy wydawaniu zaświadczenia o rejestracji lub – w przypadku braku systemu rejestracji – nie później niż trzy miesiące od dnia przyjazdu danej osoby na terytorium przyjmującego Państwa Członkowskiego lub od dnia powiadomienia o jego/jej przyjeździe na terytorium tego państwa, jak przewidziano w art. 5 ust. 5, lub przy wydawaniu karty pobytowej, przyjmujące Państwo Członkowskie może, jeżeli uważa to za konieczne, wystąpić do Państwa Członkowskiego pochodzenia lub, w miarę potrzeby, innego Państwa Członkowskiego o dostarczenie informacji dotyczących wszelkich wcześniejszych przypadków notowań w zapisach policyjnych dotyczących danej osoby. Takie zapytania o informacje nie mogą być przeprowadzane rutynowo. Konsultowane Państwo Członkowskie udziela odpowiedzi w ciągu dwóch miesięcy”*.

Pierwszy z nich nakłada na państwo członkowskie, rozważające zasadność wydalenia, obowiązek uwzględnienia przy podejmowanej decyzji informacji, dotyczących długości pobytu danej osoby na jego terytorium, jego/jej wieku, stanu zdrowia, sytuacji rodzinnej i ekonomicznej, integracji społecznej i kulturalnej w przyjmującym państwie członkowskim oraz stopień jego więzi z krajem pochodzenia (art. 28 ust. 1 dyrektywy). Dodatkowo ust. 2 i 3 tego artykułu wymieniają kategorie osób objęte szczególną ochroną, których wydalenie jest możliwe jedynie w przypadkach wyjątkowych, uzasadnionych nadrzędnymi względami – chodzi tu o osoby związane z obywatelem Unii relacją rodzinną, osoby nieletnie oraz osoby zamieszkujące w przyjmującym państwie członkowskim przez okres dziesięciu lat poprzedzających ewentualną decyzję o wydaleniu.

Z kolei w art. 29 wskazano okoliczności uzasadniające wprowadzenie ograniczeń w wolności przemieszczania się, podyktowanej względami zdrowia publicznego. Zgodnie z ust. 1, chorobami, które uzasadniają wprowadzenie środków ograniczających swobodę przemieszczania się, są potencjalne choroby epidemiczne określone przez odpowiednie akty Światowej Organizacji Zdrowia oraz inne choroby zakaźne lub zakaźne choroby pasożytnicze, jeżeli są przedmiotem przepisów ochronnych, mających zastosowanie do obywateli przyjmującego państwa członkowskiego. W ust. 2 dodano jednak zastrzeżenie, że choroby występujące po upływie okresu trzech miesięcy od dnia przyjazdu nie stanowią podstawy do wydalenia z określonego terytorium. Przewidziano również (ust. 3) możliwość przeprowadzenia przez państwa członkowskie poddania badaniom osoby uprawnione do prawa pobytu, w ciągu trzech miesięcy od dnia przyjazdu w celu zaświadczenia, że nie cierpią na żadną z chorób określonych w ust. 1. Tego typu badania lekarskie nie mogą być przeprowadzane rutynowo.

4.2. Ograniczenia na podstawie dyrektywy 2004/38/WE

4.2.1. Podstawy wydalenia

Państwa członkowskie są w stanie ograniczyć wjazd i deportację obywateli UE na podstawie przesłanek określonych w art. 45 (3) TFUE, takich jak polityka publiczna, bezpieczeństwo i zdrowie. Na podstawie dyrektywy 2004/38/WE ograniczenia dotyczące swobody przemieszczania się osób na trytorium UE zostały określone w jej rozdziale VI. Zgodnie z tytułem tego rozdziału i treścią art. 27, państwa członkowskie mogą ograniczyć swobodę przemieszczania się i pobytu obywateli Unii i członków ich rodziny, bez względu na przynależność państwową, kierując się względami porządku publicznego,

bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. Na względy te nie można się powoływać do celów gospodarczych.

Regulacje zawarte w dyrektywie powtarzają postanowienia poprzednio obowiązujących dyrektyw, które zostały uchylone w momencie jej wejścia w życie. Dodatkowo treść aktualnie obowiązujących regulacji została rozwinięta o tezy orzecznictwa komitetu w sprawach dotyczących wolności przemieszczania się[86]. Ustanowiono nastepujące zasady ich stosowania:

(a) Wymóg ich zgodności z zasadą proporcjonalności oraz obowiązek oparcia oceny na indywidualnych okolicznościach sprawy *(„indywidualne zachowanie danej osoby"*). Wskazano, że indywidualne zachowanie danej osoby musi stanowić rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych i nie są dopuszczalne uzasadnienia, bezpośrednio niezwiązane z danym indywidualnym przypadkiem lub opierają się na względach ogólnej prewencji (art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38).

(b) Zakaz uznawania wcześniejszego skazania osoby za samoistną podstawę wydania wobec niej decyzji o wydaleniu (art. 27 ust. 2 dyrektywy). Wskazano jednak, że przyjmujące państwo członkowskie, w celu ustalenia, czy dana osoba stanowi zagrożenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa państwa, może wystąpić do państwa członkowskiego pochodzenia lub, w miarę potrzeby, innego państwa członkowskiego o dostarczenie informacji, dotyczących wszelkich wcześniejszych przypadków notowań w zapisach policyjnych dotyczących tej osoby. Takie zapytania o informacje nie mogą być przeprowadzane rutynowo. Konsultowane państwo członkowskie udziela odpowiedzi w ciągu dwóch miesięcy (art. 27 ust. 3).

(c) Obowiązek przyjęcia z pominięciem dodatkowych formalności nałożony na państwo, które wcześniej wydało paszport lub dowód tożsamości osobie wydalonej z innego państwa członkowskiego ze względów porządku, bezpieczeństwa lub/i zdrowia publicznego, nawet jeżeli wspomniany dokument utracił ważność lub jest kwestionowana przynależność państwowa posiadacza (art. 27 ust. 1).

Artykuł 29 zawiera postanowienia dotyczące zdrowia publicznego jako przesłanki ograniczania wolności przemieszczania się. Wskazano w nim choroby uzasadniające wprowadzenie środków ograniczających swobodę przemieszczania się. Do grupy tej zaliczono wszystkie potencjalne choroby epidemiczne określone przez odpowiednie instrumenty Światowej Organizacji Zdrowia oraz inne choroby zakaźne lub zakaźne choroby pasożytnicze, jeżeli

[86] Więcej na ten temat, zobacz w: N. Foster: *EU Law Directions*, Oxford 2010, s. 336.

są przedmiotem przepisów ochronnych, mających zastosowanie do obywateli przyjmującego państwa członkowskiego.

4.2.2. Ograniczenia decyzji o wydaleniu

Z punktu widzenia jednostki, wobec której zapadła decyzja o wydaleniu, najistotniejsze wydają się przysługujące jej prawa procesowe. Innymi słowy chodzi o te rozwiązania prawne, które pozwolą osobie zainteresowanej pozostaniem w danym państwie na zdobycie nieco więcej czasu w celu przedstawienia okoliczności sprawy, których nie rozpatrywano na pierwszym etapie wydawania decyzji.

Zgodnie z art. 28 dyrektywy tzw. przyjmujące państwo członkowskie przed podjęciem decyzji o wydaleniu ze względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego zobowiązane jest do uwzględnienia takich okoliczności badanej sprawy sprawy jak: (a) informacje dotyczące długości pobytu danej osoby na jego terytorium, (b) jego/jej wiek, (c) stan zdrowia, (d) sytuacja rodzinna i ekonomiczna, (e) integracja społeczna i kulturalna w przyjmującym państwie członkowskim oraz (f) stopień jego więzi z krajem pochodzenia. Są to czynniki modalne, mogące mieć wpływ na wydanie decyzji – mogą okazać się zarówno okolicznościami decydującymi o wydaleniu, jak również rezygnacji z niego i ewentualnym zastosowaniu innego środka.

Przewidziana w tym artykule ochrona przed wydaleniem obejmuje również przeciwdziałanie arbitralności wydawanej decyzji. Zakaz podejmowania decyzji o wydaleniu wyłącznie ze względu na przynależność państwową, z wyjątkiem poważnych względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego wynika z art. 28 ust. 2. Można wyobrazić sobie bowiem sytuację, w której wydalenie będzie uzasadnione w przypadkach, gdy państwo nie jest w stanie zapewnić danej osobie należytej ochrony, a więc nie tylko gdy ona sama stanowi zagrożenie dla porządku publicznego, ale również gdy znajduje się w sytuacji podwyższonego ryzyka (niepokoje społeczne).

W ustępie 3 przewidziano również wyłączenia spod decyzji o wydaleniu. Wyłączeniem tym objęto dwie grupy obywateli Unii: (a) zamieszkujących w państwie członkowskim przez poprzednie 10 lat; (b) nieletnich, z wyjątkiem przypadków, w których wydalenie jest konieczne ze względu na dobro dziecka zgodnie z konwencją Narodów Zjednoczonych o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r.

4.2.3. Uprawnienia osoby wobec której stosuje się ograniczenia

Dyrektywa 2004/38 przewiduje szereg uprawnień procesowych, które mogą być interpretowane jako istotne instrumenty, pozwalające na pełne korzystanie z przysługującej jednostce swobody przemieszczania się.

Po pierwsze, każda osoba, wobec której wydawana jest decyzja na podstawie art. 27 dyrektywy 2004/38, ma prawo do uzyskania stosownej informacji o tym fakcie w sposób umożliwiający jej zrozumienie treści powiadomienia i jego skutków (art. 29 ust. 1). Informacja taka powinna obejmować powody wydalenia – osoba powinna mieć możliwość zapoznania się z uzasadnieniem decyzji, w szczególności odnośnie bezpośrednich przyczyn ograniczenia, wynikających ze względów porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego, które stanęły u podstaw wydanej wobec niej decyzji o wydaleniu. Wyjątek mogą stanowić sytuacje, gdy podanie takich względów jest sprzeczne z interesem bezpieczeństwa państwa (art. 29 ust. 2).

Z art. 29 ust. 3 wynika z kolei, że osobie, która uzyskała informację o podjętej decyzji, przysługuje prawo wniesienia odwołania w prawnie określonym terminie. Musi ona również otrzymać stosowne informacje odnośnie czasu, który pozostał jej na opuszczenie terytorium państwa członkowskiego. Czas ten – z wyjątkiem szczególnie pilnych przypadków – nie może być krótszy niż jeden miesiąc od daty powiadomienia.

Wspomniane wyżej odwołanie zostało doprecyzowane w art. 31 dyrektywy. Wśród wymienionych tam zabezpieczeń proceduralnych jako najważniejsze wymienić należy:

(a) możliwość odwołania się na drodze sądowej i, w określonym przypadku, również drodze administracyjnej w przyjmującym państwie członkowskim oraz ubiegania się o dokonanie rewizji każdej decyzji podjętej ze względów porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego;

(b) złożenia wniosku o tymczasowe zarządzenie zawieszenia wykonania decyzji o wydaleniu z takim skutkiem, że jej rzeczywiste usunięcie z terytorium państwa członkowskiego nie może nastąpić do chwili rozpatrzenia takiego wniosku.

(c) prawo do skorzystania z procedur umożliwiających zbadanie zgodności z prawem decyzji oraz faktów i okoliczności, na których opierały się proponowane środki.

Wydalenie z terytorium państwa członkowskiego nie oznacza, że dana osoba bezpowrotnie utraciła prawo wjazdu na jego terytorium. Zgodnie z treścią art. 32 dyrektywy osoby wydalone ze względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego mogą złożyć wniosek o uchylenie zarządzenia o wydaleniu po upływie odpowiedniego okresu, w zależności od okoliczności oraz w każdym przypadku po upływie trzech lat od wykonania ostatecznego zarządzenia o wydaleniu, które zostało prawomocnie podjęte zgodnie z prawem wspólnotowym, powołując się na argumenty pozwalające stwierdzić zasadniczą zmianę okoliczności, które uzasadniały decyzję zarządzającą ich wydalenie.

4.3. Ograniczenia na podstawie Kodeksu Schengen

4.3.1. Podstawy odmowy wjazdu

Zasady regulujące odmowę wjazdu na terytorium Unii Europejskiej określają przepisy art. 13 oraz załącznik V część A kodeksu. W regulacjach tych podkreślono, że głównym celem ochrony granicy jest zapobieganie niezgodnemu z prawem przepływowi osób. Jak wskazano w ustępie 1 omawianego artykułu, odmowa wjazdu udzielana jest obywatelowi państwa trzeciego, wówczas gdy:

(a) nie spełnia wszystkich warunków wjazdu, w szczególności nie posiada ważnych i wymaganych w jego przypadku dokumentów podróży (paszport i wiza);

(b) nie kwalifikuje się do żadnej z grup wyłączonych spod tego obowiązku;

(c) nie jest uchodźcą i nie poszukuje ochrony na podstawie prawa azylu.

4.3.2. Wymogi formalne decyzji o odmowie wjazdu

Zgodnie z art. 13 kodeksu decyzja o odmowie wjazdu musi spełniać następujące warunki:

(a) zostać wydana w formie zawierającej gruntowne uzasadnienie wraz podającej dokładne przyczyny odmowy przez organ do tego upoważniony na mocy prawa krajowego; decyzja ta wywiera skutek natychmiastowy;

(b) mieć formę standardowego formularza, określonego w załączniku V część B;

(c) zostać wręczona adresatowi (obywatelowi państwa trzeciego), który potwierdza otrzymanie decyzji o odmowie wjazdu przy użyciu tego formularza;

(d) przewidywać możliwość wniesienia odwołania od decyzji inicjującej postępowanie odwoławcze prowadzone zgodnie z prawem krajowym.

Wydanie decyzji o odmowie wjazdu dopuszcza możliwość złożenia odwołania, jednak odwołanie to nie ma skutku zawieszającego jej wykonanie.

4.4. Podsumowanie

Polityka migracyjna Unii jest wyraźnie zorientowana wolnościowo. W najnowszych aktach normatywnych wyraźnie zaznacza się wzrost liczby instrumentów ochrony swobody przemieszczania się obywateli Unii. Zyskali oni względem obywateli państw trzecich istotne przywileje, pozwalające im na korzystanie z przestrzeni wszystkich państw Wspólnoty z ograniczeniami, wynikającymi w pierwszej kolejności z obowiązku posiadania dokumentów potwierdzających tożsamość – wystarcza dowód osobisty (niekiedy również w praktyce inny dokument ze zdjęciem, jak np. prawo jazdy wydane przez państwo członkowskie).

Rozluźnieniu kontroli w ruchu wewnątrzunijnym towarzyszy jednocześnie wzrost aktywności służb na jej granicach zewnętrznych. Istotne z tego punktu widzenia jest również utworzenie obszaru wzajemnej współpracy międzypaństwowej w zakresie zwalczania i zapobiegania przestępstwom[87]. Centralną rolę odgrywają tu wspólne działania policji państw członkowskich, która stanęła przed nowymi problemami związanymi z koniecznością zwalczania przestępczości zorganizowanej, działającej na większym obszarze. Z uwagi na zniesienie kontroli granicznej pomiędzy państwami członkowskimi służby policyjne zyskały nowe kompetencje: funkcjonariusze, którzy na własnym terytorium prowadzą obserwację osób podejrzanych o popełnienie przestępstw, są uprawnieni do jej kontynuowania na terytorium innego państwa[88]. Ponadto utworzono nowe kanały wymiany informacji, w szczególności w obszarach przygranicznych, które umożliwiają podjęcie bezpośredniego kontaktu pomiędzy służbami. Utworzono również wspólne jednostki policji i służb celnych, działających na tych samych obszarach.

Zasady wzajemnej współpracy zostały określone w osobnym dokumencie wydanym pod nazwą *EU Schengen Catalogue, Police Co-operation – Recommendations and Best Practice* (vol. IV). Istotnym rozwiązaniem przyjętym w konwencji jest również możliwość zawierania umów dwustronnych, na

[87] Ibidem, s. 26.

[88] Konwencja zawiera dokładne uregulowania prowadzenia takiej obserwacji, jednakże zagadnienie to leży poza granicami niniejszego opracowania.

mocy których następuje oddelegowanie do innego państwa oficerów łącznikowych; ich główne zadanie polega na udzielaniu pomocy oraz dostarczaniu potrzebnych informacji w zakresie zwalczania i zapobiegania przestępstwom.

Dodatkowym wsparciem dla służb policyjnych i sądowych na obszarze poszerzonej Unii jest Europejska konwencja o pomocy prawnej w sprawach karnych[89]. Polska, podobnie jak inne kraje członkowskie, przyjęła na siebie zobowiązanie do świadczenia pomocy prawnej innym państwom, a jednocześnie sama uzyskała prawo zwracania się do nich w tej sprawie. Konwencja obejmuje procedury związane ze wzajemnym świadczeniem pomocy prawnej. Zostały stworzone podstawy do wykorzystania nowych metod, możliwości technicznych w celu sprawniejszego wykonywania wniosków o pomoc prawną, takie jak: videokonferencje, telekonferencje, przechwytywanie przekazów telekomunikacyjnych. Konwencja zawiera również przepisy dotyczące zespołów śledczych w przypadku poważnych postępowań karnych o charakterze transgranicznym[90].

5. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

5.1. Wprowadzenie

W ciągu pierwszych trzydziestu miesięcy od dnia, w którym dyrektywa 2004/38 weszła w życie, komisja otrzymała ponad 1 800 indywidualnych skarg, 40 zapytań z parlamentu oraz 33 petycje, dotyczące stosowania dyrektywy. Zarejestrowano 115 skarg oraz wszczęto 5 spraw, dotyczących uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w związku z niepoprawnym stosowaniem dyrektywy.

Poniżej zaprezentowano przegląd wybranych orzeczeń trybunału, wydanych na podstawie dyrektywy, które mają istotne znaczenie dla wykładni

[89] Akt rady z 29 maja 2000 r., ustanawiający na mocy art. 34 TUE Europejską konwencję o pomocy prawnej w sprawach karnych pomiędzy państwami członkowskimi UE, Dz. Urz. WE nr C 197, 12.07.2000 r.

[90] Więcej na ten temat, zob. P. Bryksa, *Wybrane zagadnienia z polityki bezpieczeństwa wewnętrznego Unii Europejskiej. Szanse i zagrożenia dla Polski,* Biuro Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Warszawa 2008; B. Radzikowska-Kryńczak, A. Sadownik, *Polska w strefie Schengen. Refleksje po pierwszym roku członkowstwa*, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, Warszawa 2008; M. Kałużyńska, K. Smyk, J. Wiśniewski, *5 lat Polski w Unii Europejskiej*, Urząd Komitetu Integracji Unii Europejskiej, Warszawa 2009.

przepisów określających zakres zagwarantowanej przez nią swobody przemieszczania się obywateli UE. Zostały one pogrupowane w bloki tematyczne odpowiadające węzłowym problemom związanym z realizacją gwarancji i wprowadzaniem ograniczeń wolności przemieszczania się w obszarze Unii Europejskiej. Ich charakterystyka da wyobrażenie o możliwym sposobie konkretyzacji ogólnych podstaw ograniczania tej swobody, opisanych w poprzednim punkcie, jak również dostarczy wiadomości na temat sposobu ich wykładni przez Trybunał Sprawiedliwości.

5.2. Przegląd orzecznictwa według tematyki spraw

5.2.1. Prawa członków rodziny obywatela państwa członkowskiego

Zagadnienie to było przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 25 lipca 2008 r. w sprawie Metock o sygnaturze C-127/08[91]. Orzeczenie to dotyczyło osób, ubiegających się o azyl w Irlandii, którzy wstąpili w związki małżeńskie z obywatelami Wielkiej Brytanii zamieszkałymi w Irlandii. Zakwalifikowano ich zatem jako małżonków migrujących obywateli państwa członkowskiego. Wyrok był złożony, jednak można sprowadzić go za D. Chalmersem[92] do następujących tez:

(a) Prawo rodziny do życia z obywatelem UE jest uzależnione od tego, czy jej członkowie są objęci zakresem definicji wyrażonej w dyrektywie. Państwo członkowskie, będące stroną przyjmującą, nie może narzucać żadnych innych warunków dla przyznania im prawa pobytu (np. poprzedniego legalnego pobytu w innym państwie członkowskim);

(b) Dla oceny tej sprawy nie ma znaczenia fakt, że obywatel państwa członkowskiego poznał i poślubił swojego partnera w państwie przyjmującym. Sytuacja ta nadal bowiem podlega ocenie jako przypadek łączenia obywatela z rodziną;

(c) Dla oceny sprawy nie jest również istotne to, czy partner wjechał lub przed ślubem przebywał nielegalnie na terytorium państwa członkowskiego;

(d) Stając się „członkiem rodziny" w rozumieniu dyrektywy osoba ta

[91] ECR I-6241; por. C. Costello, *„Metock": Free Movement and „Normal Family Life" in the Union,* CML Rev No. 46 (2009), s. 587; S. Currie, *Accelerated Justice or a Step Too Far? Residence Rights of Non-EU Family Members and the Court's Ruling in „Metock",* EL Rev No. 34 (2009), s. 310.

[92] Por. D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law,* Cambridge 2010, s. 471.

„uwolniona" zostaje od tych przeszkód. „Wyczyszczenie kartoteki" nie jest, oczywiście, zupełne, bowiem państwo może w dalszym ciągu nałożyć na członka rodziny odpowiednie sankcje prawne odpowiednio do wcześniejszych naruszeń prawa imigracyjnego, ale w wymiarze kary nie musi iść tak daleko, aby powstrzymać swobodny przepływ osób – trzeba w tym przypadku mieć na uwadze porządek publiczny, nie zaś odmawiać prawa pobytu.

Przytoczony wyrok wywołał liczne kontrowersje w niektórych państwach członkowskich, przede wszystkim w Danii. Pojawiły się tam opinie, iż w przepisach imigracyjnych powstała luka, która może ułatwiać obywatelom państw trzecich „regulowanie" swojej sytuacji poprzez zawarcie małżeństwa z obywatelem UE w innym państwie członkowskim[93].

W sprawie tej doszło do odwrócenia priorytetów własnego orzecznictwa przez trybunał, który wcześniej w sprawach Akrich[94] oraz Jia[95] pozostawiał państwom członkowskim szerszy margines swobody ocen, uznając wymóg wcześniejszego „legalnego zamieszkania" za niezbędny. Z poprzednich orzeczeń wynikało bowiem, że zdolność państw członkowskich do określania praw obywateli państw trzecich (nienależących do Unii) w zakresie ich możliwości wjazdu i pobytu na własnym terytorium stanowiła sedno ich suwerenności, jako część wewnętrznej polityki imigracyjnej[96].

Na korzyść skarżącego trybunał rozstrzygnął również sprawę Kunqian Catherine Zhu i Man Lavette Chen przeciwko Secretary of State for the Home Department[97]. Zgodnie ze stanem faktycznym tej sprawy, dotyczyła ona chińskiej pary, która zdecydowała się na urodzenie drugiego dziecka za granicą (zgodnie z prawem chińskim para nie mogła mieć drugiego dziecka w Chinach). W tym celu pani Chen wyjechała do Wielkiej Brytanii i urodziła córkę w dniu 16 września 2000 r. w Belfaście, w Irlandii Północnej. Została ona poinformowana, że dziecko nabędzie obywatelstwo irlandzkie z racji urodzenia (*ius soli*), a tym samym stanie się obywatelem Unii. Po porodzie matka przeniosła się do Cardiff z dzieckiem i skierowała do stosowanych władz brytyj-

[93] N. Foster, *EU Law Directions*, Oxford 2010, s. 352.

[94] Wyrok w sprawie C-109/01 Secretary of State for the Home Department vs Hacene Akrich (2003) E.C.R. I-9607.

[95] Wyrok w sprawie C-1/05 Yunying Jia v Migrationsverket (2007) 1 C.M.L.R. 41.

[96] E. Fahey, *Going Back to Basics: Re-embracing the Fundamentals of the Free Movement of Persons in „Metock",* Legal Issues of Economic Integration 36, No. 1 (2009), s. 83.

[97] Wyrok z 19.10.2004 r. w sprawie C-200/02 Kunqian Catherine Zhu i Man Lavette Chen przeciwko Secretary of State for the Home Department.

skich wniosek o wydanie dokumentów pobytowych, który został odrzucony[98]. Trybunał, rozstrzygając tę sprawę, stanął na stanowisku, że sytuacji obywatela Unii, urodzonego w państwie członkowskim innym niż to, którego jest obywatelem i niekorzystającego dotychczas z prawa swobodnego przepływu osób, nie można tylko z tego powodu porównywać do sytuacji o charakterze wyłącznie krajowym, pozbawiając tego obywatela możliwości skorzystania w przyjmującym państwie członkowskim z przepisów prawa wspólnotowego w zakresie swobodnego przepływu osób. Ponadto organ rozstrzygający wskazał, że zdolność obywatela państwa członkowskiego do korzystania z praw przewidzianych w traktacie oraz w prawie wtórnym w zakresie swobodnego przepływu osób nie może być uzależniona od osiągnięcia przez niego wieku, pozwalającego na samodzielne korzystanie z tych praw.

Trybunał stwierdził, że dyrektywa 90/364 (zastąpiona dyrektywą 2004/38/WE) nie ustanawia żadnych wymogów odnośnie źródeł pochodzenia wystarczających środków i oddalił wszelkie zastrzeżenia, że warunek dotyczący dostępności niezbędnych środków oznacza, że zainteresowana osoba musi osobiście posiadać te środki i nie może korzystać ze środków posiadanych przez towarzyszącego jej członka rodziny. Z takiej wykładni wynikałby dodatkowy wymóg, oprócz określonego w dyrektywie, dotyczący pochodzenia środków, który nie jest niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest ochrona finansów publicznych, i stanowiłby nieproporcjonalną przeszkodę dla wykonania podstawowego prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu. Trybunał przyznał, że odmowa prawa pobytu orzeczona wobec jednego z rodziców, sprawujących opiekę nad dzieckiem, posiadającym takie prawo na podstawie art. 18 TWE oraz dyrektywy 90/364 (obecnie: 2004/38/WE) – niezależnie od tego czy rodzic jest obywatelem państwa członkowskiego czy państwa trzeciego – czyni w praktyce prawo pobytu dziecka nieskutecznym.

Podkreślić należy fakt odrzucenia przez trybunał oskarżenia sformułowanego przez Wielką Brytanię, że przyjazd pani Chen do Irlandii Północnej z zamiarem urodzenia tam dziecka i nabycia przez niego obywatelstwa innego państwa członkowskiego stanowi próbę nadużycia przepisów prawa wspólnotowego. Trybunał orzekł, że prawo międzynarodowe pozwala każdemu państwu członkowskiemu do ustanowienia, z należytym uwzględnieniem prawa wspólnotowego, warunków nabywania i utraty obywatelstwa, a w związku z tym nabycie obywatelstwa irlandzkiego było prawidłowe. Również odmowa prawa pobytu matce czyniłaby zupełnie nieefektywnym prawo dziecka, w związku z tym decyzja o odmowie byłaby niewłaściwa.

[98] N. Rogers, R. Scannell, J. Walsh, *Free Movement of Persons in the Enlarged European Union*, London 2012, s. 72.

Jak przekonuje O. Vonk, doniosłość tej sprawy można sprowadzić do dwóch aspektów. *„Po pierwsze, po raz kolejny potwierdził on autonomię państwa członkowskiego w zakresie ustanawiania nabycia obywatelstwa Unii Europejskiej. Co ważniejsze, chociaż pani Chen była tylko jednym z wielu obywateli krajów trzecich, którzy próbowali uzyskać obywatelstwo UE dla swoich dzieci poprzez ich urodzenie w Irlandii Północnej, to jej sprawa wydaje się być jednym z czynników, które doprowadziły do zniesienia, w drodze referendum, zasady automatycznego przyznania obywatelstwa irlandzkiego przez urodzenie w Irlandii Północnej – bardzo wyjątkowego przepisu prawa odnoszącego się do europejskiego obywatelstwa. Ta sprawa jest więc dobrym przykładem 'dobrowolnej' harmonizacji 'prawa obywatelstwa' w Europie"*[99].

Stanowisko to trybunał potwierdził również w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii[100]. Skarga przeciwko Hiszpanii została wniesiona do trybunału przez komisję 7 marca 2003 r. trybunał ponownie stwierdził, że warunki, które mogą być wymagane do wydania dokumentu pobytowego, są ustanowione w odpowiednich dyrektywach i mają charakter wyczerpujący. Państwo członkowskie jest zobowiązane niezwłocznie i w miarę możliwości w miejscu wjazdu wydać wizy wjazdowe członkom rodziny, którzy są obywatelami niektórych państw trzecich. Trybunał uznał, że obowiązujące w Hiszpanii przepisy, wymagające posiadania przez takie osoby wizy pobytowej wydanej w celu połączenia z rodziną, by mogły one otrzymać dokument pobytowy, stanowi nieprawidłową transpozycję przepisów i środek, stojący w sprzeczności między innymi z dyrektywą 90/365[101].

Trybunał podkreślił, że dyrektywa 64/221 przewiduje, że państwo członkowskie ma obowiązek podjąć decyzję w odniesieniu do dokumentu pobytowego w możliwie najkrótszym terminie, a w każdym razie nie później niż w ciągu sześciu miesięcy od dnia złożenia wniosku w tej sprawie. Trybunał stwierdził, że nie wydając dokumentu pobytowego w tym terminie, Hiszpania nie wywiązała się ze swego obowiązku wynikającego z dyrektywy 64/221[102].

---

[99] I. Vonk, *Dual Nationality in the European Union. Study on Changing Norms in Public and Private International Law and in the Municipal Laws of Four EU Member States*, Leiden 2012, s. 105.

[100] Wyrok z 14.04.2005 r. w sprawie C-157/03 Komisja przeciwko Hiszpanii.

[101] Por. E. Guild, P. Minderhoud, *The First Decade of EU Migration and Asylum Law,* Leiden 2012, s. 40.

[102] Por. S. Peers, E. Guild, D. Acosta Arcarazo, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 2: EU Immigration Law*, Leiden 2012, s. 32.

5.2.2. Ograniczenie prawa pobytu na terytorium państwa członkowskiego ze względu na sytuację finansową

W wyroku z 7 września 2004 r. w sprawie C-456/02 Michel Trojani przeciwko Centre public d'aide sociale de Bruxelles trybunał przypomniał, że prawo do przebywania na terytorium państw członkowskich nie jest bezwarunkowe, lecz zostało przyznane z zastrzeżeniem ograniczeń i warunków ustanowionych w traktacie, z uwzględnieniem środków przyjętych w celu wykonania jego postanowień.

Jakkolwiek państwa członkowskie mogą uzależnić przyznanie prawa pobytu nieaktywnym zawodowo obywatelom Unii od posiadania wystarczających środków, takie osoby mają możliwość skorzystania z zasady równego traktowania, jeżeli legalnie zamieszkują na terytorium państwa członkowskiego przez określony czas lub posiadają dokument pobytowy. Tym samym trybunał przeciwstawił sobie art. 18 oraz art. 12 Traktatu Wspólnotowego[103].

Trybunał potwierdził, że przyjmujące państwo członkowskie może uznać, że osoba, która zwróciła się do pomocy społecznej, przestaje spełniać warunki niezbędne do korzystania z prawa pobytu. W takim wypadku przyjmujące państwo członkowskie może, w ramach ograniczeń przewidzianych w prawie wspólnotowym, zastosować środki, mające na celu usunięcie tej osoby ze swego terytorium. Jednakże zwrócenie się do pomocy społecznej nie pociąga za sobą automatycznie zastosowania tego środka. Właściwe władze powinny bowiem czuwać, aby stosowanie tych ograniczeń i warunków przebiegało z poszanowaniem ogólnych zasad prawa wspólnotowego, a w szczególności zasady proporcjonalności.

Zarówno stan faktyczny i ustalenia sądu w tej sprawie są bardzo podobne do tych w sprawach Grzelczyk[104], Collins[105] oraz Bidar[106]. Nie powinno jednak umknąć uwadze, że w każdej z tych spraw skarżący opierał swoje prawo do pozostania na terytorium państwa członkowskiego na bardzo konkretnej podstawie prawnej, wynikającej wprost z postanowień traktatu lub prawa

[103] E. Berry, S. Hargreaves, *European Union Law*, Oxford 2007, s. 190.

[104] Wyrok trybunału z 20 września 2001 r. w sprawie C-184/99 Rudy Grzelczyk przeciwko Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve.

[105] Wyrok trybunału (pełny skład) z 23 marca 2004 r. w sprawie C-138/02 Brian Francis Collins przeciwko Secretary of State for Work and Pensions.

[106] Wyrok trybunału (wielka izba) z 15 marca 2005 r. w sprawie C-209/03 The Queen, na wniosek Dany Bidar przeciwko London Borough of Ealing oraz Secretary of State for Education and Skills.

wtórnego. Z drugiej jednak strony Trojani, którego nie można było jednoznacznie zakwalifikować jako „pracownika" (*worker*), mógł powołać się na to samo prawo jako wynikające bezpośrednio z art. 18 Traktatu Wspólnotowego[107].

Opisana powyżej linia orzecznicza trybunału pozostała aktualna również po zmianie przepisów i wejściu w życie dyrektywy 2004/38. Na uwagę zasługuje sprawa London Borough of Harrow przeciwko Nimco Hassan Ibrahim, Secretary of State for the Home Department[108]. Dotyczyła ona małżonki, będącej obywatelką państwa trzeciego i jej dzieci, będących obywatelami państwa członkowskiego, którzy dołączyli do jej małżonka, obywatela tego państwa członkowskiego, w Zjednoczonym Królestwie, gdzie wykonywał on pracę jako pracownik najemny. Rozstrzygana kwestia dotyczyła prawa pobytu małżonki i jej dzieci po utracie przez jej męża przymiotu pracownika najemnego i po opuszczeniu przez niego Zjednoczonego Królestwa.

W odpowiedzi na pytanie prejudycjalne zadane przez Court of Appeal – Zjednoczone Królestwo (London Borough of Harrow) przeciwko Nimco Hassan Ibrahim – dokonując wykładni dyrektywy 2004/38 Parlamentu Europejskiego i Rady z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich (Dz. U. L 158, s. 77) oraz art. 12 rozporządzenia Rady (EWG) nr 1612/68 z 15 października 1968 r. w sprawie swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Wspólnoty (Dz. U. L 257, s. 2) trybunał stwierdził, że małżonce, będącej obywatelką państwa trzeciego i jej dzieciom, będącym obywatelami państwa członkowskiego, którzy dołączyli do jej małżonka, będącego obywatelem tego państwa członkowskiego w Zjednoczonym Królestwie, gdzie wykonywał on pracę jako pracownik najemny, *„mogą powoływać się w tym państwie na prawo pobytu wyłącznie na podstawie art. 12 rozporządzenia Rady (EWG) nr 1612/68 z dnia 15 października 1968 r. w sprawie swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Wspólnoty, ze zmianami wprowadzonymi rozporządzeniem Rady (EWG) nr 2434/92 z dnia 27 lipca 1992 r., a prawo to nie jest uzależnione od posiadania przez nich wystarczających środków utrzymania i pełnego ubezpieczenia zdrowotnego*

[107] V. Hatzopoulos, *Current Problems of Social Europe,* (w:) J. Baquero Cruz, C. Closa Montero: *European Integration from Rome to Berlin 1957-2007. History, Law and Politics*, Brussels 2009, s. 156.

[108] Wyrok trybunału (wielka izba) z 23 lutego 2010 r. (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Court of Appeal – Zjednoczone Królestwo) w sprawie C-310/08, London Borough of Harrow przeciwko Nimco Hassan Ibrahim, Secretary of State for the Home Department.

w tym państwie"[109].

Trybunał przybierając taką linię rozstrzygania spraw podobnych stanął na stanowisku, że dzieci są samodzielnymi „nosicielami" prawa i mogą w pełni korzystać z uprawnień wynikających z posiadanego przez nie obywatelstwa Unii Europejskiej[110].

5.2.3. Równość świadczeń i dostępu do edukacji

Przedmiotem postępowania w sprawie Królowa (z wniosku Dany'ego Bidara) przeciwko London Borough of Ealing i Secretary of State for Education and Skills[111] był przypadek obywatela francuskiego w Wielkiej Brytanii. Przybył on na terytorium Zjednoczonego Królestwa wraz ze swą matką, która miała poddać się leczeniu. Bezsporne jest, że w Wielkiej Brytanii mieszkał z babcią, był na jej utrzymaniu i ukończył szkołę średnią bez konieczności uciekania się do pomocy społecznej. We wrześniu 2001 roku rozpoczął kurs ekonomii na University College London. Jego aplikacja o pokrycie kosztów studiów została odrzucona z uwagi na jego narodowość.

Trybunał zajął takie samo stanowisko jak w poprzednio wydanych wyrokach w sprawie Lair[112] i sprawie Brown[113], stwierdzając, że pomoc studentom w pokrywaniu kosztów utrzymania mieści się w zakresie stosowania traktatu odpowiednio do celów art. 12 traktatu WE[114].

Trybunał uznał, że studenci, którzy przyjeżdżają do innego państwa członkowskiego dla podjęcia tam studiów wyższych i którzy w tym celu korzystają tam z prawa pobytu na podstawie dyrektywy 93/96 (aktualnie: 2004/38/WE), nie mogą z tej dyrektywy wywodzić żadnego prawa do wypłaty pomocy na pokrycie ich kosztów utrzymania. Jednakże dyrektywa 93/96 (aktualnie:

---

[109] Z sentencji wyroku.

[110] Por. H. Stalford, E. Drywood, *Using the CRC to Inform EU Law and Policy-making*, (w:) A. Invernizzi, J. Williams (red.), *The Human Rights of Children. From Visions to Implementation*, Ashgate 2011, s. 214.

[111] Wyrok z 15 marca 2005 r. w sprawie C-209/03 Królowa (z wniosku Dany'ego Bidara) przeciwko London Borough of Ealing i Secretary of State for Education and Skills.

[112] Wyrok trybunału z 21 czerwca 1988 r., w sprawie 39/86 Sylvie Lair przeciwko Uniwersytetowi w Hannoverze (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: skierowany przez Verwaltungsgericht Hannover).

[113] Wyrok trybunału z 21 czerwca 1988 r., Steven Malcolm Brown przeciwko The Secretary of State for Scotland (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: skierowany przez Court of Session, Outer House, Szkocja – Zjednoczone Królestwo).

[114] R. Blanpain, *European Labour Law,* Nowy Jork 2010, s. 347.

2004/38/WE) nie stoi na przeszkodzie temu, aby obywatel państwa członkowskiego, który na podstawie art. 18 TWE oraz dyrektywy 90/364 (aktualnie: 2004/38/WE) legalnie przebywa na terytorium innego państwa członkowskiego, gdzie zamierza podjąć bądź kontynuować studia wyższe, powołał się podczas tego pobytu na podstawową zasadę równości traktowania.

Trybunał stwierdził, że państwo członkowskie ma prawo przyznawania pomocy jedynie studentom, którzy wykażą określony stopień zintegrowania ze społeczeństwem tego państwa, wymagając, by mieszkali oni przez określony czas na terytorium tego państwa. Trybunał stwierdził, że art. 12 traktatu WE należy interpretować w taki sposób, że eliminuje on takie uregulowanie krajowe, które wyklucza możliwość uzyskania przez obywatela innego państwa członkowskiego pomocy na pokrycie kosztów utrzymania, nawet jeśli ten obywatel legalnie przebywa w przyjmującym państwie członkowskim, gdzie zdobył znaczną część swego średniego wykształcenia, przez co w sposób faktyczny związał się ze społeczeństwem tego państwa członkowskiego. Zjednoczone Królestwo wprowadziło w życie postanowienia tego wyroku poprzez zmianę Student Support Regulations w Anglii i w Walii, Irlandii Północnej i Szkocji w drodze wprowadzenia Statutory Instruments z 2005 r. nr 1341 i nr 2084, Statutory Rule z 2005 r. nr 323 i Scottish Statutory Instrument z 2005 r. nr 341.

Podobny stan faktyczny zaistniał w sprawie Jacqueline Förster przeciwko Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep[115]. Przedmiotem postępowania był przypadek J. Förster (20 lat), niemieckiej obywatelki, która osiedliła się w Holandii. Zapisała się tam na studia na kierunku nauczania początkowego, a od 1 września 2001 r. również na studia wyższe na kierunku pedagogiki w Hogeschool van Amsterdam. W czasie trwania studiów J. Förster była kilkakrotnie zatrudniona w charakterze pracownika najemnego. IB-Groep, organ właściwy ds. finansowania studiów wyższych, przyznał jej stypendium na pokrycie kosztów utrzymania od września 2000 r. Organ ten uznał, że J. Förster należy uważać za „pracownika", a zatem w zakresie stypendiów na pokrycie kosztów utrzymania należy ją traktować tak, jak studentów posiadających obywatelstwo niderlandzkie. Podczas kontroli IB-Groep ustalił jednak, iż w okresie od lipca 2003 r. do grudnia 2003 r. J. Förster nie wykonywała pracy zarobkowej. Uznając, że J. Förster nie może już być traktowana jako pracownik, IB-Groep uchylił decyzję o przyznaniu stypendium na pokrycie kosztów utrzymania na okres od lipca 2003 r. do grudnia 2003 r. Skarżąca została wezwana do zwrotu nienależnego jej świadczenia.

[115] Wyrok z 18 listopada 2008 r. w sprawie C-158/07 Jacqueline Förster przeciwko Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep.

Orzekając w tej sprawie, Trybunał uściślił, w jakich warunkach prawo do stypendium na pokrycie kosztów utrzymania przysługuje studentom państw członkowskich. Zgodnie ze stanowiskiem organu orzekającego prawo wspólnotowe nie stoi na przeszkodzie stosowania wobec tych studentów warunku uprzedniego pięcioletniego zamieszkania.

Rozstrzygając tą sprawę, Trybunał musiał wziąć pod uwagę parę istotnych okoliczności. Po pierwsze, przypomniano prawo studenta, przebywającego zgodnie z prawem w państwie członkowskim, który może w celu uzyskania stypendium powoływać się na zakaz wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Jednocześnie w przypadku obywatela niderlandzkiego sam czas trwania pobytu nie jest samoistną przesłanką, wyłączającą możliwość uzyskania świadczeń, jednak może mieć pośredni wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Istotne znaczenie ma bowiem jego związek z innymi ograniczeniami prawa studenta do uzyskania stypendium na pokrycie kosztów utrzymania tak, aby różnice w traktowaniu, mogące z tego wynikać, nie mogły być uznane za dyskryminujące[116].

W tej kwestii trybunał przypomniał, że państwo członkowskie ma prawo nieprzyznawania pomocy przeznaczonej na pokrycie kosztów utrzymania tym studentom, którzy nie wykażą określonego stopnia zintegrowania ze społeczeństwem tego państwa oraz że można przyjąć istnienie tego stopnia zintegrowania, jeśli ustalone zostanie, iż zainteresowany student zamieszkiwał w przyjmującym państwie członkowskim przez pewien okres – stąd warunek zamieszkiwania w sposób nieprzerwany przez okres pięciu lat jest odpowiednim kryterium oceny w tej sprawie. Warunku tego nie można też uznać za zbyt uciążliwy.

Warunek zamieszkania może gwarantować wysoki poziom pewności prawa i przejrzystości w zakresie przyznawania stypendiów studenckich na pokrycie kosztów utrzymania.

5.2.4. Definicja beneficjenta dyrektywy 2004/38/WE

Dla określenia podmiotowego zakresu zastosowania dyrektywy

[116] R. Szudoczky, *The Influence of Primary Law on the Interpretation od Secondary Law in the Field of EU Citizenship and Direct Taxation: „Whatever works...“,* (w:) D. Weber (red.), *Traditional and Alternative Routes. European Tax Integration*, Amsterdam 2010, s. 207.

2004/38/WE istotne znaczenie ma wyrok trybunału w sprawie Shirley McCarthy przeciwko Secretary of State for the Home Department[117]. Omawiana sprawa dotyczyła obywatela brytyjskiego, posiadającego również obywatelstwo irlandzkie, który swoje całe życie spędził w Zjednoczonym Królestwie. Skarżącą była wdowa, która poszukiwała ochrony dla swojego jamajskiego męża w celu ominięcia skomplikowanej procedury imigracyjnej wedle prawa brytyjskiego. Istotną okolicznością jest również fakt, że skarżąca nigdy nie pracowała (ani w Irlandii, ani w Wielkiej Brytanii) i przez cały czas pozostawała na zasiłku.

W odpowiedzi na pytanie prejudycjalne trybunał dokonał wykładni pojęcia „beneficjenta dyrektywy" oraz pojęcia „legalnego pobytu". Organ rozstrzygający, powołując się na art. 3 ust. 1 dyrektywy 2004/38/WE stwierdził, że dyrektywa nie ma zastosowania wobec osoby, która nigdy nie skorzystała ze swojego prawa do swobodnego przemieszczania się i zawsze przebywała w państwie swojego pochodzenia, którego przynależność państwową posiada. Można zatem mówić o pewnym uprzywilejowaniu osób, które rzeczywiście skorzystały ze swojego prawa do przemieszczania się i które były mobilne. Zostało zastosowane kryterium faktyczne[118].

Stwierdzono także, że zastosowania na analogicznej zasadzie nie ma również art. 21 TFUE, jednak z zastrzeżeniem: *„o ile sytuacja tego obywatela nie obejmuje stosowania środków państwa członkowskiego skutkujących pozbawieniem go skutecznego korzystania z istoty praw przyznanych w związku ze statusem obywatela Unii lub stanowiących dla niego przeszkodę w wykonywaniu jego prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich"*[119].

5.2.5. Konieczność dokonywania indywidualnej oceny w sprawach o wydalenie

Ciekawych konkluzji dostarcza wyrok trybunału w sprawie I. przeciwko

[117] Wyrok trybunału (trzecia izba) z 5 maja 2011 r. (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Supreme Court of the United Kingdom — Zjednoczone Królestwo) w sprawie C-434/09, Shirley McCarthy przeciwko Secretary of State for the Home Department.

[118] G. Clayton, *Immigration and Asylum Law,* Oxford 2012, s. 168.

[119] Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C186/5, 25.06.2011.

Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid[120]. Przedmiotem sprawy była skarga obywatela Unii, wobec którego podjęto decyzję o wydaleniu, mimo iż przebywał on w przyjmującym państwie członkowskim w ciągu ostatnich 10 lat. Powodem decyzji były *„poważne względy bezpieczeństwa publicznego"*, wynikające z faktu popełnienia przez niego czynu zabronionego, w wyniku czego został on skazany na karę pozbawienia wolności.

Trybunał stwierdził, że wykładni art. 28 ust. 3 lit. a dyrektywy 2004/38/WE *„należy dokonywać, zapewniając państwom członkowskim prawo do uznania przestępstw, takich jak wymienione w art. 83 ust. 1 akapit drugi TFUE za szczególnie poważne naruszenie jednego z podstawowych interesów społeczeństwa, które może przedstawić bezpośrednie zagrożenie spokoju i fizycznego bezpieczeństwa ludności, a tym samym mieścić się w pojęciu 'nadrzędnych względów bezpieczeństwa publicznego', co może uzasadniać wydalenie na podstawie tegoż art. 28 ust. 3 – pod warunkiem, że sposób popełnienia takich przestępstw wykazuje cechę szczególnej społecznej szkodliwości, co ustalić powinien sąd odsyłający poprzez indywidualne zbadanie przypadku, jaki ma miejsce w zawisłej przed nim sprawie"*[121].

Zgodnie z zaprezentowaną linią wykładni, niezgodne z prawem zachowanie określonej osoby może być przyczyną wydalenia jedynie wówczas, gdy *„stanowiło rzeczywiste i aktualne zagrożenie dla jednego z podstawowych interesów społeczeństwa lub przyjmującego państwa członkowskiego, co na ogół oznacza, że osoba, której sprawa dotyczy, ma skłonności do kontynuowania takiego zachowania w przyszłości"*. Organ państwa członkowskiego, podejmujący decyzję o wydaleniu powinien wziąć pod uwagę takie indywidualizujące okoliczności sprawy, jak *„w szczególności długość pobytu danej osoby na jego terytorium, jej wiek, stan zdrowia, sytuację rodzinną i ekonomiczną, integrację społeczną i kulturalną w tym państwie oraz stopień jej więzi z krajem pochodzenia".*

[120] Wyrok trybunału (wielka izba) z 22 maja 2012 r. (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen – Niemcy) w sprawie C-348/09 I. przeciwko Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid.

[121] Z sentencji wyroku.

5.2.6. Wolność przemieszczania się a procedura dyplomatyczna

Z niecodziennym stanem faktycznym miał do czynienia trybunał w sprawie Węgry przeciwko Słowacji[122]. Zgodnie z okolicznościami faktycznymi, leżącymi u podstaw sporu, na zaproszenie pewnej organizacji z siedzibą na Słowacji prezydent Węgier L. Sólyom zamierzał udać się 21 sierpnia 2009 r. do słowackiej miejscowości Komárno i wziąć tam udział w uroczystości odsłonięcia pomnika św. Stefana. Jak wynika z akt przekazanych trybunałowi, 20 sierpnia jest na Węgrzech świętem narodowym, poświęconym św. Stefanowi, założycielowi państwa i pierwszemu królowi Węgier. Jednocześnie zaś 21 sierpnia jest *„delikatną datą"* dla Słowacji, jako że 21 sierpnia 1968 r. nastąpiła inwazja wojsk pięciu członków Układu Warszawskiego, w tym wojsk węgierskich, na Czechosłowacką Republikę Socjalistyczną. Po wymianie licznej korespondencji dyplomatycznej między ambasadami obu państw członkowskich w kwestii planowanej wizyty prezydenta Węgier, słowacki minister spraw zagranicznych przekazał 21 sierpnia 2009 r. ambasadorowi Węgier w Republice Słowackiej notę werbalną, w której odmówił prezydentowi Węgier prawa wjazdu na terytorium Słowacji. W nocie tej uzasadnił odmowę, powołując się na dyrektywę 2004/38/WE oraz na przepisy prawa wewnętrznego, dotyczące pobytu cudzoziemców oraz policji. W nocie z 24 sierpnia 2009 r. władze węgierskie oświadczyły między innymi, że dyrektywa ta nie znajduje zastosowania jako podstawa prawna, uzasadniająca udzieloną przez Republikę Słowacką odmowę prawa wjazdu prezydenta Węgier na jej terytorium. Uznały one również decyzję o odmowie prawa wjazdu za niedostatecznie uzasadnioną. Z tych powodów ich zdaniem Republika Słowacka wydała tę decyzję z naruszeniem prawa Unii Europejskiej.

Jak argumentowała strona słowacka, państwa członkowskie nadal organizują wizyty oficjalne kanałami dyplomatycznymi, w związku z czym dziedzina ta nie mieści się w zakresie zastosowania prawa Unii Europejskiej. Zdaniem Komisji głowa państwa może wprawdzie udać się do innego państwa w charakterze osoby prywatnej na podstawie art. 21 TFUE oraz dyrektywy 2004/38/WE, jednakże z dokumentów załączonych do pisma ministra spraw zagranicznych Węgier wynika, że Węgry i Republika Słowacka pozostają w sporze co do charakteru planowanej wizyty.

Komisja uznała wobec tego, że nie może stwierdzić uchybienia przez Republikę Słowacką przepisom prawa Unii Europejskiej, dotyczącym swobody

[122] Wyrok trybunału (wielka izba) z 16 października 2012 r. w sprawie Węgry przeciwko Republice Słowackiej, sygn. C-364/10.

przemieszczania się obywateli Unii, nawet jeżeli Republika Słowacka błędnie powołała się w nocie werbalnej z 21 sierpnia 2009 r. na dyrektywę 2004/38/WE oraz na akty wydane w celu jej transpozycji do prawa krajowego. W niniejszej sprawie należy wobec tego zbadać, czy okoliczność, iż L. Sólyom, pozostając obywatelem Unii Europejskiej, piastował w rozpatrywanym okresie urząd prezydenta Węgier, może powodować, jak twierdzi Republika Słowacka, oparte na prawie międzynarodowym ograniczenie zakresu zastosowania swobody przemieszczania się, jaką zapewnia mu art. 21 TFUE. W punkcie 50 rozstrzygnięcia wskazano, że osoba korzystająca ze statusu reprezentanta państwa członkowskiego odróżnia się od wszystkich innych obywateli Unii Europejskiej, a prawo wjazdu takiej osoby na terytorium innych państw członkowskich nie podlega takim samym zasadom jak te, które znajdują zastosowanie do pozostałych obywateli. Skarga Węgier została odrzucona w całości. W tym sensie orzeczenie trybunału oznacza, że wolność przemieszczania się, która przysługuje obywatelom Unii, nie znajduje zastosowania w przypadku wizyt o charakterze oficjalnym (wizyta dyplomatyczna). Tym samym prawo dyplomatyczne należy tutaj widzieć jako regulacje szczególne dla ogólnej zasady wolności przemieszczania się obywateli Unii.

5.2.7. Zakaz przemieszczania się jako sądowy środek zabezpieczający

W wyroku trybunału (czwarta izba) z 17 listopada 2011 roku w sprawie Christo Gajdarow przeciwko Rumunii w odpowiedzi na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Administratiwen syd Sofija na Gławna direkcija „Ochranitełna policija" pri Ministertstwo na wytresznite raboti, uznał, że *„Art. 21 TFUE oraz art. 27 dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniającej rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylającej dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG nie stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu zezwalającemu na ograniczenie prawa obywatela państwa członkowskiego do udania się na terytorium innego państwa członkowskiego, w szczególności z tego powodu, że został on skazany w innym państwie za obrót środkami odurzającymi, pod warunkiem, po pierwsze, że indywidualne zachowanie tego obywatela stanowi rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie dla jednego z podstawowych interesów społeczeństwa, po drugie, że rozpatrywany*

środek w postaci ograniczenia prawa jest odpowiedni dla zapewnienia realizacji założonego celu i nie wykracza poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia oraz po trzecie, że środek ten może podlegać skutecznej kontroli sądowej pozwalającej na sprawdzanie jego legalności, w aspekcie okoliczności faktycznych i prawnych, w świetle wymogów prawa Unii"[123].

Uznano zatem, że ograniczenie wykonywania prawa do swobodnego przemieszczania się obywatela Unii w postaci prawno-karnego zakazu opuszczania kraju z powodu przestępstwa związanego z obrotem środkami odurzającymi, popełnionego w państwie trzecim jest środkiem, który może być uzasadniony porządkiem publicznym i stosowany zarówno dla celów prewencji ogólnej, jak również szczególnej.

5.2.8. Wolność przemieszczania się a zakaz dyskryminacji

Istotne znaczenie dla wykładni postanowień traktatowych ma art. 18 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zawierający zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Jego zasadniczym celem jest stworzenie sytuacji równości między obywatelami Unii, niezależnie od tego, czy zamieszkują na terytorium kraju swojego pochodzenia, czy też na terytorium innego państwa członkowskiego.

Wśród problemów związanych z wolnością przemieszczania się na szczególną uwagę zasługuje jej relacja do zasady niedyskryminacji. Na problem ten zwrócił uwagę Adam Bodnar, omawiając przepisy obowiązujące w niektórych państwach członkowskich, zgodnie z którymi wypłata określonych świadczeń jest uzależniona od spełnienia dodatkowych warunków, a posiadanie statusu obywatela Unii nie jest warunkiem wystarczającym[124]. Autor przywołuje trzy orzeczenia Europejskiego Trybunału: (a) w sprawie Halina Nerkowska przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie[125],(b) w sprawie Tas-Hagen i Tas[126], (c) Krystyna Zablocka-Weyhermüller przeciwko Land Baden-Württemberg[127]. Jak słusznie zauważa, *„obywatelstwo europejskie*

[123] Dz. U. C 301 z 6 listopada 2010/Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C25/16, 28.01.2012.

[124] A. Bodnar, *Niedyskryminacja i wolność przemieszczania się, „Gazeta Prawna"*, 28.08.2007.

[125] Wyrok trybunału (czwarta izba) z 22 maja 2008 r., w sprawie nr C-499/06, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0499:PL:HTML.

[126] Wyrok trybunału (druga izba) z 26 października 2006 r. w sprawie C-192/05.

[127] Wyrok trybunału (czwarta izba) z 4 grudnia 2008 r. w sprawie C-221/07; trybunał stwierdził, że *„wykładni art. 18 ust. 1 WE należy dokonać w ten sposób, że stanowi*

przez lata było postrzegane jako instytucja prawna o znaczeniu raczej symbolicznym niż praktycznym. To się jednak zmienia, a ciekawym przykładem są sprawy dotyczące świadczeń socjalnych przysługujących cywilnym ofiarom wojny lub inwalidom wojennym"[128].

W pierwszej z wymienionych spraw Sąd Okręgowy w Koszalinie zwrócił się do Europejskiego Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie wykładni przepisów uzależniających wypłatę świadczeń w postaci renty inwalidzkiej dla cywilnych ofiar wojny od zamieszkiwania w państwie świadczącym. Organ sądowy uznał, że jakkolwiek świadczenia wobec jednostki są wyrazem stopnia więzi uprawnionego ze społeczeństwem, na którym ciąży obowiązek solidarności i tym samym stanowi obiektywny element interesu ogólnego, to jednak *„wymóg posiadania miejsca zamieszkania przez cały okres wypłaty świadczenia na jego terytorium należy uznać za nieproporcjonalny, ponieważ wykracza on poza to, co jest konieczne dla zapewnienia takiej więzi"*[129]. Analogiczne rozstrzygnięcia zapadły także w dwóch pozostałych sprawach. Wykładnię zastosowaną przez trybunał należy uznać za rozwinięcie idei swobody przemieszczania się i wyboru miejsca zamieszkania w zjednoczonej Europie.

5.3. Podsumowanie

Analiza tekstów aktów prawnych oraz wydanego na ich podstawie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości prowadzi do przekonania o polityce literalnej wykładni prawa i szerokim zakresie uprawnień, wynikających z faktu posiadania obywatelstwa Unii Europejskiej i związanej z nim, a zawartej w prawie Unii, gwarancji swobody przemieszczania się.

Zakres swobody przepływu osób na podstawie dyrektywy 2004/38/WE został wyznaczony szeroko. Obejmuje on wjazd na terytorium państwa członkowskiego, pozostanie w nim przez dowolny czas lub zamieszkanie na stałe, swobodne przemieszczanie się w granicach tego państwa.

---

on przeszkodę dla ustawodawstwa państwa członkowskiego, na podstawie którego państwo to odmawia wypłaty pewnych świadczeń przyznawanych pozostałym przy życiu małżonkom ofiar działań wojennych z tego tylko powodu, że zamieszkują oni na terytorium pewnych określonych państw członkowskich".

[128] A. Bodnar, op. cit.; zob. A. Bodnar, *Obywatelstwo Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych obywateli państw członkowskich*, (w:) *„Zeszyty Ośrodka Informacji i Dokumentacji Europejskiej"*, Kancelaria Sejmu RP, nr 9/2008, s. 82.

[129] Teza z uzasadnienia wyroku.

Centralnym zagadnieniem związanym z problematyką swobody przemieszczania się jest zasada niedyskryminacji ze względu na pochodzenie. Oznacza to, że co do zasady *„państwo przyjmujące musi traktować obywateli innych państw członkowskich, korzystających ze swobody, tak samo jak własnych obywateli"*. Niedyskryminacja jest rozumiana szeroko. Obejmuje nie tylko działalność ekonomiczną, która stanowi wzmocnienie prawa pobytu w innym kraju członkowskim, ale również sytuacje z tą działalnością bezpośrednio niezwiązane, jak m.in. dostęp do urzędów i administracji państwowej. Swoboda przemieszczania się oraz zasada niedyskryminacji stanowiąca instrument jej ochrony stanowią atrybuty obywatela Unii Europejskiej – są bezpośrednią pochodną przynależności do Wspólnoty.

Przesłanki wprowadzenia ograniczeń swobody poruszania się i pobytu obywateli zostały skonkretyzowane w szczegółowych regulacjach zawartych w TFUE oraz w dyrektywie 2004/38/WE.

Jak wskazano w sprawozdaniu komisji z transpozycji omawianej tu dyrektywy, *„istotne znaczenie dla realizacji swobody przepływu osób ma uznawanie dyplomów i kwalifikacji zawodowych. Dotyczy to tzw. zawodów regulowanych, czyli takich, do których wykonywania wymagane jest posiadanie określonego dyplomu lub innych kwalifikacji zawodowych. Prawo wspólnotowe nakazuje wzajemne uznawanie kwalifikacji uzyskanych w innym państwie członkowskim. Szczegółowe zasady uznawania kwalifikacji zostały określone w tzw. dyrektywach sektorowych, dotyczących konkretnych grup zawodowych oraz w Dyrektywie 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych"*[130].

Zgodnie z treścią omawianej w niniejszym punkcie dyrektywy, należy zatem podsumować, że możliwość swobodnego przemieszczania się obywatela państwa należącego do Wspólnoty Europejskiej rozciąga się na określonych członków jego rodziny, nawet jeżeli nie mają oni obywatelstwa państwa członkowskiego, pod warunkiem jednak, że towarzyszą obywatelowi (kryterium przemieszczania się w celu wspólnego zamieszkiwania). W szerokim zakresie prawem do wspólnego przemieszczania się objęte następujące kategorie osób:

(a) Małżonek, rozumiany jako osoba pozostająca z obywatelem Unii w ważnym (legalnie zawartym) związku małżeńskim;

(b) Partner, czyli osoba, z którą obywatel UE zawarł zarejestrowany związ-

[130] Por. *Uznawanie wykształcenia i kwalifikacji zawodowych w Unii Europejskiej. Informator dla zainteresowanych podjęciem pracy lub działalności gospodarczej w państwach UE*, Regionalne Centrum Informacji Europejskiej, Koszalin 2005.

zek partnerski zgodnie z krajowym porządkiem prawnym. W tym stosowalność postanowień dyrektywy zależy od uznawalności równoważności związków partnerskich z małżeństwem[131];

(c) Dzieci i wnuki obywatela UE lub jego małżonka albo partnera, które nie ukończyły dwudziestego pierwszego roku życia lub pozostają na jego utrzymaniu[132];

(d) Rodziców i dziadków obywatela UE, jego małżonka lub partnera, o ile pozostają na ich utrzymaniu[133].

Wynikające z przepisów prawa wspólnotowego prawo wjazdu obywatela UE do innego państwa członkowskiego niż kraj swojego pochodzenia, stwarza po stronie państwa przyjmującego obowiązek przyjęcia. Oznacza to, że państwo członkowskie Unii Europejskiej musi zezwolić na wjazd na swoje te-

[131] Ponieważ w Polsce nie ma aktualnie możliwości zawarcia związku partnerskiego w powyższym rozumieniu, obywatel polski, chcąc skorzystać z tego uprawnienia musiałby zawrzeć taki związek w jednym z państw Unii, gdzie jest to możliwe (np. Szwecja, Wielka Brytania). Wtedy partnerowi, mieszkającemu z obywatelem UE przysługiwałoby prawo pobytu w jednym z krajów członkowskich, które uznają związki partnerskie za równoważne z małżeństwem. Przykładowo, po zawarciu związku partnerskiego w Szwecji, możliwe byłoby korzystanie z prawa pobytu wraz z obywatelem UE przez jego partnera w Wielkiej Brytanii.

[132] Do tej kategorii należą przykładowo dzieci małżonka obywatela UE z poprzedniego małżeństwa. Nie ocenia się, czy osoba pozostająca na utrzymaniu mogłaby utrzymywać się samodzielnie; liczy się, czy faktycznie jest utrzymywana przez obywatela UE, jego małżonka lub partnera,

[133] Dowodem otwartości polityki imigracyjnej może być otwarta furtka pozostawiona innym członkom rodziny, niekwalifikującym się do którejkolwiek grupy wymienionych w punktach a-d. Jak podkreślono w sprawozdaniu komisji z transpozycji dyrektywy 2004/38/WE *„pozostali członkowie rodziny (na przykład rodzeństwo, ciotki i wujkowie, kuzyni), nie korzystają z automatycznego prawa przemieszczania się i pobytu wraz z obywatelem UE we wszystkich państwach Unii. Jednakże państwa członkowskie mają obowiązek ułatwiać ich wjazd i pobyt, pod warunkiem, że w swoim kraju pochodzenia pozostają na utrzymaniu obywatela UE lub żyją z nim w gospodarstwie domowym, lub wymagają ścisłej opieki obywatela UE z poważnych względów zdrowotnych. Takie same zasady dotyczą osób, które żyją z obywatelem UE w stałym związku, który nie jest jednak ani małżeństwem ani związkiem partnerskim. Od takich osób może jednak być wymagany dowód stałości nieformalnego związku. Państwo Unii może odmówić tym osobom wjazdu na swoje terytorium, ale każdą odmowę musi szczegółowo uzasadnić na podstawie okoliczności danej sprawy”.*

rytorium obywatelowi Unii, posiadającemu ważny paszport lub dowód osobisty, natomiast tym członkom jego rodziny, którzy nie są obywatelami UE, na podstawie ważnego paszportu[134].

W związku z niezadowalającym poziomem transpozycji niektórych przepisów dyrektywy w 2009 roku sformułowano wytyczne odnoszące się do zasad jej stosowania oraz informacji dla obywateli, odnoszące się do jej stosowania i praw z niej wynikających. Braki w tym zakresie traktowane są priorytetowo. Państwa otrzymają należyte wsparcie w zakresie niezbędnym do ich usunięcia.

Komisja sprawozdawcza przypomniała również, że *„dyrektywa musi być interpretowana i stosowana zgodnie z prawami podstawowymi, w szczególności z prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, zasadą niedyskryminacji, prawami dziecka i prawem do skutecznego środka prawnego, zagwarantowanymi w europejskiej konwencji praw człowieka i odzwierciedlonymi w Karcie praw podstawowych UE. Swoboda przepływu osób jest jednym z filarów UE. Zatem odstępstwa od tej zasady wymagają wąskiej interpretacji. Prawo do swobodnego przemieszczania się na terenie UE nie jest jednak nieograniczone; nakłada ono na swoich beneficjentów obowiązki, co oznacza między innymi, że są oni zobowiązani do przestrzegania prawa państwa przyjmującego”*[135].

6. Zakończenie

Należy zwrócić uwagę na szereg problemów prawnych i organizacyjnych,

[134] Obowiązek posiadania wizy wjazdowej może dotyczyć tylko tych członków rodziny, którzy nie mają obywatelstwa UE i są obywatelami jednego z krajów wymienionych w rozporządzeniu 539/2001 (przykładowo Rosji lub Ukrainy). Wizy wydawane są nieodpłatnie na podstawie procedury przyspieszonej. Posiadanie karty pobytowej zwalnia z wymogu posiadania wizy. Jeżeli obywatel UE lub członek jego rodziny nie posiada niezbędnych dokumentów, państwo członkowskie ma obowiązek, przed odesłaniem go ze swojego terytorium, umożliwić mu uzyskanie tych dokumentów, na przykład wyznaczyć rozsądny termin na ich przesłanie czy wyrobienie lub umożliwić udowodnienie prawa pobytu w inny sposób.

[135] Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady – wytyczne w celu skuteczniejszej transpozycji i stosowania dyrektywy 2004/38/WE w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich (tekst mający znaczenie dla EOG), Bruksela, 02.07.2009, KOM(2009) 313 wersja ostateczna.

które były konsekwencją wejścia Polski do układu Schengen. Powstała między innymi konieczność ustalenia polskiej polityki wizowej wobec wschodnich sąsiadów, których status uległ zmianie (kraje spoza Unii). Problematyce tej zostało poświęconych w polskiej literaturze prawniczej wiele opracowań[136].

Ważne jest podkreślenie faktu, że wraz z wolnością przemieszczania się oraz ułatwieniami w tym zakresie, jak również wzmacnianiem przynależności do nowego terytorium poprzez przyznanie prawa wybierania przedstawicieli w wyborach lokalnych, nastąpiło faktyczne zdynamizowanie europejskiej przestrzeni migracyjnej w obrębie Unii. Stworzyło to konieczność zbudowania podstaw dla prawnego obrotu transgranicznego[137]. Wśród problemów, jakie można wymienić, na pierwszy plan wysuwa się problematyka związana z prawem cywilnym i upadłościowym, jak m.in. transgraniczne postępowanie

[136] Zob. m. in. M. Wojtan, *Proces akcesji Polski do Unii Europejskiej w zakresie przepływu osob a doświadczenia Niemiec,* Wrocław 2004; I. Wróbel, *Polityka imigracyjna rozszerzonej Unii Europejskiej – w poszukiwaniu odpowiedzi na nowe wyzwania,* Warszawa 2005; J. Jaworski (red.), *Polska droga do Schengen. Opinie ekspertów,* Warszawa 2001; A. Dudzic, *Polska w drodze do Schengen oraz kierunki rozwoju obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości,* Białystok 2006, s. 38; G. Polak, *Instrument Finansowy Schengen – finansowanie inwestycji służących wdrożeniu w Polsce acquis Schengen,* (w:) B. Radzikowska-Kryńczak, A. Sadownik (red.), *Polska w strefie Schengen. Refleksje po pierwszym roku członkowstwa,* Warszawa 2008; M. Krystyniak, *Układ z Schengen – konsekwencje dla Polski, „Biuletyn"* 2004, nr 1 (189); P. Kaźmierczak: *Integracja z Schengen jako wyzwanie dla polskiej polityki wizowej wobec wschodnich sąsiadów, „Analizy i Opinie"* 2005, nr 42, s. 6.

[137] Zob. N. Rozehnalova, J. Valdhans, *Europejski obszar sądowy i jego wpływ na państwa trzecie ze szczególnym uwzględnieniem wschodnich sąsiadów,* (w:) M. Zdanowicz, A. Doliwa-Klepacka, *Wybrane aspekty wpływu członkostwa państw Europy Środkowo-Wschodniej na stosunki ze wschodnimi państwami ościennymi*, Białystok 2009, s. 165.

upadłościowe[138], współpraca procesowa[139] czy określania prawa właściwego dla zobowiązań[140].

Unia Europejska gromadzi dane statystyczne, dotyczące przemieszczania się obywateli w obrębie wspólnoty. Podstawowym aktem normatywnym, określającym te działania, jest rozporządzenie (WE) nr 862/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 lipca 2007 r. w sprawie statystyk Wspólnoty z zakresu migracji i ochrony międzynarodowej. Jego głównym celem jest stworzenie ramy prawnej dla gromadzenia i zestawiania europejskich statystyk z zakresu migracji i ochrony międzynarodowej. W sprawozdaniu Komisji Europejskiej, dotyczącej wykonania rozporządzenia (WE) nr 862/2007 w sprawie statystyk Wspólnoty z zakresu migracji i ochrony międzynarodowej, wskazano najpoważniejsze problemy związane z realizacją polityki migracyjnej i zbierania informacji o jej faktycznym kształcie. Zostały one wskazane w rozdziale czwartym sprawozdania. Wyrażono tam przekonanie o konieczności ich priorytetowego traktowania.

Komisja zadeklarowała dalszą konieczność współpracy z państwami członkowskimi na płaszczyźnie technicznej. We wrześniu 2008 r. komisja powołała grupę ekspertów z państw członkowskich, których celem jest określenie trudności i wyjaśnienie kwestii związanych z interpretacją dyrektywy. Podczas dwóch spotkań tej grupy wskazano wiele zagadnień wymagających szczegółowego opracowania, takich jak m.in. walka z przestępczością i nadużyciami. Przygotowano kwestionariusz, aby lepiej zrozumieć wątpliwości państw członkowskich oraz zgromadzić dane statystyczne i metody, które sprawdziły się w praktyce. Grupa w dalszym ciągu będzie się regularnie spotykać.

---

[138] Rozporządzenie rady (WE) nr 1346/2000 z 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego.

[139] Rozporządzenie rady (WE) nr 1206/2001 z 28 maja 2001 r. w sprawie współpracy między sądami państw członkowskich przy przeprowadzaniu dowodów w sprawach cywilnych i handlowych; rozporządzenie rady (WE) nr 1348/2000 z 29 maja 2000 r. w sprawie doręczenia w państwach członkowskich sądowych i pozasądowych dokumentów w sprawach cywilnych i handlowych; rozporządzenie Parlamentu Europejskiego nr 1393/2007 z 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczenia w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych (doręczanie dokumentów) oraz uchylające rozporządzenie rady (WE) nr 1348/2000.

[140] Rozporządzenie (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II). Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17 czerwca 2008r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I).

Wymiana informacji dokonywana jest również za pośrednictwem internetowej sieci SOLVIT. W jej ramach każde państwo członkowskie może zwrócić się o pomoc w rozwiązaniu najtrudniejszych problemów, wynikających z niewłaściwego stosowania prawa UE z zakresu rynku wewnętrznego przez organy administracji publicznej; w ramach tej sieci rozwiązano 133 ze 199 spraw dotyczących zezwolenia na pobyt oraz 43 z 65 spraw dotyczących wiz. W 2007 r. swobodny przepływ osób był trzecim pod względem wielkości problemem, jeżeli chodzi o liczbę spraw wpływających do sieci SOLVIT (15 proc.).

W sprawozdaniu komisja podkreśliła również konieczność współpracy z krajami trzecimi oraz wskazała na konieczność udostępniania uproszczonych wytycznych dla obywateli UE32, najlepiej drogą cyfrową: przede wszystkim za pośrednictwem portalu „Twoja Europa", artykułu w Wikipedii, dotyczącego prawa do swobodnego przemieszczania się[141] oraz prostych „zestawień faktów", wyjaśniających prawa obywateli.

Komisja będzie zachęcać państwa członkowskie do uruchamiania – zgodnie z wymaganiami art. 34 – kampanii uświadamiających, informujących obywateli UE o ich prawach na mocy dyrektywy, a także wspierać ich realizację. W tym celu grupa ekspertów zajmie się sprawdzeniem i rozpowszechnianiem metod postępowania, które sprawdziły się w praktyce.

Komisja wystosowała również komunikat skierowany do Parlamentu Europejskiego i Rady, zawierający wytyczne w celu skuteczniejszej transpozycji i stosowania dyrektywy 2004/38/WE w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich (tekst mający znaczenie dla EOG)[142].

W sprawozdaniu z 2008 roku stwierdzono między innymi, że *„ogólna transpozycja dyrektywy jest raczej niezadowalająca, w szczególności jeśli chodzi o rozdział VI (w którym określono prawo* państw członkowskich *do ograniczania prawa obywateli UE i członków ich rodzin do wjazdu i pobytu ze względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego) oraz art. 35 (który upoważnia państwa członkowskie do podejmowania środków*

[141] Komisja stanęła na stanowisku, że to właśnie Internet i portale informacyjne są głównym źródłem wiedzy o prawie UE u „zwykłych obywateli".

[142] Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady – wytyczne w celu skuteczniejszej transpozycji i stosowania dyrektywy 2004/38/WE odnośnie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, Komisja Wspólnot Europejskich, Bruksela, 02.07.2009 r., KOM (2009) 313 (wersja ostateczna).

w celu zapobieżenia nadużyciom lub oszustwom, takim jak małżeństwa fikcyjne)".

Istotnym aspektem migracji w obszarze Unii Europejskiej wydaje się być również możliwość samodzielnego kształtowania jej przez państwa członkowskie. Należy zwrócić uwagę na efektywną politykę imigracyjną Niemiec, które poprzez system grantów oraz intensywną wymianę międzynarodową na polach nauki i gospodarki, tworzą system połączeń oparty na wymianie wiedzy i technologii. Jednocześnie ułatwienia związane z wjazdem na terytorium Niemiec dla osób uczestniczących w tych programach, jak również szansa na pozostanie w Niemczech po zakończeniu edukacji na poziomie uniwersyteckim sprawiają, że system ten oddziałuje jako pozytywna zachęta dla najbardziej przedsiębiorczych i kreatywnych, wpływając korzystnie na ogólny poziom i wydajność grup emigrantów. System ten zatem nie opiera się na dyskryminacji, ale na zachęcaniu poprzez system beneficjów. Współcześnie jednak Niemcy są w dalszym ciągu zmuszone zmagać się z konsekwencjami nieprzemyślanej polityki imigracyjnej w okresie powojennym. Mniejszość turecka, którą częściowo pozostawiono samej sobie, traktując jako okresowy zastrzyk taniej siły roboczej, stała się najliczniejszą mniejszością narodową w kraju, domagając się systematycznie swoich praw[143]. Niemcy wydają się tym krajem, który najlepiej wykorzystuje zakres swobody pozostawiony krajom członkowskim w kształtowaniu polityki imigracyjnej.

[143] I. Sirkeci, *Migration from Turkey to Germany: An Ethnic Approach,* New Perspectives on Turkey, Spring-Fall 2003, 28-29, s. 189-207.

Rozdział III

Wolność przemieszczania się w polskim prawie krajowym

1. Konstytucyjne podstawy wolności przemieszczania się na podstawie Konstytucji RP

Omawianą tutaj wolność człowieka i obywatela gwarantują aktualnie w prawie polskim Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach, ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej, ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o zasadach i warunkach wjazdu i pobytu obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej oraz członków ich rodzin na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ustawa z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej, ustawa z dnia 29 listopada 1990 r. o paszportach, ustawa z dnia 9 listopada 2000 r. o repatriacji oraz szereg innych ustaw regulujących tę problematykę szczegółowo, jak np. ustawa o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej czy ustawa o zatrudnieniu albo ustawa o służbie zagranicznej itd. Wszystkie dotyczące cudzoziemców akty normatywne należy rozpatrywać z uwzględnieniem późniejszych ich zmian oraz ustalonej w art. 87 Konstytucji RP hierarchii źródeł prawa, pośród których pierwsze miejsce zajmuje Konstytucja, a następnie ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe, rozporządzenia oraz akty prawa miejscowego.

Skoro pierwszym i najwyższym źródłem prawa polskiego jest Konstytucja RP, to zastanowić się trzeba nad treścią przepisów konstytucyjnych, w tym także czy między przepisami konstytucji nie ma sprzeczności, jeśli chodzi o zróżnicowaną pozycję prawną obywatela polskiego i cudzoziemca.

Fundamentalne znaczenie dla omawianego tematu ma art. 52 Konstytucji RP, który zapewnia *„każdemu wolność poruszania się po terytorium Polski*

oraz wolność wyboru miejsca zamieszkania i pobytu, a także swobodę opuszczenia terytorium Polski". Wolności te mogą podlegać ograniczeniom określonym w ustawie, w tym zwłaszcza w ustawie zasadniczej (Konstytucji RP). Oznacza to, że ustawodawca, ograniczając wolności i prawa, zawsze musi respektować warunki tych ograniczeń przewidziane w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Zróżnicowanie pozycji prawnej cudzoziemców i obywateli akcentuje już nazwa tytułu rozdziału II Konstytucji RP *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*.

Z reguły wszystkie wolności i prawa człowieka przysługują też obywatelom, ale i tu są także wyjątki, bowiem wyłącznie prawem człowieka (a więc i cudzoziemca) jest prawo azylu i uzyskanie statusu uchodźcy (art. 5 Konstytucji RP), które to prawa nie przysługują obywatelom Rzeczypospolitej Polskiej. Z kolei nie wszystkie wolności i prawa obywatelskie przysługują cudzoziemcom, np. prawa wyborcze, prawo do udziału w referendum oraz szereg innych praw obywatelskich, zaczynających się zwrotem „obywatel" lub „obywatel polski" – np. art. 60 i art. 61 Konstytucji RP. Natomiast wolności i prawa przysługujące człowiekowi zaczynają się zwrotem „wszyscy", „każdy", „nikt" – np. art. 38 dotyczący ochrony życia albo art. 40 chroniący przed torturami.

1.1. Pozycja cudzoziemca w Konstytucji RP

To zróżnicowanie pozycji prawnej obywatela i cudzoziemca powinno być zgodne z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, który określa zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności i praw: *„3. Ograniczenia w zakresie wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw".* Przyjmuje się, że w ujęciu tego przepisu, słowo „ograniczenia" obejmuje także całkowite pozbawienie określonej wolności lub prawa, co narusza już ich istotę i jest niedopuszczalne w rozumieniu zdania ostatniego cytowanego art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Wobec tego, czy przepis pozbawiający cudzoziemców w całości np. praw wyborczych jest sprzeczny z art. 31 ust. 3? Odpowiedź[144] byłaby pozytywna, gdyby nie uznać przepisu za przepis *lex specialis* wobec art. 32 i art. 37 Konstytucji RP (zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali*). Uzasadnieniem takiego rozumowania jest pewność, że

[144] Zob. Komentarz Leszka Garlickiego do art. 32 i art. 37 Konstytucji RP, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2007, (skoroszyt).

ustrojodawca konstytucyjny celowo nie zamierzał tworzyć przepisów wzajemnie sprzecznych, a także nie dopuszcza możliwości arbitralnego decydowania prawodawcy o statusie prawnym człowieka, według swobodnego uznania. Podobnie rozumować należy przy ocenie zróżnicowania wolności oraz praw cudzoziemców i obywateli polskich z treścią art. 32, głoszącego obowiązywanie wobec wszystkich zasady równouprawnienia. Te przepisy różnicujące cudzoziemców i obywateli też należy uznać za *lex specialis* wobec art. 32, głoszącego równouprawnienie wszystkich. Z Konstytucji RP, a zwłaszcza z jej art. 37 ust. 1, wynika wniosek ogólny, że wszystkie wolności i prawa, których konstytucja nie zastrzega dla obywateli, przysługują także cudzoziemcom oraz zagranicznym osobom prawnym prawa prywatnego[145]. Przepis ten zapewnia każdemu (a więc obywatelom i cudzoziemcom) wolność poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wyboru miejsca zamieszkania i pobytu oraz wolność swobodnego opuszczenia terytorium Polski (art. 52 ust. 1 i 2 Konstytucji RP). Konstytucja zastrzega jednak w art. 52 ust. 3, że wolności te mogą podlegać ograniczeniom określonym w ustawie. Te ustawowe ograniczenia wolności przemieszczania się muszą być zgodne z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, który ustanawia warunki dopuszczalnego ograniczenia każdej wolności człowieka. Tenże w art. 52 w ustępie 4 zakazuje wydalania z kraju obywatela polskiego oraz zabraniania mu powrotu do kraju. Przekreślona więc została kara banicji. Ostatni przepis art. 52 w ustępie 5 ustanawia prawo osoby pochodzenia polskiego do osiedlenia się na terytorium Polski, jeżeli to polskie pochodzenie zostało stwierdzone zgodnie z ustawą. Art. 5 ustawy z dnia 9 listopada 2000 roku o repatriacji (tekst jednolity tej ustawy zamieszcza Dz. U. nr 53 poz. 532 z 2004 r.) wyjaśnia, co należy rozumieć przez „pochodzenie polskie". Za osobę polskiego pochodzenia uznaje się tam osobę deklarującą narodowość polską i spełniającą łącznie następujące warunki:

1. co najmniej jedno z jej rodziców lub dziadków albo dwoje pradziadków było narodowości polskiej i
2. wykaże ona swój związek z polskością, w szczególności przez pielęgnowanie polskiej mowy, polskich tradycji i zwyczajów.

Za osobę polskiego pochodzenia uznaje się również osobę deklarującą narodowość polską, która posiadała w przeszłości obywatelstwo polskie lub co

[145] Zob. L. Garlicki, Komentarz do art. 37 Konstytucji RP, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 2-5 oraz orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 20 października 1992 r., K.1/92.

najmniej jedno z jej rodziców lub dziadków albo dwoje pradziadków posiadało obywatelstwo polskie oraz wykaże swój związek z polskością, w szczególności przez pielęgnowanie polskiej mowy, polskich tradycji i zwyczajów.

Dowodami potwierdzającymi polskie pochodzenie mogą być dokumenty wydane przez polskie władze państwowe lub kościelne, a także władze byłego ZSRR, dotyczące wnioskodawcy lub jego rodziców, dziadków lub pradziadków. Decyzję stwierdzającą polskie pochodzenie wydaje konsul, a odwołanie od tej decyzji rozpatruje Prezes Urzędu do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców. Art. 1 ust. 2 tej ustawy stanowi, ze repatriantem jest osoba polskiego pochodzenia, która przybyła do Polski na podstawie wizy wjazdowej w celu repatriacji z zamiarem osiedlenia się na stałe.

Za repatrianta może być też uznana osoba, która spełnia warunki wymienione w art. 16 ust. 1 ustawy o repatriacji. Decyzję o uznaniu za repatrianta wydaje właściwy wojewoda. Repatriant nabywa obywatelstwo polskie z dniem, w którym decyzja o uznaniu za repatrianta stała się ostateczna.

Podstawowym aktem prawnym regulującym status prawny cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach[146]. Za cudzoziemca uznaje ustawa każdego, kto nie posiada obywatelstwa polskiego (w art. 2). Przepisów tej ustawy nie stosuje się do cudzoziemców polskiego pochodzenia i członków najbliższej rodziny repatrianta w zakresie uregulowanym w ustawie o repatriacji.

Cudzoziemiec może przekroczyć granicę oraz przebywać na terytorium Polski, jeżeli posada dokument podróży (np. paszport) oraz wizę. Cudzoziemca, będącego obywatelem dwóch lub więcej państw, traktuje się jak obywatela tego państwa, którego dokument podróży stanowił podstawę wjazdu na terytorium Polski. Cudzoziemiec, wjeżdżający na polskie terytorium, powinien posiadać środki finansowe niezbędne do pokrycia kosztów wjazdu, przejazdu, pobytu i wyjazdu z Polski. Wjazd do Polski może nastąpić także na zaproszenie obywatela polskiego, cudzoziemca mieszkającego w Polsce co najmniej od 5 lat oraz osoby prawnej, mającej siedzibę w Polsce.

Decyzję o odmowie wjazdu do Polski wydaje komendant placówki Straży Granicznej, a odwołanie od tej decyzji przysługuje do Komendanta Głównego Straży Granicznej. Wiza jest dokumentem wydanym cudzoziemcowi przez właściwy organ polski, zezwalającym mu na wjazd na terytorium Polski, przejazd przez nie, pobyt oraz wyjazd z niego. Wizę wydaje się w zależności od celu wjazdu: lotniskową, tranzytową, wjazdową w celu:

a) repatriacji,
b) przesiedlenia się jako członek najbliższej rodziny repatrianta,

[146] Dz. U. nr 128 poz. 1175 z 2003 r.

c) realizacji zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony lub na osiedlenie się.

Wydaje się też wizę pobytową w celu turystycznym, udziału w imprezach sportowych, kulturalnych czy wykonywania pracy. Są też wizy związane z wykonywaniem zawodu: dyplomatyczna, służbowa i kurierska.

Cudzoziemcowi odmawia się wydania wizy, jeżeli m.in.:

- znajduje się w wykazie cudzoziemców, których pobyt jest niepożądany,
- nie posiada środków finansowych na pokrycie kosztów pobytu,
- może stanowić zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa albo naruszyć interes Polski.

Wizę wydaje lub odmawia jej wydania konsul i jest to decyzja ostateczna. Organ, który wydał wizę lub komendant placówki straży granicznej, może ją jednak unieważnić, jeżeli cel wyjazdu okazał się inny niż deklarowany.

W drodze umowy międzypaństwowej może być zniesiony obowiązek uzyskania wizy po ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym „Monitor Polski" listy tych państw. Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia zwolnić obywateli innego państwa z obowiązku posiadania wizy, jeżeli przemawia za tym interes Polski. Właściwy terytorialnie wojewoda może wydać decyzję zezwalającą na zamieszkanie na czas oznaczony lub na osiedlenie się.

Właściwy terytorialnie sąd rejonowy może wydać postanowienie o umieszczeniu cudzoziemca w strzeżonym ośrodku lub o aresztowaniu w celu wydalenia na czas nie dłuższy niż jeden rok. Od tego postanowienia przysługuje zażalenie do sądu okręgowego.

Przewoźnik, który drogą powietrzną, morską lub lądową przywiózł cudzoziemca jest obowiązany upewnić się, czy posiada on ważne dokumenty podróży i wizę. W przeciwnym razie przewoźnik obowiązany jest odwieźć go do kraju, z którego przyjechał, na swój koszt.

Centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach repatriacji, wjazdu, przejazdu, pobytu i wyjazdu cudzoziemca i nadania mu statusu uchodźcy oraz udzielenie azylu czy w sprawach związanych z obywatelstwem polskim, jest Prezes Urzędu do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców, a nadzór nad nim sprawuje minister spraw wewnętrznych.

1.2. Status prawny obywateli UE w Polsce

Zasady i warunki wjazdu i pobytu obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej na terytorium Polski reguluje ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. (Dz.

U. nr 141 poz. 1180). Stanowi ona w art. 1 ust. 2, że jej przepisy stosuje się także do obywateli państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego, które nie należą do Unii Europejskiej, ale na podstawie umów zawartych z Unią Europejską korzystają ze swobody przepływu osób. Ustawa ta wyjaśnia, że pojęcie obywatela Unii oznacza obywatela państwa członkowskiego Unii Europejskiej nieposiadającego obywatelstwa polskiego.

Obywatel Unii może wjechać i przebywać na terytorium Polski na podstawie ważnego dokumentu podróży albo innego dokumentu, potwierdzającego jego tożsamość i obywatelstwo.

Pobyt obywatela Unii i członka jego rodziny na terytorium Polski przekraczający okres 3 miesięcy wymaga uzyskania zezwolenia na pobyt, chyba że wykonuje on pracę na terytorium Polski lub zachowuje miejsce stałego pobytu w innym państwie Unii, do którego powraca co najmniej raz w tygodniu.

Zezwolenie na pobyt obywatelowi Unii udziela się w celu wykonywania pracy lub działalności gospodarczej przez okres ponad 12 miesięcy, jeżeli posiada ubezpieczenie zdrowotne oraz środki wystarczające do pokrycia kosztów pobytu bez potrzeby korzystania ze świadczeń pomocy społecznej.

Obywatelowi Unii udziela się zezwolenia na pobyt także, gdy zaprzestał wykonywać zatrudnienie z powodu osiągnięcia wieku emerytalnego lub trwałej niezdolności do pracy.

Obywatelowi Unii można odmówić zezwolenia na pobyt wyłącznie ze względu na ochronę porządku i bezpieczeństwa publicznego, ochronę zdrowia publicznego lub na zagrożenie dla bezpieczeństwa i obronności państwa.

Obywatelowi Unii, któremu udzielono zezwolenia na pobyt wydaje się Kartę Pobytu obywatela Unii Europejskiej, natomiast członkowi jego rodziny, niebędącemu obywatelem Unii, wydaje się Dokument Pobytu.

Obywatel Unii lub członek jego rodziny może być wydalony z terytorium Polski jedynie ze względu na konieczność ochrony porządku publicznego oraz ze względu na zagrożenie dla bezpieczeństwa i obronności państwa. Decyzję w sprawach zezwoleń na pobyt oraz Kartę Pobytu obywatela Unii Europejskiej i dokument pobytu wydaje właściwy wojewoda, a organem odwoławczym od jego decyzji jest Prezes Urzędu do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców.

1.3. Przesłanki ograniczania wolności przemieszczania się (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP)[147]

Wolność w znaczeniu prawno-społecznym nie może pozostać nieograniczona. Wolność przemieszczania się nie jest w tym względzie wyjątkiem. Jej prawne ograniczenia nie mogą być jednak wprowadzane arbitralnie i muszą odpowiadać ściśle określonym standardom ich ustanawiania, które ustrojodawca ujął w formie jasno określonych przesłanek – warunków ich dopuszczalności. Regulacje te określa się w literaturze prawniczej mianem „granic dla granic", bowiem w celu ochrony wolności jednostki zostały one ustanowione w formie wyjątków od ogólnej reguły, jaką jest swoboda działania jednostki.

W obecnie obowiązującej Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku materię tę reguluje art. 31 ust. 3 w formie tzw. klauzuli limitacyjnej. Jej kształt jest w dużej mierze określony przez praktykę orzecznictwa konstytucyjnego, wypracowaną jeszcze przed jej wejściem w życie[148]. Jest ona zgodna z regulacjami prawa międzynarodowego w tym zakresie, które zostały scharakteryzowane w poprzednich punktach niniejszego opracowania. Dzięki spójnej linii orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, zapoczątkowanej jeszcze w okresie tranzycji systemu politycznego w Polsce, utwierdzony został kierunek demokratycznych przemian w systemie prawnym Rzeczpospolitej Polskiej.

Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji RP wprowadza wielostopniową kontrolę prawidłowości ustanawiania ograniczeń praw i wolności człowieka, w tym również wolności przemieszczania się. Zgodnie z jego brzmieniem *„ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym*

[147] Treść niniejszego punktu stanowi podsumowanie rozważań zawartych w opracowaniu M. M. Bieczyńskiego poświęconych *Prawnym granicom wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych* (Wolters Kluwer Polska 2011), zawartych w rozdziale I, pkt 3.3, zatytułowanym *Podstawy ograniczania wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (tzw. klauzula limitacyjna)*. Zawarte tam rozważania w o wiele szerszym zakresie omawiają tutaj jedynie ogólnie scharakteryzowaną problematykę.

[148] L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, *„Państwo i Prawo"*, z. 10/2001, s. 5. Przykładem takiego odwołania jest wyrok TK z 10 listopada 1998 r. (sygn. akt K. 39/97), w którym powołano się na wyrok TK z 21 listopada 1995 r. (sygn. akt K. 12/95). Wskazuje to na kontynuację linii orzeczniczej Trybunału. Wynika to z oparcia konstrukcji art. 31 ust. 3 Konstytucji RP z 1997 r. na Europejskiej Konwencji, z której Trybunał Konstytucyjny korzystał wyinterpretowując wskazane przesłanki.

państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw".

Z przytoczonej treści wyodrębnić można następujące warunki szczegółowe: (1) wymóg co najmniej ustawowej rangi aktu normatywnego ustanawiającego te ograniczenia, (2) wymóg uzasadnienia konieczności ustanowienia tych ograniczeń w demokratycznym państwie, ze względu na wskazane w przepisie wartości, (3) wymóg nienaruszalności istoty wolności i praw w drodze ich ograniczania.

Ad 1. Pierwszy z wymienionych warunków ma charakter formalny i wskazuje, jaką hierarchię w systemie prawa muszą mieć akty normatywne, wprowadzające dopuszczalne granice wolności i praw jednostki (zasada rangi ustawowej). W pierwszej kolejności oznacza to zakaz scedowania kompetencji prawodawczej w tym zakresie na organy niższego rzędu (zakaz subdelegacji ustawodawczej) i uzależnia ich wprowadzenie od zatwierdzenia zgodnie ze standardową procedurą legislacyjną w parlamencie[149]. Celem omawianego przepisu jest również wykorzystanie proceduralnych gwarancji, jakie stwarza parlamentarny system legislacyjny w demokratycznym państwie, a więc przede wszystkim wielostopniowa kontrola zasadności podejmowanych decyzji, możliwa dzięki gwarancji ich jawności oraz wielostopniowości. Stąd, zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 19 maja 1998 r. *„o ile sama ustawowa ranga unormowania ograniczeń statusu jednostki nie wystarcza dla uznania ich merytorycznej zasadności, która podlega weryfikacji w zakresie spełnienia przesłanek materialnych art. 31 ust. 3, o tyle a contrario: brak zachowania ustawowej formy dla ograniczeń wolności i praw prowadzić musi do dyskwalifikacji danego unormowania, jako sprzecznego ze wskazaną normą art. 31 ust. 3 konstytucji"*[150]. Jest więc warunkiem koniecznym, choć niewystarczającym.

Upoważnienie ustawowe, wprowadzane przez parlament, musi zawsze być dostatecznie precyzyjne i zupełne (wymóg dostatecznej określoności)[151], tak aby akty niższego rzędu nie określały warunków konstytutywnych dla

[149] Zob. J. Dylewska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego po wejściu w życie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, *„Przegląd Sejmowy"* nr 1 (42) / 2001, s. 50.

[150] Wyrok TK z 19 maja 1998 r. (sygn. akt U 5/97).

[151] Orzeczenie TK z 19 czerwca 1992 r. (sygn. akt U 6/92), jak również: wyrok TK z 19 maja 1998 r. (sygn. akt U 5/97) i wyrok TK z 11 maja 1999 r., (sygn. akt P 9/98).

wprowadzanych ograniczeń[152], a jedynie dookreślały sposób ich zastosowania w praktyce. Wymóg ten nazywany jest również *„nakazem kompletności regulacji ustawowej”*[153] lub *„wymogiem odpowiedniej szczegółowości unormowania ustawowego”*[154]. Innymi słowy, w żadnym wypadku materia praw i wolności nie może być regulowana samoistnie przez organy wykonawcze[155], ponieważ regulacja ustawowa pozostaje jedyną dopuszczalną formą ustanawiania ograniczeń swobód jednostki[156]. Trybunał Konstytucyjny wyraził również bezpośrednio, wynikający z obowiązku wyraźnego sformułowania wszystkich ograniczeń wolności i praw, zakaz domniemywania ich istnienia, jak również nakaz interpretowania wszystkich niejasności na korzyść wolności (wykładnia *in dubio pro libertatis* lub inaczej *favor libertatis*)[157] oraz przypomniał o ogólnej zasadzie wykładni normatywnej, zgodnie z którą przepisy ustanawiające ograniczenia (wyjątki) nie mogą być interpretowane rozszerzająco[158]. *„W żadnym wypadku, w sytuacji sporu pomiędzy jednostką a organem władzy publicznej o zakres czy sposób korzystania z wolności i praw, podstawa prawna rozstrzygnięcia tego sporu nie może być oderwana od unormowania konstytucyjnego”*[159].

Ad 2. Wymóg konieczności to trzystopniowa przesłanka o charakterze materialnym. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, jedynie wówczas można wprowadzać ograniczenia praw i wolności jednostki, jeżeli uzasadnia to (1) konieczność (2) ochrony jednego z enumeratywnie wyliczonych dóbr (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, środowisko naturalne, zdrowie i moralność publiczna lub wolności i prawa innych osób), a (3) planowana regulacja jest zgodna z zasadą demokratycznego państwa prawnego, a więc nie narusza jej. Wskazane trzy warunki (niezbędność, ochrona określonych wartości oraz adekwatność do standardów państwa demokratycznego) muszą być spełnione łącznie.

---

[152] Orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r. (sygn. akt K 11/94), a także orzeczenie TK z 12 lutego 1991, (sygn. akt K 6/90), OTK 1991, s. 22.

[153] Wyrok TK z 5 lutego 2008 r., (sygn. akt K 34/06), powtórzone za: wyrok TK z 12 stycznia 2000 r. (sygn. akt P 11/98).

[154] Wyrok TK z 12 stycznia 2000 r. (sygn. P. 11/98).

[155] Orzeczenie TK z 19 czerwca 1992 r. (sygn. akt U 6/92).

[156] Orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r. (sygn. akt K 11/94).

[157] Uchwała TK z 2 marca 1994 r. (sygn. akt W 3/93); zob. też: L. Garlicki, *Przesłanki…*, s. 6.

[158] L. Garlicki, *Przesłanki…*, s. 6.

[159] Wyrok TK z 19 maja 1998 r. (sygn. akt U 5/97), powtórzone za: wyrok TK z 11 maja 1999 r., (sygn. akt P 9/98).

Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego *„stwierdzenie, że ograniczenia mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie nakazuje rozważyć: czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączona; czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela"*[160]. Powyższe trzy punkty wskazane przez Trybunał Konstytucyjny jako kryteria oceny zasadności wprowadzenia ograniczeń wolności i praw konstytucyjnych składają się na wywodzoną z zasad konieczności i demokratycznego państwa prawnego tzw. zasadę proporcjonalności[161].

Konieczność ta została jednak zrelatywizowana do określonych w omawianym przepisie dóbr prawnych o szczególnej wartości dla społeczeństwa, jakimi są *„bezpieczeństwo lub porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz wolności i praw innych osób"*[162]. Innymi słowy *„zbadanie zasadności zarzutu naruszenia zasady proporcjonalności wymaga zawsze wskazania konkurujących ze sobą dóbr chronionych, a zatem ustalenia, jakie prawo czy wolność konstytucyjną ogranicza kwestionowany przepis i dla jakiej wartości ustawodawca wprowadza ograniczenie"*[163]. Z treści art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wynika, że ustawa wprowadzająca ograniczenia musi *„spełniać w warstwie aksjologicznej przynajmniej jedną z wyżej wymienionych przesłanek materialnych"*[164].

Ad 3. Wymóg *„nienaruszalności istoty praw i wolności"* stanowi wskazanie maksymalnych granic dla wprowadzenia ograniczeń od tzw. strony negatywnej. Można ująć go również w formie zakazu takiego ograniczania, które spowoduje zaprzeczenie zasadzie organizującej wolność w danej sferze, a więc uniemożliwia faktyczne podejmowanie swobodnego wyboru. Zakaz uznawany był w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jeszcze przed wejściem

[160] Wyrok TK z 29 czerwca 2001 r. (sygn. akt K 23/00).

[161] Jak zauważa E. Morawska (*Klauzula państwa...*, s. 284) *„Trybunał Konstytucyjny upatrywał również podstaw obowiązywania zasady proporcjonalności w zasadzie sprawiedliwości, uznając, że państwo prawne powinno opierać się na założeniu racjonalności prawodawcy, a ten z kolei stanowi prawa sprawiedliwe"*.

[162] Wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r. (sygn. akt SK 24/02).

[163] Wyrok TK z 29 stycznia 2002 r. (sygn. akt K 19/01), OTK ZU nr 1/A/2002, poz. 1.

[164] J. Zakolska, *Problem klauzuli ograniczającej korzystanie z praw i wolności człowieka w pracach konstytucyjnych, poglądach doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, *„Przegląd Sejmowy"* nr 5 (70) / 2005, s. 12.

w życie obecnie obowiązującej Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku i uznawany był za *„communis opinio nauki polskiej i światowej”*[165].

Zgodnie z tezą powtarzaną przez trybunał, koncepcja „istoty” praw i wolności *„opiera się na założeniu, że w ramach każdego konkretnego prawa i wolności można wyodrębnić pewne elementy podstawowe (rdzeń, jądro), bez których takie prawo lub wolność w ogóle nie będzie mogła istnieć, oraz pewne elementy dodatkowe (otoczkę), które mogą być przez ustawodawcę zwykłego ujmowane i modyfikowane w różny sposób bez zniszczenia tożsamości danego prawa lub wolności”*[166].

„Wyraźne nawiązanie do tej koncepcji w tekście Konstytucji z 1997 r. nadaje jej bezpośrednią podstawę konstytucyjną i nakazuje traktować ją jako istotny punkt odniesienia przy kontroli konstytucyjności ustaw”[167]. Oznacza to, że *„interpretacja zakazu naruszania istoty ograniczanego prawa lub wolności nie powinna sprowadzać się jedynie do płaszczyzny negatywnej, akcentującej odpowiednie miarkowanie dokonywanych ograniczeń. Należy w nim widzieć również stronę pozytywną, związaną z dążeniem do wskazania, choćby przykładowo, pewnego nienaruszalnego rdzenia danego prawa lub wolności”*[168].

Na najogólniejszym poziomie argumentacji należy przyjąć za Trybunałem Konstytucyjnym, że *„istota prawa lub wolności zostanie naruszona, gdy regulacje prawne – nie znosząc danego prawa (lub wolności) – w praktyce uniemożliwią korzystanie z niego”*[169]. Dla przykładu, ograniczeniem prawa własności nieruchomości będzie ustanowienie drogi koniecznej, naruszeniem istoty będzie wywłaszczenie.

Właściwe rozumienie tej przesłanki wymaga, w przypadku wolności, uwzględnienia dwóch elementów: formalnej zasady, jaką jest możliwość wyboru oraz materialnej, jaką jest działanie stanowiące emanację danej sfery objętej wolnością. Rozróżnienie to wynika z faktu, że podmiot wolności ma prawo zarówno do podjęcia wybranego przez siebie działania, jak również zupełnej bierności. Stąd, odróżnić należy nakaz konkretnego działania, ogra-

[165] Wyrok TK z 25 maja 1999 r. (sygn. akt SK 9/98); por. m.in. orzeczenie TK z 21 listopada 1995 r. (sygn. akt K 12/95); zob. J. Dylewska, *Zasada proporcjonalności…*, s. 57.
[166] Wyrok TK z 12 stycznia 2000 r. (sygn. akt P 11/98).
[167] Ibidem.
[168] Wyrok TK z 12 stycznia 1999 (sygn. akt P/98).
[169] B. Banaszak, A. Preisner, *Prawo Konstytucyjne. Wprowadzenie*, Wrocław 1996, s. 107; podobnie w: B. Banaszak, *Prawa człowieka…*, s. 57, przywołane w: wyrok TK z 25 maja 1999 r. (sygn. akt SK 9/98).

niczający wolny wybór (np. nakaz przynależności do konkretnej partii politycznej) od pozostawienia możliwości wyboru przy ograniczeniu jego opcji (np. zakaz działania partii politycznych innych niż „przewodnia"), mimo, iż skutek tych ograniczeń może być ten sam. Na marginesie należy zauważyć, że ocena, czy została zachowana „istota" wolności, musi być dokonywana nie tylko na tle analizy kontrolowanego przepisu, ale też na tle sumy już istniejących ograniczeń tej wolności[170]. Oznacza to, że *„poszczególne ograniczenia ustawowe, ani ich suma nie mogą naruszać istoty danej wolności"*[171].

1.4. Podsumowanie

Przedstawiona w poprzednim punkcie ogólna rama konstytucyjna dla wolności przemieszczania się w prawie polskim wymaga dokonania charakterystyki tych postanowień aktów prawnych niższego rzędu, które stanowią konkretyzacje przesłanek ograniczania jej zakresu w praktyce życia społecznego. Poniżej, jako przykład takich regulacji, zostanie omówiony prawnokarny środek zabezpieczający, jakim jest zakaz opuszczania kraju oraz regulacja szczególna, odnosząca się do konkretnej grupy obywateli, jakim są ograniczenia swobody przemieszczania się żołnierzy w czynnej służbie wojskowej.

2. Przykłady ograniczania wolności przemieszczania się w prawie polskim

2.1. Zakaz opuszczania kraju jako środek zabezpieczający w postępowaniu karnym

2.1.1. Istota zakazu opuszczania kraju

Zakaz opuszczania kraju został uregulowany w art. 277 § 1 *Kodeksu postępowania karnego*. Zgodnie z jego treścią, *„w razie uzasadnionej obawy ucieczki można zastosować w charakterze środka zapobiegawczego zakaz opuszczania przez oskarżonego kraju, który może być połączony z zatrzymaniem paszportu lub innego dokumentu uprawniającego do przekroczenia granicy albo z zakazem wydania takiego dokumentu"*. Omawianą instytucję prawną można zatem scharakteryzować jako nieizolacyjny środek zapobie-

[170] Por. wyrok TK z 12 stycznia 2000 r. (sygn. akt P 11/98).
[171] Uchwała TK z 2 marca 1994 r. (sygn. akt W 3/93), (OTK 1994, cz. I).

gawczy, mający na celu umożliwienie przeprowadzenia prawidłowego postępowania karnego i uniemożliwienie oskarżonemu uchylenie się od odpowiedzialności. *„Uzasadniona obawa ucieczki”* może wynikać zarówno z charakteru czynu, o który dana osoba została oskarżona, jak również z wysokiego wymiaru kary, jaki grozi za jego popełnienie.

Zakaz opuszczania kraju stosuje sąd, a w postępowaniu przygotowawczym (śledztwo, dochodzenie) prokurator, w drodze postanowienia. Do czasu wydania decyzji organ prowadzący postępowanie może zatrzymać dokument uprawniający do przekroczenia granicy, jednakże na czas nie dłuższy niż 7 dni.

2.1.2. Zakaz opuszczania kraju a wolność przemieszczania się

Z dokonanej powyżej charakterystyki instytucji zakazu opuszczania kraju wynika jednoznacznie, że ten środek zabezpieczający stanowi istotne ograniczenie dla wolności przemieszczania się jednostki zagwarantowanej w art. 52 Konstytucji RP. Zgodnie z jego treścią każdy obywatel jest uprawniony do swobodnego opuszczenia terytorium RP, jednakże ograniczenie tej wolności może wynikać wprost z ustawy na gruncie regulacji zawartej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Ograniczenia takie mogą być ustanowione tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego; ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, powszechnie akceptowanym przez przedstawicieli doktryny prawniczej, zastosowanie ograniczeń wymaga spełnienia takich warunków jak: (a) ustawowa podstawa ograniczenia[172], (b) przesłanka konieczności ingerencji rozpatrywana z punktu widzenia wymogów demokratycznego społeczeństwa[173], (c) zasada proporcjonalności wprowadzanych ograniczeń[174]. Podkreślić również należy, że cechą wolności jest to, iż nie wynika ona z prawa w znaczeniu przedmiotowym, prawo ustanawia jedynie jej granice i nie może przy tym naruszyć jej istoty[175]. Zakaz opuszczania kraju jako środek zapobiegawczy w procesie karnym wydaje się odpowiadać tym warunkom.

---

[172] M. Cieślak, *Środki przymusu na tle systemu bodźców prawnych w procesie karnym*, *„Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze”* 1960, s. 89-125; M. Cieślak, *Postępowanie karne – zarys instytucji*, Warszawa 1982, s. 44.

[173] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 stycznia 1999 r., P. 2/98, OTK Z.U. 1999, nr 1, poz. 2; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 1999 r., SK 9/98, OTK Z.U. 1999, nr 4, poz. 75.

[174] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 maja 1995 r., K 12/93, OTK Z.U. 1995, nr 14.

[175] B. Banaszak, *Prawo…,* op. cit., s. 57.

Należy przyznać słuszność tezie M. Gajownika, że *„poddanie się regułom z Schengen w żaden sposób nie wpłynęło na zmianę istoty środka zapobiegawczego w postaci zakazu opuszczania kraju”*[176].

2.1.3. Zakaz opuszczania kraju a prawo unijne

Wskazane w poprzednim punkcie zakotwiczenie przepisu, ustanawiającego instytucję zabezpieczenia postępowania w postaci zakazu opuszczania kraju w normie konstytucyjnej, nakazuje uznać ten zakaz za G. Grzegorczykiem za *„legalny sposób wkraczania w sferę konstytucyjnych praw jednostki”*[177].

Jak niejednokrotnie podnosi się w doktrynie, osobną kwestią jest ustalenie zgodności tego zakazu z zagwarantowaną w traktatach europejskich swobodą przemieszczania się[178]. Wydaje się jednak, że w kwestii tej również niewiele więcej można dodać. Po pierwsze, obecnie obowiązujące w Polsce przepisy są zgodne z prawem unijnym i nie sprzeciwiają się również gwarancji swobodnego opuszczenia jakiegokolwiek kraju, w tym własnego, zawartej w art. 2 protokołu czwartego do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Wynika to z faktu, iż w kolejnym ustępie protokół przewidział możliwość ograniczania tej swobody. Korzystanie z tej wolności może być ograniczone tylko w ustawie i tylko w sytuacji, kiedy jest to potrzebne ze względu na bezpieczeństwo państwowe i publiczne, utrzymanie porządku publicznego, zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia, moralności, praw i wolności innych osób[179]. Na treść powyższego przepisu powołał się Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w wyroku z 31 marca 2009 r. w sprawie A. E. przeciwko Polsce[180].

Normy odnoszące się do tego zagadnienia zawiera również omawiany już

---

[176] M. Gajownik, *Zakaz opuszczania…*, s. 129.

[177] G. Grzegorczyk, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego,* Warszawa 2008, s. 529; podobnie G. Grzegorczyk, J. Tylman, *Postępowanie karne*, Warszawa 2005, s. 509.

[178] M. Gajownik, *Zakaz opuszczania kraju…*, s. 129.

[179] Protokół nr 4 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, gwarantujących niektóre prawa i wolności inne niż zawarte w konwencji i w pierwszym protokole do konwencji, Strasburg, 16 września 1963 r.

[180] Wyrok Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 31 marca 2009 r. w sprawie A. E. przeciwko Polsce, skarga nr 14480/04, *Przegląd orzecznictwa europejskiego dotyczącego spraw karnych 2009*, nr 1-2, Biuro Studiów i Analiz – dział prawa europejskiego.

art. 4 ust. 1 oraz art. 27 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich[181]. Zgodnie z brzmieniem pierwszego z wymienionych artykułów, *„bez uszczerbku dla przepisów dotyczących dokumentów podróży, mających zastosowanie do krajowych kontroli granicznych, wszyscy obywatele Unii posiadający ważny dowód tożsamości lub paszport oraz członkowie ich rodziny, którzy nie są obywatelami jednego z* państw członkowskich*, lecz posiadają ważny paszport, mają prawo do opuszczenia terytorium państwa członkowskiego w celu odbycia podróży do innego państwa członkowskiego"*. Drugi z wymienionych artykułów ustanawia jednak od tej zasady pewne wyjątki. Zakłada on z pewnym zastrzeżeniem, że (ust. 1) *„państwa członkowskie mogą ograniczyć swobodę przemieszczania się i pobytu obywateli Unii i członków ich rodziny, bez względu na przynależność państwową, kierując się względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. Na względy te nie można się powoływać do celów gospodarczych"*, jak również, że (ust. 2) *"środki podjęte ze względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego muszą być zgodne z zasadą proporcjonalności i opierać się wyłącznie na indywidualnym zachowaniu danej osoby. Wcześniejsza karalność nie może sama w sobie stanowić podstaw do podjęcia takich środków*. *Indywidualne zachowanie danej osoby musi stanowić rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych. Nie są dopuszczalne uzasadnienia, które nie są bezpośrednio związane z danym indywidualnym przypadkiem lub opierają się na względach ogólnej prewencji".*

Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że zakaz opuszczania kraju jest w pełni zgodny z prawem unijnym i znajduje swoje uprawomocnienie zarówno w prawie pierwotnym, jak i w prawie wtórnym.

[181] Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniającej rozporządzenie (EWG) nr 1612/68, uchylającej dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG (Dz. U. L 158, s. 77 oraz sprostowania Dz. U. L 229, s. 35; Dz. U. L 197, z 2005 r., s. 34).

2.1.4. Poglądy judykatury i zapatrywania doktryny

W literaturze prawniczej rozważa się efektywność tego środka zapobiegawczego w kontekście wstąpienia Polski do strefy Schengen[182], umożliwiającej przekraczanie granic terytorialnych bez kontroli paszportowej. Z dniem 21 grudnia 2007 r. zostały zniesione kontrole na wewnętrznych, lądowych granicach Rzeczypospolitej Polskiej z Republiką Czeską, Republiką Litewską, Republiką Federalną Niemiec i Republiką Słowacką[183]. Zniesienie kontroli na wewnętrznych granicach umożliwiło obywatelom polskim swobodne poruszanie się pomiędzy krajami Strefy Schengen, jak również ułatwiło w znaczący sposób opuszczenie kraju.

Zdania doktryny odnośnie wpływu otwarcia granic na sens stosowania opisywanego środka zapobiegawczego są podzielone. Z jednej strony część autorów zwraca uwagę na osłabienie jego efektywności[184]. Inni przekonują, że zmianie uległy jedynie pewne okoliczności jego stosowania, ale *„nie można uznać, iż środek zapobiegawczy w postaci zakazu opuszczania kraju stracił w praktyce swoje znaczenie. Otworzenie granic nie oznacza, iż podejrzany, który złamał zakaz opuszczania kraju, będzie mógł swobodnie przemieszczać się po terytorium strefy Schengen. Rozbudowana sieć wymiany informacji, a także wzajemne zaangażowanie służb odpowiedzialnych za utrzymanie bezpieczeństwa na terytorium państw członkowskich, sprawia, że podczas kontroli, nawet rutynowej, zostaną wobec niego podjęte stosowne działania, przewidziane w zaakceptowanych przez państwa aktach prawnych”*[185].

Wydaje się, że problem ten nie jest możliwy do wyjaśnienia na płaszczyźnie teoretycznej, bowiem w świetle wymienionych wyżej przepisów nie zachodzą żadne przesłanki, które mogłyby wskazywać na osłabienie czy też utratę znaczenia omawianego tu środka zapobiegawczego.

Takie stanowisko potwierdza zresztą Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu, którego orzecznictwo trudno w tym zakresie przeceniać. Jak zauważa J. Grajewski, *„EKPC w połączeniu z orzecznictwem ETPC wywiera*

---

[182] Układ pomiędzy Rządami Państw Unii Gospodarczej Beneluksu oraz Republiki Federalnej Niemiec i Republiki Francuskiej, dotyczący stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach zawarty w Schengen 14 czerwca 1985 r., Dz. Urz. WE nr L 239, 9.12.2000 r.

[183] *„Monitor Polski”* z 31 grudnia 2007 r., nr 100.

[184] Por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. I: Komentarz do art. 1-296, P. Hofmański (red.), Warszawa 2007, s. 1245; S. Waltoś, *Polskie prawo karne procesowe – zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 446.

[185] M. Gajownik, *Zakaz opuszczania…*, s. 129.

wpływ na proces stosowania prawa karnego procesowego. Każdy organ procesowy musi bowiem uwzględniać standardy wypracowane w orzecznictwie strasburskim i nadawać takie znaczenie normom prawa karnego procesowego, które stosuje, aby respektowały one ów standard"[186].

2.2. Obowiązek posiadania ważnych dokumentów podróży

2.2.1. Paszport

W prawie polskim obowiązek posiadania paszportu w ruchu granicznym wynika z regulacji ustawy o paszportach z 13 lipca 2006 roku. Istota tego dokumentu wynika również z ustawy o cudzoziemcach z roku 1997. Jej art. 5, zgodnie z którym, *„aby cudzoziemiec uzyskał prawo do wjazdu na terytotium państwa polskiego powinien posiadać ważny paszport określający jego tożsamość"*[187]. Jedynie dokument podróży ważny w chwili okazania uprawnia do przekroczenia granic Polski i wjazdu na jej terytorium[188].

2.2.2. Środki niezbędne do utrzymania się

Zgodnie z art. 61 par. 1 ustawy, od cudzoziemca można także wymagać posiadania odpowiednich środków, które są niezbędne do jego utrzymania podczas pobytu na terytorium Polski. Jest to zastrzeżenie pragmatyczne. Wskazuje na chęć ochrony państwa przed koniecznością utrzymywania dodatkowej liczby osób z danym krajem dotychczas niezwiązanych i nieuiszczających świadczeń obywatelskich (podatki). Obowiązek ten jest szczególnie często egzekwowany w przypadkach przemieszczania się w celach edukacyjnych – studenci muszą wykazać posiadanie odpowiednich środków podstawowych.

2.2.3. Wiza

Unia Europejska prowadzi wspólną politykę wizową wobec innych państw, w tym wobec krajów ościennych. Państwa trzecie, których obywatele podlegają obowiązkowi wizowemu przy przekraczaniu granic zewnętrznych

---

[186] Ibidem, s. 22.

[187] B. Mielnik, *Status prawny cudzoziemców w RP,* (w:) B. Banaszak, A. Preisner, *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP,* Warszawa 2002, s. 232.

[188] Wydaje się, że mniejsze znaczenie ma ważność dokumentu podróży w przypadku opuszczania terytorium Polski, gdy miejscem docelowym jest kraj pochodzenia osoby wyjeżdżającej.

państw członkowskich, określa rozporządzenie rady (WE) nr 574/1999 z 12 marca 1999 r.[189]

Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich zawiera postanowienie (pkt 8 aktu), zgodnie z którym, *„aby ułatwić swobodne przemieszczanie się członków rodziny, którzy nie są obywatelami jednego z państw członkowskich, osoby posiadające już zezwolenie na pobyt powinny być zwolnione z obowiązku otrzymania wizy wjazdowej w rozumieniu rozporządzenia Rady (WE) nr 539/2001 z dnia 15 marca 2001 r. wymieniającego państwa trzecie, których obywatele muszą posiadać wizy podczas przekraczania granic zewnętrznych oraz te, których obywatele są zwolnieni z tego wymogu*[190]. Rozpocządzenie to zostało zmienione rozporządzeniem rady (WE) nr 2414/2001 z 7 grudnia 2001 roku[191] oraz rozporządzeniem rady (WE) nr 453/2003 z 6 marca 2003 r.[192] Wykładnia wymaga uwzględnienia postanowień obu aktów.

Artykuł 2 rozporządzenia zawiera definicję wizy, przez którą należy rozumieć zezwolenie udzielone lub decyzję podjętą przez państwo członkowskie, wymagane do wjazdu na jego terytorium w celu: (a) zamierzonego pobytu w tym lub w kilku państwach członkowskich, nie dłuższego niż trzy miesiące ogółem, (b) tranzytu przez terytorium tego lub kilku państw członkowskich, z wyjątkiem tranzytu w obrębie lotniska.

Zgodnie z brzmieniem art. 1 rozporządzenia obywatele państw trzecich wymienieni w załączniku I do tego rozporządzenia muszą posiadać wizę wjazdową, natomiast wymienieni w załączniku II obowiązku takiego nie mają. Należy zauważyć jednak, że od tak ogólnie określonych zasad zostały przewidziane pewne wyjątki. Wprowadziło je rozporządzenie rady (WE)

---

[189] Dz. U. L 72 z 18 marca 1999 r., s. 2-5.

[190] Rozporządzenie rady (WE) nr 539/2001 z 15 marca 2001 r. wymieniające państwa trzecie, których obywatele muszą posiadać wizy podczas przekraczania granic zewnętrznych oraz te, których obywatele są zwolnieni z tego wymogu

[191] Rozporządzenie rady (WE) nr 2414/2001 z 7 grudnia 2001 r., zmieniające rozporządzenie (WE) nr 539/2001, wymieniające państwa trzecie, których obywatele muszą posiadać wizy podczas przekraczania granic zewnętrznych państw członkowskich oraz te, których obywatele są zwolnieni z tego wymogu.

[192] Rozporządzenie rady (WE) nr 453/2003 z 6 marca 2003 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 539/2001 wymieniające państwa trzecie, których obywatele muszą posiadać wizy podczas przekraczania granic zewnętrznych oraz te, których obywatele są zwolnieni z tego wymogu, *„Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej"* z 13 marca 2003 r., nr L69/11, s. 133 i n.

nr 415/2003 z 27 lutego 2003 r. w sprawie wydawania wiz na granicy, w tym wydawania takich wiz marynarzom podróżującym tranzytem. Zgodnie z nim w pewnych okolicznościach w drodze odstępstwa od ogólnej zasady wydawania wiz przez placówki dyplomatyczne i konsularne, zgodnie z postanowieniami art. 12 ust. 1 konwencji wykonawczej do układu z Schengen z 14 czerwca 1985 r., podpisanej w Schengen 19 czerwca 1990 r. (tzw. konwencja z Schengen), obywatelowi państwa trzeciego, podlegającemu wymogowi posiadania wizy podczas przekraczania granic zewnętrznych państw członkowskich, wiza może wyjątkowo być wydana na granicy, jeżeli zostały spełnione poniższe warunki: a) osoba taka spełnia warunki przewidziane w postanowieniach art. 5 konwencji z Schengen; b) osoba taka nie miała możliwości wcześniejszego złożenia wniosku o wizę; c) osoba taka składa, w razie konieczności, dokumenty uzupełniające, uzasadniające nieprzewidywalne i bezwzględne powody wjazdu oraz d) zapewniony jest powrót takiej osoby do kraju jej pochodzenia lub tranzyt do państwa trzeciego.

W roku 2007 został zawarty szereg umów, mających na celu ułatwienia w wydawaniu wiz dla obywateli takich państw jak Albania, Bośnia i Hercegowina, Czarnogóra, Macedonia, Serbia i Mołdawia, Federacja Rosyjska. Na wspomnienie zasługują również umowy z krajami turystycznymi, takimi jak Antigua i Barbuda, Barbados, Mauritius, Bahamy, Seszele, Federacja Saint Kitts i Nevis o zniesieniu wiz krótkoterminowych, zawarte w roku 2009. Z kolei w 2011 roku Unia zawarła dwie umowy z Gruzją, pierwszą w sprawie ułatwień w wydawaniu wiz i drugą w sprawie readmisji osób przybywających nielegalnie. Przykładem porozumienia, wykraczającego poza lokalny kontekst, może być umowa z Federacyjną Republiką Brazylii w sprawie zniesienia wiz krótkoterminowych dla posiadaczy paszportów dyplomatycznych, służbowych lub urzędowych.

2.2.4. Ułatwienia – mały ruch graniczny

Mimo prowadzenia przez Unię Europejską ostrożnej polityki imigracyjnej, zgodzić się należy ze stwierdzeniem, że w jej interesie *„leży (…) zapewnienie, aby granice z państwami sąsiadującymi nie stanowiły 'muru' w postaci barier dla wymiany handlowej, kontaktów społecznych, współpracy kulturalnej czy regionalnej"*[193].

[193] J. Szymański, *Dwustronne umowy o małym ruchu granicznym państw członkowskich z krajami sąsiedzkimi elementem liberalizacji polityki wizowej UE,* (w:) M. Zdanowicz, A. Doliwa-Klepacka, *Wybrane aspekty wpływu członkostwa państw Europy*

Artykuł 35 rozporządzenia (WE) nr 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 15 marca 2006 r., ustanawiającego wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice, zwany kodeksem granicznym Schengen (Dz. U. L 105, s. 1) stanowi, że jego postanowienia pozostają bez uszczerbku dla przepisów Wspólnoty, dotyczących małego ruchu granicznego oraz dla obowiązujących umów dwustronnych o małym ruchu granicznym[194].

Tę ogólną normę na poziomie prawa unijnego uzupełniają postanowienia rozporządzenia (WE) nr 1931/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r., ustanawiające przepisy dotyczące małego ruchu granicznego na zewnętrznych granicach lądowych państw członkowskich i zmieniające postanowienia konwencji z Schengen[195]. Akt ten został wydany w odpowiedzi na potrzebę skonsolidowania ram prawnych Wspólnoty w zakresie granic zewnętrznych. Przepisy w nim zawarte stanowią odstępstwo od ogólnych norm regulujących kontrolę graniczną osób przekraczających zewnętrzne granice państw członkowskich Unii Europejskiej zawartych w kodeksie Schengen.

Zgodnie z postanowieniami art. 3 jako mały ruch graniczny należy rozumieć regularne przekraczanie zewnętrznej granicy lądowej przez osoby zamieszkujące strefę przygraniczną w celu pobytu w strefie przygranicznej drugiego państwa, na przykład ze względów społecznych, kulturalnych lub uzasadnionych powodów ekonomicznych lub ze względów rodzinnych, przez okres nieprzekraczający limitów czasu wskazanego w rozporządzeniu (zgodnie z art. 13 rozporządzenia określają je umowy dwustronne). Jako strefa przygraniczna została zdefiniowana strefa, która nie sięga dalej niż 30 kilometry od granicy.

Postanowienia te znacznie ułatwiają korzystanie ze swobody przemiesz-

---

Środkowo-Wschodniej na stosunki ze wschodnimi państwami ościennymi, Białystok 2009, s. 76.

[194] Więcej na ten temat, zob. J. Szymański, *Podstawowe instrumenty współpracy transgranicznej w ramach Rady Europy, „Białostockie Studia Prawnicze"*, 9/2012, s. 90-112; A. Doliwa-Klepacka, *Możliwości odstąpienia od reżimu wizowego przy przekraczaniu zewnętrznej granicy Unii Europejskiej, „Białostockie Studia Prawnicze"*, 9/2012, s. 142-158.

[195] Rozporządzenie (WE) nr 1931/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 grudnia 2006 r. ustanawiające przepisy dotyczące małego ruchu granicznego na zewnętrznych granicach lądowych państw członkowskich i zmieniające postanowienia konwencji z Schengen, *„Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej"*z 30 grudnia 2006 r., nr L405/1.

czania się i są podyktowane względami pragmatycznymi. Każdorazowe uzyskiwanie stosownych pozwoleń znacznie utrudniałoby działania we wszystkich sferach kontaktów między ludźmi – od wymiany gospodarczej poprzez stosunki rodzinne aż do wymiany kulturalnej.

2.2.5. Ograniczenia o charakterze szczególnym – ograniczenia w przemieszczaniu się żołnierzy zawodowych

Z art. 66 ustawy o powszechnym obowiązku obrony RP wynika, iż żołnierze w czynnej służbie wojskowej, planujący wyjazd i pobyt za granicą obowiązani są uzyskać zezwolenie Ministra Obrony Narodowej lub organu wojskowego przez niego upoważnionego. Tryb udzielania zezwoleń określa Minister Obrony Narodowej w drodze rozporządzenia. Podobnie kształtuje się sytuacja żołnierzy zawodowych (art. 51 ust. 1 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych). Jednakże żaden przepis zawarty w wyżej wymienionych ustawach nie określa przesłanek, którymi powinien kierować się organ rozstrzygający sprawę udzielenia żołnierzowi zezwolenia na wyjazd i pobyt za granicą. Materia ta została natomiast uregulowana w rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej w sprawie zasad i trybu uzyskiwania przez żołnierzy w czynnej służbie wojskowej zezwoleń na wyjazd i pobyt za granicą oraz właściwości organów wojskowych w tych sprawach.

Rzecznik Praw Obywatelskich, podejmując interwencję w tej sprawie, zwrócił uwagę na fakt, że konstytucyjna wolność przemieszczania się (art. 52 ust. 2 konstytucji) może podlegać jedynie ograniczeniom określonym w ustawie, przy zachowaniu rygorów wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Zaskarżone ustawy nie regulują samodzielnie wszystkich podstawowych elementów ograniczenia wolności konstytucyjnej, delegując upoważnienie do określenia ich w rozporządzeniu. W ten sposób naruszają one konstytucyjnie gwarantowaną zasadę wolności przemieszczania (art. 52 ust. 2 i 3 konstytucji). Skierował też stosowną skargę do Trybunału Konstytucyjnego o rozpatrzenie zgodności z Konstytucją RP wyżej wymienionych przepisów.

Zgodnie z komunikatem prasowym w sprawie zgodności z Konstytucją RP przepisów regulujących wydawanie zgody na wyjazd i pobyt za granicą żołnierzy w czynnej służbie wojskowej oraz żołnierzy zawodowych z 3 czerwca 2003 r. (sygn. K43/02) trybunał uznał, że ograniczenie praw obywatelskich żołnierzy wynika ze specyfiki pełnionych przez nich funkcji zawodowych. Na podstawie Konstytucji RP, członkowie sił zbrojnych mogą podlegać znacznie dalej idącym ograniczeniom swobód obywatelskich niż pozostali obywatele. W związku z tym ustanowienie wymogu każdorazowego uzyskania przez nich zezwolenia na wyjazd i pobyt za granicą jest dopuszczalne i uzasadnione.

Ograniczenie to nie jest nieproporcjonalne i nie narusza istoty prawa do swobodnego opuszczania terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 52 konstytucji).

Trybunał Konstytucyjny uznał także, że użycie w zaskarżonych artykułach pojęć o dużym stopniu nieostrości nie musi prowadzić do dowolności postępowania i poszerzania władzy dyskrecjonalnej organów wojskowych.

Rozdział IV

Prawo azylu i status uchodźcy jako regulacja odnosząca się do wolności przemieszczania się w sytuacjach szczególnych

1. Wprowadzenie

Jak słusznie wskazuje David Whittaker, pojęcia uchodźcy i azylanta są współcześnie słyszane na każdym kroku. Wystarczy włączyć serwisy informacyjne, aby uzyskać informację o kolejnej grupie ludzi pozbawionych miejsca bezpiecznego pobytu. Jednocześnie jednak *„znaczenie tych terminów podawanych w mowie potocznej jest niejasne, wieloznaczne, często podlega zawężeniu lub cenzurowaniu, a jego implikacje są szeroko dyskutowane. Po drugiej stronie tej definicyjnej trudności jest pełna strachu historia milionów ludzi w ruchu, w zgiełku i niebezpieczeństwie, pozbawionych naturalnego miejsca do życia z powodu konfliktów i prześladowań, którzy 'naciskają' nieubłaganie na 'osiadłe wspólnoty cywilizowanego świata"*[196]. Opisana sytuacja czyni z zagadnień prawnych niezwykle aktualny temat i wymaga poświęcenia szczegółowej uwagi. Problematyka ta, długo marginalizowana, wydaje się współcześnie zajmować centralne miejsce w dyskursie o rzeczywistym kształcie swobody przemieszczania się oraz kręgu osób faktycznie mogących z niej korzystać.

[196] D. Whittaker, *Asylum seekers and Refugees in the Contemporary World*, Routledge 2006, s. 1.

W niniejszym opracowaniu nie byłoby możliwe poświęcenie należytej uwagi wszystkim aspektom związanym z tą przybierającą na wadze problematyką. Omówienie ograniczy się zatem do wskazania podstaw prawnych oraz mechanizmów ochrony przewidzianych w prawie międzynarodowym, w prawie Unii Europejskiej oraz w krajowym porządku prawnym państwa członkowskiego, na przykładzie prawa polskiego.

Przed przystąpieniem do omówienia podstawowych regulacji prawnych, wyznaczających sytuację prawną jednostki (szczegółowe zagadnienia dotyczące strony proceduralno-organizacyjnej nie będą przedmiotem wywodu), należy zwrócić uwagę na bardzo ważne problemy terminologiczne, wynikające z różnorodnych reżimów prawnych, odnoszących się do ochrony uchodźców. Celnie scharakteryzował je M. Kowalski zauważając, że relacja pojęć „status uchodźcy" oraz „azyl" nie jest do końca jasna. *„Wyraźne rozróżnienie tych instytucji na gruncie prawa polskiego (art. 56 Konstytucji RP z 1997 r. i odrębna regulacja tych instytucji w ustawie o udzielaniu cudzoziemcom ochrony) należy na tle innych ustawodawstw do rzadkości. W obszarze współpracy międzynarodowej – zwłaszcza w UE – jak i w ustawodawstwach wewnętrznych wielu państw dochodzi do zlewania się tych pojęć i posługiwania się pojęciem azylu w wąskim znaczeniu związanym z przyznaniem statusu uchodźcy"*[197]. Autor słusznie podkreśla fakt, że na gruncie prawa międzynarodowego azyl w szerokim rozumieniu jest instytucją polegającą na *„udzieleniu przez dane państwo zezwolenia na wjazd i pobyt cudzoziemca na jego terytorium, zasadniczo z wykluczeniem ekstradycji"*[198]. Różnice pomiędzy prawem polskim oraz unijnym dają o sobie znać w szczególności w przypadku urzędowych tłumaczeń aktów prawa UE na język polski. Dochodzi w nich bowiem do niebezpiecznej niespójności terminologicznej. Stosują one, podobnie jak akty prawa UE, zamiennie pojęcia *„azyl", „wniosek azylowy", „status uchodźcy", „wniosek o nadanie statusu uchodźcy",* podczas gdy na gruncie prawa polskiego pojęcia te mają zupełnie odmienny zakres znaczeniowy[199].

[197] M. Kowalski, *Wyzwania ochrony cudzoziemców. Recenzja książki Jacka Chlebnego. Postępowanie w sprawie o nadanie statusu uchodźcy, „Forum Prawnicze"*, kwiecień 2012, s. 91.
[198] Ibidem, s. 91.
[199] Ibidem, s. 91.

2. Prawa uchodźców

2.1. Uwagi ogólne

W opracowaniu pochodzącym z 2004 roku autorzy T. J. Hatton i J. G. Williamson wskazywali na sześciokrotny wzrost liczby uchodźców na świecie (z ok. 2 mln na początku lat 70. XX wieku do 12 mln w roku opracowania)[200]. Ten ogromny wzrost wynika z dużej liczby prowadzonych konfliktów zbrojnych. Jeszcze nigdy w historii nie toczyło ich się tak wiele i jeszcze nigdy społeczność światowa nie miała o nich tak bezpośredniej wiedzy.

Zasadnicze znaczenie dla określenia zakresu wolności przemieszczania się ma charakter przynależności terytorialnej. Podstawową formą więzi prawnej łączącej jednostkę (osobę fizyczną) z państwem jest obywatelstwo[201]. Problem uchodźców dotyczy zatem legalizacji ich pobytu.

2.2. Rys historyczny

„W prawie międzynarodowym pojęcie 'uchodźca' definiuje się poprzez przyjmowanie określonych kryteriów, pozwalających zakwalifikować daną jednostkę do tej właśnie kategorii osób. Pierwsze próby definiowania pojęcia 'uchodźca' podjęła Liga Narodów. Jak zauważa B. Wierzbicki w okresie międzywojennym, na podstawie przyjętych umów międzynarodowych, ochroną objęto 7 kategorii uchodźców (uchodźcy rosyjscy, armeńscy, asyryjscy, asyryjsko-chaldejscy, tureccy, hiszpańscy, niemieccy i austriaccy)[202], stosując zawsze kryterium pochodzenia lub obywatelstwa oraz kryterium braku opieki dyplomatycznej ze strony jakiegokolwiek państwa"[203].

[200] T. J. Hatton, J. G. Williamson, *Refugees, Asylum Seekers and Policy in Europe, "IZA Discussion Paper"* No. 1230/July 2004, s. 1.

[201] Zob. J. Jegielski, *Obywatelstwo polskie. Zagadnienia podstawowe,* Warszawa 1998, s. 32.

[202] B. Wierzbicki, *Ewolucja pojęcia „uchodźca" w prawie międzynarodowym, „Państwo i Prawo"*, 1989, z. 11, s. 48.

[203] A. Florczak, *Uchodźcy w Polsce. Między humanitaryzmzm a pragmatyzmem,* Toruń 2003, s. 14-15.

Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że taki stan rzeczy nie uwzględniał osób bez przynależności państwowej, a także traktował zagadnienie uchodźstwa wąsko[204]. Sądzono wówczas, że problem ten uda się łatwo przezwyciężyć i w dłuższej perspektywie zupełnie zlikwidować. Rzeczywistość społeczno-polityczna, jaka stała się faktem po II wojnie światowej, zwłaszcza w świetle ogromnej liczby przemieszczonych ludzi, spowodowała konieczność *„wypracowania instrumentu definiującego pojęcie uchodźcy określającego w sposób generalny warunki, które muszą zostać spełnione, aby daną osobę uznać za uchodźcę"*[205].

Definicja przyjęta w pierwszych aktach międzynarodowych wiązała ściśle pojęcie uchodźcy z przynależnością państwową. Skomplikowane układy życia społecznego stworzyły jednak konieczność ustanowienia mechanizmów ochrony również dla osób niezwiązanych z żadnym konkretnym państwem (nieposiadających swojego kraju pochodzenia). Chodzi tu o szczególny przypadek apatrydy, czyli osoby nieposiadającej obywatelstwa (tzw. bezpaństwowiec). Jest to osoba, której żadne państwo nie uznaje za swojego obywatela. Dla przykładu apatrydą będzie osoba urodzona z rodziców, których państwo (wzgl. państwa) ojczyste uznają tylko nabycie obywatelstwa przez urodzenie się na ich terytorium (*ius soli*) w państwie uznającym tylko nabycie obywatelstwa przez urodzenie się z rodziców będących jego obywatelami (*ius sanguinis*). Sytuacja taka zakłada, że rodzice skorzystali z prawa przemieszczania się, a jego konsekwencją był brak nabycia obywatelstwa przez ich potomków.

2.3. Podstawy ochrony praw uchodźców w prawie praw człowieka

2.3.1. Uwagi ogólne

Współcześnie coraz większą rolę w ochronie uchodźców przypisuje się zobowiązaniom państw, wynikającym z traktatów normujących prawa człowieka. Jak podkreśla A. Florczyk, *„zobowiązania międzynarodowe przyjmowane w dziedzinie praw człowieka nie mają wyłącznie charakteru międzypaństwowego, lecz w znaczącym stopniu wpływają na kształtowanie pozycji prawnej jednostki w systemie prawa krajowego. (...) Katalog praw i wolności*

[204] P. Kourula, *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited*, Kluwer Law International 1997, s. 50.
[205] A. Florczak, op. cit., s. 15.

zagwarantowanych w dokumentach międzynarodowych przysługuje każdemu"[206]. W tym sensie prawo praw człowieka jawi się jako system uniwersalnej ochrony, jego wadą jest jednak brak jasnych procedur stosowania i organów kontrolnych.

Postanowienia z zakresu prawa uchodźczego wyrażone wprost lub w sposób dorozumiany[207] zawierają takie akty prawa międzynarodowego praw człowieka, jak:

(a) Powszechna deklaracja praw człowieka,

(b) Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych,

(c) Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych,

(d) Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Pierwsze trzy z wymienionych aktów mają zasięg uniwersalny (system ochrony wypracowany przez ONZ), natomiast ostatni ma charakter regionalny (system ochrony Rady Europy).

Jak słusznie podkreśla M. Kowalski *„ochrona uchodźców powinna być rozumiana jako prawne gwarantowanie podstawowych praw człowieka tym jednostkom, które opuściły swoje państwo pochodzenia w obliczu zagrożenia prześladowaniem, czyli w sytuacji, w której państwo pochodzenia nie wywiązało się z obowiązku ochrony jednostki w ramach swojej jurysdykcji. W tym rozumieniu ochrona uchodźców stanowi element uzupełniający, podsystem systemu ochrony praw człowieka nastawionego generalnie na gwarantowanie praw człowieka jednostkom znajdującym się pod jurysdykcją swojego państwa pochodzenia"*[208].

Postanowienia, odnoszące się do wolności przemieszczania się, zostały omówione w rozdziale I. Bardziej szczegółowe postanowienia, odnoszące się do uchodźców, zostały zawarte w czwartym z wymienionych aktów. Wymagają one w tym miejscu bardziej szczegółowej charakterystyki.

---

[206] A. Florczak, op. cit., s. 150; zob. I. Rzeplińska, *Cudzoziemcy w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka,* (w:) *Szkoła praw człowieka. Teksty wykładów,* z. 5, Warszawa 1998, s. 116.

[207] Zarówno Powszechna deklaracja praw człowieka, jak również oba międzynarodowe pakty, zawierają postanowienia ogólne, potwierdzające prawa i wolności, przysługujące każdemu człowiekowi, a więc również uchodźcom.

[208] M. Kowalski, *Europejska Konwencja Praw Człowieka a ochrona uchodźców,* (w:) C. Mik, *Prawa człowieka w XXI wieku. Wyzwania dla ochrony prawnej. Ogólnopolska Konferencja Prawnicza, Radziejowice 21-22 czerwca 2004 r.,* Toruń 2005, s. 197-198.

2.3.2. Powszechna deklaracja praw człowieka

Zgodnie z jej art. 14 każdy człowiek ma w miarę prześladowania prawo do ubiegania się i korzystania z azylu. Sadako Ogata interpretowała ten przepis jako najwcześniej wyrażoną podstawę ochrony osób poszkodowanych w wyniku działań wojennych, która następnie została rozwinięta w działalności Komitetu Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych oraz przyjętej w 1951 roku konwencji genewskiej. Gwarancja wyrażona w Powszechnej deklaracji stała się w ten sposób normą spinającą ochronę uchodźców z systemem gwarancji praw człowieka[209].

W tym sensie, jak słusznie zauważył G. Noll, *„w uniwersalnym prawie międzynarodowym nie ma identycznie lub nawet podobnie brzmiącego 'następcy' art. 14 Powszechnej deklaracji praw człowieka"*[210]. Autor przekonuje, że podniesienie tego artykułu do rangi zobowiązania międzynarodowego (a nie jedynie deklaracji) skutkowałoby znacznym wzmocnieniem ochrony osób poszkodowanych. Jego zdaniem jednak nie jest to możliwe, dopóki zdania doktryny na temat charakteru zobowiązania wynikającego z Powszechnej deklaracji są podzielone.

Wyważone stanowisko w tej sprawie zaprezentowała C. Skran[211]. Zdaniem autorki, art. 14 Powszechnej deklaracji praw człowieka (UDHR) określa prawo *„do poszukiwania, i korzystania z azylu w innych krajach, jako ochrony przed prześladowaniami"*. Jak każde prawo człowieka, niezależnie od tego, czy uzna się je za prawnie wiążące, czy też nie, może być przywoływane przez jednostkę (uprawnionego), gdy zajdzie taka potrzeba. Jak zauważa Skran, taka szeroka interpretacja art. 14 jest często kwestionowana, jednakże nie ma to wpływu na fakt posiadania przez nią statusu normy prawnej we współczesnym prawie międzynarodowym. Omawianie tego zagadnienia wykracza poza ramy tego opracowania, można jednak przyrównać ją do *lex imperfecta* – normy pozbawionej jakiejkolwiek sankcji, z tym zastrzeżeniem, że jako sankcja za jej nieprzestrzeganie musi być brana pod uwagę możliwa krytyka ze strony społeczności międzynarodowej. Niezależnie od tego, należy jednak

---

[209] S. Ogata, *Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights: the Risk to Seek Asylum,* (w:) *Reflections on Universal Declaration of Human Rights*. *A Fiftieth Anniversary Anthology,* Haga 1998, s. 217.

[210] G. Noll, *Nagotiating Asylum. The EU Aquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, Drodrecht 2000, s. 358.

[211] C. Skran, *Historical Developtment of International Refugee Law*, (w:) A. Zimmermann, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary,* Oxford 2011, s. 18 i n.

zwrócić uwagę, że również z samej normy nie wynika jakakolwiek gwarancja sformalizowanej postaci azylu lub miejsca stałego pobytu w państwie przyjmującym. Artykuł 14 stanowi jednak podstawę dla działań innych państw wobec kraju, który systematycznie odmawia ochrony uchodźców przed prześladowaniami. W tym sensie, jako minimalny zakres ochrony można z niego wyinterpretować nakaz ochrony uchodźców znajdujących się już w obcym państwie przed wydaleniem na tereny, na których grożą im prześladowania.

W trudniejszej sytuacji wydają się zatem znajdować uchodźcy, którzy dopiero przybywają na granicę obcego państwa i starają się o uzyskanie azylu. Podstawowe pytania, które – zdaniem C. Skran – należałoby zadać, są następujące: czy osoba taka ma prawo do wjazdu, czy może domagać się rozpatrzenia swojego wniosku o przyznanie azylu i wreszcie, czy zawsze może korzystać z prawa pobytu, jeżeli jego obawa przed prześladowaniem okaże się uzasadniona? W odpowiedzi autorka przychyla się do stanowiska, że brzmienie art. 14 Powszechnej Deklaracji praw człowieka oraz charakter zagwarantowanego tam prawa (prawo człowieka) przemawia za słusznością udzielenia pozytywnej odpowiedzi. Jako dodatkowy argument podaje ona fakt, że pojęcie „korzystania z prawa człowieka" składające się na treść tego przepisu ma już jednoznacznie ukształtowane znaczenie w poprzednich aktach prawnych ustanawiających prawne standardy ochrony uchodźców. Jednakże – jak podaje Skran – historia powstania deklaracji otwiera pole dla odmiennych interpretacji. Jej zdaniem jednak prace przygotowawcze nad art. 14 powinny być ujmowane w kontekście planowanego opracowania konwencji w sprawie uchodźców, przyjętej kilka lat później. Ta perspektywa nakazuje rozumieć treść art. 14 bezpośrednio, zgodnie z brzmieniem zawartych w niej sformułowań. Jakkolwiek bowiem niektórzy członkowie ONZ chcieli możliwie najszerszego ograniczenia prawa do azylu, to nie ma przekonujących dowodów na to, że art. 14 chciano pozostawić jako normę bez żadnego zakresu zastosowania. Bardziej przekonujące wydaje się rozumienie omawianej gwarancji w kontekście całości celów deklaracji i działań wspólnoty międzynarodowej do uregulowania tej problematyki w osobnym dokumencie.

Podsumowując swoje refleksje Skran zauważa, że art. 14 nie konstytuuje prawa człowieka do azylu *de facto*, ale ogranicza się do prawa do ubiegania się i uzyskania tymczasowej ochrony praw człowieka w innych krajach niż kraj pochodzenia. Deklaracja nie formułuje *de jure* prawa do azylu w postaci sformalizowanej.

Zwrócić należy również uwagę za autorką na fakt, że historia powstania konwencji z 1951 roku nie jest ściśle związana z treścią art. 14 deklaracji, który nie został w niej przywołany. Powiązania pomiędzy wskazanymi aktami

są jedynie konstruowane przez zwolenników „uniwersalnej" definicji uchodźcy.

2.3.3. Prawo uchodźców na podstawie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności

Najważniejsze znaczenie z punktu widzenia omawianej tu problematyki prawa uchodźców ma w świetle Konwencji Europejskiej art. 2 oraz art. 4 protokołu czwartego[212].

Zgodnie z art. 2 (pkt 1) każdy, kto przebywa legalnie na terytorium państwa, ma prawo do swobodnego poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania na jego terytorium, jak również (pkt 2) może swobodnie opuścić jego granice, a (pkt 3) prawa mogą być ograniczane wyłącznie w ustawie jedynie wywczas, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie ze względu na jego bezpieczeństwo, porządek publiczny, zapobieganie przestępczości, ochronę zdrowia lub moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Natomiast art. 4 protokołu stanowi, że zabrania się zbiorowego wydalania cudzoziemców[213].

Wymienione przepisy stanowią normatywną ramę dla postanowień protokołu siódmego, zawierającego gwarancje proceduralne dla cudzoziemców. W jego art. 1 wskazano, że (pkt 1) cudzoziemiec legalnie przebywający na terytorium jakiegokolwiek państwa nie może być zeń wydalony, chyba, że w wyniku decyzji podjętej zgodnie z ustawą i winien mieć możliwość: (a) przedstawienia racji przeciwko wydaleniu, (b) rozpatrzenia jego sprawy, (c) bycia reprezentowanym dla tych celów przed właściwym organem albo osobą lub osobami wyznaczonymi przez ten organ. Ponadto (pkt 2) cudzoziemiec może być wydalony, bez uprzedniego wykorzystania swoich praw wymienionych w ustępie 1a, b, c niniejszego artykułu, jeśli jest to konieczne

[212] Protokół nr 4 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności przyjęto 16 września 1963 r., wszedł w życie 2 maja 1968 r. Polska podpisała go 14 września 1992 r., ratyfikowała zaś 10 października 1994 r. (Dz. U. nr 36 poz. 175, z 1995 r.). Por. A. Florczak, op. cit., s. 157 i przywołana tam literatura.

[213] Pod pojęciem „wydalenia zbiorowego" Europejska Komisja Praw Człowieka rozumie *„jakiekolwiek działania właściwych władz w celu zmuszenia cudzoziemców jako grupy do opuszczenia kraju, z wyjątkiem sytuacji, w której działania takie zostały podjęte po należytym i bezstronnym zbadaniu konkretnego przypadku każdego pojedynczego cudzoziemca z tej grupy"* (skarga nr 7011/75 dot. grupy wietnamskich dzieci wydalonych z Danii po zakończeniu wojny w ich kraju pochodzenia, cyt. za: A. Florczak, op. cit., s. 157).

z uwagi na porządek publiczny lub uzasadnione względami bezpieczeństwa państwowego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z przywołanymi przepisami, ochrona przed zawróceniem obejmuje jedynie osoby legalnie przebywające na terytorium państwa. Pozostawia to szeroki margines swobody ocen państwu-stronie. Jak podnosi się w literaturze *„państwo nie może (jednak) wydalić cudzoziemca, jeżeli groziłoby mu nieludzkie lub poniżające traktowanie, karanie bądź tortury w kraju przeznaczenia, nawet wtedy, gdy w grę wchodzą względy bezpieczeństwa państwa,* (co oznacza, że) *ochrona wynikająca z art. 3 EK jest szersza niż ochrona zagwarantowana na podstawie art. 32 i 33 Konwencji Genewskiej o statusie uchodźców"*[214].

W przypadkach wydalenia trybunał rozważał również możliwość naruszenia art. 3 konwencji (zakaz tortur). Okolicznością braną pod uwagę jest ryzyko narażenia osoby odsyłanej na tortury, nieludzkie lub poniżające traktowanie albo karanie. W decyzjach organu sądowego możliwa jest do zaobserwowania ostrożność w uznawaniu zasadności obaw skarżących przed wystawieniem ich na niebezpieczeństwo tortur lub innego nieludzkiego traktowania. Na podstawie wątpliwej argumentacji skarżących trybunał odmówił zasadności skargom m.in. w sprawach Cruz Varas i inni przeciwko Szwecji[215], Vilvarajah i inni przeciwko Wielkiej Brytanii[216], Vijayanathan i Pudoarajah przeciwko Francji[217].

Z ciekawym dylematem musiał zmierzyć się trybunał w sprawie Chalal przeciwko Wielkiej Brytanii[218]. W sprawie tej stwierdzono, że skarżący, znany działacz sikhijskich separatstów, wydalony do Indii, faktycznie zostałby narażony na tortury i nieludzkie traktowanie. Jednocześnie strona pozwana wskazywała, że Chalal stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa (działalność terrorystyczna). Trybunał zajął zdecydowane stanowisko, zgodnie z którym art. 3 zapewnia absolutną ochronę przed nieludzkim traktowaniem,

[214] A. Florczak, op. cit., s. 159.

[215] Orzeczenie z 20 marca 1991 r., A.201; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 7 czerwca 1990 r., skarga nr 15576/89; zob. M. A. Nowicki: *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo, Tom 2, Prawo do życia i inne prawa,* Zakamycze 2002.

[216] Orzeczenie z 30 października 1991 r., A.215, raport Komisji Praw Człowieka z 8 maja 1990 r., skargi nr 13163/87, 13164/87, 13165/87 i 13447/87 oraz 13448/87.

[217] Orzeczenie z 27 sierpnia 1992 r., A.241-B, raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 5 września 1991 r., skarga nr 17550/90 i 17825/91.

[218] Orzeczenie z 15 listopada 1996 r., RJD 1996-V; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 27 czerwca 1995 r., skarga nr 22414/93.

niezależnie od tego, czy dalsze przebywanie cudzoziemca na terytorium państwa przyjmującego jest związane z bezpośrednim zagrożeniem dla jego porządku publicznego czy bezpieczeństwa. W sprawie Nsona przeciwko Holandii[219] *„Trybunał przedstawił zasady wynikające z dotychczasowego orzecznictwa: (1) państwa mają prawo, zgodnie z ustalonymi zasadami prawa międzynarodowego i z uwzględnieniem ich obowiązków traktatowych łącznie z art. 3 Konwencji, kontroli wjazdu, pobytu i wydalenia cudzoziemców, (2) wydalenie lub usunięcie przez państwo-stronę obcokrajowca może rodzić problem na tle art. 3, i w związku z tym powodować odpowiedzialność tego państwa na podstawie Konwencji, jeśli istnieją poważne podstawy do uznania, że dana osoba znajdzie się w sytuacji rzeczywistego ryzyka tortur, nieludzkiego i poniżającego traktowania lub karania w kraju, do którego ma wrócić, (3) jeśli istota odpowiedzialności państw-stron na podstawie art. 3 w tych sprawach wynika z narażenia na ryzyko złego traktowania, jego istnienie musi być ustalone w pierwszej kolejności w związku z faktami, które były lub powinny być znane państwu w okresie wydalenia; Trybunał może jednak uwzględnić również informacje ujawnione po wydaleniu, może to mieć znaczenie przy ocenie słuszności opinii państwa dotyczącej obaw skarżącego; (4) złe traktowanie musi osiągnąć minimalny poziom, aby mogło być objęte zakresem art. 3; jego granice są względne oraz uzależnione od natury i okoliczności złego traktowania, metody działania, okresu, skutków fizycznych i psychicznych, jak również w niektórych wypadkach płci, wieku i stanu zdrowia ofiary"*[220].

2.3.4. Konwencja Genewska

2.3.4.1. Pojęcie „uchodźcy"

Pojęcie uchodźcy posiada odmienne znaczenie w języku potocznym oraz języku prawnym i prawniczym. Zgodnie z rozumieniem potocznym, uchodźcą jest osoba, która została zmuszona opuścić teren, na którym mieszkała i wyemigrować ze względu na zagrożenie życia, zdrowia, bądź wolności. Mogą decydować o tym różne powody – najczęściej polityczne (np. walki zbrojne), religijne (np. prześladowania) lub naturalne (np. klęski żywiołowe). Wyczer-

[219] Orzeczenie z 28 listopada 1996 r., RJD 1996-V; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 2 marca 1995 r., skarga nr 23366/94.

[220] M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo,* t. 2, *Prawo do życia i inne prawa,* Zakamycze 2002, s. 143, por. B. Mensah, *European Human Right Case Summaries*, London 2002, s. 693.

pująca charakterystyka pojęcia „uchodźcy" w aktach prawa międzynarodowego wymaga uwzględnienia takich okoliczności, jak: (a) przesłanki nadania statusu „uchodźcy", (b) przesłanki negatywne, wyłączające możliwość przyznania tego statusu, (c) przesłanki ustania statusu „uchodźcy".

2.3.4.2. Przesłanki nadania

Zgodnie z definicją zawartą w Konwencji Genewskiej (konwencja dotycząca statusu uchodźców z 1951 roku) zmienionej następnie protokołem nowojorskim z 1967 roku przez *„uchodźcę"* należy rozumieć osobę, która przebywa poza krajem swojego pochodzenia i posiada uzasadnioną obawę przed prześladowaniem w tym kraju ze względu na rasę, religię, narodowość, poglądy polityczne lub przynależność do określonej grupy społecznej. Nie jest zatem uchodźcą w rozumieniu konwencji *„osoba, która opuszcza swój kraj z powodów złych warunków ekonomicznych, w poszukiwaniu pracy czy prowadzenia handlu"*[221].

Centralnym zagadnieniem definicji uchodźcy jest powiązanie możliwości przyznania takiego statusu z faktem przynależności państwowej. Jedynie nieliczne kraje jednoznacznie opowiedziały się za możliwością uznania statusu uchodźcy dla osoby, która nie posiada przynależności narodowej[222]. Widać to wyraźnie m.in. w funkcjonującym w literaturze przedmiotu rozróżnieniu na *„uchodźców wewnętrznych"* i *„zewnętrznych".* Pierwsza z wymienionych grup odnosi się do osób, które musiały opuścić miejsce swojego dotychczasowego zamieszkania i ukrywają się na terenie własnego kraju.

2.3.4.3. Przesłanki odmowy nadania statusu uchodźcy

Zgodnie z art. 1D, E i F konwencji pewne grupy osób nie mogą korzystać z ochrony na gruncie prawa uchodźczego. Można dokonać ich podziału z uwagi na kategorie w zależności od powodu wyłączenia. Definicja „uchodźcy" zgodna z postanowieniami konwencji w pierwszej kolejności nie obejmuje:

a) osób, które aktualnie korzystają z ochrony lub pomocy organów lub agencji Narodów Zjednoczonych innych niż Wysoki Komisarz Narodów Zjed-

[221] H. Grzymała-Moszczyńska, *Uchodźcy. Podręcznik dla osób pracujących z uchodźcami,* Kraków 2000, s. 15.

[222] Zob. A. C. Helton, P. Birchenough, *Forced Migration in Europe*, 20 Fletcher Forum of World Affairs 89, 91-92 (1996).

noczonych do spraw Uchodźców. Z chwilą gdy taka ochrona lub pomoc zostanie z jakiejkolwiek przyczyny wstrzymana, osoby te *ipso facto* będą korzystały z dobrodziejstw niniejszej konwencji, mimo że ich położenie nie zostało ostatecznie uregulowane zgodnie ze stosownymi rezolucjami przyjętymi przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych (art. 1D).

b) osoby uważanej przez właściwe władze państwa, w którym ta osoba się osiedliła, za mającą prawa i obowiązki związane z posiadaniem obywatelstwa tego państwa (art. 1E).

Są to zatem te kategorie osób, które nie wymagają pomocy, ponieważ ich sytuacja została już ustabilizowana. Inna podstawa ma miejsce w przypadku wyłączenia osób wymienionych w art. 1F. Zgodnie z postanowieniami tego artykułu postanowienia nie mają zastosowania do osoby, w stosunku do której istnieją poważne podstawy, aby sądzić, że:

a) dokonała zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennej lub zbrodni przeciwko ludzkości w rozumieniu aktów międzynarodowych opracowanych dla ustanowienia przepisów odnoszących się do tych zbrodni:

b) dokonała poważnej zbrodni o charakterze niepolitycznym poza państwem, które ją przyjęło, przed uznaniem jej za uchodźcę;

c) jest winną czynów sprzecznych z celami i zasadami Narodów Zjednoczonych.

Istnieje zatem możliwość wystąpienia takiej sytuacji, gdy osoba kwalifikuje się do jednej z grup, którym należy przyznać status uchodźcy i związaną z tym ochronę, jednakże zachodzą inne okoliczności, które wyłączają możliwość przyznania jej takiego statusu. Raport Europejskiego Komitetu Uchodźców wskazuje, że druga z wymienionych przyczyn (podejrzenie popełnienia czynów bezprawnych) nie jest zbyt często stosowana, nawet jeżeli zachodzą okoliczności uzasadniające powołanie się na nią[223].

2.3.4.4. Przesłanki ustania

Tzw. „klauzule ustania" zapisane zostały w art. 1C Konwencji Genewskiej. Określają one warunki, w których osoba uznana za uchodźcę, przestaje nim być. Zgodnie z tymże artykułem, dana osoba nie ma już prawa do korzystania ze statusu uchodźcy, jeżeli:

a) dobrowolnie zwróciła się ona ponownie o ochronę do państwa, którego jest obywatelem,

b) utraciwszy swoje obywatelstwo ponownie dobrowolnie je przyjęła, lub

[223] Zob. *European Council on Refugees and Exiles*, ECRE Country Report 2003: Synthesis (2003), http://www.ecre.org/files/01.%20Synthesis.pdf.

c) przyjęła nowe obywatelstwo i korzysta z ochrony państwa, którego obywatelstwo przyjęła,

d) ponownie dobrowolnie osiedliła się w państwie, które opuściła lub poza którego granicami przebywała z powodu obawy przed prześladowaniem,

e) nie może dłużej odmawiać korzystania z ochrony państwa swojego obywatelstwa, albowiem ustały warunki, w związku z którymi została uznana za uchodźcę,

f) jest osobą, która nie mając żadnego obywatelstwa może powrócić do państwa, w którym miała poprzednio stałe miejsce zamieszkania, ponieważ przestały istnieć okoliczności, w związku z którymi została uznana za uchodźcę.

Jak zauważa A. Florczak *„pierwsze cztery klauzule dotyczą sytuacji spowodowanych przez samego uchodźcę i zakładają warunek dobrowolności ze strony uchodźcy. Ostatnie dwie z wymienionych klauzul opierają się na założeniu, że sytuacja w kraju pochodzenia uległa zmienie na tyle, że uchodźca nie powinien żywić już obawy przed prześladowaniem. Zgodnie z Konwencją, postanowień punktu 5 i 6 nie stosuje się do uchodźcy, 'który może powoływać się na przekonywające powody związane z poprzednimi prześladowaniami, uzasadaniające jego odmowę korzystania z ochrony państwa, którego obywatelstwo posiada' lub w którym miał poprzednio swoje stałe miejsce zamieszkania. Wprowadzenie do Konwencji takiego zastrzeżenia wydaje się niezwykle trafne, gdyż osoby prześladowane mogą posiadać trwałe urazy psychiczne, z powodu których nawet w przypadkach zasadniczej zmiany reżimu w kraju pochodzenia nie będą w stanie do niego powrócić"*[224].

2.3.4.5. Postulaty zmiany definicji „uchodźcy" i zasad nadawania tego statusu

We współczesnym dyskursie prawniczym rozważa się możliwość wprowadzenia zmian zarówno w samej definicji „uchodźcy", jak również przesłanek nadawania określonej osobie tego statusu. Zaproponowano między innymi, aby zastanowić się nad zasadnością zmiany redakcji przepisu definiującego pojęcie „uchodźcy" i zastąpienia wyrażenia „kraj pochodzenia" kategorią tzw. potencjalnej przynależności (np. Serbowie z Kosowa jako posiadający potencjalną przynależność do Serbii). W przypadkach nieokreślonego pochodzenia

[224] A. Florczak, op. cit., s. 21-22.

w chwili obecnej stosowana jest bowiem tzw. klauzula wstrzymania (*cessation of refugee status* lub *cessation clausel*)[225]. W wielu wypadkach generalna niestabilność jakiegoś kraju nie była wystarczającą przesłanką niezastosowania klauzuli o wstrzymaniu lub ustaniu statusu uchodźcy[226].

Ponadto rozważenia wymaga stosowalność klauzuli ustania. W literaturze podkreśla się bowiem, że nie powinna być ona stosowana automatyczne i następować zawsze w związku z ustaniem pierwotnej przyczyny nadania tego statusu. W literaturze przedmiotu rozważany jest bowiem tzw. wyjątek od klauzuli ustania[227]. Jest to taka sytuacja, gdy mimo ustania powodów pierwotnego przyznania statusu uchodźcy, zachodzą uzasadnione powody ubiegania się o taką ochronę ze strony innego państwa[228]. Konwencja ogranicza możliwość ubiegania się o taki status jedynie do wymienionych przez nią przypadków.

2.3.4.6. Funkcja definicji uchodźcy w prawie międzynarodowym

Z ogólnego punktu widzenia definicja „uchodźcy" w prawie międzynarodowym jest definicją kompleksową. Wymaga ona, aby osoba, jej pochodzenie oraz jej obecna sytuacja spełniały jednocześnie kryteria inkluzywne i ekskluzywne. Jej ogólność powoduje jednak, że jest ona podatna na elastyczną interpretację, nie zawsze na korzyść osób wymagających ochrony. Wydaje się, że jej wykładnia powinna w pierwszej kolejności mieć na względzie cel i przedmiot ochrony konwencji, a dopiero w drugiej kolejności odwoływać się do zasad międzynarodowego prawa zwyczajowego.

Jak zauważa W. T. Worster, definicja uchodźcy z konwencji ma charakter zawężający i wciąż brakuje przejrzystych zasad jej stosowania oraz organów, będących w stanie przeprowadzić skuteczną kontrolę w tym zakresie. W literaturze powszechnie akceptuje się jedynie pogląd, zgodnie z którym w zwyczajowym prawie międzynarodowym brakuje definicji uchodźcy, bowiem została ona sformułowana jedynie w prawie traktatowym[229]. Podkreśla się, że

[225] Por. R. Bonoan, *Cessation of Refugee Status: a Guide for Determining when Internal Displacement Ends?* FMR Review No. 17, s. 8-9.

[226] Por. Wyrok Bundesverfassungsgericht (BVerfG) z 23 lipca 2004 r. w sprawie nr 2 BvR 1056/04.

[227] Zob. m.in.: D. Milner, *Exemption from Cessation of Refugee Status in the Second Sentence of Article 1C(5)/(6) of the 1951 Refugee Convention*, *"International Journal of Refugee Law"*, Vol. 16, Issue 1/2004, s. 91-107.

[228] Por. W. T. Worster, *The Evolving Definition of the Refugee in Contemporary International Law, "Berkeley Journal of International Law"*, Vol. 30/2012, s. 7.

[229] R. Plender: *International Migration Law,* Dodrecht 1988.

przyznawanie ochrony ofiarom wojny, wojny domowej lub innego typu przemocy w dalszym ciągu wyłącznie nie jest regułą i pozostaje rodzajem *„życzeniowego myślenia prawnego”*[230]*.* W swoim opracowaniu Worster przytacza również stanowisko Amerykańskiego Towarzystwa Prawa Międzynarodowego, które wyraziło pogląd, że jedyną podstawą ubiegania się o jakąkolwiek ochronę jest w dalszym ciągu tylko Konwencja Genewska, co stawia osoby poszkodowane w nienajlepszym położeniu ze względu na różnice pomiędzy deklaracjami, a faktyczną realizacją wyrażonych w niej standardów[231].

Istotnym problemem na gruncie konwencji jest niemożność zapewnienia ochrony osobom o zbliżonym statusie, które jednak z jakichkolwiek względów nie kwalifikują się jako uchodźcy. Należy ponadto zwrócić uwagę na fakt, że w akcie końcowym konferencji genewskiej zawarta została rekomendacja, zachęcająca państwa, aby rozszerzyć grupy beneficjentów jej postanowień również na osoby nie kwalifikujące się w ramach wąskich definicji konwencji dotyczącej statusu uchodźców. Tego typu oświadczenie może być rozumiane jako swoiste wezwanie do dokonania zmian i opracowania tego problemu w przyszłości. Jak dotychczas to jednak nie nastąpiło[232].

2.3.4.7. Zasada *non-refloument* jako podstawowy instrument ochrony

Zasada *non-refoulment* została bezpośrednio wyrażona w art. 33 Konwencji Genewskiej. Zaliczana jest do podstawowych środków ochrony uchodźców. Zgodnie z jej treścią, żadne umawiające się państwo, nie wydali i nie zawróci w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne. W literaturze wskazuje się, że zasada ta ma dwojakie znaczenie praktyczne. Z punktu widzenia państwa-adresata wniosku o przyznanie

[230] B. Nagy, *Is There a Need for Subsidiary Protection in Europe? A View from a Candidate Country*, (w:) D. Bouteillet-Paquet (red.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Bruksela 2002, s. 95-116; P. Kourula: *Broadening the Edges: Refugee Definition and International Protection Revisited*, Martinus Nijhoff Publishers 1997.

[231] Proceedings of the Eighty-Fifth Annual Meeting of the American Society of International Law, dostępne na: http://heinonline.org.

[232] Więcej na temat historii ustanowienia Konwencji Genewskiej oraz problemów dotyczących jej stosowania, zob. M. Kowalski, *Pomiędzy uznaniowością a zobowiązaniem: podstawy prawno-międzynarodowej ochrony uchodźców, „Politeja“* 1(5)/2006, s. 430 i nn.

statusu uchodźcy oznacza z jednej strony zakaz cofnięcia lub wydalenia cudzoziemca, z drugiej zaś obowiązek przyjęcia uchodźcy na granicy w celu rozpatrzenia zasadności wniosku o nadanie statusu uchodźcy[233]. W praktyce występuje jednak dwojaka interpretacja: wąska, zgodnie z którą znajduje ona zastosowanie jedynie do osób, znajdujących się na terytorium państwa-strony za zgodą jego władz[234]; szeroka, która obejmuje także tych, którzy znaleźli się na granicy państwa[235]. Oznacza to, że państwo związane konwencją nie jest zobowiązane do rozpatrywania wszystkich wniosków o przyznanie statusu uchodźcy, składanych przez osoby, które znalazły się na jego granicy i tym samym może ono bez naruszenia omawianej tu zasady „niezawracania" odmówić wszczęcia procedur, o ile oczywiście cofnięcie nastąpi do kraju, w którym danej osobie nie zagraża którekolwiek z wymienionych w traktacie niebezpieczeństw (przekazanie do kraju tranzytowego, w którym również wcześniej mogli złożyć stosowny wniosek)[236]. Jednocześnie jednak, zgodnie z art. 31 konwencji, umawiające się państwa zobowiązały się do nienakładania kar za nielegalny wjazd lub pobyt na uchodźców przybywających bezpośrednio z terytorium, na którym zagraża mu niebezpieczeństwo.

2.4. Ochrona uchodźców w prawie Unii Europejskiej

2.4.1. Uwagi ogólne

Powiększenie Unii wymusiło rozpoczęcie rozmów nad wprowadzeniem nowej, wspólnej polityki emigracyjnej w poszczególnych państwach. Należy zaznaczyć, że środki takie nie zostały podjęte ani w roku 1995, gdy do Unii dołączyły Austria, Szwecja oraz Finlandia, ani w roku 2004, gdy przyłączyła się Malta oraz Cypr.

Istnieją co najmniej trzy kierunki imigracji do Europy. Po pierwsze wskazać należy pozostałości państw kolonialnych. Szczególne relacje, w jakich pozostają kraje, będące satelitami dawnego kolonizatora. Wymienić tu można

[233] A. Florczak, op. cit., s. 146.

[234] Wąska interpretacja zasady „niezawracania" jest interpretowana jako metoda ograniczania napływu emigrantów, ograniczająca zobowiązania państwa jedynie do tych osób, którym zezwolono na wjazd, por. B. Wierzbicki: *Sytuacja prawna uchodźcy w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka,* Białystok 1993, s. 67.

[235] Problem ten wskazany wcześniej (w:) L. Wiśniewski, *Wolność przemieszczania się i wyboru kraju zamieszkania,* Warszawa 1997, s. 25; por. *Migracje w Europie – prawa człowieka w zastosowaniu do cudzoziemców, w szczególności do osób poszukujących azylu,* Biuletyn RPO. Materiały, 1993, nr 19, s. 14.

[236] A. Florczak, op. cit., s. 147.

chociażby Indie i Pakistan oraz Wielką Brytanię. W szczególnej relacji pozostaje również Hiszpania z krajami Ameryki Łacińskiej. Ponadto wskazać należy kontynent Afrykański oraz kraje Europy Wschodniej leżące poza granicami Unii. Za najbardziej „nieszczelną" uznaje się granicę turecko-grecką[237].

Konieczność ujednolicenia prawa dotyczącego uchodźców na terytorium Unii Europejskiej zauważono już w roku 2001, gdy zostało opublikowane wspólne stanowisko rady z dnia 4 marca 1996 r., w sprawie jednolitego stosowania definicji pojęcia „uchodźca" w art. 1 Konwencji Genewskiej z 28 lipca 1951 r., dotyczącej statusu uchodźców[238].

Podkreślono w nim, że ustalenie statusu uchodźcy opiera się na kryteriach, zgodnie z którymi właściwe władze krajowe podejmują decyzję o przyznaniu ubiegającemu się o azyl ochrony przewidzianej Konwencją Genewską. Niniejszy dokument odnosi się do stosowania kryteriów określonych w art. 1 Konwencji Genewskiej. W żaden sposób nie wpływa on na warunki, na jakich państwo członkowskie może, zgodnie z jego prawem krajowym, zezwolić danej osobie na pobyt na jego terytorium, jeżeli jej bezpieczeństwo lub jej nietykalność cielesna byłyby zagrożone w przypadku powrotu do swojego kraju z powodu okoliczności nieobjętych konwencją, ale które stanowiłyby przeciwwskazania do odesłania jej do jej kraju pochodzenia.

Czynnikiem rozstrzygającym o przyznaniu statusu uchodźcy zgodnie z Konwencją Genewską jest zaistnienie uzasadnionych obaw przed prześladowaniem z powodów rasy, religii, narodowości, przekonań politycznych lub przynależności do określonej grupy społecznej. Kwestię, czy obawa przed prześladowaniami jest uzasadniona, ocenia się, biorąc pod uwagę okoliczności każdego przypadku. Dowody potrzebne do oceny prawdziwości przedstawionych stanów faktycznych i okoliczności przedstawia ubiegający się o azyl. Należy przez to rozumieć, że gdy tylko wiarygodność deklaracji ubiegającego się o azyl zostanie dostatecznie udowodniona, nie ma potrzeby poszukiwania szczegółowego potwierdzenia przedstawionych stanów faktycznych i jeżeli nie ma poważnych powodów, aby postąpić inaczej, wszelkie wątpliwości powinny rozstrzygać się na korzyść ubiegającego się o azyl.

Zasady te uznano za obowiązujące również na gruncie prawa unijnego.

---

[237] L. Topaloglu, *Cooperation, Strategy and Perspectives at the Northern Greek Borders: Perceptions, Practices and Policies*, *"The Romanian Journal of European Studies"* No. 5-6/2007, s. 102.

[238] Wspólne stanowisko z 4 marca 1996 r. określone przez radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie jednolitego stosowania definicji pojęcia „uchodźca" w art. 1 Konwencji Genewskiej z 28 lipca 1951 r. dotyczącej statusu uchodźców, Dz.U. L 63 z 13.3.1996, str. 2-7.

2.4.2. Podstawowe regulacje dotyczące ochrony uchodźców w prawie UE

Podczas posiedzenia Rady Europejskiej w Tampere w 1999 r. państwa członkowskie Unii Europejskiej (UE) postanowiły utworzyć wspólny europejski system azylowy (CEAS) oparty na dogłębnym i wszechstronnym stosowaniu Konwencji Genewskiej z 1951 r. dotyczącej statusu uchodźców, uzupełnionej protokołem nowojorskim z 1967 r., utrzymując w ten sposób zasadę ochrony przed wydaleniem (*non-refoulement*) i zapewniając, iż nikt nie będzie odesłany i ponownie prześladowany. Ustanowienie takiego systemu wiąże się, w krótkiej perspektywie, z ujednoliceniem w większym stopniu zasad dotyczących uznawania uchodźców i istoty statusu uchodźcy.

Podstawowe znaczenie dla określenia statusu uchodźcy (synonim „udzielenia azylu") ma dyrektywa rady 2004/83/WE z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony (Dz. U. L 304, s. 12). Wspomniany akt normatywny ma na celu ujednolicenie polityki imigracyjnej Unii i stworzenie państwom członkowskim możliwości skutecznego dostępu do procedur, współpracy i właściwego komunikowania się z właściwymi organami w celu przedstawienia faktów istotnych dla danej sprawy, jak również zapewnienie zainteresowanym wystarczających gwarancji proceduralnych prowadzenia tej sprawy na wszystkich etapach rozpatrywania wniosku.

2.4.3. Zakres zastosowania

Dyrektywa 2004/83 znajduje zastosowanie we wszystkich przypadkach wniosków o nadanie statusu uchodźcy[239] złożonych na terytorium państw członkowskich Unii Europejskiej (UE), w tym na granicach lub w strefie tranzytowej na podstawie postanowień Konwencji Genewskiej. Z zakresu jej obowiązywania zostało wyłączone terytorium Danii, która zupełnie wycofała się z polityki UE w dziedzinie sprawiedliwości i spraw wewnętrznych. Pozostałe

[239] Oznacza to, że mimo użycia w dyrektywie pojęć „azyl" i „wniosek o azyl" pod pojęciami tymi należy rozumieć „uchodźcę" i „wniosek o nadanie status uchodźcy". W niniejszej publikacji użyty zostanie drugi z wymienionych terminów (dla zgodności z prawem polskim), co może być powodem pewanych niezgodności z tekstem aktu normatywnego w polskiej wersji językowej.

państwa należące do Wspólnoty są zobowiązane do stosowania tej dyrektywy podczas procedury rozpatrywania wniosków o nadanie statusu uchodźcy na podstawie konwencji genewskiej. W przypadku gdy w ramach procedur azylowych państwa członkowskie rozpatrują również, czy wnioskodawca spełnia warunki do uzyskania innego rodzaju ochrony międzynarodowej, mają obowiązek stosowania tej dyrektywy podczas całej procedury. Ponadto mogą stosować ją podczas procedur rozpatrywania wniosków o udzielenie innego rodzaju ochrony międzynarodowej. Na gruncie prawa polskiego, w którym istnieje wyraźne rozróżnienie na ochronę uchodźców i azylantów, postanowienia tej dyrektywy będą znajdowały zastosowanie do obu wymienionych procedur.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy tej nie stosuje się w przypadkach żądania azylu dyplomatycznego lub terytorialnego złożonego w przedstawicielstwach państw członkowskich. Zastrzeżenie to wydaje się ciekawe, zważywszy, że pierwsza z wymienionych form nie jest uznawana za instytucję prawa międzynarodowego.

2.4.4. Podstawowe gwarancje udzielane osobom ubiegającym się o azyl

Zgodnie z treścią art. 10 dyrektywy, państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia wszystkim osobom ubiegającym się o azyl następujących gwarancji:

a) udzielania wszelkich informacji w języku zrozumiałym dla osoby ubiegającej się o azyl, w szczególności o procedurze, której będą podlegały, oraz o ich prawach i obowiązkach w trakcie tej procedury, oraz ewentualnych skutkach nieprzestrzegania ich obowiązków i braku współpracy z organami, a także o terminach, przysługujących im środkach odwoławczych;

b) zapewnienia pomocy tłumacza, jeżeli jest to konieczne, w celu przedłożenia ich sprawy właściwym organom. Konieczność taka powstaje w szczególności w przypadku wezwania wnioskodawcy na przesłuchanie, a odpowiednia komunikacja nie może zostać zapewniona bez pomocy tłumacza. Koszty pokrywane są ze środków publicznych;

c) otrzymania w rozsądnym terminie zawiadomienia o decyzji organu rozpatrującego wniosek o udzielenie azylu. Jeżeli doradca prawny lub inny doradca jest prawnym przedstawicielem wnioskodawcy, państwa członkowskie mogą alternatywnie powiadomić ubiegającego się o azyl lub jego przedstawiciela o swojej decyzji;

d) poinformowania o wyniku decyzji organu rozpatrującego w języku, co

do którego istnieją rozsądne przypuszczenia, że zostanie on przez nie zrozumiany, w przypadku gdy nie pomaga im ani nie reprezentuje ich doradca prawny lub inny doradca oraz gdy nie mają dostępu do bezpłatnej pomocy prawnej.

Ponadto przewidziano gwarancje proceduralne związane z rozpatrywaniem wniosku. Przewidują one, że:

a) wniosek o udzielenie azylu nie będzie odrzucony wyłącznie na podstawie faktu, że nie został złożony w najkrótszym możliwym terminie;

b) każdy wniosek będzie rozpatrywany indywidualnie, obiektywnie i bezstronnie;

c) osoby ubiegające się o azyl mają prawo do pozostania w danym państwie na czas oczekiwania na wynik procedury.

Dodatkowo dyrektywa zawiera osobne gwarancje dla małoletnich bez opieki. Obejmują one zapewnienia, że:

a) przedstawiciel będzie reprezentował małoletniego bez opieki, który zapewni mu pomoc przy składaniu wniosku,

b) w przypadku gdy procedura obejmuje przesłuchanie, przedstawiciel będzie miał możliwość poinformowania małoletniego o celu przesłuchania,

c) osoba posiadająca niezbędną wiedzę o szczególnych potrzebach małoletnich, przygotuje decyzje organu rozpatrującego wniosek oraz, w razie potrzeby, poprowadzi przesłuchanie.

2.4.4.1. Niedopuszczalność wniosku o udzielenie azylu

Dyrektywa przewidziała również szczegółowe przypadki, w których rozpatrywanie wniosku o przyznanie statusu uchodźcy jest niedopuszczalne. Zgodnie z art. 27 chodzi o takie okoliczności, gdy:

a) inne państwo członkowskie jest właściwe dla rozpatrywania wniosku zgodnie z rozporządzeniem Dublin II;

b) inne państwo członkowskie przyznało już wnioskodawcy status uchodźcy;

c) wnioskodawca może zostać objęty ochroną w kraju trzecim, będącym dla wnioskodawcy pierwszym krajem azylu lub bezpiecznym krajem trzecim;

d) wnioskodawcy zezwolono na pozostanie w danym państwie członkowskim na innych podstawach i w wyniku tego przyznano mu status o równoważnych prawach i świadczeniach co status uchodźcy na mocy dyrektywy 2004/83/WE;

e) wnioskodawca złożył identyczny wniosek po ostatecznej decyzji.

Trzy pierwsze przypadki dotyczą sytuacji usunięcia podstaw ubiegania się

o przyznanie ochrony. Ostatni przypadek dotyczy wyczerpania drogi formalnej dla przyznania ochrony.

2.4.4.2. Procedury cofania statusu azylanta

Państwa członkowskie rozpoczynają rozpatrywanie cofnięcia statusu uchodźcy danej osobie w przypadku, gdy pojawią się nowe okoliczności lub nowe informacje, uzasadniające ponowne rozpatrzenie zasadności przyznania tego statusu. Procedura taka musi być zgodna z określonymi zasadami i gwarancjami obejmującymi przede wszystkim należyte poinformowanie danej osoby o ponownym rozpatrywaniu jej statusu oraz umożliwić jej przedstawienie w trakcie przesłuchania powodów, dla których jej status uchodźcy nie powinien zostać cofnięty.

2.4.4.3. Prawa uchodźcy

Zgodnie z postanowieniami dyrektywy państwa członkowskie mają obowiązek uwzględnienia potrzeb poszczególnych kategorii osób (małoletnich, małoletnich bez opieki, osób niepełnosprawnych, osób starszych, kobiet w ciąży, samotnie wychowujących rodziców z małoletnimi dziećmi i osób, które były poddawane torturom, zostały zgwałcone lub poddawane innym poważnym formom psychicznej, fizycznej i seksualnej przemocy), którym przyznano status uchodźcy.

W oparciu o warunki świadczeń, które mogą zostać określone przez państwa członkowskie, członkowie rodziny beneficjenta statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej, uprawnieni są do tych samym świadczeń, co beneficjent.

Omawiana dyrektywa wymaga ze strony państw członkowskich zagwarantowania osobom kwalifikującym się do statusu uchodźcy bądź ochrony uzupełniającej praw, takich jak między innymi:

a) prawo do ochrony przed wydaleniem (*non-refoulement*),

b) prawo do informacji w zrozumiałym języku,

c) w przypadku uchodźców – prawo do zezwolenia na pobyt ważne przez co najmniej trzy lata i odnawialne, natomiast w przypadku osób objętych ochroną uzupełniającą – prawo do zezwolenia na pobyt, które pozostanie ważne przez co najmniej rok,

d) prawo do podróżowania w obrębie i poza granicami państwa, które przyznało status uchodźcy lub ochrony uzupełniającej,

e) prawo do udziału w zatrudnieniu lub samozatrudnieniu oraz prawo do podjęcia kształcenia zawodowego,

f) dostęp do systemu edukacji dla małoletnich oraz prawo do przeszkolenia dla osób dorosłych,

g) dostęp do opieki zdrowotnej oraz wszelkich innych niezbędnych form opieki, zwłaszcza dla osób o szczególnych potrzebach (osób małoletnich, ofiar tortur, gwałtu bądź innych form przemocy psychicznej, fizycznej lub seksualnej itp.),

h) dostęp do zakwaterowania,

i) dostęp do programów, ułatwiających integrację ze społeczeństwem państwa przyjmującego oraz programów, ułatwiających dobrowolny powrót do kraju pochodzenia.

Spornym jest jednocześnie czy ujednolicony systemem ochrony cudzoziemców na terytorium Unii Europejskiej skutkuje tym, że przyznanie statusu uchodźcy w jednym kraju UE oznacza, że osoba ta może korzystać z niego we wszystkich krajach unijnych. Pytanie to było przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie wydania Ahmeda Zakajewa zgodnie z rosyjskim wnioskiem ekstradycyjnym. Ten czeczeński działacz polityczny uzyskał status uchodźcy w Wielkiej Brytanii. Gdy przybył do Warszawy na Światowy Kongres Czeczenów, prokuratura wydała nakaz jego zatrzymania w związku z rosyjskim wnioskiem ekstradycyjnym. Sąd nie przychylił się jednak do wniosku prokuratury o jego aresztowanie. Przedmiotem wątpliwości w tej sprawie była podstawa uznawalności statusu uchodźcy przez inne państwa członkowskie. Zgodnie z rozporządzeniem do konwencji Dublin II jeden kraj UE jest odpowiedzialny za rozpatrzenie wniosku o nadanie statusu uchodźcy. Decyzja o odmowie przyznania statusu w jednym kraju jest wiążąca w innym. Sprawą dyskusyjną jest czy normę tę należy interpretować rozszerzająco i wywodzić stąd, że decyzja pozytywna jest wiążąca także dla innych państw[240].

[240] Prokuratura wskazywała, że sąd błędnie uznał, iż tzw. rozporządzenie dublińskie przewidujące ujednolicenie kryteriów przyznawania statusu uchodźcy we wszystkich krajach UE oznacza, że jeżeli taki status zostanie przyznany, to dana osoba nie może zostać wydana na żądanie któregokolwiek państwa. Zgodnie z jej stanowiskiem w akcie tym chodziło jedynie o to, żeby ujednolicić tego rodzaju postępowania w państwach unijnych, gdyż – zanim te normy weszły w życie – osoby ubiegające się o status uchodźcy składały wnioski w różnych państwach równolegle, co powodowało rodzaj chaosu prawnego.

2.5. Ochrona uchodźców w polskim prawie krajowym

2.5.1. Uwagi ogólne

Słuszność należy przyznać twierdzeniu, że *„z punktu widzenia uchodźców czy azylantów, najważniejsze są rozwiązania krajowe, a więc konkretne przepisy prawne określające ich sytuację w danym państwie”*[241]. Dokładna znajomość przepisów aktów prawa międzynarodowego dostarcza zatem jedynie częściowego wyobrażenia o krajowej polityce migracyjnej. W tym kontekście omówienie zagadnienia praw uchodźców z punktu widzenia polskiego porządku prawnego wydaje się nieodzownym dopełnieniem charakterystyki prawa traktatowego przedstawionej w poprzednich akapitach. Jakkolwiek bowiem postanowienia Konwencji Genewskiej i protokołu nowojorskiego są wiążące, to zawierają one jedynie minimalne standardy w zakresie ochrony uchodźców[242].

Jak słusznie zauważył Lech Grochowski *„pojawienie się w Polsce uchodźców, podobnie jak innych grup cudzoziemców bez wątpienia stanowi znaczący symbol głębokich przemian politycznych, jakie nastąpiły po 1989 roku. Cudzoziemiec – uchodźca przestał być osobą nieznaną, egzotyczną, stał się zjawiskiem trwałym i widocznym”*[243]. Jak podaje autor, *„w 1996 roku przybyło do naszego kraju ponad 80 mln cudzoziemców (*łącznie: turystów, studentów i innego typu podróżnych*), przy czym dynamika wzrostu przyjazdów wynosi rocznie około 20 proc.”*[244].

Wszystkie zmiany jakie nastąpiły w polskim prawie dotyczącym cudzoziemców po 1997 roku wynikały ze zobowiązania wszystkich państw członkowskich do dostosowania swojego systemu prawnego do wymogów z konwencji Schengen z 14 czerwca 1985 roku, określającej zasady przekraczania granic zewnętrznych, wspólnej polityki wizowej i azylowej oraz wymiany informacji o nielegalnej imigracji. Przed 1998 rokiem obowiązywała ustawa o cudzoziemcach z 1963 roku, która nie tylko nie zawierała kompleksowych

---

[241] R. Runiewicz-Jasińska, *Status cudzoziemców w aspekcie praw i wolności człowieka,* (w:) J. Sobczak, T. Gardocka, *Dylematy praw człowieka,* Toruń 2008, s. 270.

[242] A. Florczak, *Uchodźcy w Polsce. Między humanitaryzmem a pragmatyzmem,* Toruń 2003, s. 143.

[243] L. Grochowski, *Polski system uchodźczy. Wybrane zagadnienia ochrony praw uchodźców w Polsce,* (w:) S. Pikulski (red.), *Ochrona człowieka w świetle prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały z II Międzynarodowej Konferencji Naukowej Mierki 18-19 października 2001,* Olsztyn 2002, s. 461.

[244] L. Grochowski, op. cit., s. 461.

rozwiązań normatywnych, ale w swoich postanowieniach okazała się lakoniczna i ogólnikowa. Było to w dużej mierze uwarunkowane ówczesną rzeczywistością polityczną, w której obecność cudzoziemców stanowiła zjawisko niezwykle rzadkie. PRL nie sygnowała konwencji, dotyczącej statusu uchodźców w Genewie 28 lipca 1951 r., co stało się dopiero w roku 1991 r., już po zmianie systemu politycznego, ani protokołu, dotyczącego statusu uchodźców, sporządzonego w Nowym Jorku 31 stycznia 1967, co z kolei nastąpiło dopiero 26 listopada 1991 r[245]. Zagadnienia te nie znajdowały odbicia w ówczesnych założeniach polityczno-ideologicznych. Konieczność zmian w tym zakresie pojawiła się dopiero po 1989 roku, gdy w wyniku zmiany systemu politycznego w Polsce nastąpił dynamiczny wzrost ruchu granicznego.

Sytuacja uległa zmianie w pierwszej połowie lat 90. XX wieku. Oprócz Konwencji Genewskiej i protokołu nowojorskiego Polska ratyfikowała również europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (styczeń 1993), a także ustanowiono warszawskie Biuro Łącznikowe Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców, przekształcone następnie w Przedstawicielstwo Wysokiego Komisarza ONZ. Dzięki nowelizacji ustawy o cudzoziemcach z roku 1963 po raz pierwszy wprowadzono do polskiego systemu prawnego pojęcie „uchodźcy". Regulacja ta wprowadziła klarowne, niepolityczne zasady przyznawania tego statusu, ale w dalszym ciągu nie normowała wszystkich aspektów tego zagadnienia. Ważne jest jednak podkreślenie faktu, że *„począwszy od 1990 r. Polska stała się państwem przyjmującym uchodźców. Początkowo liczba osób występujących o nadanie statusu uchodźcy była niewielka – z wyjątkiem 1991 r. – kiedy złożono 2433 podania"*[246].

Ustawa z 1997 r. (weszła w życie w styczniu 1998 r.) stanowiła pierwszą próbę dostosowania polskich przepisów do ówczesnych standardów międzynarodowych w tym przedmiocie. Z kolei kolejna ustawa z 2001 roku była wynikiem prac nad przystosowaniem prawa polskiego do wymogów prawa

[245] Jak przekonuje A. Florczak, *„bezpośrednią przyczyną przyjęcia przez Polskę zobowiązań wynikających z Konwencji Genewskiej oraz Protokołu Nowojorskiego było nasilenie się zjawiska napływu uchodźców, a w szczególności (…) cofnięcie ze Szwecji prawie tysiącosobowej grupy azylantów z krajów afrykańskich i arabskich oraz obawa o masowy napływ uchodźców ze zdestabilizowanych rejonów Związku Radzieckiego"* (A. Florczak, op. cit., s. 144).

[246] L. Grochowski, op. cit., s. 467. Autor ten podaje dokładne statystyki dotyczące uchodźców zgodnie z danymi statystycznymi Departamentu Migracji i Uchodźctwa MSWiA; por. I. Popoff, *Uchodźcy w Polsce. Informacja Departamentu Migracji i Uchodźctwa MSWiA, „Przegląd Rządowy"* 1997, nr 2.

wspólnotowego. Obie próby nie były jednak oceniane przez przedstawicieli doktryny pozytywnie. Wskazywano na ich niejasność i brak jednolitego dokumentu określającego status obcokrajowców[247].

2.5.2. Podstawowe regulacje prawne

2.5.2.1. Akty prawa krajowego określające status uchodźcy w Polsce

Dla scharakteryzowania statusu uchodźcy w prawie polskim zasadnicze znaczenie mają takie akty normatywne jak: (1) ustawa z dnia 13 czerwca 2003 roku o cudzoziemcach (Dz. U. nr 234 poz. 1694 z 2006 r. i Dz. U. nr 120 poz. 818 z 2007 r.), (2) ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. nr 234 poz. 1695 z 2006 r. ze zm.), (3) ustawa z dnia 18 marca 2008 r. o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 70 poz. 416 z 2008 r.)[248].

Przepisy dwóch pierwszych wymienionych ustaw mają podstawowe znaczenie dla ustalania zasad wjazdu i pobytu oraz udzielania ochrony cudzoziemcom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Z kolei trzeci z wymienionych aktów to obszerna nowelizacja, mająca na celu implementację do polskiego systemu prawnego dyrektywy rady w sprawie norm kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które potrzebują międzynarodowej ochrony oraz transpozycji przepisów dyrektywy rady 2005/85/WE z 1 grudnia 2005 r. w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w państwach członkowskich.

[247] Por. B. Mielnik, *Status prawny…*, s. 249.

[248] Ustawa z dnia 20 lutego 2004 r. o zmianie ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców oraz ustawy o opłacie skarbowej (Dz. U. nr 49 poz. 466 z 2004r.) nie zostanie w niniejszym opracowaniu omówiona jako jedynie pośrednio odnosząca się do wolności przemieszczania się. Osobnego uwzględnienia wymagałyby również liczne umowy bilateralne podpisane przez Polskę w latach 1993-1995, a określające status mniejszości narodowych przebywających na terenie naszego kraju i porozumienia o współpracy granicznej.

2.5.3. Regulacje szczegółowe

2.5.3.1. Definicja uchodźcy w prawie polskim

W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na fakt, że pojęcie uchodźcy, stosownie do postanowień Konwencji Genewskiej i protokołu nowojorskiego określono w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP w sposób węższy niż wynika to z jego rozumienia potocznego.

W literaturze wskazuje się na wyraźny dualizm instytucji azylu i statusu uchodźcy, który w regulacjach innych państw europejskich bynajmniej nie jest normą. Niejednokrotnie nawet pojęcia te są ze sobą utożsamiane. Jak wskazuje I. Wróbel i J. Białocerkiewicz[249] zróżnicowanie form ochrony osób, które przymusowo opuściły kraj swojego pochodzenia jest prawdopodobną przyczyną zanikania instytucji azylu w prawie państw europejskich i w prawie Wspólnoty.

2.5.3.2. Postępowanie o nadanie statusu uchodźcy

Najważniejszą zmianą wprowadzoną przez nowelizację z 2008 roku jest – obok zupełnie nowego uregulowania kwestii statusu uchodźcy – wprowadzenie ochrony uzupełniającej *„dla tych cudzoziemców, którzy nie mogą otrzymać statusu uchodźcy. Takiemu cudzoziemcowi udzielana będzie ochrona uzupełniająca w sytuacji, gdy powrót do jego kraju może narażać go na: orzeczenie kary śmierci lub wykonanie egzekucji; tortury, nieludzkie traktowanie; poważne ryzyko dla życia i zdrowia wynikające ze stosowania przemocy wobec ludności cywilnej”*[250].

Zgodnie z postanowieniami znowelizowanej ustawy, każdy wniosek o przyznanie statusu uchodźcy będzie automatycznie uruchamiał procedurę, mającą na celu rozpatrzenie zasadności przyznania kolejno: statusu uchodźcy, ochrony uzupełniającej oraz zgody na pobyt tolerowany. Jeżeli Urząd do Spraw Cudzoziemców nie znajdzie podstaw dla przyznania którejś z trzech wymienionych form ochrony, zostanie wydane orzeczenie o jego wydaleniu.

---

[249] J. Białocerkiewicz, *Nowe polskie prawo o cudzoziemcach,* Toruń 2003, s. 149; I. Wróbel, *Status prawny obywatela państwa trzeciego w Unii Europejskiej,* Warszawa 2007, s. 131.

[250] R. Runiewicz-Jasińska, *Status cudzoziemców…*, s. 270-271.

2.5.3.3. Pomoc w celu integracji

Ważna wydaje się regulacja, pozwalająca na uzyskanie przez uchodźcę pomocy ze strony państwa przyjmującego w celu jego integracji w nowym miejscu zamieszkania. Możliwość ubiegania się o taką pomoc przewiduje art. 91 ustawy. Zgodnie z art. 19 pkt 8 udzielanie pomocy osobom, które zyskały status uchodźcy i mają trudności w integracji ze środowiskiem, należy do zadań własnych powiatu. *„Organem właściwym rzeczowo i miejscowo do udzielenia wsparcia jest starosta właściwy ze względu na miejsce zamieszkania (stałego pobytu) osoby zainteresowanej – w jego imieniu zadania te wypełnia powiatowe centrum pomocy rodzinie”*[251].

2.5.4. Podsumowanie

Jak słusznie zauważył Lech Grochowski *„w nowoczesnym społeczeństwie obywatelskim przyjazne nastawienie szerokiej opinii publicznej ma znaczenie kluczowe, jeśli uchodźcy mają żyć w środowisku sprzyjającym integracji, zarówno na poziomie kontaktów międzyludzkich, jak i polityki państwa”*[252].

W przeciwieństwie do innych krajów europejskich tematyka imigracji, i co za tym idzie, pytanie o możliwość integracji „nowych obywateli” ze stosunkowo jednorodnym narodowościowo społeczeństwem w publicznej debacie właściwie nie istnieje. Tematy te nie są poruszane ani przez polityków, jak również w procesie edukacji na jakimkolwiek jej szczeblu. Często dość powierzchownie tłumaczy się taki stan rzeczy faktem, że polski język nie jest łatwy do opanowania, a sytuacja ekonomiczna nie stwarza warunków łatwej poprawy własnej sytuacji materialnej, w związku z czym Polska nie jest atrakcyjnym krajem dla osób ubiegających się o przyznanie ochrony w ramach instytucji uchodźstwa czy azylu. Wytłumaczenie to – jakkolwiek bazujące na wiarygodnych przesłankach – nie wydaje się jednak w pełni przekonujące. Status uchodźcy bądź azylanta nie wydaje się jedynie problemem ochrony osób przymusowo opuszczających kraj swojego pochodzenia, ale stanowi odbicie głębszych tendencji w polityce imigracyjnej państwa.

Z uwagi na powyższe należy zauważyć, że w przeciwieństwie do krajów zachodnich Polska niechętnie uczestniczy w międzynarodowych akcjach pomocy osobom poszkodowanym w konfliktach zbrojnych i nie należy do pań-

[251] Por. I. Sierpowska, *Ustawa o pomocy społecznej. Komentarz,* Warszawa 2007, s. 359.
[252] L. Grochowski, op. cit., s. 474.

stw wykazujących inicjatywy w tym zakresie. Na przeciwnym biegunie znajduje się z całą pewnością Szwecja, która, zapewne ze względu na silnie wbudowane w system polityczny ideały socjalne, dobrowolnie przyjmuje duże grupy uchodźców, włączając je w rozbudowane programy integracyjne. Przypadkiem wyjątkowym na skalę światową jest przyjęcie przez miasteczko Sodertalje (dzielnica Stockholmu) w Szwecji 22 tys. uchodźców pochodzenia asyryjskiego z Iraku. Tworzą dziś tam 35 proc. miejscowej populacji.

W analizach socjologicznych wskazuje się, że *„polskie rządy nigdy nie traktowały priorytetowo imigracji niewielkich grup cudzoziemców"*[253], co było wynikiem faktu, że wobec małej liczby obcokrajowców nie można było *„zbić na tym kapitału politycznego"*[254]. Z drugiej jednak strony silna reprezentacja cudzoziemców w polskich mediach wydaje się być odpowiedzią na tak powstałą lukę – stwarza wrażenie, że Polska jest jednak krajem otwartym, w którym ludzie obcego pochodzenia dobrze się czują. Przekonujące wydaje się twierdzenie, że *„obawy polityków przed dużym napływem imigrantów spowodowały, że przyjęto model polityki migracyjnej, który należy postrzegać jako idealny – skupienie uwagi na środkach kontroli napływu obcokrajowców – połączone z brakiem polityki integracyjnej – skutecznie zniechęca imigrantów do przyjazdu. Model biurokratyczno-administracyjny stanowi zatem sposób na odsunięcie w czasie niewygodnego (ale również nieuchronnego) problemu, a jednocześnie daje możliwość przygotowania się do przyjęcia imigracji zarówno pod względem prawnym, jak i ideologicznym"*[255]. Z jednej strony bowiem nastawienie takie uniemożliwia dezintegrację społeczeństwa poprzez tworzenie się grup mniejszościowych bez silnego poczucia przynależności państwowej, z drugiej strony zaś wymusza na szczególnie zdeterminowanych samodzielne poszukiwanie sposobu na funkcjonowanie w zastanej rzeczywistości. Taki stan rzeczy jest jednak jedynie pozornym rozwiązaniem, bowiem państwo stosujące taką politykę „emigracyjnej oszczędności" nie może również czerpać profitów z przyjmowania szczególnie uzdolnionych emigrantów, dla których wciąż państwa Europy Zachodniej pozostają o wiele atrakcyjniejsze.

---

[253] K. Szymańska, A. Zieliński, *Otwierać czy zamykać drzwi? Uwagi o wyzwaniach stojących przed Polską na obszarze kreowania polityki migracyjnej,* (w:) E. Nowicka, B. Cieślińska (red.), *Wędrowcy i migranci. Pomiędzy marginalizacją a integracją,* Kraków 2005, s. 237.

[254] G. Wilk-Jakubowski, *Integracja czy izolacja? Polityka migracyjna w III RP,* (w:) M. Miłek, G. Wilk-Jakubowski, *Stan realizacji polityki społecznej w XXI wieku,* Kielce 2005, s. 76.

[255] G. Wilk-Jakubowski, op. cit., s. 76-77.

Podsumowując należałoby stwierdzić, że jak dotychczas Polska nie wypracowała spójnej polityki imigracyjnej[256] i w dalszym ciągu należy do grupy krajów o wysokim współczynniku emigracyjnym.

2.6. Wnioski

Jak wynika z charakterystyki powyżej opisanych aktów prawnych składających się na różne reżimy ochrony praw uchodźców, należy przychylić się do tezy M. Kowalskiego, zgodnie z którą wielość regulacji i organów dokonujących ich wykładni prowadzi *„do sytuacji, w której zastosowanie odpowiedniej normy przez organ stosujący prawo w postępowaniu uchodźczym wymaga w danym przypadku faktycznym jej szczegółowej rekonstrukcji w multicentrycznym systemie prawa i bynajmniej nie może ograniczać się do wyłącznego odniesienia do ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z 2003 r. i kodeksu postępowania administracyjnego z 1960 r.”*[257]

Istotne znaczenie wydaje się mieć zatem z jednej strony obserwowanie praktyk innych krajów i regionów w tym zakresie, a z drugiej jednak obserwacja ta prowadzi do wniosku, że niejednokrotnie zagadnienie ustalania określonej polityki imigracyjnej ma swoją specyfikę regionalną.

3. Prawo azylu

3.1. Uwagi ogólne

Źródeł pojęcia „azylu” należy poszukiwać w starożytnym prawie zwyczajowym. Odnosiło się ono do miejsca, w którym uciekinier mógł czuć się bezpieczny, niezależnie od przyczyn, dla których był ścigany. W znaczeniu potocznym termin ten oznacza miejsce odosobnienia, ucieczki, schronienia przed negatywnymi konsekwencjami. W przeszłości, w okresie dominacji niepisanego prawa zwyczajowego był stosowany dla określenia zasady nietykalności osób ukrywających się w miejscu sprawowania kultu religijnego – np.

[256] Por. K. Iglicka, *Priorytety i kierunki rozwoju polskiej polityki migracyjnej,* (w:) *„Instytut Spraw Publicznych. Analizy i opinie”,* nr 13, dostępne na: www.isp.org.pl/files/50534724503854160011170116l7.pdf.

[257] M. Kowalski, *Wyzwania ochrony cudzoziemców. Recenzja książki Jacka Chlebnego. Postępowanie w sprawie o nadanie statusu uchodźcy, „Forum Prawnicze“,* kwiecień 2012, s. 89.

na terenie świątyni (sanktuarium). Azyl był więc w swoich początkach ściśle związany z mirem miejsca, w którym obowiązywał. Przez pojęcie to do dziś rozumie się w języku prawnym jakieś miejsce lub budynek, w którym uciekający znajduje opiekę przed gwałtem lub zemstą.

Przykładowo można odwołać się do tekstu Starego Testamentu[258]. Podstawą do prawa azylu w Starym Testamencie jest tekst z Księgi Wyjścia 21,13-14 rozwinięty przez tradycję kapłańską[259]. Miejscami azylu były w tej tradycji ołtarze[260], świątynie i niektóre miasta (tzw. miasta wygnania). Instytucja azylu starożytnego była jednak ograniczona. Na ogół o stopniu odpowiedzialności i zasadności korzystania z tego prawa decydowali kapłani, a także władca. Należy jednak zauważyć, że umyślnego zabójcę (mordercę) można było siłą odciągnąć od ołtarza i zabić. W tym sensie prawo azylu świątynnego nie chroniło przed prawem talionu, które okazywało się silniejsze (wet za wet).

Podobne postanowienia zawierała również konstytucja cesarza Teodozjusza II, który w 431 roku przyznał świątyniom Cesarstwa Wschodniego prawo azylu. To samo postanowienie zaczęło obowiązywać w 438 roku na mocy Kodeksu Teodozjańskiego (*Codex Theodosianus*) w Cesarstwie Zachodnim[261].

---

[258] Więcej na temat religijnych i teologicznych uzasadnień prawa azylu, (w:) Ch. Dietrich, *Asyl. Vergleichende Untersuchung zu einer Rechtinstitution im Alten Israel und seiner Umwelt,* Basel 2008; zob. też: Ch. Traulsen, *Das Sakrale Asyl in der Alten Welt,* Tübingen 2004; M. Dreher (red.), *Das Antike Asyl,* Köln 2003.

[259] Stary Testament, Księga Wyjścia 21, 13-14: *„(13) W tym jednak wypadku, gdy nie czyhał na niego, a tylko Bóg dopuścił, że sam wpadł w ręce, wyznaczę ci miejsce, do którego będzie mógł uciekać zabójca. (14) Jeśli zaś ktoś posunąłby się do tego, że bliźniego zabiłby podstępnie, oderwiesz go nawet od mego ołtarza, aby ukarać śmiercią".*

[260] Por. Stary Testament, Pierwsza Księga Królewska 1,50-53: 1Krl 1,50 – *„Adoniasz też zląkł się Salomona, powstał i poszedł, a następnie uchwycił za rogi ołtarza. 51-Niebawem oznajmiono Salomonowi: Oto Adoniasz zląkł się króla Salomona i dlatego uchwycił za rogi ołtarza, mówiąc: Niech mi teraz król Salomon przysięgnie, że swego sługi nie każe zabić mieczem. 52- Wówczas Salomon rzekł:, Jeśli będzie uczciwy, nie spadnie mu włos z głowy, ale jeśli znajdzie się w nim wina, to zginie. 53-Następnie król Salomon posłał, aby go sprowadzono od ołtarza. Kiedy zaś przyszedł i oddał pokłon królowi Salomonowi, rzekł do niego Salomon: Idź do swego domu!"* – Ołtarz dawał ochronę jedynie nieumyślnemu zabójcy.

[261] Chodzi tu o Kodeks Teodozjański opublikowany konstytucją z 15 lutego 438 roku. Obejmował zbiór praw z czasów Cesarstwa Rzymskiego, wraz z konstytucjami cesarskimi, wydanymi za panowania cesarzy chrześcijańskich – od Konstantyna Wielkiego do Teodozjusza II; zob. J. Godefroy, R. Frohne, *Codex Theodosianus: uber Juden, Himmelsverehrer und Samaritaner*, Tomy 11-29, P. Lang 1991.

Na jego podstawie azyl świątynny obowiązywał jedynie na starych posiadłościach kościelnych. Prawo to wykluczało możliwość ubiegania się o azyl przez zbrojnych. Złamanie prawa azylu było równoznaczne z obrazą majestatu – *crimen laese majestatis*.

Jak podaje J. Symonides, *„w Europie praktyka udzielania schronienia cudzoziemcom prześladowanym za swe przekonania religijne była na szeroką skalę stosowana poczynając od wieku XVIII, a podstawy tej instytucji zostały określone w pracach H. Grocjusza i E. De Vattela"*[262]. Nie należy jednak zapominać o wcześniejszych, dość powszechnych przypadkach udzielania azylu, choć odnosiły się one do „przypadków lżejszych". W połowie XVII wieku zaczęło przeważać stanowisko dążące do odrzucenia prawa azylu. Hugo Grocjusz dopuszcza azyl na drodze dwustronnego porozumienia, ponieważ azyl jego zdaniem nie wynika z prawa narodów. Jak podaje S. E. Nahlik *„w XVII wieku zasada azylu coraz bardziej traci grunt pod nogami co do zbrodni o charakterze politycznym, nie dezawuowano jej natomiast tam, gdzie chodziło o przestępstwa pospolite, zwłaszcza te drobniejsze. Kierując się tą praktyką Wiequefort w swoich pierwszych tekstach na ten temat dopuszcza azyl dla 'nieszczęśliwych', ale nie dla 'przestępców"*[263]. Nowego wymiaru, szczególnego znaczenia instytucja ta nabrała w okresie rewolucji francuskiej. Konstytucja z 1793 r. w art. 120 oświadczała: *„Naród francuski udziela azylu cudzoziemcom zmuszonym do opuszczenia swojej ojczyzny za obronę sprawy wolności, ale odmawia azylu tyranom"*[264].W historii, zwłaszcza w wieku wielkich myślicieli osiemnastowiecznych skorzystali z prawa do azylu m.in. Kartezjusz, który schronił się w Holandii uciekając z Francji, Wolter udał się do Anglii, w drugą stronę zaś – z Anglii do Francji – podążył Hobbes.

Jak podaje J. Symonides *„zasada niewydawania przestępców politycznych została po raz pierwszy sformułowana w belgijskiej ustawie o ekstradycji z 1833 roku"*[265].

Ciekawe jest podobieństwo sformułowania wyżej przytoczonego przepisu Konstytucji Francji z Konstytucją ZSRR obowiązującą od 1977 roku, stanowiącą w art. 38, że *„ZSRR przyznaje prawo do azylu cudzoziemcom prześladowanym za obronę interesów ludu pracującego i sprawy pokoju, za udział w ruchu rewolucyjnym i narodowowyzwoleńczym, za postępową działalność*

---

[262] J. Symonides, *Prawo do azylu,* (w:) *Prawa człowieka. Model prawny,* INP PAN Warszawa 1991, s. 615.

[263] S. Nahlik, *Narodziny nowożytnej dyplomacji*, Ossolineum Wrocław 1971, s. 183-186.

[264] J. Symonides: *Prawo…*, s. 615.

[265] S. Nahlik: *Narodziny…*, s. 615.

społeczno-polityczną i naukową lub inną działalność twórczą”[266]. Widać stąd wyraźnie, że mimo obecności prawa do azylu w większości konstytucji narodowych, uwidaczniają się istotne różnice w konstrukcji i przesłankach poszczególnych regulacji, a w praktyce stosowanie tego prawa opiera się na warunkach uznaniowych – na względach politycznych. Szczególnie spolityzowana wydaje się w tym kontekście konstytucja kubańska z 1976 roku, w której art. 13 wspomniano o walce przeciwko imperializmowi, faszyzmowi, kolonializmowi i neokolonializmowi, o zniesienie dyskryminacji rasowej itp.

Również współcześnie termin ten na gruncie prawa – zarówno krajowego, jak i międzynarodowego – należy wiązać z udzielaniem schronienia. Za J. Symonidesem przyjąć można, że *„najogólniej azyl polega na udzielaniu przez państwo schronienia na swoim terytorium cudzoziemcom prześladowanym we własnym kraju za przekonania lub działalność polityczną, religijną, społeczną czy naukową”*[267].

3.2. Definicja azylu

Termin azyl w znaczeniu prawnym odnosi się do azylu politycznego. Jest to rodzaj opieki jakiej udziela obcokrajowcowi państwo, na którego terytorium się on znalazł. Tym samym udziela mu schronienia przed ścigającymi go organami z państwa jego pochodzenia. Nie zawsze – choć jest tak na ogół – musi to być równoznaczne z uznaniem, że jest on niesłusznie ścigany. Może być również bowiem motywowane obawą, że uciekinier zostanie osądzony niezgodnie ze standardami międzynarodowych paktów praw człowieka i wydane w jego sprawie rozstrzygnięcie będzie miało charakter arbitralny.

3.3. Azyl terytorialny

Powszechnie akceptowanym rodzajem azylu jest azyl terytorialny. Pojęcie to odnosi się do sytuacji, gdy jakieś państwo udziela cudzoziemcowi, który jest prześladowany ze względów politycznych w państwie swojego pochodzenia, schronienia na własnym terytorium. Z definicji zagadnienie to ma zatem charakter uznaniowy i związane jest z zasadą suwerenności, czyli możliwością decydowania przez państwo w sposób niezależny o tym, kto może wkroczyć na jego terytorium.

Zagadnienie azylu terytorialnego nie doczekało się jednolitego uregulowania w powszechnym prawie międzynarodowym. Poszczególne państwa

[266] Por. Konstytucja ZSRR, Warszawa 1977.
[267] J. Symonides: *Prawo…*, s. 615.

regulują tę kwestię we własnym zakresie w prawie wewnętrznym. Niejednokrotnie czynią to w odrębny sposób. Udzielenie azylu jest „aktem uznaniowym". Zależy od państwa, a nie wynika ze spoczywającego na nim obowiązku.

3.4. Azyl dyplomatyczny

Zagadnienie azylu dyplomatycznego, mimo niejednorodnej natury prawnej tej instytucji, doczekało się już w literaturze wielu opracowań[268].

Zgodnie z definicją zamieszczoną w *Słowniku prawa międzynarodowego* autorstwa Bolesława A. Boczka, brak jakichkolwiek podstaw normatywnych w prawie międzynarodowym dla instytucji azylu dyplomatycznego, polegającego na możliwości udzielania azylu politycznego przez państwo we własnej placówce (misji) dyplomatycznej na terytorium innego państwa[269]. Takie działanie jest bowiem uznawane przez społeczność międzynarodową za równoznaczne z wkroczeniem w zakres zwierzchnictwa terytorialnego innego podmiotu – podmiotu goszczącego placówkę. Kontrowersja związana z tą instytucją wynika zatem z godzenia przez nią w suwerenność państwa terytorialnie właściwego. Można bowiem postawić pytanie o nadużywanie prawa do własnej reprezentacji poprzez czynienie wyłomu w jurysdykcji prawnej państwa przyjmującego – wyłomu w obowiązku respektowania porządku prawnego państwa przyjmującego przez przedstawicieli dyplomatycznych.

[268] Bardzo szczegółowe omówienie tego zagadnienia znalazło się w: S. P. Sinha, *Asylum and International Law,* Haga 1971, s. 207-263. Autor omawia praktykę stosowania azylu dyplomatycznego w Europie, Wielkiej Brytanii i dawnych dominiach, Stanach Zjednoczonych, Azji i Afryce oraz bardzo szczegółowo w Ameryce Południowej – osobna charakterystyka dla każdego kraju tego kontynentu, m.in. dla Argentyny, Brazylii, Kuby, Chile, Meksyku i Panamy. Z analiz wynika, że większość państw na świecie formułuje wewnątrz-administracyjne wytyczne i wskazówki dla swoich przedstawicielstw dyplomatycznych odnośnie zasad stosowania tej instytucji; zob. też: J. Sutor, *Prawo dyplomatyczne i konsularne,* LexisNexis 2003, s. 243, 244, 246; L. Sosnowski, *Azyl dyplomatyczny we współczesnym prawie międzynarodowym,* Kraków 1980; Cz. Mojsiewicz, *Leksykon współczesnych międzynarodowych stosunków politycznych*, Atla 1998, s. 33, 34.

[269] Niektórzy autorzy ujmują azyl konsularny szerzej, jak np. A. Florczak, która wskazuje, że *„instytucja azylu dyplomatycznego oznacza udzielenie schronienia w pomieszczeniach misji dyplomatycznej, urzędu konsularnego, na pokładzie okrętu, samolotu wojskowego lub na terenie bazy wojskowej osobom ściganym ze względów politycznych przez inne państwo"* (Idem, *Uchodźcy w Polsce: między humanitaryzmem a pragmatyzmem,* Toruń 2003, s. 31).

Anthony Aust podkreślił delikatny charakter takiej decyzji, która aktualizuje obowiązek podjęcia mediacji przez przedstawicielstwo dyplomatyczne w trybie natychmiastowym[270].

Jak wskazuje B. Boczek, *„konwencja wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych zachowuje milczenie w tej politycznie drażliwej kwestii i nie zawiera żadnego unormowania wyrażonego explicite na temat instytucji azylu dyplomatycznego"*[271]. Jak zauważa J. Symonides jako instytucja prawna azyl dyplomatyczny *„występuje jedynie w Ameryce Łacińskiej, gdzie jest uregulowany głównie konwencyjnie, a w części także zwyczajowo. Spełniał on i spełnia do dziś w tym regionie, z uwagi na liczne zwłaszcza w przeszłości przewroty i nieustabilizowaną sytuację wewnętrzną, rolę humanitarną, chroniąc życie i wolność zagrożonych ich utratą osób"*[272]. Jest stosowana przez państwa Ameryki Południowej[273].

W prawie państw europejskich brak normatywnych podstaw dla uznania istnienia takiej instytucji. Co ciekawe jednak, J. Symonides wskazuje na pewne precedensy zastosowane przez Stany Zjednoczone i Wielką Brytanię. Autor ten – powołując się na przypadki opisane przez G. Schwarzenbergera[274] – stwierdza jednak, że żadne z nich nie wysuwało nigdy roszczeń do przyznania tym praktykom charakteru wiążącego inne państwa. Możliwość ich skutecznego zastosowania wiązała się raczej z biernością innych państw, które nie żądały wydania[275]. Jako najbardziej spektakularne przypadki wskazać można przyznanie azylu dyplomatycznego Józefowi Mindszenty, który był

[270] A. Aust, *Handbook of International Law,* Cambridge 2010, s. 171.

[271] B. A. Boczek, *International Law. A Dictionary,* Oxford 2005, s. 50.

[272] J. Symonides: *Prawo…*, s. 615.

[273] *Konwencja o azylu dyplomatycznym* przyjęta w 1954 roku w Caracas. Poprzednio o azylu dyplomatycznym mówił już traktat, dotyczący międzynarodowego prawa karnego z 1889 r. podpisany w Montevideo, a także konwencja hawańska o azylu z 1928 r. i kolejna konwencja o azylu politycznym podpisana w Montevideo w 1939 r.

[274] Za Symonidesem, s. 619: G. Schwarzenberger, *International Law*, wyd. III, t. I, London 1925, s. 258.

[275] Za przykład może posłużyć tu chociażby historia Johana Willema Ripperda, który, gdy sprawował funkcję hiszpańskiego pierwszego sekretarza stanu (od 12 grudnia 1725 do 14 kwietnia 1726), został postawiony w stan oskarżenia (zarzucono mu malwersacje podatkowe, choć prawdziwym powodem niełaski były spiski polityczne), schronił się w ambasadzie brytyjskiej w Madrycie. Przebywał tam kilka miesięcy pod opieką ambasadora Stanhope, jednak został wyprowadzony siłą, po tym jak Rada Kastylii (Consejo de Castilla) uznała, że Ripperda dopuścił się „obrazy majestatu" i wkroczenie do ambasady nie będzie sprzeczne z prawem narodów; por. S. E. Nahlik, *Narodziny nowożytnej dyplomacji,* Wrocław 1971, s. 185-186.

kardynałem kościoła rzymskokatolickiego[276] i pełnił funkcję prymasa Węgier w latach 1945-1974 oraz umożliwienie w 1978 roku przez amerykańską ambasadę w Moskwie pięcioletniego pobytu na jej terenie kilkuosobowej grupie wyznawców kościoła zielonoświątkowego[277].

Z kolei w *Mini leksykonie dyplomatycznym* pod red. B. Dobrzańskiej i M. Sitek autorzy definiują azyl dyplomatyczny od strony faktycznej, jako *„prawo państwa do udzielania schronienia na swym terytorium lub w swych przedstawicielstwach dyplomatycznych osobom ściganym z powodów politycznych, rasowych i religijnych”*, które w praktyce międzynarodowej *„udzielane jest w sytuacjach nadzwyczajnych np. kiedy osobie ściganej grozi bezpośrednie niebezpieczeństwo np. utrata życia”*. Zgodnie z tym punktem widzenia *„osoba korzystająca z azylu dyplomatycznego może opuścić obce przedstawicielstwo dyplomatyczne dopiero po uzyskaniu zapewnienia od władz państwa przyjmującego, że może bezpiecznie opuścić jego terytorium, a więc po wyposażeniu jej w glejt bezpieczeństwa”*[278]. Jakkolwiek autorkom można by skutecznie zarzucać błąd definicyjny – posłużenie się wyrażeniem „prawo państwa”, to jego zastąpienie sformułowaniem „praktyka” mogłoby uratować słuszność tego podejścia. Wydaje się bowiem, że w pewnych sytuacjach z uwagi na uwarunkowania polityczne państwa skłonne są stosować azyl dyplomatyczny jako środek zapobiegawczy naruszeniu praw człowieka. Oznaczałoby to, że chociaż instytucja taka nie znajduje podstaw normatywnych ani w prawie międzynarodowym, ani w prawie krajowym – poza Ameryką Południową – to kiedy jest stosowana, dotyczy sytuacji nie cierpiących zwłoki.

[276] József Mindszenty (właściwie József Pehm; ur. 29 marca 1892 w Csehmindszent, zm. 6 maja 1975 w Wiedniu) – węgierski duchowny rzymskokatolicki, kardynał, prymas Węgier w latach 1945-1974. Po przejęciu władzy przez komunistów Rakosiego w 1947 został aresztowany, w 1949 roku zaś skazany w procesie pokazowym za zdradę stanu na dożywotnie więzienie. Zarzucono mu, że sprzeciwiał się wprowadzeniu na Węgrzech republiki i polityce państwa komunistycznego, m.in. nacjonalizacji szkół katolickich. Prymas Mindszenty został uwolniony podczas rewolucji węgieskiej z 1956 roku. Po jej zdławieniu przez Armię Czerwoną schronił się w ambasadzie USA w Budapeszcie, gdzie przebywał przez następne 15 lat. Jako rezydent placówki dyplomatycznej był jednym z „punktów zapalnych” w stosunkach między USA a ZSRR. Dzięki wstawiennictwu papieża Pawła VI, który interweniował u władz węgierskich, 28 września 1971 umożliwiono prymasowi przejazd przez Węgry do Rzymu.

[277] B. A. Boczek, *International...*, s. 51.

[278] B. Dobrzańska, M. Sitek, *Mini leksykon dyplomatyczny,* Józefów 2011, s. 11.

Taki punkt widzenia przyjmuje również S. R. Verma. Autorka nazywa azyl dyplomatyczny azylem „extra-terytorialnym". Zauważa ona, że trudność ujęcia tego zagadnienia w ramach prawa międzynarodowego wynika nie tylko z faktu, że dotychczasowa praktyka jego stosowania jest niejednorodna, ale również – a może nawet przede wszystkim – dlatego, że przypadki już zaistniałe były związane z silną motywacją polityczną[279]. Przytacza ona stanowisko indyjskiego delegata wygłoszone 3 listopada 1975 roku przed szóstym komitetem Narodów Zjednoczonych ds. prawnych: *„Praktyka tymczasowego azylu ma jasne uprawomocnienie w uzasadnieniach wynikających ze względów humanitarnych. Istotnym jest, że ta praktyka nie pociąga za sobą w żadnym razie wyłączenia danej osoby spod jurysdykcji prawnej państwa (na którego terytorium znajduje się placówka). W rzeczywistości, ona jest pomocna w takim samym stopniu temu państwu, jak i samemu uciekinierowi, jeżeli zostanie on przekazany z powrotem po ustaniu bezpośredniego zagrożenia jego życia"*[280].

Jako jedną z prób teoretycznego uprawomocnienia tej instytucji J. Symonides wskazuje *„koncepcję eksterytorialności obcej misji dyplomatycznej"*, której autorstwo przypisywano Grocjuszowi. Wychodzi ona z fikcyjnego założenia, że misja dyplomatyczna powinna być traktowana jako przestrzeń należąca do państwa wysyłającego. Teoria ta, nazywana w polskiej literaturze „zakrajowością", jawnie przeczy rzeczywistości i – jak słusznie wskazuje autor – rozumiana dosłownie prowadzi do absurdalnych wniosków. Zgodzić się należy bowiem z twierdzeniem, że *„nie można znaleźć podstawy azylu dyplomatycznego w nietykalności, z jakiej w prawie międzynarodowym korzystają pomieszczenia misji dyplomatycznej. Konwencja wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych z 1961 roku stwierdza wyraźnie w art. 41 ust. 3: 'Pomieszczenia misji nie mogą być używane w sposób niezgodny z funkcjami misji, tak jak one zostały określone w niniejszej konwencji (…)'"*[281]. W równie jednoznaczny sposób wskazuje na to B. A. Boczek[282].

[279] Polityka prawna stosowania azylu dyplomatycznego (extra-terytorialnego) została przeprowadzona w: K. F. Afeef, *The Politics of Extraterritorial Processing: Offshore Asylum Policies in Europe and the Pacific,* Refugee Studies Centre at the University Oxford, *"Workin Paper",* No. 36. Autor wskazuje na regionalizację polityki stosowania tej instytucji i wskazuje na istnienie regionalnych porozumień w zakresie jej stosowania, np. pomiędzy Libią i Marokiem.

[280] S. K. Verma, *An Introduction to Public International Law,* Dehli 2004, s. 215.

[281] J. Symonides: *Prawo…*, s. 615.

[282] B. A. Boczek, *International...*, s. 50.

Mimo, że moralna powinność wynikająca z idei ochrony praw człowieka zobowiązuje do udzielenia schronienia każdemu prześladowanemu za przekonania, wyznawanie religii czy działalność naukową, bez względu na miejsce tego schronienia, to jednak azyl dyplomatyczny nie jest powszechnie uznany w prawie międzynarodowym[283].

3.5. Prawo azylu w prawie międzynarodowym

3.5.1. Charakterystyka regulacji

Jak wskazno w jednym z poprzednich punktów prawo azylu zostało przewidziane w art. 14 Powszechnej deklaracji praw człowieka, brak jej jednak w innych konwencjach praw człowieka o zasięgu międzynarodowym. W literaturze prawniczej wielokrotnie podkreślano, że Powszechna deklaracja praw człowieka z 1948 roku, nie jest jednak wiążącą państwa umową międzynarodową, stąd nie ustanawia prawa podmiotowego skutecznego wobec państw-stron aktu. Wskazywano jednocześnie, że traktaty takie jak Pakty praw człowieka czy Europejska konwencja praw człowieka nie zawierają prawa do azylu, dominuje więc pogląd, że azyl nie jest prawem roszczeniowym jednostki.

Zgromadzenie Ogólne ONZ w roku 1967 uchwaliło deklarację w sprawie azylu terytorialnego. Ma ona zaledwie 4 artykuły. Azyl teyrtorialny określono w niej jako pokojowy i humanitarny akt. Zaznaczono jednocześnie, że prawo do azylu nie przysługuje osobom winnym popełnienia zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości.

3.5.2. Adresat normy w prawie azylu

Janusz Symonides wskazuje na dwóch równoległych adresatów normy ustanawiającej prawo azylu. Z jednej strony wskazuje on na fakt, że *„udzielanie azylu w granicach określanych prawem międzynarodowym należy do kompetencji wewnętrznej państwa”*[284]. Jak słusznie zauważa, jest ono jednak również prawem jednostki – pod pewnymi warunkami. *„Analiza ustawodawstw wewnętrznych regulujących tryb jego uzyskiwania prowadzi do ustalenia, że regułą jest przyznanie jednostce prawa występowania w tej sprawie*

[283] Pogląd ten wyrażono również w: L. Wiśniewski, *Wolność przemieszczania się i wyboru kraju zamieszkania,* Warszawa 1997, s. 28.
[284] J. Symonides: *Prawo…*, s. 615.

do kompetentnych organów wewnętrznych"[285]*.* Ową dwoistą naturę prawa do azylu potwierdzają sformułowania zawarte w Powszechnej deklaracji praw człowieka z 1948 roku, w której art. 14 można przeczytać: *„Każdy człowiek ma prawo ubiegać się o azyl i korzystać z niego w innym kraju w razie prześladowania".* Prawo to jest logiczną konsekwencją treści art. 13 tego samego aktu: *„1. Każdy człowiek ma prawo swobodnego poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania w granicach każdego państwa. 2. Każdy człowiek ma prawo opuścić jakikolwiek kraj, włączając w to swój własny, i powrócić do swego kraju".*

W tym sensie można stwierdzić, że prawo azylu jest prawem uznaniowym – zależy od suwerennej decyzji państwa, które stało się adresatem wniosku o jego udzielenie. Kwalifikowanie podstaw do przyznania azylu należy do państwa przyjmującego. Do tego stanowiska ogranicza się duża liczba autorów[286].

Spór o to, czy prawo do azylu jest prawem jednostki czy prawem państwa, ujawnił się już podczas obrad w III Komitecie Zgromadzenia Ogólnego ONZ w 1962 roku. Filipiny i Włochy opowiedziały się za przyjęciem tezy, że azyl jest prawem jednostki, natomiast większość państw poparła propozycję Indii, aby potwierdzić, iż zasadą prawa międzynarodowego jest uznanie azylu za prawo państwa, a nie jednostki.

Warto zwrócić w tym miejscu również uwagę na pogląd J. Symonidesa, który przyjmuje, że *„instytucja azylu jest równocześnie prawem państwa do jego przyznawania, jak i prawem jednostki do ubiegania się o uzyskanie azylu"*[287]. Wymienionych praw nie można jednak jednoznacznie utożsamiać z prawem do azylu, ponieważ nie istnieje prawno-międzynarodowy obowiązek przyznania azylu w uzasadnionych sytuacjach. Uznaniowość tego prawa jest związana również z brakiem instrumentów zaskarżania oraz kontroli decyzji wydawanych przez poszczególne państwa. W tym wypadku brakuje nadrzędności jurysdykcyjnej jakiejkolwiek instytucji międzynarodowej.

Pytanie, czy prawo azylu jest prawem jednostki, dotyczy ściśle możliwości zakwalifikowania tego prawa do katalogu praw człowieka. Dyskusję na ten temat otwiera umieszczenie takiej normy w Powszechnej deklaracji praw

---

[285] Ibidem.

[286] Por. m.in. w: L. Gelberg, *Zarys prawa międzynarodowego,* Warszawa 1979, s. 154; A. Klafkowski, *Prawo międzynarodowe publiczne,* Warszawa 1979; R. Bierzanek, J. Jakubowski, J. Symonides, *Prawo publiczne międzynarodowe i stosunki międzynarodowe,* Warszawa 1980, s. 270-271.

[287] J. Symonides, *Prawo…*, s. 615.

człowieka, ale w dalszym ciągu postanowienie to nie przekłada się na praktykę międzynarodową i nie zyskało potwierdzenia w innych Paktach praw człowieka[288].

3.5.3. Uprawniony do uzyskania azylu

Przyjmuje się, że osoby posiadające kwalifikacje do uzyskania azylu to prześladowani politycznie lub sprawcy przestępstw politycznych. Podstawa ta nie zawsze jest łatwa do oceny w konkretnym przypadku. Jak zauważa J. Symonides *„pojęcie przestępstwa politycznego nie jest jednoznacznie rozumiane i zazwyczaj wyróżnia się dwa typy: czyste i złożone (względne)"*[289]. Według teorii prawa karnego pierwszy typ odnosi się bezpośrednio do czynów skierowanych przeciwko państwu, jako organizacji, przeciwko bezpieczeństwu państwa, względnie przeciw aktualnym władzom lub prawom politycznym obywateli. Typ drugi obejmuje natomiast działania, które mimo, że motywowane politycznie, noszą również znamiona przestępstw pospolitych.

Na tym jednak charakterystyka czynów uzasadniających przyznanie azylu się nie kończy. Akty prawa międzynarodowego zawierają sformułowania dookreślające kryteria przemawiające za zasadnością jego przyznania.

W tym miejscu warto przypomnieć starania, mające na celu stworzenie w ramach ONZ umowy międzynarodowej, regulującej zagadnienie azylu.

Podczas Konferencji Narodów Zjednoczonych w 1977 roku dyskutowano nad możliwością przyjęcia projektu konwencji o azylu terytorialnym. Ostatecznie nie został on jednak przyjęty. W art. 2 tego aktu wskazywano wówczas osoby uprawnione do ubiegania się o azyl i te, którym azyl nie przysługuje. Do uprawnionych zaliczono osoby prześladowane, między innymi, ze względu na: rasę, kolor skóry, pochodzenie narodowe lub etniczne, religię; osoby walczące z kolonializmem, apartheidem, obcą okupacją lub dominacją i różnymi formami rasizmu; osoby ścigane lub karane z wymienionych powodów, jeżeli nie chcą wrócić do swojego kraju w obawie przed dalszymi prześladowaniami. Azylu odmówiono natomiast osobom ściganym lub karanym za: zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne i przeciwko ludzkości, inne ciężkie przestępstwa określone w konwencjach wielostronnych, wiążących państwo lub ciężkie przestępstwa pospolite popełnione w państwie, do którego kieruje się prośbę o azyl, a także za działania sprzeczne z celami i zasadami ONZ. Ogólnie rzecz biorąc, zgodnie z projektem konwencji należa-

[288] S. P. Sinha, *Asylum and International Law,* Haga 1971, s. 89-91.
[289] J. Symonides, *Prawo…*, s. 615.

łoby uznać, że azyl nie przysługuje osobom stanowiącym zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, w którym ubiega się o azyl, a także, gdy prośba o azyl jest uzasadniona wyłącznie przyczynami ekonomicznymi[290].

W kontekście analizy kręgu osób uprawnionych do ubiegania się o azyl należy również zwrócić uwagę na problem terroryzmu. Problemy powstające na tym polu wykraczają znaczenie poza granice niniejszego opracowania. Warto jednak wspomnieć, że podstawowym zagadnieniem w tym kontekście brakuje legalnej definicji terroryzmu w aktach prawa międzynarodowego, arbitralność decyzji prowadzących do umieszczenia na tzw. listach organizacji terrorystycznych oraz wielość takich list, jak również nieprzejrzystość zasad ich funkcjonowania. Zainteresowani szczegółowym omówieniem tej problematyki nie będą narzekać na niedostatek literatury przedmiotu[291].

3.5.4. Prawa i obowiązki państw w odniesieniu do azylu terytorialnego

Regulacje te są ściśle uzależnione od ustawodawstw krajowych. Punktem wyjścia dla zagadnienia azylu jest zasada swobody podejmowania decyzji o jego udzieleniu, przysługująca państwu, do którego został skierowany wniosek o jego przyznanie.

3.5.5. Położenie prawne osób korzystających z azylu

Należy zauważyć, że status prawny osoby ubiegającej się o azyl nie może być gorszy od statusu uchodźcy, dlatego państwo schronienia powinno powstrzymać się od deportacji takiej osoby, jeżeli może to stanowić zagrożenie dla wolności lub życia uciekiniera. Tak więc stosowanie wobec uchodźców zasady *non-refoulment* powinno być uwzględnione także w stosunku do osoby ubiegającej się o azyl[292].

---

[290] U.N. Doc. A/conf. 78/12 United Nations Conference on Territorial Asylum.

[291] B. Saul, *Exclusion of Suspected Terrorists from Asylum: Trends in International and European Refugee Law,* IIIS University of Oxford Discussion Paper No. 26/July 2006; E. Guilt, A. Baldaccini, *Terrorism And the Foreigner: A Decade of Tension Around the Rule of Law in Europe (Immigration and Asylum Law and Policy in Europe)*, Leiden 2007; V. V. Ramraj, M. Hor, K. Roach, G. Williams, *Global Anti-Terrorism Law and Policy,* Cambridge 2012; D. N. Kenney, P. G. Schrag, *Asylum Denied: A Refugee's Struggle for Safety in America,* Los Angeles 2008.

[292] Tak również w: L. Wiśniewski, *Wolność przemieszczania się i wyboru kraju zamieszkania,* Warszawa 1997, s. 30; por. B. Wierzbicki, *Sytuacja prawna uchodźcy w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka,* Białystok 1993, s. 75.

Ważnym elementem prawa do azylu jest możliwość połączenia rodzin. Należy podkreślić, że każdy cudzoziemiec, przebywający legalnie w państwie (także azylant czy uchodźca), może domagać się zezwolenia na połączenie z nim jego najbliższej rodziny. Według art. 5 ust. 4 Deklaracji praw człowieka dotyczącej jednostek, które nie są obywatelami państw, w których żyją z 13 grudnia 1985 roku *„małżonek i nieletnie dzieci cudzoziemca powinny być upoważnione do towarzyszenia cudzoziemcowi, połączenie się i pozostawania z nim"*[293].

3.6. Azyl w prawie polskim

Powszechnie przyjmuje się, że azyl nie jest podmiotowym prawem jednostki, lecz „prawem" państwa. Ponieważ z reguły pojęcie „prawo do czegoś", podobnie jak „wolność wyboru" utożsamiane jest z katalogiem praw człowieka, dlatego nie powinno się mówić o „prawie państwa", lecz tylko o kompetencji państwa w określonym zakresie.

W takiej właśnie formie sformułowany został przepis art. 56 ust. 1 Konstytucji RP: *„Cudzoziemcy mogą korzystać z prawa azylu w Rzeczypospolitej Polskiej na zasadach określonych w ustawie".* Do zwrotu *„mogą korzystać z prawa azylu"* należałoby dodać: jeżeli państwo polskie, w którym się schronili, zechce udzielić im azylu *„na zasadach określonych w ustawie"*. Bo właśnie ustawodawca decyduje o zasadach i warunkach udzielenia azylu, kierując się kryteriami aksjologicznymi, wynikającymi z międzynarodowych konwencji o ochronie praw człowieka oraz humanitaryzmem mocno zakotwiczonym w polskiej konstytucji z 1997 r.

Potwierdzenie wyłącznej kompetencji państwa co do udzielenia azylu stanowi przepis art. 79 ust. 2 Konstytucji RP, który nie pozwala cudzoziemcowi zaskarżyć decyzji o azylu do Trybunału Konstytucyjnego. Podkreślić należy, że w innych sprawach niż azyl i status uchodźcy, cudzoziemcy mogą korzystać z ochrony Trybunału Konstytucyjnego oraz sądów powszechnych. Zgodnie z przepisem art. 37 konstytucji, który zapewnia wszystkim znajdującym się pod władzą Polski, korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw, które nie są zarezerwowane wyłącznie obywatelom polskim (jak np. z praw wyborczych), bo azylant nie otrzymuje statusu obywatela, lecz zachowuje swój dotychczasowy. Szczegółowe przepisy dotyczące azylu zawarte są w ustawie

[293] Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 40/144; por. T. Zieliński, *Pojęcie cudzoziemca i prawo do swobodnego przemieszczania się*, Biuletyn RPO. Materiały, Warszawa 1992, nr 14, s. 38.

z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej[294].

Art. 90 tej ustawy stanowi, że cudzoziemcowi można na jego wniosek udzielić azylu w Polsce, gdy jest to niezbędne do zapewnienia mu ochrony oraz gdy przemawia za tym ważny interes Rzeczypospolitej Polskiej. Cudzoziemcowi, któremu udzielono azylu, udziela się zezwolenia na osiedlenie się.

Składając wniosek o udzielenie azylu wnioskodawca jest obowiązany poddać się pobraniu odcisków linii papilarnych i fotografowaniu, aby otrzymać wizę pobytową w celu udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia azylu. Odmowa poddania się tym zabiegom skutkuje pozostawieniem wniosku o udzielenie azylu bez rozpoznania.

Cudzoziemca pozbawia się azylu, jeżeli ustały przyczyny, dla których azyl został udzielony oraz gdy prowadzi on działalność skierowaną przeciwko obronności lub bezpieczeństwu państwa i porządkowi publicznemu. Decyzję o wydaleniu wydaje się tylko po uprzednim pozbawieniu go azylu. Cudzoziemca, któremu udzielono azylu, nie można zobowiązać do opuszczenia terytorium Polski. Decyzję w sprawach udzielania i pozbawiania azylu wydaje Prezes Urzędu do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców.

[294] Dz. U. nr 128 poz. 1176 z 2003 r.

Rozdział V

Wolność przemieszczania się w rozważaniach dogmatycznoprawnych

1. Wprowadzenie

Każda wolność człowieka jest bezgraniczna tylko w wymiarze teoretycznym, bo zakłada się, że człowiek posiada wolną wolę, z której może korzystać.

W wymiarze praktycznym i prawnym wolność jednostki jest ograniczona przez czynniki o charakterze naturalnym, ekonomicznym i politycznym. Te ostatnie są precyzowane z reguły w obowiązujących aktach normatywnych zarówno na szczeblu krajowym, jak i międzynarodowym. Celem regulacji prawnych w państwie demokratycznym jest ochrona wolności i praw każdego przed zagrożeniami zewnętrznymi (organów władzy publicznej, osób fizycznych i prawnych), a także przed nadużyciem wolności i praw ze szkodą dla innych. Przemieszczanie się człowieka jest jego naturalną i najstarszą wolnością, z której zawsze korzystał.

Wolność przemieszczania się spełnia głównie dwie funkcje: samoistną, bo umożliwia zmianę miejsca pobytu w różnych celach oraz funkcję służebną, bo pozwala realizować wolność zgromadzeń różnych ludzi w różnych miejscach i z różnych powodów, pobierać i uprawiać naukę oraz przekazywać wiedzę innym w różnych szkołach i krajach, korzystać z wolności wyboru miejsca pracy. Tylko z tych istotnych względów odnotować można ze zdumieniem, że wolność przemieszczania się została pominięta w pierwszej wersji europejskiej Konwencji o ochronie praw i podstawowych wolności Człowieka z 1950 r., a dodano ją do konwencji dopiero w czwartym protokole dodatkowym w 1963 r., mimo że już Powszechna deklaracja praw człowieka z 1948 r.

zamieszczała w art. 13 *„wolność poruszania się i osiedlania w granicach każdego państwa"*[295].

Mniejsze zdziwienie wywołuje zamienne nazywanie w protokole wolności przemieszczania się *„prawem do swobodnego poruszania się"* i *„wolnością wyboru miejsca zamieszkania"*[296]. Nawiasem mówiąc z nieznanych przyczyn autorzy protokołu nr 4 określali „prawem" swobodne poruszanie się, a „wolnością" wybór miejsca zamieszkania, skoro jedna i druga czynność znaczy to samo. Niestety, brak prawniczej precyzji języka jest błędem uprawianym w skali międzynarodowej, co potwierdza anglojęzyczna wersja oryginalna Międzynarodowego paktu praw osobistych i politycznych, gdzie w art. 12 ust. 1 jest zwrot *„…have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence"*[297].

Z zadziwiających przyczyn nawet w literaturze prawa, i to autorstwa uznanych prawników, nie rozróżnia się dwóch odmiennych pojęć „prawo człowieka" i „wolność człowieka". Być może dlatego, że w potocznym języku używa się często ogólne i zbiorcze określenie „prawa człowieka", uwzględniające łącznie wolności, prawa i obowiązki, chociaż w aktach ustawodawczych każdemu z tych określeń należy nadawać już precyzyjne znaczenie.

W przypadku przemieszczania się człowieka zamienne używanie pojęć „prawo" i „wolność" wynika też z tego, że państwa „arbitralnie" przywłaszczyły sobie kompetencje do decydowania o przemieszczaniu się ludzi i ograniczyły wolność człowieka do własnego decydowania w tym przedmiocie. W ramach tego przywłaszczenia państwo decyduje o wyjeździe swego obywatela lub cudzoziemca z kraju i powrotu do niego, nawet o ograniczeniach przemieszczania się ludzi w obrębie kraju (dla ochrony ścisłych rezerwatów, terenów poligonów wojskowych itp.). Wówczas człowiek nie może w ramach swojej wolności decydowania dowolnie się przemieszczać, lecz tylko w granicach ustanowionych w ustawach może korzystać z przyznanego mu prawa do przemieszczania się, prosząc władzę państwową o zezwolenie na wyjazd lub przyjazd na podstawie paszportu czy wizy.

---

[295] Zob. *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, s. 21, oprac. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1993.

[296] Art. 2 ust. 1 protokołu nr 4 do europejskiej Konwencji o ochronie praw i podstawowych wolności, op. cit., s. 152 oraz Institutet för offentlik och internationell rätt No. 75, Sztokholm 1988, s. 37.

[297] Międzynarodowy pakt praw osobistych i politycznych, http://www.hfhrpol.waw.pl/pliki/Miedzynarodowy_Pakt_Praw_Obywatelskich_i_Politycznych.pdf

W takiej sytuacji zamiana naturalnej wolności człowieka do decydowania o przemieszczaniu się staje się jego prawem do przemieszczania się po uzyskaniu zgody organu władzy państwowej. Takie przekształcenie wolności w prawo pozostaje jednak zawsze ograniczeniem wolności, a nie jej pozbawieniem, gdyż bywa ono w określonych warunkach politycznych i ekonomicznych ustanawiane na czas określony, nie zawsze na terytorium całego państwa i nie zawsze między różnymi państwami. Ponadto człowiek może nie respektować ograniczeń wolności przemieszczania się, narażając się na sankcje, ponieważ decydujące znaczenie ma jego wolna wola.

Rozróżnianie prawa do określonego świadczenia od wolności wyboru jakiegoś postępowania dostrzegane było już w starożytności, ponieważ prawo rzymskie posługiwało się pojęciami: *dare, facere, praestare* (ktoś komuś coś dać, uczynić lub świadczyć powinien), gdy miało na uwadze prawo kogoś do czegoś oraz pojęciem *nonfacere* (nie przeszkadzać komuś w korzystaniu z jego wolności), wówczas gdy ktoś korzystał z wolności wyboru określonego postępowania.

Często też pojęcie „prawo" i „wolność" łączy się, mówiąc „prawo do wolności" (np. prawo do wolności sumienia i religii albo prawo do wolności zrzeszania się) i to w znaczeniu prawa podmiotowego przysługującego określonej osobie, a nie w znaczeniu prawa przedmiotowego (np. jako prawo o zgromadzeniach lub prawo o stowarzyszeniach). Taka terminologia jest używana nawet w Paktach praw człowieka. Np. art. 18 Paktu praw osobistych i politycznych zaczyna się zwrotem: *„Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion"*. (Każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i religii), natomiast art. 22 stanowi: *„Everyone shall have the right to freedom of association with others (…)"* (Każdy ma prawo do swobodnego zrzeszania się z innymi (…). Powinno być: *„Każdy dysponuje wolnością zrzeszania się z innymi"*. Tego rodzaju uchybienia przy tworzeniu traktatu można usprawiedliwiać tym, że większy wpływ na ich treść mieli dyplomaci, a nie prawnicy, ale już podobnych błędów w polskich ustawach nie da się niczym usprawiedliwić.

Co innego jest, gdy prawodawca ustanawia obowiązek albo procedury ochrony określonej wolności przez państwo. Wówczas można bronić swojej wolności albo wykonania obowiązków świadczenia, korzystając z przyznanego wyraźnie w ustawie środka prawnego do ochrony tej wolności. Tego rodzaju *„prawo do ochrony wolności (…)"* jest ustanawiane przez prawodawcę raczej wyjątkowo, gdy jakaś wolność jest w zasadzie człowiekowi odebrana, ale z pewnymi wyjątkami zachowana w formie koncesyjnej, np. przy produkcji i handlu bronią lub farmaceutykami. Już z samej natury wolności

wynika, że na korzystanie z niej wystarczy własna decyzja i nie potrzeba żadnych zezwoleń. Ponadto zgodnie z art. 31 ust. 1 Konstytucji RP każda wolność człowieka zawsze podlega ochronie prawnej, natomiast jej ograniczenia dopuszczalne są wyłącznie na warunkach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Tak właśnie rozumiana konstytucyjna gwarancja wolności decydowania przez człowieka oznacza, że przed realizacją swojej decyzji nie ma obowiązku sprawdzać w obowiązującym prawie czy może coś uczynić, lecz tylko czy nie może tego uczynić, gdyż ma obowiązek podporządkowania się zakazom lub nakazom obowiązującego prawa. Wszystko inne, co nie jest zakazane lub nakazane, wolno czynić bez zezwolenia prawa. Zabezpieczeniu takiego rozumowania służy zasada *nullum crimen nulla poena sine lege* (nie ma przestępstwa, gdy prawo nie zakazuje czegoś pod groźbą kary). Zasada ta ma istotne znaczenie, gdyż enumeratywne ustalenia czynów dozwolonych zamiast czynów zakazanych przekreśla istotę wolności człowieka na rzecz systemu koncesyjnego – „wolno mi czynić tylko to, na co mi zezwolono".

Niezrozumienie istoty wolności człowieka jest szczególnie niebezpieczne, gdy praktykowane jest przez legislatorów i wykonawców ustaw. Za przykład może posłużyć ustawa z 3 lipca 1984 r. o kulturze fizycznej oraz zarządzenie wykonawcze do tej ustawy wydane 17 czerwca 1985 r.[298] Ustawa nakazywała ustalić wykaz dyscyplin sportowych dopuszczonych do uprawiania w kraju. W wydanym zarządzeniu ogłoszono w formie wyczerpującej te dyscypliny z pominięciem golfa, krykieta i wielu innych, które każdego dnia ktoś może wymyślić. Ustawodawca nie pomyślał, że uprawianie sportu jest formą realizacji wolności, która jest bezkresna, dlatego należało wymienić dyscypliny sportowe niedopuszczone do uprawiania w kraju, gdy są szkodliwe dla zdrowia i życia człowieka.

Podobną ignorancją popisał się Sąd Wojewódzki w Warszawie, gdy w 1981 r. rozpatrywał kwestię rejestracji NSZZ „Solidarność Wiejska", ponieważ poszukiwał w przepisach ustawy normy, zezwalającej na zrzeszanie się w związkach zawodowych rolników indywidualnych, zamiast poszukiwać normy zakazującej im zrzeszać się. Nawet uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 30 stycznia 1990 r. bezzasadnie stanowiła: *„Członkowie rolniczych spółdzielni produkcyjnych nie mają prawa tworzenia związków zawodowych i zrzeszania się w tych związkach"*[299].

[298] Ustawa: Dz. U. nr 34 poz. 181 z 1984 r., art. 16 oraz zarządzenie M. P. z 1985 r. nr 17 poz. 139.

[299] Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna oraz Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 1990 r. z. 6, s. 31.

Sądy te zignorowały przepis art. 22 Międzynarodowego paktu praw osobistych i politycznych oraz art. 8 Międzynarodowego paktu praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych, które gwarantują wolność związkową każdemu w celu ochrony swych interesów gospodarczych i społecznych. Ponadto z konwencji nr 11 i nr 141 Międzynarodowej Organizacji Pracy wynika, że określenie „pracownicy rolni" oznacza wszystkie osoby wykonujące na obszarach rolnych zajęcia rolne, rzemieślnicze lub inne niezależnie od tego, czy chodzi o pracowników najemnych czy też o osoby pracujące na własny rachunek[300]. Mimo że te umowy międzynarodowe były przez Polskę ratyfikowane i z tego tytułu stanowiły obowiązujące w Polsce prawo, to ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych w sposób zbędny powtarzała zawarte w traktacie przepisy i przyznawała m.in. członkom rolniczych spółdzielni produkcyjnych wolność tworzenia i przystępowania do związków zawodowych, mimo że uprzednio żaden przepis ustawy tej wolności spółdzielcom-rolnikom nie odbierał. Ograniczanie wolności człowieka ze względu na wykonywany zawód jest często praktykowane błędnymi przepisami ustanowionymi przez prawodawców. Ważny dlatego jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 lutego 2004 r. (P. 21/02)[301], który przypomina, że art. 65 konstytucji obejmuje swymi gwarancjami trzy wyodrębnione tam, choć funkcjonalnie powiązane wolności człowieka: wolność wyboru zawodu, wolność wykonywania zawodu oraz wolność wyboru miejsca pracy. W wyroku tym dalej przeczytać można, że konstytucja z 1997 r. określa też bardziej stanowczo nieprzekraczalne granice ingerencji w tego rodzaju wolności i prawa. Zgodnie z jej art. 31 ust. 3 ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanowione tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla zabezpieczenia enumeratywnie wyliczonych wartości: bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą przy tym naruszać istoty wolności i praw.

Jeszcze przed tym wyrokiem z 18 lutego 2004 r. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 23 czerwca 1999 r. (K. 30/98) wyjaśniał, że swoboda wyboru przez pracownika pracodawcy oznacza *„nie tylko możliwość zmiany zatrudnienia, ale również pozostawania w tym samym czasie w innym stosunku pracy"*, czyli podejmowania dodatkowego zatrudnienia. Zdaniem TK, potwierdził to sam ustawodawca, uchylając dawny art. 101 Kodeksu pracy, w którym prawo

[300] Por. A. Michalska, *Prawa człowieka w systemie norm międzynarodowych*, Warszawa-Poznań 1982, s. 183.
[301] OTK ZU 2004, seria A, nr 2 poz. 9.

pracownika do podjęcia dodatkowego zatrudnienia uzależnione było od zgody podmiotu zatrudniającego.

Twórcy obowiązującej ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym zignorowali cytowane wyżej wyroki TK i ustanowili w art. 109 ust. 2 następujący przepis: *„Nauczyciel akademicki może pozostawać w tym samym czasie w stosunku pracy tyko w jednym podstawowym miejscu pracy"*. Jest to także bezpodstawne ograniczenie gwarantowanej w art. 73 Konstytucji wolności nauczania.

Wydaje się, że te ograniczenia ustanowione zostały po to, aby ułatwić władzom szkół wyższych kontrolę należytego wykonywania obowiązków naukowo-dydaktycznych przez zatrudnionych tam pracowników naukowych. Nie na tym jednak polega rola ustawodawcy i nie po to stanowione są ustawowe zakazy i nakazy, co wyraźnie potwierdza art. 31 ust. 3 konstytucji. W piśmiennictwie prawniczym nadal często utożsamia się pojęcie prawo człowieka z pojęciem wolność człowieka albo mówi się, że istnieje wolność od czegoś (od przymusu) i wolność do czegoś (wolność wyboru), mimo że wszyscy wiedzą, że nie ma wolności wyboru, gdy jest przymus wyboru, dlatego rozróżnienie takie jest zbędne i bezwartościowe naukowo. Są to bałamutne określenia, które nie pozwalają zrozumieć istoty wolności wyboru człowieka od prawa roszczeniowego człowieka do określonego świadczenia, mimo że definicja wolności sformułowana została już w XVIII w.

W art. 4 i art. 5 Deklaracji praw człowieka i obywatela z 26 sierpnia 1789 roku stanowi: *„Wolność polega na tym, aby móc czynić wszystko, co nie szkodzi innemu; w ten sposób korzystanie z naturalnych praw przez każdego człowieka nie ma innych granic niż te, które zapewniają innym członkom społeczeństwa korzystanie z tych samych praw. Granice te mogą być określone tylko przez ustawę"* (art. 4). *„Ustawa może zakazać tylko działania szkodliwego dla społeczeństwa. Wszystko, co nie jest zakazane przez ustawę, nie może być zabronione i nikt nie może być zmuszony do dokonania tego, czego ona nie nakazuje"* (art. 5)[302].

Z tej definicji wynikają stale aktualne wnioski praktyczne:

- Że człowiekowi wolno czynić wszystko, co nie szkodzi innym oraz że państwo w ustawie może zakazać tylko tego, co szkodzi innym; oznacza to ustanowienie granic władzy państwa nad jednostką (bo może zakazywać człowiekowi tylko działań szkodliwych dla innych);
- Że wolność wyboru oznacza możliwość wyboru wielu wariantów, a nie sytuację alternatywną; ograniczenie człowieka do wyboru jednej

[302] *Prawa i obowiązki obywateli. Wybór źródeł*, (oprac. zbior. pod red. Z. Kędzi), Ossolineum 1978, s. 31-32.

z dwóch albo kilku tylko z wielu istniejących możliwości, stawia go w sytuacji przymusowej, jest ograniczeniem jego wolności; człowiek jest pozbawiony wolności zarówno, gdy działa pod przymusem fizycznym (*vis absoluta*), jak i pod przymusem psychicznym (*vis compulsiva*), bo przymus wyboru zawsze przekreśla wolność wyboru;

- Nie ma obowiązku aktywnych działań w celu umożliwienia innemu korzystania z jego wolności; jest tylko obowiązek powstrzymania się od działań, które uniemożliwiają lub ograniczają możliwość korzystania z wolności przez inną osobę.

Z tych względów wolności, mimo że są najwyżej cenione przez człowieka, bywają błędnie nazywane prawami negatywnymi, chociaż nie ma to związku z ich wartością negatywną (szkodliwą, złą), a tylko z postawą pasywną (z obowiązkiem nieingerowania, niewtrącania się, nieprzeszkadzania, gdy ktoś korzysta z wolności). Bałamutne określanie wolności „prawami negatywnymi" ma też zapewne podkreślać ich odrębność wobec praw pozytywnych człowieka do określonych świadczeń, bo te wymagają już nie postawy pasywnej, lecz aktywnej podmiotu zobowiązanego na rzecz podmiotu uprawnionego. Przy realizacji wolności człowiek sam osobiście korzysta z wolności bez potrzeby jakiegokolwiek świadczenia ze strony innego podmiotu. Obowiązki organów władzy publicznej sprowadzają się tylko do roli stróża nocnego, a więc ochrony przestrzegania prawa przez podmioty zobowiązane, bo do tego zostały powołane. Nie mają obowiązku „świadczenia wolności obywatela" (np. organizowania zgromadzeń publicznych czy też tworzenia stowarzyszeń, partii i związków zawodowych). Przeciwnie jest przy prawach człowieka. Na organach państwowych (a także na podmiotach prawa prywatnego, np. na pracodawcach) spoczywa obowiązek świadczenia na rzecz osób uprawnionych. Wszyscy pracodawcy mają obowiązek świadczyć pracownikom wynagrodzenie za pracę, urlop, bezpieczne i higieniczne warunki pracy itp. Organy władzy publicznej mają już znacznie szerszy zakres obowiązków, są bowiem zobowiązane do zapewnienia ochrony wszystkich wolności i praw, o których mowa w konstytucji, w umowach międzynarodowych i ustawach, aby prawdziwe było określenie „państwo prawa".

Jest to oczywista konsekwencja obowiązywania doktryny o służebnej roli państwa i jego organów wobec obywateli (doktryny indywidualistycznej).

Współczesna szkoła prawa nadal reguluje wolności człowieka zgodnie z art. 4 i art. 5 Deklaracji praw człowieka i obywatela z 1789 r., które głoszą, że człowiekowi wolno czynić wszystko, co nie szkodzi innym i dlatego nie zostały przez prawodawcę zakazane pod groźbą kary.

Nie wszystkie czyny społecznie szkodliwe zostały przez prawo zakazane pod groźbą kary. Czyny o niewielkiej szkodliwości społecznej nie są wprawdzie zagrożone karą przez ustawę, ale podlegają tzw. sankcji rozsianej, czyli potępieniu moralnemu otoczenia lub religijnemu przez współwyznawców albo sankcjom przewidzianym w statutach i regulaminach organizacji społecznych, których są członkami. Oczywiście, że tego rodzaju sankcje mogą być akceptowane tylko dobrowolnie, gdyż nie wynikają z przymusowej podległości człowieka władztwu państwowemu. W drodze wyjątku prawo państwowe przewiduje dolegliwości dla korzystającego ze swego prawa mimo braku w ustawie zakazów lub nakazów, gdyż ten, któremu przysługuje określone prawo roszczeniowe, z którego korzystanie w pewnej sytuacji jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, pozbawiony został środków ochrony prawnej, gwarantujących realizację tego prawa (art. 5 k.c.). Jest to wyjątek od zasady, głoszącej wolność wyboru w zakresie skorzystania lub niekorzystania z przysługującego komuś prawa bez negatywnych konsekwencji prawnych oraz drugiej zasady, gwarantującej ochronę prawną osobie, realizującej przysługujące jej prawo roszczeniowe.

Wszystkich wolności człowieka wymienić nie można, tak jak nie można wymienić wszystkich możliwych decyzji podejmowanych przez człowieka. Bo wolność oznacza właśnie naturalną, przyrodzoną człowiekowi zdolność do podejmowania nieskończenie wielu aktów woli (decyzji) i ich realizacji.

Akty normatywne (konstytucja, ustawy, traktaty międzynarodowe i inne) wymieniają tylko wolności podstawowe dla człowieka po to, aby je zagwarantować, także ograniczając je w celu umożliwienia korzystania z wolności przez wszystkich oraz aby zapobiec nadużywania wolności ze szkodą dla innych.

Wolności innych niż podstawowe, których nie wymienia żaden akt normatywny, nie można jednak nazwać indyferentnymi prawnie, ponieważ ich nienaruszalność także podlega ochronie prawnej. Potwierdza to Konstytucja RP, głosząc w art. 31 ust. 1 *„Wolność człowieka podlega ochronie prawnej”* - każda wolność oraz inne ustawy, np. kodeks karny w art. 167 *„Kto używa przemocy lub groźby bezprawnej w celu zmuszenia innej osoby do określonego zachowania się”*. Przestępstwo to polega bowiem na bezprawnym zmuszaniu człowieka do działania, zaniechania lub znoszenia niezgodnego z jego wolą.

Inne przejawy korzystania z wolności chroni art. 107 kodeksu wykroczeń: *„Kto w celu dokuczenia innej osobie złośliwie wprowadza ją w błąd lub w inny*

sposób złośliwie niepokoi" oraz art. 23 i art. 24 kodeksu cywilnego, w których też chroni się cały zakres wolności człowieka[303].

Różnice między pojęciami „prawo człowieka" i „wolność człowieka" mają istotne znaczenie w dziedzinie techniki legislacyjnej. Warto podkreślić te różnice, bo mają fundamentalne znaczenie praktyczne:

1. Prawo człowieka należy formułować w postaci normy konstytutywnej, kreującej przysługujące świadczenie, ponieważ prawo do świadczenia powstaje dopiero z chwilą wejścia w życie normy prawnej, przyznającej to prawo albo z chwilą wejścia w życie dobrowolnej umowy zawartej w formie prawem przewidzianej, ustalającej wzajemne świadczenie stron umowy, ponieważ nie jest ono przyrodzone i niezbywalne, lecz stanowione na czas określony. Istnienie prawa człowieka zawsze określa sytuację dwóch podmiotów: uprawnionego do świadczenia i zobowiązanego to świadczenie spełnić. Norma prawna, przyznająca określone prawo, powinna precyzyjnie stanowić, kto, komu, co i po spełnieniu jakich warunków ma świadczyć oraz gwarantować możliwość jego dochodzenia przy pomocy organów władzy publicznej (administracyjnej i sądowej).
2. Natomiast wolność człowieka należy formułować w postaci normy deklaratoryjnej, potwierdzającej jedynie fakt odwiecznie istniejącej wolności człowieka, niezależnej od państwa i prawa, jako wartości przyrodzonej i niezbywalnej. Wolność jest wpisana w akcie normatywnym po to, aby ją zagwarantować przez organy administracyjne i sądowe. Prawo stanowione nie kreuje, lecz tylko reguluje wolności człowieka po to, aby je ograniczyć w niezbędnym zakresie przed ich nadużyciem ze szkodą dla innych i w ten sposób zagwarantować równą możliwość korzystania z nich przez wszystkich (zgodnie z zasadą równouprawnienia).

Nosicielem i dawcą prawa jednostki do określonego świadczenia jest bowiem państwo lub kontrahent dobrowolnej umowy zawartej między dwoma podmiotami. Natomiast nosicielem i dysponentem wolności jest każdy człowiek z jego wolną wolą decydowania o sobie bez względu na stanowisko państwa i prawa, chociaż z narażeniem się na sankcje za naruszenie zakazów

[303] Potwierdza to wyrok Sądu Najwyższego (II C. Z. 92/67), dotyczący bezpodstawnego zakazywania najemcy korzystania w określony sposób z zajmowanego mieszkania oraz S. Grzybowski, do wymienionych w art. 23 k. c. dóbr osobistych, takich jak zdrowie, wolność, cześć, swobodę sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnicę korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukową i artystyczną, wynalazczą i racjonalizatorską, dodaje dalsze (*Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1957, s. 20).

i nakazów obowiązującego prawa stanowionego. Nie zawsze tak rozumiana wolność człowieka była i jest akceptowana. Zależy to od przyjęcia jednej z dwóch koncepcji doktrynalnych decydujących o kształcie ustroju społeczno-politycznego i gospodarczego państwa.

Pierwszą koncepcję nazwano uniwersalistyczną lub kolektywistyczną, ponieważ zakłada, że realnie i w skali powszechnej liczą się tylko cele i interesy państwa, jako wartości zbiorowej, natomiast człowiek jako jednostka traktowany jest przedmiotowo – jako narzędzie służące do realizacji tych celów i interesów państwa. Jeżeli człowiek korzysta z jakichś praw i swobód – to tylko z woli państwa, gdyż posiadanie tych praw przez obywateli pozwala im lepiej służyć państwu i skuteczniej wspierać realizację jego globalnych celów. Zgodnie z tą doktryną państwo może ustalać zakres praw, swobód i obowiązków jednostki w sposób nieograniczony w zależności od potrzeb związanych z realizacją celów państwa i zgodnie z przyjętym założeniem, że ustawodawcy wszystko wolno.

Doktryna uniwersalistyczna legła u podstaw monarchii absolutnych, a potem państwa faszystowskiego i komunistycznego. Model ustroju społeczno-politycznego i gospodarczego tych państw oparty został na centralizacji władzy, monistycznej strukturze państwa i ustroju gospodarczego, zgodnie z hasłem: jeden monolityczny naród, jedno scentralizowane państwo, jedna wiodąca partia polityczna i jeden wódz narodu, państwa i partii. Preferuje się tu własność państwową i kolektywów społecznych, a nie indywidualną.

Druga koncepcja ustroju społeczno-politycznego i gospodarczego nazwana została indywidualistyczną, gdyż zakłada, że najważniejsze są cele i interesy jednostki, a zadaniem państwa jest spełnianie służebnej roli wobec swych obywateli. Koncepcja indywidualistyczna uznaje godność i wolność człowieka za wartość naturalną i niezbywalną, a ustanowione przez państwa prawa mają być zgodne z wolą narodu i gwarantować realność praw i wolności obywateli.

W wymiarze praktycznym problem wolności sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie: czy człowiek ma w przepisach prawa szukać zezwolenia na realizację swoich dowolnych zamiarów, czy tylko ich ograniczeń enumeratywnie wymienionych w obowiązujących aktach normatywnych?

Doktryna uniwersalistyczna wyraża pogląd, że wszelkie działania człowieka istotne dla niego i społeczeństwa oraz państwa w sprawach podstawowych muszą wynikać z zezwolenia wyrażonego dosłownie lub dorozumianie w akcie normatywnym ustanowionym przez państwo. Doktryna indywidualistyczna stanowi natomiast, że akty wolnej woli (jego wolności) człowiek może realizować sam bez oczekiwania na zezwolenie ustawodawcy, respektując tylko ograniczenia ustanowione przez państwo. Oznacza to w praktyce, że

człowiek realizując swoją decyzję nie szuka w aktach normatywnych zezwolenia, lecz tylko szuka zakazów i nakazów prawa w tym zakresie.

Należy pamiętać, że zasada wolności odnosi się tylko do człowieka i osób prawnych prawa prywatnego, natomiast organy władzy publicznej mają postępować zgodnie z zasadą legalizmu, a więc tylko w granicach kompetencji określonych w ustawach.

Prawo człowieka określa sytuację dwóch podmiotów, uprawnionego do świadczenia oraz zobowiązanego to świadczenie spełnić. Natomiast wolność dotyczy w zasadzie jednego podmiotu – człowieka, który w ramach swojej wolnej woli podejmuje decyzję i ją realizuje (np. tworzy zrzeszenie lub wstępuje do już istniejącego, zwołuje zgromadzenie publiczne itp.). Wolność człowieka istnieje niezależnie od istnienia państwa i prawa, natomiast prawo do czegoś zaistnieje dopiero, gdy zostanie ustanowione przez uprawniony organ państwa (ustawodawcę) i przysługuje tylko przez okres obowiązywania aktu normatywnego, który to prawo ustanowił lub określił w ustawie czas jego obowiązywania. Oczywiście, że cały czas mowa o wolnościach i prawach człowieka, które są gwarantowane w akcie normatywnym ustanowionym przez państwo. Niezależnie od tego istnieją wolności i prawa, o których mowa w statutach dobrowolnych zrzeszeń, w prawie wyznaniowym określonego kościoła czy prawie zwyczajowym. Nie są one jednak gwarantowane przez państwo pod groźbą sankcji prawnych, lecz są dobrowolnie respektowane przez człowieka. Doktryna uniwersalistyczna obowiązywała i miała wpływ na kształt ustroju społeczno-politycznego utrwalonego w konstytucji PRL z 1952 r. Dopiero po obaleniu ustroju komunistycznego nastąpił powrót do obowiązującej do 1939 r. doktryny indywidualistycznej, przerwanej wybuchem II wojny światowej oraz okresem zniewolenia Polski przez ZSRR.

Ograniczenie co do istoty wolności i praw następuje z reguły, gdy człowiek został pozbawiony możliwości decydowania w określonej sprawie. Sąd Najwyższy podał przykład takiego ograniczenia, gdy państwo ustanawia cenzurę prewencyjną w zakresie publikacji i widowisk. Takie właśnie ograniczenie obowiązywało w okresie panowania ustroju komunistycznego w Polsce, gdy nic nie mogło ukazać się drukiem w celu rozpowszechniania bez zezwolenia Urzędu Kontroli Publikacji i Widowisk, nawet wizytówki czy drukowane klepsydry i nekrologi. Wówczas można mówić nie o ograniczeniu określonej wolności, lecz o pozbawieniu człowieka takiej wolności. Konstytucja Polski z roku 1997 mówi tylko o ograniczeniu, a nie o pozbawieniu, ponieważ opiera się na doktrynie, że każda wolność człowieka ma rodowód prawa naturalnego, a nie prawa pozytywnego. Tylko śmierć człowieka pozbawia go wolności, gdyż żywy zawsze może korzystać z wolności i realizować swoją wolną wolę nawet

wbrew zakazom lub nakazom prawa, w ramach nieposłuszeństwa obywatelskiego, narażając się na sankcje prawne. Potwierdzało to w starożytności powstanie Spartakusa, a w najnowszej historii zorganizowane przez NSZZ „Solidarność" strajki i manifestacje w okresie stanu wojennego, chociaż obowiązywało wówczas prawo zakazujące strajków i zgromadzeń publicznych. Na tak rozumianej wolności człowieka opartej na doktrynie indywidualistycznej został sformułowany aktualnie obowiązujący art. 52 konstytucji Polski z roku 1997, który dotyczy wolności przemieszczania się.

2. Swoboda przemieszczania się a suwerenność państwa

W poprzednich częściach niniejszego opracowania kilkakrotnie podkreślono niemożliwość takiego uregulowania wolności przemieszczania się ludzi pomiędzy państwami, aby nie podlegała ona żadnym ograniczeniom.

Z historycznego punktu widzenia decyzja o tym, kto ma prawo wjazdu na dane terytorium, była atrybutem państwa (względnie władcy). Możliwość decydowania o swoim terytorium, łącznie z możliwością decydowania o osobach, mogących przebywać w jego granicach (władztwo państwa) była przez długi czas przyjmowana przez teorię ustroju państwa jako wyraz jego suwerenności (zarówno w aspekcie zewnętrznym, jak i w aspekcie wewnętrznym), a tym samym jednym z podstawowych wyznaczników ich międzynarodowej podmiotowości[304]. Współcześnie jednak, zwłaszcza wobec rosnących wzajemnych powiązań państw o charakterze bilateralnym i wielostronnym koncepcja ta wydaje się nie do utrzymania. Nie pozostaje to bez wpływu na stopień niezależności decyzji – element uznawany za konstytutywny dla klasycznego rozumienia państwowej suwerenności. W praktyce stosunków międzynarodowych odbicie znajduje zasada, że niezależność jest pochodną relacji z innymi podmiotami – im ściślejsze relacje i wynikające z nich zobowiązania, tym mniejsza możliwość w pełni samodzielnego podejmowania decyzji. Decyzje o zacieśnianiu więzi z innymi państwami, w szczególności poprzez tworzenie instytucji ponadnarodowych, o ile nie są wymuszone, należy traktować jako decyzję suwerenną, pomimo faktu, że mogą one prowadzić do ograniczenia suwerenności.

Ograniczenia suwerenności Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie swobody przemieszczania się ludzi, w szczególności zaś prawa wjazdu na ich teryto-

[304] R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne,* Warszawa 2002, s. 117-118.

rium obywateli innych państw, wynikają z dobrowolnie przyjętych zobowiązań w postaci podpisanych traktatów międzynarodowych, umów dwustronnych, najczęściej łączących je z krajami sąsiednimi oraz innego typu porozumień[305]. Z perspektywy kontynentu europejskiego najbardziej reprezentatywnym przykładem tego typu samoograniczenia są zobowiązania wynikające z członkostwa w Unii Europejskiej, w szczególności zaś z obowiązującego we Wspólnocie prawa w postaci porozumień o ruchu granicznym (ściślej o jego zniesieniu).

Żadne z wymienionych porozumień nie ma jednak charakteru absolutnego, a państwa-strony pozostawiły sobie „otwarte furtki", pozwalające na wprowadzenie ograniczeń w zakresie przepływu osób przez ich terytorium. Tym samym państwa, korzystając ze swej suwerenności, określają sytuacje, w których wolność przemieszczania się zostanie ograniczona. Czynią to m.in. poprzez określenie sytuacji, w których cudzoziemiec nie zostanie wpuszczony do kraju[306].

3. Swoboda przemieszczania się a obywatelstwo

3.1. Obieg wewnątrzunijny

Warto zwrócić uwagę na wewnątrzunijne normy, wyznaczające standardy zabezpieczeń, odnoszące się do dokumentów podróży, na podstawie których możliwa jest identyfikacja osoby, przemieszczającej się po terytorium państw członkowskich. Istotne znaczenie ma tutaj rozporządzenie rady (WE) nr 2252/2004 z 13 grudnia 2004 r. w sprawie norm dotyczących zabezpieczeń i danych biometrycznych w paszportach i dokumentach podróży wydawanych przez państwa członkowskie[307]. Ponadto na wspomnienie zasługuje

[305] Więcej na temat problemu suwerenności państw członkowskich Unii Europejskiej, zob. S. Konopacki, *Problem suwerenności w Unii Europejskiej, „Studia Europejskie"* 3/2008, s. 9 i nn.

[306] Por. A. Krakała, *Odmowa wjazdu cudzoziemca na terytorium RP*, *„Ius et Administratio"* nr 1/2006, s. 32 i nn.; tenże, *Wydalenie cudzoziemca z terytorium RP*, *„Przegląd Prawa Publicznego"* nr 7/8/2007, s. 77 i nn.; tenże, Ochr*ona uzupełniająca - nowa forma udzielania ochrony cudzoziemcom*, *„Studia Prawno – Ekonomiczne"* nr 78 z 2008 r, s. 27 i nn.

[307] Dz. U. L 385 z 29.12.2004, s. 1-6.

również decyzja rady z 27 marca 2000 r. w sprawie poprawy wymiany informacji w celu zwalczania fałszowania dokumentów podróży[308]. Polityka integracyjna przejawia się również w zaleceniu komisji z 5 grudnia 2007 r. w sprawie zamieszczania w paszportach treści art. 20 TWE[309].

3.2. Obieg pozaunijny

Podstawowym obowiązkiem podróżującego (szerzej: przemieszczającego się), niezależnie od celu oraz powodu podejmowania podróży, jest możliwość okazania stosownego dokumentu, potwierdzającego jego tożsamość. Dokumenty tego typu wydawane są przez państwa pochodzenia danej osoby, co ustanawia nierozerwalny związek pomiędzy zagadnieniem mobilności człowieka a zagadnieniem przynależności państwowej. Wymaga to przyjrzenia się instytucji obywatelstwa jako podstawowej dla możliwości realizacji wolności przemieszczania się oraz rozważenia obowiązku posiadania dokumentów podróży jako ograniczenia wolności przemieszczania się. Wolność przemieszczania się jest bowiem przez tę kwestię zdeterminowana. Nie oznacza to oczywiście – o czym będzie mowa poniżej – że od obowiązku tego nie istnieją wyjątki, jak również, że osoba pozbawiona dokumentów nie korzysta z jakiejkolwiek ochrony. Na państwie pochodzenia spoczywają bowiem określone obowiązki z ochroną konsularną i dyplomatyczną na czele.

3.3. Pojęcie obywatelstwa

W prawie międzynarodowym, w prawie wewnętrznym oraz w nauce prawa poszczególnych państw używa się terminu „przynależność państwowa" dla określenia stosunku łączącego jednostkę z państwem. Przynależność państwowa nie jest jednak pojęciem rozumianym jednolicie. Terminu

[308] Dz. U. L 81 z 1.4.2000, s. 1-3.

[309] Zalecenie notyfikowane jako dokument nr C(2007) 5841, Dz. U. L 118 z 6.5.2008, s. 30-31. Było to rozwinięcie zobowiązania przedstawicieli państw Unii z 19 grudnia 1995 r. dotyczącego ochrony obywateli Unii Europejskiej przez przedstawicielstwa dyplomatyczne i konsularne. Zgodnie z brzmieniem jego art. 1 każdy obywatel Unii Europejskiej jest uprawniony do ochrony konsularnej ze strony przedstawicielstwa dyplomatycznego lub konsularnego któregokolwiek z państw członkowskich, jeśli w miejscu jego pobytu jego własne państwo członkowskie lub inne stale je reprezentujące państwo nie ma: (a.) dostępnego stałego przedstawicielstwa lub (b.) dostępnego Konsula Honorowego, właściwego dla takich spraw. Postanowienie to zostało następnie integrowane w traktat założycielski i wyrażone *explicite* w art. 20 TWE.

tego oraz terminu „osoba o przynależności państwowej” *„używa się w większości umów międzynarodowych oraz w ustawach wielu państw demokratycznych. Niekiedy występuje ono jako określenie szersze od obywatelstwa. (…) Chcąc jednak znaleźć jakieś sensowne wytłumaczenie tych różnic terminologicznych wielu autorów, zwłaszcza w USA (np. Koessler) i w Niemczech (np. Jellinek), uważa ‘obywatelstwo’ za pojęcie mające znaczenie wewnętrzne i określające dokonaną przez prawo wewnętrzne regulację statusu jednostki w stosunkach wewnętrznych. W ujęciu tym ‘przynależność państwowa’ ma znaczenie zewnętrzne i służy określeniu statusu jednostki wobec innych państw. Różnice w możliwości korzystania osób o określonej przynależności państwowej z praw przyznanych im w prawie wewnętrznym i tych należnych obywatelom nie mają tu żadnego znaczenia”*[310].

[310] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne,* Warszawa 2010, s. 438.

Zakończenie

Zagadnienie przemieszczania się ludzi (migracji) jest niezwykle aktualnym tematem, wywołującym zainteresowanie społeczeństwa w wielu państwach na świecie. Szczególne znaczenie ma w krajach o określonym poziomie rozwoju gospodarczego, które stanowią cel wędrówki ludów mniej zamożnych.

Ogromnie istotna dla współczesnych nastrojów społecznych jest również polityka medialna. Określony wizerunek emigranta, jaki kreują poszczególne państwa, determinuje społeczne zapatrywania[311].

W ostatnich latach można obserwować w literaturze naukowej wzrost zainteresowania rozmaitymi zagadnieniami związanymi z migracją. Wydaje się również, że wciąż najważniejszą przyczyną wędrówek ludności pozostają warunki ekonomiczne. Ciekawym opracowaniem tego zagadnienia są publikacje takich autorów jak m.in. R. White i B. Tadesse[312], M. E. Yaya[313], E. Heikkila[314], M. Feridun[315]. Kwestią godną wspomnienia jest również konieczność uregulowania praw obywateli Unii Europejskiej w zakresie możliwości korzystania ze służby zdrowia w innych krajach. Interesujące opracowanie w tym zakresie

[311] Por. L. Vicsek, R. Keszi, M. Markus, *The Image of Refugee in the Hungarian Press, "The Romanian Journal of European Studies"* No. 5-6/2007, s. 120.

[312] R. White, B. Tadesse, *East-West Migration and the Immigrant-Trade Link: Evidence from Italy*, *"The Romanian Journal of European Studies"* No. 5-6/2007, s. 68.

[313] M. E. Yaya, *Immigration, Trade and Wages in Germany*, *"The Romanian Journal of European Studies"* No. 5-6/2007, s. 86.

[314] E. Heikkila, M. Pikkarainen, *Employment of Immigrants in the Finnish Labour Market,* (w:) G. Silasi, O. L. Simina (red.), *Migration, Mobility and Human Rights at the Eastern Border of the European Union – Space of Freedom and Security*, Universitat Etidura 2008, s. 121.

[315] M. Feridun, *Labour Migration and Economic Development: The Case of Denmark,* (w:) G. Silasi, O.L. Simina (red.), *Migration, Mobility and Human Rights at the Eastern Border of the European Union – Space of Freedom and Security*, Universitat Etidura 2008, s. 139.

stanowi *The proposed patient mobility. Directive and the reform of cross-border healthcare in the EU,* analiza przygotowana przez Wolfa Sautera[316].

Na wzrost mobilności ludzi w Europie wpływ mają z całą pewnością innowacje w sektorze komunikacji i przewozów pasażerskich. Należy zauważyć, że zgodnie z wynikami badań z października 2010 roku opublikowanymi w raporcie analitycznym Komisji Europejskiej *Flash Eurobarometer: Future of Transport*[317]*,* konsumenci wykazują gotowość na zmiany w sektorze transportu, które byłyby nakierowane na redukcję emisji szkodliwych substancji do środowiska. Większość użytkowników samochodów (66 proc.) twierdzi, że poświęciłaby rozmiar pojazdu w celu zmniejszenia emisji, a 62 proc. pogodziłoby się z mniejszym zasięgiem, czyli odległością pokonywaną między dwoma tankowaniami lub doładowaniami. Ponad połowa (60 proc.) byłaby też skłonna zapłacić za samochód więcej, gdyby pozwoliło to ograniczyć emisje. Równocześnie raport pokazuje, że zmiana w sektorze przemieszczania się wymaga poprawy jakości transportu publicznego oraz zwiększenia siatki dostępnych połączeń. Zdecydowana większość (71 proc.) użytkowników samochodów uważa, że transport publiczny jest mniej wygodny od samochodu. Podobny odsetek (72 proc.) twierdzi, że nie korzysta z transportu publicznego ze względu na brak połączeń (49 proc. odpowiedzi *„bardzo ważne"*). 64 proc. narzeka na zbyt małą liczbę kursów, a 54 proc. wspomina o zawodności.

Wydaje się, że zasadniczy wpływ na przyszłość wolności przemieszczania się ma zatem rozwój technologii i idąca wraz z nim dywersyfikacja środków transportu. Poprawa jakości środków komunikacji publicznej oraz intensywna współpraca państw wspólnotowych w tym zakresie przekłada się na faktyczny zakres swobód komunikacyjnych ich obywateli w o wiele większym zakresie niż jakiekolwiek dodatkowe zabezpieczenia normatywne.

Podejście instytucji europejskich do zagadnienia przemieszczania się ma szerszy i bardziej systemowy charakter. Należy również wspomnieć – choć nie jest to przedmiotem zainteresowania niniejszego opracowania – szczegółowe regulacje europejskie nakierowane na poszczególne formy transportu osób w obrębie wspólnoty, jak również założenia polityki integracyjnej, mającej na celu ujednolicenie formalnych uwarunkowań przemieszczania się na terenie wszystkich państw członkowskich.

Z tego samego powodu istotne znaczenie mają również szczegółowe plany nakierowane na usuwanie barier utrudniających przemieszczanie

[316] W. Sauter, *The proposed patient mobility Directive and the reform of cross-border healthcare in the EU,* "Tilec Discussion Paper DP", 2008-034, Tilburg University.
[317] http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_312_en.pdf.

się[318]. Sprawna sieć transportowa wymaga znacznych zasobów. Szacuje się, że w latach 2010-2030 koszt rozwoju infrastruktury w UE pozwalający dotrzymać kroku popytowi na transport, wyniesie ponad 1,5 biliona euro. Ponadto, aby osiągnąć cele w zakresie redukcji emisji, niezbędne są dodatkowe inwestycje w pojazdy, sprzęt i infrastrukturę ładującą, sięgające biliona euro. Ukończenie sieci TEN-T wymaga wydatków rzędu 550 miliardów euro do 2020 r., z czego mniej więcej 215 miliardów euro posłuży usunięciu najważniejszych „wąskich gardeł".

Nakłady te są nakierowane na zwiększające się zapotrzebowanie w tym zakresie. W raporcie Komisji Europejskiej wskazano, że ruch pasażerski w obrębie Unii zwiększy się do 2050 roku o 51 proc.[319] Rozważane są również możliwości budowy infrastruktury elektrycznego transportu drogowego w UE, ale koszty takiej inwestycji ocenia się w chwili obecnej na 140 miliardów euro[320]. W opinii Komitetu Regionów w sprawie Globalnego podejścia do kwestii migracji i mobilności[321] z sesji plenarnej, która odbyła się 18-19 lipca 2012 roku, zaznaczono konieczność poszanowania praw człowieka w przypadku migrantów i zachowania solidarności i zasady pomocniczości wobec krajów, z których pochodzi większość przypływów migracyjnych. Wskazuje się również na konieczność dokładnego przeanalizowania wszystkich przyczyn migracji, w tym zmiany klimatu, tak by określić odpowiednie ramy prawne dla tych, którzy uchodzą ze swego kraju pochodzenia z powodu klęsk żywiołowych lub warunków klimatycznych zagrażających ich przetrwaniu lub integralności cielesnej. Dokument ten wyznacza zatem podstawy i kierunki rozwoju polityki migracyjnej Unii Europejskiej. Zaznaczono między innymi (pkt 7), że wymóg ograniczenia przepływów migracyjnych nie powinien być nigdy istotniejszy od prawa wszystkich osób do ubiegania się o ochronę międzynarodową w UE, która powinna pozostać miejscem schronienia dla osób uchodzących przed prześladowaniami lub wymagających

[318] Wśród zagadnień, które w pierwszej kolejności wymagają ujednolicenia znalazły się m.in. certyfikaty bezpieczeństwa taboru kolejowego (w chwili obecnej każde państwo w Unii ma własne), sygnalizacja świetlna w ruchu kolejowym, opłaty na drogi szybkiego ruchu, 27 różnych systemów zarządzania ruchem lotniczym czy zasady dostępu do centrów miast, aby wymienić tylko te projekty, które zostaną wdrożone w ciągu najbliższych dwóch lat; por.
http://ec.europa.eu/transport/strategies/facts-and-figures/all-themes/index_pl.htm.

[319] http://ec.europa.eu/transport/themes/strategies/doc/2011_white_paper/white_paper_2011_ia_full_en.pdf

[320] Ibidem.

[321] Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 13.09.2012, nr C 277/6.

ochrony. W punkcie 16 wskazano ponadto, że władze lokalne i regionalne są kluczowym podmiotem globalnego podejścia, gdyż promują i realizują politykę społeczną oraz politykę zatrudnienia, przyjmowania i integracji migrantów, jak również zarządzania kwestiami związanymi z nielegalną migracją oraz inicjują ożywiony dialog i różnorodne formy współpracy z krajami pochodzenia i tranzytu ruchów migracyjnych.

Programy ARLEM czy CORLEAP mają na celu koordynację tego problemu w skali całej wspólnoty. Komisja Europejska ma nadzieję, że ARLEM (Eurośródziemnomorskie Zgromadzenie Samorządów Lokalnych i Regionalnych) oraz CORLEAP (Konferencja Władz Lokalnych i Regionalnych Partnerstwa Wschodniego) zostaną uznane za najbardziej odpowiednie forum dialogu na temat polityki imigracyjnej i polityki na rzecz rozwoju z władzami regionalnymi basenu Morza Śródziemnego oraz Europy Wschodniej (pkt 18 aktu).

W punkcie 28 zauważono jednocześnie, że polityka imigracyjna UE może okazać się sprzeczna z polityką współpracy na rzecz rozwoju, gdyż jest ukierunkowana na przyciągnięcie talentów z państw trzecich zgodnie z celami rozwoju demograficznego i gospodarczego, wytyczonymi w strategii „Europa 2020". W punkcie 29 poddano w wątpliwość to, czy zjawisko drenażu mózgów, wynikające z selektywnej polityki migracyjnej, można zwalczać za pomocą instrumentu migracji cyrkulacyjnej, gdyż nie jest jasne, czy będzie on skuteczny i jaki wpływ w rzeczywistości przyniesie.

Wskazano również na możliwość zaistnienia kolizji ogólnego apelu skierowanego do niektórych państw trzecich o powstrzymanie przepływów migracyjnych. Takie podejście może łączyć się z naruszeniem praw człowieka i należy podjąć działania, mające zapobiec takiemu rozwojowi wypadków.

Punkt 34 dotyczy natomiast mobilności w środowisku akademickim. Wskazuje się na bezpośredni udział struktur uniwersyteckich w obrazie całościowym europejskiej migracji. Podkreślono, że inwestycje sprzyjałyby mobilności naukowców oraz wszystkich pracowników akademickich. Jednocześnie Komisja popiera *„petycję złożoną w Parlamencie Europejskim w sprawie przyjęcia eurośródziemnomorskiego programu Erasmus i Leonardo da Vinci jako konkretnego instrumentu umożliwiającego dwustronną mobilność studentów z obu wybrzeży Morza Śródziemnego"*.

Otwartość migracyjna w obszarze Unii kontrastuje z działaniami podejmowanymi na rzecz zwalczania nielegalnej imigracji. Wskazano na fakt, iż w przypadkach nielegalnej imigracji w pierwszej kolejności znaczenie ma sposób zatrudniania ludzi oraz obawa handlu nimi. W pkt 44 wskazano na działania kontroli granic podejmowane przez agencję FRONTEX. W punkcie 45 podkreślono potrzebę poszanowania praw człowieka, a zwłaszcza zasady nie-

zawracania na każdym etapie kontroli granicznej oraz związanego z nim wymogu poddania ścisłej kontroli działalności agencji FRONTEX przez instytucje UE, w tym szczególnie przez Parlament Europejski. W punkcie 63 niejako *pro forma* zawarty został wniosek o to, by polityka zwalczania nielegalnej imigracji nie skupiała się wyłącznie na kontroli granic i przechwytywaniu migrantów w chwili wyjazdu, lecz również na faktycznym umożliwianiu legalnego wjazdu cudzoziemcom, w tym pracownikom bez wysokich kwalifikacji, z uwzględnieniem konkretnej sytuacji panującej w poszczególnych państwach członkowskich.

W ostatnim czasie coraz częściej rozważany jest również problem osób powracających do Polski po latach emigracji. Należy zauważyć, że wolność przemieszczania się w dalszym ciągu jest w tym sensie pewnym przywilejem, bowiem możliwość korzystania z opieki innego kraju niż ten, w którym się pracowało, związana jest z pewnymi trudnościami, a przekierowanie świadczeń (np. emerytalnych) nie następuje automatycznie. Stąd na rynku wydawniczym odnaleźć można wiele pozycji zawierających praktyczne informacje odnośnie mechanizmów świadczeń socjalnych w przypadku reemigracji[322].

Istnieje możliwość dokładnego określenia miejsc, w których problem emigracji jest szczególnie widoczny. Jednym z nich jest granica Meksyku i Stanów Zjednoczonych. Dyskusja na temat tego problemu została zdominowana przez *„Closed Border Proposal"* – propozycję wybudowania 200-kilometrowego muru i zmilitaryzowania całej granicy[323].

Polityka emigracyjna jest również częściowo związana z problemem terroryzmu. Jak argumentuje Noronha Rodrigues, w wyniku ataków terrorystycznych z lat 2005 oraz 2011 uchodźcy zaczęli być postrzegani przez nie-

[322] Publikacje te mają różny stopień profesjonalizmu – od poradników praktycznych do opracowań naukowych: E. Baumgartner, *Emerytura reemigranta w Polsce. Podręcznik seniora wracającego z USA do kraju,* Douglaston 2009; E. Baumgartner, *Powrót do Polski. Finansowe i prawne dylematy amerykańskich reemigrantów i obywateli świata,* Douglaston 2010; S. Konopacki (red.), *Polska pięć lat w Unii Europejskiej,* Łódź 2009; J. Frelak, W. Klaus, J. Wiśniewski, *Przystanek Polska: analiza programów integracyjnych dla uchodźców,* Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2007; *Informator dla uchodźców: o wybranych przepisach prawnych w Polsce,* Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej 2005.

[323] Zob. m.in. T. A. Canova, *Closing the Border and Opening the Door: Mobility, Adjustment and the Sequencing of Reform, "Legal Studies Research Paper"* Series No. 8-55, dostępne: http://ssrn.com/abstract=993224

które państwa jako bezpośrednia przyczyna zagrożenia bezpieczeństwa wewnętrznego, z jednej strony jako źródło potencjalnego terroryzmu, z drugiej zaś strony, jako cel ataków terrorystycznych[324].

Istotnym aspektem prawa imigracyjnego wielu europejskich państw jest wprowadzenie zróżnicowania praw w zależności od „cenzusu wykształcenia". Rozwiązanie takie prowadzi w dłużej perspektywie do „drenażu umysłów", czyli przemieszczania się ludzi wykształconych z państw rozwijających się do rozwiniętych, co skutkuje utrzymywaniem się aktualnych podziałów[325]. Praktyka ta rozpoczęła się w krajach OECD w połowie lat 80-tych. Rozwiązania wprowadzone przez Kanadę i Australię, które nakierowane były na podniesienie jakości imigracji, szybko przekształciły się w metody konkurencji pomiędzy krajami rozwiniętymi, mającymi na celu wzbogacenie dorobku gospodarczego i naukowego na ryku wewnętrznym. „Drenaż mózgów" jest stale wzrastającą tendencją, co doskonale ilustrują statystyki. Niektóre kraje rokrocznie eksportują do krajów rozwiniętych tysiące ludzi z wyższym wykształceniem (według danych Międzynarodowej Organizacji Pracy rata imigracyjna z Filipin wyniosła w roku 2006 ok. 10 tys. osób, z czego 40 proc. posiadało wyższe wykształcenie). Największymi krajami przyjmującymi wykształconych są Stany Zjednoczone, Niemcy, Francja, Australia i Wielka Brytania.

O faktycznym przepływie ludności i ewentualnie łatwiejszych zasadach przemieszczania się ludzi w dużym stopniu decyduje polityka imigracyjna państwa. Chodzi tu o regulowanie własnych zasobów ludzkich poprzez ich „import z zagranicy". Liczne państwa rozwijają zatem modele selektywne. W Polsce rozważano ułatwienie procedur imigracyjnych obywatelom Wietnamu.

Przedstawiony powyżej przegląd zagadnień związanych z praktyką przemieszczania się ludzi wyznacza ogólne ramy faktyczne dla tego zagadnienia i określa rzeczywistość stosowania regulacji prawnych scharakteryzowanych w niniejszym opracowaniu.

Wymienione problemy praktyczne stanowią jednocześnie zespół najbardziej charakterystycznych aspektów dotyczących wolności przemieszczania się, którym ustawodawca polski, europejski oraz społeczność międzynarodowa będą musieli w najbliższej przyszłości sprostać.

---

[324] N. Rodrigues, *A Historia do Direito de Asilo no Direito International,* SSRN-id979561.

[325] F. Docquier, H. Rapport, *Skilled Migration: The Perspective of Developing Countries, "World Bank Policy Research Paper"* No. 3382, http://ssrn.com/abstract=625259

Bibliografia

Aust, A., *Handbook of International Law,* Cambridge 2010;
Banaszak, B., Preisner, A., *Prawo konstytucyjne. Wprowadzenie*, Wrocław 1996;
Barnard, C., *The Substantive Law of the EU. Four Freedoms,* Oxford 2007;
Berry, E., Hargreaves, S., *European Union Law*, Oxford 2007;
Bertozzi, S., *Schengen: Achievements and Challenges in Managing an Area Encompassing 3,6 Million Km2,* CEPS Working Document No. 24, February 7, 2008;
Białocerkiewicz, J., *Nowe polskie prawo o cudzoziemcach,* Toruń 2003;
Bierzanek, R., Symonides, J., *Prawo międzynarodowe publiczne,* Warszawa 1985;
Blanpain, R., *European Labour Law,* London 2010;
Boczek, B. A., *International Law. A Dictionary,* Oxford 2005;
Bodnar, A., *Obywatelstwo Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych obywateli państw członkowskich*, (w:) *„Zeszyty Ośrodka Informacji i Dokumentacji Europejskiej”*, Kancelaria Sejmu RP, nr 9/2008, s. 82;
Brouwer, E., *The other Side of the Moon – The Schengen Information System and Human Rights: Task for National Courts,* CEPS Working Document No. 288, April 14, 2008;
Browlie, I., *Principles of Public International Law,* Oxford 1995;
Bryk, W., *Polska polityka imigracyjna w okresie integracji ze Strefą Schengen,* (w:) S. Konopacki (red.), *Polska pięć lat w Unii Europejskiej,* Łódź 2009;
Bryksa, P., *Wybrane zagadnienia z polityki bezpieczeństwa wewnętrznego Unii Europejskiej. Szanse i zagrożenia dla Polski,* Biuro Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Warszawa 2008;
Chalmers, D., Davies, G., Monti, G., *European Union Law,* Cambridge 2010;
Cieleń, A., *Prawa polityczne obywateli Unii Europejskiej*, Warszawa 2008;
Cieślak, M., *Środki przymusu na tle systemu bodźców prawnych w procesie karnym*, *„Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze“* 1960, s. 89-125;
Cieślak, M., *Postępowanie karne – zarys instytucji*, Warszawa 1982;

Chetail, V.**,** *Freedom of Movement and Transnational Migrations: A Human Rights Perspective***,** (w:) T. A. Aleinikoff, V. Chetail (red.), *Migration and International Legal Norms,* Haga 2003;
Clayton, G., *Immigration and Asylum Law,* Oxford 2012;
Conte A., Davidson, S., Burchill, R., *Defining Civil and Political Rights,* Ashgate 2004;
Costello, C., *„Metock": Free Movement and „Normal Family Life" in the Union,* CMLRev No. 46 (2009), s. 587 i nn.;
Crawford, J., Vaughan, A., *The British Yearbook of International Law 2008*, Oxford 2009;
Currie, S., *Accelerated Justice or a Step Too Far? Residence Rights of Non-EU Family Members and the Court's Ruling in „Metock",* ELRev No. 34 (2009), s. 310;
Daranowski, P., *Miejsce międzynarodowych umów o prawach człowieka w systemie prawa polskiego i orzecznictwie sądowym,* (w:) L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa 1977;
Dobrzańska, B., Sitek, M., *Mini leksykon dyplomatyczny,* Józefów 2011;
Doliwa-Klepacka, A., *Możliwości odstąpienia od reżimu wizowego przy przekraczaniu zewnętrznej granicy Unii Europejskiej, „Białostockie Studia Prawnicze"*, z. 9/2012, s. 142-158;
Drywood, E., Stalford, H., *Using the CRC to Inform EU Law and Policy-making*, (w:) A. Invernizzi, J. Williams (red.), *The Human Rights of Children. From Visions to Implementation*, Ashgate 2011;
Dylewska, J., *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego po wejściu w życie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, *„Przegląd Sejmowy"* nr 1 (42) / 2001, s. 50;
Fahey, E., *Going Back to Basics: Re-embracing the Fundamentals of the Free Movement of Persons in "Metock", "Legal Issues of Economic Integration"* 36, No. 1 (2009), s. 83;
Florczak, A., *Uchodźcy w Polsce. Między humanitaryzmzm a pragmatyzmem,* Toruń 2003;
Foster, N., *EU Law Directions*, Oxford 2010;
Gajownik, M., *Zakaz opuszczania kraju po wejściu Polski do strefy Schengen, „Prokuratura i Prawo"* 1/2011;
Garlicki, L., *Konstytucyjny system źródeł prawa (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego) – XLII Ogólnopolska Konferencja Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego,* Nałęczów 2000;
Garlicki, L., *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, *„Państwo i Prawo"*, z. 10/2001, s. 5;

Gelberg, L., *Zarys prawa międzynarodowego,* Warszawa 1979;
Grochowski, L., *Polski system uchodźczy. Wybrane zagadnienia ochrony praw uchodźców w Polsce,* (w:) S. Pikulski (red.), *Ochrona człowieka w świetle prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały z II Międzynarodowej Konferencji Naukowej Mierki 18-19 października 2001*, Olsztyn 2002;
Grzegorczyk, G., Tylman, J., *Postępowanie karne*, Warszawa 2005;
Grzymała-Moszczyńska, H., *Uchodźcy. Podręcznik dla osób pracujących z uchodźcami,* Kraków 2000;
Guild, E., Minderhoud, P., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law,* Leiden 2012;
Gurdgiev, C., *Migration and EU-Enlargement: The Case of Ireland and Denmark, "The Romanian Journal of European Studies"* No. 5-6/2007;
Hatzopoulos, V., *Current Problems of Social Europe,* (w:) J. Baquero Cruz, C. Closa Montero, *European Integration from Rome to Berlin 1957-2007. History, Law and Politics*, Brussels 2009;
Hiris, L., *The Social Context of European East-West Migration,* (w:) G. Silasi, O.L. Simina, *Migration, Mobility and Human Rights at the Eastern Border of the European Union – Space of Freedom and Security*, Universitat Etidura 2008;
Jaworski, P., *Polska droga do Schengen. Opinie ekspertów,* Warszawa 2001;
Jegielski, J., *Obywatelstwo polskie. Zagadnienia podstawowe,* Warszawa 1998;
Kałużyńska, M., Smyk, K., Wiśniewski, J., *5 lat Polski w Unii Europejskiej*, Urząd Komitetu Integracji Unii Europejskiej, Warszawa 2009;
Klafkowski, A., *Prawo międzynarodowe publiczne,* Warszawa 1979;
Kłak, C., *Postępowanie nakazowe w polskim procesie karnym a ochrona praw człowieka,* Warszawa 2008;
Kowalski, M., *Europejska Konwencja Praw Człowieka a ochrona uchodźców,* (w:) C. Mik: *Prawa człowieka w XXI wieku. Wyzwania dla ochrony prawnej. Ogólnopolska Konferencja Prawnicza, Radziejowice 21-22 czerwca 2004 r.,* Toruń 2005;
Kowalski, M., *Wyzwania ochrony cudzoziemców. Recenzja książki Jacka Chlebnego. Postępowanie w sprawie o nadanie statusu uchodźcy, „Forum Prawnicze"*, kwiecień 2012;
Kourula, P., *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited*, Kluwer Law International 1997;
Łoziński, S., *Problemy polityki migracyjnej Polski w latach 1989-1998 a nowa ustawa o cudzoziemcach,* Kancelaria Sejmu, Biuro Studiów i Ekspertyz, Raport nr 147, lipiec 1998;

Martin, F. F., Schnaby, S. J. i inni, *International Human Right and Humanitarian Law. Treaties, Cases and Analysis*, Cambridge 2006;
Mensah, B., *European Human Right Case Summaries*, London 2002;
Michalska, A., *Prawa człowieka w systemie norm międzynarodowych*, Warszawa-Poznań 1982;
Mielnik, B., *Obywatelstwo Unii Europejskiej*, Wrocław 2000;
Mielnik, B., *Status prawny cudzoziemców w RP,* (w:) B. Banaszak, A. Preisner, *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP,* Warszawa 2002;
Nahlik, S., *Narodziny nowożytnej dyplomacji*, Ossolineum Wrocław 1971;
Noll, G., *Nagotiating Asylum. The EU Aquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, Drodrecht 2000;
Nowicki, M.A., *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo, t. 2, Prawo do życia i inne prawa,* Zakamycze 2002;
Nowicki, M. A., *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór Orzeczeń 1999-2004,* Zakamycze 2005;
Nowicki, M. A., *Wokół Konwencji Europejskiej,* Warszawa 1992;
Ogata, S., *Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights: the Risk to Seek Asylum,* (w:) *Reflections on Universal Declaration of Human Rights*. *A Fiftieth Anniversary Anthology,* Haga 1998;
Peers, S., Guild, E., Acosta Arcarazo, D., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 2: EU Immigration Law*, Leiden 2012;
Plender, R., *International Migration Law,* Dodrecht 1988;
Radzikowska-Kryńczak, B., Sadownik, A., *Polska w strefie Schengen. Refleksje po pierwszym roku członkostwa*, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, Warszawa 2008;
Rogers, N., Scannell, S., Walsh, J., *Free Movement of Persons in the Enlarged European Union*, London 2012;
Rozehnalova, N., Valdhans, J., *Europejski obszar sądowy i jego wpływ na państwa trzecie ze szczególnym uwzględnieniem wschodnich sąsiadów,* (w:) M. Zdanowicz, A. Doliwa-Klepacka, *Wybrane aspekty wpływu członkostwa państw Europy Środkowo-Wschodniej na stosunki ze wschodnimi państwami ościennymi*, Białystok 2009;
Runiewicz-Jasińska, R., *Status cudzoziemców w aspekcie praw i wolności człowieka,* (w:) J. Sobczak, T. Gardocka, *Dylematy praw człowieka,* Toruń 2008;
Sandorski, J., *Opieka dyplomatyczna jako narzędzie ochrony praw człowieka,* (w:) L. Wiśniewski, *Ochrona praw człowieka w świecie,* Bydgoszcz-Poznań 2000;

Skran, C., *Historical Developtment of International Refugee Law,* (w:) A. Zimmermann, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary,* Oxford 2011;
Sierpowska, I., *Ustawa o pomocy społecznej. Komentarz,* Warszawa 2007;
Silasi, G., Simina, O. L., *Introduction*, (w:) idem (red.), *Migration, Mobility and Human Rights at the Eastern Border of the European Union – Space of Freedom and Security*, Universitat Etidura 2008;
Sinha, S. P., *Asylum and International Law,* Haga 1971;
Sozański, J., *Prawa zasadnicze a prawa człowieka we wspólnotowym systemie prawnym*, Warszawa-Poznań 2003;
Sozański, J., *Prawa człowieka w Unii Europejskiej*, Warszawa-Poznań 2010;
Szewczyk, H., *Ochrona dóbr osobistych w zatrudnieniu*, Warszawa 2007;
Szudoczky, R., *The Influence of Primary Law on the Interpretation od Secondary Law in the Field of EU Citizenship and Direct Taxation: „Whatever works...",* (w:) D. Weber (red.), *Traditional and Alternative Routes. European Tax Integration*, Amsterdam 2010;
Szymańska, K., Zieliński, A., *Otwierać czy zamykać drzwi? Uwagi o wyzwaniach stojących przed Polską na obszarze kreowania polityki migracyjnej,* (w:) E. Nowicka, B. Cieślińska (red.), *Wędrowcy i migranci. Pomiędzy marginalizacją a integracją,* Kraków 2005;
Szymański, J., *Dwustronne umowy o małym ruchu granicznym państw* członkowskich *z krajami sąsiedzkimi elementem liberalizacji polityki wizowej UE,* (w:) M. Zdanowicz, A. Doliwa-Klepacka, *Wybrane aspekty wpływu członkostwa państw Europy Środkowo-Wschodniej na stosunki ze wschodnimi państwami ościennymi*, Białystok 2009;
Symonides, J., *Prawo do azylu,* (w:) *Prawa człowieka: model prawny,* INP PAN Warszawa 1991;
Verma, S. K., *An Introduction to Public International Law,* Dehli 2004;
Vonk, I., *Dual Nationality in the European Union. Study on Changing Norms in Public and Private International Law and in the Municipal Laws of Four EU Member States*, Leiden 2012;
Waltoś, S., *Polskie prawo karne procesowe – zarys systemu*, Warszawa 2008;
Weissbrodt D., de la Vega, C., *International Human Rights Law. An Introduction,* Philadelphia 2007;
Wiśniewski, L., *Wolność przemieszczania się i wyboru kraju zamieszkania,* Warszawa 1997;
Whittaker, D., *Asylum seekers and Refugees in the Contemporary World*, Routledge 2006;
Wierzbicki, B., *Ewolucja pojęcia „uchodźca" w prawie międzynarodowym, „Państwo i Prawo"*, 1989, z. 11, s. 48;

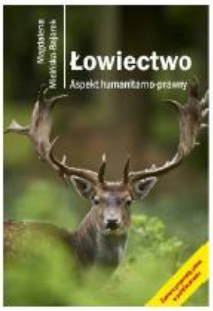
Wierzbicki, B., *Sytuacja prawna uchodźcy w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka,* Białystok 1993;
Wilk-Jakubowski, G., *Integracja czy izolacja? Polityka migracyjna w III RP,* (w:) M. Miłek, G. Wilk-Jakubowski, *Stan realizacji polityki społecznej w XXI wieku,* Kielce 2005;
Wojtan, M., *Proces akcesji Polski do Unii Europejskiej w zakresie przepływu osób a doświadczenia Niemiec,* Wrocław 2004;
Worster, W. T., *The Evolving Definition of the Refugee in Contemporary International Law, "Berkeley Journal of International Law"*, Vol. 30/2012;
Wróbel, I., *Polityka imigracyjna rozszerzonej Unii Europejskiej – w poszukiwaniu odpowiedzi na nowe wyzwania,* Warszawa 2005;
Wyrozumska, A., *Formy zapewnienia skuteczności prawu międzynarodowemu w porządku krajowym,* (w:) *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym,* (red.) M. Kruk, Warszawa 1997;
Zakolska, J., *Problem klauzuli ograniczającej korzystanie z praw i wolności człowieka w pracach konstytucyjnych, poglądach doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, *„Przegląd Sejmowy"* nr 5 (70) / 2005, s. 12;
Zieliński, T., *Pojęcie cudzoziemca i prawo do swobodnego przemieszczania się*, Biuletyn RPO. Materiały, Warszawa 1992, nr 14, s. 38

http://www.wydawnictwo-silvarerum.eu

Wydawnictwo naukowe SILVA RERUM adresowane jest nie tylko do ludzi nauki, ale także wszystkich tych, którzy są po prostu ciekawi świata, którzy chcą poznać , zrozumieć. Dla tych, którzy pragną poszerzać swoje horyzonty...

WYDAWNICTWO NAUKOWE SILVA RERUM

Wizerunek kobiety w mediach - to wieloaspektowa książka analizująca to, jaka jest i jak jest prezentowana współczesna kobieta /e-book/

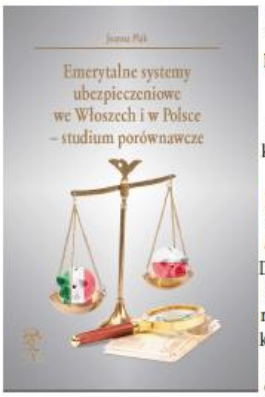


Magdalena Micińska-Bojarek: Łowiectwo. Aspekt humanitarno-prawny

Ze wstępu:

„Współczesne łowiectwo budzi coraz więcej kontrowersji. (…) Łowiectwo jest *instytucją posiadającą długie tradycje prawnej regulacji oraz bogaty dorobek doktryny. Piśmiennictwo prawnicze w zasadzie nie kwestionuje jego celowości uznając łowiectwo za ważną formę ochrony środowiska przyrodniczego. Przedstawiciele nauki skupiają jednak uwagę głównie na modelu organizacyjnym tej instytucji niemal całkowicie pomijając kwestię humanitaryzmu myślistwa. Autorka uznała zatem za celowe wypełnienie tej luki w literaturze przedmiotu poprzez skonfrontowanie i porównanie wybranych aspektów prawa humanitarnej ochrony zwierząt z prawem i praktyką łowiecką, po to by odpowiedzieć na pytanie czy współczesne łowiectwo można uznać za humanitarne. Praca odnosi się do stanu prawnego aktualnego w dniu 1 stycznia 2014 roku.*"

Magdalena Micińska-Bojarek



Joanna Plak: Emerytalne systemy ubezpieczeniowe we Włoszech i w Polsce – studium porównawcze oraz książka Dariusza Łukasiewicza pt. „Zło niechrześcijańskie i nieludzkie" **Historia dzieciobójstwa i inne szkice z dziejów codzienności** - to tylko pozornie dwa książkowe światy. Obie pozycje traktują o kondycji człowieczej na przestrzeni dziejów i dziś.

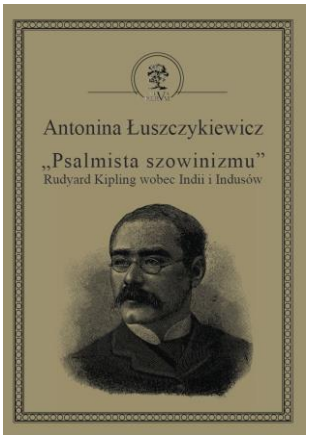
J. Plak porównuje los polskiego i włoskiego emeryta, a stwierdzenie, że to włoskim emerytom jest dużo lepiej wcale nie okazuje się takie oczywiste... D. Łukasiewicz podejmuje trudny problem dzieciobójstwa oraz tematykę dziejów bezpieczeństwa w różnych aspektach – socjalnym, zdrowotnym, edukacyjnym, rodzinnym, mieszkaniowym. Interesuje się kwestią mentalności i stereotypów etnicznych oraz coraz częściej dyskutowaną w przestrzeni publicznej ważną tematyką historii kobiet. Publikacja zawiera rozdział o dziejach chłopów, która to problematyka po 1989 r. w polskiej historiografii się prawie nie pojawia oraz obszernie omawia rolę warstw niższych w powstaniu 1794 r.

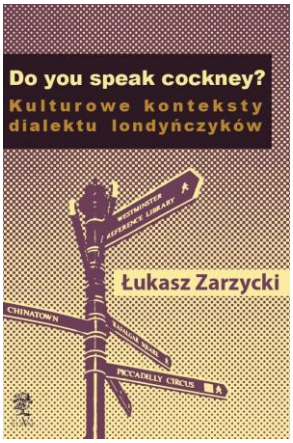
Bartosz Kowalczyk: Ireneusz Iredyński. Przekleństwo powrotu

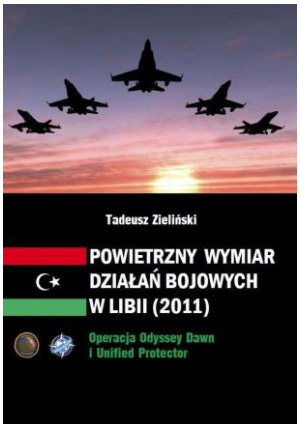
Rozważania na temat powtórzenia i podwojenia w literaturze Ireneusza Iredyńskiego stanowią próbę reinterpretacji tej twórczości i osadzenie jej w samym środku formacji nowoczesnej przy jednoczesnej rewizji jej fundamentalnych założeń. Kluczowe jest określenie w granicach tej formacji, kojarzonej z prymatem oryginalności, przestrzeni dla właściwego funkcjonowania powtórzenia i podwojenia. Iredyński był pisarzem fascynującym i takim pozostał do końca. Książka nie tylko dla koneserów najlepszej polskiej literatury.

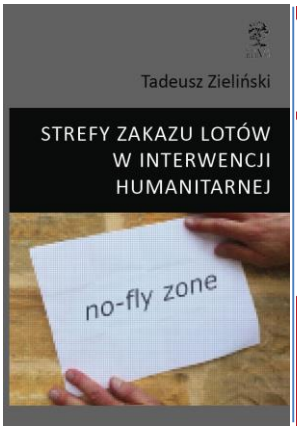
Wszystkie książki można zamawiać ze strony www wydawnictwa

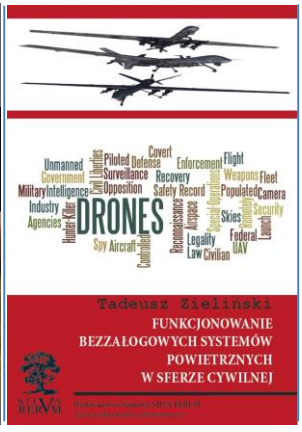
Wydawnictwo Naukowe SILVA RERUM poleca również:











www.wydawnictwo-silvarerum.eu