

UNIwersytet w Białymstoku
Wydział Prawa

BIAŁOSTOCKIE STUDIA
PRAWNICZE

STATUS PRAWNY CUDZOZIEMCA W POLSCE

Redakcja naukowa
Mieczysława Zdanowicz

Rada naukowa:

Lidia Abramczyk, Vladimir Babcak, Leonard Etel, Marian Filar, Edward Gniewek, Marian Grzybowski, Adam Jamróz, Marina Karasiowa, Cezary Kosikowski, Barbara Kudrycka, Adam Lityński, Petr Mrkyvka, Emil Pływaczewski, Stanisław Prutis, Eugeniusz Ruśkowski, Walerian Sanetra, Andrzej Stelmachowski, Bogdan Wierzbicki.

Kolegium redakcyjne:

Teresa Mróz, Grażyna B. Szczygiel, Mieczysława Zdanowicz, Adam Doliwa.

© Copyright by Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Temida 2
Białystok 2007

Żadna część tej pracy nie może być powielana i rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie i w jakikolwiek sposób (elektroniczny, mechaniczny), włącznie z fotokopiowaniem – bez pisemnej zgody wydawcy.

ISBN 978–83–89620–39–2

Recenzent:

Elżbieta Dynia

Opracowanie graficzne i typograficzne:

Jerzy Banasiuk

Projekt okładki:

Bauhaus

Redakcja techniczna:

Jerzy Banasiuk

Korekta:

Bogumiła Mancewicz

Wydawca: Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Temida 2

Spis treści

I część

STATUS PRAWNY CUDZOZIEMCA W POLSCE W ŚWIELE PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO I WSPÓLNOTOWEGO

Dr hab. Barbara Mikołajczyk, Uniwersytet Śląski

Transpozycja dyrektywy ustanawiającej minimalne normy dotyczące osób ubiegających się o azyl do prawa polskiego.....9

Dr Izabela Wróbel, Uniwersytet Wrocławski

Zasady przyjmowania imigrantów ekonomicznych z państw trzecich w państwach członkowskich Unii Europejskiej26

Bartłomiej Tokarz

Ewolucja *acquis communautaire* w sferze azylu.....51

mgr Magdalena Kmak, Instytut Nauk Prawnych PAN

Stosowanie zasady *non-refoulement* w orzecznictwie Komitetu Praw Człowieka ONZ.....70

Mgr Artur Modrzejewski, Uniwersytet w Białymstoku

Charakter prawny wiz jednolitych krótkoterminowych w Unii Europejskiej89

II część

WYBRANE PROBLEMY ZWIĄZANE Z POBYTEM CUDZOZIEMCÓW NA TERYTORIUM RP

Prof. dr. hab Jacek Jagielski, Uniwersytet Warszawski

Kilka uwag o polskim prawie o cudzoziemcach na obecnym etapie.....105

Dr hab. Grażyna B. Szczygieł, Uniwersytet w Białymstoku

Cudzoziemcy w polskich zakładach karnych – wybrane problemy119

**Prof. dr. hab Jacek Jagielski, Uniwersytet Warszawski, mgr Paweł Dąbrowski
Ośrodek Badań nad Migracjami Uniwersytetu Warszawskiego**

Cudzoziemiec niepożądany jako kategoria prawna131

Dr Piotr Uziębło, Uniwersytet Gdański

Podstawowe prawa i wolności polityczne cudzoziemców w RP.....141

Dr Ewa M. Guzik–Makaruk, Uniwersytet w Białymstoku Zasady obowiązywania ustawy karnej względem cudzoziemców w polskim systemie prawa materialnego	158
Dr hab. Katarzyna Laskowska, Uniwersytet w Białymstoku Działalność cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych w Polsce w latach 2000–2006	175
Mgr Maciej Etel, Uniwersytet w Białymstoku Podejmowanie działalności gospodarczej przez cudzoziemców na terytorium RP wg ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej	190
Mgr Agnieszka Piekutowska, Uniwersytet w Białymstoku Zatrudnienie cudzoziemców w Polsce a ochrona krajowego rynku pracy	203

III część

OCHRONA CUDZOZIEMCÓW W POLSCE

Dr hab. Mieczysława Zdanowicz, Uniwersytet w Białymstoku Formy ochrony cudzoziemców w Polsce	217
Dr Alina Miruć, Uniwersytet w Białymstoku Polskie prawo pomocy społecznej wobec uchodźców	231

RECENZJE

Izabela Wróbel: Status obywatela państwa trzeciego w Unii Europejskiej (rec. Mieczysława Zdanowicz)	244
Agnieszka Florczak: Uchodźcy w Polsce. Między humanitaryzmem a pragmatyzmem (rec. Agnieszka Piekutowska)	247

ORZECZNICTWO W SPRAWACH CUDZOZIEMCÓW

Orzecznictwo w sprawach uchodźców (opr. Barbara Mikołajczyk, Mieczysława Zdanowicz)	251
Orzecznictwo sądów polskich (opr. Rafał Obolewicz)	259
Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (opr. Anna Brzozowska, Karolina Kudrycka)	264
Literatura – wybór (opr. Agnieszka Piekutowska)	272

WPROWADZENIE

Oddajemy do Państwa rąk drugi numer Białostockich Studiów Prawniczych.

Wydanie to poświęcone jest statusowi cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Opracowane artykuły dotyczą trzech zagadnień: statusu cudzoziemca w świetle prawa międzynarodowego i wspólnotowego; wybranych problemów związanych z pobytem cudzoziemca (np. podejmowania działalności gospodarczej, pobytu w zakładach karnych, zatrudnienia) oraz ochrony cudzoziemców.

Mamy nadzieję, że opracowanie będzie stanowiło przydatną pomoc dla osób zajmujących się powyższą problematyką.

Zainteresowanych współpracą prosimy o kontakt z kolegium redakcyjnym na adres: Justyna Matys, 15–213 Białystok, ul. Mickiewicza 1, tel. 085 7457192; e-mail: justdo@interia.pl , bądź z wydawnictwem Temida 2 z dopiskiem – Białostockie Studia Prawnicze.

Część I

STATUS PRAWNY CUDZOZIEMCA W POLSCE W ŚWIECIE PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO I WSPÓLNOTOWEGO

TRANSPOZYCJA DYREKTYWY USTANAWIAJĄCEJ MINIMALNE NORMY DOTYCZĄCE OSÓB UBIEGAJĄCYCH SIĘ O AZYL DO PRAWA POLSKIEGO

I

Przyjęcie w 1997 r., a następnie wejście w życie 1 maja 1999 r. traktatu amsterdamskiego¹ zapoczątkowało budowę wspólnego europejskiego systemu azylowego w ramach Unii Europejskiej. Jego prawną podstawą jest art. 63 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej,² nakazujący Radzie UE przyjęcie w ciągu 5 lat od chwili wejścia w życie traktatu amsterdamskiego środków dotyczących azylu,³ kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za badanie wniosku o azyl, złożonego przez obywatela państwa trzeciego w jednym z państw członkowskich, minimalnych norm w sprawie przyjmowania w państwach członkowskich osób ubiegających się o azyl, minimalnych norm dotyczących warunków, które powinni spełnić obywatele państw trzecich, by mogli ubiegać się o przyznanie statusu uchodźcy oraz minimalnych norm dotyczących procedur przyznania lub cofnięcia statusu uchodźcy w państwach członkowskich.

1 Dz.Urz. UE C 1997/340/1

2 Dz.Urz. UE C 2006/321 E/ 67.

3 Chodzi tutaj o status uchodźcy, nadawany zgodnie z Konwencją Genewską z 28 lipca 1951 r. (Dz.U. 1991, Nr 114, poz. 515) i Protokołem z 31 stycznia 1967 r. (Dz.U. 1991, Nr 114, poz. 517.), a nie o azyl w rozumieniu art. 56 ust.1 Konstytucji RP. W polskim prawie odróżnia się azyl, nadawany wyłącznie na mocy prawa wewnętrznego (art. 90–96 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP – tekst jednolity: Dz.U. 2006, Nr 234, poz. 1695), od statusu uchodźcy nadawanego zgodnie ze zobowiązaniami międzynarodowymi RP, choć według polskiej procedury określonej w ww. ustawie. W niektórych państwach UE azyl jest tożsamy ze statusem uchodźcy, a ubieganie się o ochronę międzynarodową oznacza ubieganie się o status uchodźcy. Należy też wziąć pod uwagę fakt, że wtórne prawo wspólnotowe, obok statusu uchodźcy, wprowadziło pojęcie ochrony subsydiarnej, którą może otrzymać obywatel państwa trzeciego nie zakwalifikowany jako uchodźca. Za przyznaniem ochrony subsydiarnej przemawia wcześniejsze doznanie lub obawa doznania poważnej krzywdy w kraju pochodzenia, polegającej na orzeczeniu kary śmierci lub wykonaniu egzekucji, torturach, niehumanitarnym lub poniżającym traktowaniu albo karaniu, poważnym i indywidualizowanym zagrożeniu dla życia lub zdrowia, wynikającym z powszechnego stosowania przemocy wobec ludności cywilnej w sytuacji międzynarodowego lub wewnętrznego konfliktu zbrojnego i ze względu na to ryzyko nie mogącego lub nie chcącego korzystać z ochrony kraju pochodzenia. Z tego względu w niniejszym opracowaniu, obok pojęcia „osoby ubiegającej się o status uchodźcy”, pojawia się także termin „osoba ubiegająca się o ochronę”, który powinien być rozumiany szerzej, ale należy jednak pamiętać, że wniosek obywatela państwa trzeciego zawsze będzie wnioskiem o nadanie statusu uchodźcy. Jednakże decyzja podjęta w wyniku postępowania może być o różnej – odmawiająca udzielenia jakiegokolwiek ochrony, przyznająca status albo ochronę subsydiarną. W prawie polskim może to być jeszcze zezwolenie na pobyt tolerowany.

Przyjęte 18 lutego 2003 r. rozporządzenie Rady nr 343/2003, ustanawiające kryteria i mechanizmy określania państwa członkowskiego właściwego do rozpatrywania wniosku o azyl, wniesionego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego, (tzw. Dublin II)⁴ w niewielkim stopniu odnosi się do praw osób ubiegających się o ochronę międzynarodową; podobnie jak i rozporządzenie Rady nr 2725 ustanawiające system identyfikacji Eurodac⁵. Kwestie praw obywateli państw trzecich, ubiegających się o status uchodźcy zostały uregulowane przede wszystkim w trzech dyrektywach, które mają zasadniczy wpływ na ich sytuację prawną i socjalną w jednym z państw UE. Owa „triada dyrektyw” składa się z przyjętej 27 stycznia 2003 r. dyrektywy Rady nr 2003/9, ustanawiającej standardy minimalne dla przyjmowania osób ubiegających się o azyl w państwach członkowskich UE⁶ (dalej zwanej dyrektywą recepcyjną), dyrektywy Rady nr 2004/83, ustanawiającej standardy minimalne dla uznawania obywateli państw trzecich i bezpaństwowców za uchodźców w rozumieniu konwencji genewskiej dotyczącej Statusu Uchodźców i Protokołu z 1967 r. lub uznawania ich za osoby potrzebujące ochrony międzynarodowej (dalej zwanej dyrektywą kwalifikacyjną)⁷ oraz dyrektywy Rady nr 2005/85 z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w państwach członkowskich (dalej nazywanej dyrektywą proceduralną)⁸. Pozostałe akty prawne dotyczą spraw związanych ze stosowaniem w praktyce mechanizmu dublińskiego⁹ i praw finansowych¹⁰ lub określają minimalne standardy przyznawania tymczasowej ochrony na wypadek masowego napływu cudzoziemców¹¹.

Uzgodnienie wspólnych minimalnych standardów w zakresie przyjmowania, kwalifikacji oraz procedur uchodźczych okazało się zadaniem niezwykle trudnym. Jest to oczywiste, gdyż każde z państw członkowskich ma inne tradycje, położenie geograficzne i regulacje prawne w zakresie przyjmowania cudzoziemców ubiega-

4 Dz.Urz. UE L 2003/50/1.

5 Dz.Urz. UE L 2000/316/1.

6 Dyrektywa 2003/9 ustanawiająca minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl Dz.Urz. UE L 2003/31/18.

7 Dz.Urz. UE L 2004/304/12.

8 Dz.Urz. UE L 2005/326/13.

9 Rozporządzenie Komisji nr 1560/2003 z 2 września 2003 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania rozporządzenia Rady 343/2003, ustanawiającego kryteria i mechanizmy określania państwa członkowskiego właściwego do rozpatrywania wniosku o azyl, wniesionego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego. (Dz.Urz. L 2003/222/3).

10 Np. decyzje Rady UE i Komisji tworzące Europejski Fundusz Uchodźców – pierwsza decyzja z 28 września 2000 r. ustanawiająca Europejski Fundusz na rzecz Uchodźców (Dz.Urz. L 2000/252/12); Decyzja Komisji z 20 marca 2001 r. ustanawiająca szczegółowe zasady wykonania decyzji Rady 2000/596 (Dz.Urz. UE L 2001/95/27); Decyzja Rady UE nr 2004/904 z 2 grudnia 2004 r. ustanawiająca Europejski Fundusz na rzecz Uchodźców na lata 2005–2010 (Dz.Urz. L 2004/384/52).

11 Dyrektywa Rady nr 2001/55 z 20 lipca 2001 r. w sprawie minimalnych standardów przyznawania tymczasowej ochrony na wypadek masowego napływu wysiedleńców oraz środków wspierających równowagę wysiłków między państwami członkowskimi związanych z przyjęciem takich osób wraz z jego następstwami (Dz.Urz. UE 2001L 212/12). Grupa wysiedleńców, której sytuacja została uregulowana w tej dyrektywie, stanowi odrębną od osób ubiegających się o status uchodźcy kategorię obywateli państw trzecich i nie jest przedmiotem rozważań podjętych w niniejszym opracowaniu.

jących się o ochronę. Najszybciej osiągnięto kompromis w zakresie minimalnych standardów przyjmowania osób ubiegających się o status uchodźców. Dyrektywa recepcyjna została przyjęta 27 stycznia 2003 r., podczas gdy tekst dyrektywy kwalifikacyjnej przyjęto tuż przed upływem terminu wyznaczonego przez traktat amsterdamski (tj. 29 kwietnia 2004 r.), a w przypadku dyrektywy proceduralnej – pięcioletniego terminu w ogóle nie dotrzymano, gdyż została przyjęta w grudniu 2005 r.¹²

Nie oznacza to jednak, że transpozycja dyrektywy recepcyjnej nie była wyzwaniem dla państw członkowskich UE, a także dla kandydujących w tym czasie dziesięciu nowych państw UE. Można jednak stwierdzić, że dla nowych państw członkowskich UE implementacja postanowień dyrektywy w określonym przez nią terminie tzn. do 6 lutego 2006 r. była łatwiejsza niż dla państw „starej Unii”. Wynika to z faktu, że państwa kandydujące, starając się o przyjęcie do UE, musiały przygotowywać swe ustawodawstwo do wymogów stawianych nawet przez projekty unijnych aktów prawnych lub dyrektywy już przyjęte, ale jeszcze nie wymagające ich wdrożenia. Natomiast przykładem państwa „starej Unii”, które nie poradziło sobie z wymogami dyrektywy jest Austria, ukarana za brak transpozycji dyrektywy. 26 października 2006 r. w sprawie Komisja UE przeciwko Austrii, Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że „nie wprowadzając w życie przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych niezbędnych do wykonania dyrektywy Rady 2003/9/WE z dnia 27 stycznia 2003 r., ustanawiającej minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl, Republika Austrii uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą”.¹³

Do grupy państw, które jeszcze przed 1 maja 2004 r. podejmowały kroki, aby sprostać wymogom dyrektywy recepcyjnej, a następnie kontynuowały ten proces, należy właśnie Polska. Celem niniejszego opracowania jest zatem zbadanie, czy i w jakim stopniu postanowienia dyrektywy zostały transponowane do polskiego prawa oraz czy cel dyrektywy został osiągnięty w praktyce.

II

Artykuły od 1 do 4 dyrektywy recepcyjnej zawierają podstawowe definicje, określają jej cel oraz zakres podmiotowy (dyrektywa ma zastosowanie do obywateli państw trzecich, nieobjętych ochroną tymczasową). Zawierają także klauzulę pozwalającą na przyjmowanie przez państwa bardziej korzystnych przepisów.

Kolejne postanowienia stawiają już konkretne wymogi państwom członkowskim. I tak, art. 5 wymaga, aby osoby ubiegające się o status uchodźcy w termi-

12 Natomiast państwa członkowskie są zobowiązane dostosować do niej swoje prawo wewnętrzne do dnia 1 grudnia 2007 r., a w zakresie pomocy prawnej do 1 grudnia 2008 r.

13 Sprawa Sprawa C-102/06. Wyrok opublikowany w Dz.Urz. UE C 2006/96.

nie nieprzekraczającym 15 dni od złożenia wniosku, były informowane o ich prawach i obowiązkach, a także o organizacjach pozarządowych lub grupach osób, które świadczą pomoc osobom ubiegającym się o ochronę w zakresie ochrony zdrowia lub pomocy prawnej¹⁴. Art. 5 ust. 2 wymaga, aby informacje były przekazywane na piśmie, jeśli to możliwe w języku prawdopodobnie zrozumiałym (a więc niekoniecznie ojczystym) dla cudzoziemca. Jeśli sytuacja tego wymaga, takie informacje mogą być przekazywane ustnie.

Transpozycji tego przepisu dokonano nowelą ustawy z 13 czerwca 2003 r. o udzieleniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (w skrócie ustawa o udzielaniu ochrony), przyjętą 22 kwietnia 2005 r. Art. 22 ustawy nakazuje pouczenie cudzoziemca w języku dla niego zrozumiałym i wypełnia obowiązek nałożony przez dyrektywę. Co więcej, polski standard jest nawet wyższy, gdyż polskie prawo gwarantuje pouczenie w języku „zrozumiałym”, a nie „prawdopodobnie zrozumiałym”. Należy dodać, że sprawy dotyczące dostarczania informacji mają wymiar przede wszystkim praktyczny i finansowy, gdyż dotyczą tłumaczeń informatorów i broszur oraz odpowiedniej organizacji ośrodków, w których przebywają cudzoziemcy¹⁵. Szczęśliwie, w znakomitej większości grupy cudzoziemców ubiegających się o ochronę w Polsce to grupy dość jednorodne językowo. O status uchodźcy ubiegają się przede wszystkim obywatele Federacji Rosyjskiej narodowości czeczeńskiej.

Należy też przyznać, że polskie prawo w art. 32 ustawy o udzielaniu ochrony i praktyka spełniają wymóg zawarty w art. 6 dyrektywy dotyczący wydawania dokumentów. Cudzoziemcy, którzy składają wnioski o nadanie statusu uchodźcy, otrzymują „zaświadczenie tożsamości cudzoziemca”. I w tym przypadku standard polski jest wyższy, gdyż cudzoziemcy otrzymują dokument zazwyczaj natychmiast, a nie w ciągu trzech dni, na co pozwala dyrektywa.

W art. 7 dyrektywa reguluje z kolei kwestie związane z pobytem i poruszaniem się cudzoziemca po terytorium państwa, w którym ubiega się o ochronę. Dyrektywa pozwala państwom na ograniczenie (przy respektowaniu prawa do poszanowania życia prywatnego) obszaru państwa, po którym cudzoziemcy mogą się swobodnie poruszać. Takie ograniczenia stosują państwa o federalnej strukturze. Jest to związane z rozlokowaniem cudzoziemców, np. w poszczególnych niemieckich landach i finansowaniu ich pobytu przez landy, a nie rząd federalny. W przypadku Polski nie może być mowy o takim rozwiązaniu i teoretycznie cudzoziemcy, ubiegający się o ochronę międzynarodową w Polsce, mogą swobodnie wybrać miejsce zamiesz-

14 Warto też dodać, że lista organizacji pozarządowych działających na rzecz cudzoziemców ubiegających się o ochronę stale się wydłuża, obecnie (maj 2007) Urząd do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców publikuje listę dwudziestu ośmiu organizacji pozarządowych pomagających osobom ubiegającym się o status uchodźcy – zob. www.uric.gov.pl – strona internetowa Urzędu.

15 Np. umieszczenie osób mówiących tym samym językiem w jednym ośrodku.

kania, o ile nie starają się o miejsce w ośrodku dla osób ubiegających się o status uchodźcy. Wtedy są kierowani do konkretnego ośrodka. Tak więc względy praktyczne wpływają na swobodę wyboru miejsca pobytu. Ośrodki pobytowe nie mają charakteru zamkniętego, o czym świadczy chociażby regulamin pobytu w ośrodku¹⁶, ale trudno sobie wyobrazić, że cudzoziemcy niemający środków na pokrycie kosztów pobytu i mieszkający w ośrodku, będą swobodnie podróżowali po całym kraju.

Należy uznać, że Polska spełnia standard zawarty w art. 6 dyrektywy, choć brak stosownych przepisów określających zasady czasowego opuszczania ośrodków i tryb podejmowania decyzji tych sprawach. Wydaje się bowiem, że nie chodzi tutaj o przypadki, kiedy cudzoziemiec samowolnie opuszcza ośrodek, które zostały uregulowane m.in. w art. 65 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Nie ulega wątpliwości, że w sytuacjach ubiegania się o status uchodźcy szczególnie trudne jest zagwarantowanie jedności rodziny, zaś problem jedności rodziny pojawia się w różnych aspektach i na każdym etapie ubiegania się o ochronę. Kwestia ta pojawi się na przykład bezpośrednio po przyjeździe do kraju goszczącego, np. w związku z zatrzymaniem z powodu nielegalnego wjazdu i umieszczaniem członków rodziny w wydzielonej strefie lub ośrodka strzeżonym. Pojawia się problem kontaktu z rodziną, zarówno tą zatrzymaną, jak i pozostałą w kraju pochodzenia lub na wolności. Natomiast w momencie składania wniosku istotne znaczenie ma możliwość złożenia wspólnego wniosku przez małżonków, także w imieniu małoletnich dzieci. Nie mniej ważne są kwestie związane z umieszczaniem rodziny w ośrodku recepcyjnym. Dotyczy to zarówno wspólnego zakwaterowania, jak i zezwolenia na dalsze zamieszkanie z rodziną po otrzymaniu przez jednego z jej członków negatywnej decyzji, jeśli wobec pozostałych członków rodziny decyzja taka jeszcze nie zapadła i nadal pozostają w procedurze. Z drugiej strony konieczne jest objęcie statusem członków rodziny w sytuacji, gdy wnioskujący został uznany za uchodźcę. Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego jest ściśle związane prawem do zdrowia, mieszkania, a nawet wyżywienia (jeśli np. wziąć pod uwagę religijne zakazy i nakazy spożywania określonych pokarmów oraz tradycje wspólnych posiłków). Uwłaczające godności, nieakceptowalne warunki życia (np. w zamkniętych ośrodkach albo gdzie rodzinom nie zagwarantowano minimum prywatności¹⁷) mogą bez wątpienia stanowić naruszenie poszanowania życia prywatnego i rodzinnego i nie pozwalają na tworzenie się normalnych więzi emocjonalnych pomiędzy członkami rodziny oraz osobami pozostającymi poza nią. Można się spotkać z poglądem, że do pewnego stopnia prawo do poszanowania życia prywatnego obej-

16 Rozporządzenie ministra spraw wewnętrznych i administracji z dnia 12 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu pobytu w ośrodku dla cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy. (Dz.U. 2003, Nr 146, poz. 1425).

17 Zob. H. Grzymała-Moszczyńska, *Uchodźcy. Podręcznik dla osób pracujących z uchodźcami*. Kraków 2000, s. 49; *Guzzardi przeciwko Włochom* – skarga 7367/76, wyrok z 6 listopada 1980 r.

muje także prawo do ustanawiania i rozwijania wzajemnych relacji pomiędzy poszczególnymi osobami, zwłaszcza w sferze emocjonalnej, a także prawo rozwijania i realizowania własnej osobowości.¹⁸

Wymóg zagwarantowania jedności rodziny został zawarty w art. 8 dyrektywy, który zobowiązuje państwo członkowskie do przyjęcia odpowiednich środków pozwalających na utrzymanie jedności danej rodziny obecnej na jego terytorium, w sytuacjach, gdy zakwaterowanie jest zapewniane przez państwo (np. w ośrodkach recepcyjnych). Ponadto, w art. 14 dyrektywa zobowiązuje państwa do zagwarantowania ochrony życia rodzinnego w sytuacji, gdy państwo goszczące zapewnia zakwaterowanie na czas weryfikacji wniosku złożonego na granicy, a następnie w czasie pobytu w ośrodkach recepcyjnych (gdzie powinien być zagwarantowany odpowiedni poziom życia), a także tam, gdzie państwo goszczące pozwala aplikującym cudzoziemcom na wynajęcie domów, mieszkań lub pomieszczeń w hotelach zaadaptowanych na ich potrzeby.

Polskie prawo i praktyka wypełniają standard w tym zakresie. Świadczą o tym art. 17 i 60 obecnie obowiązującej ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony, a także odpowiednie przepisy rozporządzenia dotyczącego regulaminu pobytu w ośrodku dla osób ubiegających się o status uchodźcy (m.in. par. 5 ust. 1). W znakomitej większości cudzoziemcy są zakwaterowani w ośrodkach – centralnym w Dębaku lub w 17 ośrodkach pobytowych usytuowanych w Warszawie, jej okolicach lub we wschodniej części Polski. Rodziny, jeśli to tylko możliwe, są kwatrowane razem.

W maju 2007 r. 4148 osób było objętych pomocą dla osób ubiegających się o status uchodźcy z czego 548 cudzoziemców z różnych względów pozostawało poza ośrodkami, korzystając z ekwiwalentu pieniężnego na mieszkanie i wyżywienie¹⁹. Warto podkreślić, że w projekcie ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony w wersji z 14 marca 2007 r.²⁰ zawarto przepis stwierdzający jasno, że pomoc socjalna może być udzielana w postaci świadczenia pieniężnego, w przypadku gdy wymagają tego względy organizacyjne albo jest to niezbędne do ochrony i utrzymania więzi rodzinnych²¹, a więc w polskim prawie wyraźnie podkreślono związek pomiędzy warunkami zakwaterowania i jednością rodziny.

Standard pomocy socjalnej, w tym sprawy związane z zakwaterowaniem, został ustalony w art. 14 dyrektywy. Obejmuje on wiele wariantów, np. zakwatero-

18 Pogląd sędziego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, J. Martensa, wyrażony w wyroku w sprawie Beldjoudi przeciwko Francji, skarga nr 12083/86, wyrok z 26 marca 1992 r.

19 Informacja uzyskana z Biura Organizacji Ośrodków URiC (maj 2007).

20 Tekst projektu w posiadaniu autorki, dzięki uprzejmości URiC (kwiecień 2007).

21 Art. 1 projektu ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu ochrony wprowadza cały nowy rozdział II ustawy z nową numeracją – nowy odpowiedni przepis to art. 72 ust. 1 pkt 3. W związku z tym, w kolejnych przypadkach, numer artykułu zmienionej ustawy będzie poprzedzany znakiem [1], np. art. [1] 72 ust. 1 pkt 3.

wania i sposobu udzielania pomocy materialnej i dlatego można przyjąć, iż Polska spełnia wymagania stawiane przez dyrektywę. Z drugiej strony, kwestia oceny oferowanego standardu świadczeń jest sprawą bardzo subiektywną i zazwyczaj oferowany standard wydaje się cudzoziemcom zbyt niski lub proponowany w innej formie niż by sobie tego życzyli.

Zakres pomocy jest ustalony w ustawie. Projekt ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu ochrony w sposób jeszcze bardziej szczegółowy niż ustawa w jej wersji z 2003 r. i 2005 r. określa rodzaj i sposób przyznawania pomocy²². Z jednej strony jest to wynik doświadczeń organów udzielających pomocy, a z drugiej – dążenie do uregulowania możliwie jak największej liczby przypadków związanych m.in. z nagłym wzrostem liczby cudzoziemców ubiegających się o status uchodźcy.

Art. 9, art. 13, a zwłaszcza art. 15 dyrektywy, ustanawiają standard w zakresie opieki medycznej. Transpozycja art. 15 dyrektywy nastąpiła przede wszystkim poprzez nowelizację art. 67 ustawy o udzielaniu ochrony w kwietniu 2005 r. Odpowiednikiem tego przepisu w projekcie ustawy zmieniającej ustawę o udzielaniu ochrony jest art. [1] 73 projektu, stanowiący, że opieka medyczna obejmuje świadczenia opieki zdrowotnej w zakresie, w jakim osobom objętym obowiązkowym lub dobrowolnym ubezpieczeniem zdrowotnym przysługuje prawo do świadczeń na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych²³, z wyłączeniem leczenia uzdrowiskowego.

Formalnie więc, polski standard jest wyższy od wymaganego, gdyż dyrektywa wymaga zagwarantowania „niezbędnej pomocy”, a w Polsce cudzoziemiec ma możliwość skorzystania z wyższego standardu niż wymagany, nie ograniczonego wyłącznie do niezbędnej pomocy.

Z drugiej strony należy mieć na względzie różnice w oferowanej pomocy medycznej pomiędzy krajami UE, nie tylko natury formalnej, ale także związane z jakością usług.

22 Zgodnie z art. [1] 71.1. projektu, pomoc socjalna obejmuje pomoc udzielaną w ośrodku, w tym: zakwaterowanie, całodzienne wyżywienie zbiorowe lub ekwiwalent pieniężny w zamian za wyżywienie, kieszonkowe na drobne wydatki osobiste, stałą pomoc pieniężną na zakup środków czystości i higieny osobistej, jednorazową pomoc pieniężną lub bony towarowe na zakup odzieży i obuwia, naukę języka polskiego i podstawowe materiały niezbędne do nauki tego języka, pomoce dydaktyczne dla dzieci korzystających z nauki i opieki w publicznych placówkach, szkołach podstawowych, gimnazjach lub szkołach ponadgimnazjalnych, pokrycie, w miarę możliwości, kosztów zajęć pozalekcyjnych i rekreacyjno-sportowych dzieci, finansowanie przejazdu środkami transportu publicznego w celu wzięcia udziału w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy lub w celu leczenia lub poddania się szczepieniom ochronnym lub w innych szczególnie uzasadnionych przypadkach. Po drugie, może być to pomoc udzielana poza ośrodkiem polegająca na wypłacie świadczenia pieniężnego na pokrycie we własnym zakresie kosztów pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z wyłączeniem kosztów opieki medycznej. Ponadto całodzienne wyżywienie zbiorowe, z którego korzysta małoletnie dziecko, powinno być dostosowane do jego wieku. Ekwiwalent pieniężny przysługuje w zamian za wyżywienie dziecka do ukończenia przez nie 3 lat lub dziecka uczęszczającego do przedszkola, szkoły podstawowej, gimnazjum lub szkoły ponadgimnazjalnej.

23 Dz.U. Nr 210, poz. 2135, z późn. zm.

Największą zmianą, jaką spowodowała dyrektywa w polskim standardzie przyjmowania cudzoziemców ubiegających się o status uchodźcy, było przyznanie cudzoziemcom – obywatelom państw trzecich pozostających w procedurze – prawa do ubiegania się o zezwolenie na pracę w świetle ustawy z 20 kwietnia 2004 r. o promocii zatrudnienia i instytucjach rynku pracy²⁴. W tym przypadku skopiowano rozwiązanie przyjęte w art. 11 dyrektywy i zgodnie z obecnie obowiązującym art. 30a, cudzoziemiec uzyskuje takie prawo, jeśli po upływie roku od dnia złożenia wniosku o nadanie statusu uchodźcy organ pierwszej instancji nie wydał decyzji w jego sprawie, a on sam nie przyczynił się do przedłużenia postępowania. Zazwyczaj w praktyce postępowania w pierwszej instancji kończą się przed upływem jednego roku. Zresztą polska ustawa (oraz projekt ustawy zmieniającej), jak i dyrektywa proceduralna, wymagają zakończenia postępowania w pierwszej instancji w ciągu 6 miesięcy. Z tego względu wydaje się logiczna zmiana okresu, po którym cudzoziemiec może ubiegać się o zezwolenie na pracę z jednego roku do 6 miesięcy, co zaproponowano w projekcie ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu ochrony (art. [1] 36 projektu). Warto dodać, że dyrektywa zawiera art. 12 mający charakter fakultatywny, który stanowi, że państwa mogą zezwolić cudzoziemcom w procedurze na dostęp do kształcenia zawodowego bez względu na to, czy mają oni dostęp do rynku pracy. W polskim prawie brak przepisów odzwierciedlających ten standard, jednakże jeśli cudzoziemiec ubiegający się o status uchodźcy uzyska prawo do ubiegania się o zezwolenie na pracę, to uzyskuje takie same uprawnienia, jak inni obywatele państw trzecich w zakresie szkolenia związanego z podejmowaniem lub wykonywaniem pracy.

Należy zauważyć, że brak także regulacji dotyczącej redukcji świadczeń, w sytuacji, kiedy cudzoziemiec otrzymuje niewielkie, niewystarczające na pokrycie kosztów utrzymania rodziny, wynagrodzenie z tytułu legalnie wykonywanej pracy. Z drugiej jednak strony, rzetelne określenie wkładu, jaki powinien wnieść pracujący cudzoziemiec, wydaje się być zadaniem niezwykle trudnym. Ponadto takich osób jest jednak niewiele, gdyż fakt otrzymania zezwolenia na pracę nie jest jednoznaczny z podjęciem pracy, a poza tym, decyzja w pierwszej instancji jest zazwyczaj podejmowana w ciągu roku. Sytuacja może się zmienić, gdy zastosowanie będzie miał półroczny termin, o którym mowa w projekcie ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony.

W omawianej dyrektywie szczególnie dużo miejsca poświęcono nauce i kształceniu małoletnich. Jest to oczywiste, gdyż prawo do nauki jest niezbędnym narzędziem pozwalającym na realizowanie pozostałych praw człowieka, umożliwiającym wyjście z ubóstwa i pełny udział w życiu społecznym²⁵. Jest bowiem oczywiste, że

24 Dz.U. 2004 r. Nr 99, poz. 1001, z późn. zm.

25 Takie stanowisko wyraził Komitet Praw Gospodarczych Społecznych i Kulturalnych w komentarzu ogólnym nr 13 (ICESCR General Comment no. 13.).

korzystanie z takich osobistych i politycznych praw, jak prawo do uzyskiwania informacji, wypowiedzi, gromadzenia się i stowarzyszania, prawo do udziału w wyborach lub dostępu do urzędów, jest uwarunkowane przez możliwość realizacji prawa do nauki. Podobnie niektóre prawa gospodarcze, społeczne, takie jak np. prawo wyboru zatrudnienia, brania udziału w życiu kulturalnym kraju lub czerpania korzyści z postępu naukowego i technicznego, mogą być w pełni realizowane dopiero po osiągnięciu przynajmniej podstawowego poziomu wykształcenia²⁶. Z aktów powszechnego prawa międzynarodowego nie wynikają żadne ograniczenia ze względu na obywatelstwo czy kraj pochodzenia, które uniemożliwiłyby dostęp do szkolnictwa podstawowego²⁷. Kluczowe znaczenie dla omawianej problematyki mają oczywiście przepisy Konwencji Praw Dziecka²⁸. Na jej mocy państwa – strony zostały zobowiązane do uznania prawa dziecka do nauki, uczynienia szkolnictwa podstawowego bezpłatnym oraz do podjęcia kroków w celu rozwoju i dostępności wyższych form edukacji (art. 28).

Prawo do nauki gwarantuje także art. 2 Protokołu dodatkowego z 1952 r. do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności²⁹, zgodnie z którym nikt, a więc także ubiegający się o status uchodźcy cudzoziemiec, nie może być pozbawiony prawa do nauki. W europejskiej literaturze przedmiotu pojawił się pogląd, iż prawo do pobierania nauki w zakresie szkoły podstawowej ma tak fundamentalne znaczenie, że przysługuje ono nawet cudzoziemcom, którzy nie mają zalegalizowanego pobytu na terytorium państw stron konwencji³⁰.

W porównaniu z odpowiednimi przepisami prawa międzynarodowego, tak powszechnego, jak i regionalnego, dyrektywa recepcyjna wymaga wyższego standardu w zakresie nauczania i kształcenia małoletnich. W art. 10 dyrektywa stanowi, że państwa członkowskie powinny zagwarantować niepełnoletnim dzieciom osób ubiegających się o status uchodźcy oraz małoletnim samodzielnie ubiegającym się o status uchodźcy, dostęp do systemu nauczania na podobnych warunkach, jak ma to miejsce w przypadku obywateli danego państwa. Pobieranie nauki powinno trwać dopóty, dopóki nie zostaną podjęte wobec ich rodziców lub ich samych środki mające na celu wydalenie. Nauka może być organizowana w ośrodkach recepcyjnych. Każde państwo członkowskie może przyjąć przepisy pozwalające na dostęp do na-

26 M. Nowak, *The Right to Education*, (w:) A. Eide (red.) *Economic, Social and Cultural Rights*. The Hague 2001, s. 245.

27 Obok art. 13 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (Dz.U. 1977 Nr 38, poz.169), najistotniejsza wydaje się Konwencja UNESCO w sprawie zwalczania dyskryminacji w dziedzinie oświaty z 1960 r. Art. 3e Konwencji wymaga od państw umożliwienia cudzoziemcom zamieszkującym na terytorium danego kraju takiego samego dostępu do edukacji, jak swym własnym obywatelom. Choć z drugiej strony, zgodnie z art. 3c, zasada niedyskryminacji w zakresie opłat, stypendiów i innych form pomocy dla uczniów obowiązuje wyłącznie wśród własnych obywateli. Dz.U. 1964, Nr 40, poz. 268.

28 Dz.U. 1991, Nr 120, poz. 526.

29 Dz.U.1995, Nr 36, poz. 175.

30 P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer 1998, s. 654.

uki jedynie w ramach szkolnictwa państwowego. Osobami uprawnionymi do pobierania nauki są osoby, które nie były pełnoletnie w momencie składania wniosku o nadanie statusu uchodźcy (przez nich samych, bądź ich rodziców), jednakże fakt osiągnięcia pełnoletności nie może skutkować odmową możliwości kontynuowania nauki. Małoletni powinien mieć zagwarantowany dostęp do nauki w ciągu trzech miesięcy od daty wystąpienia o status uchodźcy³¹. Okres ten może zostać przedłużony do jednego roku, w sytuacji gdy małoletniemu zapewnia się inne rodzaje kształcenia (np. gdy uczy się języka lub uczęszcza na zajęcia wyrównawcze), które pozwolą mu na późniejsze korzystanie z systemu nauczania. Art. 10 pozwala, w przypadku braku możliwości realizacji opisanych standardów, ze względu na specyficzną sytuację małoletniego (a więc nie z powodów leżących po stronie państwa, w sytuacjach gdy np. małoletni jest niepełnosprawny), na zaoferowanie mu innych form kształcenia.

Z punktu widzenia małoletnich, nakazanie państwu zagwarantowania dzieciom cudzoziemców ubiegających się o status uchodźcy i małoletnim pozostającym w procedurze możliwości pobierania bezpłatnej nauki w zakresie szkoły ponadgimnazjalnej, jest główną zaletą dyrektywy i znacznie przewyższa standardy powszechne. Należy podkreślić, że obok uzyskania prawa do ubiegania się o pracę, prawo do pobierania nauki na poziomie szkoły ponadgimnazjalnej jest największą zmianą, jaką spowodowała dyrektywa recepcyjna w polskim prawie. Nowelą z 22 kwietnia 2005 r. zmieniono art. 94a ust. 2 pkt 10 ustawy z 7 września 1991 r. o systemie oświaty³², zgodnie z którym dzieci osób ubiegających się o status uchodźcy, tak jak i małoletni bez opieki, są traktowani w dostępie do oświaty na tych samych zasadach jak i obywatele polscy.

Kwestia kształcenia tej grupy cudzoziemców jest związana z szeregiem problemów natury praktycznej, związanej głównie z organizacją roku szkolnego (na przykład, gdy cudzoziemcy przyjeżdżają w trakcie roku szkolnego, a testy kwalifikujące na odpowiedni poziom nauki są przeprowadzane dwa razy do roku), z koniecznością organizowania lekcji języka polskiego, co umożliwi im efektywne uczestnictwo w lekcjach prowadzonych w języku polskim³³. Należy także być świadomym innych problemów związanych z organizacją nauki dla tej grupy małoletnich, np. brak pieniędzy w budżetach samorządów na zajęcia wyrównawcze, albo niechęć rodziców do posyłania dzieci do szkoły, gdyż rodzice uważają, że są w Polsce jedynie

31 Dyrektywa nie reguluje sytuacji, kiedy małoletni przebywa w strzeżonym ośrodku, w areszcie lub innym miejscu, gdzie jego wolność jest ograniczona w związku z nielegalnym wjazdem. W tej sytuacji należy mieć nadzieję, że zatrzymanie potrwa krócej niż wspomniane trzy miesiące, ale jak wiadomo, proponowane przepisy dotyczące zatrzymania są nieprecyzyjne. Nic oczywiście nie stoi na przeszkodzie zorganizowaniu nauki także w takich miejscach.

32 Dz.U. 2004, Nr 256, poz. 2572 z późn. zm.

33 Zob. A. Jasiakiewicz, W. Klaus, Raport z monitoringu realizacji obowiązku szkolnego przez małoletnich cudzoziemców, przebywających w ośrodkach dla uchodźców. Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, Warszawa 2005.

przejściowo, a ich celem są inne państwa UE. Jeszcze inną kwestią jest przyjmowanie dzieci uchodźczych, nierzadko różniących się rasą, religią i zachowaniem, przez społeczność lokalną. Łatwo można sobie wyobrazić małą szkołę, w której nagle pojawia się spora liczba uczniów nieznających dobrze języka polskiego i protesty polskich rodziców przeciwko obniżaniu poziomu nauczania w szkole.

Pomimo różnorodnych problemów, o ile w 2005 r. do szkół uczęszczało ok. 50% dzieci osób ubiegających się o status uchodźcy, to rok szkolny 2006/2007 rozpoczęło aż 88%. Można więc odnotować znaczny postęp w tym zakresie³⁴.

Problematyczny wydaje się dostęp do nauki dzieci, które przebywają w ośrodkach zamkniętych – deportacyjnych lub w ośrodkach tzw. „szybkiej ścieżki” (takich jak np. Oakington w Wielkiej Brytanii)³⁵. Generalnie dyrektywa nie reguluje sytuacji, kiedy cudzoziemiec przebywa w strzeżonym ośrodku, w areszcie albo innym miejscu, gdzie jego wolność jest ograniczona w związku z nielegalnym wjazdem. Z drugiej strony, zgodnie z art. 10 dyrektywy, dziecko, którego rodzice pozostają w procedurze (lub ono samo w przypadku małoletniego bez opieki), nie może być pozbawione nauki przez okres dłuższy niż trzy miesiące. Okres ten może być przedłużony do jednego roku, o ile małoletni będzie miał zapewnione inne formy kształcenia. W polskich aresztach deportacyjnych i ośrodku strzeżonym dla cudzoziemców nie jest organizowana nauka, pomimo to należy uznać, że Polska wypełnia standard przewidziany w art. 10 dyrektywy. Po pierwsze, małoletni cudzoziemcy bez opieki nie są umieszczani w ośrodkach zamkniętych lub w aresztach deportacyjnych. Po drugie, jeżeli cudzoziemiec wjechał do Polski nielegalnie, sąd wydaje postanowienie o umieszczeniu cudzoziemca w strzeżonym ośrodku lub w areszcie w celu wydalenia na okres 30 dni. Jeśli cudzoziemiec, przebywając w strzeżonym ośrodku, składa wniosek o status uchodźcy, sąd przedłuża okres pobytu w areszcie lub ośrodku strzeżonym o 90 dni (art. 41 ustawy o udzielaniu ochrony). W świetle tych terminów, Polska formalnie dotrzymuje tych terminów, ale faktem jest, że brak przepisów dotyczących dostępu do nauki na poziomie podstawowym osób w ośrodkach zamkniętych może okazać się problematyczny w świetle traktatów z zakresu praw człowieka. Warto dodać, że według projektu nowelizacji ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony, zatrzymanie nie będzie w ogóle zastosowane, jeśli wnioskodawca lub osoba, w imieniu której wnioskodawca występuje, nielegalnie przekroczyli lub usiłowali przekroczyć granicę, ale przybyli bezpośrednio z terytorium, na którym istnieją okoliczności uzasadniające ich obawę przed prześladowaniem lub doznaniem poważnej krzywdy. Podobnie zatrzymanie nie będzie miało miejsca, jeśli cudzoziemiec wjechał na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub przebywa na tym terytorium bez zezwolenia, ale wniosek o nadanie statusu uchodźcy złoży

34 Informacja Biura Organizacji Ośrodków, maj 2007.

35 Jest to ośrodek zamknięty. Jest on w stanie przyjąć 13 tys. osób wnioskujących o status uchodźcy. Umieszczenie w takim ośrodku ma ułatwić i przyspieszyć podjęcie decyzji w ich sprawie.

niezwłocznie i przedstawi wiarygodne przyczyny nielegalnego wjazdu lub pobytu (art. [1] 87 projektu)³⁶.

Kolejną grupę przepisów dyrektywy stanowią przepisy dotyczące osób ze szczególnymi potrzebami (rozdział IV dyrektywy). Wśród tych osób szczególne miejsce zajmują małoletni bez opieki.

W art. 18 ust. 2 dyrektywa nakłada na państwa obowiązek umożliwienia wszystkim małoletnim rehabilitacji, jeśli są ofiarami jakiejkolwiek formy wykorzystywania, zaniedbania, tortur lub okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, albo jeśli cierpieli z powodu konfliktów zbrojnych. Państwa członkowskie powinny zapewnić, (tam, gdzie to konieczne) odpowiednią, na wysokim poziomie pomoc psychologiczną.

Dyrektywa zawiera też szczególne przepisy dotyczące małoletnich bez opieki (art. 19). W ich przypadku państwa członkowskie zostały zobowiązane do przyjęcia tak szybko, jak to tylko możliwe, środków zapewniających im niezbędną reprezentację przez opiekuna prawnego, lub tam, gdzie to niezbędne, przez organizację powołaną do opieki nad małoletnimi. Możliwa jest także inna, odpowiednia forma reprezentacji. Władze powinny regularnie oceniać podejmowane w tym zakresie kroki. Od momentu wpuszczenia małoletniego na terytorium państwa goszczącego aż do momentu, kiedy jest zobowiązany do jego opuszczenia, powinien on zostać umieszczony wraz z dorosłymi krewnymi, w rodzinie zastępczej, w ośrodkach dostosowanych do recepcji małoletnich lub w innych przystosowanych do tego miejscach. Istnieje także możliwość zakwaterowania osób w wieku lat szesnastu i starszych w ośrodkach dla dorosłych. Dyrektywa stanowi, że tak dalece, jak to tylko możliwe, rodzeństwa nie należy rozdzielać. W tej kwestii, należy brać pod uwagę interes dziecka, a także jego wiek i stopień dojrzałości. Natomiast zmiany jego miejsca zamieszkania powinny być ograniczone do minimum.

Zgodnie z dyrektywą, chroniąc zabezpieczenie najlepszego interesu dziecka, państwa członkowskie powinny, tak szybko, jak to tylko możliwe, podejmować kroki w celu odnalezienia członków rodziny małoletniego. Poszukiwania w pewnych sytuacjach mogą grozić małoletniemu lub jego najbliższemu utratą życia lub wolności, więc dyrektywa nakazuje zachowanie dyskrecji organom państwa goszczącego w czasie zbierania potrzebnych do zrealizowania celu informacji.

Należy uznać, że Polska formalnie spełniła wymagany standard, zanim dyrektywa stała się wymagalna, a nawet przed wejściem Polski do UE, na co bez wąt-

36 Warto przy okazji dodać, że w projekcie ustawy inaczej określono okres zatrzymania. Zgodnie z art. [1] 89 projektu, sąd wydaje postanowienie o umieszczeniu wnioskodawcy lub osoby, w imieniu której wnioskodawca występuje, w strzeżonym ośrodku lub w areszcie w celu wydalenia, na okres od 30 do 60 dni. Przedłużenie zatrzymania cudzoziemca, który ma być deportowany, ale złożył wniosek o ochronę, pozostało bez zmian (90 dni).

pienia miały wpływ uwagi Komitetu Praw Dziecka³⁷ do polskiego raportu okresowego, złożonego w 1999 r.³⁸ W swojej ocenie Komitet podniósł m.in., że państwo polskie powinno podjąć kroki zmierzające do zagwarantowania, aby w postępowaniu w większym stopniu uwzględniano opinię małoletnich, niezwłocznie ustanawiano prawnych opiekunów dla małoletnich ubiegających się o status uchodźcy i nie umieszczano ich w miejscach, gdzie przebywają także młodociani przestępcy. Ustawa przyjęta 13 czerwca 2003 r. w pełni odpowiada uwagom Komitetu, a jednocześnie jej art. 47 do 52 spełniają standard przewidziany w omawianej dyrektywie.

Warto dodać, że kolejne projektowane zmiany będą dotyczyły także sytuacji małoletniego. Zgodnie z obowiązującą ustawą małoletni bez opieki do 13 roku życia, byli umieszczani w placówce wychowawczo-opiekuńczej, a starsi w ośrodkach dla osób ubiegających się o status uchodźcy. Projektowana zmiana ujednoliciła sytuację małoletnich i wszyscy będą umieszczani w odpowiednich placówkach (art. [1] 61 projektu), co jednocześnie rozwiąże problem opiekunów faktycznych, którymi są pracownicy tych placówek, a nie specjalnie wyznaczani pracownicy socjalni. Takie rozwiązanie gwarantuje także bliższy kontakt z podopiecznymi.

Jak w każdym innym przypadku, w związku z sytuacją małoletnich bez opieki, pojawia się szereg praktycznych problemów, takich jak zapewnienie pomocy psychologicznej w języku zrozumiałym dla małoletniego (np. w języku czeczeńskim) albo poszukiwanie rodzin małoletnich bez opieki, które pozostały poza granicami Polski. Ten ostatni wymóg jest szczególnie trudny do wypełnienia, zważywszy na trudne do przewidzenia koszty takich poszukiwań oraz zakaz ujawniania danych ubiegającego się o status uchodźcy władzom jego kraju pochodzenia, gdyż mogłoby to narazić małoletniego lub jego rodzinę na prześladowania.

Nie można powiedzieć, że polskie normy nie spełniają wymogu standardu przyjmowania innych niż małoletni osób o szczególnych potrzebach. Jednakże z wyjątkiem osób, wobec których istnieje domniemanie, że były poddane przemocy fizycznej lub psychicznej oraz niepełnosprawnych, ustawa nie reguluje szczegółowo sytuacji innych grup cudzoziemców o szczególnych potrzebach, które wymienia dyrektywa, tj. osoby starsze, kobiety ciężarne, rodzice samotnie wychowujący dzieci. Jednakże ich sytuacja jest uwzględniana, jeśli spojrzymy na regulamin pobytu w ośrodku albo przepisy o pomocy medycznej. Pomimo innego, bardziej ogólnego, podejścia do problemu osób o szczególnych potrzebach, należy przyznać, że standard wymagany w dyrektywie został osiągnięty.

Dyrektywa recepcyjna nie zawiera standardu dotyczącego sposobu i poziomu udzielania pomocy prawnej osobom ubiegającym się o ochronę międzynarodową;

37 Committee on the Rights of the Child. Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 44 of the Convention. Concluding observations: Poland. CRC/C/15/Add.194. 30 October 2002.

38 Drugi Raport okresowy z 2.12.1999 r., (CRC/C/70/Add.12).

Wymaga jedynie, aby cudzoziemcy uzyskali informację o organizacjach lub osobach świadczących taką pomoc i aby UNHCR oraz organizacje pozarządowe miały dostęp do ośrodków, w których przebywają cudzoziemcy lub aby cudzoziemcy mieli możliwość złożenia odwołania od decyzji omawiających lub ograniczających świadczenia. Art. 21 ust. 2 wyraźnie stanowi, że „procedury dotyczące dostępu do pomocy prawnej w takich przypadkach są ustanawiane w prawie krajowym”. W polskim prawie wyraźnie brak odpowiednich przepisów o dostępie do bezpłatnej pomocy prawnej udzielanej cudzoziemcom. Wydaje się więc, że w tym przypadku istnieje luka w obowiązujących i projektowanych przepisach, która jeszcze bardziej będzie widoczna, gdy nadejdzie termin wykonania standardu przewidzianego w dyrektywie proceduralnej³⁹.

III

Podsumowując powyższe rozważania, należy przede wszystkim zauważyć, że Polska generalnie poradziła sobie z transpozycją dyrektywy recepcyjnej. Od strony formalnej polskie przepisy nie budzą zazwyczaj wątpliwości. Podobnie, jak w przypadku większości państw Unii Europejskiej, problemy może rodzić praktyczna strona przyjmowania cudzoziemców, gdyż, po pierwsze, fundusze przeznaczone na recepcję osób ubiegających się o ochronę są – zwykle niewystarczające, a po drugie nigdy nie da się przewidzieć wszystkich okoliczności związanych z napływem cudzoziemców ubiegających się o ochronę. Przy większych nakładach finansowych, więcej środków można by poświęcić np. na organizowanie lekcji wyrównawczych dla dzieci albo na lepszą organizację pomocy psychologicznej dla ofiar przemocy. Z drugiej strony, należy też wziąć pod uwagę fakt, że w wielu przypadkach cudzoziemcy ubiegający się o status uchodźcy w Polsce woleliby ubiegać się o ten status gdzie indziej, w którymś z krajów Europy Zachodniej, a do naszego kraju trafili tylko dlatego, że Polska jest pierwszym krajem UE leżącym na ich szlaku albo dlatego, że zostali zawróceni do Polski na mocy mechanizmu dublińskiego. Takie motywy pobytu cudzoziemców w Polsce także wpływają na kształtowanie prawa uchodźczego oraz na praktyczną stronę organizowania ich pobytu.

Oceniając wpływ dyrektywy na prawo polskie, należy podkreślić, że przyczyniła się ona do doprecyzowania polskiego prawa, np. w zakresie dostępu cudzoziemskich dzieci do szkolnictwa ponadgimnazjalnego, co nie było takie oczywiste przed wejściem w życie noweli z 22 kwietnia 2005 r.⁴⁰ Ponadto dyrektywa zdecydowanie wpłynęła na zwiększenie uprawnień osób ubiegających się o status uchodźcy, po-

39 Zob. szerzej: B. Mikołajczyk, *Pomoc prawna w sprawach uchodźczych*. Palestra 2004, nr 1–2.

40 Por. B. Mikołajczyk, *Osoby ubiegające się o status uchodźcy. Ich prawa i standardy traktowania*. Katowice 2004, s. 247.

przez przyznanie im prawa do ubiegania się o zezwolenie na pracę na takich samych zasadach jak inni obywatele państw trzecich.

Łatwo zauważyć, że fakt transponowania dyrektywy do prawa polskiego nie oznacza kresu zmian prawa w tej dziedzinie. Od kilku, a nawet kilkunastu lat można zaobserwować dynamiczny rozwój polskiego prawa dotyczącego cudzoziemców, który jest ściśle związany najpierw ze staraniami o przyjęcie do UE, a potem implementacją dyrektyw. Proces ten nadal trwa, zważywszy na prace nad kolejną nowelizacją ustawy o udzieleniu cudzoziemcom ochrony, wprowadzająca fundamentalne zmiany przede wszystkim w zakresie kwalifikowania cudzoziemców jako uchodźców lub jako osoby zasługujące na przyznanie ochrony subsydiarnej. Wprowadza ona szereg zmian także w zakresie recepcji cudzoziemców, zwłaszcza małoletnich i nie należy przypuszczać, że nie będzie to koniec zmian, gdyż wiele kwestii nadal pozostaje niejasnych lub nieuregulowanych. Bez wątpienia, należą do nich kwestie związane z udzielaniem bezpłatnej pomocy prawnej, a także z ewentualnym zmniejszeniem świadczeń w sytuacji, gdy cudzoziemiec będący w procedurze podjął pracę. Na koniec warto też zauważyć, że wbrew obawom⁴¹, wejście w życie tej dyrektywy nie spowodowało obniżenia standardu przyjmowania ani nie zniechęciło państwa do oferowania nawet wyższego (przynajmniej formalnie) standardu, niż wymaga tego dyrektywa. Należy też odnotować, że sytuacja osób poszukujących ochrony w Polsce zmieniła się pod wpływem aktywności coraz to większej liczby organizacji pozarządowych, które coraz skuteczniej działają na ich rzecz.

41 Tamże, s. 263 i nast.

ZASADY PRZYJMOWANIA IMIGRANTÓW EKONOMICZNYCH Z PAŃSTW TRZECICH W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH UNII EUROPEJSKIEJ

Wprowadzenie

Migracja zarobkowa jest obecnie tematem debat publicznych w wielu państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz przedmiotem intensywnych prac legislacyjnych na forum instytucji wspólnotowych. Zagadnienie to jest postrzegane w dwojaki sposób – jako źródło rozmaitych zagrożeń oraz jako środek zaradczy w obliczu niekorzystnych zjawisk społecznych i gospodarczych obserwowanych we współczesnej Europie¹. Uregulowanie kwestii związanych z napływem migrantów ekonomicznych, zwłaszcza z państw trzecich, jest więc zadaniem trudnym zarówno dla prawodawcy krajowego, jak i wspólnotowego². W równym stopniu konstatacja ta dotyczy „starych” państw członkowskich, które coraz częściej stają przed koniecznością przeformułowania założeń dotychczasowej narodowej polityki imigracyjnej oraz państw, które przystąpiły do Unii Europejskiej niedawno i nie mają bogatych doświadczeń w przyjmowaniu imigrantów i kształtowaniu polityki państwa w tym zakresie. Najtrudniejsze zadanie przypada jednak Komisji Europejskiej, która w ciągu nadchodzących lat musi zaproponować ramy legislacyjne polityki imigracyjnej całej Unii Europejskiej. Obok stworzenia skutecznych instrumentów walki z nielegalną migracją³, największym wyzwaniem na tym polu jest określenie zasad przyjmowania legalnych migrantów z państw trzecich.

1 Por. K. Iglicka, Dylematy europejskiej polityki migracyjnej, *Nowa Europa* 2006, nr 2 (4), s. 150 i n.; P. Bendel, Immigration Policy in the European Union: Still bringing up the walls for fortress Europe?, *Migration Letters*, vol. 2, no. 1, s. 29. Szerzej na ten temat zob. Introduction, (w:) *Current Immigration Debates in Europe: A Publication of the European Migration Dialogue*, J. Niessen, Y. Schibel, C. Thompson (eds.), Brussel 2005, s. 4 i n.; J. Niessen, Y. Schibel, *EU and US approaches to the management of immigration. Comparative perspectives*, Brussels 2003, s. 4 i n.

2 Por. M.T. Bia, *Towards an EU Immigration Policy: Between Emerging Supranational Principles and National Concerns*, *European Diversity and Autonomy Papers*, EDAP 2/2004, s. 10.

3 Por. C. Dauvergne, *Challenges to sovereignty: migration laws for the 21st century*, *New Issues and Refugee Research*, July 2003, Working Paper No. 92, s. 8.

Na potrzeby dalszych rozważań można odwołać się do definicji zaproponowanej przez J. Białocerkiewicza, zgodnie z którą emigrantem jest cudzoziemiec udający się z przyczyn ekonomicznych dobrowolnie i legalnie do innego państwa z zamiarem czasowego lub stałego ulokowania ośrodka swych interesów życiowych i ekonomicznych na terytorium obcego państwa⁴. Definicję tę można uznać za właściwą w odniesieniu do emigrantów ekonomicznych. W przypadku pozostałych kategorii emigrantów należałoby zrezygnować z ograniczenia ich motywacji do powodów ekonomicznych, unikając także koncentrowania się na interesach ekonomicznych w państwie przyjmującym. Należy ponadto zauważyć, iż przytoczona definicja pomija osoby, które zmieniają państwo pobytu w sposób nielegalny, a przecież nie można im odmawiać miana emigrantów. Poniżej będzie jednak mowa przede wszystkim o migrantach legalnych, gdyż w ich przypadku można rozważać kwestię zasad przyjmowania w państwie, które wybierają na swe nowe miejsce pobytu.

Jednocześnie analizie zostanie poddana wyłącznie sytuacja obywateli państw trzecich, których status na terytorium państw członkowskich Unii Europejskiej jest autonomiczny w świetle prawa wspólnotowego. Rozważania nie obejmą więc migrujących obywateli (członków rodzin obywateli) państw członkowskich Unii Europejskiej lub innych państw wchodzących w skład Europejskiego Obszaru Gospodarczego ani obywateli (członków rodzin obywateli) państw niebędących stronami umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, którzy mogą korzystać ze swobody przepływu osób na podstawie umów zawartych przez te państwa ze Wspólnotą Europejską i jej państwami członkowskimi⁵. Z uwagi na niewielkie ramy niniejszego opracowania z zakresu rozważań wykluczeni zostali także członkowie rodzin obywateli państw trzecich, posiadający – przynajmniej w pierwszym okresie pobytu w państwie przyjmującym – status pochodny, a zatem niekorzystający z własnych praw, lecz praw wywodzących się ze statusu osoby, do której dołączają.

Przyjmowanie obywateli państw trzecich przybywających w celach zarobkowych należało dotąd do zagadnień regulowanych wyłącznie przez ustawodawstwo krajowe, dlatego rozwiązania stosowane w tym zakresie są odmienne w poszczególnych państwach członkowskich. Inną przyczyną niejednorodności narodowych rozwiązań jest fakt, że tworzono je w odpowiedzi na różne tendencje migracyjne w ostatnich dziesięcioleciach⁶. W okresie powojennym powszechnie zachęcano do migracji, aby przeciwdziałać niedoborom siły roboczej. Jednakże po kryzysie gospodarczym lat 70-tych i wzroście nielegalnej imigracji w latach 80-tych i 90-tych zaostrzono przepisy dotyczące wjazdu i pobytu cudzoziemców, aby chronić narodo-

4 J. Białocerkiewicz, Status prawny cudzoziemca w świetle standardów międzynarodowych, Toruń 1999, s. 388.

5 Państwem takim jest Konfederacja Szwajcarska.

6 Por. S. Carrera, Building a Common Policy on Labour Immigration. Towards a Comprehensive and Global Approach in the EU?, CEPS Working Document No. 256/February 2007, s. 2 i n.

we rynki pracy, a w niektórych państwach członkowskich w ogóle wstrzymano rekrutację zagranicznych pracowników⁷. Celem obecnie stosowanych zasad i procedur jest stworzenie imigrantom z państw trzecich możliwości podejmowania pracy i zaspokojenie w ten sposób potrzeb rynku pracy, przy jednoczesnej ochronie interesów własnych obywateli. Imigranci są zobowiązani dostarczyć dowody na spełnienie określonych kryteriów, takich jak otrzymanie oferty zatrudnienia, dysponowanie środkami finansowymi wystarczającymi do utrzymania się w państwie przyjmującym, posiadanie odpowiedniego ubezpieczenia zdrowotnego. Niekiedy pracodawcy w państwach członkowskich mają obowiązek wystąpić o zezwolenie na pracę dla imigranta i wykazać, że odznacza się on umiejętnościami niedostępnymi na krajowym rynku pracy. W większości państw członkowskich imigranci ekonomiczni uzyskują początkowo zezwolenie na pobyt czasowy, ważne przez okres od roku do pięciu lat. Zezwolenia takie mogą być odnawiane tak długo, jak długo wnioskodawca spełnia ustalone kryteria. Od połowy lat 90-tych w wielu państwach członkowskich pojawiły się nowe kanały migracji zarobkowej w odpowiedzi na niedobory na rynku pracy – przyspieszone lub preferencyjne procedury (np. niemiecki system zielonej karty dla informatyków lub oparty na systemie punktowym brytyjski program dla osób wysoko wykwalifikowanych)⁸.

Państwa członkowskie stosują różne metody określania liczby imigrantów przyjmowanych każdego roku. Liczba ta zazwyczaj opiera się na krajowej lub regionalnej ocenie potrzeb rynku pracy. Kilka państw członkowskich wprowadziło systemy kwotowe (np. Austria⁹, Hiszpania¹⁰, Portugalia¹¹, Słowenia¹², Węgry¹³, Wielka Brytania¹⁴, Włochy¹⁵), ale sposób ich wykorzystywania jest różny w poszczegół-

7 Szerzej na ten temat G. Avci, *Immigrant Categories: The Many Sides of One Coin?*, European Journal of Migration and Law 1999, vol. 1, s. 199 i n.

8 Komunikat Komisji dla Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Badanie powiązań między migracją legalną a nielegalną, KOM(2004) 412 końcowy, s. 3 i n. Por. Cover note from Secretary-General of the European Commission to Mr Javier Solana, Secretary-General/High Representative. Second Annual Report on Migration and Integration. Subject: Second Annual Report on Migration and Integration, Brussels, 11 July 2006, 11526/06 Limite, MIGR 107, Soc 355, s. 4 oraz 14 i n. Zob. także *Economic migration to the EU. Report with Evidence*, House of Lords, European Union Committee, 14th Report of Session 2005–06, published by the Authority of the House of Lords, London 2005, s. 27 i n.

9 Na ten temat zob. K. König, B. Perchinig, *Austria*, (w:) *Current Immigration Debates in Europe...*, s. 1 i n.

10 Na ten temat zob. C. Gortázar, *Spain: Two Immigration Acts at the End of the Millennium. The Organic Law on the Rights and Liberties of Aliens in Spain and their Social Integration: Organic Law 4/2000 of January 11 Modified by Organic Law 8/2000 of December 22*, European Journal of Migration and Law 2002, vol. 4, s. 3 i n.; A. Serra, P. Mas, A. Xalabarder, G. Pinyol, *Spain*, (w:) *Current Immigration Debates in Europe...*, s. 9 i n.

11 Na ten temat zob. L. Fonseca, J. Macaísta Malheiros, S. Silva, *Portugal*, (w:) *Current Immigration Debates in Europe...*, s. 6 i n.

12 Zob. także I. Wróbel, *Polityka wizowa, azylowa i imigracyjna Słowenii w kontekście przygotowań do członkostwa w Unii Europejskiej*, (w:) *Kraje Europy Środkowej i Wschodniej wobec procesu integracji europejskiej*, pod red. J. Albina i J. Kupczaka, Wrocław 2001, s. 271.

13 Zob. także *Przygotowania Czech, Węgier i Słowacji do członkostwa w Unii Europejskiej w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych*, (w:) *Kraje Europy Środkowej i Wschodniej...*, s. 164.

14 Na ten temat zob. J. Ensor, A. Shah, *United Kingdom*, (w:) *Current Immigration Debates in Europe...*, s. 7 i n.

15 Na ten temat zob. A. Di Pascale, *The New Regulations on Immigration and the Status of Foreigners in Italy*, European Journal of Migration and Law 2002, vol. 4, s. 72 i n.; J. Chaloff, *Italy*, (w:) *Current Immigration Debates in Europe...*, s. 1 i n.; A. Weinari, *Włochy – nowy kraj imigracji*, Biuletyn Migracyjny 2006, nr 8, s. 7 i n.

nych krajach. Niektóre z nich ustalają ogólną liczbę pracowników z państw trzecich przyjmowanych każdego roku, podczas gdy inne określają bardziej szczegółowe kwoty dla każdego sektora rynku pracy lub dla poszczególnych kategorii pracowników, np. pracowników sezonowych. Jeszcze inne ustalają kwoty roczne na podstawie wyników analiz potrzeb rynku pracy oraz po konsultacjach z organizacjami pracowników i pracodawców. W większości państw członkowskich przed przyjęciem pracowników z państw trzecich konieczne jest przeprowadzenie starannej oceny sytuacji na krajowym rynku pracy, zgodnie z zasadą preferencji wspólnotowej¹⁶.

Instrumentem zarządzania migracją zarobkową są także zawierane przez państwa członkowskie z państwami trzecimi porozumienia dwustronne w sprawie pracy dla obywateli tych ostatnich¹⁷. Porozumienia takie stanowią przede wszystkim reakcję na braki siły roboczej w państwie przyjmującym. Do innych powodów podpisywania porozumień z państwami trzecimi należą: otwieranie nowych kanałów migracji, dążenie do poprawy stosunków z państwami trzecimi, podtrzymywanie powiązań historycznych i ułatwianie wymiany kulturalnej, podejmowanie starań na rzecz lepszego zarządzania ruchami migracyjnymi i skuteczniejszego zwalczania nielegalnej imigracji. Stanowiska państw członkowskich w tym zakresie są zróżnicowane. Państwa Europy Północnej pierwsze przygotowały projekty dwustronne w okresie powojennym w odpowiedzi na specyficzne niedobory na swych rynkach pracy, głównie adresowane do krajów południowoeuropejskich przed ich przystąpieniem do Unii Europejskiej. Porozumienia dwustronne podpisywane w bliższej przeszłości koncentrowały się na przyjmowaniu pracowników sezonowych w takich sektorach, jak rolnictwo, budownictwo, turystyka i gastronomia. Uzgodnienia dwustronne były również wykorzystywane do promowania lepszych relacji między krajami sąsiednimi. Południowi członkowie Unii wykazywali w ostatnich latach największą aktywność w podpisywaniu porozumień dwustronnych w sprawie przyjmowania pracowników tymczasowych lub sezonowych. Kilka państw członkowskich wykorzystywało w porozumieniach dwustronnych rozwiązania kwotowe (np. Włochy), ustalając liczbę przyjmowanych imigrantów corocznie po konsultacji z odpowiednimi organami i organizacjami, takimi jak urzędy pracy, organizacje branżowe pracodawców i związki zawodowe. Zazwyczaj kwoty określa się dla każdego sektora rynku pracy, choć niektóre państwa czynią to w odniesieniu do każde-

16 Komunikat Komisji dla Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Badanie powiązań..., s. 5; Cover note from Secretary-General of the European Commission..., s. 14 i n.

17 Grecja zawarła takie porozumienie z Egiptem oraz Bułgarią i Albanią; Włochy – z Tunezją, Albanią i Mołdową (rozpoczęły negocjacje z Egiptem i Marokiem); Belgia – z Algierią, Marokiem, Tunezją, Turcją, Bośnią i Hercegowiną, Chorwacją, Byłą Jugosłowiańską Republiką Macedonii oraz Serbią i Czarnogórą; Hiszpania – z Ekwadorem, Kolumbią, Republiką Dominikańską, Marokiem i Bułgarią; Francja – z Marokiem, Tunezją i Senegalem; Polska – z Federacją Rosyjską, Białorusią i Ukrainą; Litwa i Słowacja – z Federacją Rosyjską i Ukrainą; Republika Czeska – z Federacją Rosyjską, Mongolią i Wietnamem (Cover note from Secretary-General of the European Commission..., s. 15).

go regionu geograficznego, a w niektórych przypadkach zależnie od kraju pochodzenia kandydata¹⁸.

Jak trafnie zauważyła O. Olszewska, w państwach posiadających doświadczenia związane z problemem imigracji polityka migracyjna znajduje się obecnie na drugim etapie rozwoju – etapie zarządzania migracjami. W krajach takich jak Polska polityka migracyjna dopiero kształtuje się (faza administracyjno–biurokratyczna), w związku z czym wyraźny jest brak doświadczenia w określaniu założeń i celów, a potrzeba regulacji prawnej jest zagadnieniem stosunkowo nowym. W pierwszej grupie państw prawo jest instrumentem kształtującym, świadomie wykorzystywanym do osiągnięcia konkretnych efektów. W drugiej grupie państw prawo jest natomiast instrumentem pomocniczym, wspomagającym¹⁹. Drogę od etapu pierwszego do drugiego można jednak szybko pokonać, czego dobrym przykładem jest Republika Czeska²⁰.

Celem niniejszego artykułu jest ukazanie kierunku, w jakim zmierza Unia Europejska w pracach nad stworzeniem wspólnych zasad przyjmowania imigrantów ekonomicznych z państw trzecich oraz przybliżenie rozwiązań przyjętych w państwie, które z uwagi na sąsiedztwo terytorialne i podobieństwo sytuacji społeczno–gospodarczej może stanowić dla Polski przykład prowadzenia aktywnej polityki imigracyjnej w regionie.

Unia Europejska wobec zagadnienia imigracji zarobkowej

W Unii Europejskiej wspólne wysiłki koncentrowano do niedawna na zwalczaniu nielegalnej imigracji²¹. Przedsięwzięcia legislacyjne i organizacyjne na tym polu wciąż pozostają priorytetem, jednakże obecnie podejmowane są również próby wypracowania wspólnych standardów dotyczących praw imigrantów z państw trzecich, legalnie przebywających w państwach członkowskich Unii. Zgodnie z postanowieniami Programu Haskiego oraz kierunkiem działań wskazanym w Traktacie ustanawiającym Konstytucję dla Europy, instytucje wspólnotowe powstrzymują się od

18 Komunikat Komisji dla Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno–Społecznego i Komitetu Regionów. Badanie powiązań..., s. 6 i n. Por. Cover note from Secretary–General of the European Commission..., s. 4 oraz 14 i n..

19 O. Olszewska, *Prawo jako instrument polityki imigracyjnej – kształtujący czy wspomagający?*, (w:) K. Iglicka, O. Olszewska, A. Stachurski, J. Żurawska, *Dylematy polityki imigracyjnej Polski*, Prace Migracyjne nr 58, Instytut Studiów Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego, czerwiec 2005, s. 36. Por. A. Weiner, *Europeizacja polskiej polityki wobec cudzoziemców 1990–2003*, Warszawa 2006, s. 25 i n.

20 Por. *Pierwsza aktywna polityka migracyjna w EŚW*, Biuletyn Migracyjny luty 2006, nr 5, s. 1.

21 Por. E. Borawska–Kędzierska, M. Prus, *Polityka imigracyjna i azyłowa*, (w:) *Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości Unii Europejskiej. Geneza, stan i perspektywy rozwoju*, pod red. F. Jasińskiego i K. Smoter, Warszawa 2005, s. 134. Zob. także A. Kicing, *International migration as a non–traditional security threat and the EU responses to this phenomenon*, CEFMR Working Paper 2/2004, s. 4 i n.; M. Samers, *An Emerging Geopolitics of 'Illegal' Immigration in the European Union*, *European Journal of Migration and Law* 2004, vol. 6, s. 27 i n.

ustalania czy sugerowania liczby obywateli państw członkowskich, którzy mieliby być dopuszczeni na terytorium poszczególnych państw. W Programie Haskim Rada Europejska wezwała Komisję Europejską do przedłożenia „strategicznego planu dotyczącego legalnej migracji (...), który obejmowałby także procedury dopuszczania, umożliwiające niezwłoczne reagowanie na zmieniający się popyt na imigrantów zarobkowych na rynku pracy”²². Na początku 2005 r. Komisja opublikowała zieloną księgę dotyczącą tej problematyki²³, inicjując ogólnoeuropejską debatę. Analiza poglądów prezentowanych w dyskusjach pokazała, że wspólna europejska strategia dla migracji ekonomicznej jest oczekiwana, jednakże opinie na temat jej założeń i pożądanych rezultatów różnią się dalece od siebie²⁴. Uwzględniając ten fakt, Komisja opracowała plan działań na lata 2006–2009²⁵.

W dokumencie tym Komisja stwierdziła, że aczkolwiek ustalanie liczby imigrantów mogących przybyć do Unii w celu wykonywania pracy należy do kompetencji państw członkowskich, jednakże nie ulega wątpliwości, że dopuszczenie obywateli państw trzecich na terytorium jednego państwa członkowskiego może rodzić skutki dla innych państw członkowskich i ich rynków pracy. Skuteczna wspólna strategia migracyjna powinna obejmować zasady przyjmowania imigrantów, działania służące zintegrowaniu ich ze społeczeństwem państwa pobytu oraz sposoby i środki zwalczania nielegalnej migracji i nielegalnego zatrudnienia, włączając w to handel ludźmi. Uczestnicy konsultacji publicznych wskazywali na możliwe korzyści płynące z horyzontalnej regulacji, polegającej na określeniu warunków przyjmowania dla wszystkich obywateli państw trzecich, którzy ubiegają się o dostęp do rynku pracy w Unii Europejskiej. Państwa członkowskie nie wyraziły jednak dostatecznego poparcia dla tej koncepcji. Obok zastrzeżeń natury politycznej, decydujący był argument, że prawo wspólnotowe powinno być elastyczne, w stopniu pozwalającym na uwzględnienie różnych wymogów narodowych rynków pracy, przejrzyste, skuteczne i niedyskryminujące. W opinii Komisji Europejskiej, zasadam tym czyni zadość zaproponowany przez nią pakiet środków – jedna ogólna dyrektywa ramowa i cztery szczególne akty prawne, które z jednej strony zagwarantują wszystkim imigrantom zarobkowym sprawiedliwe, wynikające z określonych praw możliwości, z drugiej zaś – zaoferują atrakcyjne warunki specyficznym grupom imigrantów,

22 Rada Europejska w Brukseli, 4 – 5 listopada 2004 r. Konkluzje Prezydencji. Załącznik I. Program Haski. Wzmacnianie wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w Unii Europejskiej, CONCL 3, 14292/04, s. 19.

23 Zielona księga w sprawie podejścia UE do zarządzania migracją ekonomiczną, KOM(2004) 811 wersja końcowa.

24 Komisja Europejska już w 2001 r. przedstawiła projekt dyrektywy dotyczącej warunków wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich w celu podjęcia pracy lub prowadzenia działalności gospodarczej, jednakże państwa członkowskie nie osiągnęły porozumienia w tej sprawie i w 2005 r. przygotowania do opracowania nowego projektu rozpoczęto od podstaw. Zob. Proposal for a Council Directive on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purpose of paid employment and self-employed economic activities, COM(2001) 386 final. Na ten temat zob. także G. Brinkmann, *The Immigration and Asylum Agenda*, „European Law Journal” 2004, vol. 10, no. 2, s. 192 oraz *W kierunku wspólnej polityki migracyjnej UE*, Dyrekcja Generalna Wymiar Sprawiedliwości i Sprawy Wewnętrzne, Bruksela 2004, s. 2.

25 Komunikat Komisji. Plan polityki w dziedzinie legalnej migracji, KOM(2005) 669 wersja ostateczna.

na których istnieje duże zapotrzebowanie w Unii Europejskiej. Nowe projekty będą więc dotyczyć jedynie warunków i procedur dopuszczania na rynek pracy w państwach członkowskich wybranych kategorii imigrantów zarobkowych oraz zakresu praw wynikających ze stosunków pracy łączących obywateli państw trzecich i pracodawców z państw członkowskich²⁶.

Pierwszą dyrektywę Komisja określiła mianem instrumentu horyzontalnego, służącego stworzeniu wspólnych ram dotyczących praw, jakie należy zagwarantować wszystkim już legalnie zatrudnionym w państwach członkowskich obywatelom państw trzecich, którzy nie mają jeszcze podstaw do uzyskania zezwolenia na pobyt długoterminowy, a zatem nie podlegają krajowym przepisom implementującym dyrektywę dotyczącą statusu rezydentów długoterminowych²⁷. Zdaniem Komisji, byłoby to nie tylko sprawiedliwe wobec osób wnoszących – dzięki swej pracy i podatkom – wkład w rozwój gospodarki Unii, lecz także stanowiłoby ważny krok ku stworzeniu „jednakowych warunków wyjściowych” w Unii. W tym kontekście należałoby także podjąć kwestię uznawania dyplomów i innych dowodów kwalifikacji, by zapobiec sytuacjom, gdy imigrant wykonuje pracę wymagającą kwalifikacji niższych niż te, które posiada, co wpływa niekorzystnie zarówno na dochody i ocenę kwalifikacji danej osoby, jak i na jej państwo pobytu i państwo pochodzenia. Komisja zaproponowała także wprowadzenie jednego wniosku o łączne zezwolenie na pracę i pobyt, zawierające najnowsze identyfikatory biometryczne²⁸. Termin ważności takiego dokumentu powinien być ściśle powiązany z okresem, na jaki została zawarta umowa o pracę²⁹.

Cztery dyrektywy zawierające przepisy szczególne miałyby za podstawę wyniki analiz, które pokazały, że obecnie nie jest wskazane regulowanie na poziomie wspólnotowym dostępu do wybranych sektorów gospodarki z powodu różnic między państwami członkowskimi w zakresie procesów demograficznych, warunków socjalnych, struktury rynków pracy, trendów i potrzeb³⁰. Wspólne standardy

26 *Ibidem*, s. 5 i n. Por. *Migranci na ratunek Strategii Lizbońskiej?*, Biuletyn Migracyjny luty 2006, nr 5, s. 6.

27 Dyrektywa Rady 2003/109/WE z dnia 25 listopada 2003 r. dotycząca statusu obywateli państw trzecich będących rezydentami długoterminowymi (Dz. Urz. UE L 016 z 23 stycznia 2004 r., s. 44). Zgodnie z tą dyrektywą, rezydent długoterminowy Wspólnot Europejskich korzysta z równego traktowania w stosunku do obywateli danego państwa członkowskiego w zakresie m.in. dostępu do zatrudnienia i prowadzenia działalności na własny rachunek, o ile takie formy aktywności zawodowej nie wiążą się nawet okazjonalnie z wykonywaniem władzy publicznej, jak również warunków zatrudnienia i pracy, w tym warunków dotyczących zwolnienia i wynagrodzenia. Państwa członkowskie mogą jednak utrzymać ograniczenia dostępu do zatrudnienia lub działalności na własny rachunek, jeśli – zgodnie z obowiązującym prawem krajowym lub wspólnotowym – te formy aktywności zawodowej są zarezerwowane dla obywateli danego państwa, obywateli Unii Europejskiej lub obywateli państw tworzących Europejski Obszar Gospodarczy.

28 Na temat wykorzystywania danych biometrycznych do kontroli imigrantów w Stanach Zjednoczonych i Unii Europejskiej zob. np. R. Thomas, *Biometrics, International Migrants and Human Rights*, European Journal of Migration and Law 2005, vol. 7, s. 377 i n.

29 Komunikat Komisji. Plan polityki..., s. 6 i n. Zob. komentarz: B. Hayes, *Viewpoint: Our “freedom”, their labour: a tradesman’s entrance for Fortress Europe*, Statewatch Bulletin, vol. 15, no. 6, s. 2.

30 Por. stanowisko rządu polskiego: *Non-paper w sprawie Zielonej Księgi w sprawie podejścia Unii Europejskiej do zarządzania migracjami zarobkowymi COM(2004) 811 final*, strony internetowe Komisji Europejskiej, <http://>

mogłyby – zdaniem Komisji – usztywnić narodowe rynki pracy. Konsultacje publiczne ujawniły natomiast istnienie grup pracowników mających wspólne potrzeby i interesy, a także zróżnicowane interesy państw członkowskich poszukujących wysoko wykwalifikowanych pracowników i państw członkowskich, które potrzebują przede wszystkim pracowników sezonowych. Wspólną generalną zasadą czterech dyrektyw powinno być powiązanie dopuszczania z istnieniem umowy o pracę i „gospodarczej konieczności”. Wyjątki od tej zasady mogłyby dotyczyć strukturalnych lub przejściowych potrzeb w określonych sektorach, zawodach lub regionach. Przy opracowywaniu regulacji wspólnotowych należałoby również wziąć pod uwagę wymóg zgodnego z zasadami etycznymi rekrutowania pracowników dla sektorów, w których szczególnie często dochodzi do „drenażu mózgów”, czego przykładem jest brak personelu medycznego w różnych częściach Afryki³¹. Pierwsza z czterech zapowiadanych dyrektyw dotyczyłaby warunków wjazdu i pobytu pracowników wysoko wykwalifikowanych³², z wyjątkiem naukowców, druga – warunków wjazdu i pobytu pracowników sezonowych, trzecia – kwestii związanych z wjazdem, pobytem i miejscem zamieszkania pracowników objętych wewnątrzkorporacyjnym transferem, czwarta – warunków wjazdu i pobytu wynagradzanych stażystów³³. Wszystkie odnosiłyby się zatem do osób zamierzających podjąć pracę na- jemną, nie obejmując swym zakresem samozatrudnienia³⁴.

Kilka bardziej konkretnych informacji Komisja podała na temat dwóch pierwszych z czterech dyrektyw szczegółowych. Zauważyła m.in., że w większości państw członkowskich istnieje zapotrzebowanie na pracowników wysoko wykwalifikowanych z zagranicy, tymczasem badania pokazały, że 54% imigrantów pierwszego pokolenia z Bliskiego Wschodu i Afryki Północnej, posiadających wykształcenie uniwersyteckie, mieszka w Kanadzie i Stanach Zjednoczonych, podczas gdy 87% osób z wykształceniem niższym niż podstawowe, podstawowym lub średnim mieszka w Europie³⁵. Odpowiedzią na tę sytuację mogłaby być wspólna procedura specjalna, pozwalająca na szybką selekcję i przyjęcie wysoko wykwalifikowanych imigrantów oraz atrakcyjne warunki, które zachęcałyby ich do przyjazdu do

ec.europa.eu. Na temat przewidywanych braków siły roboczej na europejskich rynkach pracy w najbliższych dekadach zob. Ch. Boswell, S. Stiller, Th. Straubhaar, *Forecasting Labour and Skills Shortages: How can Projections Better Inform Labour Migration Policies?*, Hamburg 2004, s. 9 i n.

31 Szerzej na ten temat zob. Komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów. Związek pomiędzy migracją i rozwojem: konkretne kierunki działania w zakresie partnerstwa UE z krajami rozwijającymi się, KOM(2005) 390 final, s. 9 i n. Por. Komunikat Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego. Podejście globalne do migracji w rok później: ku kompleksowej europejskiej polityce migracyjnej, KOM(2006) 735 wersja ostateczna, s. 8.

32 Na temat dotychczasowych rozwiązań prawnych dotyczących napływu pracowników wysoko wykwalifikowanych w wybranych państwach członkowskich zob. P. Kaczmarczyk, M. Okólski, *Migracje specjalistów wysokiej klasy w kontekście członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, s. 63 i n. Na temat postulatów na przyszłość zob. J. von Weizsäcker, *Welcome to Europe*, Bruegel Policy Brief, Issue 2006/03.

33 Komunikat Komisji. Plan polityki..., s. 7 i n.

34 Zob. komentarz: B. Hayes, *op. cit.*, s. 3 i n.

35 Na ten temat zob. także S. Bertozzi, *Legal Migration. Time for Europe to Play Its Hand*, CEPS Working Document No. 257/February 2007, s. 12 i n.

Europy. Rozważenia wymaga zasadność wprowadzenia zezwolenia na pracę w Unii Europejskiej (zielonej karty Unii Europejskiej), które byłyby wydawane przez jedno państwo członkowskie i ważne na terytorium całej Unii. Niezbędną elastyczność mogłaby zapewnić klauzula rozszerzająca, która miałaby zastosowanie w razie zapotrzebowania na określone kategorie pracowników innych niż wysoko wykwalifikowani, np. pracowników wykwalifikowanych. W przypadku pracowników sezonowych nowa dyrektywa przewidywałaby zezwolenie na pobyt i pracę uprawniające obywateli państw trzecich do wykonywania pracy przez określoną liczbę miesięcy w roku w okresie 4–5 lat. Chodziłoby o zapewnienie państwom członkowskim niezbędnej siły roboczej, a jednocześnie zagwarantowanie zainteresowanym imigrantom bezpiecznego statusu prawnego i perspektywy regularnej pracy, co służyłoby ochronie tej kategorii pracowników o szczególnie słabej pozycji i przyczyniłoby się do rozwoju ich krajów pochodzenia³⁶.

Elementem wspólnotowej polityki migracyjnej jest wspieranie migracji powrotnej³⁷ i migracji cyrkulacyjnej³⁸, co znalazło odzwierciedlenie w dyrektywie dotyczącej statusu rezydentów długoterminowych, która oferuje – zdaniem Komisji – „ciekawe możliwości”. Państwa członkowskie mogą bowiem zezwalać imigrantom powracającym do kraju pochodzenia na zachowanie takiego statusu przez okres dłuższy niż – jak przewiduje dyrektywa – jeden rok. Innym brany pod uwagę rozwiązaniem jest długoterminowa wielokrotna wiza wjazdowa dla imigrantów powracających lub możliwość przyznawania byłym imigrantom pierwszeństwa i wydawania im nowych zezwoleń na pobyt dla celów dalszego czasowego zatrudnienia w byłym państwie przyjmującym w ramach uproszczonej procedury. Niezależnie od poprzedzających wyjazd działań integracyjnych, doksztalcanie zawodowe i kursy językowe w państwie pochodzenia mogłyby pomóc imigrantom w rozwinięciu ich umiejętności oraz w lepszym zidentyfikowaniu potrzeb na rynku pracy w Unii Europejskiej. Komisja zapowiedziała przeanalizowanie, czy byłoby politycznie uzasadnione oraz możliwe pod względem technicznym i finansowym wsparcie ze środków wspólnotowych powołania do życia odpowiednich struktur szkoleniowych lokalnych władz lub podmiotów pozarządowych. Dopuszczanie imigrantów na terytorium państw członkowskich Unii Europejskiej nie powinno być jednak uzależnione od udziału w takich kursach, choć jego skutkiem mogłyby być ułatwienia w tym zakresie³⁹.

36 Komunikat Komisji. Plan polityki..., s. 7 i n.

37 Na temat korzyści płynących z migracji powrotnej zob. F. Laczko, *Enhancing the Benefits of Return Migration for Development*, (w:) *World Migration 2005. Costs and Benefits of International Migration*, IOM World Migration Report Series, vol. 3, Geneva 2005, s. 278 i n.

38 Na temat korzyści płynących z migracji cyrkulacyjnej zob. B. Ghosh, *Economic Effects of International Migration: A Synoptic Overview*, (w:) *World Migration 2005. Costs and...*, s. 173 i n.; Ph. Martin, *Economic Costs and Benefits of International Labour Migration*, (w:) *World Migration 2005. Costs and...*, s. 193 i n.

39 Komunikat Komisji. Plan polityki..., s. 12 i n.

W dniu 16 maja 2007 r. Komisja Europejska jednogłośnie zaakceptowała propozycję legislacyjną komisarza odpowiedzialnego za wymiar sprawiedliwości i sprawy wewnętrzne, Franca Frattiniego, by na pracodawców zatrudniających nielegalnych imigrantów nakładać surowe kary pieniężne, a w czterech przypadkach pociągać ich do odpowiedzialności karnej: w razie trzykrotnego zatrudnienia nielegalnego imigranta w ciągu dwóch lat, zatrudnienia co najmniej czterech nielegalnych imigrantów, zaoferowania warunków skutkujących szczególnym wyzyskiem oraz świadomego zatrudnienia ofiary handlu ludźmi. Zgodnie z przedłożonym projektem dyrektywy, pracodawcy tacy mieliby także tracić publiczne kontrakty i dotacje (na okres do pięciu lat) oraz byłoby zobowiązani pokryć koszty powrotu imigranta do kraju pochodzenia i uregulować zaległe wynagrodzenia, podatki i składki na ubezpieczenie społeczne. Karom podlegałyby zarówno przedsiębiorstwa, jak i osoby fizyczne, nawet takie, które nielegalnie zatrudniają opiekunkę do dziecka czy robotników budowlanych stawiających prywatny dom. Sankcjom nie podlegałyby natomiast osoby pracujące nielegalnie. Państwa członkowskie musiałyby jednak stworzyć możliwość składania skarg indywidualnych, osobistego bądź za pośrednictwem związków zawodowych lub innych organizacji. Wszystkie te rozwiązania miałyby uczynić trudniejszym znalezienie nielegalnej pracy w państwach członkowskich, a zatem mniej opłacalnym nielegalną migrację. Szacuje się bowiem, że w dwudziestu siedmiu państwach członkowskich przebywa łącznie od 4,5 mln do 8 mln nielegalnych imigrantów, przy czym corocznie przybywa ich od 350 tys. do 500 tys. Obecnie dziewiętnaście spośród dwudziestu siedmiu państw członkowskich przewiduje odpowiedzialność karną za nielegalne zatrudnianie cudzoziemców. Możliwość sięgnięcia w tym przypadku po środki z zakresu prawa karnego jest konsekwencją przełomowego orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z 13 września 2005 r., dotyczącego wniesionej przez Komisję Europejską skargi o stwierdzenie nieważności decyzji ramowej Rady 2003/80/WSiSW z dnia 27 stycznia 2003 r. w sprawie ochrony środowiska przez prawo karne⁴⁰. Orzeczenie to potwierdziło kompetencje Wspólnoty w zakresie harmonizowania przepisów prawa karnego w państwach członkowskich, Trybunał uznał bowiem, że Komisja może proponować środki penalne w celu zagwarantowania efektywności regulacji wspólnotowych⁴¹.

40 Zob. orzeczenie w sprawie C-176/03 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Rada Unii Europejskiej*, strony internetowe Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, <http://curia.europa.eu>

41 R. Goldirova, EU companies to face tough sanctions for hiring illegal migrants, EUobserver z 16 maja 2007 r., <http://euobserver.com>; Towards a comprehensive European Migration Policy: Cracking down on employment of illegal immigrants and fostering circular migration and mobility partnerships, IP/07/678, Brussels, 16 May 2007 oraz Sanctions against employers of illegally staying third-country nationals, MEMO/07/196, Brussels, 16 May 2007, strony internetowe Forum „Wymiar Sprawiedliwości i Sprawy Wewnętrzne” przy Centrum Europejskim Natolin, <http://www.wsisw.natolin.edu.pl>. Por. Komunikat Komisji w sprawie priorytetów politycznych w walce z nielegalną imigracją obywateli państw trzecich, KOM(2006) 402 wersja ostateczna, s. 9 i n.

Komisja Europejska podkreśliła, że swoje propozycje dotyczące walki z zatrudnianiem nielegalnych imigrantów przedstawiła jednocześnie z inicjatywą odnoszącą się do legalnego i kontrolowanego przyjmowania do pracy przybyszów z państw trzecich. Komisarz Frattini zapowiedział podjęcie negocjacji z państwami trzecimi, przede wszystkim państwami afrykańskimi, ale także wschodnimi sąsiadami Unii, w sprawie tzw. porozumień migracyjnych, które otworzą imigrantom drogę do legalnej pracy w tych sektorach, w których brakuje siły roboczej. Komisja Europejska jest zainteresowana zawarciem porozumień migracyjnych m.in. z Mali, Ukrainą, Gruzją i Armenią. Porozumienia te mają przewidywać wydawanie zezwoleń na pracę jedynie takim osobom, których kwalifikacje są poszukiwane w danym sektorze gospodarki państwa przyjmującego. Po wygaśnięciu kontraktu imigranci mieliby obowiązek powrócić do kraju pochodzenia pod groźbą zakazu ponownego wjazdu do Unii Europejskiej. Ponadto część wynagrodzenia otrzymywaliby dopiero po powrocie. Porozumienia będą podpisywane tylko z tymi krajami, które wyrażą zgodę na warunki stawiane przez Unię, np. zawarcie umowy readmisyjnej⁴². Migracja cyrkulacyjna ma zarówno pomóc Unii w wypełnieniu luk na rynku, jak i przyczynić się do rozwoju krajów pochodzenia i zapobieżenia „drenażowi mózgów”. Komisja Europejska zapowiedziała ponadto przedstawienie we wrześniu 2007 r. dwóch projektów dyrektyw dotyczących migracji legalnej: dyrektywy w sprawie warunków przyjmowania w Unii Europejskiej wysoko wykwalifikowanych pracowników oraz dyrektywy w sprawie praw legalnych imigrantów w zakresie zatrudnienia⁴³.

Zgodnie z harmonogramem przyjętym w 2005 r., negocjacje międzyrządowe na szczecelu Rady Unii Europejskiej w sprawie projektu dyrektywy ramowej oraz dyrektywy określającej warunki wjazdu i pobytu pracowników wysoko wykwalifikowanych powinny rozpocząć się w 2007 r. i w razie potrzeby będą kontynuowane w 2008 r. Przedstawienie projektu dyrektywy w sprawie warunków wjazdu i pobytu pracowników sezonowych zapowiedziano na rok 2008, natomiast projektu dyrektywy w sprawie procedury wjazdu, czasowego pobytu i miejsca zamieszkania osób objętych wewnątrzkorporacyjnym transferem oraz projektu w sprawie warunków wjazdu i pobytu wynagradzanych stażystów – na rok 2009. Wówczas także nastąpi ewentualnie prezentacja projektów dotyczących konkretnego wsparcia migracji cyrkulacyjnej i powrotnej, opartych na wnioskach płynących ze studiów i analiz prowadzonych od 2006 r.⁴⁴

42 I. Czerny, *UE/Propozycje karania pracodawców za zatrudnianie na czarno*, 16.05.2007, Bruksela (PAP), Europejski Serwis Polskiej Agencji Prasowej, <http://euro.pap.com.pl>; *Towards a comprehensive European Migration Policy...*, s. 2. Zob. także *Circular migration and mobility partnerships between the European Union and third countries*, MEMO/07/197, Brussels, 16 May 2007, strony internetowe Forum „Wymiar Sprawiedliwości i Sprawy Wewnętrzne” przy Centrum Europejskim Natolin, <http://www.wsisw.natolin.edu.pl>.

43 *A Comprehensive European Migration Policy*, MEMO/07/188, Brussels, 14 May 2007, strony internetowe Forum „Wymiar Sprawiedliwości i Sprawy Wewnętrzne” przy Centrum Europejskim Natolin, <http://www.wsisw.natolin.edu.pl>.

44 Załącznik I do Planu polityki w dziedzinie legalnej migracji – Roadmap for the proposed measures.

Zasady przyjmowania imigrantów ekonomicznych w Republice Czeskiej

Zasady i warunki wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich na terytorium Republiki Czeskiej określa ustawa z 1999 r., wielokrotnie nowelizowana w związku m.in. z uzyskaniem przez Czechy członkostwa w Unii Europejskiej i przyszłym ich udziałem w systemie Schengen⁴⁵. Zgodnie z ogólnymi zasadami, przekraczając granicę państwa czeskiego, cudzoziemiec powinien przedstawić dokument podróży, wizę uprawniającą do pobytu na terytorium Republiki Czeskiej, jeśli podlega obowiązkowi wizowemu, dokument potwierdzający posiadanie środków finansowych na okres pobytu na tym terytorium lub zaproszenie oraz dowód posiadania podróżnego ubezpieczenia medycznego na sumę co najmniej 30 000 euro, pokrywającego koszty leczenia związanego z uszkodzeniem ciała lub nagłą chorobą, łącznie z kosztami powrotu chorego do kraju, który wydał dokument podróży lub w którym cudzoziemiec ma miejsce zamieszkania, jak również dokument (lub inny dowód) poświadczający zapewnienie sobie odpowiednich warunków mieszkaniowych na okres pobytu w Republice Czeskiej oraz zezwolenie na wjazd do państwa docelowego lub państwa tranzytowego, którego granicę cudzoziemiec musi przekroczyć, opuszczając terytorium Republiki Czeskiej, chyba że zezwolenie takie nie jest wymagane. Cudzoziemiec jest zobowiązany także udowodnić, że koszty związane z przejazdem z Republiki Czeskiej do kraju, który wydał dokument podróży lub w którym cudzoziemiec ma prawo stałego pobytu, zostaną pokryte, jeżeli uzasadniony jest niepokój, że koszty te miałyby później ponieść państwo czeskie. Cudzoziemiec może być ponadto poproszony o dostarczenie wszystkich informacji, które są wymagane do uzyskania wizy (sekcja 5).

Podróżne ubezpieczenie medyczne nie jest wymagane, jeśli cudzoziemiec jest ubezpieczony na podstawie przepisów szczególnych, wszelkie wydatki na opiekę medyczną zostaną pokryte na podstawie umowy międzynarodowej lub udowodni on, że wydatki te zostaną pokryte w inny sposób. Obowiązek posiadania takiego ubezpieczenia nie odnosi się również do osób, które nie są w stanie uzyskać go w państwie swego pobytu z przyczyn obiektywnych. W takiej sytuacji cudzoziemiec jest zobowiązany ubezpieczyć się podczas pobytu na terytorium Republiki Czeskiej bez nadmiernej zwłoki i nie później niż w ciągu trzech dni roboczych po przybyciu do tego państwa (sekcja 6).

45 Act on the Residence of Aliens in the Territory of the Czech Republic (No. 326/1999 Coll.), znowelizowany przez: Act No. 140/2001 Coll., Act No. 151/2002 Coll., Act No. 217/2002 Coll., Act No. 222/2003 Coll., Act No. 436/2004 Coll., Act No. 501/2004 Coll., Act No. 539/2004 Coll., Act No. 559/2004 Coll., Act No. 428 /2005 Coll., Act No. 444/2005 Coll., Act No.112/2006 Coll., Act No. 136/2006 Coll., Act No. 161/2006 Coll. and Act No. 165/2006 Coll.).

Część z powyższych wymogów (środki finansowe na czas pobytu, odpowiednie warunki mieszkaniowe, wiza innego państwa, gwarancja pokrycia kosztów powrotu) nie odnosi się do osób, które posiadają wizę na pobyt dłuższy niż 90 dni. Więcej wymogów (wiza czeska, środki finansowe na pobyt, podróże ubezpieczenie medyczne, odpowiednie warunki mieszkaniowe, wiza innego państwa, gwarancja pokrycia kosztów powrotu) nie odnosi się do cudzoziemców w okresie ważności ich zezwoleń na pobyt długoterminowy lub zezwoleń na pobyt stały (sekcja 6). Cudzoziemców, którzy w czasowy kontroli granicznej przedstawiają wydaną w celu wykonywania pracy wizę na pobyt nieprzekraczający 90 dni lub wizę na pobyt dłuższy niż 90 dni, nie dotyczy obowiązek przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie środków finansowych na czas pobytu, odpowiednich warunków mieszkaniowych, wizen państwa docelowego lub tranzytowego oraz środków finansowych na powrót.

Czasowy pobyt na terytorium Republiki Czeskiej jest dopuszczalny bez wizen, na podstawie wizen krótkoterminowej (pobyt do 90 dni), wizen długoterminowej (pobyt powyżej 90 dni), wizen dyplomatycznej, wizen specjalnej lub na podstawie zezwolenia na pobyt czasowy albo nakazu opuszczenia tego terytorium (sekcja 17).

Nie posiadając wizen, cudzoziemiec może przebywać na terytorium Republiki Czeskiej, gdy jest to zgodne z bezpośrednio stosowanymi przepisami Wspólnot Europejskich oraz niesprzecznymi z nimi umowami międzynarodowymi lub dekretemi rządowymi oraz gdy m.in. cudzoziemiec posiada zezwolenie na pobyt stały wydane przez inne państwo członkowskie Unii Europejskiej lub takie zezwolenie i status prawny rezydenta długoterminowego Wspólnot Europejskich nadany przez inne państwo członkowskie, a długość pobytu w Republice Czeskiej nie przekroczy 3 miesięcy (sekcja 18).

Wiza krótkoterminowa jest wydawana m.in. w związku z pobytem nieprzekraczającym 90 dni i uprawnia do jednokrotnego wjazdu lub wielu wjazdów na terytorium Republiki Czeskiej. Wnioskując o wydanie wizen krótkoterminowej, cudzoziemiec jest zobowiązany przedstawić: dokument podróży, fotografię, zaproszenie lub dowód posiadania wystarczających środków na pokrycie kosztów pobytu i zapewnienia sobie odpowiednich warunków mieszkaniowych na czas pobytu, chyba że dostarczono dowód na to, iż wydatki związane z pobytem cudzoziemca zostaną pokryte w inny sposób, kwotą równą wydatkom na wyjazd drogą powietrzną z terytorium Republiki Czeskiej do kraju, który wydał cudzoziemcowi dokument podróży lub w którym cudzoziemiec korzysta z prawa stałego pobytu (tzw. kaucja)⁴⁶, chy-

46 Do czasu włączenia Republiki Czeskiej do systemu Schengen pozostaje aktualny wymóg wpłacenia przez cudzoziemca w przedstawicielstwie dyplomatycznym w gotówce lub przełania na jego rachunek kaucji, która może zostać wykorzystana do pokrycia wszelkich kosztów poniesionych przez państwo czeskie w związku z możliwym wydaleniem cudzoziemca z terytorium czeskiego. Na życzenie cudzoziemca ambasada jest zobowiązana zwrócić niewykorzystaną część kaucji na opłacenie kosztów wydalenia. Wniosek o zwrot kaucji może być zgłoszony

ba że wydatki te zostaną zabezpieczone w inny sposób, zaświadczenie medyczne, z którego będzie wynikać, że cudzoziemiec nie cierpi na poważną chorobę, jednakże jedynie wówczas, gdy istnieje uzasadnione podejrzenie, iż jest poważnie chory oraz inne dokumenty potwierdzające wiarygodność informacji zawartych we wniosku wizowym. Przed uzyskaniem wizy cudzoziemiec jest także zobowiązany przedstawić dokument stanowiący dowód posiadania podróznego ubezpieczenia medycznego, chyba że nie jest ono wymagane. Jeśli cudzoziemiec ubiega się o wizę krótkoterminową w celu wykonywania pracy, jest zobowiązany przedłożyć zezwolenie na pracę, wydane przez czeski urząd pracy, jak również dokument podróży, fotografię, kwotę stanowiącą równowartość wydatków na powrót drogą powietrzną, zaświadczenie medyczne oraz dokument potwierdzający, że cudzoziemiec ma zapewnione mieszkanie na okres swego pobytu na terytorium Republiki Czeskiej. Przedłożenie zezwolenia na pracę nie jest wymagane, jeśli nie jest ono warunkiem wykonywania pracy w świetle szczególnych przepisów prawnych (sekcja 27).

Ubiegając się o wydanie wizy na pobyt dłuższy niż 90 dni w celu wykonywania pracy, cudzoziemiec jest zobowiązany przedłożyć: dokument podróży, dokument potwierdzający fakt zapewnienia sobie odpowiednich warunków mieszkaniowych, wyciąg z rejestru skazanych, fotografię oraz zezwolenie na pracę lub informację o numerze nadanym przez urząd pracy złożonemu przez cudzoziemca wnioskowi o zezwolenie na pracę, chyba że wykonywanie pracy nie jest uzależnione od uzyskania zezwolenia na pracę zgodnie z przepisami szczególnymi. Ponadto cudzoziemiec składający wniosek o wizę długoterminową ma obowiązek przedstawić dokument odpowiadający pod względem treści wyciągowi z rejestru skazanych jako dodatkowy dowód niekaralności, wydany przez państwo obywatelstwa cudzoziemca, jak również każde inne państwo, w którym cudzoziemiec przebywał w ciągu ostatnich trzech lat przez nieprzerwany okres powyżej sześciu miesięcy oraz zaświadczenie medyczne, z którego wynika, że cudzoziemiec nie cierpi na poważną chorobę, jednakże jedynie wówczas, gdy istnieje uzasadnione podejrzenie, że tak jest w istocie. Przed otrzymaniem wizy cudzoziemiec jest zobowiązany dostarczyć dowód posiadania podróznego ubezpieczenia medycznego na czas pobytu w Republice Czeskiej, chyba że przepisy stanowią inaczej (sekcja 31).

Cudzoziemiec przebywający na terytorium Republiki Czeskiej na podstawie wizy długoterminowej i zamierzający pozostać na nim przez okres dłuższy niż rok ma prawo złożyć wniosek o zezwolenie na pobyt długoterminowy, pod warunkiem, że cel pobytu pozostaje ten sam (sekcja 42). Co do zasady, zezwolenie na pobyt długoterminowy jest ważne przez okres potrzebny do zrealizowania celu pobytu na terytorium Republiki Czeskiej, jednakże nie dłuższy niż rok, chyba że chodzi o takie

po upływie terminu ważności wizy i opuszczeniu przez cudzoziemca terytorium Czech, jednakże nie później niż rok po dniu, w którym wiza utraciła swą ważność. W przeciwnym razie kaucja przepada na rzecz państwa czeskiego i wpływa jako jego dochód do budżetu narodowego (sekcja 27).

cele, jak odbywanie studiów lub łączenie rodzin. W przypadku cudzoziemców posiadających zezwolenie na pracę, okres pobytu jest dostosowany do terminu ważności tego zezwolenia (sekcja 44). Do zezwoleń na pobyt długoterminowy znajdują zastosowanie odpowiednie przepisy dotyczące wiz długoterminowych, w tym odnoszące się do dokumentów, które należy przedstawić wraz z wnioskiem. Wnioskowi o zezwolenie na pobyt długoterminowy, w celu wykonywania pracy, musi towarzyszyć decyzja o wydaniu zezwolenia na pracę lub decyzja o przedłużeniu ważności zezwolenia na pracę, a ponadto dokument podróży, dokument potwierdzający zapewnienie sobie odpowiednich warunków mieszkaniowych na okres pobytu, wyciąg z rejestru skazanych i fotografie (sekcja 46).

Prawo ubiegania się o zezwolenie na pobyt długoterminowy mają także rezydenci innych państw członkowskich Unii Europejskiej, jeśli zamierzają pozostać na terytorium Republiki Czeskiej przez okres dłuższy niż trzy miesiące. Do wniosku o zezwolenie na pobyt długoterminowy w celu wykonywania pracy rezydenci innych państw członkowskich dołączają zezwolenie na pracę lub numer nadany przez urząd pracy wnioskowi o wydanie takiego zezwolenia, oświadczenie pracodawcy, że zatrudni cudzoziemca oraz dokument podróży, dokument potwierdzający zapewnienie sobie odpowiednich warunków mieszkaniowych, wyciąg z rejestru skazanych i fotografie. Na życzenie dołącza się także zaświadczenie medyczne i zaświadczenia o niekaralności w państwie obywatelstwa i w innych państwach, w których cudzoziemiec przebywał w ciągu ostatnich trzech lat przez nieprzerwany okres, dłuższy niż sześć miesięcy (sekcja 42c).

Stały pobyt na terytorium Republiki Czeskiej jest możliwy na podstawie zezwolenia na pobyt stały (sekcja 65). Zezwolenie takie jest wydawane na wniosek cudzoziemca po pięciu latach nieprzerwanego pobytu w Republice Czeskiej (sekcja 68)⁴⁷. Część cudzoziemców może otrzymać takie zezwolenie mimo niespełnienia warunku nieprzerwanego kilkuletniego pobytu w Republice Czeskiej⁴⁸, jednakże nie dotyczy to raczej imigrantów ekonomicznych, choć przepisy ustawy o pobycie cudzoziemców na terytorium Republiki Czeskiej są w tym przypadku bardzo elastyczne. Obok bowiem cudzoziemców, którzy ubiegają się o zezwolenie na pobyt stały z przyczyn humanitarnych lub w celu połączenia dziecka z rodziną, wymogu nieprzerwanego kilkuletniego pobytu w Republice Czeskiej nie muszą spełniać cudzoziemcy, którzy składają swój wniosek „z innych przyczyn wartych rozważenia” albo cudzoziemcy, których pobyt „leży w interesie Republiki Czeskiej” (sekcja 66). Do wniosku o zezwolenie na pobyt stały cudzoziemiec jest zobowiązany dołą-

47 Por. D. Drbohlav, M. Horakova, E. Janska, *Czech Republic, (w:) Current Immigration Debates in Europe...*, s. 10.

48 W przypadku osób przebywających w Republice Czeskiej na podstawie zezwolenia na pobyt czasowy, po zakończeniu trwającego co najmniej dwa lata postępowania w sprawie przyznania ochrony międzynarodowej wymagany jest krótszy nieprzerwany pobyt – 4 lata (sekcja 67).

czyć: fotografie, dokument podróży, dokument potwierdzający cel pobytu, chyba że podstawą ubiegania się o zezwolenie jest pięcioletni nieprzerwany pobyt w Republice Czeskiej, dokument poświadczający dostępność wystarczających środków na stały pobyt w Republice Czeskiej, wyciąg z rejestru skazanych lub dokument o podobnej treści, wydany przez państwo obywatelstwa lub państwo stałego pobytu cudzoziemca, jak również przez każde inne państwo, w którym cudzoziemiec przebywał w ciągu ostatnich trzech lat przez nieprzerwany okres powyżej sześciu miesięcy oraz dokument potwierdzający posiadanie odpowiednich warunków mieszkaniowych w Republice Czeskiej (sekcja 70).

Dowodem posiadania dostatecznych środków na pobyt stały na terytorium Republiki Czeskiej jest dokument potwierdzający dostępność miesięcznych środków finansowych wystarczających do zaspokojenia egzystencjalnych i innych podstawowych potrzeb wnioskodawcy oraz koniecznych wydatków na gospodarstwo domowe. Dowodem zapewnienia sobie odpowiednich warunków mieszkaniowych jest dokument potwierdzający prawo własności cudzoziemca do mieszkania lub domu, dokument upoważniający cudzoziemca do korzystania z mieszkania lub urzędowo poświadczony podpis upoważnionej osoby, która udzieliła pisemnej zgody na zapewnienie cudzoziemcowi mieszkania (sekcja 71).

W decyzji w sprawie zezwolenia na pobyt stały cudzoziemcowi nadawany jest status rezydenta długoterminowego Wspólnot Europejskich na terytorium Republiki Czeskiej, jeśli cudzoziemiec spełnia warunek pięcioletniego nieprzerwanego pobytu na tym terytorium, nie naruszył w sposób znaczący porządku publicznego ani nie zagroził bezpieczeństwu narodowemu Republiki Czeskiej lub żadnego innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej oraz udowodnił, że posiada wystarczające środki na stały pobyt w Republice Czeskiej. Status rezydenta długoterminowego Wspólnot Europejskich może być nadany również później, na wniosek cudzoziemca, jeśli nie uzyskał on takiego statusu wraz z zezwoleniem na pobyt stały w Republice Czeskiej (sekcja 83).

Warunki zatrudniania cudzoziemców w Republice Czeskiej zostały szczegółowo określone w ustawie o zatrudnieniu⁴⁹. Obywatele państw trzecich mogą zostać zatrudnieni, jeśli posiadają ważne zezwolenie na pracę oraz ważną wizę wydaną w celu wykonywania pracy lub zezwolenie na pobyt długoterminowy wydane w celu wykonywania pracy. Zanim pracodawca, będący osobą prawną lub fizyczną, wystawi cudzoziemcowi tzw. zobowiązanie do zatrudnienia, musi otrzymać zezwolenie na zatrudnienie na nieobsadzonym stanowisku pracownika zagranicznego. Nieobsadzonym stanowiskiem jest stanowisko nowo powstałe lub stanowisko, które zwolnił dotychczasowy pracownik. Charakterystyka takiego stanowiska przed-

49 Act on employment (No. 435/2004 Coll.).

stawiona w urzędzie pracy musi być identyczna z opisem stanowiska, na którym ma być zatrudniony cudzoziemiec. Pracodawca musi zagwarantować cudzoziemcowi warunki pracy i wynagradzania takie same jak obywatelowi czeskiemu zatrudnionemu na takim samym stanowisku. Wniosek o zezwolenie na zatrudnienie pracownika zagranicznego pracodawca składa w urzędzie pracy właściwym ze względu na przyszłe miejsce pracy obcokrajowca. Opłata administracyjna wynosi w tym przypadku 2 000 koron⁵⁰. Rozpatrując wniosek, urząd pracy bierze pod uwagę sytuację na rynku pracy oraz fakt, że stanowisko jest nieobsadzone i zatrudnienie cudzoziemca jest jedynym rozwiązaniem z powodu wymaganych szczególnych kwalifikacji lub czasowego braku siły roboczej, przez co rozumie się brak obywateli czeskich, obywateli Unii Europejskiej, obywateli nienależących do Unii państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego, obywateli Konfederacji Szwajcarskiej oraz osób posiadających zezwolenie na pobyt stały w Republice Czeskiej. Jeśli pracodawca otrzyma zezwolenie na zatrudnienie obcokrajowca, może zatrudnić taką osobę jedynie wówczas, gdy dysponuje ona ważnym zezwoleniem na pracę, ważną wizą w celu wykonywania pracy oraz pisemną umową o pracę. O podjęciu pracy przez cudzoziemca pracodawca zawiadamia właściwy urząd pracy w ciągu 10 dni kalendarzowych⁵¹.

Wymóg posiadania zezwolenia na pracę nie dotyczy pewnych grup obywateli państw trzecich⁵², jak również m.in. osób posiadających zezwolenie na pobyt stały w Republice Czeskiej oraz osób przebywających w niej na podstawie zezwolenia na pobyt długoterminowy wydanego przez inne państwo członkowskie w celu wykonywania pracy, pod warunkiem, że zezwolenie wydano przed co najmniej dwunastoma miesiącami. Jeśli cudzoziemiec wykonuje pracę u więcej niż jednego pracodawcy w tym samym czasie, jest zobowiązany posiadać odrębne zezwolenia. Wydawanie zezwoleń mieści się w zakresie kompetencji urzędu pracy właściwego ze względu na miejsce planowanego zatrudnienia cudzoziemca. Ubiegający się o zezwolenie na pracę cudzoziemiec może być reprezentowany przez pracodawcę lub inny podmiot na podstawie pełnomocnictwa. Złożenie wniosku o wydanie zezwolenia na pracę wiąże się z opłatą administracyjną w wysokości 500 koron⁵³. Urząd pra-

50 Zgodnie z ogłoszonymi przez Narodowy Bank Polski bieżącymi kursami średnimi walut obcych w złotych, w dniu 17 maja 2007 r. 2 000 koron czeskich stanowiło równowartość 269,4 zł.

51 *Special Cases in Granting Work Permits to Foreigners*, strony internetowe Ministerstwa Pracy i Spraw Społecznych, <http://www.mpsv.cz>

52 Zezwolenie na pracę nie jest wymagane m.in. od: osób, których pobyt na terytorium Republiki Czeskiej nie przekracza siedmiu kolejnych dni kalendarzowych lub łącznie 30 dni w roku kalendarzowym (artystów przybywających na występy, pedagogów, pracowników naukowo-dydaktycznych uniwersytetów, badaczy uczestniczących w spotkaniach naukowych, uczniów lub studentów poniżej 26. roku życia, sportowców, dostawców towarów lub usług w Republice Czeskiej, osób wykonujących prace montażowe na podstawie umowy handlowej), osób zatrudnionych w Republice Czeskiej na podstawie umowy międzynarodowej, członków jednostek ratunkowych niosących pomoc, osób zatrudnionych w międzynarodowym transporcie masowym, dziennikarzy akredytowanych w Czechach, wojskowych lub cywilnych pracowników sił zbrojnych państwa wysyłającego.

53 Za przedłużenie zezwolenia na pracę należy uiścić opłatę administracyjną w wysokości 250 koron. Zgodnie z ogłoszonymi przez Narodowy Bank Polski bieżącymi kursami średnimi walut obcych w złotych, w dniu 17 maja 2007 r. 500 koron czeskich stanowiło równowartość 67,35 zł, zaś 250 koron czeskich – 33,67 zł.

cy wyda zezwolenie na pracę pod warunkiem, że odnosi się ono do zatrudnienia na tzw. zgłoszonym stanowisku nieobsadzonym, tzn. takim, o którym pracodawca poinformował wcześniej urząd pracy. Ten ostatni wyda zezwolenie jedynie wówczas, gdy wolne stanowisko zostało ujęte na liście posad oferowanych przez urząd pracy i nie powiodła się próba obsadzenia go osobą zarejestrowaną jako bezrobotny lub nie znaleziono kandydatów o odpowiednich kwalifikacjach. W przypadku pewnych kategorii cudzoziemców możliwe jest wydanie przez urząd pracy zezwolenia bez względu na aktualną sytuację na rynku pracy, z czym wiąże się również brak po stronie pracodawcy obowiązku wystąpienia o zgodę na zatrudnienie pracownika zagranicznego. Dotyczy to w szczególności stażystów, czyli cudzoziemców zatrudnianych na ograniczony okres (do roku) w celu doskonalenia umiejętności lub podnoszenia kwalifikacji w danym zawodzie, systematycznie nauczających wykładowców akademickich oraz naukowców prowadzących w sposób ciągły badania w odpowiednich instytucjach⁵⁴. Zezwolenie oznacza zgodę na zatrudnienie u konkretnego pracodawcy w nim wskazanego, określa także rodzaj pracy oraz stanowisko, na którym ma być wykonywana. Wydawane jest na czas oznaczony, jednakże maksymalnie na rok. Jeśli zatrudnienie kończy się przed upływem terminu ważności zezwolenia na pracę, wygasa również ważność zezwolenia na pobyt wydanego w celu wykonywania pracy. Cudzoziemiec, którego pracodawca skieruje w miejsce inne niż wymienione w zezwoleniu w celu wykonywania tam pracy przez okres dłuższy niż 30 dni kalendarzowych, musi ponownie ubiegać się o zezwolenie na pracę. Cudzoziemiec, który wykonuje pracę bez odpowiedniego zezwolenia lub w sposób niezgodny z uzyskanym zezwoleniem, podlega karze pieniężnej w wysokości do 10 000 koron⁵⁵. Natomiast na pracodawcę, bez względu na to, czy jest osobą prawną czy fizyczną, który zatrudnia nielegalnie cudzoziemca, może być nałożona kara w wysokości do 2 000 000 koron⁵⁶.

Ciekawą inicjatywą jest wdrażany w Czechach od 28 lipca 2003 r.⁵⁷ przez Ministerstwo Pracy i Spraw Społecznych we współpracy z Ministerstwem Spraw Zagranicznych i Ministerstwem Spraw Wewnętrznych pięcioletni projekt pilotażowy pod nazwą „Nabór wykwalifikowanych pracowników zagranicznych”⁵⁸, który jest adresowany do obywateli Białorusi, Bośni i Hercegowiny, Chorwacji, Kanady, Ka-

54 Zob. Annex 3, (w:) D. Drbohlav, M. Horakowa, E. Janska, *op. cit.*, s. 25 i n.

55 Zgodnie z ogłoszonymi przez Narodowy Bank Polski bieżącymi kursami średnimi walut obcych w złotych, w dniu 17 maja 2007 r. 10 000 koron czeskich stanowiło równowartość 1347 zł.

56 *Information Booklet for Foreign Nationals Czech Republic*, Ministry of Labour and Social Affairs, Prague 2006, s. 48 i n. Zgodnie z ogłoszonymi przez Narodowy Bank Polski bieżącymi kursami średnimi walut obcych w złotych, w dniu 17 maja 2007 r. 2 000 000 koron czeskich stanowiło równowartość 269 400 zł.

57 Na temat pierwszego roku realizacji projektu i wniosków z niego płynących zob. Report on the implementation of the Active Selection of Foreign Workforce Pilot Project In 2003 and a proposal for further modification oraz Decision of the Government of the Czech Republic of 14 April 2004, no. 340, concerning the Report on the implementation of the Active Selection of Qualified Foreign Workforce Pilot Project in 2003 (*Legislation related to the project*, strona internetowa poświęcona projektowi, <http://www.imigracecz.org>, 16.05.2007 r.).

58 Projekt jest realizowany na podstawie następujących uchwał Rządu Republiki Czeskiej: nr 975 z 26 września 2001 r., nr 720 z 10 lipca 2002 r., nr 340 z 14 kwietnia 2004 r., nr 394 z 6 kwietnia 2005 r., nr 1374 z 26 paździer-

zachstanu, Macedonii, Mołdowy, Federacji Rosyjskiej, Serbii, Czarnogóry i Ukrainy, jak również do osób z ukończonymi studiami uniwersyteckimi i zdany egzaminem państwowym w Republice Czeskiej w 1995 r. lub później, bez względu na obywatelstwo, z wyjątkiem osób studiujących w Republice Czeskiej w ramach pomocy rozwojowej dla ich państw pochodzenia oraz osób z ukończoną szkołą średnią w Republice Czeskiej w 2000 r. lub później, również bez względu na obywatelstwo. Do innych kryteriów, które cudzoziemiec powinien spełnić, zaliczono: posiadanie co najmniej średniego wykształcenia potwierdzonego odpowiednim świadectwem, możliwość uzyskania co najmniej 25 z 70 punktów⁵⁹, możliwość uzyskania legalnego zatrudnienia w Republice Czeskiej (tzn. zezwolenia na pracę i wizy na pobyt dłuższy niż 90 dni w celu wykonywania pracy lub zezwolenia na pobyt długoterminowy w celu wykonywania pracy), gotowość zamieszkania w Republice Czeskiej samemu lub ze swą rodziną. Osoba spełniająca powyższe kryteria może ubiegać się o zgodę na udział w projekcie pilotażowym, a następnie – po otrzymaniu niezbędnej liczby punktów i zaakceptowaniu jako uczestnik projektu – może wystąpić o zezwolenie na pobyt stały w Republice Czeskiej po 2,5 roku⁶⁰. Projekt pilotażowy opiera się na zasadzie kwot ustalanych corocznie i zmienianych w zależności od potrzeb rynku pracy⁶¹.

Przed złożeniem wniosku cudzoziemiec jest zobowiązany uzyskać wizę na pobyt przekraczający 90 dni w celu wykonywania pracy lub zezwolenie na pobyt długoterminowy w celu wykonywania pracy. Po zakwalifikowaniu do udziału w programie, cudzoziemiec ma obowiązek przedłożyć: ważny dokument podróży, wizę

nika 2005 r., nr 431 z 19 kwietnia 2006 r. Na ten temat zob. także Cover note from Secretary-General of the European Commission..., s. 14 i n.; D. Drbohlav, M. Horakova, E. Janska, *op. cit.*, s. 4 i n.

59 W ramach oceny kandydatów na uczestników projektu przyznawane są punkty za: zatrudnienie w Republice Czeskiej (okres, na jaki wnioskodawca uzyskał zezwolenie na pracę w Republice Czeskiej – 1 punkt za każde dwa miesiące ważności zezwolenia na pracę, lecz nie więcej niż 6 punktów); wykształcenie (od 2 punktów za średnią szkołę zawodową do 15 za doktorat); znajomość języków – czeskiego lub słowackiego (6 punktów za certyfikat uzyskany na podstawie egzaminu językowego) oraz angielskiego, francuskiego i niemieckiego (3 punkty za każdy certyfikat), maksymalna liczba punktów wynosi 9, a znajomość języka czeskiego lub słowackiego nie jest obowiązkowa; wiek (4 punkty za wiek poniżej 23 lat, 8 punktów za wiek pomiędzy 23. i 35. rokiem życia, 1 punkt jest natomiast odejmowany za każdy dodatkowy rok powyżej 35 lat, nie ma jednak limitu wiekowego dla wnioskodawców); wcześniejsze doświadczenia związane z pobytem w Republice Czeskiej (1 punkt za każdy udokumentowany sześciomiesięczny okres spędzony nieprzerwanie w Republice Czeskiej, maksymalna liczba punktów wynosi w tym przypadku 6); rodzinę (do 6 punktów za małżonka spełniającego te same kryteria i do 2 punktów za każde dziecko pozostające na utrzymaniu, maksymalną liczbę punktów ustalono na poziomie 10).

60 *Have You Decided to Live and Work in the Czech Republic? Pilot Projects: "Selection of Qualified Foreign Workers"*, Prague 2006, s. 2 i n.

61 Pierwotnie planowano objąć projektem w pierwszym roku jego realizacji 600 osób, jednakże kwota ta została zmniejszona o połowę z powodu siedmiomiesięcznego opóźnienia związanego z finansowaniem projektu (150 osób mogło składać wnioski z terytorium czeskiego i 150 – z zagranicy, za pośrednictwem czeskich przedstawicielstw dyplomatycznych w państwach-adresatach projektu). Kwota ta nie została jednak wyczerpana w żadnej z dwóch grup cudzoziemców – 126 osób złożyło wniosek w Republice Czeskiej i jedynie 2 osoby w Kazachstanie. Te ostatnie nie posiadały jednak w chwili składania wniosku wymaganej wizy. Ze wspomnianych 126 osób 114 zostało zakwalifikowanych do udziału w projekcie. Na trzeci rok realizacji projektu, tj. okres od 1 lipca 2006 r. do 30 czerwca 2007 r., przewidziano następujące kwoty: całkowita liczba włączonych do projektu osób – 1000, z czego z terytorium Republiki Czeskiej – 600 (w tym 200 obywateli ukraińskich) i z zagranicy – 400 (w tym 100 obywateli ukraińskich).

na pobyt przekraczający 90 dni w celu wykonywania pracy z terminem ważności co najmniej sześciomiesięcznym lub zezwolenie na pobyt długoterminowy w celu zatrudnienia, ważne zezwolenie na pracę wydane przez czeski urząd pracy, ważną umowę o pracę lub inne pisemne potwierdzenie zatrudnienia w Republice Czeskiej zweryfikowane przez pracodawcę, dokument stanowiący dowód uzyskania odpowiedniego wykształcenia, dokumenty potwierdzające zdobycie co najmniej sześciomiesięcznego doświadczenia zawodowego (wymóg ten nie dotyczy zagranicznych absolwentów czeskich uniwersytetów i szkół średnich), dokumenty dotyczące związków rodzinnych i statusu rodzinnego wnioskodawcy (konieczne tylko wówczas, gdy kwestie te podlegają ocenie). By zwiększyć swe szanse, cudzoziemiec może dostarczyć dodatkowo dokumenty potwierdzające: znajomość języków czeskiego, słowackiego, angielskiego, francuskiego lub niemieckiego, wcześniejszy pobyt w Republice Czeskiej, inne doświadczenie zawodowe, inne kwalifikacje, uzyskane poza formalnym systemem edukacji. Cudzoziemcom zakwalifikowanym do udziału w projekcie Republika Czeska oferuje możliwość ubiegania się o pobyt stały po 2,5 roku zamiast dopiero po pięciu latach, co dotyczy również małżonka i dzieci cudzoziemca, dzięki czemu cała rodzina ma zagwarantowane prawo do osiedlenia się w państwie przyjmującym. Uczestnicy projektu korzystają z trzydziestodniowego okresu ochronnego w celu znalezienia nowej pracy, jeśli utracą dotychczasową nie ze swej winy. Podczas tego okresu nie utracą wizy ani ich pobyt w Republice Czeskiej nie zostanie przerwany. Państwo czeskie nie gwarantuje jednak uczestnikom projektu pracy, wiz, mieszkań ani innych korzyści. By uczynić poszukiwanie przez nich pracy łatwiejszym, Ministerstwo Pracy i Spraw Społecznych przygotowało specjalną stronę internetową, za pośrednictwem której opis kwalifikacji i doświadczeń zawodowych niezwłocznie trafia do czeskich pracodawców, a ci ostatni mogą informować o wolnych miejscach pracy dla obcokrajowców⁶². Ostre kryteria naboru gwarantują wszakże, iż na czeskim rynku pracy pojawią się imigranci z najlepszymi predyspozycjami do osiągnięcia sukcesu, którzy raczej nie utracą pracy w przyszłości i nie staną się zależni od systemu pomocy społecznej w Czechach. Aktywnością i samodzielnością muszą bowiem wykazać się już na etapie ubiegania się o wizę i poszukiwania pracy w Republice Czeskiej. Zakwalifikowanie takich osób do udziału w projekcie zwiększa ich motywację do kontynuowania zatrudnienia w Czechach. Z drugiej strony, pracodawcy zyskują pewność, że nie stracą dobrych pracowników z powodu biurokratycznych trudności, które mogą skłonić cudzoziemca do powrotu do kraju pochodzenia⁶³.

Warto dodać, iż udział w projekcie nie wiąże się z żadnymi opłatami administracyjnymi, a jego uczestnicy są traktowani przez czeskich urzędników „w przyja-

62 *Have You Decided to Live...*, s. 2 i n.

63 *Detailed information concerning some aspects of the pilot project*, strona internetowa poświęcona projektowi, <http://www.imigracecz.org>, 7.05.2007 r.

zny sposób”. W Pradze powstała specjalna komórka administracyjna, która odpowiada na pytania uczestników projektu, pomaga im załatwić konieczne formalności oraz dostarcza informacji na temat wszystkich czeskich urzędów⁶⁴. Z początkiem 2007 r. rozpoczęto także organizowanie dobrowolnych, finansowanych przez państwo kursów języka czeskiego dla uczestników projektu. Wracając do etapu kwalifikowania cudzoziemców do udziału w projekcie, należy podkreślić, że punkty przyznaje kandydatom specjalny program komputerowy na podstawie faktów opisanych we wniosku i potwierdzonych wiarygodnymi dokumentami, a zatem jedynie obiektywne fakty są brane pod uwagę, a czynnik ludzki nie wpływa na przebieg całego postępowania, gdyż pojawia się wyłącznie w formie przenoszenia danych z wniosku do programu komputerowego. Godne uwagi jest ponadto nieusuwanie z bazy komputerowej danych osób, które nie uzyskały wymaganej liczby punktów. Twórcy projektu wyszli bowiem z założenia, że cudzoziemiec może w przyszłości podnieść poziom swego wykształcenia lub pogłębić znajomość języków obcych, w związku z czym uzyska dodatkowe punkty i zbierze ich minimalną wymaganą liczbę⁶⁵.

Zgodnie z danymi z 2 maja 2007 r., od uruchomienia projektu do końca kwietnia 2007 r. napłynęło od cudzoziemców łącznie 612 wniosków, przy czym najwięcej z nich złożyli obywatele Bułgarii (176)⁶⁶, Ukrainy (128) i Białorusi (91). Ponad połowę wnioskodawców stanowiły osoby w wieku od 23 do 35 lat (361) i jednocześnie osoby z wyższym wykształceniem (389). Najmłodsi wnioskodawcy pochodzili z Ukrainy (łącznie w dwóch grupach – do 23 lat i od 23 do 35 lat – 93 osoby), a przy tym najlepiej wykształceni (93 osoby z dyplomem uniwersyteckim). Spośród wszystkich wnioskodawców największą grupę stanowiły osoby przygotowane do wykonywania prac o charakterze administracyjnym (68), następnie specjaliści w zakresie technologii informacyjnych (88), osoby z wykształceniem technicznym (67) i medycznym (41), specjaliści w zakresie zarządzania (36), naukowcy (33), artyści (13), prawnicy (2) oraz reprezentanci innych zawodów (182). Spośród wszystkich wnioskodawców ogromna większość uzyskała znacznie więcej punktów niż wymagane 25 – najwięcej osób (47) zdobyło 38 punktów, a 20 osób – powyżej 50 punktów⁶⁷.

Ciekawe są także dane z 4 kwietnia 2007 r., dotyczące rezultatów kampanii informacyjnej związanej z projektem przeprowadzonej w 2006 r.: 195 777 osób odwiedziło stronę internetową projektu (w 2005 r. było to 158 749 osób), 142 331 osób zajrzało na stronę umożliwiającą poszukiwanie przez cudzoziemców pracy w Re-

64 *What does the project offer?*, strona internetowa poświęcona projektowi, <http://www.imigracecz.org>, 7.05.2007 r.

65 *Scoring system*, strona internetowa poświęcona projektowi, <http://www.imigracecz.org>, 7.05.2007 r.

66 Bułgaria została wyłączona z kręgu państw objętych projektem po jej przystąpieniu do Unii Europejskiej. Z dniem akcesji zakończył się także udział obywateli bułgarskich w projekcie.

67 L. Stejskalová, *Participants of the pilot Project*, strona internetowa poświęcona projektowi, www.imigracecz.org, 16.05.2007 r.

publice Czeskiej (w 2005 r. było to 82 000 osób), infolinie w 10 krajach objętych projektem udzieliły odpowiedzi na pytania zadane przez 9 776 osób (w 2005 r. – 7945), na setki pytań odpowiedziano drogą e-mailową lub bezpośrednio w przypadku osób odwiedzających biuro Międzynarodowej Organizacji ds. Migracji (IOM) w Pradze lub biura zajmujące się obsługą projektu w innych krajach. Wydrukowano i rozprowadzono wśród zainteresowanych za granicą 53 000 broszur informacyjnych i 208 000 sztuk innych materiałów informacyjnych, natomiast w samej Republice Czeskiej było to łącznie 32 000 broszur i innych materiałów informacyjnych. Innymi formami aktywności promocyjnej były: konferencje prasowe i materiały przygotowywane dla mediów w Bośni i Hercegowinie, Macedonii i Rosji, seminaria dla organizacji pozarządowych oraz przedstawicieli rządu i władz lokalnych na Ukrainie, setki ogłoszeń w mediach drukowanych i Internecie w 10 krajach objętych projektem, warsztaty w Pradze dla czeskich pracodawców pragnących zatrudnić cudzoziemców, informacje na temat migracji, w szczególności migracji zarobkowej, w czeskich mediach⁶⁸.

Powyższe dane jednoznacznie wskazują na rosnące zainteresowanie programem dla wykwalifikowanych cudzoziemców. Biorąc pod uwagę fakt, że dane te dotyczą jednego tylko roku i że od początku realizacji projektu napłynęło 612 zgłoszeń spełniających wyznaczone kryteria, należy uznać, że poprzeczkę dla cudzoziemców postawiono wysoko, w związku z czym wielu zainteresowanych nie przystąpiło do programu, wiedząc, że nie spełniają określonych w nim warunków. Z analiz rządu czeskiego wynika, że w pierwszym roku realizacji projektu szczególne trudności sprawiał cudzoziemcom skomplikowany proces poszukiwania pracy w Republice Czeskiej, zwłaszcza w związku z koniecznością uzyskania zezwolenia na pracę. Z jednej strony, wysiłek organizacyjny i – jak można przypuszczać – finansowy podjęty w ramach kampanii informacyjnej wydaje się nieproporcjonalny do osiągniętego rezultatu. Z drugiej strony, w niewielkich Czechach przybycie 612 cudzoziemców dokładnie odpowiadających potrzebom gospodarki narodowej wydaje się niemałym osiągnięciem. Należy także brać pod uwagę pilotażowy charakter całego przedsięwzięcia, co sprawia, że zwłaszcza w pierwszych latach trafność przyjętych rozwiązań jest sprawdzana na stosunkowo niedużej grupie imigrantów. W przyszłości natomiast ma ono objąć większą liczbę osób, jak również kolejne sektory rynku pracy. Zanim to jednak nastąpi, Czesi zamierzają przetestować system na każdym etapie, poddając analizie: przepływ informacji, kryteria selekcji i mechanizm akceptacji wniosków z Republiki Czeskiej i z zagranicy, funkcjonowanie programu komputerowego, komunikację między Ministerstwem Pracy i Spraw Społecznych a uczestnikami programu, zdolność zarządzania dużą liczbą osób wchodzących do

68 Pilot Project „Selection of Qualified Foreign Workers”. Results of 2006 Infocampaign Projects, strona internetowa poświęcona projektowi, <http://www.imigracecz.org>, 16.06.2007 r.

systemu i opuszczających go, utrzymywanie baz danych zakwalifikowanych i odrzuconych wnioskodawców⁶⁹.

Podsumowanie

Problem napływu imigrantów z państw trzecich dotyczy państw członkowskich Unii Europejskiej w różnym stopniu, w związku z czym nie były one dotąd zainteresowane wypracowaniem wspólnych wiążących standardów przyjmowania takich osób, w szczególności imigrantów ekonomicznych. Rozwój wspólnotowego prawa migracyjnego nie następował zatem szybko, a przyjęte akty uregulowały stosunkowo wąskie zagadnienia, stanowiąc jedynie pierwszy krok ku zamierzonej harmonizacji przepisów krajowych. Kluczowa kwestia we wspólnej polityce migracyjnej, jaką są warunki dopuszczania i pobytu obywateli państw trzecich w celu wykonywania pracy najemnej lub prowadzenia działalności na własny rachunek w Unii Europejskiej, stała się dotąd przedmiotem jedynie dwóch niewiążących rezolucji⁷⁰. Nadchodzące miesiące pokażą, czy starania Komisji Europejskiej, by zmienić tę sytuację, przyniosą efekty w postaci projektów legislacyjnych odpowiadających zapowiedziom i jednocześnie nie budzących zdecydowanego sprzeciwu państw członkowskich, który uniemożliwiłby wypracowanie kompromisu i przyjęcie planowanych aktów w terminach wynikających z Programu Haskiego i harmonogramu Komisji Europejskiej.

Nawet jednak po przyjęciu i wprowadzeniu w życie przepisów wspólnotowych pozostanie spore pole manewru dla ustawodawcy krajowego. Dlatego ważne jest właściwe określenie celów, priorytetów i środków narodowej polityki migracyjnej, która powinna być polityką aktywną, jeśli ma odpowiadać na wyzwania stojące obecnie przed Europą. Z pewnością nie będzie to łatwe w państwach mających niewielkie doświadczenia w zakresie aktywnych form kształtowania natężenia i charakteru ruchów migracyjnych, co dotyczy w szczególności nowych państw członkowskich.

Za wzór może posłużyć czeska polityka migracyjna, skierowana do osób zainteresowanych przyjazdem do Republiki Czeskiej i polegająca na przemyślanym doborze przybyszów pod kątem ich przydatności na rynku pracy na podstawie wyników ewaluacji wielu indywidualnych cech. Rząd czeski regularnie ogłasza wiążące kryteria oceny po dokonaniu analizy czynników istotnych z punktu widzenia właś-

69 *Detailed information concerning some aspects...*

70 Rezolucja Rady z dnia 20 czerwca 1994 r. w sprawie ograniczeń w dopuszczaniu obywateli państw trzecich na terytorium państw członkowskich w celu podjęcia zatrudnienia (Dz. Urz. WE C 274 z dnia 19 września 1996 r., s. 3); rezolucja Rady z dnia 30 listopada 1994 r. dotycząca ograniczeń w dopuszczaniu obywateli państw trzecich na terytorium państw członkowskich w celu wykonywania samodzielnej działalności zarobkowej (Dz. Urz. WE C 274 z 19 września 1996, s. 7).

ciwej selekcji najbardziej pożądanym zagranicznych specjalistów oraz możliwości ich udanej integracji ze społeczeństwem przyjmującym. Czesi uznali, że w sytuacji, gdy na rynku pracy brakuje fachowców⁷¹, wykwalifikowani pracownicy nie konkurują ze sobą i cudzoziemcy nie przyczynią się do wzrostu liczby bezrobotnych. Punktem wyjścia swych rozwiązań uczynili doświadczenia płynące z podobnych projektów, które pokazały, że zatrudnienie jednego specjalisty kreuje więcej niż jedno stanowisko pracy dla obywateli państwa przyjmującego⁷². Otwarcie na zagranicznych specjalistów jest postrzegane jako sposób na wzmocnienie narodowego systemu zabezpieczenia społecznego dzięki płynącym od nich składkom oraz na złagodzenie skutków procesu starzenia się społeczeństwa czeskiego, w szczególności kryzysu systemu emerytalnego. Obywatelom czeskim tłumaczy się, że imigracja nie jest zjawiskiem negatywnym, nie jest także zjawiskiem, któremu można zapobiec, a zatem lepiej nią odpowiednio zarządzać, by czerpać korzyści z nowej sytuacji⁷³. Republika Czeska jest przedstawiana jako kraj nowoczesny, z rozwiniętą gospodarką rynkową, zapewniający wysokie standardy życia, członek wielu organizacji międzynarodowych, przede wszystkim Unii Europejskiej, Sojuszu Północnoatlantyckiego oraz Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju⁷⁴.

Porównanie rozwiązań czeskich z polskimi ukazuje dużą elastyczność tych pierwszych oraz umiejętność Czechów uczenia się na własnych błędach, jak również obserwowania rzeczywistości i szybkiego reagowania na zachodzące w niej zmiany⁷⁵. Przebieg i rezultaty realizacji projektu „Nabór wykwalifikowanych pracowników zagranicznych” poddawane są ciągłym analizom, a przepisy od chwili jego uruchomienia były już wielokrotnie modyfikowane. Władze czeskie powołują się na rozwiązania i doświadczenia krajów wysoko rozwiniętych, w szczególności Republiki Federalnej Niemiec oraz dokumenty Organizacji Narodów Zjednoczonych, Unii Europejskiej i Rady Europy, w których podkreśla się duże znaczenie imigracji i – co za tym idzie – równych szans w zakresie zatrudnienia i kształcenia zawo-

71 Na ten temat zob. także D. Drbohlav, *Immigration and the Czech Republic (with a Special Focus on the Foreign Labor Force)*, International Migration Review 2003, vol. 37, no. 1, s. 194 i n.

72 Badania przeprowadzone w Niemczech, na które powołuje się rząd czeski, doprowadziły ich autorów do wniosku, że skutkiem pojawienia się na rynku pracy jednego wykwalifikowanego przybysza z zagranicy jest powstanie średnio dwóch innych miejsc pracy dla obywateli państwa przyjmującego.

73 Por. *Detailed information concerning some aspects...* Por. Annex. Basic Policy Principles on International Immigration (2000), (w:) D. Drbohlav, M. Horakowa, E. Janska, *op. cit.*, s. 22.

74 Por. *What does the project offer...*

75 By uzasadnić tę tezę, wystarczy sięgnąć po dwa przykłady. Zezwolenie na osiedlenie się nie jest w Polsce wydawane w celach ekonomicznych, lecz wyłącznie na podstawie więzów rodzinnych lub długotrwałej ochrony, udzielanej przez Rzeczpospolitą Polską co najmniej dziesięć lat w przypadku osoby posiadającej zgodę na pobyt tolerowany lub co najmniej pięć lat w przypadku osoby, której nadano status uchodźcy. Por. art. 64 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (tekst jedn.: Dz.U. z 2006 r. Nr 234, poz. 1694). W Polsce pracodawca, składając do odpowiedniego organu wniosek o wydanie zezwolenia na pracę cudzoziemca, dokonuje jednorazowej wpłaty w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, za każdą osobę. W wypadku ubiegania się o przedłużenie zezwolenia na pracę wpłata wynosi połowę minimalnego wynagrodzenia za pracę (art. 88 ust. 14 ustawy o cudzoziemcach). Od dnia 1 stycznia 2007 r. kwoty te wynoszą odpowiednio 936 zł i 468 zł. Zob. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 września 2006 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2007 r. (Dz.U. z 2006 r. Nr 171, poz. 1227).

dowego dla obcokrajowców i członków mniejszości etnicznych. Czesi nie sięgnęli jednak po gotowe wzorce programów migracyjnych i zdecydowali się na dużo odważniejsze działania niż w innych państwach prowadzących aktywną politykę migracyjną. Projekt pilotażowy różni się od popularnego systemu zielonych kart tym, że nie ogranicza się do zaoferowania zagranicznym specjalistom możliwości kilkuletniej pracy w Republice Czeskiej, lecz ma na celu ich trwale zintegrowanie ze społeczeństwem przyjmującym⁷⁶. Ponadto jest skierowany do wszystkich wykwalifikowanych pracowników, a nie do przedstawicieli wybranych zawodów⁷⁷. W Europie programy podobne do czeskiego projektu pilotażowego zostały stworzone jedynie w Wielkiej Brytanii i Niemczech⁷⁸. Takie podejście do migracji jest zgodne z pierwotnym, ambitnym stanowiskiem Komisji Europejskiej⁷⁹ i stawia Czechy w gronie państw członkowskich, które jako pierwsze wprowadzają w życie założenia wspólnotowej polityki migracyjnej.

76 Na ten temat zob. także Annex 2. Supplement 1 to the Resolution of the Government of the Czech Republic No. 689 of 7 July 1999, (w:) D. Drbohlav, M. Horakova, E. Janska, *op. cit.*, s. 23.

77 Por. P. Kaczmarczyk, *Czas wielkiej migracji?*, Biuletyn Migracyjny 2006, nr 10, s. 7.

78 Por. *Detailed information concerning some aspects...*

79 Zob. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on immigration, integration and employment, COM(2003) 336 final, s. 17 i n.

EWOLUCJA *ACQUIS COMMUNAUTAIRE* W SFERZE AZYLU

Wstęp

Integracja europejska w obszarze azylu¹ jest ciągle otwartym procesem, który rozpoczął się dość późno i dopiero od kilku lat wywiera istotny wpływ na kształt systemów prawnych i polityki państw członkowskich UE. Pomimo że integracja w tym obszarze jest procesem budzącym w krajach ‘starej Unii’ wiele kontrowersji i szeroko dyskutowanym zarówno na płaszczyźnie prawnej, jak i politologicznej, pozostaje ona, niestety, na marginesie zainteresowania nauki prawa w Polsce.²

Prawo migracyjne i azylowe Unii Europejskiej należy przy tym odróżnić od swobody przepływu obywateli Unii Europejskiej oraz członków ich rodzin, w tym swobody przepływu pracowników. Prawo pobytu w innym państwie członkowskim wynika, zgodnie z art. 18 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej (TWE), z posiadania obywatelstwa Unii Europejskiej.³ Swoboda przepływu pracowników, określona w art. 39–42 TWE, jest jedną z czterech podstawowych swobód, służących urzeczywistnieniu rynku wewnętrznego. W odróżnieniu od wspomnianych wyżej swobód, prawo migracyjne i azylowe Unii Europejskiej dotyczy obywateli państw trzecich.

W artykule pragnę przedstawić proces rozwoju prawa azylowego UE – zagadnienie o tyle istotne, że uwarunkowania historyczne w dużej mierze zdeterminowały kształt obecnie obowiązujących rozwiązań. Integracja w tym obszarze była bowiem ściśle powiązana z procesem tworzenia najpierw „wspólnego rynku”, a później „ob-

1 Przez pojęcie „azylu” należy rozumieć status uchodźcy, ochronę subsydiarną oraz ochronę czasową – a więc wszystkie formy ochrony międzynarodowej przewidziane w prawie Unii Europejskiej. Nie obejmuje ono natomiast azylu udzielanego na podstawie przepisów prawa wewnętrznego państw członkowskich (w tym azylu udzielanego na podstawie art. 90 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej).

2 Polska literatura przedmiotu jest, niestety; bardzo uboga, większość opracowań dotyczących zarówno prawa migracyjnego, jak i prawa europejskiego, poświęca europejskiemu prawu azylowemu tak mało miejsca, że są one w zasadzie nieprzydatne. Z tego względu korzystałem przede wszystkim ze źródeł obcojęzycznych. W szerszym kontekście integracji w ramach trzeciego filaru UE, prawo azylowe zostało przedstawione w pracy zbiorowej pod red. F. Jasińskiego, *Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości Unii Europejskiej. Geneza, stan i perspektywy rozwoju*, Warszawa 2005.

3 Zgodnie z art. 17 pkt 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE C 340 z 10.11.1997), obywatelem Unii jest każda osoba posiadająca obywatelstwo jednego z państw członkowskich.

szaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości”. Ponadto, wobec zasadniczych różnic pomiędzy rozwiązaniami prawnymi istniejącymi w poszczególnych państwach członkowskich, ukształtowany został system oparty przede wszystkim na ze-spole minimalnych standardów czy też gwarancji, praw osób ubiegających się o status uchodźcy i uchodźców.

Ramy prawne integracji w obszarze azylu wyznaczają umowy międzynarodowe, których stronami są wszystkie państwa członkowskie UE. Prawo i praktyka państw członkowskich UE powinny być zgodne z konwencją genewską dotyczącą statusu uchodźców⁴ oraz uzupełniającym ją Protokołem nowojorskim.⁵ Konwencja określa definicję uchodźcy, sytuację prawną uchodźców w kraju udzielającym im ochrony, nie zawiera natomiast postanowień odnoszących się do postępowania ustalającego status uchodźcy. Ponadto, Europejska konwencja praw człowieka⁶, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych⁷ oraz niektóre inne umowy międzynarodowe ograniczają swobodę państw członkowskich w wydalaniu cudzoziemców.

Przedmiotem analizy są przede wszystkim zagadnienia o charakterze ogólnym, wyznaczające zasadniczy kierunek zmian, głównie na poziomie prawa pierwotnego UE. Z konieczności natomiast ograniczyłem do minimum omówienie prawa wtórnego UE i szczegółowych rozwiązań prawnych.

Początki. Biała Księga

Traktaty rzymskie z 1957 r. nie przewidywały jakichkolwiek kompetencji Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej ani pozostałych Wspólnot w odniesieniu do migracji i azylu, a sytuacja w tym zakresie nie zmieniła się w ciągu następnych trzech dekad. Przyczyn tego należy upatrywać w niskiej liczbie osób ubiegających się o azyl, nieznacznych przemieszczeniach tych osób pomiędzy krajami Wspólnoty oraz niechęci państw do wyzbywania się pewnej części suwerenności w kwestiach postrzeganych jako kluczowe z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa.⁸

4 Konwencja genewska dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r., Dz.U.1991, nr 119, poz. 515.

5 Protokół dotyczący statusu uchodźców, sporządzony w Nowym Jorku dnia 31 stycznia 1967 r., Dz.U.1991, nr 119, poz. 517.

6 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U.1993, nr 61, poz. 284.

7 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz.U.1977, nr 38, poz. 137.

8 Pewną działalność w sferze migracji i azylu przejawiała natomiast Rada Europy, zwłaszcza Zgromadzenie Parlamentarne, które wydało w tym okresie szereg dokumentów, odnoszących się do polityki azylowej, np.: Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 787 (1976) on harmonisation of eligibility practice under the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugees and the 1967 Protocol, <http://www.hrea.org/learn/tutorials/refugees/list-coe-decl.html>

Dopiero w związku z procesem upraszczania, a następnie likwidacji kontroli granicznych pomiędzy niektórymi państwami Wspólnoty Europejskiej, rozpoczęła się dyskusja nad pewnymi formami współpracy w dziedzinie migracji i azylu. W 1974 r. przywódcy państw Wspólnot Europejskich powołali komisję pod przewodnictwem L. Tindemansena, która miała wypracować założenia przyszłej Unii Europejskiej⁹. Przedstawiony w następnym roku raport zawierał propozycję zniesienia kontroli na granicach wewnętrznych jako jeden ze środków zmierzających do urzeczywistnienia Unii.

Propozycje komisji Tindemansena zostały w znacznej części powtórzone w Białej Księdze, przedstawionej przez Komisję Europejską w czasie szczytu Wspólnoty w Mediolanie w czerwcu 1985 r.¹⁰ Biała Księga zawierała diagnozę istniejących barier dla stworzenia Wolnego Rynku oraz określała propozycję działań, które Wspólnota powinna podjąć w przyszłości w celu realizacji zasady swobodnego przepływu dóbr, osób i kapitału. Jedną ze wskazanych barier było istnienie kontroli granicznych na granicach wewnętrznych – dokument zawierał postulat, by granice te zostały stopniowo zniesione, czemu powinny towarzyszyć środki kompensujące państwom członkowskim utratę kontroli nad przepływem obywateli państw trzecich. W ramach środków kompensujących Biała Księga przewidywała wypracowanie do 1990 r. wspólnej polityki wizowej oraz wprowadzenie środków dotyczących prawa do azylu oraz praw osób, które uzyskały status uchodźcy.¹¹ Dokument ten stał się punktem wyjścia obrad konferencji rządowej zwołanej we wrześniu 1985 r. w celu zmiany postanowień traktatów założycielskich Wspólnot Europejskich.

W ten sposób zapoczątkowany został proces integracji europejskiej w sferze migracji i azylu, który początkowo odbywał się dwutorowo: poza strukturami Wspólnot Europejskich w ramach omówionego niżej tzw. procesu Schengen oraz w ramach Wspólnoty Europejskiej, przy czym Biała Księga z 1985 r. stanowiła inspirację dla obu ścieżek integracji. Ostatecznie okazały się one zbieżne, a dorobek procesu Schengen stał się częścią *acquis communautaire*.

Integracja poza strukturą WE – proces Schengen

Wobec tego, że przez długi czas po opublikowaniu raportu komisji Tindemansena nie udało się osiągnąć właściwie żadnego postępu w realizacji postulatu zniesie-

9 A. Gruszczak, Historia współpracy w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych: od Trevi do Tampere (w:) Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości Unii Europejskiej. Geneza, stan i perspektywy rozwoju, Urząd Komitetu Integracji Europejskiej, Warszawa, 2005, s. 14–15.

10 Biała Księga w sprawie utworzenia jednolitego rynku wewnętrznego z czerwca 1985 r. (European Commission, Completing the Internal Market. White Paper from the Commission to the European Council, COM(85) 310 final, http://europa.eu.int/comm/off/pdf/1985_0310_f_en.pdf)

11 European Commission, Completing the Internal Market. White Paper (...) par. 55 i 56.

nia kontroli granicznych pomiędzy państwami Wspólnoty, część państw członkowskich opowiadających się za pogłębieniem integracji europejskiej i rozczarowanych jej tempem, postanowiły ograniczyć kontrole na granicach wewnętrznych niezależnie od działań podjętych na płaszczyźnie wspólnotowej. W ten sposób został zapoczątkowany długi proces, prowadzący do likwidacji kontroli na granicach wewnętrznych państw Wspólnoty, a następnie Unii Europejskiej.¹²

W czerwcu 1985 r. Francja, Niemcy i kraje Beneluxu podpisały Układ z Schengen w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach.¹³ Na podstawie porozumienia doszło do uproszczenia, jednak nie likwidacji kontroli granicznych. W porozumieniu zawarto jednak postanowienie, iż jego strony powinny zmierzać do całkowitej likwidacji kontroli granicznych w ruchu osobowym. W tym celu w czerwcu 1990 r., po trwających rok negocjacjach, podpisana została konwencja w sprawie wprowadzenia w życie porozumienia z Schengen.¹⁴

Zniesienie kontroli granicznych okazało się niemożliwe bez wprowadzenia dodatkowych instrumentów gwarantujących bezpieczeństwo migracyjne stron Konwencji z Schengen – w istocie odpowiadających „środkiem kompensacyjnym” wspomnianym przez Komisję Europejską w Białej Księdze. Wprowadzenie środków kompensacyjnych przewidywało już porozumienie z Schengen – o ile jednak porozumienie zawierało tylko ogólną klauzulę, umożliwiającą państwom wprowadzenie „uzupełniających środków w celu ochrony bezpieczeństwa i zwalczania nielegalnej imigracji”, to do konwencji z Schengen wprowadzone zostały regulacje odnoszące się wprost do spraw związanych z azylem. W art. 30 konwencji zawarto postanowienia określające odpowiedzialność państwa za rozpatrzenie wniosku o azyl, złożonego w jednym z państw–stron konwencji. Jako podstawową zasadę przyjęto, iż państwem odpowiedzialnym za rozpatrzenie wniosku o azyl jest to państwo, które zezwoliło na wjazd cudzoziemca do strefy Schengen (a więc w praktyce to państwo, które udzieliło cudzoziemcowi wizy). W razie nielegalnego wjazdu cudzoziemca na terytorium Schengen, odpowiedzialność spoczywała na państwie, przez którego granicę zewnętrzną nastąpił wjazd.¹⁵

12 Nie było to bynajmniej pierwsze porozumienie tego typu w Europie. W 1957 r. Dania, Finlandia, Norwegia i Szwecja zawarły porozumienie unii paszportowej, którego elementem było zniesienie kontroli paszportowych na granicach wewnętrznych. W 1960 r. Belgia, Holandia i Luksemburg podpisały porozumienie o zniesieniu kontroli paszportowych na granicach wewnętrznych, wspólnej polityce wobec obywateli państw trzecich oraz ujednoliceniu przepisów wizowych. Zob. A. Gruszcak, *Historia współpracy w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych...*, s. 8–9. Procesy te nie miały jednak znaczącego wpływu na rozwój integracji europejskiej w tej dziedzinie – dotyczyły specyficznych grup państw, a ich założeniem nie było stworzenie europejskiego obszaru bez granic wewnętrznych.

13 Układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach, Dz.Urz. UE L 239 z 22.09.2000.

14 Konwencja Wykonawcza z dnia 19 czerwca 1990 r. do Układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach, Dz.Urz. UE L 239 z 22.09.2000. Tekst w języku polskim: Departament ds. Migracji i Uchodźstwa MSWiA, seria: „Dokumenty”, zeszyt 2, Warszawa 1998

15 Boccardi, *Europe and Refugees. Towards an EU Asylum Policy*, The Hague, London, New York 2002, s. 37.

Jak wspomniałem wyżej, integracja w ramach procesu Schengen była owocem współpracy międzyrządowej poza strukturami Wspólnoty Europejskiej. Niemniej jednak, jednym z założeń współpracy w tym procesie było zachowanie jej normatywnej spójności z działaniami podjętymi w ramach Wspólnoty. Przyjęte rozwiązania były w zasadzie zgodne z postulatami zawartymi w omówionej niżej Białej Księdze z 1985 r. Ponadto, konwencja z Schengen zawierała klauzulę, zgodnie z którą jej postanowienia konwencji powinny być stosowane tylko w takim zakresie, w jakim były zgodne z prawem wspólnotowym.¹⁶ W 1999 r. *acquis* procesu Schengen zostało inkorporowane do struktur Unii Europejskiej, na podstawie protokołu do traktatu amsterdamskiego¹⁷.

Rola procesu Schengen jest trudna do przecenienia – zniesienie granic pomiędzy państwami strefy Schengen niewątpliwie wpłynęło na istotne przyspieszenie dalszej integracji europejskiej w obszarze migracji i azylu. Ustalenie zasad odpowiedzialności państw Schengen za rozpatrywanie wniosków azylowych stanowiło pierwszy instrument w ramach procesu integracji, odnoszący się do postępowania azylowego.

Od Jednolitego Aktu Europejskiego do traktatu z Maastricht

Jednolity Akt Europejski¹⁸, podpisany w lutym 1986 r., po wielu latach dyskusji nad pożądanymi zmianami w funkcjonowaniu Wspólnoty, stanowił najpoważniejszą modyfikację prawa pierwotnego Unii Europejskiej od 1957 r. W trakcie prac nad traktatem założeniem wyjściowym była propozycja utworzenia Unii Europejskiej, obejmującej całokształt ich stosunków – postulat zrealizowany dopiero w kolejnym traktacie.¹⁹ Art. 13 Jednolitego Aktu Europejskiego wprowadził do traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą kluczowy art. 8A, zgodnie z którym „(...) wspólny rynek obejmuje obszar bez granic wewnętrznych, na którym zapewniony jest, zgodnie z postanowieniami niniejszego traktatu, swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału”.

Art. 13 JAE miał istotne, chociaż niebezpośrednie, znaczenie dla integracji w dziedzinie migracji i azylu. Komisja Europejska i większość państw Wspólnoty Europejskiej stały na stanowisku, że zapewnienie „swobody przepływu osób” wymagało zniesienia kontroli na granicach wewnętrznych państw Wspólnoty. Państwa,

16 Konwencja z Schengen, art. 134.

17 Protokół włączający dorobek Schengen do systemu Unii Europejskiej, zob. Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, Doc. No. CONF 4007/97, TA/P/en 5, 6.10.1997). http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/cig1996/04007en7.pdf

18 Jednolity Akt Europejski, podpisany 17.02.1986 r. w Luksemburgu oraz 28.02.1986 r. w Hadze (Dz.Urz. WE 1987 L 169).

19 Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe, praca zbiorowa pod redakcją J.Baracza, s. 38.

były też zgodne, że osiągnięcie tego celu wymagało pewnych form koordynacji polityki migracyjnej i azylowej.²⁰

Potrzeba współpracy pomiędzy państwami Wspólnoty w sferze migracji i azylu została wyrażona w Deklaracji politycznej państw członkowskich, dotyczącej swobodnego przepływu osób, stanowiącej aneks do Jednolitego Aktu Europejskiego. *„Zmierzając do wolnego przepływu osób, Państwa Członkowskie będą współpracować, nie naruszając uprawnień Wspólnoty, w szczególności w sprawach dotyczących wjazdu, przemieszczania się i pobytu obywateli państw trzecich.”*²¹

Jednolity Akt Europejski nie przeniósł jednak żadnych kompetencji we wskazanych wyżej sprawach na poziom wspólnotowy, co znalazło potwierdzenie w Deklaracji Ogólnej do artykułów 13 do 19 JAE: *„Postanowienia te nie naruszają prawa Państw Członkowskich do podjęcia takich działań, które uważają one za konieczne w celu kontroli imigracji z państw trzecich, zwalczania terroryzmu, przestępczości, przemytu narkotyków oraz nielegalnego handlu dziełami sztuki i zabytkami.”*²²

Po wejściu w życie Jednolitego Aktu Europejskiego, państwa członkowskie Wspólnot Europejskich porozumiały się w pilnej sprawie ustalenia zasad odpowiedzialności za rozpatrywanie wniosków azylowych. W czerwcu 1990 r. podpisano w Dublinie konwencję określającą zasady odpowiedzialności państw za rozpatrzenie wniosków o azyl złożonych w jednym z państw członkowskich Wspólnot Europejskich²³. Zgodnie z preambułą konwencji, jej celem miało być zagwarantowanie rozpatrzenia wniosku azylowego oraz wyeliminowanie praktyki wielokrotnego składania wniosków o status uchodźcy przez tę samą osobę w różnych państwach członkowskich.

Ponieważ prace nad konwencją dublińską i konwencją z Schengen przebiegały równolegle, przyjęte rozwiązania w części dotyczącej ustalania zasad odpowiedzialności za rozpatrzenie wniosku azylowego były w istocie dość podobne, przy czym w konwencji dublińskiej były one bardziej szczegółowe i regulowały kwestie związane z zasadami odpowiedzialności państwa w sposób bardziej kompleksowy. Ze względu na możliwość konfliktu pomiędzy postanowieniami konwencji dublińskiej a odpowiadającymi im postanowieniami konwencji z Schengen, Komitet Wykonawczy Schengen przyjął w kwietniu 1994 r. rezolucję, zgodnie z którą postanowie-

20 Niektóre państwa, w tym Wielka Brytania, stanęły na stanowisku, że zniesienie kontroli na granicach wewnętrznych Wspólnoty powinno dotyczyć wyłącznie obywateli państw Wspólnoty, natomiast państwa mogły utrzymać kontrole graniczne w stosunku do obywateli państw trzecich, czego logiczną konsekwencją było utrzymanie całej struktury kontroli granicznych.

21 Deklaracja Polityczna Rządów Państw Członkowskich w sprawie swobodnego przepływu osób, aneks do Jednolitego Aktu Europejskiego (Dz.Urz. UE 1987 L169/26).

22 Deklaracja Ogólna w Sprawie Artykułów 13 do 19 Jednolitego Aktu Europejskiego, aneks do Jednolitego Aktu Europejskiego (Dz.Urz. UE 1987 L169/25).

23 Konwencja wyznaczająca państwo odpowiedzialne za rozpatrywanie wniosków o azyl złożonych w jednym z Państw Członkowskich Wspólnot Europejskich, sporządzona w Dublinie 15 czerwca 1990 r. (Dz.U. 2005, nr 24, poz. 194).

nia konwencji z Schengen, w części dotyczącej zasad ustalania odpowiedzialności państw członkowskich za rozpatrzenie wniosku azylowego, przestaną mieć zastosowanie z chwilą wejścia w życie konwencji dublińskiej.²⁴

Sama konwencja dublińska była stosowana przez państwa członkowskie Unii Europejskiej do chwili wejścia w życie rozporządzenia Rady WE w tej sprawie; obecnie znajduje zastosowanie w stosunkach pomiędzy Danią a innymi państwami członkowskimi UE.²⁵

Działania podejmowane w ramach Wspólnoty Europejskiej na podstawie JEA okazały się jednakże mało efektywne, a dorobek Wspólnot dość długo pozostawał w cieniu skuteczniejszego, chociaż ograniczonego przedmiotowo, mechanizmu integracji w ramach rozwijającego się równolegle procesu Schengen.

Traktat z Maastricht – polityka azylowa w ramach trzeciego filaru UE

Traktat z Maastricht stanowił kolejny element procesu poszerzania zakresu przedmiotowego integracji europejskiej. Na mocy Traktatu ustanowiono Unię Europejską, przy jednoczesnym zachowaniu Wspólnoty Europejskiej, która zachowała też podmiotowość prawnomiędzynarodową. Zgodnie z art. A *in fine* „Unię stanowią Wspólnoty Europejskie, uzupełnione procesami politycznymi i formami współpracy przewidzianymi niniejszym Traktatem”. Integracja w ramach Wspólnot Europejskich stanowi pierwszy, ponadnarodowy filar Unii Europejskiej, pozostałe obszary integracji określone zostały jako drugi i trzeci filar integracji europejskiej.²⁶

W trakcie prac nad traktatem większość państw podzielała pogląd, że w celu osiągnięcia swobodnego przepływu osób konieczne jest wzmocnienie działań koordynujących wspólną politykę azylową i migracyjną, a dotychczas podjęte w tym kierunku działania okazały się niewystarczające. Kwestią sporną było natomiast ustalenie, w jaki sposób koordynacja ta ma być osiągnięta.

Delegacja niemiecka proponowała włączenie spraw dotyczących migracji i azylu do obszaru kompetencji Wspólnoty Europejskiej, to jest do pierwszego, ponadnarodowego filaru integracji europejskiej. Propozycja zakładała ujednolicenie regulacji w tej dziedzinie na podstawie aktów prawa wspólnotowego (dyrektyw i rozporządzeń). Propozycja niemiecka została poparta jedynie przez delegację

24 Boccardi, Europe and Refugees... s. 54.

25 Rozporządzenie Rady (WE) nr 343/2003 z dnia 18 lutego 2003 r. ustanawiające kryteria i mechanizmy określania Państwa Członkowskiego właściwego dla rozpatrywania wniosku o azyl, wniesionego w jednym z Państw Członkowskich przez obywatela państwa trzeciego (Dz.Urz. UE L 50 z 25.2.2003).

26 Traktat o Unii Europejskiej, podpisany 7 lutego 1992 r. w Maastricht (Dz.Urz. WE 1992 C 191) Szerzej na temat struktury, organów i prawa Unii Europejskiej zob. M. Ahl, M. Szpunar, Prawo europejskie, Warszawa 2005.

belgijską, większość państw była jej zdecydowanie przeciwna. Ostatecznie zdecydowano o włączeniu polityki azylowej i migracyjnej do trzeciego filaru Unii Europejskiej. W pierwszym filarze znalazły się jedynie pewne kwestie dotyczące polityki wizowej.²⁷

Zakres kompetencji Unii Europejskiej w sferze migracji i azylu określony został w art. K.1 traktatu:

„Do realizacji celów Unii, a w szczególności swobodnego przepływu osób, nie naruszając uprawnień Wspólnoty Europejskiej, Państwa Członkowskie uważają za przedmiot wspólnego zainteresowania następujące dziedziny:

- 1) politykę azylową;
- 2) zasady regulujące przekraczanie przez osoby zewnętrznych granic Państw Członkowskich i sprawowanie kontroli nad tym ruchem;
- 3) politykę imigracyjną i politykę wobec obywateli państw trzecich:
 - a) warunki wjazdu i przemieszczania się obywateli państw trzecich na terytorium Państw Członkowskich;
 - b) warunki pobytu obywateli państw trzecich na terytorium Państw Członkowskich, włącznie z łączeniem rodzin i dostępem do rynku pracy;
 - c) walka z nielegalną imigracją, pobytem i pracą obywateli państw trzecich na terytorium Państw Członkowskich. (...)”²⁸

Zwrócić należy uwagę, że w odróżnieniu od ogólnego sformułowania „polityka azylowa”, pozostałe kompetencje Unii w sferze migracji zostały szczegółowo wyliczone. Unia Europejska uzyskała zatem pełną kompetencję *ratione materiae* w sprawach azylowych.²⁹

O ile jednak zakres przedmiotowy integracji polityki azylowej został określony szeroko, to kompetencje Unii Europejskiej w ramach trzeciego filaru nie pozwoliły w praktyce na rzeczywistą integrację. Większość spośród instrumentów prawnych, którymi dysponowała Unia Europejska – wspólne stanowiska, wspólne działania oraz rekomendacje przyjęcia porozumień międzynarodowych – miała charakter niewiążący. Instrumentem wiążącym były wyłącznie umowy międzynarodowe zawarte z rekomendacji Rady UE. Ponadto, skrajnie ograniczona została właściwość Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach dotyczących kontroli stosowania instrumentów przyjętych w ramach trzeciego filaru.

²⁷ Boccardi, *Europe and Refugees...*, s. 62–63.

²⁸ Tłumaczenie wg tekstu Urzędu Komitetu Integracji Europejskiej.

²⁹ Boccardi, *Europe and Refugees...*, s. 64.

Integracja na podstawie traktatu z Maastricht pominęła narastający problem innych niż status uchodźcy form ochrony międzynarodowej. Problem ten dotyczył przede wszystkim cudzoziemców, których wydalenie stanowiłoby naruszenie wiążących państwa członkowskie norm prawa międzynarodowego, w szczególności Europejskiej konwencji praw człowieka. W wielu krajach członkowskich nie istniały procedury przewidujące legalizację pobytu i przyznanie pewnych praw tej grupie cudzoziemców.³⁰

Propozycje dalszych reform

Przed rozpoczęciem negocjacji nad nowym traktatem, Rada Unii Europejskiej stworzyła Grupę Refleksji, złożoną z przedstawicieli ministrów spraw zagranicznych, której zadaniem było wskazanie obszarów, w których niezbędna była zmiana Traktatu o Unii Europejskiej. W przedstawionym w grudniu 1995 r. raporcie³¹, Grupa dość ostro skrytykowała stan integracji europejskiej w trzecim filarze – stwierdzając, że osiągnięty postęp w zakresie spraw wewnętrznych i wymiaru sprawiedliwości był niewspółmierny w stosunku do wyzwań stojących przed Unią Europejską. Grupa zwróciła przede wszystkim uwagę na paraliż decyzyjny, związany z wymogiem jednomyślności oraz brak wiążących terminów do wprowadzenia środków prawnych w ramach trzeciego filaru w sprawach dotyczących migracji i azylu, na podstawie art. 1 K Traktatu o Unii Europejskiej, przez co przepis ten był traktowany przez państwa członkowskie bardziej jako deklaracja polityczna, wyrażająca wolę współpracy niż jako źródło wiążących zobowiązań.³²

Negocjacje nad nowym traktatem rozpoczęły się w marcu 1996 r. Ich celem było z jednej strony osiągnięcie dalszego postępu w dziedzinie integracji, a z drugiej – przygotowanie Unii do kolejnego rozszerzenia. J. Barcz wskazał, że „*prace konferencji koncentrowały się wokół trzech grup problemów: zbliżenia UE do jej obywateli, przeprowadzenia zmian instytucjonalnych oraz zwiększenia efektywności zewnętrznych działań.*”³³

Zgodnie z propozycją prezydencji irlandzkiej, zmiany prawa pierwotnego Unii w nowym traktacie powinny prowadzić do stworzenia „obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości”, wzmocnienia praw obywateli Unii, rozwoju polityki

30 W sprawie Ahmed przeciwko Austrii (Ahmed v. Austria, Judgment of 15 November 1996) ETPC stwierdził, że wydalenie cudzoziemca stanowiłoby naruszenie art. 3 EKPC. Wnioskodawca utracił wcześniej status uchodźcy, ponieważ popełnił przestępstwa. Pomimo orzeczenia ETPC, nie mógł on uzyskać żadnego alternatywnego statusu w Austrii, znajdując się w pustce prawnej. Zob. Council of Europe, Proceedings of the 6th Round Table with the European Ombudsmen, St. George's Bay, St. Julian's (Malta), 7–9 October 1998, http://www.coe.int/t/e/commissioner_h.r/communication_unit/documents/Actes%206e%20TR%20E.pdf

31 ICG Reflection Group's Report, SN 520/95, Brussels, 5/12/95.

32 I. Boccardi, Europe and Refugees..., s. 122.

33 Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe, pod redakcją J. Barcza, Warszawa 2003, s. 44.

zagranicznej Unii, reformy instytucji oraz „wzmocnienia współpracy i elastyczności” polityki Unii.³⁴

Stworzenie „obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości” miało stanowić, zgodnie z propozycją, kontynuację integracji wspólnotowej, która doprowadziła do powstania wspólnego rynku i pozwolić obywatelom Unii na korzystanie z ich praw podstawowych na całym jej obszarze. Prezydencja irlandzka zaproponowała niezwykle odważną koncepcję, przewidującą przeniesienie większości spraw związanych z wymiarem sprawiedliwości i sprawami wewnętrznymi, w tym migracji i azylu, z trzeciego do pierwszego, ponadnarodowego filaru Unii Europejskiej. Miało to na celu stworzenie skutecznych mechanizmów integracji w tym zakresie przez poddanie ich prawu wspólnotowemu oraz objęcie właściwością Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Traktat amsterdamski – uwspólnotowanie polityki azylowej

Pomimo iż nie wszystkie postulaty prezydencji zostały uwzględnione, tekst traktatu został w większości oparty na zaproponowanych przez nią rozwiązaniach. Zmiany objęły nawet te obszary, które Prezydencja Irlandzka wskazała jako zbyt kontrowersyjne, aby mogły być w tamtym czasie reformowane, zwłaszcza kwestię jurysdykcji ETS.³⁵ Propozycje prezydencji dotyczące azylu i imigracji zostały w całości włączone do tekstu traktatu amsterdamskiego.

Traktat amsterdamski, zmieniający traktat o Unii Europejskiej, traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre odnośne akty, podpisany 2 października 1997 r., wszedł w życie 1 maja 1999 r.³⁶ Postanowienia odnoszące się do azylu umieszczono w odrębnym tytule IV, zatytułowanym identycznie jak w traktacie z Maastricht *„Wizy, azyl, imigracja i inne polityki związane ze swobodnym przepływem osób.”*

Zgodnie z art. 61a traktatu, Rada Europejska zobowiązana została do przyjęcia w ciągu pięciu lat od wejścia w życie traktatu *„środków zmierzających do zapewnienia swobodnego przepływu osób zgodnie z artykułem 14³⁷, wraz ze środkami towarzyszącymi bezpośrednio związanymi ze swobodnym przepływem osób, dotyczących kontroli granic zewnętrznych, azylu i imigracji, (...) jak również środków służących zapobieganiu i zwalczaniu przestępczości zgodnie z artykułem 31 (e) Traktatu o Unii Europejskiej.”* Na podstawie art. 62, w tym samym terminie Rada zobowią-

34 Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, The European Union today and tomorrow. Adapting the European Union for the benefit of its peoples, Brussels, 9 Dec 1996, CONF 2500/96.

35 I. Boccardi, Europe and Refugees..., s. 126.

36 Dz.Urz. UE 1997 C 340.

37 Art. 14 traktatu, dawny art. J.4., określa kompetencje Rady m.in. w dziedzinie stanowienia prawa wspólnotowego.

zana została do przyjęcia środków zmierzających do zapewnienia iż „osoby będące obywatelami Unii lub obywatelami państw trzecich nie podlegają jakiejkolwiek kontroli przy przekraczaniu granic wewnętrznych.”

Oprócz tego, na podstawie art. 61 (b) traktatu, Rada jest uprawniona do przyjęcia „innych środków w dziedzinie azylu, imigracji i ochrony praw obywateli państw trzecich”, przy czym traktat nie określa terminu przyjęcia tych środków.

Odmienne niż w traktacie z Maastricht, który zakładał ogólną kompetencję Unii Europejskiej w obszarze azylu, w traktacie amsterdamskim zakres tych kompetencji został ściśle określony w art. 63 traktatu:

„Rada, stanowiąc zgodnie z procedurą przewidzianą w artykule 67, przyjmuje w ciągu 5 lat od chwili wejścia w życie Traktatu z Amsterdamu:

1) środki dotyczące azylu, zgodnie z Konwencją genewską z 28 lipca 1951 roku i Protokołem z 31 stycznia 1967 roku dotyczącymi statusu uchodźców, jak również z innymi odpowiednimi traktatami w następujących dziedzinach:

- a) kryteria i mechanizmy ustalania Państwa Członkowskiego odpowiedzialnego za badanie wniosku o azyl złożonego przez obywatela państwa trzeciego w jednym z Państw Członkowskich,
- b) minimalne normy w sprawie przyjmowania w Państwach Członkowskich osób ubiegających się o azyl,
- c) minimalne normy dotyczące warunków, które powinni spełnić obywatele państw trzecich, by mogli ubiegać się o przyznanie statusu uchodźcy,
- d) minimalne normy dotyczące procedury przyznania lub cofnięcia statusu uchodźcy w Państwach Członkowskich;

2) środki dotyczące uchodźców i wysiedleńców³⁸ w następujących obszarach:

- a) minimalnych norm dotyczących przyznania tymczasowej ochrony wysiedleńcom z państw trzecich, którzy nie mogą powrócić do państw swego pochodzenia oraz osobom, które z innych powodów potrzebują ochrony międzynarodowej;
- b) środków zmierzających do zapewnienia równowagi wysiłków uzgodnionych przez Państwa Członkowskie, związanych z przyjęciem uchodźców i wysiedleńców oraz z jego następstwami.”

Większość instrumentów przewidzianych w art. 63 traktatu ma charakter względnie imperatywny – Rada jest uprawniona do określenia minimalnych standardów, którym odpowiadać powinny prawo i praktyka państw członkowskich. pań-

38 „Displaced persons” w tekście oryginalnym.

stwa członkowskie mogą przy tym wprowadzać rozwiązania, które są korzystniejsze dla osób, o których mowa w art. 63. Jedynie instrumenty, o których mowa w art. 63 1 (a), mają charakter bezwzględnie imperatywny. Podziałowi temu odpowiada ją przyjęte przez Radę środki: dyrektywy wydane na podstawie upoważnień zawartych w art. 63 1 (b) – (d) oraz 2 (a) oraz rozporządzenie wydane na podstawie upoważnienia zawartego w art. 63 1 (a).

Oprócz wymienionych wyżej kompetencji Unii, Tytuł IV traktatu przewiduje harmonizację prawa migracyjnego w następujących dziedzinach: wykonywanie kontroli osób na granicach zewnętrznych Wspólnoty, szczegółowe regulacje dotyczące wiz krótkoterminowych (w tym m.in. lista państw trzecich, których obywatele podlegają obowiązkowi wizowemu oraz lista państw trzecich, których obywatele są zwolnieni z tego obowiązku, procedura i warunki wydawania wiz), procedury wydawania przez państwa członkowskie wiz długoterminowych i dokumentów pobytowych, środki zapobiegające nielegalnej imigracji, w tym dotyczące odsyłania osób przebywających nielegalnie oraz prawa i warunki, na podstawie których obywatele państw trzecich, zamieszkujący legalnie w jednym z państw członkowskich, mogą przebywać w innych krajach członkowskich.

W art. 64.1. traktatu sformułowana została klauzula, zgodnie z którą Tytuł IV „(...) nie narusza wykonywania przez Państwa Członkowskie obowiązków dotyczących utrzymania porządku publicznego i ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego,” natomiast art. 64.2. zawiera klauzulę solidarnościową, upoważniającą Radę, w przypadku nagłego napływu obywateli państw trzecich do jednego lub więcej państw członkowskich, do wprowadzenia środków tymczasowych na korzyść zainteresowanych państw członkowskich na okres nieprzekraczający 6 miesięcy.

Konsekwencje przeniesienia polityki w dziedzinie azylu i migracji do pierwszego filaru były niezwykle istotne. Akty prawne powstające w pierwszym filarze mają w przeważającej mierze charakter wiążący (dyrektywy, rozporządzenia i decyzje). Część z nich może być bezpośrednio stosowana.

Jedną z najistotniejszych konsekwencji przeniesienia polityki azylowej i migracyjnej z trzeciego do pierwszego filaru w traktacie z Amsterdamu było poddanie tej polityki kontroli Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, obejmującej proces tworzenia i stosowania prawa oraz rozwiązywanie sporów interpretacyjnych. Zakres kompetencji Trybunału został wyznaczony przez zasady ogólne, określone w traktacie³⁹, jednak z ograniczeniami określonymi w art. 68 traktatu. Podstawowa różnica dotyczy trybu prejudycjalnego orzekania trybunału, określonego w art. 234 traktatu. Na zasadach ogólnych, trybunał jest właściwy do orzekania w tym trybie m.in. o wykładni traktatu i o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje Wspólno-

39 Art. 220 i nast. traktatu z Amsterdamu.

ty, na wniosek sądu jednego z państw członkowskich, w przypadku gdy podniesione zostanie pytanie z tym związane i decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku. W przypadku gdy pytanie takie zostanie podniesione w sprawie przed sądem, którego orzeczenia nie podlegają dalszemu zaskarżeniu według prawa krajowego, sąd taki jest zobowiązany do wniesienia sprawy do Trybunału Sprawiedliwości. W przypadku spraw toczących się przed innymi sądami, wniesienie sprawy jest fakultatywne. Zgodnie z art. 68.1., tryb prejudycjalny orzekania trybunału został ograniczony w sprawach określonych w Tytule IV traktatu wyłącznie do spraw toczących się przed sądem, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu. Ponadto, na podstawie art. 68.2., wykluczona została właściwość trybunału do orzekania w sprawie „*środków lub decyzji podjętych na podstawie art. 62.1 dotyczących utrzymania porządku publicznego i ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego.*”

Do traktatu amsterdamskiego dołączono kilka protokołów, mających istotne znaczenie dla kształtu przyszłych systemów azylowych państw członkowskich.

Zgodnie ze wspomnianym wyżej Protokołem włączającym *acquis* Schengen do struktury Unii Europejskiej⁴⁰, z dniem wejścia w życie traktatu z Amsterdamu, dorobek Schengen, w tym dotychczasowe decyzje Komitetu Wykonawczego, ustanowionego na podstawie porozumienia z Schengen, znalazły bezpośrednie zastosowanie w stosunku do krajów członkowskich Unii Europejskiej. Komitet Wykonawczy został, z dniem wejścia w życie traktatu, zastąpiony przez Radę Unii Europejskiej.⁴¹

Protokół zachował dotychczasową pozycję Wielkiej Brytanii i Irlandii – pozostały one niezwiązane *acquis* Schengen, z tym że uzyskały możliwość przystąpienia do części lub całości *acquis*.⁴² Odrębny protokół określił szczególną pozycję Danii.⁴³

Z punktu widzenia spraw azylowych, istotniejszy był Protokół dotyczący prawa azylu obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej.⁴⁴ W Preambule stwierdzono, że zgodnie z art. F(2) Traktatu o Unii Europejskiej zarówno Unia, jak i państwa członkowskie, zobowiązane są do przestrzegania praw podstawowych, w zakresie, w jakim są one określone w Europejskiej konwencji praw człowieka, podkreślono ochronę tych praw na poziomie wspólnotowym, zwrócono uwagę na swobodę przemieszczania się i zamieszkania na terytorium państw członkowskich oraz wyrażono wolę, by „*instytucje azylowe nie były wykorzystywane do celów innych niż te, dla których zostały one przewidziane*”. Opierając się na tych założeniach, w jedynym artykule Protokołu przyjęto, że państwa członkowskie Unii Europejskiej powinny

40 Protokół włączający dorobek Schengen do systemu Unii Europejskiej.

41 *Ibidem*, art. 2.

42 *Ibidem*, art. 4.

43 *Ibidem*, art. 3.

44 Protokół w sprawie prawa azylu dla obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej, aneks do traktatu amsterdamskiego.

uznawać się wzajemnie za „bezpieczne kraje trzecie”, a wnioski obywateli państw Unii Europejskiej mogą być uznane za dopuszczalne i rozpatrzone tylko w wyjątkowych okolicznościach, określonych w tym artykule.

Protokół wzbudził wiele kontrowersji – w szczególności UNHCR zwrócił uwagę na jego niezgodność ze zobowiązaniami międzynarodowymi państw członkowskich, wynikającymi z konwencji genewskiej.⁴⁵

Ocena rozwiązań przyjętych w traktacie z Amsterdamu jest generalnie pozytywna. Według wręcz entuzjastycznej opinii I. Boccardi, „[p]ostęp w dziedzinie współpracy azylowej, osiągnięty w Amsterdamie, był pod każdym względem wyjątkowy. Przeniesienie kompetencji w sprawach azylowych do filaru wspólnotowego był wydarzeniem o charakterze historycznym, które zaledwie pięć lat wcześniej byłoby niewyobrażalne. Pod tym względem, ostro krytykowane postanowienia dotyczące azylu zawarte w Traktacie z Maastricht powinny być docenione jako niezbędny stopień przejściowy dla dalszej ewolucji. Uwspólnotowanie oznaczało zmniejszenie uprzednich problemów instytucjonalnych. Do nowych przepisów w dziedzinie azylu znalazły zastosowanie zasady demokratycznej odpowiedzialności, kontroli sądowej, rządów prawa – w rozumieniu wspólnotowym, odpowiedniej pozycji Komisji, otwartości i przejrzystości. Z punktu widzenia operatywności systemu, instrumenty legislacyjne, pozostające do dyspozycji Wspólnoty, stanowiły pożądane antidotum na uprzednią nieefektywność działań.”⁴⁶

Bardziej ostrożne stanowisko zajął w tej kwestii G. Noll. Wymienił on w istocie te same aspekty pozytywne traktatu co I. Boccardi. Wskazał jednak także kilka istotnych problemów, zwłaszcza „deficyt demokratyczny” procesu tworzenia wspólnotowego prawa azylowego, w związku z wyłącznie doradczymi kompetencjami Parlamentu Europejskiego.⁴⁷

Należy zgodzić się ze stanowiskiem powołanych wyżej autorów, iż traktat amsterdamski po raz pierwszy w historii integracji europejskiej pozwolił na wypracowanie wspólnej polityki azylowej państw Unii Europejskiej. Tym niemniej, regulacje przyjęte na podstawie art. 63 traktatu amsterdamskiego są nie do końca satysfakcjonujące.

45 UNHCR Position on the proposal of the European Union concerning the treatment of asylum applications from citizens of European Union Member States, Geneva, January 1997, dostępne w UNHCR Tool Box on EU Asylum Matters: Tool Box 2: The Instruments, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/openssl.pdf?tbl=PUBL&id=406a8c432>

46 I. Boccardi, *Europe and Refugees...*, s. 152.

47 G. Noll, *Negotiating asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, The Hague, Boston, London 2000, s. 158.

Instrumenty przyjęte na podstawie traktatu amsterdamskiego

W ciągu pięcioletniego okresu przejściowego Rada przyjęła na podstawie upoważnienia zawartego w traktacie amsterdamskim między innymi następujące akty prawne, dotyczące azylu:

- Rozporządzenie Rady WE Nr 343/2003 z 18 lutego 2003 r. określające kryteria i mechanizmy ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku azylowego złożonego w jednym z państw członkowskich przez obywatela kraju trzeciego⁴⁸,
- Dyrektywę Rady WE Nr 2003/9/EC z 27 stycznia 2003 r. określającą minimalne standardy recepcji cudzoziemców ubiegających się o azyl⁴⁹,
- Dyrektywę Rady WE Nr 2001/55/EC z 20 lipca 2001 r. określającą minimalne standardy udzielania ochrony czasowej w przypadku masowego wysiedleńców oraz innych środków zmierzających do zrównoważenia wysiłków państw członkowskich w przyjmowaniu takich osób i ponoszenia jego konsekwencji⁵⁰,
- Rozporządzenie Rady WE Nr 2725/2000 z 11 grudnia 2000 r. dotyczące utworzenia „Eurodac” dla celów porównywania odcisków palców w celu skutecznego zastosowania konwencji dublińskiej⁵¹,
- Decyzja Rady WE Nr 2000/596/EC z 28 września 2000 r. o utworzeniu Europejskiego Funduszu Uchodźczego⁵²,
- Dyrektywę Rady WE Nr 2004/83/EC z 29 kwietnia 2004 r. określającą minimalne standardy kwalifikowania oraz status obywateli państw trzecich oraz bezpaństwowców jako uchodźców lub osoby, które z innych względów wymagają ochrony międzynarodowej oraz zakres udzielonej ochrony⁵³.

48 Rozporządzenie Rady (WE) nr 343/2003 ustanawiające kryteria i mechanizmy określania państwa członkowskiego właściwego dla rozpatrywania wniosku o azyl, złożonego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego (Dz.Urz. UE L 050 z 25.02.2003).

49 Dyrektywa Rady 2003/9/WE z dnia 27 stycznia 2003 r. ustanawiająca minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl (Dz.Urz. UE L 031, 06.02.2003).

50 Dyrektywa Rady 2001/55/EC z dnia 20 lipca 2001 r. w sprawie minimalnych norm przyznawania tymczasowej ochrony na wypadek masowego napływu wysiedleńców oraz środków wspierających równowagę wysiłków między państwami członkowskimi związanych z przyjęciem takich osób wraz z jego następstwami (Dz.Urz. UE L 212, 07/08/2001).

51 Rozporządzenie Rady (WE) nr 2725/2000 dotyczącego ustanowienia systemu „Eurodac” służącego porównywaniu odcisków palców w celu efektywnego stosowania konwencji dublińskiej, (Dz.Urz. UE L 316, 15.12.2000)

52 Decyzja Komisji nr 2000/596/WE z dnia 28 września 2000 r. ustanawiająca Europejski Fundusz Uchodźczy (Dz.Urz. UE L 252, 06/10/2000).

53 Dyrektywa Rady 2004/83/EC z dnia 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.Urz. UE L 304/12, 30/9/2004).

Do końca kwietnia 2004 r. zostały przyjęte wszystkie akty prawne, wymagane na podstawie Tytułu IV traktatu amsterdamskiego, z jednym ważnym wyjątkiem. Ze względu na bardzo daleko idące różnice poglądów pomiędzy państwami członkowskimi nie udało się przyjąć Dyrektywy Proceduralnej. Została ona przyjęta dopiero 1 grudnia 2005 r.⁵⁴

Żaden z omówionych wyżej instrumentów nie wzbudził tak wielkich kontrowersji jak Dyrektywa Proceduralna. W trakcie prac nad nią tekst był kilkakrotnie zmieniany, przy czym zmiany te zwykle zmierzały do obniżenia standardów, głównie przez wprowadzanie wyjątków od ogólnych gwarancji proceduralnych. W 2003 r. najważniejsze organizacje działające na rzecz uchodźców w Europie, w tym ECRE (European Council for Refugees and Exiles), zwróciły się do Rady UE zwróciły się o odrzucenie w całości projektu Dyrektywy, wskazując, że przyjęcie niektórych rozwiązań zawartych w projekcie mogłoby doprowadzić do naruszenia międzynarodowych zobowiązań państw członkowskich wynikających z Konwencji Genewskiej.⁵⁵

Przyszłość. Założenia wspólnego systemu azylowego Unii Europejskiej

Po przyjęciu traktatu amsterdamskiego rozpoczęła się dyskusja nad osiągnięciem dalszej integracji systemów migracyjnych i azylowych państw członkowskich. W październiku 1999 r. odbyło się nadzwyczajne posiedzenie Rady Unii dotyczące obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w Unii Europejskiej w Tampere. Konkluzje szczytu⁵⁶ stanowią założenia wieloletniej polityki Unii Europejskiej w tym obszarze. W dokumencie końcowym wyodrębniono cztery grupy zagadnień: wspólną politykę UE w dziedzinie migracji i azylu, europejski system wymiaru sprawiedliwości, walka z przestępczością oraz wzmocnienie działań zewnętrznych Unii.

Znamiennym jest, że polityka migracyjna i azylowa wymieniona została jako pierwsza i poświęcono jej stosunkowo najwięcej miejsca. Zgodnie z dokumentem, polityka azylowa i migracyjna powinna zawierać następujące elementy (w kolejności, w której zostały wymienione): współpracę z krajami pochodzenia uchodźców i migrantów, obejmującą działania w celu ograniczenia ubóstwa, poprawę warunków życia, zapobieganie konfliktom oraz zapewnienie przestrzegania praw człowie-

54 Dyrektywa Rady 2005/85/WE z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w państwach członkowskich, (Dz.Urz. UE L 326/13, 13.12.2005).

55 ECRE, Refugee-NGOs in more than 30 European Countries reject draft directive on asylum procedures, Brussels, 30 September 2003, <http://www.ecre.org/press/jha300903.shtml>

56 Tampere European Council 15 and 16 October 1999. Presidency Conclusions, pełny tekst dostępny pod adresem internetowym http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm#annexe

ka, wspólny europejski system azylowy, omówiony niżej, sprawiedliwe traktowanie obywateli państw trzecich, oparty na zasadzie niedyskryminacji oraz zarządzanie przepływami migracyjnymi, w szczególności przez zwalczanie przemytu i handlu ludźmi oraz wzmocnienie kontroli granic zewnętrznych Unii.

Konkluzje z Tampere zakładają dwa etapy tworzenia wspólnego systemu azylowego Unii. W pierwszym etapie należy doprowadzić do przyjęcia instrumentów prawnych przewidzianych w traktacie amsterdamskim. Kolejnym etapem powinno być stworzenie „wspólnej procedury azylowej oraz jednolitego statusu dla osób, które uzyskały azyl, obowiązujący na całym obszarze Unii.”⁵⁷ Deklaracja z Tampere nie zawierała żadnych wytycznych co do praktycznych aspektów funkcjonowania wspólnej procedury azylowej, w tym sposobu jego powołania do życia oraz ewentualnego podziału kompetencji pomiędzy państwa członkowskie a administrację Unii w ramach tego systemu.

Bardziej szczegółowe rozwiązania dotyczące wspólnego systemu azylowego przedstawione zostały przez Komisję Europejską w 2000 r.⁵⁸ Wstępnym założeniem propozycji komisji jest zasada, iż rozpatrywanie spraw dotyczących ustalania statusu uchodźcy lub udzielenia ochrony subsydiarnej powinno pozostać w sferze kompetencji państw członkowskich – w żadnym przypadku indywidualne decyzje nie powinny być podejmowane przez organy Unii, ponieważ pozostawałoby to w sprzeczności z zasadami proporcjonalności i subsydiarności.

Ujednolicone powinny zostać zasady postępowania w sprawach dotyczących udzielenia ochrony międzynarodowej. Jak wspomniałem wyżej, w pierwszej fazie budowy europejskiego systemu azylowego harmonizacja oparta jest przede wszystkim na minimalnych standardach prawa materialnego i zasad postępowania, przy czym państwa członkowskie, zwłaszcza w odniesieniu do przepisów postępowania, mają szeroki margines swobody w kształtowaniu swoich systemów azylowych. W drugiej fazie swoboda kształtowania procedur azylowych powinna zostać mocno ograniczona – propozycja komisji wskazywała w szczególności na potrzebę wprowadzenia bardziej jednolitych rozwiązań w odniesieniu do stwierdzania dopuszczalności wniosku, postępowań przyspieszonych i postępowań granicznych – a więc tych elementów systemów azylowych, których stosowanie wzbudzało najczęściej wątpliwości co do ich zgodności z zasadą dostępu do postępowania azylowego. Powinny zostać także wprowadzone gwarancje niezależności organów orzekających w sprawach azylowych od władz politycznych.

57 Tampere Conclusions, par. 15.

58 Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament. Towards a common asylum procedure and a uniform status, valid throughout the Union, for persons granted asylum, Brussels, 22.11.2000, Com (2000) 755 Final.

Zgodnie z założeniami komisji, procedura azylowa powinna być jednolita, co oznacza, że w jednym postępowaniu powinno rozpatrywać się zarówno nadanie statusu uchodźcy, jak i – w razie stwierdzenia braku przesłanek z art. 1 konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców – udzielenie ochrony subsydiarnej.⁵⁹

Propozycje komisji zakładają również stworzenie mechanizmu decydowania w przedmiocie udzielenia ochrony międzynarodowej poza terytorium Unii, a następnie przesiedlenia uznanych uchodźców lub osób, którym udzielono ochrony subsydiarnej – zaproponowano, by wykorzystać w tym zakresie doświadczenia Stanów Zjednoczonych i zastrzeżono, że taki system nie może ograniczać prawa do ubiegania się o ochronę osób, które spontanicznie przybyły na terytorium Unii.

Komisja zaproponowała, by rozważyć wprowadzenie jednolitego statusu prawnego osób, które uzyskały status uchodźcy bądź ochronę subsydiarną. W większości systemów prawnych państw członkowskich prawa te są zróżnicowane, co sprawia, że status uchodźcy jest formą „atrakcyjniejszą” z punktu widzenia cudzoziemców. Ponieważ prawa uchodźców są oparte na postanowieniach konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców i nie mogą być, w zasadzie, ograniczone, propozycja Komisji zakłada w istocie podwyższenie standardów w zakresie praw osób, które uzyskały ochronę subsydiarną do poziomu praw przyznanych uchodźcom.

Ujednolicone zostaną prawa i obowiązki związane z uzyskaniem jednej z form ochrony (statusu uchodźcy lub ochrony subsydiarnej), osoby objęte ochroną będą korzystały, pod pewnymi warunkami, ze swobody przepływu osób w ramach Unii (uzyskają swobodę przemieszczania się oraz swobodę osiedlania się w innych państwach członkowskich Unii).

Komisja nie wypowiedziała się jednoznacznie, czy stworzenie opisanego wyżej systemu będzie możliwe na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa podstawowego Unii Europejskiej, czy też wymaga zmian w traktatach. Komisja wskazała również, że przejście do drugiej fazy budowy wspólnego systemu azylowego Unii Europejskiej nie powinno być zbyt pospieszne, ponieważ należy pozostawić pewien czas na ocenę funkcjonalności rozwiązań przyjętych w ramach pierwszej fazy.

Postanowienia, mające stanowić podstawę dla przyjęcia instrumentów prawnych niezbędnych do stworzenia wspólnego systemu azylowego Unii Europejskiej,

59 Jednolite postępowanie azylowe funkcjonuje już w niektórych krajach członkowskich Unii Europejskiej. Polska wprowadziła jednolitą procedurę azylową w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 2003, nr 128, poz. 1176 z późn. zmianami). Zgodnie z art. 104 ust. 1 pkt 2 oraz art. 104 ust. 1 pkt 3 ustawy, Prezes Urzędu do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców w postępowaniu w pierwszej instancji, a Rada do Spraw Uchodźców w postępowaniu odwoławczym udziela z urzędu zgody na pobyt tolerowany, stanowiący funkcjonalny odpowiednik ochrony subsydiarnej, w decyzji o odmowie nadania statusu uchodźcy, jeżeli stwierdzi, iż zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 97 ust. 1 pkt 1 ustawy.

zostały wprowadzone do Konstytucji dla Europy. Art. III–266 ust. konstytucji przewiduje przyjęcie ustaw europejskich lub europejskich ustaw ramowych ustanawiających środki obejmujące m.in.: jednolity status azylu dla obywateli państw trzecich, obowiązujący w całej Unii, jednolity status dodatkowej ochrony dla obywateli państw trzecich, którzy nie uzyskawszy azylu europejskiego wymagają międzynarodowej ochrony oraz wspólne procedury przyznawania i pozbawiania jednolitego statusu azylu lub ochrony dodatkowej.

Podsumowanie

Proces integracji europejskiej w dziedzinie azylu daleki jest od zakończenia. Osiągnięty postęp skłania do umiarkowanego optymizmu. Przyjęte rozwiązania prawne, pomimo ich licznych wad, powinny pozwolić w następnych latach na ograniczenie przynajmniej niektórych niekorzystnych zjawisk, które ujawniły się czasie kilku ostatnich dekad i były związane z masowym napływem cudzoziemców ubiegających się o azyl w Europie: z jednej strony obniżania standardów postępowania azylowego przez państwa europejskie, a z drugiej zjawiska nadużywania instytucji azylu w celu uzyskania prawa pobytu na terytorium państw członkowskich UE. Obecnie trwa proces transpozycji przepisów dyrektyw przyjętych na podstawie postanowień traktatu amsterdamskiego do porządku prawnego państw członkowskich – jego wynik będzie zależał przede wszystkim od gotowości państw członkowskich do wyjścia poza minimalne standardy, określone w dyrektywach, przede wszystkim w Dyrektywie Proceduralnej.

Niezależnie od tego, nawet najlepsza implementacja dyrektyw nie rozwiąże wszystkich problemów związanych z azylem w Europie. Niezbędne jest przyjęcie co najmniej niektórych rozwiązań proponowanych w ramach drugiej fazy budowy europejskiego systemu azylowego – przede wszystkim dalsze ujednolicenie procedur azylowych, zrównania statusu prawnego uchodźców i osób, które uzyskały ochronę subsydiarną oraz zapewnienie, przynajmniej w ograniczonym zakresie, możliwości wyboru miejsca osiedlenia się na obszarze Unii przez osoby, które uzyskały ochronę. Wobec odrzucenia Konstytucji dla Europy, która zawiera podstawę prawną dla przyjęcia niezbędnych w tym zakresie aktów prawnych, przez niektóre państwa członkowskie, nie wydaje się to niestety prawdopodobne w przewidywalnej przyszłości.

STOSOWANIE ZASADY *NON-REFOULEMENT* W ORZECZNICTWIE KOMITETU PRAW CZŁOWIEKA ONZ

I. Wstęp

Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza orzecznictwa Komitetu Praw Człowieka ONZ¹ pod kątem ochrony praw cudzoziemców w przypadku wydalenia lub ekstradycji. Obejmuje ona interpretację Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych [dalej: Pakt]² oraz orzecznictwo i Uwagi ogólne Komitetu w dwóch kategoriach spraw: stosowania kary śmierci (art. 6) i ochrony przed torturami oraz nieludzkim i poniżającym traktowaniem albo karaniem (art. 7 i 10 ust. 1). Komitet określił zakres zastosowania i sposób interpretacji Paktu w sprawach cudzoziemców w uwagach ogólnych oraz w swoich orzeczeniach.

Mimo iż Komitet nie odniósł się do zasady *non-refoulement* w Uwagach ogólnych dotyczących sytuacji cudzoziemców w świetle Paktu, a zakaz nieludzkiego traktowania został wspomniany tam jedynie w kontekście prawa wjazdu lub pobytu³, należy uznać iż Komitet miał na myśli także, ostrożnie sformułowane, istniejące ograniczenie wydalenia i wydawania cudzoziemców, jeżeli na skutek tego działania zostałyby naruszone ich prawa gwarantowane w Pakcie. Ograniczenie to wynika bezpośrednio z Uwag ogólnych nr 20 dotyczących stosowania art. 7 Paktu⁴. W takich przypadkach, zgodnie z treścią art. 2 Paktu, państwo–strona odpowiada za na-

1 Do zadań Komitetu należy również interpretacja poszczególnych postanowień Paktu, w szczególności poprzez wydawanie Uwag Ogólnych do poszczególnych artykułów, orzecznictwo w sprawach indywidualnych oraz rozpoznawanie sprawozdań okresowych państw z wykonania praw zawartych w Pakcie. Uwagi ogólne są wytycznymi dla państw–stron Paktu wskazującymi na sposób jego interpretacji, jednakże, zwracając uwagę na określone kwestie i problemy wynikające z Paktu, nie ograniczają w żaden sposób ani nie przyznają pierwszeństwa określonym aspektom implementacji postanowień Paktu.

2 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku, dnia 16 grudnia 1966 r. Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167. A. Przyborowska–Klimczak, Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów, Lublin 2005

3 Uwagi ogólne nr 15 par. 5, dostępne na stronie internetowej Biura Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka, <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

4 Uwagi ogólne nr 20 par. 9, dostępne na stronie internetowej Biura Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka, <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

ruszenia lub narażenie na niebezpieczeństwo naruszenia praw człowieka poza zakresem swojej jurysdykcji⁵. Tak szeroko rozumiany obowiązek realizacji Paktu wynika również z orzecznictwa Komitetu, który w sprawach dotyczących wydalenia cudzoziemców stwierdzał wielokrotnie naruszenie ich praw. Oprócz wymienionych powyżej prawa do ochrony życia oraz zakazu tortur, tradycyjnie podstawę do ochrony przed wydaleniem stanowi także prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego (art. 17, 23 i 24) oraz prawo do uczciwego procesu (14)⁶. W przypadku cudzoziemców istotne znaczenie ma także art. 9 gwarantujący prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego, przyznający jednostkom określone gwarancje w przypadku zatrzymania i aresztowania. Z treści orzecznictwa wynika także, iż w praktyce wydalenie cudzoziemca byłoby sprzeczne z Paktem, gdyby na skutek tego wydalenia groziło mu naruszenie jakiegokolwiek z praw zawartych w Pakcie⁷. Z uwagi na bardzo szeroki zakres tej problematyki, niniejsze opracowanie ograniczone zostanie do analizy art. 6, 7 i 10 Paktu.

II. Zasada *non-refoulement*

Zasada ta, zawarta w konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźcy z 1951 r.,⁸ jest pierwszą wiążącą zasadą nakładającą na państwa–strony negatywny obowiązek powstrzymania się od wydalenia określonej kategorii cudzoziemców. Zgodnie z treścią art. 33, państwa–strony konwencji nie mogą wydrzeć uchodźcy do granic terytoriów, w których grozi mu prześladowanie w rozumieniu konwencji,

- 5 Artykuł 2 Paktu wymaga od państw–stron zagwarantowania praw osób znajdujących się w zakresie ich jurysdykcji. Jeżeli osoba jest wydalona lub wydana zgodnie z prawem, państwo–strona nie ponosi co do zasady żadnej odpowiedzialności, na podstawie Paktu, za jakiekolwiek naruszenia praw tej osoby, które mogą w przyszłości nastąpić pod jurysdykcją innego państwa. W tym sensie, od państwa–strony nie jest wymagana gwarancja przestrzegania praw danej osoby znajdującej się w zakresie innej jurysdykcji. Jednakże gdy państwo–strona podejmuje decyzję wobec osoby znajdującej się w zakresie jej jurysdykcji, a nieuniknioną i przewidywalną konsekwencją jest naruszenie praw tej osoby w przypadku znalezienia się w zakresie jurysdykcji innego państwa, państwo–strona może samo naruszać Pakt. Wynika to z faktu iż przekazanie tej osoby do innego państwa (nie zależnie od tego czy jest stroną paktu czy nie) gdzie traktowanie sprzeczne z Paktem jest pewne lub stanowi cel wydania, będzie sprzeczne z obowiązkami państwa–strony, na podstawie art. 2 Paktu. Na przykład państwo–strona naruszy Pakt, gdy przekaże osobę do innego państwa w sytuacji, w której jest przewidywalne, iż będzie ona poddana torturom. Przewidywalność tych konsekwencji wydania stanowi o naruszeniu Paktu przez państwo–stronę, nawet jeżeli te przewidywalne konsekwencje wydalenia nie będą miały miejsca w przyszłości, M. Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary, 2nd revised edition, N.P. Engel, Publishers 2005, s. 187.
- 6 Komitet nie badał nigdy sprawy dotyczącej ochrony cudzoziemców przed wydaleniem z powodu groźby naruszenia prawa do rzetelnego procesu. Takiej interpretacji art. 6 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka dokonał jednak Europejski Trybunał Praw Człowieka, w sprawach Soering przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 14038/88 oraz Drozd i Janousek przeciwko Francji, skarga nr 12747/87, dlatego w niniejszym opracowaniu art. 14 zostanie opisany jako dający podstawę do ochrony przed wydaleniem. Jest to tym bardziej uzasadnione, iż na gruncie art. 14 mogą powstać inne kwestie dotyczące ochrony praw cudzoziemców, np. obowiązek udzielenia zgody na wjazd cudzoziemca, aby zapewnić mu udział w postępowaniu sądowym, czy kwestia rzetelności rozumianej zgodnie z art. 14, postępowań o nadanie statusu uchodźcy.
- 7 Kindler przeciwko Kanadzie, skarga nr 470/1991, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>
- 8 Konwencja dotycząca statusu uchodźców sporządzona w Genewie 28 lipca 1951 r., Dz.U. 1991 r., Nr 119, poz. 515; A. Przyborska–Klimczak, Prawo międzynarodowe..., *op. cit.*

z powodu jego rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej oraz poglądów politycznych. Konwencja ogranicza jednakże tę ochronę do osób, które spełniają przesłanki do bycia uznanym za uchodźcę zgodnie z art. 1A konwencji, a z treści artykułu 33 ust. 2, w którym zawarte są wyłączenia od zasady *non-refoulement*, wynika, iż nie można jej zastosować do sytuacji, w której cudzoziemiec stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, w którym się znajduje lub został skazany prawomocnym wyrokiem za szczególnie poważne zbrodnie.

Zasada *non-refoulement* została powtórzona w art. 3 Konwencji o zakazie tortur i innych rodzajów okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne NZ w 1984 r. [dalej: Konwencja przeciwko torturom],⁹ zgodnie z którą żadne państwo strona nie może wydalać, zwracać lub wydawać innemu państwu danej osoby, jeżeli istnieją poważne podstawy, by sądzić, że może jej tam grozić stosowanie tortur. Zasada ta została rozwinięta w orzecznictwie organów międzynarodowych¹⁰ i skryształizowała się jako zasada zwyczajowa prawa międzynarodowego, a jej głównym elementem jest zakaz wydalenia cudzoziemca, z jakiegokolwiek powodu, do kraju, w którym groziłoby mu naruszenie jego podstawowych praw człowieka. Taka interpretacja wynika także z orzecznictwa Komitetu Praw Człowieka, które potwierdza, iż państwa–strony ponoszą odpowiedzialność za wydalenie cudzoziemca do innego państwa. Jak wspomniano wyżej, Komitet uznał prawo do życia i integralności osobistej jako prawa, które powinny zapobiec wydaleniu cudzoziemców do innego kraju, gdzie grozi im rzeczywiste ryzyko bycia poddanym torturom albo karze śmierci¹¹.

III. Charakter prawny orzeczeń Komitetu

1. Moc wiążąca zaleceń Komitetu

W przeciwieństwie do orzeczeń m.in. Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które mają dla państw–stron konwencji europejskiej charakter wiążący, decyzje Komitetu Praw Człowieka mają wyłącznie charakter opinii. Z praktyki państw – stron Paktu wynika jednakże, że w znacznym stopniu stosują się one do decyzji Komitetu¹². Dodatkowo, sam fakt przystąpienia do protokołu dodatkowego do Paktu lub zgoda na poddanie się innym procedurom oznacza, że państwo to dobrowolnie poddaje się wszelkim wynikającym stąd konsekwencjom, w tym także obowiązkom

9 Konwencja o zakazie tortur i innych rodzajów okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne NZ w 1984 r. Dz.U. 1989 r., Nr 63, poz. 378, Helsinki Foundation for Human Rights, Human Rights: Collection of International Documents, Warsaw, 2001.

10 Np. Komitet Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka.

11 M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 264.

12 A. de Zayas, R. Wieruszewski, Ochrona praw człowieka sprawowana przez Komitet Praw Człowieka (w:) Ochrona praw człowieka w świecie, pod red. L. Wiśniewskiego, Wydawnictwo Branta, Bydgoszcz–Poznań 2000, s. 123.

realizacji opinii Komitetu. Zobowiązania państw wynikają także z treści art. 2 par. 2 Paktu, który zobowiązuje państwa-strony do podjęcia przez właściwe władze odpowiednich środków mających na celu realizację praw zawartych w Pakcie¹³.

2. Środki tymczasowe (*interim measures*)

Środki tymczasowe stanowią szczególnie istotny instrument ochrony praw człowieka, zwłaszcza w sprawach dotyczących wydalenia cudzoziemców. Zostały one uregulowane w art. 86 Regulaminu Komitetu Praw Człowieka¹⁴, zgodnie z którym Komitet może zwrócić się do państwa, na które złożono skargę, o podjęcie lub powstrzymanie się od określonych działań w celu uniknięcia nieodwracalnych szkód jakie może doznać ofiara naruszenia praw człowieka. W przypadku spraw o wydalenie, wniosek Komitetu złożony na podstawie art. 86 Regulaminu może wstrzymać wykonanie decyzji o wydaleniu cudzoziemca do czasu rozpatrzenia jego skargi i zbadania zgodności tej decyzji z Paktem. Niezastosowanie się przez państwo do decyzji Komitetu stanowi poważne naruszenie Paktu.

W praktyce, Komitet zawsze stosował *interim measures* w przypadku skarg, które dotyczyły naruszenia Paktu poprzez zastosowanie kary śmierci. Po raz pierwszy Komitet zastosował środki tymczasowe wobec osoby oczekującej na wykonanie kary śmierci w lipcu 1986 roku. Jamajka, która była stroną w sprawie, zastosowała się do tego wniosku¹⁵.

Inne przypadki posłużenia się tym środkiem miały miejsce w sprawach, w których skarżący zarzucali naruszenie Paktu poprzez wydalenie ich do innych państw. Komitet nie zastosował jednak *interim measures* w sprawie Stewart przeciwko Kanadzie,¹⁶ ponieważ uznał, iż skarżący nie wykazał, że wydalenie go do Wielkiej Brytanii spowoduje nieodwracalne szkody dla jego życia rodzinnego, a w przypadku orzeczenia naruszenia Paktu będzie mógł powrócić na terytorium Kanady.

W większości spraw państwa-strony zastosowały się do wniosków Komitetu. Nie stało się tak w sprawach Kandu-Bo i inni przeciwko Sierra Leone, kiedy to 12 autorów skargi zostało straconych mimo prośby Komitetu oraz Piandiong przeciwko

13 R. Wieruszewski, ONZ-owski system ochrony praw człowieka (w:) System ochrony praw człowieka, wyd. II, Zakamycze Kraków 2005, s. 104.

14 Regulamin Komitetu Praw Człowieka dostępny na stronie Biura Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka, [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.3.Rev.6.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.3.Rev.6.En?Opendocument)

15 A. de Zayas, R. Wieruszewski, Ochrona praw człowieka, *op. cit.*, s. 136.

16 Sprawa dotyczyła obywatela Wielkiej Brytanii, który jako małe dziecko wyemigrował z rodzicami do Kanady. W okresie od 1987 do 1991 Stewart był oskarżony o popełnienie 42 przestępstw, głównie naruszeń ruchu drogowego i w konsekwencji otrzymał nakaz deportacji. W skardze skierowanej do KPC Stewart zarzucił Kanadzie iż decyzja o wydaleniu go do Wielkiej Brytanii stanowi naruszenie jego praw, ponieważ nie uważa tego kraju za kraj rodzinny. Całe życie mieszkał w Kanadzie i miał tam swoją rodzinę, matkę i chorego umysłowo brata, a także dzieci z zakończonego rozwodem małżeństwa. Stewart przeciwko Kanadzie, skarga nr 538/1993, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

Filipinom¹⁷. Komitet ostro skrytykował działania tych państw stwierdzając, iż niezastosowanie się do *interim measures* stanowi rażące naruszenie obowiązków wynikających z Pierwszego Protokołu Fakultatywnego¹⁸. W innych sprawach Komitet, odnosząc się do interpretacji i stosowania protokołu oraz reguły 86 regulaminu, uznał, iż państwa muszą zaakceptować prawny obowiązek uczynienia postanowień Paktu efektywnymi, jak również podjęcia odpowiednich środków w celu nadania im mocy prawnej¹⁹.

IV. Instytucja wydalenia cudzoziemców w świetle orzecznictwa Komitetu Praw Człowieka

Jak zostało podkreślone powyżej, zasada *non-refoulement* odnosi się m.in. do dwóch kategorii spraw – stosowania kary śmierci oraz zakazu tortur i innego niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. Na gruncie Paktu obejmuje ona jeszcze art. 13 gwarantujący cudzoziemcom przebywającym legalnie na terytorium państwa–strony ochronę przed arbitralnym wydaleniem.

1. Artykuł 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych

Artykuł 6 Paktu gwarantuje prawo do życia.²⁰ Zakaz pozbawiania życia może zostać ograniczony tylko w przypadkach określonych w treści art. 6 Paktu. Został on rozszerzony przez Drugi Protokół Fakultatywny²¹, który bezwzględnie zakazuje pozbawiania życia i nakłada na państwa, które go podpisały, obowiązek zniesienia kary śmierci. Komitet poświęcił interpretacji artykułu 6 dwa komentarze – Uwagi ogólne nr 6 oraz Uwagi Ogólne nr 14²² dotyczące broni masowego rażenia.

W Uwagach ogólnych nr 6 Komitet potwierdził, że prawo do życia jest najwyższym, najważniejszym prawem, które nie może podlegać ograniczeniu nawet w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa państwa. Prawo to również nie może być interpretowane wąsko i wymaga od państwa podjęcia pozytywnych działań zapew-

17 Piandiong przeciwko Filipinom, skarga nr 869/1999, Mansaraj i inni przeciwko Sierra Leone, skargi nr 839–841/1999, A. de Zayas, R. Wieruszewski, Ochrona praw człowieka, *op. cit.*, s. 137.

18 Piandiong przeciwko Filipinom, skarga nr 869/1999, za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary Second Edition*, Oxford University Press, New York, 2004.

19 Roberts przeciwko Barbados, skarga nr 504/92, Bradshaw przeciwko Barbados, skarga nr 489/ 92, J. Bair, *The International Covenant on Civil and Political Rights and Its (First) Optional Protocol*, Peter Lang Frankfurt am Main, 2005, s. 6.

20 M. Nowak, *U.N. Covenant...*, *op. cit.*, s. 121.

21 Drugi Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych w Sprawie Zniesienia Kary Śmierci z 19 grudnia 1989 r., A. Przyborska–Klimczak, *Prawo międzynarodowe...*, *op. cit.*

22 Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcomms.htm> Nie przytaczane w niniejszym opracowaniu.

niających jego poszanowanie²³. Artykuł 6 nie nakłada na państwa obowiązku zniesienia kary śmierci w ogóle, lecz Komitet sugeruje, że jest to pożądane. Państwa są jednakże zobowiązane do ograniczenia jej stosowania tylko do przypadków najcięższych przestępstw. Z art. 6 wynika, iż kara śmierci może być stosowana jedynie zgodnie z prawem obowiązującym w momencie popełnienia zbrodni i zgodnie z Paktem²⁴, czyli jedynie w przypadkach bardzo ciężkich przestępstw i jedynie na podstawie ostatecznego orzeczenia właściwego sądu. Kary śmierci nie można także orzec wobec osoby poniżej 18 roku życia oraz wykonać jej na kobiecie w ciąży, a każda osoba skazana na śmierć powinna mieć prawo do ubiegania się o prawo łaski lub złagodzenie wyroku.

Z orzecznictwa Komitetu wynika, że jednym z pozytywnych działań, do których zobowiązanie są państwa–strony wobec cudzoziemców, jest zapewnienie im ochrony przed wydaleniem w sytuacjach, w których w kraju, do którego mają zostać wydalen, grozi im naruszenie prawa do życia²⁵.

Inne naruszenia art. 6, stwierdzone przez Komitet w trakcie rozpatrywania spraw indywidualnych to, m.in. arbitralne pozbawienie życia przez funkcjonariuszy państwa,²⁶ porwania i zniknięcia osób, które miały miejsce głównie w Ameryce Łacińskiej²⁷, w niektórych przypadkach podstawy orzeczenia i sposób wykonania kary śmierci²⁸, niespełnienie gwarancji procesowych określonych w art. 14 Paktu²⁹. Złe warunki więzienne, w przypadku oczekiwania na karę śmierci mogą, wraz z dodatkowymi okolicznościami, stanowić podstawę do stwierdzenia naruszenia zakazu niehumanitarnego i niehumanitarnego traktowania³⁰. W przypadku tzw. *death-row phenomenon*³¹, Komitet uznał jednak, iż 11 lat oczekiwania na wykonanie kary śmierci

23 Por. M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 122.

24 Art. 6 ust. 2–5. A. Przyborska–Klimczak, Prawo międzynarodowe..., *op. cit.*, Także D. McGoldrick, The Human Rights Committee, Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights, Clarendon Press, Oxford 1991, s. 332.

25 Judge przeciwko Kanadzie, skarga nr 829/1998, Ng przeciwko Kanadzie, skarga nr 469/1991, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

26 Wiele spraw dotyczących arbitralnego pozbawiania życia przez organy państwowe dotyczyło takich krajów jak Kolumbia, Surinam, Urugwaj, Zambia, Zair, np. Camarago przeciwko Kolumbii, skarga nr 45/1979, Grudniowe zabójstwa w Surinamie, skargi nr 146, 148–154/1983, Chongwe przeciwko Zambii, skarga nr 821/1998, Eduardo Bleier przeciwko Urugwajowi, skarga nr 30/1979, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 129, 130.

27 Belier przeciwko Urugwajowi, skarga nr 30/1978, Bracia Sanjuan przeciwko Kolumbii, skarga nr 181/1984, Mojica przeciwko Republice Dominikany, skarga nr 449/1991, Bautista przeciwko Kolumbii, skarga nr 563/1993, Laureano przeciwko Peru, skarga nr 540/1993, Arhuaco przeciwko Kolumbii, skarga nr 612/1995, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

28 Lubuto przeciwko Zambii, skarga nr 390/1990, Kennedy przeciwko Trynidad i Tobago, skarga nr 845/1998, Thompson przeciwko St. Vincent i Grenadines, skarga nr 806/1998, Ibaño przeciwko Filipinom, skarga nr 1077/2002

29 Komitet orzekł naruszenie przez państwa gwarancji procesowych w przypadkach orzeczenia kary śmierci w sprawach przeciwko m.in. Zairowi, Jamajce, Trynidad i Tobago, Zambii, Sierra Leone, Tadżykistanu, np. Ashby przeciwko Trynidad i Tobago, skarga nr 580/1994, Piandong i inni przeciwko Filipinom, skarga nr 869/1999, Kurbanov przeciwko Tadżykistanowi, skarga nr 1096/2002, Pratt i Morgan przeciwko Jamajce, skarga nr 210/1986 i 225/1987, Kelly przeciwko Jamajce, skarga nr 253/1987, Williams przeciwko Jamajce, skarga nr 609/1994, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

30 Pratt i Morgan przeciwko Jamajce, skargi nr 210/1986 i 225/1987, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 147.

31 Pojęcie zawarte w orzeczeniu Soering przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 14038/88, oznaczające przedłużające się oczekiwanie w więzieniu na wykonanie kary śmierci, które może w określonych okolicznościach powo-

ci, na skutek wykorzystywania przez skazanego wszystkich możliwych środków ochrony, jest lepsze dla skazanego niż jej wykonanie³².

1.1. Wydalenie cudzoziemca będące naruszeniem art. 6 Paktu

Jednym z podstawowych obowiązków ciążących na państwach–stronach Paktu jest niewydalanie cudzoziemców do innych państw (bez względu na to czy są one stronami Paktu), w których grozi im rzeczywiste ryzyko skazania na karę śmierci i jej wykonania w sposób niezgodny z Paktem. Dlatego też przed wydaleniem cudzoziemca do innego kraju państwo–strona jest zobowiązana do zbadania takiego zagrożenia. Jeżeli ryzyko istnieje, państwo–strona nie może wykonać wydalenia do czasu uzyskania wiążącego zapewnienia, że egzekucja nie zostanie wykonana.

W orzecznictwie w sprawach indywidualnych Komitet zastosował po raz pierwszy zasadę *non-refoulement* w przypadku skarg przeciwko Kanadzie, złożonych przez osoby, którym groziła kara śmierci w Stanach Zjednoczonych. Jednakże w pierwszej sprawie, Kindler przeciwko Kanadzie, Komitet, po przeanalizowaniu orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka³³ wydał decyzję, w której stwierdził, iż Pakt nie został przez Kanadę naruszony. Skarga dotyczyła okoliczności wydalenia skarżącego do stanu Pensylwania w Stanach Zjednoczonych, gdzie groziła mu kara śmierci. Komitet uznał, że „*istotne okoliczności, prowadzące do orzeczenia wydanego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka różnią się w sferze materii od okoliczności niniejszej sprawy. W szczególności, różnią się one odnośnie wieku, stanu umysłu przestępcy, oraz warunków oczekiwania na karę śmierci*”³⁴, mimo iż Kindler mógł spodziewać się takiego samego traktowania jak Soering. Podobne orzeczenie Komitet wydał w sprawie Cox przeciwko Kanadzie³⁵.

Z orzecznictwa Komitetu wynika, że wydalenie cudzoziemca do kraju, w którym przepisy zezwalają na stosowanie w określonych przypadkach kary śmierci lub w którym grozi mu orzeczenie lub wykonanie kary śmierci, nie stanowi samo w sobie przesłanki do stwierdzenia naruszenia art. 6. Komitet orzekł tak m.in. w sprawie G.T. przeciwko Australii³⁶, w której cudzoziemiec, obywatel Maleszji, miał zostać deportowany do swojego kraju pochodzenia. Ponieważ Australia przeprowadziła dochodzenie i uzyskała zapewnienie, że Maleszja nie zastosuje wobec skarżącego kary śmierci, gdyż nie stosuje tej kary w przypadku przestępstw takiego typu, jakie

dować cierpienia psychiczne urastające do tortur czy nieludzkiego traktowania.

32 Errol Johnson przeciwko Jamajce, skarga nr 588/1994, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

33 Soering przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 14038/88, Europejski Trybunał Praw Człowieka <http://www.echr.coe.int>

34 Kindler przeciwko Kanadzie, skarga nr 470/1991, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 186.

35 Cox przeciwko Kanadzie 470/1991, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

36 G.T. przeciwko Australii, skarga nr 706/1996, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

popęłnił skarżący, Komitet nie stwierdził naruszenia art. 6 Paktu. W innych sprawach dotyczących wydalenia Komitet nie stwierdził groźby naruszenia art. 6 poprzez poddanie wydalanego cudzoziemca karze śmierci³⁷.

Naruszenie Paktu może mieć także miejsce, gdy egzekucja ma zostać dokonana za pomocą określonych metod, np. tak jak w sprawie Ng przeciwko Kanadzie³⁸, w której kara śmierci miała zostać wykonana w komorze gazowej za pomocą cyjanku, jak również w przypadku przedłużającego oczekiwania na wykonanie kary. W takich sprawach Komitet stwierdzał jednak naruszenie art. 7, a nie art. 6 Paktu³⁹.

W niektórych z powołanych powyżej spraw pojawił się problem dotyczący różnicy obowiązków ciążyących na państwach, które zniosły karę śmierci a tymi, które ją stosują, a także pomiędzy państwami–stronami Drugiego Protokołu Fakultatywnego oraz państwami, które tego Protokołu nie podpisały. Początkowo w sprawie Kindler⁴⁰, większość Komitetu była zdania, iż państwa, które zniosły karę śmierci, nie mają obowiązku powstrzymania się od wydalenia cudzoziemca do krajów w których jest ona stosowana, o ile spełniają wymogi określone w ust. 2–5 artykułu 6 Paktu⁴¹. Komitet zmienił ten sposób interpretacji Paktu w orzeczeniu Judge przeciwko Kanadzie⁴². Powołał się na sposób interpretacji Paktu jako żywego instrumentu oraz coraz szerszą międzynarodową zgodę na zniesienie kary śmierci i stwierdził, iż jedynie państwa, które nie zniosły kary śmierci mają obowiązek badania, czy w państwie, do którego cudzoziemiec ma zostać wydany, przestrzegane są warunki określone w art. 6 ust. 2–5 Paktu. Te państwa, które zniosły karę śmierci, zobowiązane są do nienarażania jednostki na rzeczywiste ryzyko jej zastosowania, dlatego nie mogą wydać lub wydać cudzoziemca do innego państwa, gdzie grozi mu skazanie i wykonanie kary, bez uzyskania wiążących zapewnień, iż nie będzie ona wykonana. W konsekwencji Kanada, jako państwo, które zniosło karę śmierci (mimo iż nie jest stroną 2 Protokołu Dodatkowego) naruszyła art. 6 Paktu poprzez wydalenie Judge do Stanów Zjednoczonych, w których był on skazany na karę śmierci.

37 Cox przeciwko Kanadzie, skarga nr 539/1993, A.R.J. przeciwko Australii, skarga nr 692/1996, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 151.

38 Ng przeciwko Kanadzie, skarga nr 469/1991, patrz M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 151.

39 Szerzej pkt 2.2. niniejszego artykułu.

40 Kindler przeciwko Kanadzie, skarga nr 470/1991, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

41 *Ibidem*. Wielu z członków Komitetu przygotowało zdania odrębne.

42 Judge przeciwko Kanadzie, skarga nr 829/1998, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 151–152.

2. Artykuł 7 i 10 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych

Artykuł 7 Paktu gwarantuje wolność od tortur i innego nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, jak również okrutnego traktowania i karania⁴³. Ponieważ celem artykułu 7 jest ochrona godności i integralności fizycznej i psychicznej jednostki ludzkiej, obowiązkiem państwa jest zapewnienie wszystkim ochrony poprzez prawne i faktyczne działania, mające na celu zapobieżenie czynom sprzecznym z treścią art. 7, niezależnie, czy są one dokonywane przez funkcjonariuszy państwa czy osoby prywatne⁴⁴ oraz ściganie tych przestępstw i karanie sprawców tortur⁴⁵. Zakaz wynikający z art. 7 uzupełniony jest przez obowiązek podjęcia pozytywnych działań wynikających z treści art. 10⁴⁶.

Jedną z form ochrony przed naruszeniem art. 7 jest ciążący na państwach–stronach Paktu obowiązek wstrzymania się od szeroko rozumianego wydalenia cudzoziemców. Według Komitetu Praw Człowieka, art. 7 nakłada na państwa m.in. obowiązek nienarażania jednostek na niebezpieczeństwo tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania poprzez zmuszenie ich do powrotu do określonego kraju, wydalenie lub ekstradycję⁴⁷.

2.1. Ustalenie pojęcia tortury, nieludzkie i poniżające traktowanie albo karanie

Aby móc określić zakres ochrony przysługujący cudzoziemcom na podstawie art. 7 i art. 10, należy wskazać treść pojęć „tortury” i „nieludzkie lub poniżające

43 „Nikt nie będzie poddawany torturom lub okrutnemu, nieludzkiemu albo poniżającemu traktowaniu lub karaniu. W szczególności nikt nie będzie poddawany, bez swej zgody swobodnie wyrażonej, doświadczeniom lekarskim lub naukowym”, A. Przyborska–Klimczak, *Prawo międzynarodowe...*, *op. cit.*

44 Przykładem zmieniających się standardów ochrony praw człowieka jest uznanie przez Komitet przemocy domowej wobec kobiet i dzieci, czy takich tradycji czy zwyczajów jak mutilacja kobiet czy sati za naruszenie art. 7 Paktu, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 184.

45 Aby zapobiec naruszeniu art. 7, państwa powinny informować Komitet o środkach podjętych w celu ochrony osób znajdujących się w szczególnie trudnej sytuacji, a w przypadku więźniów i osób aresztowanych zastosować określone zasady ich przetrzymywania. Czyny sprzeczne z art. 7 muszą być uznane za przestępstwa, a osoby naruszające art. 7, czy to przez zachęcanie, rozkazywanie, tolerowanie czy wykonywanie zabronionych czynów muszą za nie odpowiedzieć. Osoby, które odmawiają wykonania rozkazów obejmujących czyny sprzeczne z treścią art. 7 nie mogą być pociągnięte za to do odpowiedzialności. Skargi powinny być rozpatrywane szybko i niezależnie przez odpowiednie władze, tak aby podjęte środki były efektywne. Amnestie wobec osób dokonujących czynów sprzecznych z treścią art. 7 są sprzeczne z obowiązkiem państw ścigania takich czynów. Państwa nie mogą pozbawiać ofiar możliwości uzyskania odszkodowania za działania sprzeczne z tym artykułem, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 184.

46 „Każda osoba pozbawiona wolności będzie traktowana w sposób humanitarny i z poszanowaniem przyrodzonej godności człowieka. 2. a) Osoby oskarżone będą, oprócz wyjątkowych okoliczności, oddzielone od osób skazanych i będą podlegały innemu traktowaniu, odpowiadającemu ich statusowi osób nie skazanych, b) oskarżeni młodociani będą oddzieleni od dorosłych i możliwie jak najszybciej postawieni przed sądem celem osądzenia. 3. System penitencjarny obejmować będzie traktowanie więźniów, którego zasadniczym celem będzie ich poprawa i rehabilitacja społeczna. Przestępcy młodociani będą oddzieleni od dorosłych i traktowani stosownie do swego wieku i statusu prawnego”, A. Przyborska–Klimczak, *Prawo międzynarodowe...*, *op. cit.*

47 Uwagi ogólne Komitetu Praw Człowieka nr 20, par. 6 Uwagi ogólne nr 15 par. 5, dostępne na stronie internetowej Biura Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka, <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

traktowanie albo karanie”. Komitet w wydanych przez siebie zaleceniach nie zawarł definicji tych pojęć, lecz wskazał kryteria, którymi należy się posłużyć przy ocenie danego działania⁴⁸: „Pakt nie zawiera żadnej definicji pojęcia zawartego w art. 7, jak również Komitet nie uważa, aby koniecznym było stworzenie listy zakazanych czynów lub określanie wyraźnych różnic pomiędzy różnymi rodzajami karania lub traktowania; rozróżnienie zależy od natury, celu i surowości badanego działania⁴⁹”. Według Komitetu, ustalenie zakresu obowiązków państw w zakresie art. 7 powinno odbywać się w świetle innych instrumentów międzynarodowych⁵⁰, w szczególności Konwencji przeciwko torturom⁵¹.

2.1.1. Tortury

Definicję tortur zawiera Konwencja przeciwko torturom⁵². Wprowadza ona kilka elementów, które muszą zaistnieć, aby określony rodzaj traktowania można było

48 Uwagi ogólne nr 20 zastąpiły Uwagi ogólne nr 7.

49 Uwagi ogólne Komitetu Praw Człowieka nr 20, par. 4, por. M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 160.

50 A. Michalska, Komitet Praw Człowieka, *op. cit.*, s. 123, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 161. Dodatkowo przy interpretacji pomocne są następujące dokumenty: Zespół zasad dotyczących ochrony osób więzionych lub zatrzymywanych, przyjęty jako rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych w 1988 r., zgodnie z którym zwrot „okrutne, nieludzkie lub poniżające traktowanie lub karanie” powinien być tak interpretowany, aby objął jak najszerszą ochronę integralności fizycznej i psychicznej jednostki. Również inne dokumenty, do których odwoływali się członkowie Komitetu, tj. Reguły Minimalne Traktowania Więźniów, uchwalone przez Konferencję Narodów Zjednoczonych w 1955 r. i zaakceptowane w 1977 r. rezolucją Rady Gospodarczej i Społecznej, Kodeks postępowania funkcjonariuszy państwowych stosujących prawo, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w 1979 r., Zasady Etyki Medycznej dotyczące roli personelu służby zdrowia, szczególnie lekarzy, w ochronie więźniów i aresztowanych przed torturami i innym okrutnym lub poniżającym traktowaniem lub karaniem, uchwalone przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w 1982 r. Konwencja ONZ przeciwko torturom wprowadza na poziomie międzynarodowym, oprócz zasady *non-refoulement* możliwość rozpatrywania skarg na jej naruszenia na poziomie międzynarodowym, ustanawiając Komitet przeciwko Torturom, wyposażony w instrumenty rozpatrywania raportów państw i indywidualnych i skarg międzypaństwowych. Europejska Konwencja o Zapobieganiu Torturom i Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu lub Karaniu zapewnia system niezapowiedzianych wizyt kontrolnych w więzieniach i innych instytucjach izolacyjnych za pomocą ciała traktatowego, jakim jest Europejski Komitet Zapobiegania Torturom i Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu, CPT. W 1985 r. Komitet Praw Człowieka ustanowił funkcje Specjalnego Sprawozdawcy z szerokim mandatem do badania podejrzeń tortur we wszystkich krajach na świecie, a w 2002 r. Zgromadzenie Ogólne NZ przyjęło protokół dodatkowy do CAT, który ustanawia system wizyt we wszystkich miejscach detencji, podobnie jak ECPT. M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 158. Zakaz z art. 7 obejmuje nie tylko działania powodujące cierpienia fizyczne ale także cierpienia psychiczne ofiary, także kary cielesne, m.in. wobec uczniów w instytucjach edukacyjnych oraz pacjentów w placówkach medycznych. Art. 7 wyraźnie zabrania także dokonywania medycznych lub naukowych eksperymentów na osobach bez ich zgody. Komitet zwrócił uwagę na konieczność zapewnienia szczególnej ochrony w sytuacji w której osoby poddawane eksperymentom mogą nie być świadome wyrażenia zgody, lub gdy eksperymentom poddawane są osoby zatrzymane lub uwięzione.

51 Konwencja przeciwko torturom ogranicza pojęcie tortur do czynów popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych lub osoby działające jako przedstawiciele państwa i Komitet uznał od razu horyzontalny charakter tego prawa Uwagi ogólne nr 7, par. 2, Uwagi ogólne nr 15 par. 5, dostępne na stronie internetowej Biura Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka, <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

52 Zgodnie z treścią artykułu 1 Konwencji przeciwko torturom określenie „tortury” oznacza każde działanie, którym jakiegokolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub z ich polecenia albo za wyraźną lub milczącą zgodą. Określenie to nie obejmuje bólu lub cierpienia wynikających jedynie ze zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie związanych z tymi sankcjami lub wywołanych przez nie przypadkowo”. Helsinki Foundation for Human Rights, Human Rights..., *op. cit.*

uznać za tortury: natura danego czynu, intensywność i rodzaj zadanego bólu, zamiar, określony cel działania, tożsamość sprawcy i ewentualne wyłączenie określonych działań z kręgu tortur, dokonane przez państwa w ich ustawodawstwie⁵³. Najtrudniej jest odróżnić tortury od okrutnego i niehumanitarnego traktowania w zależności od bólu, gdyż sposób odczuwania bólu jest cechą indywidualną. Dlatego też w każdej sprawie należy wziąć pod uwagę jej indywidualne okoliczności⁵⁴. Przykłady czynów uznanych przez Komitet za sprzeczne z treścią art. 7 można znaleźć w orzeczeniach Komitetu oraz w dokumentach z rozpatrywania raportów państw⁵⁵. Najwięcej indywidualnych spraw, w których Komitet stwierdzał stosowanie tortur odnosi się do dyktatury wojskowej w Urugwaju⁵⁶. W większości przypadków tortury powodowały trwałe uszkodzenia ciała i zdrowia. W przeważającej większości osoby, których dotyczyły skargi przeciwko Urugwajowi, zmarły na skutek tortur albo nadal są uznawane za zaginione. Inne kraje, w których Komitet stwierdzał stosowanie tortur to Bolivia, Kolumbia, Zair pod rządami Mobuto, Gwinea Równikowa, Libia⁵⁷, Gruzja⁵⁸, Trynidad i Tobago⁵⁹.

53 A. Boulesbaa, *The UN Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, Kluwer Law International, The Hague 1999, s. 9.

54 M. Nowak, *U.N. Covenant...*, *op. cit.*, s. 162.

55 Rozpatrując sprawozdania państw, członkowie Komitetu zadawali państwom następujące pytania: czy stosując pozbawienie wolności za inne czyny aniżeli naruszenie prawa; czy decyzje o umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym mogą być "tajne"; czy osoby chore na AIDS mogą być przymusowo izolowane pod pretekstem ochrony zdrowia publicznego; jakie kary mogą być nakładane na więźniów; czy osoby odpowiedzialne za torturowanie więźniów są pociągane do odpowiedzialności; czy ofiary otrzymują zadośćuczynienie; jakie są zasady klasyfikacji więźniów. Ponadto członków Komitetu interesowały również rodzaje kar cielesnych, warunki socjalne i opieka medyczna w więzieniach, zasady kontaktu więźniów z rodzinami, zasady pomocy postpenitencjarnej. Komitet uznawał za niehumanitarne działania polegające m.in. na przeszukiwaniu intymnych części ciała więźnia bez jego zgody, pozbawianie go kontaktu z rodziną przez dłuższy okres czasu, utrudnianie kontaktu z lekarzem i adwokatem, celowe opóźnienia w zaznajamianiu osoby aresztowanej o treści kierowanych wobec niej zarzutów. Za: A. Michalska, *Komitet Praw Człowieka*, *op. cit.*, s. 125.

56 W tych sprawach ofiary, przeważnie przetrzymywane *incommunicado*, były poddawane najróżniejszym brutalnym torturom, takim jak regularne bicie, podłączanie palców, powiek, nosa i genitaliów do prądu i równoczesne przywiązanie osoby do metalowej ramy łóżka, obwiniecie palców i genitaliów drutem, przypalanie papierosami, długotrwałe zawieszanie za ręce i nogi, często połączone z podłączaniem do prądu, zanurzanie w mieszanke krwi, uryny, wymiotów i ekskrementów, symulowane egzekucje czy amputacje różnych części ciała. Grille Motta, skarga nr 11/1979, Bleier, skarga nr 30/1978, Lopez Burgos, skarga nr 52/1979, Sendic skarga nr 63/1979, Angell Estrella, skarga nr 74/1980, Arzuaga Gilboa, skarga nr 147/1983, Cariboni, skarga nr 159/1983, Bereterretche Acosta, skarga nr 162/1983, Rodriguez, skarga nr 322/1988, M. Nowak, *U.N. Covenant...*, *op. cit.*, s. 162.

57 Komitet uznał samo przetrzymywanie *incommunicado* przez więcej niż 3 lata za tortury i okrutne, niehumanitarne traktowanie, Megreisi przeciwko Libii, skarga nr 440/1990, M. Nowak, *U.N. Covenant...*, *op. cit.*, s. 163.

58 Komitet uznał za tortury i okrutne niehumanitarne traktowanie okrutne bicie, które spowodowało wstrząs, złamanie kości i liczne rany. Domukhovskiy et al przeciwko Gruzji, skargi nr 623, 624, 626, 627/1995, M. Nowak, *U.N. Covenant...*, *op. cit.*, s. 163.

59 W jednej ze spraw, w której państwo nie odpowiedziało na zarzuty zawarte w skardze, dotyczące tortur lub innego niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, Komitet uznał, iż istnieją silne podstawy, aby twierdzić, iż osoba, która zniknęła, została poddana torturom lub innemu działaniu sprzecznemu z treścią art. 7 Paktu. Komitet uznał tak, będąc świadomy okoliczności i natury przymusowych zaginięć osób w określonych krajach, patrz np. Mojica przeciwko Trynidad i Tobago, skarga nr 449/1990, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

2.1.2. Nieludzkie i/lub okrutne traktowanie

W zakresie tego pojęcia mieszczą się wszystkie formy działania powodujące poważne cierpienia, które nie są torturami, ponieważ brakuje im podstawowych elementów właściwych dla tortur oraz te praktyki, które powodują cierpienia, które jednak nie osiągają określonej intensywności. Sprawy, w których Komitet stwierdzał niehumanitarne i/lub okrutne traktowanie dotyczyły m.in. zniknięć, przetrzymywania *incommunicado*⁶⁰, sposobów wykonania kary śmierci; obejmowały one pewne praktyki stosowane wobec więźniów i osób aresztowanych, w pewnych przypadkach warunki w więzieniach i aresztach⁶¹.

2.1.3. Poniżające traktowanie

Poniżające traktowanie stanowi najniższy poziom naruszeń art. 7. Stopień zadanego cierpienia ma w tym przypadku mniejsze znaczenie niż poniżenie ofiary, niezależnie od tego, czy postrzegane jedynie przez ofiarę czy także innych. Komitet generalnie uznawał za naruszenie art. 7 określone warunki w więzieniach, sposoby poniżania i traktowania więźniów⁶². W sprawie Mukong przeciwko Kamerunowi Komitet wskazał, jakie warunki w więzieniach muszą zostać zachowane niezależnie od poziomu rozwoju danego państwa⁶³.

60 Mukong przeciwko Kamerunowi, skarga nr 458/1991, Bozize przeciwko Republice Środkowej Afryki, skarga nr 428/1990, Sarma przeciwko Sri Lance, skarga nr 950/2000, Mojica przeciwko Republice Dominikany, skarga nr 449/1991, Laureano przeciwko Peru, skarga nr 540/1993, Bautista przeciwko Kolumbii, skarga nr 563/1993, Arhuacos przeciwko Kolumbii, skarga nr 612/1995, w tych sprawach Komitet stwierdzał zastosowanie detencji *incommunicado* na podstawie wszystkich okoliczności danej sprawy i dostępnych dowodów, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 176–178.

61 W zakresie tego pojęcia mieszczą się takie działania, jak np. zmuszanie do stania z zawiązanymi oczami nieruchomo pod groźbą kary przez 53 godziny lub zmuszanie do siedzenia nieruchomo na materacu przez kilka dni, Soriano Bouton przeciwko Urugwajowi, skarga nr 37/1978, 20-godzinne opóźnienie w poinformowaniu o wstrzymaniu egzekucji kary śmierci (45 min. przed terminem egzekucji), Pratt i Morgan przeciwko Jamajce, skarga nr 210/1986, wykonanie kary śmierci poprzez zagazowanie, Ng przeciwko Kanadzie, skarga nr 469/1991, trzymanie w tajemnicy terminu wykonania egzekucji i utrzymywanie w tajemnicy miejsca pochówku, jako niehumanitarne traktowanie członków rodziny, Lyashkevich przeciwko Białorusi, skarga nr 887/1999, zniknięcia i przedłużające się przetrzymywanie *incommunicado*, Laureano przeciwko Peru, skarga nr 540/1993, izolacja przez okres roku bez możliwości wysyłania i odbierania korespondencji, Polay Campos przeciwko Peru, skarga nr 577/1994, pozbawienie jedzenia i picia przez kilka dni po aresztowaniu, Tshiskedi przeciwko Zairowi, skarga nr 242/1987, Mika Miha przeciwko Gwinei Równikowej, skarga nr 414/1990, patrz też Mukong przeciwko Kamerunowi, skarga nr 458/1991 w pewnych okolicznościach także warunki w więzieniu, m.in. przetrzymywanie osoby związanej, z zawiązanymi oczami, przetrzymywanie w przyczepie ciężarówki, zmuszanie do spania na ziemi i niezapewnienie odpowiedniej ilości jedzenia, przetrzymywanie w przeludnionej celi, oświetlonej sztucznym światłem przez 24 godziny na dobę, gdzie podczas pory deszczowej woda utrzymywała się na wysokości 10 cm, Buffo Carbalal przeciwko Urugwajowi, skarga nr 22/1978, Larossa Bequio przeciwko Urugwajowi, skarga nr 88/1981, Cariboni przeciwko Urugwajowi, skarga nr 159/1983, Martinez Portorreal przeciwko Republice Dominikany, skarga nr 188/1984, Polay Campos przeciwko Peru, skarga nr 577/1994, Marais przeciwko Madagaskarowi, skarga nr 49/1979. M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 164–165.

62 Np. praktyki stosowane w więzieniu Libertad w Montevideo, w którym więźniów traktowano tak, iż czuli się oni niebezpiecznie, niepewnie, np. powtarzające się odosobnienie, wystawianie na zimno, częste przenoszenie do innej celi, Conteris przeciwko Urugwajowi, skarga nr 139/1983, praktyki opróżniania wiadra z uryną na głowę więźnia, wyrzucanie jedzenia i wody na podłogę i wyrzucanie materaców z celi, bicie, moczenie postania, Francis przeciwko Jamajce, skarga nr 320/1988, Thomas przeciwko Jamajce, skarga nr 321/1988, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 166.

63 Minimalna przestrzeń podłogi i odpowiednia ilość powietrza na jednego więźnia, odpowiednie warunki sanitarne, ubranie, które nie może być poniżające, oddzielne łóżka, odpowiednie wyżywienie.

Nieludzkie i poniżające traktowanie często stanowi naruszenie zarówno art. 7, jak i 10 (1) Paktu. Komitet ma do tego zróżnicowane podejście. W większości spraw badał je pod kątem art. 10 ust. 1 i stwierdzał, iż nie ma potrzeby badania również naruszenia treści art. 7. Są jednak sprawy, w których Komitet stwierdził naruszenie treści art. 7 i 10 ust. 1⁶⁴. Art. 10 ust. 1 ma zastosowanie do wszystkich osób pozbawionych wolności, ust. 2 odnosi się wyłącznie do osób oskarżonych a art. 3 do osób skazanych. Przepis ten jest, wg Komitetu, uzupełnieniem art. 7 w zakresie sposobu traktowania osób pozbawionych wolności. Państwo ponosi pełną odpowiedzialność za jego stosowanie. Odpowiedzialność ta obejmuje funkcjonowanie wszystkich instytucji, w których, zgodnie z prawem krajowym, przetrzymywane są osoby bez ich woli⁶⁵. Komitet stoi również na stanowisku, że to na państwie ciąży obowiązek zagwarantowania osobom pozbawionym wolności odpowiednich warunków bytowych, socjalnych, kulturalnych i opieki medycznej⁶⁶ oraz ochrony przed działaniami innych więźniów naruszającymi prawa określone w ust. 1 tego artykułu. Według Komitetu, art. 10 ma zastosowanie do drobniejszych uchybień w sposobie traktowania więźniów, w porównaniu do art. 7⁶⁷.

2.1.4. Okrutne, niehumanitarne lub poniżające karanie

Ponieważ każda kara zawiera w sobie element poniżenia i często niehumanitarnego traktowania, aby uznać, iż określone karanie jest okrutne, niehumanitarne czy poniżające, musi ono spełniać dodatkowe elementy nagannosci, karygodności czy nieproporcjonalności⁶⁸. Takie działanie może stanowić np. odosobnienie⁶⁹ czy kara dożywocia bez żadnych możliwości ubiegania się o przedterminowe zwolnienie, detencja *incommunicado* czy kary cielesne⁷⁰.

64 Np. Quinteros Almeida przeciwko Urugwajowi, Polay Campos przeciwko Peru, za A. Conte, S. Davidson and R. Burchill, *Defining Civil and Political Rights, The Jurisprudence of The United Nations Human Rights Committee*, Ashgate 2004, s. 97.

65 A. Michalska, Komitet Praw Człowieka, *op. cit.*, s. 134.

66 Pinto przeciwko Trynidad i Tobago, skarga nr 232/1987, A. Michalska, Komitet Praw Człowieka, *op. cit.*, s. 135, patrz też M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 241–247.

67 A. Michalska, Komitet Praw Człowieka, *op. cit.*, s. 135, Psrksnyi przeciwko Węgrom, skarga nr 410/1990, A. Michalska, Komitet Praw Człowieka, *op. cit.*, s. 136. Komitet orzekł również naruszenia art. 10 ust. 1 w przypadkach gdy ofiara przetrzymywana była przez wiele miesięcy w nieznanym miejscu, bez zawiadnienia rodziny, N. Romero przeciwko Urugwajowi, skarga nr 85/1981, a także gdy więzień przebywał przez wiele miesięcy w pojedynczej celi o bardzo małych rozmiarach, Gomez de Voituret przeciwko Urugwajowi, skarga nr 109/1981.

68 M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 167, reprehensibleness.

69 Polay Campos przeciwko Peru, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 175.

70 Tak Uwagi ogólne z 1982 r., sprawa Osbourne przeciwko Jamajce, w której skarżący był skazany, oprócz kary więzienia, na 10 uderzeń biczami. W momencie wykonywania kary miał związane oczy, był zmuszony do zdjęcia ubrania z dolnej części ciała i został „przewieszony” przez beczkę. Także Higginson przeciwko Jamajce, skarga nr 792/1988, Sooklal przeciwko Trynidad i Tobago, skarga nr 928/2000, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

2.2. Zakaz wydalenia na podstawie art. 7 i 10 Paktu

Zgodnie z Uwagami ogólnymi nr 20 „Państwa–Strony nie mogą narażać jednostek na niebezpieczeństwo tortur lub okrutnego, niehumanitarnego i poniżającego traktowania lub karania poprzez wydalenie lub wydanie do innego kraju”⁷¹.

Zakaz wydalenia w związku z ryzykiem naruszenia art. 7 dotyczył m.in. spraw, w których podstawowe znaczenie miał sposób wykonania kary śmierci. Komitet zmienił swoją linię orzecniczą, widoczną w opisanych powyżej sprawach *Kindler* i *Cox* w listopadzie 1993 roku, wydając orzeczenie w sprawie *Ng* przeciwko Kanadzie. Skarżący, obywatel brytyjski urodzony w Kalifornii miał na swoim koncie 19 przestępstw, w tym porwania i 12 morderstw popełnionych w latach 1984 i 1985. Gdyby został oskarżony, zgodnie z kalifornijskim prawem groziłaby mu kara śmierci w komorze gazowej. Mimo iż władze kanadyjskie starały się o uzyskanie oficjalnego zapewnienia Stanów Zjednoczonych, iż *Ng* nie zostanie stracony, został on wydany do USA bez jakichkolwiek gwarancji, iż kara śmierci nie zostanie wykonana. Komitet uznał, iż wydalenie skarżącego do Kanady stanowiło niehumanitarne traktowanie w rozumieniu art. 7, ponieważ „*Kanada, mimo iż mogła rozsądnie przewidzieć, iż Pan Ng, w przypadku skazania, zostanie pozbawiony życia w sposób, który stanowi naruszenie art. 7, uchybiła swoim obowiązkom wynikającym z Paktu, poprzez wydanie Pana Ng bez starania się i uzyskania zapewnienia, iż kara śmierci nie zostanie wykonana*”⁷². W dwóch sprawach dotyczących wydalenia handlarzy narkotykami z Australii, odpowiednio do Iranu i Malezji, Komitet uznał, iż przewidywalne ryzyko poddania karze cielesnej stanowi okrutne, niehumanitarne lub poniżające traktowanie i narusza zasadę *non-refoulement*⁷³. W obu sprawach Komitet uznał jednakże, iż nie istnieje realne ryzyko poddania karom cielesnym w tych krajach, ponieważ Australia uzyskała zapewnienia, zarówno od władz Malezji i Iranu, iż kary te nie są w praktyce wykonywane⁷⁴, dlatego też nie stwierdził naruszenia Paktu.

W sprawie dotyczącej deportacji cudzoziemca, posiadającego w Australii status uchodźcy, Komitet stwierdził, iż deportacja osoby, którą objęło się ochroną, do kraju, w którym nie będzie mogła poddać się leczeniu, co spowoduje pogorszenie się jego stanu zdrowia, będzie stanowiła naruszenie art. 7 Paktu⁷⁵.

71 Uwagi ogólne nr 20, par. 9, za M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 185

72 M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 187.

73 Tak jak w sprawie *Osbourne* przeciwko Jamajce, skarga nr 759/1997, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

74 G.T. Przeciwko Australii, skarga nr 706/1996, A.R.J. Przeciwko Australii, skarga nr 692/1996, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 197, 188.

75 C. przeciwko Australii, skarga nr 900/1999 „W okolicznościach w których państwo–strona uznała swój obowiązek udzielenia skarżącemu ochrony, Komitet uznaje, że wydalenie skarżącego do kraju, w którym jest mało prawdopodobne, iż otrzyma traktowanie niezbędne w przypadku choroby, spowodowanej w całości lub częściowo przez naruszenie przez państwo jego praw, będzie stanowiło naruszenie art. 7 Paktu”, Biblioteka Uniwersyteku Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

2.3. Gwarancje dyplomatyczne

W ciągu ostatnich kilku lat wiele państw zaczęło posługiwać się instytucją gwarancji dyplomatycznych w sprawach deportacji cudzoziemców podejrzewanych o terroryzm. Gwarancje te mają za zadanie pozwolić na wydalenie niepożądanych cudzoziemców bez naruszania ciążących na państwach zobowiązań międzynarodowych. Jednakże praktyka ta jest krytykowana przez organizacje zajmujące się ochroną praw człowieka jako wysoce nieskuteczna w sprawach, w których istnieje zagrożenie torturami, m.in. dlatego, że deportacje wykonywane są do państw znanych z naruszeń praw człowieka takich jak Egipt, Syria czy Jemen⁷⁶. Dlatego też, mimo uzyskania gwarancji dyplomatycznych od państwa przyjmującego, państwo–strona wydalać cudzoziemca, może naruszyć postanowienia Paktu, w szczególności zakaz tortur i innego niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania.

Takie naruszenie stwierdził Komitet Praw Człowieka w sprawie Alzery przeciwko Szwecji⁷⁷. Sprawa dotyczyła obywatela Egiptu, który ubiegał się w Szwecji o nadanie statusu uchodźcy. Władze szwedzkie zdecydowały o wydaleniu go do kraju pochodzenia ze względu na jego rzekomy udział w nielegalnej organizacji terrorystycznej, po uzyskaniu gwarancji dyplomatycznych od władz Egiptu, iż nie będzie on poddany torturom, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu, a czekające go postępowanie sądowe zostanie przeprowadzone zgodnie z zasadami rzetelnego procesu. Mimo gwarancji władz Egiptu, cudzoziemiec został, po przybyciu do tego kraju, umieszczony w więzieniu, gdzie był torturowany i traktowany w sposób niehumanitarny. Wizytujący przedstawiciele ambasady Szwecji nie mieli możliwości spotkania się z cudzoziemcem na osobności i przeprowadzenia niezależnych badań lekarskich. Komitet Praw Człowieka, po zbadaniu okoliczności sprawy, stwierdził naruszenie przez Szwecję art. 7 Paktu, m.in. poprzez wydalenie cudzoziemca do Egiptu, które narażało go na tortury i niehumanitarne traktowanie. Komitet zwrócił m.in. uwagę na to, że gwarancje dyplomatyczne nie zawierały żadnego mechanizmu monitorowania ich zastosowania. Władze Szwecji nie dokonały również żadnych ustaleń poza tekstem gwarancji, które zapewniałyby ich skuteczne zastosowanie. Pierwsza wizyta ambasadora Szwecji i jego pracowników w więzieniu odbyła się po upływie pięciu tygodni od przekazania cudzoziemca do Egiptu, czyli już po upływie okresu, w którym cudzoziemiec jest najbardziej narażony na traktowanie niezgodne z prawami człowieka. Wizyty, które miały miejsce, nie spełniały wymogów dobrych praktyk międzynarodowych, m.in. poprzez brak nacisku ze strony wizytujących na możliwość spotkania się z więźniem w warunkach prywatności i przeprowadzenie odpowiedniej ekspertyzy medycznej i sądowej, nawet wte-

76 Raport Human Rights Watch, Still at Risk, Diplomatic Assurance, No Safeguards against Torture, <http://hrw.org/reports/2005/eca0405>

77 Alzery przeciwko Szwecji, skarga nr 146/2005, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

dy, gdy wyszły na jaw konkretne zarzuty złego traktowania. Komitet stwierdził, że w świetle tych wszystkich faktów państwo–strona nie wykazało, iż uzyskane gwarancje dyplomatyczne były w rzeczywistości wystarczające do wyeliminowania ryzyka złego traktowania w zakresie zgodnym z art. 7 Paktu.

3. Dodatkowe gwarancje przysługujące cudzoziemcom przebywającym na terytorium państwa–strony legalnie

Dodatkowe gwarancje ochrony przed wydaleniem przysługują cudzoziemcom przebywającym na terytorium państwa–strony legalnie i wynikają z art. 13 Paktu. Cudzoziemiec taki może być wydany jedynie poprzez wykonanie decyzji podjętej zgodnie z ustawą, a Pakt przyznaje mu prawo do przedłożenia argumentów przeciwko wydaleniu (chyba że przeciwko przyznaniu takiego prawa przemawiają względy bezpieczeństwa publicznego) oraz domagania się ponownego zbadania sprawy. Dotyczy on nie tylko obywateli innych krajów, ale także bezpaństwowców i uchodźców⁷⁸. Legalny pobyt w rozumieniu art. 13 obejmuje m.in. czas ubiegania się o nadanie statusu uchodźcy⁷⁹, a wydanie decyzji o wydaleniu nie pozbawia danej osoby legalnego pobytu⁸⁰.

Art. 13 ma zastosowanie do wszystkich procedur zmierzających do obligatoryjnego wyjazdu cudzoziemca z danego państwa, bez względu na to, jak są one określone w prawie krajowym⁸¹. Początkowo Komitet nie uznawał jednakże swoich kompetencji do rozpatrywania skarg na postanowienia o ekstradycji, lecz zmienił swoje stanowisko w sprawie Giry przeciwko Republice Dominikany⁸² i później powtórzył je w sprawie Canon Garcia przeciwko Ekwadorowi⁸³.

Celem art. 13 jest zapobieżenie arbitralnym wydaleniom. Wprowadza on również zakaz zbiorowego wydalenia cudzoziemców. Gwarancje prawne określone w art. 13 powinny być dla cudzoziemca efektywne „*we wszystkich okolicznościach i w każdym indywidualnym przypadku*”. Stosowanie art. 13 nie może być dyskryminujące w stosunku do żadnej kategorii cudzoziemców.⁸⁴ W każdej sprawie dotyczą-

78 M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 292.

79 Maroufidou przeciwko Szwecji, skarga nr 58/1979, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

80 Celepli przeciwko Szwecji, skarga nr 456/1991, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

81 Uwagi ogólne nr 15, Uwagi Ogólne nr 15 par. 5, dostępne na stronie internetowej Biura Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka, <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

82 Giry przeciwko Republice Dominikany, skarga nr 193/1985, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

83 Canon Garcia przeciwko Ekwadorowi, skarga nr 319/1988, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

84 Uwagi ogólne nr 15, Uwagi ogólne nr 15 par. 5, dostępne na stronie internetowej Biura Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka, <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>, patrz też A. Michalska, Komitet Praw Człowieka, *op. cit.*, s. 140.

cej wydalenia cudzoziemiec powinien mieć prawo do wyjazdu do takiego kraju, który zgadza się go przyjąć, niekoniecznie do kraju pochodzenia⁸⁵.

Problemy rodzące się na tle art. 13 dotyczą arbitralności decyzji o wydaleniu oraz braku dostępu do procedury odwoławczej. W przypadku pierwszego problemu Komitet najczęściej nie stwierdzał naruszenia art. 13, co wynikało z braku kompetencji Komitetu do badania sposobu interpretacji prawa krajowego przez organy władzy⁸⁶. Zasady badania decyzji o wydaleniu określił on w orzeczeniu Maroufidou przeciwko Szwecji, w której rozpatrywał sprawę obywatelki Grecji zamieszkałej w Szwecji, posiadającej tam prawo stałego pobytu. Została ona zatrzymana jako podejrzana o członkostwo w grupie terrorystycznej, planującej uprowadzenie jednego z byłych ministrów, a decyzja o jej wydaleniu została podjęta na podstawie odpowiedniego przepisu ustawy o cudzoziemcach. Autorka skargi kwestionowała zarzuty rządu, ich ciężar i zasadność i domagała się, aby Komitet ocenił sposób interpretacji zastosowanych przepisów ustawy o cudzoziemcach. Komitet uznał brak swojej kompetencji w tym zakresie i stwierdził, iż art. 13 nie został pogwałcony⁸⁷. W tej sprawie Komitet orzekł, iż „interpretacja prawa krajowego jest co do zasady zadaniem sądów i organów administracyjnych danego państwa. Do uprawnień Komitetu nie należy ocena czy właściwe władze danego państwa zinterpretowały i zastosowały prawo krajowe w sposób prawidłowy w sprawie która znalazła się przed Komitetem na podstawie Protokołu Dodatkowego, dopóki nie okaże się, że nie zinterpretowały one i zastosowały tego prawa w dobrej wierze, lub jest jasne że nadużyły władzy”. Celem badania sposobu interpretacji prawa krajowego jest jedynie ochrona cudzoziemców przed arbitralnym wydaleniem. Jednakże wg Joseph, Schultz i Castan decyzja ta wskazuje na niechęć Komitetu do kwestionowania decyzji sądów krajowych w sytuacji, w której nie ma widocznych naruszeń prawa proceduralnego⁸⁸.

Inna sprawa, która zawierała oba zarzuty, dotyczyła obywatela francuskiego mieszkającego przez 19 lat na Madagaskarze i prowadzącego tam kancelarię adwokacką, której klientami byli najczęściej więźniowie polityczni i liderzy opozycji politycznej. Władze, podejmując decyzję o wydaleniu Francuza, dały mu 2 godziny na spakowanie bagażu, pod nadzorem policji i po upływie 20 godzin od zakomunikowania mu tej decyzji został on umieszczony w samolocie lecącym do Francji. W oczekiwaniu na odlot, cudzoziemiec był przetrzymywany w areszcie bez możliwości kontaktu z urzędnikami, ambasadą, rodziną oraz innymi bliskimi. Nie mógł zaskarżyć decyzji o wydaleniu. Rząd Madagaskaru stał na stanowisku, iż pobyt

85 Uwagi ogólne nr 15, *ibidem*.

86 A. Michalska, Komitet Praw Człowieka, *op. cit.*, s. 142.

87 Maroufidou przeciwko Szwecji, skarga nr 58/1979, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

88 S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, The International Covenant..., *op. cit.*, s. 381.

Francuza na jego terytorium stanowi zagrożenie dla porządku lub bezpieczeństwa publicznego. Komitet orzekł naruszenie art. 13, stwierdzając, iż decyzja o wydaleniu nie była uzasadniona, a skarżący był pozbawiony prawa do jej zaskarżenia⁸⁹.

Komitet odrzucał jako niedopuszczalne *ratione materiae* skargi, w których skarżący uważali, iż odmowa przyznania azylu narusza art. 13, gdyż jej konsekwencją może być decyzja o wydaleniu⁹⁰. Z uwagi na to, iż gwarancje określone w art. 13 przysługują jedynie cudzoziemcom, którzy przebywają na terytorium danego państwa legalnie, Komitet uznał, iż artykuł ten nie został naruszony w sprawie, w której skarżący ubiegał się w Kanadzie o nadanie statusu uchodźcy, a organy państwowe podjęły decyzję o jego wydaleniu. Podstawą decyzji o wydaleniu tego cudzoziemca było podejrzenie, iż prowadził on działalność sprzeczną z prawem i Komitet potwierdził, iż nie ma on kompetencji do oceny uzasadnienia tej decyzji⁹¹.

Art. 13 chroni cudzoziemców poprzez zagwarantowanie im prawa do procedury odwoławczej. W każdej sprawie cudzoziemiec powinien mieć możliwość przedstawienia argumentów przeciwko wydaleniu⁹², co powinno mieć formę ustnego przesłuchania. Odwołanie powinno trafić do organu wyższej instancji, przy czym nie musi to być sąd. W sprawie Giry przeciwko Republice Dominikany Komitet uznał, że pomimo że skarżący został skazany na 28 lat więzienia w Stanach Zjednoczonych za handel narkotykami, powinien mieć prawo do odwołania się od decyzji o ekstradycji do USA⁹³. Dodatkowo, cudzoziemiec musi mieć zagwarantowane takie warunki odwołania, aby było ono efektywne. Państwo ma także obowiązek poinformowania cudzoziemca o przysługujących mu środkach odwoławczych⁹⁴. Art. 13 nie nakłada na państwa–strony obowiązku zapewnienia pomocy adwokata, ale powinny one zapewnić prawo wyboru swojego przedstawiciela, którym może być adwokat⁹⁵.

Odwołanie złożone przez cudzoziemca winno mieć efekt suspensywny, a wyjątek może dotyczyć jedynie spraw, w których zagrożone jest bezpieczeństwo państwa. Państwo może oprzeć się na tym argumente jedynie w przypadkach po-

89 Hammel przeciwko Madagaskarowi, skarga nr 155/1987, A. Michalska, Komitet Praw Człowieka, *op. cit.*, s. 143.

90 A. Michalska, Komitet Praw Człowieka, *op. cit.*, s. 143 powołuje tutaj orzeczenie w sprawie M.F. Przeciwno Holandii, skarga nr 173/1984.

91 V.M.R.B. Przeciwno Kanadzie, skarga nr 236/1987, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

92 Komitet stwierdził naruszenie tego prawa np. w sprawach Hammel, skarga nr 155/1983 i Giry przeciwko Republice Dominikany, skarga nr 193/1988, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 197.

93 Podobnie Canon Garcia przeciwko Ekwadorowi, skarga nr 319/1988 czy Hammel przeciwko Madagaskarowi, skarga nr 155/1983, za M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 298.

94 M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 299, Pinkey przeciwko Kanadzie, skarga nr 27/1978, Canon Garcia przeciwko Ekwadorowi, skarga nr 319/1988, Biblioteka Uniwersytetu Minnesota <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/allundocs.html>

95 W Uwagach końcowych do raportu Danii z 2001 r. Komitet stwierdził, iż prawo do reprezentacji powinno, na podstawie art. 13 Paktu, przysługiwać osobom ubiegającym się o nadanie statusu uchodźcy i powinni oni mieć prawo do uzyskania pomocy prawnej, a ci, którzy nie są w stanie pokryć kosztów pomocy prawnej powinni mieć zagwarantowaną bezpłatną pomoc prawną przez cały okres postępowania. UN doc. CCPR/CO/70/DNK, za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, The International Covenant..., *op. cit.*, s. 383.

ważnych zagrożeń natury politycznej czy wojskowej, dla całego narodu. Komitet stwierdził, iż takie okoliczności zaszczyły w sprawie Karker przeciwko Francji⁹⁶, która dotyczyła obywatela Tunezji, skazanego na śmierć w swoim kraju za działalność polityczną, który otrzymał we Francji status uchodźcy. Z powodu podejrzeń o jego związki z międzynarodowym terroryzmem, władze Francji podjęły decyzję o wydaleniu go i nie zezwoliły na przedstawienie dowodów przeciwko wydaleniu. Wydalenie nie zostało wykonane z powodu groźby naruszenia zasady *non-refoulement*, ale Karker został zmuszony przez władze do przebywania na określonym terytorium Francji. Komitet uznał, iż zastosowane w tej sprawie ograniczenia były uzasadnione bezpieczeństwem państwa.

V. Podsumowanie

Konkluzją rozważań zawartych w niniejszym artykule jest potwierdzenie, iż Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych zawiera gwarancje ochrony cudzoziemców przed wydaleniem, niezależnie od ich statusu prawnego w tym kraju. Komitet Praw Człowieka, w Uwagach ogólnych i w swoim orzecznictwie zawarł szereg wytycznych określających zasady interpretacji Paktu, odnosząc się również do kwestii wydalenia cudzoziemców. Szczególnie istotne dla tej ochrony jest potwierdzenie iż państwa–strony Paktu, w przypadku wydalenia cudzoziemca, ponoszą odpowiedzialność za działania niepodlegające ich jurysdykcji. Niewątpliwie najważniejszą jest ochrona przyznana na podstawie art. 6 i 7 Paktu, gdyż dotyczy takich wartości jak życie człowieka i wolność od tortur i innego niehumanitarnego i poniżającego traktowania albo karania.

Mimo iż niektóre z orzeczeń Komitetu mogą budzić wątpliwości, o czym świadczą liczne zdania odrębne poszczególnych jego członków, należy uznać, iż zawarte w Pakcie gwarancje, wraz gwarancjami jakie daje zastosowanie przez Komitet *interim measures* powodują, iż ochrona na podstawie tego aktu może być rzeczywista i skuteczna, co jest szczególnie ważne w sprawach, w których wydalenie cudzoziemca może spowodować nieodwracalne skutki.

96 Karker przeciwko Francji, skarga nr 883/1998, M. Nowak, U.N. Covenant..., *op. cit.*, s. 301.

CHARAKTER PRAWNY WIZ JEDNOLITYCH KRÓTKOTERMINOWYCH W UNII EUROPEJSKIEJ

1. Wstęp

Obowiązek posiadania wizy nałożony jest na obywateli państw trzecich. Wizy, o jakie starać się mogą obywatele państw trzecich, pogrupowane zostały w kilka kategorii. Podstawową kategorię wiz, zgodnie z prawodawstwem unijnym, stanowią wiza jednolite¹. Wiza jednolita uprawnia cudzoziemców, podlegających obowiązkowi wizowemu, do stawienia się na granicy zewnętrznej państwa członkowskiego i stosownie do kategorii wiz, do wnioskowania o tranzyt lub pobyt, o ile inne warunki wjazdu lub przejazdu zostały spełnione.² W ramach wiz jednolitych wyróżniamy następujące ich rodzaje:

- a) wiza lotniskowe,
- b) wiza tranzytowe,
- c) wiza krótkoterminowe (określane również jako wiza podróżne, wielokrotne wiza wjazdowe),
- d) wiza grupowe.

Odrębne dwie kategorie wiz stanowią wiza długoterminowe (wiza narodowe) oraz wiza o ograniczonej ważności terytorialnej.

Celem niniejszego artykułu będzie próba odpowiedzi na pytanie: „czym jest wiza?”. Wątpliwości na polu „pojęciowym” powstają poprzez różne definicje wiza pojawiające się w aktach prawnych i raportach analizujących systemy wizowe. Dodatkowo, choć rozporządzenie tworzące jednolity format wiza wprowadza, zdaje się dosyć jasną i kompleksową definicję wiza, to po głębszej analizie zauważymy, że

¹ Konwencja wykonawcza do układu z Schengen z 14.06.1985 r., Dz.Urz. L 239/19, art.9.

² Wspólne Instrukcje Konsularne dla Misji Dyplomatycznych i Urzędów Konsularnych Dotyczące Wiz, Dz.Urz. UE, 2005/C326/05.

zawiera ona sprzeczne z sobą elementy. Prawidłowe określenie tego, czym jest wiza, ma znaczenie nie tylko teoretyczne. Jeśli okaże się, że zamieszczoną w paszporcie naklejkę wizową utożsamiać należy z wydaną decyzją administracyjną, wówczas będzie to bezpośrednio wpływało na unieważnienie, anulowanie czy wykreślenie wizy z paszportu. Ze względu na jasność przekazu i ograniczoną ilość miejsca, pozostanę w swych rozważaniach przy wizach jednolitych krótkoterminowych. Większość przytoczonej poniżej argumentacji można zastosować również względem innych poszczególnych wiz jednolitych. Jednakże, głównie w zakresie charakterystyki uprawnień, jakie związane są z posiadaniem wizy, każdy rodzaj wizy posiada pewne cechy indywidualne, wyodrębniające go spośród innych.

Na wstępie poddana zostanie analizie definicja wizy zamieszczona w rozporządzeniu Komisji Europejskiej z dn. 29.05.1995 r. tworzącym jednolity format wizy³. Jednocześnie określony zostanie charakter wizy jako zezwolenia. Po pierwsze należy określić, do czego upoważnia wiza. Wskazane zostaną przykłady państw członkowskich Unii Europejskiej stosujących odmienne interpretacje uprawnień związanych z posiadaniem wizy. Jako przykłady państw, będących pełnoprawnymi członkami strefy Schengen, będą podane: Niemcy, Hiszpania, Włochy i Austria, zaś spośród państw będących w trakcie przygotowania do pełnego uczestnictwa w Schengen, opisane zostaną rozwiązania polskie i maltańskie. Przy wyborze grupy badawczej kierowałem się tym, że zastosowane tam rozwiązania częściowo odbiegają od przyjętych w aktach unijnych schematów rozwiązań legislacyjnych. Po drugie, należy zbadać, jakiego rodzaju zezwoleniem jest wiza. W tym celu zostanie wykonana analiza przesłanek, jakimi posługuje się organ podejmujący decyzję.

W dalszej kolejności dokonam analizy cech wizy jako „międzynarodowego aktu administracyjnego”, a także praktycznych aspektów utożsamiania bądź nie, wizy z decyzją administracyjną.

2. Wiza jako zezwolenie

Pierwsze pojawiające się pytanie dotyczy tego, czy wiza jest samoistną decyzją administracyjną czy też rodzajem winiety potwierdzającej fakt wydania decyzji wizowej? Zgodnie z definicją zawartą w rozporządzeniu Komisji Europejskiej z dn. 29.05.1995 r. tworzącego jednolity format wizy, wiza oznacza: *wydane zezwolenie lub podjętą decyzję przez państwo członkowskie, której posiadanie jest konieczne w celu:*

3 Rozporządzenie Rady (WE) nr 1683/95 ustanawiające jednolity formularz wizowy, Dz.Urz. WE nr L 164, 14.07.1995 r.

- 1) *wkroczenia na terytorium danego państwa członkowskiego lub innych państw członkowskich na okres nieprzekraczający 3 miesięcy,*
- 2) *tranzytu przez terytorium państwa wydającego wizę lub inne państwa członkowskie.*⁴

Tu pojawia się problem określenia wizy jako zezwolenia lub decyzji. Takie zestawienie terminologiczne wskazuje, że zezwolenie jest czymś innym niż decyzja administracyjna.

By dokonać analizy charakteru prawnego wizy jako zezwolenia, należy zastanowić się nad źródłem zakazu w zakresie swobodnego poruszania się cudzoziemców po obszarze Unii. Z socjologicznego punktu widzenia kontrole graniczne, jakie mamy obecnie, są niedawno powstałym fenomenem. Przed I wojną światową nie istniały one prawie w ogóle, a przynajmniej nie były systematyczne. Jedynymi zanotowanymi przypadkami były kontrole graniczne odbywające się na granicy rosyjsko-tureckiej. W okresie ostatnich kilku dekad XIX wieku podróźni na kontynencie europejskim potrzebowali tzw. „*carte de visite*”, a nie paszportu. Po II wojnie światowej myślano o zniesieniu kontroli granicznych, do czego jednak nie doszło⁵. Aktem, który w sposób znaczący wpłynął na prawne wyodrębnienie swobody przemieszczania się, była Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, która łącznie z dwoma protokołami dodatkowymi obejmowała następujące prawa i wolności, których korzystanie bywa w praktyce ograniczone koniecznością uzyskania i stosowania pozwoleń administracyjnych:

- prawo poszanowania życia prywatnego i rodzinnego;
- wolność myśli sumienia i wyznania;
- wolność wyrażania opinii;
- wolność zgromadzeń i zrzeszeń;
- prawo własności;
- swoboda poruszania się (wyboru miejsca pobytu, zamieszkania, pracy, wykonywania zawodu).⁶

By obywatele państw członkowskich mogli w pełni i bezpiecznie korzystać z prawa do swobodnego przemieszczania się, należało wprowadzić bardziej restrykcyjne zasady w przedmiocie przekraczania granic zewnętrznych Unii przez obywa-

4 Rozporządzenie Rady (WE) nr 1683/95, *op. cit.*

5 K. Groenendijk, *Reinstatement of Controls AT the Internal Borders of Europe: Why and Against Whom?*, European Law Journal 2004, Vol. 10. No. 2, s. 150.

6 Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 04.11.1950 r., Dz. U. z 1993r. Nr 61, poz. 284, zmieniona następnie protokołami nr 3 (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284–285), nr 5 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284–285), nr 8 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284–285) oraz uzupełniona protokołem nr 2 (Dz.U. z 1995 r., Nr 36, poz. 176 i 178).

teli państw trzecich. Prawnym źródłem tego zakazu są akty prawne, mające związek z ustanowieniem obszaru Schengen i określające cele polityki wizowej w Unii.⁷

Określając wizę jako zezwolenie, trzeba stwierdzić, że istotą typowego pozwolenia administracyjnego jest wiążące ustalenie niezrealizowania żadnej, dającej się oprzeć na obowiązującym prawie, wystarczającej przeszkody w podjęciu określonej działalności czy innego rodzaju zachowań. Skoro prawo przewiduje obowiązek użycia nazwanego aktu przed dokonaniem określonej czynności lub podjęcia działalności, to niezależnie od użytej nazwy będzie to w istocie zezwolenie. Zezwolenie jest formą aktu administracyjnego, jest decyzją o szczególnie nazwie⁸.

Wiza jest pozwoleniem wydawanym w oparciu o przepisy prawne, pomijając sprecyzowanie chronionych bądź realizowanych tym sposobem interesów. Część ta pozostawiona została dyskrecjonalnej władzy organów administracji publicznej i ma głównie związek z szeroko rozumianym bezpieczeństwem państw członkowskich. Istotą i celem regulacji prawnych, przewidujących możliwość wydawania pozwoleń uznaniowych, jest stworzenie możliwości wyznaczania każdemu zakresu jego negatywnych praw podmiotowych względem podmiotu sprawującego władzę publiczną, bądź też określenie granic jego praw pozytywnych. Zawsze jednak organ administracji musi - oprócz przepisu upoważniającego do wydania lub odmawiania pozwolenia - mieć do dyspozycji obowiązujący przepis prawny, z którego można wywieść wniosek o niedopuszczalności takiego zachowania, na którego przeprowadzenia zamierza nie udzielić pozwolenia. To samo dotyczy sytuacji, w których władza wykonawcza zamierza ograniczyć swobodę adresata swojej decyzji jakimikolwiek postanowieniami dodatkowymi.⁹

Wartościowanie zachowań cudzoziemca, polegających na wydaniu pozwolenia w postaci wizy, następuje na podstawie przesłanek, które formułuje sam organ administracji publicznej, będąc jednak ograniczonym obowiązkiem zmieszczenia się w ramach wyznaczonych obowiązującym prawem. Przykładem może być zastosowanie pojęć nieostrych, takich jak: „bezpieczeństwo i porządek publiczny”, jako przesłanek uzasadniających wydanie odmownej decyzji wizowej, czy wprowadzanie przez Wspólne Instrukcje Konsularne kategoryzacji cudzoziemców ze względu

7 W tym miejscu wymienić można przykładowo: Konwencję wykonawczą do układu z Schengen z 14.06.1985 r., Dz.Urz. L 239/19; Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską w wersji zmodyfikowanej przez Traktat Amsterdamski z 1997r., Dz.Urz. UE C 325 z 24.12.2002 r.; Rozporządzenie Rady (WE) z dn. 29.05.1995 r. ustanawiające jednolity formularz wizowy, 1683/95, Dz.Urz. L164.; Wspólny wykaz państw trzecich, których obywatele są zwolnieni z obowiązku wizowego w Państwach Członkowskich na mocy rozporządzenia (WE) nr 539/2001, zmienionego rozporządzeniem (WE) nr 2414/2001 i rozporządzeniem (WE) nr 453/2003 r.; Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen)(WE) NR 562/2006 z dn. 15.03.2006 r., Dz.Urz. L 105/1 z 13.04.2006 r.; Wspólne Instrukcje Konsularne dla Misji Dyplomatycznych i Urzędów Konsularnych Dotyczące Wiz, Dz.Urz. UE, 2005/C326/01.

8 J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2004r., s. 336.

9 D.R. Kijowski, *Pozwolenia w administracji publicznej*, Białystok 2000, s. 302.

na status majątkowy, bez wyraźnego określenia progów dochodowych (do kategorii osób podwyższonego ryzyka zaliczane tam są osoby: „bezrobotne, pozbawione stałych źródeł dochodu”)¹⁰.

Każdy cudzoziemiec może domagać się zbadania jego aplikacji wizowej i – o ile spełnia prawem przewidziane wymagania – udzielenia mu pozwolenia administracyjnego (wizy). Źródłem prawnym takiego roszczenia jest ogólna wolność każdego człowieka przed nieuzasadnionymi ingerencjami ze strony władzy publicznej. Jeżeli w trakcie postępowania okaże się, że ustawowo określony cel, którego ochronie miałyby służyć ograniczenia swobody cudzoziemca nie zostanie naruszony, organ administracji nie powinien odmówić prawem przewidzianego pozwolenia. Prawna swoboda zachowań jednostki (oznaczająca między innymi wolność od jakichkolwiek, nieuzasadnionych przeważającymi interesami ogółu ingerencjami władzy publicznej) staje się w takich okolicznościach podstawą prawną roszczenia o udzielenie pozwolenia (wizy).¹¹

Wizy bywają zezwoleniem wprowadzającym wyjątek od ogólnego zakazu. Takie, a nie inne podejście organu wizowego do podmiotu aplikującego o wizę wynika z kilku elementów. Przede wszystkim znaczną rolę odgrywają tutaj funkcje, jakie spełniają same wizy. W tym miejscu zaznaczyć jedynie można, że znaczna część rozwiązań proceduralnych w zakresie spraw wizowych ukierunkowana jest na utrudnienie określonej grupie cudzoziemców (osoby o niskim statusie majątkowym, obywatele państw, które znalazły się na tzw. „czarnej liście”, wyznawcy pewnych grup religijnych) otrzymania pozytywnej decyzji wizowej.¹² To powoduje, że wiza w określonych przypadkach uznawana być może za rodzaj zezwolenia wyjątkowego.

Poddając analizie wizy z punktu widzenia uprawnień, jakie za sobą niesie ich posiadanie, zauważyć należy, że fakt posiadania wizy nie oznacza prawa wjazdu. Wiza uprawnia do stawienia się na granicy i wnioskowania, stosownie do posiadanej kategorii wizy, o tranzyt lub pobyt na terytorium Unii Europejskiej. To, czy cudzoziemiec zostanie wpuszczony na terytorium UE, zależy nie tyle od faktu posiadania wizy oraz innych niezbędnych dokumentów, ile od spełniania przesłanek, jakie umożliwiły cudzoziemcowi uzyskanie wizy. Poddawane są one na granicy ponownej weryfikacji przez funkcjonariusza straży granicznej.

Posiadanie wizy jest elementem potwierdzającym legalność pobytu cudzoziemca na terytorium Unii, ponadto wiza określa cel, dla którego cudzoziemiec przekroczył granice państwa członkowskiego. Jednocześnie zastanowić się należy, czy

10 Wspólne Instrukcje Konsularne Dotyczące Wiz, Dz.Urz. UE, 2005/C326/01, cz. 5.

11 D.R. Kijowski, *Pozwolenia...*, op. cit., s. 302, 303.

12 A. Szymborska, *Check against delivery*, Fundacja Stefana Batorego, http://www.europarl.europa.eu/hearings/20070228/libe/szymborska_en.pdf, 07.05.2007 r., s. 2.

krótkoterminowa wiza schengenowska, po przekroczeniu granicy państwa członkowskiego, rodzi po stronie cudzoziemca uprawnienie do pobytu, bez potrzeby spełnienia dalszych warunków prawnych.

Zgodnie z przytoczoną powyżej definicją, wiza krótkoterminowej, wiza uprawnia do jednej lub wielu wizyt na terytorium Unii, o ile ich łączny czas nie będzie przekraczał 3 miesięcy w ciągu pół roku od daty pierwszego wjazdu. Definicję tę należy interpretować w połączeniu z definicją wizeny jednolitej, uprawniającej do stawienia się na granicy zewnętrznej państwa członkowskiego i stosownie do kategorii wizeny do wnioskowania o tranzyt lub pobyt¹³. Umieszczenie obok siebie łącznie dwóch elementów (stawienia się na granicy i wnioskowania o pobyt), wskazuje, że cudzoziemiec, otrzymując na granicy prawo wjazdu na terytorium państwa członkowskiego, uzyskuje uprawnienie do legalnego przebywania na obszarze Unii.

Z łączną interpretacją prawa wjazdu i pobytu świadczą również sformułowania zawarte w innych aktach unijnych. Art. 1 pkt 2 lit. A rozporządzenia ustanawiającego jednolity wzór dokumentów pobytowych dla obywateli państw trzecich, określa dla celów rozporządzenia definicję „dokumentu pobytowego” jako upoważnienia wydanego przez władze danego państwa członkowskiego, zezwalającego obywatelowi państwa trzeciego na legalny pobyt na danym terytorium, z wyjątkiem wiz i innych wymienionych enumeratywnie dokumentów.¹⁴ Wnioskować z tego można, że wiza jest uznawana za odrębny dokument, tworzący po stronie cudzoziemca uprawnienie do legalnego pobytu. Uprawnienie nadane przez wizę ma moc obowiązującą, o ile pobyt nie zyska charakteru stałego lub nie będzie powiązany z wykonywaniem jakiejś profesji. Analizując unijny porządek prawny, zauważyć można brak jednolitej definicji odnoszącej się do pobytu cudzoziemców na terenie Unii. Sytuację dodatkowo komplikują różnice interpretacyjne w poszczególnych państwach członkowskich.

Przykładowo w Niemczech, wiza pełni jednocześnie rolę pozwolenia wjazdu i pobytu, co nie jest charakterystyczne dla państw obszaru Schengen, które odróżniają wizę od pozwolenia na wjazd oraz prawa, które pozwala na pobyt po wjeździe do kraju.¹⁵ Zasadniczo w celu wjazdu do Niemiec i pobytu w Niemczech obywatele państw trzecich muszą posiadać tytuł pobytu. Ustawa o pobycie zawiera dwa różne tytuły pobytu: bezterminowe pozwolenie na osiedlenie i zezwolenie na pobyt wydawane na czas określony. Różnice dotyczące pozycji prawnej obywateli państw trzecich wynikają z celu wydania zezwolenia na pobyt. Wiza jest w Niemczech ty-

13 Wspólne Instrukcje Konsularne... *op. cit.*, pkt 2.1, 2.1.3.

14 Rozporządzenie Rady WE ustanawiające jednolity wzór dokumentów pobytowych dla obywateli państw trzecich., z dn.13.06.2002 r., Nr 1030/202, Dz.U.UE.L.02.157.01 z 15.06.2002 r.

15 Working Party on Freedom of Movement of the European Committee on Legal Co-operation: *Council of Europe member states' practice with regard to visas*, A study prepared by the Swiss Institute of Comparative Law, Working Document, Strasburg, CDCJ- GT- MOV (2004) 5, 23.09.2004 r., tłum własne, s. 43.

tulem pobytu, przy czym treść prawa pobytu jest zależna od powodu pobytu podanego w trakcie postępowania przed organem wizowym. W tym przypadku różnica pomiędzy wizą a pozwoleniem na pobyt polega na tym, że wiza jest wydawana za granicą przez niemieckie przedstawicielstwo.¹⁶ Można zauważyć, że ta interpretacja nie jest jednakowa w całym obszarze Schengen, nawet jeśli jest fundamentem Wspólnych Instrukcji Konsularnych.

We Włoszech każdy cudzoziemiec, legalnie przekraczający granicę, w ciągu 8 dni roboczych od momentu wjazdu ma obowiązek zgłoszenia faktu przebywania na terytorium określonej włoskiej prowincji do lokalnego oddziału policji. Tam zostaje mu wydane pozwolenie na pobyt („*permesso di soggiorno*”).¹⁷ Decyzja zezwalająca na pobyt jest elementem legalizującym pobyt cudzoziemca we Włoszech, pomimo że nie można odmówić jej wydania.

Należałoby przy tym odróżnić obowiązek zgłoszenia przebywania przez cudzoziemca na terytorium danego państwa członkowskiego od wydawanego mu pozwolenia na pobyt. Samo zgłoszenie może nie rodzić żadnych konsekwencji, poza ewidencyjnymi. Przykładowo w Belgii cel zgłoszenia jest ewidencyjny, a jego niedokonanie nie rodzi po stronie cudzoziemca negatywnych skutków prawnych¹⁸. Jeśli jednak niedopełnienie tego obowiązku będzie rodziło sankcję w postaci wydalenia cudzoziemca, czy orzeczenia zakazu wjazdu lub połączone będzie z wydaniem pozwolenia na pobyt, wówczas staje się elementem legalizacji pobytu, współistniejącym obok obowiązku posiadania wizey.

W Polsce wyróżnia się wizy wjazdowe, będące wizami narodowymi. Wydawane są one cudzoziemcowi, który przed przekroczeniem granicy uzyskał jedno z zezwoleń: na zamieszkanie na czas oznaczony, na osiedlenie się lub na pobyt rezydenta długoterminowego WE. Odróżnić je należy od wiz pobytowych, które uprawniają do wjazdu i nieprzerwanego pobytu na terytorium Polski lub kilku pobytów następujących po sobie. Do tej kategorii zaliczyć można wizę krótkoterminową (w przeszłości tożsamą z wizą schengenowską).¹⁹ Podkreślić przy tym należy, iż istniejący w Polsce obowiązek meldunkowy nie jest elementem legalizacji pobytu; z jego dopełnieniem nie wiąże się wydanie pozwolenia na pobyt, zaś za niedopełnienie nie można cudzoziemca wydaląc z terenu Polski.

Jeśli przyjąć interpretację stosowaną przez państwo włoskie, wizę należałoby utożsamiać jedynie z „przepustką” upoważniającą do przekroczenia granicy. Obowiązek uzyskania prawnego tytułu pobytu w każdym z państw członkowskich, do

16 Pełnomocnik Rządu Federalnego ds. migracji, uchodźców integracji: *Podręcznik o Niemczech*, www.handbook-deutschland.de/book_pl.html, 04.10.2006 r.

17 Akt Konsolidacyjny, Nr 286 p.f., 25.07.1998 r., www.esteri.it, art. 5, (tłum. własne z wersji ang.).

18 Working Party on Freedom of Movement of the European Committee on Legal Co-operation: *Council of Europe member...*, *op. cit.*

19 Por. Art. 30 i 31 Ust. o cudzoziemcach z dn. 13.06.2003 r., Dz.U. Nr 128, poz. 1175.

którego cudzoziemiec wjeżdża, czyni nieefektywnym działanie samego systemu Schengen. Trudna do zaakceptowania jest sytuacja, w której funkcjonariusz straży granicznej, zezwala na wjazd cudzoziemcowi legitymującemu się wizą jednolita krótkoterminową, odmawiając prawa pobytu. Byłoby to całkowicie sprzeczne z podstawowymi zasadami systemu Schengen, w którym wiza wydana przez jedno z państw członkowskich, należących do układu, jest ważna na terenie innych państw członkowskich.

W niektórych państwach członkowskich wiza schengenowska uprawnia cudzoziemca do podejmowania takich samych czynności, do jakich uprawniają wizy narodowe. Warunkiem jest, że czas prowadzenia określonych działań nie może być dłuższy niż 3 miesiące, co jest okresem ważności wizy. Przykładowo, jeżeli okres trwania studiów w Hiszpanii jest krótszy niż 3 miesiące, wiza wjazdowa jest wystarczająca²⁰. W Niemczech istnieje możliwość podejmowania zatrudnienia na podstawie wizy schengenowskiej²¹. Taka liberalna interpretacja jest szczególnie problematyczna, jeżeli wiza nie przewidywała prowadzenia działalności zarobkowej, czy podejmowania edukacji na terenie państwa członkowskiego. Określenie przyczyn, dla której wiza została wydana nie jest fakultatywne i rodzi po stronie cudzoziemca obowiązek „trzymania się” określonego przy wjeździe celu podróży. Przyczyny, z powodu których może być wydawana wiza krótkoterminowa są różne. Wśród najczęściej występujących są: podróże turystyczne, podróże służbowe, podejmowanie nauki czy wizyty rodzinne. Należy raczej odróżnić prawo do pobytu, które w pewnych państwach członkowskich jest samoistnie związane z faktem posiadania wizy krótkoterminowej, od prawa do podejmowania jakiejkolwiek działalności na terenie tych państw członkowskich. Podejmowanie działalności zarobkowej czy naukowej na terenie Hiszpanii i Niemiec nie zawsze oznacza, że będzie możliwe prowadzenie tej samej działalności na podstawie wizy schengenowskiej na obszarze całej Unii.

Znacznie bardziej ścisłą wykładnię uprawnień, jakie cudzoziemiec zdobywa na mocy posiadania wizy jednolitej krótkoterminowej, stosuje państwo austriackie. Tamtejsze prawo wprowadza wyraźne rozróżnienie pomiędzy wizą a pozwoleniem na pobyt. Wiza zezwala legitymującemu się nią obywatelowi państwa trzeciego na wjazd na terytorium Austrii jedynie w celach turystycznych. Wyłącznie zezwolenie na pobyt umożliwia wjazd do Austrii w celu podejmowania nauki, pracy czy zjednoczenia rodziny²². Podobną restrykcyjną politykę wizową stosuje Malta, będąca w trakcie dostosowywania wewnętrznego porządku prawnego do systemu Schengen. Istniejąca tam imigracyjna policja ma uprawnienia do kontrolowania cudzo-

20 Working Party on Freedom of Movement of the European Committee on Legal Co-operation: *Council of Europe...*, *op. cit.*, s. 37.

21 Pełnomocnik Rządu Federalnego ds. migracji, uchodźców integracji: *Podręcznik...*, *op. cit.*

22 Bundesgesetz über die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Fremden, BGBl. I 1997/75 idf BGBl. I 2002/134, (§§6 i 7), tłum. własne z wersji angielskiej.

ziemców pod kątem wykonywanych przez nich na obszarze państwa maltańskiego czynności. Jeśli obywatel państwa trzeciego zajmuje się pracą czy edukacją, posiadając jednocześnie jedynie wizę turystyczną, krótkoterminową, wówczas policja imigracyjna ma uprawnienia do deportacji takiego cudzoziemca²³.

Niejednolita wykładnia, w zakresie uprawnień związanych z faktem posiadania wizy krótkoterminowej w znacznym stopniu utrudnia proces europeizacji procedur wizowych.

3. Wiza jako „międzynarodowy akt administracyjny”

W raporcie przygotowanym przez Szwedzki Instytut Prawnoporównawczy pt.: *Council of Europe member states' practice with regard to visas*, wizy określone są jako międzynarodowy akt administracyjny²⁴. Oznacza to, że są sformalizowanym objawem woli organu administrującego, podjętym na podstawie prawa i w granicach przysługujących temu organowi kompetencji, skierowanym do zindywidualizowanego adresata w konkretnej sprawie, wywołującym skutki prawne w sferze prawa administracyjnego, a niekiedy również w sferze innych dziedzin prawa²⁵. Ponieważ wiza jest objawem woli organu administrującego jednego państwa, podjętym wobec cudzoziemca, który w tej sytuacji poddaje się władztwu państwa, którego obywatelem nie jest, a także ze względu na szczególny rodzaj transgranicznych uprawnień, jakie niesie za sobą, wizę można uznać za administracyjny akt międzynarodowy.

Za międzynarodowy akt administracyjny (ang. transnational administrative act) uznaje się decyzje podjęte przez organy administracyjne państw członkowskich, wywierające skutek poza granicami danego państwa członkowskiego. Międzynarodowy akt administracyjny nie może być wydawany przez państwa członkowskie incydentalnie i w pojedynczych przypadkach. Podstawę do jego wydawania musi stanowić ogólna norma prawa europejskiego (międzynarodowego). Państwa członkowskie, dla których norma ta jest normą obowiązującą, zobowiązują się do uznawania międzynarodowych aktów administracyjnych wydanych na podstawie i w granicach tej normy, w taki sam sposób jakby same je wydały, nawet jeśli ten rodzaj aktu jest nieznanym przez ich wewnętrzne porządki prawne. Międzynarodowy akt administracyjny spełniać musi wymagania zgodne z prawodawstwem państwa członkowskiego, które wydaje ten akt oraz prawodawstwem unijnym. System prawny państwa rozpatrującego ważność tego rodzaju aktu może przewidywać dla niego inne elementy,

23 Chapter 217, Immigration Act, 21.09.1970 r. z późn. zm., (art. 13) http://docs.justice.gov.mt/lom/legislation/english/leg/vol_5/chapt217.pdf, tłum własne.

24 Working Party on Freedom of Movement of the European Committee on Legal Co-operation: Council of Europe..., *op. cit.*, tłum. własne, s. 19.

25 J. Boć (red.), *Prawo...*, *op. cit.*, s. 322.

czy też w ogóle może nie przewidywać tego rodzaju aktu w swoim porządku prawnym. Jednakże państwo to, akceptując normę prawa europejskiego, zobowiązuje się do uznawania aktów międzynarodowych wydanych przez inne państwa. W innym przypadku niemożliwe byłoby osiągnięcie międzynarodowego efektu. Wspólne dla wszystkich państw członkowskich są za to ogólne zasady prawne, na podstawie których taka decyzja jest podejmowana.²⁶

Przykładem międzynarodowego aktu administracyjnego, innym niż wiza, jest konstrukcja prawna zastosowana w dyrektywie Rady z 15.07.1991 r. dotyczącej wprowadzania do obrotu środków ochrony roślin.²⁷ Artykuł 10 dyrektywy określa warunki uznawalności zezwoleń na dopuszczenie środka ochrony roślin. Jeśli dany środek został dopuszczony do użytku, na podstawie zezwolenia wydanego zgodnie z normami unijnymi w którymś z państw członkowskich, wówczas inne państwa członkowskie zobowiązane są do uznania takiego środka ochrony roślin, o ile warunki klimatyczne są w obu państwach porównywalne.

Z pewnych względów należałoby chyba odróżnić wizę od międzynarodowego aktu administracyjnego, jakim są np. zezwolenia na dopuszczenie do użytku środków ochrony roślin. Analizując dyrektywę 91/414/EEC zauważymy, że konstrukcja zezwolenia opiera się na uznawalności zezwoleń w sytuacji, kiedy spełnione są warunki przewidziane prawem unijnym i kiedy mamy do czynienia z podobnymi uwarunkowaniami regionalnymi. Bez wpływu na obowiązywanie zezwolenia pozostaje forma prawna, w której zostało wydane i procedura jego wydania. Zauważyć jednak można, że standaryzacja nie dotyczy jedynie celu, dla którego wydana została wiza, czyli możliwości przekroczenia granicy, ale również sposobu jej wydania. Na granicy nie jest badany przebieg procedury wizowej państwa członkowskiego, które wizę wydało, a jedynie zgodność naklejki wizowej z wymaganiami formalnymi i spełnianie przez cudzoziemca nakazanych prawem warunków. Tym niemniej wiza schengenowska wydana powinna być zgodnie z obowiązującymi standardami unijnymi, do których dostosowane powinno być prawodawstwo poszczególnych państw członkowskich. Tylko taka wiza będzie wizą ważną. Istotne wydaje się tu przede wszystkim spełnianie przez wizę schengenowską wymagań zgodnych z prawodawstwem europejskim oraz określenie przez prawo europejskie stopnia szczegółowości procedur, na podstawie których międzynarodowy akt administracyjny został wydany.

Pamiętać należy o rozróżnieniu pomiędzy wizą jako decyzją administracyjną (międzynarodowym aktem administracyjnym) a naklejką wizową. Samo umieszcze-

26 Federal Office of Consumer Protection and Food Safety Braunschweig Office: Mutual Recognition of Authorisations according to § 15b German Plant Protection Act, www.bvl.bund.de, marzec 2006 r., s. 2–3. Wskazany dokument odnosi się do dyrektywy z dn. 15.07.1991r. dotyczącej wprowadzania do obrotu środków ochrony roślin, 91/414/EEC, Dz.U. L 230 z 19.08.1991 r.

27 Dyrektywa Rady 91/414/EEC, Dz.U. L 230 z 19.08.1991 r.

nie wypełnionej naklejki wizowej w paszporcie czy też innym dokumencie podróży, jest jedynie czynnością materialno–techniczną. Czynność ta nie wyznacza jednak sytuacji prawnej jednostki, gdyż musi być ona poprzedzona wydaniem rozstrzygnięcia przez dany organ, czy w konkretnej sytuacji osoba ubiegająca się o przyznanie wizy spełnia wszystkie wymagania ustawowe. Takie działania organu autorytatywnie konkretyzują sytuację prawną podmiotu i noszą wszelkie znamiona procesu podejmowania decyzji. Akt wydawania wizy ma cechy decyzji administracyjnej w znaczeniu materialnoprawnym²⁸. Innymi słowy – wiza jest określana jako zezwolenie wydane przez państwo Schengen na przekraczanie granic, ucieleśnione w postaci winiety w paszporcie, tytułu podróży albo innego ważnego dokumentu, pozwalającego na przekroczenie granicy.²⁹

4. „Wiza” a „naklejka wizowa”

Z faktem posiadania wizy związane są pewne uprawnienia i obowiązki strony. Wiza jest rodzajem zezwolenia. Ucieleśniona jest ona w formie naklejki wizowej znajdującej się w paszporcie. Takie rozróżnienie może mieć istotne konsekwencje praktyczne. Przykładowo – nieznaczny błąd, jaki może znaleźć się w naklejce wizowej, nie będzie powodował nieważności wizy. Cudzoziemiec nie będzie zmuszony do ponownego przechodzenia całej procedury.

Załączniki Nr 8 oraz 13 do Wspólnych Instrukcji Konsularnych zawierają opis zabezpieczeń naklejki wizowej oraz elementów, które składają się na kształt naklejki wizowej³⁰.

Naklejkę wizową wypełnia się przed umieszczeniem jej w paszporcie. Ostemplowanie oraz złożenie podpisu następuje po umieszczeniu naklejki w paszporcie lub dokumencie podróży. Jeżeli naklejka wizowa zostanie wypełniona prawidłowo, umieszcza się ją na pierwszej stronie paszportu wolnej od wpisów bądź stempli innych niż stempel identyfikacyjny wniosku. Paszporty, w których nie ma miejsca na umieszczenie naklejki, które straciły ważność lub przy użyciu których – w okresie ważności wizy – nie jest możliwy wyjazd cudzoziemca lub jego powrót do kraju pochodzenia ani też jego wjazd na terytorium państwa trzeciego, nie są przyjmowane.

Kryteria decydujące o tym, w których dokumentach podróży może być umieszczona wiza, są wymienione w załączniku nr 11 do Wspólnych Instrukcji Konsular-

28 Uchwała Składu Pięciu Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 15.11.1999 r., OPK25/99.

29 Working Party on Freedom of Movement of the European Committee on Legal Co-operation: *Council of Europe... op. cit.*, tłum. własne, s. 19.

30 Rozporządzenie Rady (WE) z dn. 29.05.1995 r. ustanawiające jednolity formularz wizowy, Nr 1683/95; Rozporządzenie Rady (WE) z dn. 18.02.2002 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1683/95 ustanawiające jednolity formularz wizowy, Nr 334/2002; załącznik Nr 13 do Wspólnych Instrukcji Konsularnych 22.12.2005, C 326/90.

nych³¹. Wiza nie może zostać umieszczona w dokumencie podróży, jeżeli nie jest on ważny w którejkolwiek z Umawiających się Stron. Jeśli dokument podróży jest ważny jedynie w jednej lub kilku Umawiających się Stronach, umieszczana w nim wiza ogranicza się do danej Umawiającej się Strony lub danych Stron. Jeżeli dokument podróży nie jest uznawany za ważny przez jedno lub więcej państw członkowskich, wiza posiada tylko ograniczoną ważność terytorialną. Misja dyplomatyczna lub urząd konsularny państwa członkowskiego musi stosować ujednolicony wzór formularza, do którego dołącza się wizę wydaną posiadaczom dokumentu podróży nieuznanego przez państwo członkowskie wydające formularz. Taka wiza posiada tylko ograniczoną ważność terytorialną.

Zadać należy pytanie o skutki, jakie będzie wywierał brak w wizie któregośkolwiek z elementów wymienionych w rozporządzeniu Rady ustanawiającym jednolity formularz wizowy (Nr 1683/95) oraz w rozporządzeniu Rady z dn. 18.02.2002 r. zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 1683/95 (Nr 334/2002). Czy skutkiem takim będzie unieważnienie wizy? Istotną kwestią będzie tutaj moment, w którym zauważone zostaną braki w naklejce wizowej.

Podstawową zasadą jest, że na naklejce wizowej nie wolno dokonywać żadnych zmian. Jeżeli przy wypełnianiu wizy zostanie popełniony błąd, naklejkę należy unieważnić. Jeżeli błąd zostaje wykryty przed umieszczeniem naklejki w paszporcie, naklejka zostaje zniszczona lub przecięta po przekątnej na pół. Jeżeli błąd zostanie wykryty po umieszczeniu naklejki w paszporcie, zostaje ona na czerwono przekreślona na krzyż i umieszczana jest nowa naklejka³². Wspólne Instrukcje Konsularne nie wprowadzają rozróżnienia na wady istotne i nieistotne. Wszelkie błędy w naklejce wizowej będą skutkowały jej unieważnieniem. Przy tym celowo użyte tu zostało określenie o unieważnieniu „naklejki wizowej” nie zaś samej wizy. Cudzoziemiec nie powinien przechodzić jeszcze raz procedury wizowej, wystarczy jedynie, że zostanie mu umieszczona w paszporcie (czy innym dokumencie podróży) nowa naklejka wizowa. Samo umieszczenie naklejki wizowej w paszporcie jest jedynie czynnością materialno-techniczną, dokonaną w ramach wcześniej wydanej pozytywnej decyzji o przyznaniu wizy.

Określić by również należało, kto – we wskazanym powyżej przypadku – jest organem właściwym do unieważnienia naklejki wizowej? Logicznym wydaje się, że jeśli błąd wykryty został zaraz po umieszczeniu naklejki w paszporcie, wszelkich zmian będzie dokonywał organ, który wydał wizę (czyli w większości przypadków konsul, szef misji dyplomatycznej czy komendant placówki Straży Gra-

31 Załącznik nr 11 do Wspólnych Instrukcji Konsularnych ustanawiający kryteria dotyczące dokumentów podróży, w których mogą być umieszczane wizy, Dz.Urz. UE, 2005/C326/88.

32 Wspólne Instrukcje Konsularne dla Misji Dyplomatycznych i Urzędów Konsularnych Dotyczące Wiz, Dz.Urz. UE, 2005/C326/05, pkt 5.2.

nicznej)). Problem pojawić się może, kiedy błąd w naklejce wizowej, wydanej przez konsula, wykryty został na granicy.

Organem o kompetencjach władczych na granicy jest komendant placówki Straży Granicznej. Kodeks Graniczny Schengen określa przypadki, w których cudzoziemcowi odmówić można prawa wjazdu na terytorium Unii. W niektórych przypadkach odmowa taka wiąże się z unieważnieniem wizy. Dzieje się tak, jeżeli wobec posiadacza wizy dokonano wpisu w SIS do celów odmowy wyjazdu, chyba że posiada on wizę lub wizę ponownego wjazdu wydaną przez jedno z państw członkowskich i chce wjechać w celach tranzytu po to, aby dotrzeć na terytorium państwa członkowskiego, które wystawiło dokument. Unieważnienia wizy należy dokonać również, jeżeli istnieją poważne podstawy do uznania, że wiza została uzyskana w drodze oszustwa. Jednak nieprzedstawienie na granicy przez obywatela państwa trzeciego jednego lub więcej dokumentów uzupełniających nie prowadzi automatycznie do podjęcia decyzji o unieważnieniu wizy.³³

Unieważnienia dokonuje komendant placówki Straży Granicznej. Jednak we wskazanych tu przypadkach unieważnienie wizy wiąże się z pozbawieniem cudzoziemca uprawnienia, jakie przypisane jest posiadaniu wizy, co skutkuje koniecznością ponownego ubiegania się o wizę.

Można również zastanowić się, czy organem uprawnionym do wprowadzenia poprawek w wizie nie powinien być organ uprawniony do wydawania wiz narodowych, znajdujący się na obszarze państwa członkowskiego. Takie rozwiązanie prawne funkcjonuje dla przykładu w Polsce. Polska ustawa o cudzoziemcach przewiduje, że czynności korygujących dokonać można w przypadku, gdy cudzoziemiec przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wtedy błędy pisarskie i oczywiste omyłki w wizie wydanej przez konsula lub komendanta placówki Straży Granicznej prostuje wojewoda właściwy ze względu na miejsce pobytu cudzoziemca. W innych sytuacjach błędy i pomyłki pisarskie koryguje organ, który wizę wydał, umieszczając w paszporcie nową wizę.³⁴

W sytuacji, kiedy na granicy okazuje się, że naklejka wizowa zawiera błędy, należałoby cofnąć cudzoziemca do kraju jego pochodzenia i nakazać ponowną wizytę w konsulacie państwa członkowskiego, które wydało wizę. Wiąże się to przede wszystkim ze znacznymi kosztami, obciążającymi cudzoziemca i jest bardzo cza-

33 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen)(WE) NR 562/2006 z dn. 15.03.2006 r., Dz.Urz. L 105/1 z 13.04.2006 r. Załącznik V, część A.

34 Ust. o cudzoziemcach z dn. 13.06.2003r., Dz.U. Nr 128, poz. 1175, art. 49. Art. 49 ustawy postuluje się zwrotem „anulowania wizy”. Nie jest to do końca precyzyjne. Wyraźnie odróżnia się konstrukcję „unieważnienia wizy” uregulowaną w art. 48 ustawy o cudzoziemcach od „anulowania wizy”, jednakże „anulowanie wizy” wciąż sugeruje na pozbawienie cudzoziemca uprawnienia, jakie wiąże się faktem posiadania wizy i uznania całej procedury wizowej, jako niebyłej. Z drugiej strony anulowanie oznacza możliwość natychmiastowego ponownego starania się o wizę, zaś unieważnienie ciągnie za sobą szczególne konsekwencje prawne

chłonne. Tu należałoby zastanowić się nad możliwością powierzenia uprawnień komendantowi placówki Straży Granicznej, w zakresie unieważniania naklejki wizowej i wydawania jej ponownie. Komendant placówki Straży Granicznej ma rozległe uprawnienia w przedmiocie ponownej weryfikacji celu, dla którego cudzoziemiec chce przekroczyć granicę. Ma kompetencje w zakresie wydania decyzji odmawiającej prawa wjazdu. Ma również kompetencje do wydania w szczególnych przypadkach wizy. Powstaje więc pytanie, dlaczego nie mógłby dokonywać korekty oczywistych pomyłek pisarskich w wizie? Takie a nie inne regulacje prawne argumentować można zabezpieczaniem wiz przed możliwością nieuprawnionych działań przez cudzoziemca przez dokumentację.

Brak określenia w przepisach unijnych tego, co można uznać za drobną pomyłkę czy oczywisty błąd pisarski, wskazuje na konieczność stosowania w tym zakresie uregulowań obowiązujących w poszczególnych państwach członkowskich. Tu jednak mogą występować różnice.

5. Zakończenie

Podsumowując należy zaznaczyć, że niewątpliwie wiza jest zezwoleniem. A skoro jest zezwoleniem, to jest też decyzją administracyjną. Co z kolei wskazuje na nie w pełni poprawną definicję wizy zawartą w rozporządzeniu ustanawiającym jednolity format wizy. To jakim rodzajem zezwolenia jest wiza, w znacznie mierze determinowane jest przesłankami, jakimi kieruje się organ wizowy wydając decyzję. Jest ona wydawana w granicach uznania administracyjnego. W większości przypadków, głównie ze względów bezpieczeństwa, dla cudzoziemców znajdujących się na tzw. „czarnej liście”, wiza jest zezwoleniem wyjątkowym. Wiza niewątpliwie jest rodzajem „międzynarodowego aktu administracyjnego”. W przypadku wiz szczególnego znaczenia nabiera nie tylko transgraniczny charakter obowiązywania wizy jednolitej krótkoterminowej, ale również ujednolicony przebieg procedury wizowej. Odzwierciedleniem tego poglądu są prace toczące się nad zredagowaniem kodeksu wizowego. Na koniec podkreślić należy różnicę pomiędzy wizą jako decyzją administracyjną a naklejką wizową, będącą jedynie potwierdzeniem faktu otrzymania pozytywnej decyzji wizowej.

Część II

WYBRANE PROBLEMY ZWIĄZANE Z POBYTEM CUDZOZIEMCÓW NA TERYTORIUM RP

KILKA UWAG O POLSKIM PRAWIE O CUDZOZIEMCACH NA OBECNYM ETAPIE

1. Nie trzeba specjalnie przekonywać, że od dłuższego czasu uczestnikiem życia zbiorowego w Polsce – w różnych jego przejawach i aspektach – jest także cudzoziemiec, czyli osoba niezwiązana z naszym krajem formalnym węzłem prawnym w postaci obywatelstwa. Można powiedzieć, że problematyka dotycząca cudzoziemców przestała być w konsekwencji zagadnieniem marginalnym, lecz jest już trwałym elementem toczących się w kraju procesów i stosunków gospodarczych, administracyjnych, kulturowych, socjalnych, obyczajowych itd. Owe „sprawy cudzoziemców” mają swój szeroki wyraz praktyczny, ale oczywiście osadzone są na gruncie regulacji prawnych, które normują sytuację cudzoziemca w różnych dziedzinach życia. W odniesieniu do tych regulacji kształtujących pozycję prawną cudzoziemca w Polsce znajdować może zastosowanie umowne określenie: prawo o cudzoziemcach. Należy jednak zauważyć, iż to prawo o cudzoziemcach może być postrzegane z szerszej lub węższej perspektywy.

W ujęciu najszerszym prawem o cudzoziemcach obejmować można całokształt przepisów, należących do różnych gałęzi prawa, których adresatem jest cudzoziemiec i jego sytuacja we wszystkich możliwych dziedzinach spraw. W ten sposób prawo o cudzoziemcach jawi się tu jako regulacja wielodyscyplinarna, na którą składają się odpowiednie (tj. odnoszące się do kategorii cudzoziemców) unormowania z zakresu prawa, np. karnego, cywilnego, administracyjnego, finansowego czy też międzynarodowego publicznego. Tak szeroko traktowane prawo o cudzoziemcach stanowi w istocie zestaw różnych, występujących na gruncie poszczególnych obszarów unormowań prawnych, „praw o cudzoziemcach”, dość odległych od siebie pod względem przedmiotu, jak i metod regulacji.

W węższym z kolei rozumieniu prawo o cudzoziemcach oznaczać może regulację kształtującą administracyjnoprawny status cudzoziemca. Tworzą ją unormowania o charakterze regulatywnym i reglamentacyjnym, które w sposób jednostronny określają pozycję (położenie) tegoż cudzoziemca na rozmaitych płaszczyznach jego styczności z Rzeczpospolitą Polską. W rezultacie przedmiotem i treścią tego administracyjnoprawnego statusu cudzoziemca jest określenie jego praw, wolności

i obowiązków w poszczególnych obszarach spraw w Polsce (w tym przede wszystkim wprowadzenie różnego rodzaju ograniczeń, różniących sytuację cudzoziemca w Polsce od położenia obywatela polskiego), ustanowienie różnorodnych warunków, nakazów i zakazów adresowanych do cudzoziemca w związku z jego przybyciem i pobytem w Polsce, ustalenie określonych (ogólnych i szczegółowych) powinności dla jego zachowań, określenie możliwości działania w różnych sferach (prowadzenia określonej działalności, np. gospodarczej, wykonywania określonych zawodów), wskazania możliwości i warunków dostępu do pewnych funkcji, dóbr, świadczeń publicznych itd.

Trzon unormowań kształtujących wspomniany administracyjnoprawny status cudzoziemca stanowią regulacje dotyczące wjazdu cudzoziemca do Polski, jego pobytu na terytorium RP, ubiegania się o status szczególny i pobytu w oparciu o ten status (np. uchodźcy) oraz opuszczenia granic Polski, jak również regulacje kwestii organów właściwych w tych sprawach i stosowanych procedur. Regulacje te odnoszą się wszakże do podstawowych faz kontaktu cudzoziemca z RP i związanych z tym stosunków prawnych stanowiących swoisty grunt, na którym następnie wyrastać mogą kolejne, dalsze relacje cudzoziemca z władzą publiczną. Jest rzeczą przy tym oczywistą, że podkreślenie znaczenia (niejako „wyjściowego”) unormowań prawnych dotyczących wjazdu, pobytu i wyjazdu cudzoziemca z terytorium RP nie umniejszają rangi regulacji innych aspektów administracyjnoprawnych jego sytuacji (jak np. ograniczenie dostępu do stanowisk i funkcji publicznych, warunki podejmowania pracy przez cudzoziemca w Polsce, reglamentacja wykonywania niektórych zawodów czy też nabywania nieruchomości). Chodzi tu natomiast o zaznaczenie, że unormowania, o których mowa, tworzą najbardziej wyrazisty, kompleksowy reżim administracyjnoprawny w elementarnych dla cudzoziemca sprawach w zakresie jego styczności z obcym (w tym przypadku: polskim) państwem. I ten właśnie reżim prawny postrzegany może być (i częstokroć jest) jako prawo o cudzoziemcach w ścisłym sensie. Reżim ten najczęściej też wypełnia treści aktów normatywnych nawiązujących w swych nazwach bezpośrednio do sytuacji cudzoziemca (np. w Polsce są to kolejne „ustawy o cudzoziemcach”, w prawodawstwie niemieckim *Ausländergesetz* itd.) i przez to kojarzonych z prawem o cudzoziemcach, a w każdym razie z głównym składnikiem tego prawa.

Jak widać z powyższych uwag, kategorię prawa o cudzoziemcach traktować można w różny sposób i trudno przyjąć tu jakąś jednoznaczną dyrektywę co do jej rozumienia i stosowania. Nie jest to wyodrębniona (pod względem przedmiotowym i metody regulacji) samodzielna gałąź prawa, lecz konwencjonalnie ujęty obszar (węższy lub szerszy) regulacji prawnych, których adresatem jest cudzoziemiec i sprawy go dotyczące. Zakładając ten umowny charakter określenia „prawa o cudzoziemcach”, można dalej mówić o tym prawie w jego ścisłym rozumieniu. Przy

takim ujęciu mamy bowiem do czynienia z najbardziej zwartą i jednorodną materią, traktowaną jako przedmiot rozważań i refleksji badawczych.

2. Wspomniane „prawo o cudzoziemcach” nie jest w naszym kraju jakimś nowym zjawiskiem, lecz ma już swoją tradycję. Reglamentację wjazdu cudzoziemców na terytorium kraju i ich pobytu, różnego rodzaju zakazy i nakazy dotyczące cudzoziemców, ograniczenia w zakresie prowadzenia pewnych rodzajów działalności, wykonywania zawodów i zajmowania stanowisk, ograniczenia w korzystaniu z praw politycznych itd. spotykamy już w dawnej Rzeczypospolitej¹. Z prawem o cudzoziemcach w tym wąskim sensie mamy też do czynienia w II Rzeczypospolitej, a także w okresie powojennym w czasach Polski Ludowej². Jest ono – rzecz jasna – obecne również w dzisiejszym polskim prawodawstwie. Oczywiście, na poszczególnych etapach historycznego rozwoju interesująca nas regulacja prawna przedstawia obraz zróżnicowany pod względem zakresu unormowań, treści rozwiązań prawnych, szczegółowości ujmowania konkretnych aspektów położenia cudzoziemca itp. W jakimś stopniu zróżnicowanie to jest wypadkową wagi problematyki cudzoziemców i skali zainteresowania ze strony państwa w danym okresie. Bez wątpienia też każda regulacja sytuacji cudzoziemca ma u swego podłoża uwarunkowania ustrojowe, polityczne, ekonomiczne, społeczne itp. leżące po stronie państwa, jak również zjawiska i uwarunkowania zewnętrzne, jak np. intensywność i kierunki ruchów migracyjnych, wielkość ruchu osobowego, różnego rodzaju niepokoje i konflikty w państwach czy regionach, które generują emigrację itd. Te ostatnie czynniki rzutują na problematykę cudzoziemców w ogóle i muszą być uwzględniane przy kształtowaniu polityki w sprawach cudzoziemskich i tworzeniu adekwatnych do realnej sytuacji rozwiązań prawnych.

W okresie PRL prawo o cudzoziemcach ujęte było w ustawie z 29 marca 1963 r. o cudzoziemcach³. Ustawa ta powstała w określonych, odmiennych od obecnych, warunkach polityczno–ustrojowych i społeczno–ekonomicznych. Na początku lat sześćdziesiątych cudzoziemiec był w Polsce gościem stosunkowo rzadkim, a więc i problemy związane z cudzoziemcami widziane były w dużej mierze jako zjawiska sporadyczne, egzotyczne, a nie jako sprawy znajdujące się w nurcie bieżącej praktyki administracyjnej. Równocześnie z powodów ideologicznych i politycznych cudzoziemiec był często traktowany przez władzę publiczną jako jednostka niepewna, podejrzana i wymagająca stałego nadzoru. Taka sytuacja determi-

1 Sytuację prawną cudzoziemców w Rzeczypospolitej do 1795 r. przedstawia m.in. interesująca monografia P. Skwarczyńskiego pt. *Stanowisko cudzoziemców w dawnym prawie polskim koronnem*, Lwów 1932.

2 Tu najważniejsze znaczenie miały dwa akty normatywne, a mianowicie ustawa z 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez obcokrajowców (cudzoziemców), Dz.U. RP Nr 109, poz. 897, która obowiązuje również obecnie, tekst jedn. Dz.U. z 1996 r. nr 54 poz. 245 z późn. zm. oraz rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 13 sierpnia 1926 r. o cudzoziemcach Dz.U. Nr 83, poz. 465 i z 1937 r. Nr 11, poz. 83 (stanowiące wspomniane już „prawo o cudzoziemcach” w ścisłym sensie).

3 Tekst jedn. Dz.U. z 1992 r., Nr 7, poz. 30 z późn. zm. Ustawa ta po istotnych korektach z początku lat 90-tych obowiązywała aż do roku 1997.

nowała kierunek rozwiązań prawnych w kwestii statusu cudzoziemców. Zarówno sama ustawa o cudzoziemcach, jak i wydane na jej podstawie przepisy wykonawcze przyniosły regulacje skąpe i ogólne, które w praktyce były następnie dopełniane aktami typu instrukcyjnego, niemającymi waloru prawa powszechnie obowiązującego. Tego rodzaju założenia, które legły u podstaw ustawy z 1963 r. o cudzoziemcach zderzyły się z nowymi warunkami wynikającymi ze zmian ustrojowych, które nastąpiły po 1989 r.

Rozpoczęty po 1989 r. proces transformacji ustrojowej stworzył jakościowo nowe podłoże dla problematyki cudzoziemców i jej regulacji prawnej. W nurcie dokonywanych przemian, jednym z ważniejszych zagadnień stała się kwestia sytuacji i roli jednostki oraz interesów indywidualnych (praw podmiotowych) w relacji z państwem i innymi związkami publiczno-prawnymi. To zaś oznaczało konieczność nowego i szerszego spojrzenia również na pozycję cudzoziemca w Polsce. W ramach prowadzonej transformacji nastąpiło też przyspieszone, wydatne otwarcie się Polski na świat. Postępujące rozszerzanie się kontaktów w różnych dziedzinach – z innymi państwami oraz towarzyszące temu znoszenie wielu barier politycznych, ekonomicznych, organizacyjnych – skutkowało zwiększonym ruchem osobowym i napływem cudzoziemców do Polski. Stymulatorem zwielokrotnienia ruchu osobowego była i jest rozwijająca się współpraca gospodarcza i finansowa, wymiana naukowa, kulturalna, sportowa czy wreszcie turystyka. Warto także podkreślić, że Polska znajduje się w orbicie oddziaływania ruchów migracyjnych, występujących w Europie, zwłaszcza tych przebiegających ze wschodu na zachód. Polska znajdując się na szlaku migracji, występuje nie tylko jako kraj tranzytowy, ale coraz częściej dla sporych grup cudzoziemców staje się również krajem docelowym. W tej nowej sytuacji obowiązujące od 1963 r. unormowania administracyjnoprawnego statusu cudzoziemca przestały być wystarczające i adekwatne do istniejących realiów⁴. Niezbędne okazało się więc wypracowanie nowych rozwiązań prawnych, które znalazły swój wyraz w ustawie z 25 czerwca 1997 r. o cudzoziemcach⁵. Przyjęcie tej ustawy zdecydowanie popchnęło naprzód rozwijanie prawa o cudzoziemcach w kierunku dostosowywania go do dzisiejszych potrzeb i wymogów (wynikających z określonych pryncypiów ustrojowych, jak i wyzwań praktyki), nie zamknęło jednak procesu jego kształtowania. Co więcej, można powiedzieć, iż proces ten w następnych latach zintensyfikował się jeszcze bardziej, a jednym z najistotniejszych impulsów stał się „kontekst unijny”, oznaczający dostosowywanie naszych regulacji do wymogów i standardów prawa wspólnotowego jeszcze w okresie

4 Dla których charakterystyczna była np. konieczność uwzględnienia ratyfikowania przez Polskę z 1991 r. Konwencji dotyczącej statusu uchodźców sporządzonej w Genewie 28 lipca 1951 r. oraz Protokołu dotyczącego statusu uchodźców, sporządzonego w Nowym Jorku 31 stycznia 1967 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515 i 517). Stąd dość istotne zmiany w ustawie przeprowadzone na początku lat 90-tych – por. tekst jedn. ustawy, Dz.U. z 1992 r. nr 7, poz. Dz.U. Nr 114, poz. 30, zm. Dz.U. z 1995 r. Nr 23, poz. 120.

5 Dz.U. Nr 114, poz. 739.

przedakcesyjnym. Te „aspekty unijne”, związane z przygotowaniem wejścia Polski do Unii doprowadziły do zmian w prawie o cudzoziemcach podjętych w 2001 i 2002 r.⁶. Poza naturalną koniecznością ulepszania rozwiązań, to właśnie europeizacja, a przede wszystkim uwarunkowania w postaci unijnych regulacji dotyczących cudzoziemców⁷ legły u podstaw dalszych przekształceń naszego prawa o cudzoziemcach, wprowadzanych w 2003 r., 2005 i 2006 r., a których efektem jest dzisiaj stan normatywny w tej dziedzinie regulacji.

3. Ów normatywny obraz obecnego polskiego prawa o cudzoziemcach otwiera Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, która wytycza najbardziej fundamentalne założenia co do prawnego położenia cudzoziemca w naszym kraju. Kluczowe znaczenie w tej mierze ma art. 37, w myśl którego każdy, kto znajduje się pod władzą RP, korzysta z wolności i praw zapewnionych w Konstytucji, a wyjątki od tej zasady odnoszące się do cudzoziemców określa ustawa⁸. Tym samym Konstytucja zrównuje co do zasady sytuację cudzoziemca, będącego pod jurysdykcją RP z sytuacją obywatela polskiego i daje mu takie same jak obywatelowi możliwości korzystania z praw i wolności, równocześnie zastrzegając jednak, że ustawy mogą przewidywać wyjątki od tej zasady, tj. wprowadzać ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności przez cudzoziemca. W rzeczywistości wspomniane w Konstytucji ustawodawstwo zwykle w szerokim zakresie stanowi inaczej (podobnie zresztą jak ustawodawstwa innych państw). W ten sposób punkt ciężkości co do realnego wymiaru pozycji prawnej cudzoziemca w Polsce leży w konkretnych regulacjach ustawowych odnoszących się do dziedzin spraw istotnych z punktu widzenia cudzoziemca. Pomimo że wskutek licznych odmiennych unormowań sytuacja cudzoziemca odbiega zdecydowanie od statusu obywatela polskiego, konstytucyjna zasada zachowuje swoje znaczenie jako wyraz pewnego ideowego założenia co do generalnego stosunku RP do traktowania cudzoziemców w Polsce, opartego na respektowaniu w pełni standardów państwa prawnego⁹.

6 Por. ustawa z 11 kwietnia 2001 r. o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 42, poz. 475). Efektem najbardziej bodajże charakterystycznym uwarunkowań w postaci dostosowywania polskiego prawa o cudzoziemcach do integracji z Unią Europejską była ustawa z 27 lipca 2002 r. o zasadach i warunkach wjazdu i pobytu obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej oraz członków ich rodzin na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 141, poz. 1180.

7 Wiązało się to ze zmianami w zakresie traktowania problematyki migracyjnej w samej Unii. Do czasu wejścia w życie Traktatu Amsterdamskiego istniały jedynie akty prawne dotyczące zagadnień migracji, które nie miały wiążącego charakteru, przez co państwa członkowskie nie miały obowiązku wprowadzania przyjętych w nich rozwiązań do wewnętrznych porządków prawnych. Obecnie problematyka migracyjna jest przedmiotem dyrektyw, co oznacza konieczność uwzględniania ich (i wdrażania) przez państwa członkowskie.

8 Podobne generalne zasady dotyczące cudzoziemców formułowane są w konstytucjach szeregu innych państw. Por. np. art. 26 ust. 2 i 27 Konstytucji Republiki Bułgarii z 1991 r.; art. 62 ust. 3 i art. 63 ust. 1 Konstytucji Federacji Rosyjskiej z 1993 r.; art. 5 ust. 2 Konstytucji Grecji z 1975 r. (zm. 1986) czy § 70/A ust. 1 Konstytucji Węgier (w brzmieniu tekstu jedn. z 1990 r.). Teksty konstytucji opublikowane w serii: Konstytucje Państw Wydawnictwa Sejmowego.

9 Warto zauważyć, że tego rodzaju założenia – tyle że wymagające wzajemności – przyjmowała już Konstytucja Marcowa w 1921 r. Art. 95 tej Konstytucji stwierdzał, że cudzoziemcy używają pod warunkiem wzajemności równych praw z obywatelami państwa polskiego oraz mają równe z nimi obowiązki, o ile ustawy wyraźnie nie wymagają obywatelstwa polskiego.

Oprócz wskazanego założenia, Konstytucja zawiera dwa inne jeszcze istotne unormowania odnoszące się do materii cudzoziemców. Pierwsze dotyczy możliwości poszukiwania (i uzyskiwania) przez cudzoziemców ochrony w Polsce w postaci statusu uchodźcy i azylu (art. 56). Drugie zaś stwarza osobom (cudzoziemcom) pochodzenia polskiego, stwierdzonego zgodnie z ustawą, prawo osiedlenia się na stałe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 52 ust. 5). Konkretny kształt sytuacji prawnej cudzoziemca w podjętych w Konstytucji kwestiach nadają regulacje ustawodawstwa zwykłego.

Obszar polskiego prawa o cudzoziemcach wyznaczają dziś – wraz z zasygnalizowanymi unormowaniami konstytucyjnymi – trzy podstawowe ustawy. Są to mianowicie:

- ustawa z 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach,
- ustawa z 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
- ustawa z 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin¹⁰.

Wskazanym regulacjom ustawowym towarzyszy szereg aktów wykonawczych, które oczywiście także trzeba włączyć do zakresu prawa o cudzoziemcach.

W bezpośredniej styczności z obszarem omawianego prawa o cudzoziemcach pozostaje też ustawa z 9 listopada 2000 r. o repatriacji¹¹. Reżim prawny tej ustawy przynajmniej w pewnym stopniu dotyczy administracyjnoprawnej sytuacji cudzoziemców, aczkolwiek są to cudzoziemcy szczególnej kategorii, tj. osoby polskiego pochodzenia ubiegające się o status repatrianta. Równocześnie jednak znaczna część materii tej ustawy wychodzi poza problematykę cudzoziemców (obejmując np. zagadnienia nabywania obywatelstwa przez repatrianta czy też pomocy dla repatriantów) i trudno byłoby uznawać ją za prawo o cudzoziemcach. W istocie więc ustawę tę należy traktować bardziej jako „swoiste otoczenie” tego właściwego prawa o cudzoziemcach tworzonego przez wskazane wcześniej trzy ustawy i przepisy wykonawcze do tych ustaw), nie jako bezpośredni komponent tegoż prawa. Do tego „otoczenia” dojdą prawdopodobnie w niedługim czasie dalsze jeszcze unormowania, jak np. projektowana ustawa o Karcie Polaka.

Zakreślone powyżej prawo o cudzoziemcach w swej sferze przedmiotowej obejmuje – o czym było już wspomniane – przede wszystkim sprawy przybycia cu-

10 Dz.U. z 2006 r., Nr 234, poz. 1694; Dz.U. z 2006 r., Nr 234, poz. 1695; Dz.U. z 2006 r., Nr 144, poz. 1043. Wskazane ustawy dalej przywoływane są też skrótowo: u.o.c., u.o.u.o. (ustawa o udzielaniu ochrony), u.o.c. U.E. (ustawa o „cudzoziemcach unijnych”).

11 Dz.U. z 2004 r., Nr 53, poz. 532, z późn. zm.

dzoziemca do RP, jego pobytu w Polsce oraz opuszczenia jej terytorium jak również sprawy dotyczące ubiegania się przez cudzoziemca o ochronę w RP oraz udzielania tej ochrony. Stronę podmiotową stanowi zaś kategoria cudzoziemca zdefiniowana normatywnie w przepisach ustawy o cudzoziemcach. Zgodnie z ustawą „cudzoziemcem jest każdy, kto nie posiada obywatelstwa polskiego” (art. 2). Termin „cudzoziemiec” odnosi się tu więc do osoby fizycznej, której wyróżnikiem jest to, że nie legitymuje się ona polskim obywatelstwem. Pojęcie cudzoziemca posiada w ten sposób jednolitą, precyzyjną treść, mającą charakter uniwersalny (co wynika m.in. stąd, że ustala ją „prawo o cudzoziemcach”), miarodajną także dla innych regulacji, posługujących się kategorią cudzoziemca¹².

Nie wchodząc w bliższą charakterystykę merytorycznych treści regulacji prawa o cudzoziemcach, można w tym miejscu jedynie ogólnie wskazać na główne elementy składowe tej regulacji.

Najszerzy i podstawowy segment prawa o cudzoziemcach stanowią unormowania adresowane do ogółu cudzoziemców i kształtujące zwykły status cudzoziemca w Polsce. Zawarte są one w u.o.c., która określa zasady i warunki przekraczania granicy i wjazdu na terytorium RP, przejazdu przez to terytorium, pobytu na nim (czasowo i na stałe) i kontroli legalności tego pobytu, a także reguły wyjazdu cudzoziemca z Polski (w tym przymuszenia go do opuszczenia RP i związanych z tym instytucji i środków przymusu), jak również właściwość organów i tryb postępowania w tych sprawach. W ustawie znajdują się też unormowania dotyczące dokumentów przewidzianych dla cudzoziemców, tudzież rejestrów, ewidencji i wykazów w sprawach cudzoziemców. W sumie mamy tu do czynienia z obszerną materią normatywną, o treściach typowo regulatywnych i reglamentacyjnych, z którymi powiązane jest instrumentarium prawne w postaci zezwoleń, nakazów, zakazów itp. środków oddziaływania administracyjnoprawnego.

Drugi składnik prawa o cudzoziemcach tworzą przepisy normujące problematykę ochrony, jaką cudzoziemiec może uzyskać (i o jaką może się ubiegać) na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Przepisy te zawarte są w u.o.u.o., która określa rodzaje ochrony cudzoziemca w Polsce, zasady i warunki ubiegania się o tę ochronę, przesłanki jej udzielania, organy właściwe w tych sprawach, a wreszcie tryb postępowania przy rozpatrywaniu spraw w przedmiocie udzielania ochrony. W świetle

12 O ile regulacje nie budują na użytek własny odmiennego pojęcia cudzoziemca, odwołując się do innych kryteriów niż standardowa kategoria cudzoziemca ustalona w u.o.c. Przykładem takiego odmiennego określania cudzoziemca może być ustawa z 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców. Poza tym istnienie jednolicie zdefiniowanej kategorii cudzoziemca nie przesądza jednak o identycznym statusie prawnym każdej osoby, która mieści się w tej kategorii. Z punktu widzenia szczegółowej charakterystyki sytuacji prawnej w obrębie zbioru cudzoziemców występuje spore zróżnicowanie. Również z perspektywy całego obowiązującego reżimu administracyjnoprawnego w sprawach cudzoziemców można dostrzec, że zarysowują się w nim pewne dające się wydzielić segmenty regulacji, u podłoża których leży to, że regulacje te adresowane są do określonych grup cudzoziemców.

ustawy możliwe jest udzielenie cudzoziemcowi ochrony w postaci: a) statusu uchodźcy, b) azylu, c) pobytu tolerowanego, d) ochrony czasowej. Regulacje ustawy szczegółowo normują wskazane instytucje (postaci) ochrony i w konsekwencji kształtują statusy prawne różnych grup cudzoziemców, związane z rodzajami przewidzianej dla nich ochrony. Warto zauważyć, że zasadnicze znaczenie ma tu status uchodźcy, któremu poświęcona jest najszersza partia regulacji ustawowej. Charakterystyczne jest przy tym, że w regulacji tej dominują unormowania dotyczące postępowania w sprawie o nadanie lub pozbawienie statutu uchodźcy, a nie aspekty materialnoprawne tego statusu, które są poddane regulacji międzynarodoprawnej, tj. Konwencji Genewskiej dotyczącej uchodźców i Protokołu Nowojorskiego¹³. W zakresie tych zagadnień mamy do czynienia także z przepisami, które regulują sprawy pomocy dla cudzoziemców ubiegających się o status uchodźcy, jak również kwestie praw i obowiązków osób, którym nadano ten status.

W stosunku do pozostałych form ochrony cudzoziemców, szczegółowa ich charakterystyka prawna jest skromniejsza i zdaje się potwierdzać, iż rola tych instytucji ochrony jest uzupełniająca wobec statusu uchodźcy.

Trzeci wreszcie element prawa o cudzoziemcach to zawarta w u.o.c.U.E. regulacja problematyki wjazdu i wyjazdu z terytorium RP tzw. umownie „cudzoziemców unijnych (wspólnotowych)”. Regulacja ta kształtuje odrębny status administracyjnoprawny przewidziany dla obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej, obywateli państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego, obywateli państw niebędących stronami umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, którzy mogą korzystać ze swobody przepływu osób na podstawie umów zawartych przez te państwa z Wspólnotą Europejską i jej państwami członkowskimi oraz członków rodzin tychże obywateli.

Dla powyższej kategorii cudzoziemców ustawa tworzy rozwiązania prawne dotyczące przekraczania granicy i wjazdu na terytorium RP, pobytu na tym terytorium (czasowego i stałego) oraz wyjazdu (w tym także wymuszonego przez władzę publiczną), które odbiegają od standardowych rozwiązań w tym przedmiocie, adresowanych do ogółu cudzoziemców. Generalnie można stwierdzić, iż rozwiązania te wprowadzają korzystniejsze (preferencyjne) zasady i warunki dla tej grupy cudzoziemców w zakresie normowanej materii wjazdu, pobytu i wyjazdu z Polski. Mamy tu więc do czynienia nie tylko ze specjalnym (odrębnym), ale i uprzywilejowanym statusem administracyjnoprawnym określonego kręgu cudzoziemców, wyrażanym poprzez zastosowanie inaczej niż w odniesieniu do wszelkich cudzoziemców, skonstruowanych instytucji prawnych charakterystycznych dla tego statusu (np. łagod-

13 Por. Konwencja dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r. (Dz.U. z 1991 r., Nr 119, poz. 515 i 516) oraz Protokół dotyczący statusu uchodźców, sporządzony w Nowym Jorku dnia 31 stycznia 1967 r. (Dz.U. z 1991 r., Nr 119, poz. 517 i 518).

niejsze ujęcie przesłanek odmowy wjazdu, ustanowienie prawa pobytu i prawa stałego pobytu, wprowadzenie rejestracji pobytu zamiast zezwolenia itd.). Można dodać, że ten uprzywilejowany status odnosi się przede wszystkim do obywateli Unii Europejskiej¹⁴, ale jego adresatami także są – choć w nieco mniejszym stopniu – członkowie ich rodzin, niebędący obywatelami UE.

4. Przedstawione pokrótce (i w konwencjonalnym ujęciu) prawo o cudzoziemcach, z jakim mamy do czynienia w ramach obowiązującego porządku prawnego, stanowić może przedmiot dalszych, szczegółowych już i pogłębionych analiz. Nie sposób jednak podjąć tego rodzaju wyzwania w ramach artykułu, z założenia zresztą poświęconego jedynie ogólnej prezentacji wspomnianego prawa dotyczącego cudzoziemców. W tym miejscu zatem można co najwyżej zgłosić parę dodatkowych refleksji w odniesieniu do tej sfery regulacji prawnej.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż jest to dziś sfera już ugruntowana i „rozpoznawalna” pod względem treści przedmiotowych i podmiotowych oraz ulokowania w systemie normatywnym jako jedna z dziedzin prawa administracyjnego materialnego. Jak już było wspomniane, obejmuje ona szeroki zakres merytoryczny, wyrażony w rozbudowanym ujęciu legislacyjnym. Nie budzi przy tym zastrzeżeń rozłożenie całej problematyki na trzy ustawy. Moim zdaniem rozdzielenie zwłaszcza reżimu prawnego dotyczącego cudzoziemców w ogóle i odnoszącego się do udzielania cudzoziemcom ochrony na terytorium RP, jest w pełni zasadne zarówno z powodów merytorycznych (udzielanie ochrony cudzoziemcom stanowi specyficzną materię, gdy chodzi o instytucje prawne, za pomocą których jest realizowana, jak i o procedury), jak i legislacyjnych (połączenie tych dwóch dziedzin w jednym akcie normatywnym, przy określonym stopniu szczegółowości unormowań prowadzić musiałoby do nadmiernego rozdęcia ustawy). Aprobując też potraktować trzeba zamknięcie problematyki „cudzoziemców unijnych” w ramach odrębnej ustawy; jest to bowiem czytelne wyodrębnienie szczególnego statusu wyraźnie wydzielonej kategorii cudzoziemców. W sumie więc ta „ustawowa triada” daje dobrą i klarowną kompozycję prawa o cudzoziemcach i może być uznana za charakterystyczny schemat jego ujęcia legislacyjnego (który może być podtrzymywany również w przyszłości).

Równocześnie odnośnie do omawianej regulacji zwraca uwagę jej obszerność i szczegółowość (u.o.c. liczy ponad 150 artykułów, niewiele mniej u.o.u.o., zaś u.o.c. U.E. – 81 przepisów dotyczących kwestii merytorycznych), a także niekiedy dość skomplikowana stylizacja przepisów. To rozbudowanie i złożoność prawa o cudzoziemcach bierze się po części z rozległości merytorycznej problematyki cu-

14 O tym kto jest obywatelem Unii w rozumieniu ustawy określa sama ustawa w art. 2 pkt 3, zaliczając tu oprócz obywatela państwa członkowskiego Unii także obywatela państwa Europejskiego Obszaru Gospodarczego nie-należącego do UE oraz obywatela państwa, który może korzystać ze swobody przepływu osób na podstawie umów zawartych przez to państwo ze Wspólnotą Europejską i jej państwami członkowskimi.

dzoziemców oraz konieczności ujmowania różnych jej aspektów z racji, że dotyczą sytuacji jednostki – w ramy ustawowe, a nie aktów niższej rangi. Po części jest też efektem konieczności uwzględniania prawa UE (dyrektyw) dotyczących tej problematyki. W pewnym stopniu szczegółowość i skomplikowanie unormowań wiąże się również z kwestiami legislacyjnymi, dotyczącymi m.in. sposobu implementacji prawa unijnego, polegającego na nazbyt drobiazgowym włączaniu do ustaw treści dyrektyw. Niezależnie od tego, jakie są przyczyny, prawo o cudzoziemcach, już tylko na poziomie ustawowym stanowi regulację rozległą, uszczegółowioną i w sumie dość trudną w odbiorze, zwłaszcza dla podstawowego jej adresata, tj. cudzoziemca.

Mówiąc o polskim prawie o cudzoziemcach nie można nie dostrzegać tej jego istotnej i nader charakterystycznej cechy, jaką jest europeizacja tego prawa¹⁵. Jak już było o tym wspomniane wcześniej, ważnym składnikiem całego kompleksu nowych realiów i uwarunkowań, z których wyrastała nowa regulacja pozycji cudzoziemców, od samego początku były aspekty międzynarodowoprawne, w tym w szczególności europejskie i „unijne”. Ten „kontekst europejski”, a zwłaszcza „unijny” był także w podstawowej bodajże mierze inspiracją i determinantą kolejnych etapów kształtowania się prawa o cudzoziemcach w Polsce.

Europeizacja, związana głównie z przenikaniem prawodawstwa UE, jest obecna w szerokim zakresie przede wszystkim w warstwie merytorycznej polskiego prawa o cudzoziemcach. Wiele przyjętych w obowiązującym ustawodawstwie rozwiązań i instytucji prawnych stanowi wynik implementacji na grunt polski unormowań, koncepcji i standardów występujących w prawie unijnym¹⁶. W rezultacie europeizacji poszerzeniu ulega przedmiotowa przestrzeń prawa o cudzoziemcach, jego zasady i idee przewodnie, jak również konkretne konstrukcje prawne. Proces owej euro-

15 Postrzegana generalnie jako trwający proces systematycznego wpływania prawa europejskiego, obejmującego nie tylko prawo wspólnotowe (unijne), lecz także prawo traktatowe (organizacji międzynarodowych), na kształt – formalny i merytoryczny – polskiego porządku prawnego, przebiegający w sposób bezpośredni i pośredni poprzez włączanie do naszego porządku norm i zasad porządku europejskiego, jak również respektowanie standardów i wzorców europejskich przy tworzeniu własnych rozwiązań prawnych.

16 Jako przykłady „efektu europeizacji” powołać można m.in. instytucję pobytu tolerowanego, rozwiązania w zakresie zaproszeń (dostosowane do wymogów Decyzji Komitetu Wykonawczego do Układu z Schengen z 16 grudnia 1998 r. w sprawie potwierdzenia ujednoliconego formularza zaproszenia, poręczenia finansowego, potwierdzenia zakwaterowania, włączony Decyzją Rady WE z 20 maja 1999 r. do prawa wspólnotowego), instytucję wiz krótkoterminowych i długoterminowych oraz kwestię wydawania wiz na granicy (uregulowane zgodnie z Decyzją Komitetu Wykonawczego z 26 kwietnia 1994 r. w sprawie wystawiania jednolitych wiz na granicy), konstrukcję odmowy wjazdu na terytorium RP małoletniego, pozostającego bez przedstawiciela ustawowego (uwzględniając postanowienie Uchwały Rady z 26 czerwca 1997 r. w sprawie małoletnich pozbawionych opieki, którzy są obywatelami państwa trzecich), rozwiązanie kwestii odpowiedzialności przewoźnika (będące wykonaniem postanowienia Porozumienia Wykonawczego do Układu z Schengen), ustalenie zakresu danych Krajowego Systemu Informatycznego i zasad ich udostępniania w oparciu o przepisy Układu z Schengen i Konwencji Wykonawczej, instytucję wniosku oczywiście bezzasadnego (w nawiązaniu do Rezolucji z 30 listopada 1992 w sprawie wniosków oczywiście bezzasadnych o udzielenie azylu), instytucję udzielania ochrony czasowej na terytorium RP (dostosowaną do wymogów europejskich, wynikających z Decyzji Rady z 4 czerwca 1996 r. w sprawie postępowania w nagłych przypadkach oraz w sprawie obciążeń w związku z czasowym pobylem osób opuszczających swój kraj, a przede wszystkim z Dyrektywy z 20 lipca 2001 r. o minimalnych standardach przyznawania ochrony czasowej w przypadku masowych napływów cudzoziemców), rozwiązania dotyczące pobytu rezydenta długoterminowego UE itd.

peizacji ma przy tym charakter trwałej tendencji, ponieważ prawo Unii Europejskiej dotyczące cudzoziemców jest ciągle w rozwoju i podlega zmianom. To zaś dla naszego prawa o cudzoziemcach oznacza, że zjawisko europeizacji nadal będzie oddziaływać na porządek prawny, inspirując proces dalszego kształtowania regulacji dotyczącej cudzoziemców. Inaczej mówiąc – europeizacja tworzy systematyczny napęd dla kształtowania polskiego prawa o cudzoziemcach.

To bardzo silne zdeterminowanie naszej regulacji problematyki cudzoziemców wspomnianymi procesami europeizacyjnymi niesie ze sobą – obok wpływu na merytoryczne treści unormowań – różne konsekwencje i problemy. Jednym z nich jest zjawisko – sygnalizowane wyżej – komplikowania i szczegółowości regulacji prawnej. Za sprawą implementacji rozwiązań unijnych, jak i bezpośredniego obowiązku aktów prawa europejskiego, intensywnie wzrasta ilościowy wymiar unormowań prawnych w interesującej nas dziedzinie. Poza tym wchodzi tu też w grę problem czytelności regulacji determinowanych prawem UE. Prawo to reprezentuje wszakże różny poziom precyzji i jasności w wyrażaniu treści unormowań. Dość często mamy tu do czynienia z przepisami nader ogólnymi, niejednoznacznymi, pozostawiającymi szerokie możliwości interpretacji i wymagającymi stosowania odpowiedniej wykładni.

Na tle oczywistej i nieuniknionej europeizacji prawa o cudzoziemcach pojawia się też najważniejszy chyba problem, a mianowicie wypierania i ograniczania treści tego prawa, kształtowanych merytorycznie przez państwowego (polskiego) prawodawcę. Chodzi tu o to, że europeizacja regulacji problematyki cudzoziemców prowadzi do sytuacji, w której obowiązujące w tym przedmiocie prawo formalnie ustanowione przez polskiego ustawodawcę, w istocie w swej warstwie merytorycznej odzwierciedla rozstrzygnięcia i rozwiązania przyjęte w aktach prawodawczych UE. W rezultacie można powiedzieć, że przestrzeń naszego prawa o cudzoziemcach w coraz większym stopniu wypełniana jest – gdy chodzi o treści – przez regulacje międzynarodowe. Nie jest to przy tym zjawisko właściwe jedynie dla dzisiejszego stanu tego prawa, lecz mamy tu do czynienia z tendencją rozwojową, oznaczającą systematyczny udział regulacji unijnych w kształtowaniu obrazu polskiego prawa o cudzoziemcach.

Znamienne dla omawianego prawa o cudzoziemcach jest to, że jego kształtowanie pozostaje cały czas w toku i stanowi – jak pokazują dotychczasowe działania legislacyjne – bardzo intensywny proces. Nie ma przesady w stwierdzeniu, że dzisiejsze prawo o cudzoziemcach w Polsce nacechowane jest wyraźnie dostrzegalnym dynamizmem rozwojowym, przejawiającym się nie tylko w częstotliwości dokonywanych zmian w regulacjach ustawowych, ale przede wszystkim w rozszerzaniu merytorycznego pola tych regulacji o nowe instytucje i rozwiązania prawne.

Już obecnie rysują się dalsze przeobrażenia w zakresie materii tego prawa o cudzoziemcach, wynikające przede wszystkim ze wspomnianych już wielokrotnie uwarunkowań unijnych, tj. z konieczności dostosowania krajowego porządku prawnego do aktualnego stanu prawnego UE dotyczącego problematyki cudzoziemców. W tej mierze wskazać można na potrzebę uwzględnienia – w związku z wejściem do obszaru Schengen – rozwiązań z rozporządzenia (WE) nr 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. ustanawiającego wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen, Dz. Urz. UE L z dnia 13.04.2006 r., s. 1), które będą stosowane w przypadkach kontroli, do których ww. rozporządzenie nie ma zastosowania, w celu ujednolicenia procedur granicznych. W grę wchodzi też wdrożenie dyrektywy Rady 2004/11/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. w sprawie warunków przyjmowania obywateli państw trzecich w celu odbywania studiów, udziału w wymianie młodzieży szkolnej, szkoleniu bez wynagrodzenia lub wolontariacie (Dz. Urz. UE L 375 z 23.12.2004 r., s. 12–18) oraz dyrektywy Rady 2005/71/WE z dnia 12 października 2005 r. w sprawie szczególnej procedury przyjmowania obywateli państw trzecich w celu prowadzenia badań naukowych (Dz. Urz. UE L 289 z 3.11.2005 r., s. 15).

Uwzględnienie powyższych regulacji wiąże się przede wszystkim z obszarem unormowań objętych u.o.c. (problematyka wizowa, pobytu na terytorium RP itd.), ale wdrożenie ww. dyrektyw wymaga także ingerencji w materię u.o.c. UE.

Gdy chodzi o ten fragment prawa o cudzoziemcach, który objęty jest u.o.u.o. – to powstaje tu konieczność wdrożenia (którego termin jest, nawiasem mówiąc, już znacznie opóźniony) do naszego porządku prawnego przepisów dyrektywy Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osób, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej pomocy (Dz. Urz. UE L 304 z 30.09.2004 r., s. 12; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 7, s. 96), a także transpozycji przepisów dyrektywy Rady 2005/85/WE z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w Państwach Członkowskich (Dz. Urz. UE L 326 z 13.12.2005 r., s. 13).

Celem powyższych dyrektyw jest wprowadzenie wspólnych dla wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej kryteriów identyfikacji osób rzeczywiście potrzebujących międzynarodowej ochrony, a także wspólnych minimalnych norm dotyczących procedur jej udzielania i pozbawiania. Intencją prawodawcy wspólnotowego jest ograniczenie przepływu cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy między państwami członkowskimi Unii Europejskiej ze względu na różnice w przepisach dotyczących ochrony. Kierunek zmian w polskiej regulacji, związany z wdrażaniem ww. dyrektyw polega przede wszystkim na uwzględnieniu

nowej formy ochrony cudzoziemców w RP, a mianowicie tzw. ochrony uzupełniającej, a także na ujęciu zgodnie z przepisami dyrektyw zagadnień procedury uchodźczej i udzielania pomocy osobom, które uzyskały status uchodźcy w Polsce.

Inny ważny problem, przed którym staje dziś i w najbliższej przyszłości prawo o cudzoziemcach to wypracowanie normatywnych rozwiązań dotyczących nowoczesnej administracji do spraw cudzoziemców – czy szerzej – administracji migracyjnej. Chodzi tu o stworzenie – najogólniej rzecz biorąc – takiej kompozycji organizacyjno-funkcjonalnej w ramach aparatu administracji publicznej, która stwarzałaby optymalne warunki dla z jednej strony wypracowywania i prowadzenia czytelniej polityki migracyjnej, z drugiej – ustanowienia sprawnego mechanizmu wykonawczego z zakresie stosowania regulacji prawnych obejmujących problematykę cudzoziemców. Wydaje się przy tym, iż nie ma potrzeby – i nie takie są chyba oczekiwania – wprowadzenia jakichś rozwiązań o charakterze rewolucyjnym. Dzisiejsze rozwiązania w przedmiocie owej administracji migracyjnej nie są oczywiście doskonałe i wymagają modyfikacji, ale uwzględniających dorobek i znaczenie funkcjonujących w tym obszarze instytucji, jak np. Rada do Spraw Uchodźców. Moim zdaniem problem wypracowywania normatywnego kształtu administracji migracyjnej zasadza się na przyjęciu ogólnego założenia co do rozdziału funkcji z zakresie zawiadywania sprawami cudzoziemców i dopasowania do nich właściwego układu organizacyjnego (oczywiście z precyzyjnym rozdzieleniem ról i zadań). Wymaga to, rzecz jasna dalszych rozważań i ustaleń koncepcyjnych, które wykraczają poza ramy artykułu, poświęconego jedynie sygnalizacji problemów i wyzwań identyfikowanych w ramach obserwacji współczesnego polskiego prawa o cudzoziemcach.

Bez wątpienia też na rozwój regulacji prawa o cudzoziemcach wpływać będzie „czynnik doskonalenia”, rozumiany jako potrzeba zmian w tym prawie, wynikająca z braków i niedostatków ustalonych w wyniku systematycznego monitorowania spraw związanych ze stosowaniem tego prawa w ramach rutynowej praktyki.

Patrząc na obraz kształtowania się prawa o cudzoziemcach warto nadmienić, że obok funkcji rozwojowych trzonu tego prawa mamy do czynienia z istotnym rozwijaniem się wzmiankowanego już „otoczenia” regulacji prawa cudzoziemców w ścisłym sensie. Oto bowiem w tzw. pakiecie ustaw polonijnych pojawiają się projekty nowych unormowań, wchodzących przynajmniej częściowo w sferę problematyki cudzoziemców, jak np. projekt ustawy o Karcie Polaka, regulacji prawnej dotyczącej ustalania polskiego pochodzenia, nowelizacji ustawy o repatriacji czy nowej ustawy o obywatelstwie polskim. Niezależnie jednak od tego, jak usytuujemy (konwencjonalnie) wskazane unormowania względem kategorii prawa o cudzoziemcach (czy jako składnik tego prawa, czy jako właśnie „otoczenie”), to nie ulega wątpliwości, że unormowania te w stopniu większym lub mniejszym kształtują sytuację cudzoziemca w Polsce i to w jej aspekcie administracyjnoprawnym.

5. Podniesione kwestie nie wyczerpują pewnie kompleksu zagadnień związanych z prawem o cudzoziemcach na obecnym etapie i w najbliższej perspektywie. Wydaje się jednak, że w sposób wystarczający służą prezentacji tego obszaru regulacji prawnej, która odnosi się do problematyki głównie administracyjnoprawnego statusu cudzoziemca w Polsce i która, choć sama nie tworzy odrębnej gałęzi prawa, to jednak stanowi wyraźnie wyodrębniającą się dziedzinę obowiązującego porządku prawnego. Jak już to było podnoszone, jest to dziedzina rozległa przedmiotowo, bogata w treści merytoryczne i znajdująca się w intensywnym rozwoju. Z pewnością tworzy ona więc pole do interesującej prezentacji naukowej i teoretycznej, a także jest w coraz większym stopniu przedmiotem zainteresowania i oceny ze strony praktyki.

CUDZOZIEMCY W POLSKICH ZAKŁADACH KARNYCH – WYBRANE PROBLEMY

I. Zmiany ustrojowo–polityczne, społeczne i gospodarcze, otwarcie granic naszego kraju spowodowało, iż nie tylko na ulicach miast polskich spotykamy cudzoziemców. Są oni również w polskich zakładach karnych.

Tabela nr 1

Cudzoziemcy w aresztach śledczych i zakładach karnych w latach 1984–2006¹

Rok	Razem	Tymczasowo aresztowani	Skazani	Rok	Razem	Tymczasowo aresztowani	Skazani
1984	71	52	19	1996	1307	871	436
1985	85	58	27	1997	1296	836	460
1986	79	54	25	1998	1193	756	427
1987	44	24	20	1999	1032	641	391
1988	26	15	11	2000	1327	937	390
1989	26	17	9	2001	1597	1133	464
1990	56	50	6	2002	1386	893	493
1991	209	191	18	2003	1279	830	449
1992	742	697	45	2004	1057	632	426
1993	1109	993	116	2005	788	437	351
1994	1161	903	258	2006	653	351	302
1995	1496	1043	453				

Do 1990 roku w zakładach karnych i aresztach śledczych przebywała niezbyt liczna grupa cudzoziemców. Istotna zmiana miała miejsce w 1991 roku. W tym bowiem roku, w porównaniu do 1984 roku, nastąpił prawie trzykrotny wzrost liczby cudzoziemców przebywających w polskich jednostkach penitencjarnych. Był to efekt zdecydowanego wzrostu liczby przestępstw popełnianych przez cudzoziem-

¹ Stan na dzień 31 grudnia danego roku. Dane za lata 1984–1992 przytaczam za D. Gajdus, B. Gronowska, Międzynarodowe standardy postępowania z cudzoziemcami pozbawionymi wolności, Przegląd Więziennictwa Polskiego 1992, nr 2–3, s. 117. Dane za lata 1993–2006 pochodzą ze statystyk Centralnego Zarządu Służby Więziennej.

ców². Szybki wzrost populacji cudzoziemców utrzymywał się do 1995 roku. W tym roku odsetek cudzoziemców wśród uwięzionych wynosił 2,5, gdy w 1990 roku 0,1. Załamanie tendencji wzrostowej nastąpiło w 1996 roku. W następnych latach systematycznie malała liczba cudzoziemców w polskich jednostkach penitencjarnych. Trwało to jednak dość krótko, bowiem już w latach 1999–2000 liczba uwięzionych cudzoziemców, jak wynika z ustaleń dokonanych przez autorów Atlasu przestępczości³, zwiększała się średnio o 22% rocznie, czyli nieco szybciej niż zbiorowość uwięzionych (18%). W 2001 roku w aresztach śledczych i w zakładach karnych przebywało 1598 cudzoziemców. Była to najwyższa liczba na przestrzeni lat 1984 – 2006. Od 2002 roku następuje systematyczny i dość istotny spadek populacji cudzoziemców. W kwietniu 2007 roku w polskich jednostkach penitencjarnych przebywało 659 cudzoziemców, w tym 361 osób to tymczasowo aresztowani, zaś 298 osób to skazani.

Należy zauważyć, że systematycznie wzrasta liczba państw, których obywatele przebywają w polskich jednostkach penitencjarnych. W 1992 roku w zakładach karnych przebywali skazani z 21 państw, zaś dwa lata później z 42 państw, a w marcu 2007 roku obywatele z 63 państw, nawet tak egzotycznych, jak Malezja, Sri Lanka, Maroko czy Kamerun. Właściwie można powiedzieć, że w naszych zakładach karnych przebywają przedstawiciele większości państw naszego globu.

Najliczniej, w tak różnorodnej pod względem narodowości populacji, byli i są reprezentowani obywatele państw byłego ZSRR⁴ (70,80%). Obywatele Ukrainy stanowią 1/3 (33,56%) ogółu skazanych cudzoziemców, Armenii 8,72%, Białorusi 8,05%, Rosji 8,05%. Z państw europejskich najliczniej reprezentowani są obywatele Bułgarii 4,03%, Niemiec 4,03%, Rumunii 3,35%.

2 Zob. I. Rzeplińska, *Przestępczość cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2000, s. 17.

3 A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Atlas przestępczości w Polsce 3*, Warszawa 2003, s. 160.

4 Zob. T. Bulenda, M. Dąbrowicki, *Cudzoziemcy w polskich aresztach i zakładach karnych* (Raport z badań), Biuletyn RPO 1993, nr 18 s. 27; J. Malec, *Cudzoziemcy w polskich jednostkach penitencjarnych* (w:) *Stan i węzłowe problemy polskiego więziennictwa*, Biuletyn RPO, Materiały, Warszawa 1995, z. 28, s. 301; I. Rzeplińska, *Wykonywanie kar i środków w karnych wobec cudzoziemców w Polsce* (w:) *Przestępczość przygraniczna; Postępowanie karne wobec cudzoziemców w Polsce* pod red. A.J. Szwarcza, Poznań 2000, s. 190 oraz tej Autorki, *Przestępczość cudzoziemców w Polsce* (w:) *U progu nowych kodyfikacji karnych. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Leonowi Tyszkiewiczowi*, pr. zb. pod red. O. Górniok, Katowice 1999, s. 288; M. Płachta, *Przekazywanie skazanych pomiędzy państwami*, Kraków 2003, s. 135.

Tabela nr 2
Cudzoziemcy przebywający w aresztach śledczych i zakładach karnych
wg państwa pochodzenia⁵

Obywatelstwo	Ra- zem	Tymczaso- wo areszto- wani	Ska- zani	Obywatelstwo	Ra- zem	Tymczaso- wo areszto- wani	Ska- zani
Afganistan	1		1	Malezja	4	4	
Algieria	4	1		Maroko	1		1
Armenia	41	15	26	Meksyk	2	2	
Australia	2		2	Moldawia	13	5	8
Azerbejdżan	1	1		Mongolia	7	4	3
Bangladesz	1	1		Niemcy	37	25	12
Belgia	45	1	24	Nigeria	9	5	4
Białoruś	3	1	2	Pakistan	7	6	1
Brazylia	23	11	12	Palestyna	1	1	
Bulgaria	2	1	1	Peru	3	3	
Chorwacja	1	1		Portoryko	1	1	
Cypr	1			Rep. Połud. Afryki	1		1
Czechy	1	1	1	Rosja	54	30	24
Dania	2	1		Rumunia	21	11	10
Estonia	2	1	1	Słowacja	1		1
Francja	2	1	1	Sri Lanka	7	7	
Grecja	12	6	6	Sudan	2	2	
Gruzja	3	2	1	Syria	2		2
Hiszpania	1	1		Szwecja	1		1
Holandia	7	1	6	Tadżykistan	1		1
Indie	5	5		Tunezja	2	2	
Irak	6	4	2	Turcja	11	8	3
Izrael	2		2	Uganda	1	1	
Jordania	1		1	Ukraina	182	82	100
Jugosławia	5	5		USA	1		1
Kamerun	5	2	3	Uzbekistan	1		1
Kazachstan	1	1		Wenezuela	1	1	
Kongo	3	2	1	Węgry	5	3	2
Liban	38	29	9	Wlk. Brytania	3	3	
Litwa	12	8	4	Wietnam	29	21	8
Łotwa	3	1	2	Włochy	2	2	
Macedonia				Bezpaństwo- wiec	5	1	4
				Nieustalone	2	2	2

5 Stan na dzień 30.04.2007r. Dane Centralnego Zarządu Służby Więziennej.

W maju 2007 roku w polskich zakładach karnych odbywało karę pozbawienia wolności 288 cudzoziemców,⁶ w tym za:

- zabójstwo – 73 osoby (25,35%), w tym z art. 148 § 1 – 55 osób i z art. 148 § 2 kk. – 18 osób;
- rozbój – 67 osób (23,26%);
- przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii – 26 osób (9,03%);
- kradzież z włamaniem – 20 osób (6,94%);
- zgwałcenie – 9 osób (3,12%);
- przekroczenie granicy – 8 osób (2,77%);
- bójka i pobicie – 8 osób (2,77%);
- wypadek drogowy – 7 osób (2,43%);
- kradzież – 5 osób (1,74%);
- wzięcie zakładnika – 3 osoby (1,04%);
- znęcanie się – 3 osoby (1,04%);
- uchylanie się od alimentów – 3 osoby (1,04%);
- pozostałe osoby (56) to skazani za inne przestępstwa⁷.

Wprawdzie populacja cudzoziemców odbywających karę pozbawienia wolności nie jest zbyt liczna, bowiem skazani ci stanowią tylko 0,37% ogółu skazanych przebywających w zakładach karnych,⁸ to jednak problemy, które warunkują język, zwyczaje, religia czy oddalenie od rodziny są istotne nie tylko w płaszczyźnie realizacji celów wykonywania kary pozbawienia wolności. Potęgują one również dolegliwość tej kary.

Należy zauważyć, że te problemy nie dotyczą wyłącznie naszego kraju. W państwach Europy Zachodniej populacja cudzoziemców odbywających karę pozbawienia wolności w tamtejszych zakładach karnych jest znacznie liczniejsza, bowiem co czwarty więzień jest obcokrajowcem⁹.

II. Zważywszy, że są to problemy wielu państw naszego globu, zasadne wydaje się poświęcenie uwagi dokumentom międzynarodowym dotyczącym postępowania ze skazanymi w izolacji penitencjarnej. Na wstępie należy zauważyć, że międzyna-

6 Dane uzyskano z Centralnego Zarządu Służby Więziennej.

7 Patrząc na te dane, należy mieć na uwadze, że w statystykach podawane jest główne przestępstwo.

8 W dniu 30 kwietnia 2007 roku, jak wynika z danych Centralnego Zarządu Służby Więziennej, w jednostkach penitencjarnych przebywało 90.714 osadzonych, w tym 76.396 skazanych.

9 I. Rzeplińska, *Przestępczość cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2000, s. 81.

rodowe organizacje przygotowujące powszechne (ONZ) i regionalne (Rada Europy) standardy traktowania osób pozbawionych wolności nie od razu dostrzegły potrzebę prawnej regulacji dotyczącej tej kategorii skazanych¹⁰.

We Wzorcowych Regułach Minimum Postępowania z Więźniami z 1955 roku¹¹, których twórcy stali na gruncie zasady niedyskryminacji skazanych ze względu m. in. na narodowość, znajdujemy tylko dwa zalecenia odnoszące się wyłącznie do skazanych cudzoziemców. Należy tu wskazać na zalecenie tworzenia ułatwień tym skazanym w komunikowaniu się z przedstawicielami dyplomatycznymi państw, których są obywatelami (reg. 38.2) i zalecenie wzywania tłumacza kiedykolwiek jest to niezbędne (reg. 51.2). Trzeba zwrócić uwagę także na zalecenia, które wprawdzie dotyczą wszystkich skazanych, jednak mają szczególnie istotne znaczenie dla skazanych cudzoziemców, a mianowicie zalecenie zorganizowania „dostępu do kano- nicznie uprawnionego przedstawiciela jakiegokolwiek religii” oraz zalecenie umożliwienia skazanemu posiadania książek z zakresu jego wyznania (reg. 41.3, 42).

W Europejskich Regułach Więziennych z 1973 roku, a będących europejskim odpowiednikiem Reguł Minimum, zawarto zbliżone w treści zalecenia dotyczące skazanych cudzoziemców.

Wzrost liczby cudzoziemców w zakładach karnych w wielu państwach naszego globu zwrócił uwagę na potrzebę regulacji odnoszących się wyłącznie do tej kategorii skazanych¹². Efekt podjętych prac w płaszczyźnie regionalnej to zalecenie nr R/84/12 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie więźniów cudzoziemców¹³. W tym dokumencie zalecano podejmowanie działań łagodzących poczucie izolacji skazanych cudzoziemców i sprzyjających ich społecznej readaptacji, eliminowanie bariery językowej oraz uwzględnianie potrzeb religijnych. Szczególną uwagę twórcy zaleceń zwrócili na pisemne i ustne informowanie tych skazanych o zasadach odbywania kary pozbawienia wolności, stworzenie im możliwości korzystania z tłumacza, udostępnianie lektur w języku, którym posługuje się skazany, udzielanie pomocy w kontaktach z przedstawicielami kraju pochodzenia skazanego. Dostrzeżono także potrzebę odpowiedniego szkolenia kadry penitencjarnej w celu przygotowania do pracy z tymi skazanymi.

10 D. Gajdus, B. Gronowska, Międzynarodowe standardy postępowania z cudzoziemcami pozbawionymi wolności, *Przegląd Więziennictwa Polskiego* 1992, nr 2–3, s. 102–103. Zob. także Z. Hołda, Wybrane aspekty odpowiedzialności karnej cudzoziemców za przestępstwa popełnione w Polsce (w:) *Przestępczość cudzoziemców – nowe wyzwanie dla teorii i praktyki*, pr. zb. pod red. E. W. Pływaczewskiego, Szczepino 1995, s. 36.

11 Wzorcowe Reguły Postępowania z Więźniami zatwierdzone przez Radę Społeczno-Gospodarczą ONZ (rezolucja 663 CI (XXIV) z 31 lipca 1975 r. – tekst w języku polskim, w *Archiwum Kryminologii* 1989, t. XVI, s. 277–298.

12 D. Gajdus, B. Gronowska, Międzynarodowe standardy postępowania z cudzoziemcami..., s. 106.

13 Szczegółowo analizują te zalecenia D. Gajdus, B. Gronowska, Europejskie standardy traktowania więźniów, *Toruń* 1998, s. 174–5 oraz tych Autorów, Międzynarodowe standardy postępowania z cudzoziemcami..., s. 110–112; M. Plachta, Przekazywanie skazanych pomiędzy państwami..., s. 86.

W Europejskich Regułach Więziennych w wersji z 1987 r.¹⁴ odniesiono się do kwestii cudzoziemców w szerszym zakresie niż uczyniono to w pierwotnej wersji. Należy tu wskazać na regułę 44.1, zawierającą zalecenie niezwłocznego poinformowania skazanego o prawie do kontaktów z przedstawicielem dyplomatycznym lub konsularnym państwa, którego jest obywatelem oraz zobowiązujące administrację do współpracy z przedstawicielami dyplomatycznymi w interesie więźniów cudzoziemców. W Regułach znajdujemy także zalecenie dla administracji więziennej podejmowania przedsięwzięć w celu zapewnienia cudzoziemcom uzyskiwania informacji o bieżących wydarzeniach za pośrednictwem środków dopuszczonych lub kontrolowanych (reg. 45) a także umożliwienie skazanemu – w przypadku postępowania dyscyplinarnego – przedstawienia własnej linii obrony za pośrednictwem tłumacza (reg. 36,4). Uznano za szczególnie istotne umożliwienie skazanym utrzymywania więzi z osobami danej narodowości przebywającymi na wolności (reg. 67.3). Zdaniem twórców Reguł, skazani cudzoziemcy nie powinni być pozbawiani możliwości uzyskiwania przepustek zaś administracja zakładu karnego powinna podjąć wszelkie działania, aby zapewnić tym skazanym uczestnictwo we wspólnych zajęciach w celu zmniejszenia ich poczucia izolacji (reg. 70.3). W Regułach zaleca się zwrócenie szczególnej uwagi na edukację tych więźniów (reg. 79) i zapewnienie im opieki religijnej (reg. 46) oraz na umożliwienie korzystania z usług tłumacza „zawsze, gdy jest to konieczne i wykonalne” (reg. 60.2).

W najnowszej wersji Europejskich Reguł Więziennych¹⁵, które podobnie jak poprzednie wersje, respektują zasadę niedyskryminacji ze względu na pochodzenie narodowe, znalazły się również zalecenia dotyczące skazanych cudzoziemców. Są one umieszczone w II części Reguł, zawierającej zalecenia dotyczące warunków uwięzienia (reg. 37). Podobnie jak w poprzedniej wersji Reguł, szczególny akcent położono na informowanie tych więźniów o prawie do kontaktów z przedstawicielami placówek dyplomatycznych. Administracja zakładu karnego, zdaniem twórców Reguł, powinna podjąć działania w celu umożliwienia tych kontaktów poprzez podejmowanie współpracy z przedstawicielami placówek dyplomatycznych. Więzień powinien uzyskać pomoc prawną w ojczystym języku. Kolejnym istotnym zaleceniem jest informowanie skazanego o możliwości odbywania kary w ojczystym kraju. Także w innych częściach Reguł znajdujemy zalecenia szczególnie istotne w przypadku skazanych cudzoziemców. Dotyczą one pożywienia, które powinno spełniać także wymogi religijne i kulturowe (reg. 22). Twórcy Reguł zalecają informowanie w języku zrozumiałym dla skazanego o prawach i obowiązkach (reg. 30.1), zaś w przypadku postępowania dyscyplinarnego – informowanie skazanego

14 Europejskie Reguły Więzienne Zalecenie nr (87)3 Komitetu Ministrów RE z dnia 1987 r. Tekst w języku polskim (w:) D. Gajdus, B. Gronowska, Europejskie standardy traktowania więźniów, Toruń 1998, s. 201–225.

15 Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Minister to member states on the European Prison Rules (Adapter by the Committee of Minister on 11 January 2006 at the 952 meeting of the Ministers' Deputies), www.coe.int

w języku, który rozumie o zarzutach i tłumaczenie przesłuchania, gdy jest prowadzone w języku niezrozumiałym dla skazanego.

Na poziomie uniwersalnym należy wskazać na zalecenia w sprawie postępowania ze skazanymi cudzoziemcami, sformułowane przez Komitet ds. Kontroli i Zapobiegania Przestępczości¹⁶ w 1984 roku, w których zwrócono uwagę na umożliwienie tym skazanym dostępu do edukacji, pracy, uzyskiwania informacji w ich ojczystym języku o zasadach odbywania kary, ułatwianie kontaktów z rodziną i przedstawicielami organizacji społecznych, placówek dyplomatycznych, a także poszanowanie ich odrębności religijnej czy kulturowej. Należy także zwrócić uwagę na Zbiór Zasad Dotyczących Ochrony Osób Aresztowanych lub Uwięzionych¹⁷, w których zapisano prawo do kontaktowania się z placówką dyplomatyczną państwa, którego skazany jest obywatelem i prawo do bezpłatnej pomocy tłumacza.

Patrząc na zawarte w dokumentach międzynarodowych zalecenia odnoszące się do skazanych cudzoziemców, należy podzielić zdanie Z. Hołdy¹⁸, że „dokumenty Rady Europy zalecają całą gamę środków, które mają na celu wyjść naprzeciw potrzebom cudzoziemca pozbawionego wolności, kompensować „nadprogramowe” dolegliwości uwięzienia w obcym środowisku”. Godzi się dodać, że zalecenia zawarte w dokumentach ONZ także wychodzą naprzeciw tym potrzebom.

Na forum ONZ i Rady Europy koncentrowano się nie tylko nad wypracowaniem zasad postępowania ze skazanymi cudzoziemcami w izolacji penitencjarnej. Dostrzegając wpływ barier, a mianowicie językowej, kulturowej czy religijnej na właściwą realizację zadań, jakie postawiono przed karą pozbawienia wolności, uznano, że społeczna readaptacja skazanych może przebiegać najwłaściwiej tam, gdzie skazany będzie żył po opuszczeniu więzienia. Podejmowano więc prace nad wypracowaniem procedur, które umożliwiałyby przekazanie przestępcy do jego rodzinnego kraju¹⁹.

Efekt tych prac na poziomie uniwersalnym to przyjęta na VI Kongresie Narodów Zjednoczonych w Sprawie Zapobiegania Przestępczości w 1980 roku rezolucja poświęcona przekazywaniu przestępców i tzw. modelowe porozumienie w sprawie przekazania przestępców, które wraz z rekomendacją zawierającą reguły traktowania więźniów cudzoziemców zostało przyjęte na VII Kongresie Narodów Zjednoczonych w 1985 r.²⁰

16 M. Płachta, *Przekazywanie skazanych pomiędzy państwami...*, s. 86.

17 Zbiór Zasad Dotyczących Ochrony Osób Aresztowanych lub Uwięzionych przyjęty Uchwałą Nr 43/173 Zgromadzenia Ogólnego ONZ 9 grudnia 1988 r. Tekst w języku polskim: *Palestra* 1991, nr 3–4, s. 49–57.

18 Z. Hołda, *Wybrane aspekty odpowiedzialności karnej cudzoziemców za przestępstwa popełnione w Polsce*, (w:) *Przestępczość cudzoziemców – nowe wyzwanie dla teorii i praktyki*, pr. zb. pod red. E.W. Pływaczewskiego, Szczelno 1995, s. 36.

19 D. Gajdus, B. Gronowska, *Międzynarodowe standardy postępowania...*, s. 106–108.

20 Zob. szerzej D. Gajdus, B. Gronowska, *Międzynarodowe standardy postępowania...*, s. 106–109.

Na poziomie europejskim trzeba odnotować sporządzoną w Strasburgu 21 marca 1983 r. Konwencję o przekazaniu osób skazanych²¹. Głównym celem Europejskiej Konwencji jest ułatwienie przekazywania skazanych cudzoziemców do ich krajów ojczystych, co – jak podkreśla J. Ciszewski²² – powinno przyczynić się do skuteczniejszej resocjalizacji sprawców przestępstw. W Konwencji sprecyzowano warunki przekazania. Przekazanie może dotyczyć tylko prawomocnego orzeczenia i nastąpić tylko wówczas, gdy w chwili otrzymania wniosku o przekazanie okres kary pozostałej do odbycia wynosi co najmniej 6 miesięcy lub jest nieokreślony. Kolejnym istotnym warunkiem jest, iż działanie lub zaniechanie, stanowiące podstawę skazania, musi stanowić przestępstwo w rozumieniu prawa państwa wykonania lub stanowiłoby przestępstwo w wypadku popełnienia na jego terytorium. Skazanego można przekazać tylko do państwa, którego jest obywatelem. Na przekazanie skazanego niezbędna jest zgoda obu państw, a więc państwa skazania i państwa wykonania. Należy zwrócić uwagę na podmiotowe traktowanie skazanego. Przekazanie może nastąpić wówczas, gdy skazany wyrazi zgodę. Godzi się odnotować, że można uzależnić przekazanie od zgody przedstawiciela prawnego skazanego, ale tylko wówczas, gdy jedno z państw uzna to za konieczne ze względu na wiek lub stan fizyczny i psychiczny skazanego.

Konwencja, jak trafnie zauważa M. Płachta²³, nie rozwiązuje wszystkich problemów. Należy zauważyć, że zawsze jest pewien okres czasu zanim skazany zostanie przekazany. Tylko niektóre państwa są związane traktatami i konwencjami dotyczącymi przekazania osób. Brak zgody skazanego uniemożliwia przekazanie. W tym miejscu można wskazać na obywateli dawnego ZSRR, którzy przebywają w polskich zakładach karnych. Nie zdarzyło się, by taką zgodę wyrazili – wręcz przeciwnie – chcą odbywać karę w polskich zakładach karnych, chwalcąc warunki w nich panujące wobec Rzecznika Praw Obywatelskich²⁴.

III. Przechodząc do regulacji polskich, dotyczących postępowania ze skazanymi cudzoziemcami w izolacji penitencjarnej, na wstępie należy zaznaczyć, iż Polska w pełni respektuje zalecenia wynikające ze standardów międzynarodowych. Zasada niedyskryminacji ze względu na narodowość nie została zapisana w kodeksie karnym wykonawczym, ale można powiedzieć, że jest w pełni respektowana. Do cudzoziemców przebywających w polskich zakładach karnych stosuje się te same przepisy, co do obywateli polskich i nie są oni izolowani od skazanych obywateli naszego kraju. Wprawdzie w pewnym okresie kierowano skazanymi cudzoziemcami do wydzielonych oddziałów, jednak z tego zrezygnowano, zważywszy na możliwo-

21 Polska ratyfikowała Konwencję i weszła ona w życie 1 marca 1995 r. (Dz.U. 1995, Nr 51, poz. 279).

22 J. Ciszewski, Komentarz do konwencji o przekazywaniu osób skazanych w: *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarz*, t. III, Prawo karne, red. E. Zielińska, Warszawa 1997, s. 488.

23 M. Płachta, *Przekazywanie skazanych...*, s. 81.

24 J. Malec, *Cudzoziemcy w polskich jednostkach penitencjarnych*, (w:) *Stan i węzłowe problemy polskiego więziennictwa*, Biuletyn RPO, Materiały, Warszawa 1995, z. 28, s. 301.

ści tworzenia silnych grup nieformalnych, koszty transportu oraz położenie takich zakładów w znacznej odległości od linii komunikacyjnej z danym krajem, co utrudniało kontakt skazanego z rodziną²⁵. Obecnie praktykuje się umieszczanie skazanych mówiących tym samym językiem w jednej celi, jeżeli nie są to skazani z grup antagonistycznych. Tę praktykę należy ocenić pozytywnie. Skazany ma możliwość kontaktów z osobami, które mówią tym samym językiem, mają te same wzorce kulturowego. Łagodzi to w pewnym stopniu dodatkową dolegliwość pobytu w zakładzie karnym, jaką niewątpliwie jest przebywanie wśród osób, które porozumiewają się w innym języku niż skazany cudzoziemiec.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na niemieckie badania dotyczące wspólnego odbywania kary przez skazanych Niemców i cudzoziemców ze względu na interesujące wyniki. Z badań bowiem wynika, że o ile cudzoziemcy chcą odbywać karę wspólnie z Niemcami, taką wolę bowiem wyraziło 62% badanych skazanych cudzoziemców, to Niemcy są w większości przeciwni. Tylko 25% niemieckich skazanych skłonna była odbywać karę wspólnie z cudzoziemcami²⁶.

W kodeksie karnym wykonawczym, tak jak w dokumentach międzynarodowych dotyczących postępowania ze skazanymi w izolacji penitencjarnej, znajdujemy przepisy odnoszące się wyłącznie do cudzoziemców. Łagodzą one w pewnym stopniu dolegliwość odbywania kary pobawienia wolności wynikającą z bariery językowej, odrębności kulturowych, a przede wszystkim umożliwiają skazanym korzystanie z ich praw. Te przepisy znajdują się w oddziale dotyczącym praw i obowiązków skazanego. Skazany cudzoziemiec może prowadzić korespondencję z właściwym urzędem konsularnym czy właściwym przedstawicielstwem dyplomatycznym oraz korzystać z widzeń z urzędnikiem konsularnym lub wykonującym funkcje konsularne pracownikiem przedstawicielstwa dyplomatycznego (art. 105 § 2 kkw.). Trzeba także zwrócić uwagę na art. 8 kodeksu karnego wykonawczego, z którego wynika, że w postępowaniu przed sądem skazany musi mieć obrońcę, jeżeli nie władza językiem polskim. W tym miejscu godzi się również wskazać na art. 72 § 1 kodeksu postępowania karnego. Wprawdzie dotyczy on oskarżonego, któremu przysługuje prawo do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli nie władza w wystarczającym stopniu językiem polskim, ale w doktrynie²⁷ słusznie przyjmuje się, że ten przepis ma zastosowanie w postępowaniu wykonawczym.

Należy wskazać również na przepisy, które nie odnoszą się, jak wyżej wymienione, bezpośrednio do skazanych cudzoziemców, jednak w przypadku tej grupy skazanych mają szczególne znaczenie. W katalogu praw skazanego będzie to pra-

25 Z. Bąkowski, Informacja na temat cudzoziemców przebywających w polskich aresztach śledczych i zakładach karnych, (w:) *Przestępczość cudzoziemców – nowe wyzwanie dla teorii i praktyki*, pr. zb. pod red. E.W. Pływaczewskiego, Szczepno 1995, s. 161–162.

26 Zob. M. Płachta, *Przekazanie skazanych...*, s. 121.

27 Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 2005, s. 93.

wo do wolności religijnej, a w jego ramach prawo do spotkań indywidualnych z duchownymi kościoła lub innego związku wyznaniowego, do którego skazany należy, uczestniczenia w nabożeństwach odprawianych w zakładzie karnym czy słuchania nabożeństw transmitowanych przez środki masowego przekazu oraz posiadania przedmiotów kultu religijnego. Inny przepis zobowiązuje administrację zakładu karnego by w miarę możliwości przygotowywano skazanemu posiłki z uwzględnieniem wymogów religijnych i kulturowych (art. 109 kkw.).

Na kwestie związane z pobytem cudzoziemców w polskich zakładach karnych należy spojrzeć przez pryzmat nowego modelu postępowania ze skazanymi, który zgodnie ze standardami międzynarodowymi przyjęli twórcy kodeksu karnego wykonawczego. Odcinając od przedmiotowego traktowania skazanych i akceptując prawo skazanego do decydowania o sobie, więzienie określono jako miejsce, w którym skazany może otrzymać pomoc w zmianie postaw i w przygotowaniu do włączenia się do życia w społeczeństwie, respektując zasady w nim obowiązujące. W tym modelu wykonywanie kary pozbawienia wolności, zgodnie z art. 67 kkw., ma na celu wzbudzanie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądanych postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa.

Upodmiotowienie skazanych to określenie katalogu praw w kodeksie karnym wykonawczym, zagwarantowanie ich przestrzegania i pozostawienie w gestii skazanego instrumentów do ich egzekwowania i oczywiście poinformowanie skazanego o jego prawach i środkach umożliwiających ich egzekwowanie. W przypadku większości skazanych cudzoziemców, bariera językowa uniemożliwia właściwe zapoznanie się z przepisami kodeksu karnego wykonawczego, w którym zawarto katalog praw skazanego czy regulaminem wykonywania kary. Ci skazani nie będą więc mogli w pełni korzystać z należnych im praw. Wprawdzie przetłumaczono regulamin wykonywania kary pozbawienia wolności na cztery języki: angielski, francuski, rosyjski, niemiecki²⁸, zważywszy jednak, jak już na wstępie podkreślono, że w zakładach karnych przebywają skazani z 63 państw naszego globu, część z nich z całą pewnością nie włada żadnym z tych języków.

Najpełniej realizować ideę zmiany postaw skazanego z społecznych na pro społeczne można w systemie programowego oddziaływania. W tym bowiem systemie, który może wybrać skazany dorosły, zaś skazani młodociani są kierowani obligatoryjnie, program oddziaływania jest opracowywany wspólnie ze skazanym. Rodzi się wątpliwość, czy założenia tego systemu mogą być realizowane w przypadku skazanych cudzoziemców. Skazany cudzoziemiec może wyrazić zgodę na

28 J. Malec, *Cudzoziemcy w polskich jednostkach penitencjarnych*, (w:) *Stan i węzłowe problemy polskiego więziennictwa*, Biuletyn RPO, Materiały, Warszawa 1995, z. 28, s. 301.

odbywanie kary w tym systemie. Nieznajomość języka polskiego rodzi jednak wiele problemów. Pierwszy powstaje w trakcie ustalenia programu oddziaływania. Gdy skazani i wychowawcy posługują się różnymi językami, niezbędna będzie pomoc tłumacza. Następny problem to realizacja indywidualnego programu oddziaływania. Ustawodawca przewidział szereg środków, które powinny być stosowane w oddziaływaniu na skazanych w celu zmiany ich postaw z społecznych na prospołeczne, a mianowicie: praca, nauczanie, zajęcia kulturalno-oświatowe i sportowe, podtrzymywanie kontaktów z rodziną i światem zewnętrznym oraz środki terapeutyczne.

Patrząc na katalog środków oddziaływania, rodzi się wątpliwość, czy skazani cudzoziemcy będą mogli z nich korzystać. Więziennictwo od szeregu lat boryka się z trudnościami dotyczącymi miejsc pracy dla skazanych, a więc wątpliwe wydaje się znalezienie zatrudnienia dla skazanego cudzoziemca. Mniejszy problem może być w przypadku następnego środka oddziaływania, a mianowicie nauki. Tutaj pewnym rozwiązaniem jest umożliwienie samokształcenia się skazanemu poprzez udostępnienie podręczników w języku, którym się on posługuje. Niezbędna jest jednak współpraca administracji zakładu karnego z przedstawicielami jednostek konsularnych danego państwa. Ta współpraca jest szczególnie istotna ze względu na bieżące informacje dotyczące kraju, którego obywatelem jest skazany i do którego powróci po odbyciu kary. Konsulaty bowiem mogą przekazywać do zakładów karnych gazety i czasopisma w języku, którym skazany się posługuje. Należy jednak zauważyć, że nie zawsze przedstawiciele konsulatów kontaktują się ze swymi rodakami przebywającymi w zakładach karnych. O ile nie jest to problemem w przypadku skazanych obywateli Niemiec, o tyle jest to istotnym problemem w przypadku skazanych zza wschodniej granicy²⁹.

Następna kwestia to utrzymywanie więzi z rodziną. Tutaj istotną rolę odgrywa odległość zakładu karnego od miejsca zamieszkania rodziny. Wprawdzie w kodeksie karnym wykonawczym przewidziano możliwość kumulacji widzeń, jednak w praktyce w przypadku tych skazanych do widzeń dochodzi sporadycznie. Istotnym powodem są koszty związane z podróżą rodziny skazanego do Polski. Często niezbędna jest także wiza na wjazd do Polski, co również jest związane z kosztami dla rodzin skazanych. Kontakty skazanych cudzoziemców z rodziną najczęściej ograniczają się więc do korespondencji. Większość tych skazanych, zważywszy, że nie pracują w zakładzie karnym i nie otrzymują pomocy finansowej od rodziny, nie może korzystać z telefonicznej formy kontaktów z rodziną, nie ma bowiem środków na zakup kart do automatów telefonicznych. Z katalogu środków aktywizacji skazanych przewidzianych przez ustawodawcę właściwie tylko zajęcia sportowe i pewne

29 M. Wysocka, Szczególne prawa cudzoziemca odbywającego karę pozbawienia wolności w polskich zakładach karnych, (w:) Nowa kodyfikacja prawa karnego, tom XVI, pod red. L. Boguni, Wrocław 2004, s. 258–9.

formy aktywności rozwijające zdolności, np. artystyczne skazanego, mogą być realizowane, bowiem w ich przypadku bariera językowa nie jest tak istotna.

Spółeczna readaptacja skazanych nie może przebiegać właściwie bez kontaktów skazanego ze światem poza murami zakładu karnego. Dostrzegając tę zależność, ustawodawca wprowadza system przepustek (nagrodowe, związane z typem zakładu karnego, losowe czy związane z przygotowaniem skazanego do opuszczenia zakładu karnego). Pobyt skazanego na przepustce pozwala także na ocenę jego społecznej readaptacji w warunkach wolnościowych. Skazany może ubiegać się o przepustkę po spełnieniu określonych w kodeksie karnym wykonawczym warunków. Problem powstaje, gdy skazany cudzoziemiec spełnia warunki do uzyskania przepustki, a administracja zakładu karnego jest świadoma, że nie ma warunków ani środków do funkcjonowania poza murami zakładu karnego. Odmowa udzielenia przepustki, gdy skazany na nią zasłużył będzie zaprzeczeniem idei przepustek, opuszczenie zaś przez skazanego w takiej sytuacji zakładu karnego może spowodować, że powróci do kolegów i wówczas pobyt na wolności zakończy się powrotem na drogę przestępczą.

W nowym modelu postępowania ze skazanymi w izolacji penitencjarnej istotną wagę przywiązuje się do przygotowania skazanego do wolności. Ma temu służyć okres do sześciu miesięcy przed końcem kary lub przewidywanym warunkowym przedterminowym zwolnieniem, w którym to czasie skazany powinien nawiązać, korzystając z pomocy administracji zakładu karnego, kontakt z kuratorem, stowarzyszeniami, organizacjami czy instytucjami, których celem statutowym jest udzielanie pomocy skazanym. W tym okresie kurator wspólnie ze skazanym i administracją zakładu karnego przygotowuje program zwolnieniowy, określając potrzeby skazanego w pierwszym okresie po opuszczeniu zakładu karnego, podmioty, które mogą mu udzielić pomocy i sposoby jej udzielania. W przypadku skazanych cudzoziemców, trudno jest opracować program wolnościowy, nie znając warunków, do jakich powróci skazany. Jedynym sposobem udzielania pomocy jest umożliwienie tym skazanym powrotu po opuszczeniu zakładu karnego do państwa, którego jest obywatelem.

Uwzględniając cele, jakie ustawodawca sformułował wobec wykonywania kary pozbawienia wolności, a mianowicie readaptację skazanego (art. 67 § 1 kkw.) i ochronę społeczeństwa przed przestępczością (art. 73 § 1 kkw.), należy zauważyć, iż w przypadku skazanych cudzoziemców trudno osiągnąć pierwszy z nich. Pozostaje tylko czasowa izolacja tych skazanych od społeczeństwa. Należy więc jak najczęściej korzystać z możliwości, jakie stwarza Konwencja o przekazaniu osób skazanych.

CUDZOZIEMIEC NIEPOŻĄDANY JAKO KATEGORIA PRAWNA

1. W funkcjonowaniu każdej społeczności występuje obszar styczności z osobami wobec tej społeczności zewnętrznymi, obcymi. W ramach tej styczności przeżywają się różne, wynikające z rozmaitych przesłanek, postawy i nastawienia w stosunku do owych obcych, zarówno o charakterze pozytywnym, aprobującym, jak i natury negatywnej, odzwierciedlającej m.in. brak akceptacji dla określonych jednostek czy całych grup lub generalnej kategorii. Tak więc w tych relacjach: dana społeczność – osoby zewnętrzne (obce) cechą charakterystyczną jest istnienie takich osób obcych, które z ważnych powodów i w różnym stopniu poddawane są negatywnemu traktowaniu. Trudno wszakże wskazać przykład społeczności, która akceptowałaby osoby z zewnątrz bezwarunkowo. Każda społeczność może też określać – i zazwyczaj to czyni – reguły, jakimi się kieruje w odniesieniu do wszystkich obcych, w szczególności zaś względem tych, których nie akceptuje. Bez względu na czas i miejsce, jakie weźmie się pod uwagę, zawsze można odnaleźć ślady ustaleń odnoszących się do tych kwestii.

Identyfikacja wspomnianych osób obcych – czy jak dziś to określimy: cudzoziemców, a w ślad za tym cudzoziemców (obcych) niechcianych, traktowanych negatywnie, opierać się może na różnorodnych kryteriach. W przeszłości w rachubę wchodziły tu w szczególności: odrębność plemienna, zamieszkiwanie na oddzielnym terytorium, przynależność rasowa, narodowość itd. Niekiedy, kryteria tego rodzaju, związane z pochodzeniem osób, jak np. narodowość czy rasa były nie tylko wyróżnikiem obcości, ale także przesłanką nieakceptowania tej obcości, w skrajnych przypadkach (np. w reżimach faszystowskich) prowadzącego do otwartej wrogości w stosunku do obcych czy nawet do ich zwalczania.

We współczesnym świecie państw narodowych, opartych na zasadach demokratycznych, rozróżnienie danej społeczności („swoich”) oraz osób względem niej „obcych”, zewnętrznych, posiada inny wymiar i umocowane jest przede wszystkim w płaszczyźnie publicznoprawnej relacji jednostki wobec państwa. Podstawowym kryterium tego rozróżnienia jest więc dziś przynależność państwowa jednostki,

znajdująca wyraz w instytucji obywatelstwa. Inaczej mówiąc, z dzisiejszej perspektywy państwa jako zorganizowanej społeczności, poruszany tu problem „obcości” jednostki (czy grup jednostek) sprowadza się do rozstrzygnięcia o posiadaniu (lub braku) przez tę jednostkę (grupę) obywatelstwa danego państwa. W efekcie więc w sferze publicznoprawnej „obcym” jest ta osoba, która nie jest obywatelem danego państwa, czyli ta, która względem tego państwa jest cudzoziemcem.¹ Z cudzoziemcem w sensie formalnoprawnym wiąże się też sytuacja, w której osoba cudzoziemca jest przez państwo niechciana (niepożądana).

Ta niechęć i brak akceptacji ze strony danego państwa wobec cudzoziemca przebiega przede wszystkim w płaszczyźnie przybywania cudzoziemców do tego państwa i przebywania na jego terytorium. Państwo sprawuje faktyczną kontrolę nad swoim obszarem, która obejmuje oczywiście także sprawy wjazdu cudzoziemców i ich pobytu na tym obszarze. W ten sposób niechętny stosunek do cudzoziemca i potraktowanie go jako osoby niepożądanego mogą być przez państwo (władzę państwową) skutecznie wyrażone, właśnie poprzez odmowę wjazdu i odmowę pobytu cudzoziemca na terytorium państwa. Można dodać, że niedopuszczenie do przybycia cudzoziemca na obszar kraju i odmowa pobytu na tym obszarze od najdawniejszych czasów stanowiły najbardziej charakterystyczne odzwierciedlenie istnienia cudzoziemców niepożądanych, będąc równocześnie podstawowymi instrumentami realizacyjnymi stosunku władzy publicznej w odniesieniu do tej kategorii niechcianych cudzoziemców.

2. Przez długi czas stosowanie wspomnianych instrumentów miało charakter działań faktycznych. Z czasem, począwszy od epoki Oświecenia i wraz z narodzinami nowożytnego prawa administracyjnego oraz pojawieniem się pierwszych regulacji imigracyjnych, owe działania zaczęły przybierać postaci sformalizowane, umocowane w unormowaniach prawnych. Stopniowo więc zaczął się też w konsekwencji kształtować prawny kontekst kategorii cudzoziemca niepożądanego.

We współczesnym demokratycznym państwie prawnym problematyka dotycząca relacji państwo – jednostka, a w tym również państwo – cudzoziemcy jest oczywiście przedmiotem regulacji prawnej. Unormowania spraw dotyczących wjazdu cudzoziemców do danego państwa, pobytu i wyjazdu, wraz z określeniem ograniczeń, zakazów i nakazów w tym przedmiocie, stanowią dziś treści ujmowanego w wielu krajach w osobnych aktach normatywnych tzw. prawa o cudzoziemcach. Oznacza to, że dzisiejsza kategoria cudzoziemca niepożądanego determinowana jest

1 Pojmowanie cudzoziemca jako osoby fizycznej niebędącej obywatelem danego państwa, przyjmowane jest w przepisach migracyjnych większości krajów, w tym oczywiście także w Polsce (por. art. 2 ustawy z 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach, Dz.U. z 2006 r., Nr 234, poz. 1634). Oczywiście w innej perspektywie, np. socjologicznej, antropologicznej, kulturowej itd. Rozróżnianie „obcych” i „swoich” może być nadal dokonywane w oparciu o wspomniane wcześniej, a także jeszcze inne kryteria.

w swych treściach i znaczeniu także przez to prawo i tym samym postrzegać ją należy jako kategorię prawną.

Jurydyzację kategorii cudzoziemca niepożądanego daje się skonstruować w odniesieniu do licznych ustawodawstw odnoszących się do cudzoziemców. Stopień prawnego zinstytucjonalizowania tej kategorii, jak i jej charakterystyka prawna, są w poszczególnych systemach zróżnicowane.

W niektórych porządkach prawnych mamy do czynienia z określeniem pojęcia prawnego: „cudzoziemiec niepożądany”, czy też operowania pojęciami blisko związanymi, np. „pobyty niepożądany.” Przykładem może być obecny już w XIX w. w prawie pruskim *Lästiger Ausländer* (niepożądany cudzoziemiec). Współcześnie rozwiązanie tego typu stosowane jest w kilku państwach europejskich. Wśród nich warto wskazać na holenderską ustawę o cudzoziemcach z 2000 r. (art. 65–66)². Na podstawie tych przepisów Minister Sprawiedliwości może w drodze decyzji administracyjnej uznać cudzoziemca za niepożądanego. Przesłanki wydania decyzji w tym przedmiocie zostały enumeratywnie określone w ustawie, pozostawiając jednak organowi sporą dozę uznaniowości, poprzez odwołanie się do pojęć nieostrych (bezpieczeństwo państwowe, stosunków międzynarodowych Holandii itp.). Analiza tych przesłanek wskazuje, że w tej kategorii mieszczą się przede wszystkim osoby zagrażające bezpieczeństwu państwa. Takie orzeczenie z mocy prawa zamyka cudzoziemcowi drogę do legalizacji pobytu w przyszłości i umożliwia wydanie decyzji o jego wydaleniu z terytorium Holandii. Status cudzoziemca niepożądanego jest w tym przypadku osobną instytucją, współwystępującą z instytucją wydalenia.

Częściowo podobne rozwiązania przyjmuje czeska ustawa z 1999 r. o pobycie cudzoziemców na terytorium Republiki Czeskiej i zmianie niektórych ustaw.³ Zgodnie z jej art. 154 ust. 1, cudzoziemiec niepożądany oznacza „*cudzoziemca, który nie może zostać wpuszczony na terytorium państwa z tego względu, że (...) zagraża bezpieczeństwu państwa, porządkowi publicznemu, ochronie zdrowia publicznego, ochronie praw i wolności innych osób lub podobnemu interesowi chronionemu na podstawie zobowiązania wynikającego z umowy międzynarodowej.*” Na podstawie tej definicji cudzoziemiec może zostać uznany za niepożądanego przez organy policji, które w tym względzie mają władzę dyskrecyjną, co wyraźnie stwierdza ust. 2 ww. artykułu. Oprócz tego, przewidziano drugą, „automatyczną” ścieżkę uznania cudzoziemca za niepożądanego, tj. w konsekwencji wydania decyzji o wydaleniu cudzoziemca z Republiki Czeskiej. Rezultatem w obu przypadkach jest wpisanie danych cudzoziemca do rejestru cudzoziemców niepożądanych, z czym wiąże

2 Całkowita zmiana ustawy o cudzoziemcach (Ustawa o cudzoziemcach z 2000 r.) Complete Revision of Aliens Act (Aliens Act 2000). Na podstawie tłumaczenia na język angielski umieszczonego w bazie REFworld w2006, opracowanej przez Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców (UNHCR).

3 Ustawa nr 326 z 30.11.1999 on Residence of Aliens in the Territory of the Czech Republic and Amendment to Some Acts. Tłumaczenie jw.

się ograniczenia możliwości wjazdu na terytorium państwa i legalizacji pobytu. Tak jak w wariancie holenderskim, „cudzoziemiec niepożądany” jest nazwaną instytucją prawa administracyjnego, współwystępującą z wydaleniem, chociaż częściowo inna jest ich relacja, gdyż status ten jest orzekany automatycznie w przypadku wydalenia cudzoziemca.

Cudzoziemiec niepożądany jest osobną instytucją prawnoadministracyjną także według prawa rumuńskiego.⁴ Art. 83 ust.1 rozporządzenia 194/2002 stanowi, iż *„uznanie za niepożądanego jest administracyjnym środkiem władz, stosowanym wobec cudzoziemców, którzy prowadzili, prowadzą lub istnieją silne dowody, iż zamierzają prowadzić działalność zagrażającą bezpieczeństwu państwa lub porządkowi publicznemu.”* Procedura jest oparta na trybie wnioskowym, inicjowanym przez prokuratora. Uznanie za niepożądanego pozostaje kompetencją ministra spraw wewnętrznych. Skutkiem prawnym takiego orzeczenia jest niemożność wjazdu na terytorium Rumunii i legalizacji pobytu oraz możliwość umieszczenia cudzoziemca w placówce detencyjnej. Tak jak i w innych państwach wyodrębniających tę instytucję, osobne regulacje dotyczą wydalenia i swoistego instrumentu, jakim jest nakaz powrotu.

Podobnie ujmuje cudzoziemca niepożądanego prawo albańskie.⁵ Wg art. 2 prawa o cudzoziemcach, osoba niepożądana oznacza *„cudzoziemca, uznanego za takiego przez Ministra Porządku Publicznego (...) którego wjazd lub pobyt zagraża bezpieczeństwu państwowemu, bezpieczeństwu publicznemu, zdrowiu publicznemu, moralności lub innemu ważnemu interesowi narodowemu.”*

Inne ustawodawstwa posługują się tym pojęciem, aczkolwiek nie definiują go i nie czynią z uznawania cudzoziemca za niepożądanego osobnej czynności prawnej. Najczęściej posłużenie się tym terminem ma miejsce w odniesieniu do rejestrów cudzoziemców, prowadzonych w celu uniemożliwienia wjazdu i pobytu cudzoziemców, których dane tam się znajdują (np. art. 49 greckiej ustawy z 2001 r.).⁶ Wyrażenie to jest też używane przy określaniu przesłanek wydalenia lub zakazu wjazdu na terytorium państwa (m.in. art. 6 ust 1 cypryjskiej UCudz i imigracji⁷, art. 11 ust. 4 islandzkiej ustawy o kontroli obywateli innych państw⁸). Słowacka ustawa o pobycie cudzoziemców,⁹ zapożyczając terminologię z prawa międzynarodowego, mówi o *„persona non grata”*, przez co rozumie *„cudzoziemca, który został wyda-*

4 Nadzwyczajne rozporządzenie nr 194/2002 o zasadach pobytu cudzoziemców w Rumunii, zmienione przez ustawę 357/2003.

5 Prawo o cudzoziemcach z dnia 05.08.1999 r. opublikowane w dzienniku urzędowym z dnia 21.07.1999 r. Tłumaczenie jw.

6 Ustawa 2910/2001 z późn. zm. Tłumaczenie jw.

7 Ustawa o cudzoziemcach i imigracji z 1959 r. Tłumaczenie jw.

8 Ustawa o kontroli obywateli innych państw z 12.05.1965 r. Tłumaczenie jw.

9 Ustawa nr 48/2002 z dnia 13 grudnia 2001 r. o pobycie cudzoziemców oraz zmianie i aktualizacji niektórych ustaw. Tłumaczenie jw.

lony w trybie administracyjnym lub cudzoziemca, wobec którego wydano sądowe orzeczenie o wydaleniu” (art. 2 lit. d).

Krajowe ustawodawstwa imigracyjne niektórych państw nie posługują się w ogóle takim terminem (np. ustawa austriacka)¹⁰.

Przytoczone przykłady pozwalają sformułować wniosek o różnorodności rozwiązań stosowanych w państwach europejskich i różnych propozycjach pojęcia cudzoziemca niepożądanego. Formalnemu wyodrębnieniu tej instytucji w prawie krajowym (m.in. Holandia, Rumunia, Albania) towarzyszy najczęściej wąskie rozumienie tego pojęcia, ograniczone do cudzoziemców zagrażających bezpieczeństwu państwa lub porządkowi publicznemu. W innych państwach (m.in. Grecja, Cypr, Islandia) pojęcie to jest używane na określenie kategorii osób, którym władze odmawiają wjazdu na terytorium państwa lub legalizacji pobytu. Na gruncie natomiast porządków prawnych, które nie posługują się tym pojęciem, można podjąć doktrynalną próbę rekonstrukcji tej instytucji, na podstawie przesłanek reglamentacji wjazdu i pobytu cudzoziemców na terytorium państwa. Kategoria cudzoziemca niepożądanego będzie mieć wówczas wymiar instytucji prawno-doktrynalnej.

3. Na gruncie polskiego prawa o cudzoziemcach kategoria cudzoziemca niepożądanego bez wątpienia daje się wyraźnie zidentyfikować, aczkolwiek podstawą ku temu nie jest konkretna, legalna definicja, ale dość szerokie spektrum unormowań prawnych, które tą kategorią się posługują, bądź do niej nawiązują.

Na początek jednak warto zauważyć, że pojęcie (kategoria) cudzoziemca niepożądanego występuje także w wielu wiążących Polskę umowach międzynarodowych, np. w konwencjach o transporcie morskim. M.in. art. 14 ust. 5 umowy z dnia 04 października 2002 r. między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Tunezyjskiej w dziedzinie transportu morskiego stwierdza, iż: *„Umawiające się Strony zastrzegają sobie prawo odmowy wjazdu na terytorium ich Państwa osób niepożądanych”*.¹¹

Pojęcie „osoby niepożądanej” odnaleźć można w umowach o ruchu bezwizowym. Np. art. 8 umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Panamy o ruchu bezwizowym stwierdza: *„Postanowienia niniejszej umowy nie naruszają prawa każdej z Umawiających się Stron do odmowy wyrażenia zgo-*

10 Federalna ustawa dotycząca Wjazdu, Pobytu i Osiedlania się Cudzoziemców (Ustawa o cudzoziemcach z 1997 r.). Tłumaczenie jw.

11 Inne przykłady: art. 12 ust. 5 umowy między Rządem RP a Rządem Królestwa Maroka o transporcie morskim (MP. z 2004 r., Nr 31 poz. 545) art. 12 ust. 5 umowy między Rządem RP a Rządem Chorwacji o transporcie morskim (MP z 2002 r., Nr 34, poz. 533); Poprawki do załącznika do Konwencji o ułatwieniu międzynarodowego obrotu morskiego, sporządzonej w Londynie dnia 9 kwietnia 1965 r., przyjęte przez Komitet Ułatwień Międzynarodowej Organizacji Morskiej (Dz.U. z 2005, nr 118, poz. 1004).

*dy na wjazd lub pobyt na terytorium swojego Państwa obywatelom Państwa drugiej Umawiającej się Strony, uznanym za osoby niepożądane.”*¹²

Art. 4 ust. 2 Europejskiego Porozumienia w sprawie zniesienia wiz dla uchodźców¹³ stanowi, iż: „*Każda Umawiająca się Strona zastrzega sobie prawo zakazu wjazdu lub pobytu na swoim terytorium osobom uznanym za niepożądane.*”

Gdy chodzi o polskie prawo o cudzoziemcach w ścisłym sensie, trzeba zauważyć, że kategoria ta zaczęła się zarysować formalnoprawnie (instytucjonalnie) już w międzywojennych regulacjach dotyczących cudzoziemców. Rozporządzenie z mocą ustawy Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 13 sierpnia 1926 r. o cudzoziemcach,¹⁴ określając przesłanki wydalenia cudzoziemca, wskazywało na cudzoziemców niestosujących się do przepisów niniejszego rozporządzenia oraz na cudzoziemców, których „*pobyt staje się uciążliwy dla Rzeczypospolitej Polskiej ze względu na dobro państwa, a zwłaszcza – bezpieczeństwo lub porządek publiczny.*” Powojenna regulacja dotycząca cudzoziemców, a mianowicie obowiązująca przez wiele lat ustawa z dnia 29 marca 1963 r. o cudzoziemcach, posługiwała się terminem „*cudzoziemca, którego pobyt na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej był niepożądany ze względu na interes publiczny*” (art. 5 ust. 1 pkt 5)¹⁵.

W dzisiejszym stanie prawnym, który wyznacza przede wszystkim administracyjnoprawna regulacja statusu cudzoziemca, zawarta w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (dalej: UCudz)¹⁶, kategoria cudzoziemca niepożądanego nie jest opisana w sposób jednolity i może być postrzegana w różnych konfiguracjach.

W pierwszej kolejności trzeba przyjąć, że cudzoziemcem niepożądanym jest ten cudzoziemiec, którego dane zostają wpisane do wykazu cudzoziemców, których pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest niepożądany (art. 128 ust. 1 UCudz). Innymi słowy, o formalnym uznaniu cudzoziemca za niepożądanego możemy mówić wówczas, gdy jego dane zostaną wprowadzone do powyższego wykazu.¹⁷ Zgodnie z przywołanym przepisem są to:

12 MP z 2003, Nr 8, poz. 123. Analogiczny przepis w art. 5 umowy o ruchu bezwizowym między Rządem RP a Rządem Makau (MP 2003, Nr 8, poz. 121) oraz art. 5 umowy o ruchu bezwizowym między Rządem RP a Rządem Hong Kongu (MP 2003, Nr 8, poz. 119).

13 Dz.U. z 2005, Nr 225, poz. 1929.

14 Dz.U. RP Nr 83, poz. 400.

15 Dz.U. z 1963 r., Nr 15, poz. 77. Ustawa ta po 1989 r. była zmieniana i wraz z jednolitym tekstem tej ustawy (Dz. U. z 1992 r., nr 7, poz. 30) zmianie uległa numeracja wskazanej normy na art. 5 ust. 1 pkt 4, a także skorygowano jej brzmienie w sposób następujący: „cudzoziemca, którego pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest niepożądany ze względu na interes publiczny”.

16 Tekst jednolity Dz.U. z 2006 r., Nr 234, poz. 1694, z późn. zm. (ostatnia – Dz.U. z 2007 r., Nr. 120, poz. 818). Także ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jednolity Dz.U. z 2006 r., Nr 234, poz. 1695) oraz ustawa z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (Dz.U. z 2006 r., Nr 144, poz. 1043, z późn. zm.).

17 Do tego poglądu wydaje się skłaniać J. Chlebny, (w:) „Prawo o cudzoziemcach: komentarz”, wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 136–137.

- cudzoziemcy, wobec których została wydana decyzja: o wydaleniu (ostateczna lub opatrzona rygorem natychmiastowej wykonalności), o cofnięciu zezwolenia na osiedlenie się z przyczyny, o której mowa w art. 68 ust. 1 pkt 1–3 ww. ustawy¹⁸, o cofnięciu zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego WE z przyczyny, o której mowa w art. 69 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy¹⁹; o odmowie nadania statusu uchodźcy, zawierająca nakaz opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; ostateczna decyzja o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub zawierająca termin opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; decyzja o cofnięciu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony lub o odmowie wydania zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony;
- cudzoziemcy skazani prawomocnym wyrokiem w Rzeczypospolitej Polskiej za przestępstwo umyślne lub przestępstwo skarbowe; za granicą za przestępstwo stanowiące zbrodnię pospolitą również w rozumieniu prawa polskiego;
- cudzoziemcy niewywiązujący się z zobowiązań podatkowych wobec Skarbu Państwa;
- cudzoziemcy, których wjazd lub pobyt są niepożądane ze względu na zobowiązania wynikające z postanowień ratyfikowanych umów międzynarodowych obowiązujących Rzeczpospolitą Polską;
- cudzoziemcy, których wjazd lub pobyt są niepożądane ze względu na zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa albo bezpieczeństwa i porządku publicznego albo mogłyby naruszyć interes Rzeczypospolitej Polskiej.

Wpis do powyższego wykazu wiąże się ze skutkiem prawnym w postaci odmowy wydania wizy (art. 42 pkt 2 UCudz, art. 10 ust. 2 ustawy o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin), odmowy wjazdu na terytorium Polski (art. 21 ust. 1 pkt 2 UCudz, art. 11 ust. 1 pkt 1 ustawy o wjeździe...), unieważnieniem wydanej wizy (art. 48 ust. 1 pkt 1 UCudz), odmowy legalizacji pobytu (art. 57 ust. 1 pkt 2, art. 58 ust. 1 pkt 2, art. 66 pkt 2, art. 67 pkt 1)

18 Art. 68 ust. 1 pkt 1 – 3 mówi o sytuacjach, gdy wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa albo ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego bądź interes Rzeczypospolitej Polskiej; w postępowaniu o udzielenie zezwolenia na osiedlenie się zeznał nieprawdę lub zataił prawdę albo, w celu użycia za autentyczny, podrobił lub przerobił dokument bądź takiego dokumentu jako autentycznego używał; został skazany prawomocnym wyrokiem w Rzeczypospolitej Polskiej za przestępstwo umyślne na karę co najmniej 3 lat pozbawienia wolności.

19 Art. 69 ust. 1 pkt 2 mówi o sytuacji, gdy cudzoziemiec stanowi rzeczywiste i poważne zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa albo dla bezpieczeństwa i porządku publicznego.

lub wydaleniem, gdy wjazd nastąpił w okresie obowiązywania wpisu (art. 88 ust. 1 pkt 4).

Kategorię prawną cudzoziemca niepożądanego można jednak postrzegać jeszcze inaczej. Przyjmując jako kwalifikator tej kategorii nie konstytutywny wpis do rejestru publicznego, lecz skutek stosowania instrumentów reglamentacji w postaci odmowy wjazdu lub pobytu cudzoziemca na terytorium Polski, uzyska się szerszy krąg podmiotów niż ten przedstawiony w poprzedniej konfiguracji. Można bowiem wskazać takie normy prawne, których zastosowanie skutkuje odmową cudzoziemcowi tych uprawnień, a jego dane nie są wpisywane do wykazu cudzoziemców, których pobyt na terytorium RP jest niepożądany.

Taką sytuację tworzą art. 42 (odmowa udzielenia wizy) i art. 48 ust. 1 i 2 UCudz (unieważnienie wizy). Zastosowanie tych norm ze swej istoty jest wyrazem nieufności władz państwa wobec cudzoziemca i prowadzi do uniemożliwienia przekroczenia przez niego granicy państwowej. Zasadnym jest więc rozszerzenie optyki postrzegania kategorii cudzoziemca niepożądanego o te normy.

Do tego samego celu stworzona została instytucja odmowy wjazdu, przybierająca postać decyzji administracyjnej wydawanej przez organa Straży Granicznej (art. 21 ust. 1 UCudz). Wydanie takiej decyzji nie skutkuje wprowadzeniem danych cudzoziemca do wyżej wymienianego wykazu.

W tym kontekście można przywołać także odmowę korzystania z ochrony czasowej (art. 109 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP), co uniemożliwia wjazd cudzoziemca na terytorium Polski.

Kategoria cudzoziemca niepożądanego może być wreszcie konstruowana także w najszerszym, interdyscyplinarnym rozumieniu. Jeśli jako adekwatne do niej uznamy wszystkie instytucje prawne, których skutkiem jest opuszczenie przez cudzoziemca terytorium państwa, to tym samym musimy wykroczyć poza prawo administracyjne. Takie rozumienie jest właściwe dla przedstawicieli prawa międzynarodowego publicznego, którzy osadzają tę problematykę w kontekście prawa państwa do regulacji międzynarodowego ruchu osobowego.²⁰

Kategorię cudzoziemca niepożądanego można odnaleźć na gruncie prawa międzynarodowego w odniesieniu do cudzoziemców–dyplomatów. Zgodnie z art. 9 Konwencji wiedeńskiej z dnia 18 kwietnia 1961 r. o stosunkach dyplomatycznych,²¹ państwo przyjmujące dyplomatę może w każdym czasie i bez obowiązku uzasadnienia swej decyzji zawiadomić państwo wysyłające, że szef misji bądź którykolwiek z członków personelu dyplomatycznego misji jest *persona non grata* albo że który-

20 Np. B. Wierzbicki, Ekstradycja, azyl, wydalenie, Państwo i Prawo 1976, nr 4 oraz E. Dynia, Cudzoziemcy w prawie międzynarodowym, Warszawa PFSM 1998 r.

21 Dz.U. z 1965 r., Nr 37 poz. 232.

kolwiek inny z członków personelu misji jest osobą niepożądaną. Dana osoba może być uznana za *non grata* albo za niepożądaną przed przybyciem na terytorium państwa przyjmującego. Przepis precyzuje, że jeżeli państwo wysyłające odmawia wykonania lub nie wykonuje w rozsądnym terminie swych obowiązków wynikających z uznania dyplomaty za osobę niepożądaną, państwo przyjmujące może odmówić uznania danej osoby za członka misji. W konsekwencji, cudzoziemiec będzie mógł być wydalony na ogólnych zasadach.

Analogicznej treści norma została zawarta w Konwencji o stosunkach konsularnych z dnia 29 kwietnia 1963 r.²² oraz konwencji z dnia 16 grudnia 1969 r. o misjach specjalnych.²³ Postanowienia precyzujące zasady w tej materii są też zawarte w szeregu bilateralnych konwencji regulujących stosunki konsularne między państwami.

W ograniczonym stopniu można tu przywołać prawnokarną instytucję ekstradycji. Cel jej stosowania jest w sposób oczywisty inny niż w przypadku instytucji przywoływanych wyżej, niemniej cechą wspólną jest finalny skutek – opuszczenie terytorium państwa, przy czym orzeczenie sądu wyłącza ścieżkę postępowania administracyjnego.

Powyższa analiza, choć z konieczności pobieżna, potwierdza poczynioną wcześniej konstatację, że cudzoziemiec niepożądany może być rozumiany jako kategoria prawna. Porównanie rozwiązań funkcjonujących w różnych porządkach prawnych wskazuje na jej różnorodność i niejednoznaczność. Niemniej jednak, niezależnie od stopnia jej zinstytucjonalizowania i charakterystyki prawnej, zawsze kategoria ta daje się zidentyfikować na płaszczyźnie jurydycznej.

Na gruncie prawa polskiego kategoria cudzoziemca niepożądanego może być postrzegana i rekonstruowana w różnych konfiguracjach. Po pierwsze, można obrać metodę formalną, utożsamiając cudzoziemca niepożądanego z osobą, której dane wprowadzono do wykazu cudzoziemców, których pobyt na terytorium RP jest niepożądany. Po drugie, można przyjąć szerszą optykę, dokonując rekonstrukcji tej kategorii w oparciu o analizę przesłanek stosowania tych wszystkich środków reglamentacji administracyjnej, które mają na celu uniemożliwienie wjazdu lub pobytu cudzoziemca na terytorium Polski. Takie spojrzenie wydaje się posiadać tę przewagę, że pozwala uchwycić całość problematyki, bez pozostawiania poza nawiasem rozważań instrumentów prawnych służących tym samym celom – uniemożliwieniu wjazdu i pobytu cudzoziemców na terytorium państwa (m.in. odmowa udzielenia wizy, odmowa wjazdu). Po trzecie, w najszerszej konfiguracji, identyfikacja tej ka-

22 Dz.U. 1982, Nr 13, poz. 89.

23 Dz.U. z 1985 r., Nr 48, poz. 245

tegorii wykracza poza prawo administracyjne, odnosząc się do takich instytucji jak *persona non grata* i ekstradycja.

Niezależnie od sposobu sprecyzowania tej kategorii, nie ulega wątpliwości, że jest ona jednym z istotnych instrumentów prawa o cudzoziemcach. W niektórych płaszczyznach regulowanych przez to prawo (wjazd i pobyt cudzoziemca) kategoria ta odgrywa wręcz kluczową rolę.

PODSTAWOWE PRAWA I WOLNOŚCI POLITYCZNE CUDZOZIEMCÓW W RP

Współczesne państwo polskie, podobnie jak inne państwa europejskie czy pozaeuropejskie, staje przed poważnymi wyzwaniami społeczno-politycznymi, związanymi z procesami integracji (i to nie tylko wynikającymi z istnienia Unii Europejskiej) i globalizacji w różnych sferach życia publicznego. Jednym z takich wyzwań staje się też redefiniowanie pozycji prawnej cudzoziemców przebywających na terytorium danego państwa¹. Problem ten jest o tyle żywotny, że dzisiejsze procesy migracyjne postępują na skalę wcześniej prawie nieznaną, jeśli nie liczyć kolonizacji kontynentu amerykańskiego, choć akurat tamta kolonizacja rodziła zupełnie inne problemy prawne. Osadnicy na terenie Panameryki tworzyli bowiem zupełnie nowe organizmy polityczne, a nie wtapiali się w krajobraz dotychczasowych państw. W sytuacji obecnej, kiedy to pojawiają się przypadki, że liczba imigrantów przekracza już kilkanaście czy nawet kilkadziesiąt procent, zmuszają do poszukiwania zakresu praw i wolności, które przysługiwać będą takim osobom. Warto jednak dodać, że podobny problem nie ma w Polsce charakteru masowego i pewnie jeszcze nie będzie takiego charakteru posiadał przez najbliższe lata, aczkolwiek zapewne nie skutecznych rozwiązań, które pozwolą na zmierzenie się z nim, jest jak najbardziej pożądane.

W tym miejscu nie sposób wskazać jeszcze jednej prawidłowości, jaka staje się zasadą we współczesnych organizmach państwowych. Zauważalny jest proces poszerzania katalogu praw przysługujących wszystkim osobom bez względu na ich status państwowy. Jeszcze kilkadziesiąt lat temu zasadą konstytucyjną było przyznanie praw i wolności wyłącznie obywatelom, a jedynie wyjątkiem rozciągnięcie niektórych kategorii praw i wolności także na osoby nieposiadające obywatelstwa. Obecnie mamy sytuacje odwrotne – prawa podstawowe przysługują wszystkim jednostkom, a jedynie na zasadzie wyjątku niektóre z nich są ograniczone wyłącznie

1 M. Soininen, „The Swedish model” as an institutional framework for immigrant membership rights, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 1999, Vol. 25, No 4, s. 685.

dla obywateli państwa, które je ustanawia. Można podkreślić, że z reguły prawa, których pozbawiani są cudzoziemcy, mają charakter polityczny, dodatkowo w ścisły sposób związany z uczestnictwem w procesie decyzyjnym². I właśnie w dalszej części niniejszego artykułu zamierzam skupić się na analizie zakresu praw i wolności politycznych, w szczególności praw wyborczych, które przysługują w Rzeczypospolitej Polskiej, względnie winny przysługiwać także osobom, które nie posiadają obywatelstwa polskiego, w tym również w kontekście członkostwa Polski w Unii Europejskiej.

Problem samego przyznania praw i wolności politycznych cudzoziemcom, a także ich zakresu, nie jest problemem nowym. W tym miejscu trzeba wspomnieć, że już wiele lat temu pojawiły się pierwsze sposoby zapewnienia diasporam, które zamieszkiwały w obcych państwach, wpływu na procesy polityczne w nich występujące. Chyba najlepszym przykładem może być tutaj współdziałanie Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej i Republiki Irlandii, które to państwa uregulowały zakres praw politycznych, a ściśle praw wyborczych, które przysługują obywatelowi jednego z tych krajów na terenie kraju drugiego. W wyniku takich relacji obywatele jednego z tych państw posiadają na terenie państwa drugiego analogiczne prawa wyborcze (oczywiście w zakresie prawa czynnego) jak obywatele tego państwa. Oczywiście są jednak ograniczenia na gruncie prawa biernego. Absurdalne byłoby bowiem, aby Irlandczyk pełnił funkcje króla czy królowej brytyjskiej i odwrotnie – Brytyjczyk został np. prezydentem Irlandii. Co specyficzne, szerszy zakres praw posiadają obywatele Irlandii w Wielkiej Brytanii, w której posiadają oni zarówno czynne, jak i bierne prawo wyborcze w wyborach do Izby Gmin³ i w wyborach lokalnych. W Republice Irlandii dopiero w 1984 r. zaaprobowano poprawkę konstytucyjną, w której na zasadzie wzajemności przyznano czynne prawo wyborcze, we wszystkich wyborach, cudzoziemcom, którzy spełniają tożsame wymogi z tymi, które stawiane są obywatelom Irlandii. Głównie chodziło tu o obywateli brytyjskich.⁴ Podobne regulacje prawne nie są jednakże czymś powszechnym, a wręcz przeciwnie – należą do rzadko spotykanych wyjątków⁵. W większości państw funkcjonuje przekonanie o szczególnym charakterze praw politycznych, które wiążą się z wykonywaniem władczych uprawnień. Są to bowiem prawa zastrzeżone dla członków zbiorowego podmiotu suwerenności, podmiotu najwyższej

2 Chodzi tutaj o dwa podstawowe uprawnienia: prawa do głosowania w wyborach i innych głosowaniach powszechnych oraz prawo do bycia wybieranym na stanowiska publiczne czy też pełnienia w funkcji w organach publicznych, nie pochodzących z wyborów bezpośrednich.

3 W. Kręcis, *Status prawny posła do Izby Gmin w Wielkiej Brytanii*, Warszawa 2000, s. 59.

4 W. Konarski, *System konstytucyjny Irlandii*, Warszawa 2005, s. 39.

5 Przykładem podobnych rozwiązań może być uznawanie przez państwa skandynawskie praw wyborczych obywateli innych państw Unii Nordyckiej w wyborach samorządowych, czy rozwiązania występujące w Hiszpanii i Portugalii, w których prawa wyborcze w wyborach lokalnych przyznawane są obywatelom państw, z którymi Hiszpania czy Portugalia mają podpisane stosowne umowy międzynarodowe, zob. H. Waldrauch, *The Challenges of Immigration and Integration in the European Union and Australia*, 18–20 February 2003, University of Sydney, s. 23.

władzy w państwie. Nawiązując do tradycyjnych koncepcji suwerenności ludu, która współcześnie dominuje na świecie, członkowie owego zbiorowego podmiotu suwerenności muszą być w ścisły sposób związani z państwem, w którym są oni podmiotem najwyższej władzy. Właśnie związek taki wyrażany jest przez instytucję obywatelstwa, a tym samym osoby, które nie są z państwem związane za pomocą takiego związku są, z reguły, wykluczane z zaliczania do wspólnoty stanowiącej lud. Można jednak spotkać przykłady odmienne, gdyż w niektórych państwach europejskich przyznaje się cudzoziemcom pełny albo bardzo szeroki katalog praw politycznych⁶. Czy więc ograniczenie zbiorowego podmiotu suwerenności, jakim jest lud, wyłącznie do obywateli państwa może być uznany za stan oczekiwany?

Odpowiadając na powyższe pytanie warto zastanowić się, czy przyznanie praw politycznych obywatelom państwa, którzy nie wykazują bliższych związków, np. zamieszkując poza jego granicami od wielu lat, jest bardziej uzasadnione niż uznanie takich praw cudzoziemców zamieszkujących na terytorium rzeczzonego kraju. Rozstrzygnięcie tego problemu nie jest oczywiste, aczkolwiek można przedstawić pewne argumenty, które przeciwstawiają się powyższemu rozumowaniu⁷. Najbardziej przekonujące znaczenie ma tutaj fakt, że to właśnie tacy cudzoziemcy płacą podatki należne państwu, zaś jego własni obywatele, zamieszkujący poza jego terytorium, takich ciężarów podatkowych nie ponoszą. W konsekwencji można stwierdzić, że stoi to w sprzeczności z koncepcją jednności praw, wolności i obowiązków obywatelskich. Skoro bowiem nie ma praw bez obowiązków, to jak można mówić o posiadaniu praw politycznych przez osoby niewykonujące obowiązku podstawowego, jakim jest ponoszenie przez obywateli ciężarów wynikających z podatków i innych danin publicznych. Z drugiej jednak strony może zostać podniesiony argument, iż brak starań takich osób o uzyskanie obywatelstwa państwa, w którym koncentruje się ich aktywność życiowa jest wystarczającym argumentem przemawiającym przeciwko przyznaniu im uprawnień w sferze praw politycznych. Można więc stwierdzić, że właśnie wyważenie obu tych argumentów pozwoli na rzeczywistą ocenę istoty problemu.

Należy również zdawać sobie sprawę z niejednorodności praw i wolności o charakterze politycznym. Kategoria takich uprawnień nie jest bowiem jednoznaczna. Mieszczą się w nich zarówno prawa wyborcze, jak i wolność zgromadzeń, wolność zrzeszania się, prawo petycji, jak i inne bardziej szczegółowe kategorie uprawnień. Trudno więc analizować owe prawa w sposób zbiorczy, uciekając od odniesienia się do istoty każdego z nich. Można wręcz spojrzeć na nie przez pryzmat społecz-

6 Można tutaj wskazać takie państwa, jak: Irlandia, Szwecja, Dania czy Holandia, w których od lat 60-tych do 80-tych stopniowo przyznawano prawa wyborcze cudzoziemcom w nich zamieszkującym, zob. L. Togeby, *Migrants at the polls: an analysis of immigrant and refugee participation in Danish local elections*, Journal of Ethnic and Migration Studies, 1999, Vol. 25, No 4, s. 665.

7 R. Rubio-Marin, *Transnational Politics and the Democratic Nation—State Normative Challenges of Expatriate Voting and Nationality Retention of Emigrants*, New York University Law Review 2006, vol. 81, s. 126–127.

ny. Wydaje się bowiem, że w społeczeństwach, które nie posiadają długookresowych tradycji demokratycznych, a do takich społeczeństw właśnie należy zbiorowość w Polsce, zdecydowanie mniejsze opory mogą występować w odniesieniu do objęcia cudzoziemców swobodą zrzeszania się czy nawet swobodą zgromadzeń, niż w odniesieniu do przyznania im praw wyborczych. To właśnie te ostatnie stanowią jednak istotę praw politycznych, pozwalając w sposób bezpośredni wpływać na bieżące wydarzenia państwowe poprzez zrównanie ich uprawnień z uprawnieniami obywateli tegoż państwa. W konsekwencji prawo nie może ignorować tego odbioru społecznego. Zgodnie bowiem z ideą państwa prawa, ustawodawca (ustrojodawca) musi „wsłuchiwać się” w głos zbiorowego podmiotu suwerenności, ponieważ to właśnie koherentność prawa i wyznawanego społecznie systemu wartości stanowi podstawową przesłankę materialnego aspektu takiej idei⁸. Oznacza to, iż właśnie konkretna sytuacja społeczno-polityczna będzie jednym z istotnych kryteriów przy określaniu zakresu przyznanych nie-obywatelom praw politycznych⁹, aczkolwiek nie może być to kryterium wyłączone¹⁰, gdyż w sferze praw i wolności jednostki, w dużej mierze mających charakter prawnonaturalny, kluczowe są także inne elementy, w szczególności elementy o charakterze racjonalnym, jak i odwołujące się do postępujących procesów demokratyzacyjnych.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku¹¹ w rozdziale II określiła katalog praw i wolności politycznych, mających charakter podstawowy. Trzeba stwierdzić, że katalog ten w zasadzie można uznać za typowy dla współczesnych regulacji prawnych. Obejmuje on takie uprawnienia, jak: wolność zgromadzeń, wolność zrzeszania się, prawo dostępu do służby publicznej, prawo do informacji o działalności organów władzy publicznej, prawa wyborcze oraz prawo petycji i prawo do skarg i wniosków. Ważne jest jednak rozróżnienie charakteru tychże praw, ponieważ wyłącznie prawo dostępu do służby publicznej, informacji o działalności władzy publicznej i prawa wyborcze określone zostały jako prawa obywatelskie. Pozostałe z praw i wolności mają już charakter powszechny, choć oczywiście nie bezwzględny. Istnieje bowiem możliwość ich ograniczenia na podstawie art. 31 ust. 3 Konstytucji, ale co istotniejsze, w odniesieniu do cudzoziemców również na podstawie art. 37. Powstaje jednak pytanie o zakres obu powyższych norm konstytucyjnych, w szczególności, czy ustawowe ograniczenie możliwości korzystania przez cudzoziemców z niektórych praw musi również spełniać przesłanki określone w art. 31, czy też stanowi wobec niego *lex specialis*. Pozornie właściwe może się wydawać to

8 Zob. J. Habermas, *Faktyczność i obowiązanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 197–199.

9 W Szwecji właśnie negatywny odbiór społeczny spowodował nieprzyznanie zamieszkałym w tym państwie praw wyborczych do Riksdagu, zob. L. Togeby, *op. cit.*, s. 665.

10 Przy takim założeniu można by mówić o dyktacie większości w sferze praw i wolności, czego przykładem mogłoby stać się ponowne dopuszczenie stosowania kary śmierci, która w państwach europejskich jest uznawana za sprzeczną z wyznawanym społecznie systemem wartości.

11 Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

drugie stanowisko, które za uzasadnienie może mieć chociażby pewien szczególny status prawnych obywateli państwa i, co naturalne, wzmocnienie ich ochrony przed omnipotentną działalnością państwa. W odróżnieniu od nich, pozycja cudzoziemców mogłaby być kształtowana przez samo państwo i jego organy.

W mojej ocenie przyjęcie takiego wnioskowania nie jest jednakże prawnie uzasadnione. Oczywiście, przepis art. 37 dopuszcza stosowanie wyjątków od zasady pełnego wykonywania praw i wolności przez osoby nieposiadające obywatelstwa polskiego, aczkolwiek winien on być stosowany z uwzględnieniem przesłanek określonych w art. 31, choć oczywiście nie w sposób zupełny¹². Zresztą jedna z nich jest tożsama – każde ograniczenia takich praw muszą być wprowadzone w drodze ustawy. Jasne wydaje się jednak, że wyłączenia możliwości wykonywania niektórych praw przez cudzoziemców wymagają również uzasadnienia merytorycznego. Tak więc można domniemywać, że ograniczenia stosowane do cudzoziemców również muszą być zgodne z zasadą demokratycznego państwa prawa, jak i cele, którym takie ograniczenia służą muszą mieć swoje źródło w interesie publicznym. Pewne wątpliwości muszą jednak dotyczyć możliwości naruszenia istoty prawa w odniesieniu do ograniczeń stosowanych wobec cudzoziemców. Z jednej strony naturalnym jest, że jeśli pozbawi się cudzoziemców jakiegoś prawa o charakterze podstawowym, to dojdzie do takiego naruszenia istoty prawa czy wolności. Z drugiej jednak strony można wątpić, czy taka możliwość jest na gruncie polskiej ustawy zasadniczej dopuszczalna. Skoro bowiem niektóre prawa i wolności zostały już w samej konstytucji uznane za prawa obywatelskie, a tym samym przysługujące wyłącznie obywatelom polskim, to naturalne wydaje się, iż pozostałe prawa, mające charakter powszechny, muszą również przysługiwać cudzoziemcom, choć czasami w węższym zakresie niż obywatelom polskim. W konsekwencji można stwierdzić, że art. 37 ust. 2 konstytucji musi być stosowany z uwzględnieniem art. 31 ust. 3, stwarzając jednak możliwość ograniczenia zakresu realizacji powszechnych podstawowych praw i wolności przez osoby, niebędące obywatelami Rzeczypospolitej Polskiej¹³. W przeciwnym wypadku status prawny cudzoziemców w Polsce mógłby być w sposób całkowicie bezzasadny ograniczany przez ustawodawcę, a to we współczesnym państwie demokratycznym jest niedopuszczalne.

Przechodząc do prawnej analizy kształtu konkretnych uprawnień cudzoziemców w sferze praw politycznych, warty podkreślenia jest fakt, że już w latach 60-tych w okresie PRL-u przyznano niektórym z nich prawa wyborcze. Abstrahując od demokratyczności ówczesnych wyborów, można uznać to za pewną istotną wartość. Jak wspomniałem, nie wszyscy cudzoziemcy posiadali tego typu prawa. Dotyczyło

12 Por. K. Woźniak, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 85.

13 A. Wróbel, *Obywatelstwo polskie a prawa i wolności konstytucyjne*, (w:) *Konstytucyjne wolności i prawa w Polsce. Zasady ogólne. Tom I*, pod red. M. Chmaja, Kraków 2002, s. 160.

to bowiem wyłącznie tych osób, które nie posiadały również żadnego innego obywatelstwa, czyli apatrydów¹⁴. Zgodnie z ordynacją wyborczą do Sejmu i rad narodowych, przysługiwało im prawo wybierania przedstawicieli, i to zarówno na szczeblu ogólnokrajowym, jak i lokalnym, o ile zamieszkiwali oni w Polsce przez okres co najmniej 5 lat¹⁵. Wyraźnie więc można stwierdzić, że przyznanie praw wyborczych dotyczyło jedynie jego czynnego aspektu, a wyłączało możliwość ich kandydowania do organów przedstawicielskich. Zwraca uwagę również fakt, że wspomniana ordynacja wyborcza rozszerzała tutaj zakres unormowań konstytucyjnych, które mówiły o prawach wyborczych w odniesieniu wyłącznie od obywateli PRL. Pomimo jednak politycznego charakteru takich regulacji i braku rzeczywistych możliwości wyboru, akurat w tym miejscu rozwiązania przyjęte w tamtym czasie zasługują na pozytywną ocenę, szczególnie w kontekście następującego w ostatnich latach rozszerzania uprawnień elekcyjnych dla cudzoziemców. Na marginesie należy dodać, że po przemianach ustrojowych przełomu lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych powrócono do koncepcji zastrzeżenia praw wyborczych dla obywateli polskich, co jednak znalazło swoje pełne odbicie dopiero po uchwaleniu Konstytucji z 1997 roku, ponieważ do tego czasu bezpaństwowcy mogli oddawać swój głos w wyborach do rad gminy¹⁶.

Podstawowym powodem szerokiej refleksji w odniesieniu do praw politycznych cudzoziemców stała się akcesja Polski do Unii Europejskiej. Oczywiście, dyskusja ta musi skłaniać do swoistej dyferencjacji problemu. Pierwszy aspekt musi dotyczyć pozycji cudzoziemców, będących obywatelami UE, drugi zaś obywateli państw, które znajdują się poza jej strukturami. Nie trzeba dodawać, że zmiany w prawie polskim ograniczyły się wyłącznie do tego pierwszego obszaru regulacji, praktycznie nie skupiając się na zakresie praw i wolności politycznych drugiej grupy cudzoziemców. Można mieć wątpliwości, czy implementacja takich rozwiązań jest rzeczywiście właściwa, choć z drugiej strony można być pewnym, że proces ten nie wynika z woli polskiego ustawodawcy do zacieśniania więzi wewnątrzunijnych, a jest po prostu wprowadzeniem do systemu prawnego RP założeń, zawartych w pierwotnym i wtórnym prawie unijnym. Jak stanowi bowiem art. 19 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, obywatele Unii Europejskiej, czyli obywatele wszystkich państw członkowskich, posiadają prawo do głosowania i kandydowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego, jak i w wyborach lokalnych. Roz-

14 Regulacja ta była tak naprawdę pokłosiem napływu do Polski licznej grupy, pozbawionych obywatelstwa, emigrantów pochodzących z Grecji.

15 F. Siemieński, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1978, s. 172.

16 Zob. B. Banaszak, *Prawo wyborcze obywateli*, Warszawa 1996, s. 25.

winięcie obu tych uprawnień nastąpiło w dyrektywie 93/109¹⁷ i dyrektywie 94/80¹⁸ (pierwsza dotyczyła wyborów do parlamentu europejskiego, druga wyborów samorządowych)¹⁹.

O ile dyrektywa 93/109 w zasadzie wątpliwości nie budzi, o tyle dyrektywa 94/80 wymaga pewnego przybliżenia. Zgodnie z nią, obywatele UE winni mieć zapewnione czynne i bierne prawo wyborcze do organów samorządowych stopnia podstawowego, i to zarówno organów stanowiących, jak i organów wykonawczych, o ile państwo członkowskie takie bezpośrednie wybory przewiduje. Skutkiem przyjęcia powyższej regulacji może być jednak ograniczenie praw wyborczych takich osób w odniesieniu do jednostek wyższego szczebla, o ile takie istnieją. Oznacza to, że w polskim przypadku nie ma obowiązku przyznania praw wyborczych obywatelom UE, niebędącym obywatelami polskimi, w wyborach szczebla powiatowego i szczebla wojewódzkiego (oczywiście nie licząc gmin na prawach powiatów). Istotny jest również fakt, że dyrektywa zostawia państwom członkowskim pewien zakres swobody, pozwalający na ograniczenie uprawnień powyższych osób. Po pierwsze, zgodnie z art. 6 ust. 2, „Państwa Członkowskie mogą zastrzec, że sprawowanie wybieralnego urzędu w organach samorządowych Państwa Członkowskiego miejsca zamieszkania nie może być łączone ze sprawowaniem urzędów w innych Państwach Członkowskich, które są porównywalne do urzędów, których łączenie jest zakazane w Państwie Członkowskim miejsca zamieszkania”. Ma to zapobiegać kumulacji aktywności społeczno-politycznej w różnych państwach UE. Po drugie wreszcie, dyrektywa zezwala na ograniczenie możliwości pełnienia niektórych funkcji przez osoby nieposiadające obywatelstwa państwa miejsca zamieszkania. Stanowi o tym art. 5 ust. 3 i 4, który stwierdza, że „Państwa Członkowskie mogą zastrzec, że tylko ich obywatele mogą być wybierani na urząd kierownika organu wykonawczego, jego zastępcy lub członków kierowniczego kolegiального organu wykonawczego wspólnoty lokalnej stopnia podstawowego.” Podobne zastrzeżenie może dotyczyć też pozbawienia obywateli Unii, wybranych na członków organów przedstawicielskich, prawa udziału w wyznaczaniu delegatów do głosowania w zgromadzeniu parlamentarnym oraz w wyborach członków takiego zgromadzenia. Uzasadnienie obu powyższych ograniczeń wynika z obaw niektórych państw członkowskich związanym z dopuszczeniem cudzoziemców do parlamentu krajowego z jednej strony i organów wykonawczych wspólnoty samorządowej z drugiej. O ile jednak pierwsze ze wskazanych powyżej ograniczeń można uzasadnić tradycyjnym rozumieniem zasa-

17 Dyrektywa Rady 93/109/WE z 6 grudnia 1993 r. ustanawiająca szczegółowe warunki wykonywania prawa do głosowania i kandydowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego przez obywateli Unii mających miejsce zamieszkania w Państwie Członkowskim, którego nie są obywatelami (Dz.U. L 329 z 30.12.1993, s. 34).

18 Dyrektywa Rady 94/80/WE z dnia 19 grudnia 1994 r. ustanawiająca szczegółowe warunki wykonywania prawa głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych przez obywateli Unii mających miejsce zamieszkania w Państwie Członkowskim, którego nie są obywatelami (Dz.U. L 368 z 31.12.1994, s. 38).

19 A. Wyrozumska, *Jednostka w Unii Europejskiej (w:) Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, pod red. J. Barcza, Warszawa 2003, s. 361.

dy przedstawicielstwa, które może być realizowane wyłącznie przez obywateli, to drugie z nich bronić można jedynie socjologicznie, ponieważ wspólnota samorządowa musi być traktowana jako wspólnota mieszkańców, a nie wspólnota obywatelska, co jest konsekwencją istoty samorządu, będącego przecież korporacją o charakterze przymusowym.

Implementacja powyższych dyrektyw unijnych do polskiego porządku konstytucyjnego budzić musi poważne wątpliwości, wynikające z treści art. 62 ust. 1 ustawy zasadniczej. Zgodnie z przepisem tego artykułu, „obywatel polski ma prawo udziału w referendum oraz prawo wybierania Prezydenta Rzeczypospolitej, posłów, senatorów i przedstawicieli do organów samorządu terytorialnego, jeżeli najpóźniej w dniu głosowania kończy 18 lat”. W konsekwencji, o ile konstytucja nie odnosi się do wyborów do Parlamentu Europejskiego, pozostawiając w tym zakresie swobodę ustawodawcy, to wskazuje jednak wyraźnie na prawo wybierania organów lokalnych jako prawo obywatelskie. Możliwa jest jednak dwojaka interpretacja powyższego przepisu. Pierwsza z nich opierać się musi na uznaniu, że konstytucja statuuje jedynie cenzus wieku dla obywatela polskiego, nie odnosząc się jednakże w żadnym zakresie do analogicznych uprawnień cudzoziemców, w tym oczywiście również obywateli państw członkowskich UE. Zwolennicy takiego poglądu wskazują tutaj na podobną, wspominaną już wcześniej praktykę z okresu PRL, kiedy to właśnie w ustawie rozszerzono prawo wyborcze na bezpaństwowców²⁰. Dodatkowym argumentem może być brak użycia przez ustrojodawcę zwrotów o charakterze kategoryzującym, takich jak „tylko” czy „wyłącznie”. W konsekwencji trudno uznać, że uzupełnianie zakresu owego prawa naruszałoby konstytucję. Drugi pogląd również jednak ma swoje uzasadnienie i znalazł odbicie w literaturze konstytucyjnoprawnej. Podstawowym argumentem przemawiającym za taką wykładnią konstytucji jest odwołanie się do sposobu określenia zbiorowego podmiotu suwerenności jako wszystkich obywateli, którzy posiadają prawa polityczne. Ponadto warto dodać, że podobna dyskusja, dotycząca możliwości poszerzania konstytucyjnego zakresu praw wyborczych, miała już w Polsce miejsce na gruncie obecnej konstytucji. Problemem było rozumienie pozbawienia praw wyborczych osób ubezwłasnowolnionych całkowicie i częściowo. Obowiązująca po wejściu w życie Konstytucji z 1997 roku ordynacja wyborcza stanowiła bowiem, iż praw wyborczych pozbawione są osoby ubezwłasnowolnione z powodu choroby psychicznej i niedorozwoju umysłowego, uznając tym samym posiadanie tych praw politycznych osobom ubezwłasnowolnionym z innych przyczyn. Można więc uznać, że regulacja ta także rozszerzała podstawowe prawa jednostki, a jednak spotkała się ze zdecydowaną

20 K. Działocha, *Zgodność zmian w prawie wyborczym z Konstytucją RP (w związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej)*, Państwo i Prawo 2003, nr 11, s. 17.

krytyką większości konstytucjonalistów²¹. Co zaskakujące, niektórzy z przeciwników tamtego stanu rzeczy opowiadali się za zgodnością z konstytucją rozszerzenia praw wyborczych na nie-obywateli.

Osobiście stoję na stanowisku, że takie rozszerzenia zakresu praw podstawowych, naturalnie przy braku wyraźnych ograniczeń konstytucyjnych, jest dopuszczalne²². Konstytucja stanowi pewien minimalny standard gwarancji praw i wolności jednostki, a nie granicę działalności jednostek. Dlatego też, jeśli wolą ustawodawcy jest przyznanie dodatkowych praw podmiotom, którym konstytucja takich praw nie przyznała, to może w ramach swojego imperium takie działania podejmować. I mogą one zarówno dotyczyć zakresu podmiotowego poszczególnych praw i wolności, jak również ich zakresu przedmiotowego. Ustawa zasadnicza stwarza bowiem pewne, minimalne standardy, których państwo musi przestrzegać. Organy mogą jednak takie standardy poszerzać, tym bardziej, że rozwój społeczno-ekonomiczny niewątpliwie sprzyja takim działaniom. I właśnie globalizacja wymaga od państwa redefiniowania niektórych założeń, które nie wydają się adekwatne do powyższego postępu. W konsekwencji ustawodawca może stworzyć ramy prawne dla wykonywania prawa wyborczego, podobnie zresztą jak i dla innych praw politycznych, konstytucyjnie określonych jako obywatelskie, dla cudzoziemców, wskazując jednocześnie na przesłanki, warunkujące realizację takich praw²³.

Wracając jednak do zakresu przyznanych cudzoziemcom, posiadającym obywatelstwo Unii Europejskiej, praw wyborczych, trzeba podkreślić, że ich posiadanie, w wyborach do Parlamentu Europejskiego²⁴, obwarowane jest stałym zamieszkiwaniem na terytorium RP, ukończeniem najpóźniej w dniu wyborów 18 lat, a także wpisaniem go do rejestru wyborczego²⁵. Specyfiką tej regulacji jest jednak to, iż pozostałe przesłanki, warunkujące posiadanie prawa wyborczego, oceniane są pod kątem prawa kraju, którego jest on obywatelem. Natomiast przesłanki posiadania biernego prawa wyborczego do Parlamentu Europejskiego są tożsame z tymi, które spełniać mają obywatele polscy, czyli muszą oni mieć ukończone 21 lat, posiadać prawo wybierania do niniejszego parlamentu oraz nie mogą być karani za przestępstwo popełnione umyślnie, ścigane z oskarżenia publicznego i od co najmniej 5 lat stale zamieszkiwać w Rzeczypospolitej Polskiej lub na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej. W odniesieniu do wyborów samorządowych,

21 Zob. S. Gebethner, *Wybory na urząd Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz do ustawy o wyborze Prezydenta RP*, Warszawa 2000, s. 25–26.

22 Odmienne M. Jabłoński, *Zakres podmiotowy realizacji praw obywatelskich w Konstytucji RP z 2.4.1997 r.*, (w:) *Prawa i wolności w konstytucji RP*, pod red. B. Banaszaka i A. Preisnera, Warszawa 2002, s. 149–150.

23 Podobnie W. Sokolewicz, *Wolności i prawa polityczne*, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom IV*, Warszawa 2005, s. 9.

24 Ustawa z dnia 23 stycznia 2004 r. Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego (Dz.U. Nr 25, poz. 219).

25 Zgodnie z art. 11 ust. 8 ustawy z 12 kwietnia 2001 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i Senatu Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 46, poz. 499 z późn. zm.), wpisywany jest on do rejestru na swój wniosek, złożony najpóźniej 30 dnia od dnia zarządzenia wyborów, chyba że złożył już wniosek przed poprzednimi wyborami.

granica wieku, w przypadku prawa wybierania i bycia wybieranym, jest jednakowa, wynosząca 18 lat, ukończone najpóźniej w dniu wyborów²⁶. Obywatele UE, co jest konsekwencją wspomnianej wcześniej dyrektywy, nie mają jednak prawa wyborczego do organów powiatu i województwa, a także wójta (burmistrza, prezydenta miasta). Warto dodać, że Trybunał Konstytucyjny uznał za niezgodne z konstytucją uzależnienie prawa wyborczego do rady gminy od wpisania ich do rejestru nie później niż 12 miesięcy od dnia wyborów²⁷.

Jak wynika z powyższych unormowań, przyznanie praw wyborczych w Polsce dotyczy wyłącznie cudzoziemców, będących obywatelami UE. Pozostali nie-obywatele w ogóle nie korzystają z takich praw, co musi być ocenione negatywnie. Chyba źle się stało, że ustawodawca nie zdecydował się na przyznanie również im praw wyborczych, choćby w ograniczonym zakresie, np. wyłącznie do rad gminy. Byłby to ogromny krok naprzód, szczególnie, że działanie podstawowej jednostki samorządowej, jaką jest gmina, nie ma w zasadzie większego związku z posiadaniem obywatelstwa. Tym bardziej, że w Polsce praktycznie nie można obawiać się dziś sytuacji, w której tacy nie-obywatele zyskają dominującą pozycję w jakiegokolwiek gminie. Oczywiście, można również było zastanowić się nad zakresem podmiotowym takiego prawa. Jeśli już bowiem obawy związane z uzyskaniem przez cudzoziemców pozycji dominanta istnieją, można było rozważyć, chociażby wzorem ustawodawcy irlandzkiego, przyznanie takich praw na zasadzie wzajemności. Co prawda, działanie takie nie miałoby większego znaczenia praktycznego, aczkolwiek byłby to na pewno istotny sygnał, iż wspólnota samorządowa to wspólnota mieszkańców, a nie wspólnota wyłącznie obywateli.

W kontekście praw wyborczych, konieczne jest ustosunkowanie się do swobody zrzeszania się w Polsce w odniesieniu do uprawnień cudzoziemców, w szczególności możliwości przyłączania się przez nich do partii politycznych. Jest to szczególnie istotne dla obywateli UE, którzy prawa wyborcze posiadają. I tutaj można stwierdzić, że polskie regulacje nie są w tym zakresie koherentne. O ile, co do zasady, cudzoziemcy objęci zostali zasadą wolności zrzeszania się²⁸, to w stosunku do tworzenia czy przystępowania do partii politycznych, swoboda ta została ograniczona. Zgodnie bowiem z art. 2 ust. 1 ustawy o partiach politycznych,²⁹ członka-

26 Zob. art. 6a i 7 ustawy z dnia 16 lipca 1998 r. – ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików wojewódzkich (Dz.U. Nr 159, poz. 1457 z późn. zm.)

27 Wyrok TK z dnia 20 lutego 2006 r. (Dz.U. Nr 34, poz. 242).

28 Mają oni możliwość przystępowania do stowarzyszeń, związków zawodowych czy organizacji pracodawców. W przypadku stowarzyszeń prawa cudzoziemców zamieszkujących w Polsce są analogiczne do praw obywateli polskich, zaś pozostali nie-obywatele mogą jedynie przystępować do stowarzyszeń już istniejących, o ile zezwalają na to statuty takich stowarzyszeń (art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach, Dz.U. z 2001 r., Nr 79, poz. 855 z późn. zm.). W przypadku związków zawodowych i organizacji pracodawców różnicowanie tego typu nie istnieje, a decyduje tutaj miejsce działalności pracodawcy lub pracownika (Ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych, Dz.U. z 2001 r., Nr 79, poz. 854 z późn. zm. i ustawa z 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców, Dz.U. Nr 55, poz. 235 z późn. zm.).

29 Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. o partiach politycznych (Dz.U. z 2001 r., Nr 79, poz. 857 z późn. zm.)

mi takich partii mogą być obywatele Rzeczypospolitej Polskiej, którzy ukończyli 18 lat. Co prawda, regulacja ta jest w pewnej mierze wiernym oddaniem sensu art. 11 konstytucji, stanowiącego, że „partie polityczne zrzeszają obywateli polskich”, jednakże – jak już wcześniej podniesiono – istnieje możliwość rozciągnięcia tego prawa na cudzoziemców, w szczególności obywateli UE, podobnie jak miało to miejsce w przypadku prawa wyborczego³⁰. Takie ograniczenie tworzy istotny paradoks, ponieważ obywatele UE mogą kandydować do samorządu i Parlamentu Europejskiego, nawet z list partii politycznych, nie mogąc jednocześnie być ich członkami. Wydaje się więc, że wymaga to pilnej zmiany ustawy o partiach politycznych pod kątem możliwości uczestnictwa w jej pracach nie-obywateli, którzy posiadają w Polsce prawa wyborcze. Naturalnie, można zgłosić tu wnioski *de lege ferenda*, wskazujące na pewne ograniczenie pozycji takich cudzoziemców w partii politycznej, np. poprzez zastrzeżenie możliwości pełnienia funkcji w organach kierowniczych wyłącznie dla obywateli kraju, jednakże zupełne wyłączenie obywateli UE z prac w partiach politycznych musi być uznane za istotną słabość spójności polskiego prawa. Ważne jest jednak, aby włączyć takie osoby, w szczególności osoby wykonujące mandat przedstawicielski, w ramy bezpośredniego działania partii politycznych. Jest to również istotne z drugiego powodu. Widoczny jest bowiem proces powolnego tworzenia się partyjnych struktur partii paneuropejskich, czego wyrazem jest rosnąca instytucjonalizacja pozycji frakcji parlamentarnych w Parlamencie Europejskim. W tym kontekście polska regulacja członkostwa w stronnictwach politycznych musi wydawać się anachroniczna i niezgodna ze współczesnymi tendencjami, nie tylko europejskimi, ale również światowymi.

Mówiąc o wolności zrzeszania się cudzoziemców, trzeba podnieść jeszcze jedną kwestię. Pojawiają się głosy, że przejawem takiej wolności jest również przynależność do samorządu zawodowego³¹. W tym aspekcie można byłoby również mówić o licznych ograniczeniach możliwości przynależności cudzoziemców do tego typu samorządów, gdyż niektóre z nich wykluczają możliwość członkostwa korporacyjnego nie-obywateli polskich w sposób bezwzględny (np. samorząd notarialny), czy też względny (samorząd rzeczników patentowych). Wydaje się jednak, że podstawowy problem dotyczy samego uznania korporacji zawodowych za przejaw wolności zrzeszania się. Swoboda zrzeszania pozwala bowiem nie tylko na tworzenie i przystępowanie do różnorodnych zrzeszeń, dając jednak również możliwość funkcjonowania poza nimi. O tyle samorządy zawodowe są korporacjami przymusowymi, gdyż pozostawanie poza nimi wyklucza możliwość pełnienia powiązanych z nimi zawodów. W konsekwencji można nie przystąpić do takiej korporacji, ale wiąże

30 Odmienne M. Dąbrowski, *Zrzeszanie się obywateli UE w partiach politycznych w Polsce*, Państwo i Prawo 2006, z. 4, s. 72–73.

31 Zob. M. Chmaj, *Wolność zrzeszania się*, (w:) *Konstytucyjne wolności i prawa w Polsce. Tom III. Wolności i prawa polityczne*, pod red. W. Skrzydły, Kraków 2002, s. 111.

się to również z wyłączeniem możliwości wykonywania określonego zawodu zaufania publicznego. Wydaje się więc, że zaliczenie korporacji zawodowych do zrzeszeń, które ze swojej natury mają charakter dobrowolny jest zbyt szerokim ujęciem rzeczzonej podstawowej wolności jednostki, a tym samym nie sposób traktować ograniczeń stosowanych wobec cudzoziemców w tym zakresie jako ograniczeń wolności zrzeszania się, dokonanych na mocy art. 37 konstytucji.

Istotne jest również wspomnienie, że osoby nieposiadające polskiego obywatelstwa również ani *de iure*, ani *de facto* nie zostały ograniczone w podstawowej wolności zgromadzeń. Ustawa – Prawo o zgromadzeniach³² przyznała im równe prawa z obywatelami RP, zasadniczo nie różnicując ich pozycji prawnej i to zarówno w kontekście organizowania zgromadzeń, jak i uczestnictwa w nich, bez względu na cele, jakiemu takie zgromadzenie służy³³. W odniesieniu do organizatora postawiony został wymóg posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych, co może wywoływać kontrowersje, czy w odniesieniu do cudzoziemców należy zdolność tę oceniać według prawa polskiego, czy też według jego prawa ojczystego. Wydaje się jednak konieczne stosowanie tutaj prawa właściwego w ujęciu więzi personalnej, czyli jego prawa ojczystego, gdyż interpretacja odmienna mogłaby powodować liczne komplikacje. Jedynym utrudnieniem dla cudzoziemców może być fakt obowiązku podania języka, w jakim porozumiewać się będą uczestnicy zgromadzenia, ponieważ w przypadku manifestacji cudzoziemców, pochodzących z różnych krajów, może to stanowić istotną trudność, aczkolwiek wydaje się, że w praktyce ma to raczej charakter jedynie porządkowy.

Drugim, obok praw wyborczych, prawem, które najczęściej w współczesnych konstytucjach – podobnie zresztą jak i w polskiej ustawie zasadniczej – ma charakter wyłącznie prawa obywatelskiego, jest prawo dostępu do służby publicznej. Główną przyczyną takiego stanu rzeczy jest jego szczególny charakter. Wiąże się ono bowiem w sposób immanentny z realizacją procesu decyzyjnego. Tym razem proces decyzyjny wiąże się najczęściej z wydawaniem rozstrzygnięć o charakterze konkretno-indywidualnym, Służba publiczna winna być bowiem rozumiana jako „trwałe wykonywanie wszelkich zajęć związanych bezpośrednio lub tylko pośrednio z realizacją zadań władzy publicznej oraz/lub zaspokajaniem potrzeb publicznych” lub też działanie w publicznym interesie³⁴. Nie ma wątpliwości, że do takiej służby zaliczyć trzeba wszystkie funkcje w organach administracyjnych oraz podległych im urzędach. Pewne problemy muszą natomiast dotyczyć funkcji w organach przedstawicielskich i to zarówno w parlamencie, jak i organach stanowiących samorządu terytorialnego. W kontekście rozważań o prawach politycznych cudzo-

32 Ustawa z dnia 5 lipca 1990 r. – Prawo o zgromadzeniach (Dz.U. z 1990 r., Nr, 51, poz. 297 z późn. zm.).

33 A. Wróbel, *Wolność zgromadzania się*, (w:) *Konstytucyjne wolności i prawa w Polsce. Tom III. Wolności i prawa polityczne*, pod red. W. Skrzydły, Kraków 2002, s. 37.

34 W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 60, (w:) Konstytucja Rzeczypospolitej...*, s. 14–15.

ziemców rozstrzygnięcie powyższej kwestii nie jest istotne, ponieważ kwestia możliwości sprawowania przez nich mandatów przedstawicielskich ściśle związana jest z posiadaniem biernego prawa wyborczego.

Jak już wspomniałem, konstytucja RP traktuje prawo do służby publicznej jako prawo przysługujące obywatelom polskim, aczkolwiek – podobnie jak w przypadku praw wyborczych – istnieją możliwości ich rozszerzenia na cudzoziemców³⁵. Odmienne jednak niż w przypadku tamtych praw, ustawodawca polski nie zdecydował się na taki krok, co jednak nie wydaje się właściwe, głównie ze względu na trudności, jakie mogą powstać przy określeniu zakresu pojęcia „służba publiczna”. Gdyby bowiem próbować je interpretować w sposób szeroki, to wszelkie zawody zaspakajające potrzeby publiczne mogłyby być ograniczone dla obywateli polskich. A taka interpretacja mogłaby być uznana za dyskryminującą, w szczególności w odniesieniu do obywateli UE, ponieważ naruszać mogłoby fundamentalną zasadę swobody przepływu pracowników. Warto przytoczyć tutaj argumentację ETS-u, która wskazywała na konieczność ściśle instytucjonalnego rozumienia pojęcia służby publicznej, co oznacza, że ograniczenia zatrudniania mogą dotyczyć osób zatrudnianych w organach administracji publicznej i są warunkowane interesem państwa bądź podmiotów zbiorowych³⁶. Szkoda więc, że polskie ustawodawstwo nie określiło w sposób należyty i kompleksowy katalogu funkcji, które zastrzeżone zostały dla obywateli. Trzeba jednak zauważyć, że ustawy o służbie cywilnej³⁷, o pracownikach samorządowych³⁸ i o państwowym zasobie kadrowym³⁹, a także liczne ustawy szczegółowe, wyrażnie takie ograniczenie zawierają, wymieniając posiadanie obywatelstwa RP jako jedną z przesłanek uprawniającą do pełnienia powyższych funkcji⁴⁰.

Wyłączenie dostępu cudzoziemców do służby publicznej można jednak uzasadnić ochroną interesów państwa. Sądzę, że ma to nawet istotniejsze znaczenie niż pozbawienie ich praw wyborczych, gdyż w zdecydowanie bardziej oczywisty wiąże się z procesem decyzyjnym, który, jak zauważyłem wcześniej, stanowi podstawową przyczynę różnicowania praw obywateli i nie-obywateli. Więż pomiędzy państwem a obywatelami jest wszakże znacznie większa, oczywiście w aspekcie prawnym niż więż nie-obywateli. Dodatkowo również, czego nie można nie zauważyć, wykonywanie takich funkcji bardzo często związane jest z dostępem do tajemnic państwowych czy innych poufnych informacji, których ujawnienie innym państwom

35 Por. M. Jabłoński, *Prawo dostępu do służby publicznej*, (w:) *Prawa i wolności w konstytucji RP*, pod red. B. Banaszaka i A. Preisnera, Warszawa 2002, s. 637.

36 Zob. wyrok ETS z 2 lipca 1996 r. w sprawie Komisja WE przeciwko Luksemburgowi, C 473/93.

37 Ustawa z dnia 24 sierpnia 2006 r. o służbie cywilnej (Dz.U. Nr 170, poz. 1218 z późn. zm.).

38 Ustawa z dnia 22 marca 1990 r. o pracownikach samorządowych (Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1593 z późn. zm.).

39 Ustawa z 24 sierpnia 2006 r. o państwowym zasobie kadrowym (Dz.U. Nr 170, poz. 1217 z późn. zm.).

40 M. Jabłoński, *Prawo dostępu...*, s. 641.

nie byłoby wskazane, aczkolwiek, jak już wcześniej podniosłem, nie można pojęcia służby publicznej traktować jako nieuzasadnionego ograniczania praw pracowniczych cudzoziemców. W związku z tym istotny wydaje się, zgłoszony wcześniej postulat, ścisłego określenia funkcji publicznych zastrzeżonych dla obywateli RP⁴¹. Muszą to być zarówno najwyższe funkcje publiczne, jak również te stanowiska, które wiążą się właśnie z dostępem do informacji niejawnych. Nie jest bowiem właściwym rozwiązaniem całkowite pozbawienie obcokrajowców dostępu do stanowisk publicznych. Często dzieje się tak, że właśnie cudzoziemcy posiadają znacznie wyższe kwalifikacje niż dostępni na rynku Polacy. Dlatego też katalog funkcji, których tacy obcokrajowcy nie mogą sprawować, musi być stworzony w sposób racjonalny, uwzględniający specyfikę owych funkcji, ale także specyfikę całego aparatu służby cywilnej. W przeciwnym wypadku ograniczenia dostępu do takich funkcji mogą także wpływać w sposób negatywny na jakość usług, świadczonych przez urzędników publicznych.

Prawem, które również ma charakter obywatelski, jest prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej i osób pełniących funkcje publiczne, a także innych podmiotów, które takie zadania publiczne realizują. Jak stanowi konstytucja w art. 61 ust. 2, prawo powyższe obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegialnych organów publicznych, pochodzących z powszechnych wyborów, w tym również prawo rejestracji dźwięku i obrazu takich posiedzeń. Przesłanki ujęcia tego prawa jako prawa obywatelskiego, a nie powszechnego, w istotny sposób są zbieżne z argumentacją przedstawioną przy ograniczeniach w odniesieniu do służby publicznej. Trzeba przyznać, że rzeczywiście interes publiczny może uzasadniać zastosowanie tego typu wyłączeń. Nie powinno się wszakże stosować takiego samego zakresu dostępu do informacji publicznej dla podmiotów, których pozycja prawna w państwie, a co za tym idzie również zakres obowiązków, są różne. Przywileje płynące z posiadania obywatelstwa stanowią znaczącą podstawę zawężenia, czy nawet wykluczenia, cudzoziemców z zakresu przywilejów wynikających z powyższego prawa, choć trzeba też mieć świadomość, że w dobie społeczeństwa informacyjnego ograniczenia powyższe mogą być tylko swoistą iluzją.

Rozwinięcie przepisu art. 61 konstytucji dokonane zostało w ustawie o dostępie do informacji publicznej⁴². Co ważne, art. 2 stanowi, że prawo dostępu do takich informacji przysługuje każdemu, a więc także osobom nieposiadającym polskiego obywatelstwa, rozszerzając tym samym dyspozycję zawartą w konstytucji. Uzasadniono to względami praktycznymi, gdyż zastrzeżenie takiego prawa wyłącznie dla obywateli RP nie stanowiłoby przeszkody w uzyskaniu informacji przez cudzoziemców za pośrednictwem takich obywateli⁴³. Rozszerzenie to nie ma jednakże charak-

41 *Ibidem*, s. 643–644.

42 Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.).

43 K. Sarnacka, *Prawo do informacji w Polsce*, Państwo i Prawo 2003, z. 5, s. 71.

teru zupełnego. Zgodnie z art. 5 rzeczony ustawy, zezwala na wprowadzenie ograniczeń w dostępie do niektórych informacji, takich jak informacje niejawne i tajne czy informacje o życiu prywatnym osoby fizycznej czy tajemnicach przedsiębiorcy. Ustawa nie wskazuje jednak wyłączeń takiej jawności w odniesieniu do nie-obywateli, co nie znaczy, że ograniczenia takie nie występują. Podstawowym wyjątkiem jest właśnie zakaz dostępu cudzoziemców do informacji niejawnych, będących tajemnicą państwową⁴⁴. Ograniczenie to ma charakter bezwzględny, aczkolwiek nie dotyczy możliwości pełnienia przez cudzoziemców funkcji związanych z kierowaniem, wykonaniem umowy oraz jej bezpośrednią realizacją u przedsiębiorcy, jednostce naukowej lub badawczo-rozwojowej, uczestnicząc w czynnościach zmierzających do zawarcia powyższej umowy, jeśli związane jest to z dostępem do informacji niejawnych, jak i zatrudnieniem w pionie ochrony.

Ostatnim z podstawowych praw politycznych w Polsce jest, określone w art. 63 konstytucji, prawo petycji, wniosków i skarg, które mogą być składane zarówno do organów władzy publicznej oraz do innych podmiotów wykonujących zadania z zakresu administracji publicznej. Prawo to ma charakter prawa powszechnego, przysługującego każdemu, aczkolwiek ustawy szczegółowe, w niektórych przypadkach, zastrzegają je wyłącznie dla obywateli. Właśnie taki charakter nadany został inicjatywie ustawodawczej obywateli. Wniesienie takiej inicjatywy ma charakter kwalifikowanej petycji, podpisanej przez co najmniej sto tysięcy obywateli posiadających prawo wybierania do Sejmu⁴⁵. Zwraca uwagę fakt, że już sama konstytucja wyłączyła tutaj możliwość wykonywania tego prawa przez cudzoziemców, gdyż art. 118 ust. 2 konstytucji wyraźnie zdefiniował przesłanki, jakie spełniać muszą osoby uprawnione do wniesienia projektu ustawy. Taki kształt inicjatywy ustawodawczej obywateli wpisuje się w logikę konstytucyjną. Ustrojodawca w wyraźny sposób chciał ograniczyć wpływ cudzoziemców na działalność ustawodawczą, co w ustawie znalazło wyraz również w odniesieniu do wyłączeń dotyczących jej finansowania⁴⁶. Konsekwencją tego jest również sposób konstytucyjnego ujęcia praw wyborczych, w tym prawa do udziału w referendum. W przypadku inicjatywy ustawodawczej istnieje jednak problem, czy ustawodawca mógłby takie prawo przyznać również cudzoziemcom, np. obywatelom UE. Moje stanowisko w tej kwestii jest jednak odmienne niż w odniesieniu do praw wyborczych. Prawo inicjatywy ustawodawczej obywateli musi być bowiem potraktowane jako *lex specialis* wobec prawa petycji. Świadczy o tym również ujęcie jego poza rozdziałami odwołującymi się do praw i wolności jednostki, czyli rozdziałem I i II Konstytucji RP. Dlatego też nie można

44 Zob. art. 28 ust. 1 pkt. 2 ustawy z 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 11, poz. 95 z późn. zm.).

45 Zob. ustawa z dnia 24 czerwca 1999 r. o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli (Dz.U. Nr 62, poz. 688).

46 P. Uziębło, *Inicjatywa ustawodawcza obywateli w Polsce na tle rozwiązań ustrojowych państw obcych*, Warszawa 2006, s. 209.

uznać, że i w tym zakresie ustawa zasadnicza wyznacza jedynie pewne minimalne standardy realizacji praw i wolności. Wręcz przeciwnie, definicja inicjatywy ustawodawczej zawarta w art. 118 ust. 2 musi być uznana za definicję zupełną, której poszerzenie ustawowe jest niedopuszczalne. W konsekwencji przyznanie owego prawa osobom, które nie posiadają polskiego obywatelstwa, wymagałoby modyfikacji unormowań konstytucyjnych.

Również formą petycji zbiorowej jest możliwość wystąpienia z wnioskiem o przeprowadzenie referendum ogólnokrajowego, która może być złożona przez co najmniej pięćset tysięcy obywateli, jak i referendum lokalnego, w odniesieniu do wszystkich szczebli samorządowych⁴⁷. W przypadku jednak tej petycji, odmiennie niż w przypadku ustawodawczej inicjatywy obywatelskiej, o pozbawianiu możliwości realizacji tego prawa zdecydował już sam ustawodawca w ustawach: o referendum ogólnokrajowym i o referendum lokalnym. Takie ujęcie normatywne wydaje się być naturalne z uwagi na pozbawienie cudzoziemców prawa udziału w takich referendach. Z drugiej jednak strony nic nie stoi na przeszkodzie, aby prawo to rozszerzyć także na niektóre kategorie czy wręcz na wszystkich nie-obywateli, ponieważ konstytucja pozostaje w tym zakresie indyferentna. Szczególnie istotne znaczenie ma to w odniesieniu do referendów lokalnych, co logicznie łączyłoby się z prawem wyborczym posiadanym przez obywateli UE do organów stanowiących gminy

Podstawowym aktem, który rozwija konstytucyjne prawo petycji, skarg i wniosków jest jednak kodeks postępowania administracyjnego⁴⁸. Niniejszy kodeks traktuje powyższe prawa, podobnie zresztą jak ustawa zasadnicza, jako prawa powszechne przysługujące każdemu, a więc zarówno obywatelom, jak i cudzoziemcom. Co więcej, k.p.a. w żaden sposób nie ogranicza możliwości korzystania z tego prawa, co dotyczy także nie-obywateli. Warto przy okazji zwrócić uwagę, że petycja – w odróżnieniu od skarg i wniosków – nie została w tym akcie normatywnym zdefiniowana, co również może stwarzać poważne trudności interpretacyjne, w szczególności na gruncie ustaw szczegółowych, odwołujących się do k.p.a. Można jednak domniemywać, że ich rozpatrywanie następuje analogicznie do rozpatrywania skarg i wniosków⁴⁹.

Podsumowując, trzeba stwierdzić, że polska Konstytucja z 1997 roku przyjęła stosunkowo wąski katalog praw i wolności politycznych, które zgodnie z jej treś-

47 Zob. Ustawa z 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym (Dz.U. Nr 57, poz. 507 z późn. zm.) i ustawa z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym (Dz.U. Nr 88, poz. 985 z późn. zm.).

48 Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.).

49 W. Orłowski uznaje, że wniosek w prawie administracyjnym ma charakter indywidualny, zaś petycja zbiorowy, co jednak trudno uzasadnić odwołując się do ich kształtu normatywnego, B. Banaszak natomiast uznaje petycje za instytucję generalną, w skład której wchodzi różne instytucje, w tym skargi i wnioski, zob. W. Orłowski, *Prawo składania petycji, wniosków i skarg*, (w:) *Konstytucyjne wolności i prawa w Polsce. Wolności i prawa polityczne. Tom III*, pod red. W. Skrzydły, Kraków 2002, s. 158; B. Banaszak, *Prawo obywateli do występowania ze skargami i wnioskami*, Warszawa 1997, s. 7.

cią mają charakter praw i wolności obywatelskich, a tym samym ich realizacja przez cudzoziemców została ograniczona. Dodatkowo, co trzeba uznać za pozytywne, katalog praw politycznych przysługujących osobom niebędącym obywatelami RP został dodatkowo poszerzony. Nie wydaje się jednakże, że poszerzenie to ma wystarczający charakter. Wciąż aktualne jest zdanie K. Skotnickiego, wyrażone w okresie tworzenia Konstytucji RP z 1997 r., iż istotne jest „rozważenie nowego spojrzenia (...) na rozwiązania ograniczające prawa osób niemających obywatelstwa”⁵⁰. Zdecydowanie niewłaściwe wydaje się przyznanie praw wyborczych w wyborach lokalnych wyłącznie obywatelom UE, a nie wszystkim cudzoziemcom zamieszkującym na terenie poszczególnych gmin, co byłoby zgodne ze współczesnymi prądami występującymi w Europie. Także negatywnie ocenić trzeba ograniczenia takich praw wyborczych dla obywateli UE tylko do poziomu gminy, a nie rozciągnięcie ich na inne jednostki samorządu terytorialnego. Istotną wadą wydaje się również pozbawienie takich osób możliwości akcesji do partii politycznych, co musiałoby wpłynąć dodatkowo na zakres integracji cudzoziemców ze społecznościami, w których oni funkcjonują. Wreszcie godne rozważenia byłoby także zdecydowanie ograniczenie stanowisk publicznych, których pełnienie nie jest możliwe przez osoby nieposiadające obywatelstwa, a także poszerzenie katalogu praw wyborczych, szczególnie ich czynnego aspektu, na inne głosowania powszechne, w tym wybory parlamentarne oraz referenda ogólnokrajowe i lokalne. Rozwiązanie powyższych kwestii może być poważnym problemem, przed którym stanie państwo polskie, głównie z uwagi na możliwość pojawienia się w naszym kraju imigrantów z innych państw. Ich alienacja i problemy z integracją mogą stanowić istotne zagrożenia dla dalszego budowania społeczeństwa obywatelskiego⁵¹. Wydaje się, że lepiej byłoby podjąć to wyzwanie już dziś, a nie zmierzyć się z tymi problemami dopiero wtedy, gdy one powstaną.

50 K. Skotnicki, *Prawa i wolności osób nie posiadających obywatelstwa polskiego*, (w:) *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, pod red. L. Wiśniewskiego, Warszawa 1997, s. 162.

51 Por. R. Rubio-Marin, *op. cit.*, s. 146–147.

ZASADY OBOWIĄZYWANIA USTAWY KARNEJ WZGLĘDEM CUDZOZIEMCÓW W POLSKIM SYSTEMIE PRAWA MATERIALNEGO

I. Wprowadzenie

Problematyka tzw. przepisów kolizyjnych, przez które każde wewnątrzkrajowe ustawodawstwo karne określa swój zasięg stosowania, należy do tradycyjnych już zagadnień prawa karnego międzynarodowego. Wybór tak nakreślonego tematu ogranicza treści opracowania do przedstawienia zasad obowiązywania ustawy karnej z dziedziny prawa materialnego wobec cudzoziemców. Zasady obowiązywania ustawy karnej względem osób są jednym z podstawowych zagadnień prawa karnego, pozwalających na rozważenie, czy w danym przypadku zachodzi polska jurysdykcja. Jeśli bowiem sprawca nie podlega orzecznictwu polskich sądów karnych, to stosownie do art. 17 § 1 pkt 8 Kodeksu postępowania karnego (kpk.)¹ nie wszczy-
na się postępowania, a wszczęte umarza. Okoliczność podlegania orzecznictwu krajowych sądów karnych ustala się w oparciu o przepisy prawa karnego materialnego, dopuszczające w pewnych wypadkach „wypadkowe” stosowanie umowy międzynarodowej, której Polska jest stroną. Przepisy te mają dualistyczny charakter, materialno–procesowy, gdyż z jednej strony wskazują na zakres zastosowania ustawy karnej, z drugiej zaś wyznaczają zakres jurysdykcji sądowej danego państwa, czyli jurysdykcję wewnątrzkrajową. Wprawdzie rzadko, ale jednak istnieje możliwość oddzielenia tych dwóch sfer, gdy przepisy prawa karnego materialnego mają zastosowanie w oparciu o zasadę terytorialności, a nie występuje jurysdykcja krajowa, gdyż sprawca czynu zabronionego w polskiej ustawie karnej jest np. uwierzytelnionym w Polsce szefem przedstawicielstwa dyplomatycznego obcego państwa i na zasadzie art. 578 kpk. nie podlega orzecznictwu polskich sądów karnych, korzystając z immunitetu dyplomatycznego.

¹ Ustawa z dnia 6. czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 ze zm.

W zakresie objętym tematem opracowania zostały poniżej przeanalizowane odnośne regulacje przewidziane w trzech głównych kodyfikacjach prawa karnego *sensu stricte* i *sensu largo*. Analizie poddano zasady, na które wskazuje kodeks karny², kodeks karny skarbowy³ oraz kodeks wykroczeń⁴, powoływane dalej odpowiednio jako: kk., kks. i kw.

Oczywistym punktem wyjścia powinno się uczynić wyjaśnienie, kim jest cudzoziemiec. W myśl art. 2 ustawy z dnia 13. czerwca 2003 r. o cudzoziemcach,⁵ cudzoziemcem jest każdy, kto nie posiada obywatelstwa polskiego. Z art. 5 ustawy wynika, że cudzoziemca będącego obywatelem dwóch lub więcej państw traktuje się jako obywatela tego państwa, którego dokument podróży stanowił podstawę wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Stosownie do art. 4 ust. 1 ustawy „dokumentem podróży jest dokument uznany przez właściwy organ Rzeczypospolitej Polskiej, uprawniający do przekroczenia granicy, wydany cudzoziemcowi przez organ państwa obcego, organ polski lub organizację międzynarodową albo podmiot upoważniony przez organ państwa obcego lub obcą władzę o charakterze państwowym. Ustawodawca, kontynuując praktykę poprzednio obowiązującej ustawy o cudzoziemcach,⁶ zdecydował się na negatywne zdefiniowanie cudzoziemca, jeśli postanowił, że jest nim ten, kto nie posiada obywatelstwa polskiego. Ustalenie, czy sprawca jest obywatelem polskim, następuje w oparciu o ustawę z dnia 15. lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim⁷, gdzie w art. 1 postanowiono, że w dniu wejścia w życie owej ustawy obywatelami polskimi są osoby, które posiadają obywatelstwo polskie na podstawie dotychczasowych przepisów. Pewną pomocą jest zapis umiejscowiony w art. 2 ustawy, że obywatel polski w myśl prawa polskiego nie może być równocześnie uznawany za obywatela innego państwa, a zatem ustawodawstwo polskie nie dopuszcza instytucji podwójnego obywatelstwa. Można być zatem albo obywatelem polskim, albo cudzoziemcem. Ustawa z 1962 r., podobnie jak ustawy z 1920 r. i 1951 r., określa zasadę wyłączności obywatelstwa tylko w sensie prawnym. Oznacza to, że obywatel polski może posiadać obywatelstwo innego państwa, ale przed organami polskimi nie może się na ten fakt powoływać. Jeżeli nawet ten fakt wskaże, organy państwowe nie mogą go traktować jako cudzoziemca, a zatem zawsze podlega prawu polskiemu. Sytuacja ta trwa aż do chwili zrzeczenia się obywatelstwa, ponieważ stwarzałoby to problemy z określeniem skutków prawnych, jakie prawo należałoby stosować wobec osób posiadających np. obywatelstwo polskie i obywatelstwo obcego państwa. Stąd też w zasadzie nie mówi się o podwójnym

2 Ustawa z dnia 6. czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.

3 Ustawa z dnia 10. września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, Dz.U. z 1999 r., Nr 83, poz. 930 ze zm.

4 Ustawa z dnia 20. maja 1971 r. Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 1971 r., Nr 12, poz. 114 ze zm.

5 Ustawa z dnia 13. czerwca 2003 r. o cudzoziemcach, Dz.U. z 2003 r., Nr 128, poz. 1175 ze zm.

6 Ustawa z dnia 25. czerwca 1997 r. o cudzoziemcach, Dz.U. z 1997 r., Nr 114, poz. 739.

7 Ustawa z dnia 15. lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim, Dz.U. tj. z 2000 r., Nr 28, poz. 353 ze zm.

obywatelstwie, tylko o stanach podwójnego obywatelstwa, które powstają w wyniku kolizji ustawodawstwa poszczególnych krajów.⁸

II. Katalog zasad kompetencji karnej względem cudzoziemców w kodeksie karnym

W obowiązującym kodeksie karnym wyróżnia się następujące zasady kompetencji karnej w ogólności:

1. terytorialności, uregulowaną w art. 5;
2. narodowości podmiotowej (obywatelstwa, zasadę personalną czynną), uregulowaną w art. 109;
3. narodowości przedmiotowej względnej (zasadę personalną bierną), uregulowaną w art. 110 § 1;
4. odpowiedzialności zastępczej, uregulowaną w art. 110 § 2;
5. ochronną (narodowości przedmiotowej bezwzględnej, narodowości przedmiotowej w postaci obostrzonej), uregulowaną w art. 112;
6. represji wszechświatowej (zasadę uniwersalną, represji konwencyjnej), uregulowaną w art. 113.

Wszystkie z nich, poza zasadą narodowości podmiotowej, odnoszącą się wyłącznie do polskiego obywatela, mają zastosowanie do cudzoziemców. Wyłącznie o cudzoziemcach traktują zasady narodowości przedmiotowej oraz odpowiedzialności zastępczej, podczas gdy trzy pozostałe stanowią podstawę odpowiedzialności karnej zarówno cudzoziemców, jak i obywateli polskich. Wszystkie zasady, za wyjątkiem terytorialności, należą do tzw. prawa karnego międzynarodowego.⁹

Zasada terytorialności jest uważana obecnie za najważniejszą zasadę kompetencji karnej. Opiera ona kompetencję karną na fakcie, że przestępstwo zostało popełnione na terytorium danego państwa. Karanie czynów popełnionych na terytorium jakiegoś państwa należy do jego uprawnień, będących konsekwencją suwerenności państwa. Co więcej, jest to nie tylko uprawnienie, ale i obowiązek państwa, które jest odpowiedzialne za zapewnienie na swoim terytorium porządku i bezpieczeństwa. Dodatkowo zwiększa znaczenie tej zasady okoliczność, że przeważnie czyny popełnione na terytorium danego państwa są zarazem czynami przeciwko jego interesom lub interesom jego obywateli.¹⁰

8 K. Gładych, Ważność czynności prawnych z zakresu rejestracji stanu cywilnego dokonanych poza granicami kraju, w: *Światło prawa prywatnego międzynarodowego*, Technika i USC 2002, Nr 1 (30), s. 18.

9 M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Zakamycze, Kraków 2006, s. 25.

10 L. Gardocki, *Zarys prawa karnego międzynarodowego*, PWN, Warszawa 1985, s. 140.

Zasada ta znalazła swoje odzwierciedlenie w art. 5 kk. z 1997 r., w myśl którego polską ustawę karną stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium RP albo na polskim statku wodnym lub powietrznym, chyba że umowa międzynarodowa, której RP jest stroną, stanowi inaczej. Należy zgodzić się z A. Zollm, że zastrzeżenie zawarte w art. 5 kk. *in fine* jest zbędne w świetle art. 91 ust. 2 Konstytucji¹¹, dającego prymat umowom międzynarodowym ratyfikowanym za uprzednią zgodą parlamentu wyrażoną w ustawie przed ustawami.¹² Wspomnieć wypada jednak, że spośród ponad 60 zawartych umów, których Polska jest stroną, nie wszystkie umowy zawierane były w trybie szczególnym, wymagającym wyrażenia zgody na ich ratyfikację przez parlament RP¹³, stąd nadanie prymatu wszystkim umowom międzynarodowym dotyczącym ograniczenia zasady terytorialności *ma sens* i jest zgodne z założeniem racjonalnego ustawodawcy. Przykładem wyłączenia jurysdykcji państwa polskiego, pomimo istnienia zasady terytorialności, może być art. 31 Konwencji wiedeńskiej, który postanawia, że przedstawiciel dyplomatyczny korzysta z immunitetu od jurysdykcji karnej państwa przyjmującego.¹⁴

O tym, czy dany czyn stanowi przestępstwo, decyduje prawo polskie. Dla wykładni tego przepisu kluczowe znaczenie ma ustalenie pojęcia terytorium RP. Obowiązujący kodeks karny nie definiuje tego pojęcia, natomiast daje się ono wyprowadzić w drodze wykładni systemowej. W tym celu pomocna jest analiza postanowień ustawy o ochronie granicy państwowej¹⁵ oraz ustawy o obszarach morskich RP i administracji morskiej¹⁶.

Terytorium Polski obejmuje obszar powierzchni ziemi (obszar lądowy), wody wewnętrzne, morskie wody przybrzeżne oraz słup powietrza nad tymi obszarami i wewnątrz ziemi pod nimi. Obszar lądowy RP wyznaczają granice z państwami sąsiadującymi. Morskie wody przybrzeżne obejmują morskie wody wewnętrzne (zatoki i porty) oraz morze terytorialne. Morzem terytorialnym jest obszar wód o szerokości 12 mil morskich przyległy do brzegu morskiego lub do linii podstawowej, zamykającej polskie morskie wody wewnętrzne w Zatoce Gdańskiej.

11 Ustawa z dnia 2. kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1997 r., Nr 78 poz. 483 ze zm.

12 A. Zoll, Komentarz do art. 5 kodeksu karnego, (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 kk., wyd. II, Zakamycze, Kraków 2004.

13 Zob. chociażby wszystkie z umów zawieranych przed wejściem w życie Konstytucji RP z dnia 2. kwietnia 1997 r., a także niektóre z umów zawieranych już pod rządami obecnie obowiązującej Konstytucji, np. Umowę zawartą w dniu 19. października 1998 r. pomiędzy Polską a Mongolią o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych, Dz.U. z 2003 r., Nr 43, poz. 370 czy Umowę zawartą w dniu 27. listopada 1998 r. pomiędzy Polską a Estonią o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, pracowniczych i karnych, Dz.U. z 2000 r., Nr 5, poz. 49.

14 Umowa międzynarodowa zawarta w dniu 18. kwietnia 1961 r. w Wiedniu o stosunkach dyplomatycznych, Dz.U. z 1965 r., Nr 37, poz. 232.

15 Ustawa z dnia 12. października 1990 r. o ochronie granicy państwowej, Dz.U. z 1990 r., Nr 78, poz. 461 ze zm.

16 Ustawa z dnia 21. marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej, Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1502 ze zm.

Nie stanowią natomiast części terytorium RP obszary morskie określone w ustawie z 17. grudnia 1977 r. o polskiej strefie rybołówstwa morskiego¹⁷, chociaż w odniesieniu do tych obszarów Polska wykonuje w pewnym zakresie prawa suwerenne. Jeśli chodzi o wnętrze ziemi pod obszarem lądowym i morskim, to teoretycznie granicą taką byłby środek kuli ziemskiej, natomiast w praktyce jest to obszar wyznaczony przez możliwości techniczne jego ustalenia.

W przypadku określenia przestrzeni powietrznej należącej do terytorium państwowego występuje problem wytyczenia granic między przestrzenią powietrzną a przestrzenią kosmiczną, która nie podlega zwierzchnictwu terytorialnemu żadnego państwa. Można by sięgnąć do układu z dnia 27. stycznia 1967 r. o zasadach działalności państw w zakresie badania i korzystania z przestrzeni kosmicznej¹⁸, jednak stwierdzić należy, że akt ten nie definiuje pojęcia przestrzeni kosmicznej. Za L. Gardockim, należy się tu oprzeć na praktyce państw, które nie uważały przelotów obiektów kosmicznych nad ich obszarami lądowymi i morskimi za naruszenie ich suwerenności, a państwa wysyłające obiekty kosmiczne nie widziały potrzeby uzyskiwania ich zgody. Można więc mówić o ukształtowaniu zwyczajowej normy prawnej, według której przestrzeń pozapowietrzna rozpoczyna się od najniższych punktów orbit sztucznych satelitów ziemi, leżących na wysokości około 90 km.¹⁹

Słusznie zauważa A. Zoll, że działanie zasady terytorialności zostało rozszerzone w kodeksie karnym²⁰, albowiem kodeks ten traktuje na równi z czynami popełnionymi na terytorium RP czyny zabronione popełnione na polskim statku wodnym lub powietrznym. Według art. 2 § 1 kodeksu morskiego,²¹ statkiem wodnym jest każde urządzenie pływające przeznaczone do żeglugi, natomiast w myśl art. 2 § 1 prawa lotniczego²², statkiem powietrznym jest urządzenie przeznaczone do przewożenia osób lub rzeczy w przestrzeni powietrznej, zdolne do unoszenia się w tej przestrzeni na skutek oddziaływania powietrza. Warto dodać, że art. 115 § 15 kk. stanowi, że za statek wodny w rozumieniu kk. uważa się także stałą platformę umieszczoną na szelfie kontynentalnym. O polskiej przynależności państwowej statku wodnego lub powietrznego decyduje jego rejestracja w Polsce, zobowiązująca do podnoszenia polskiej bandery. B. Kunicka–Michalska nazywa tę regułę zasadą bandery²³, co odpowiada także nomenklaturze używanej w niemieckojęzycznych opracowaniach.²⁴

17 Dz.U. z 1977 r., Nr 37, poz. 163.

18 Układ o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi, sporządzony w Moskwie, Londynie i Waszyngtonie dnia 27 stycznia 1967 r., Dz.U. z 1968 r., Nr 14, poz. 82.

19 L. Gardocki, *op. cit.*, s. 38.

20 A. Zoll, Komentarz do art. 5 kodeksu karnego, *op. cit.*

21 Ustawa z dnia 18. września 2001 r. Kodeks morski, Dz.U. z 2001 r. Nr 138, poz. 1545 ze zm.

22 Ustawa z dnia 3. lipca 2002 r. Prawo lotnicze, Dz.U. z 2002 r. Nr 130, poz. 1112 ze zm.

23 E. Bieńkowska, B. Kunicka–Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, red. Genowefa Rejman, Warszawa 1999, s. 311 i n.

24 Zob. chociażby: K. L. Kunz, Interaktives Lernsystem mit CD–Rom. Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Basel 2000, s. 20. K. L. Kunz posługuje się pojęciem: „Flaggenprinzip”.

O zakresie działania zasady terytorialności decyduje w dużym stopniu przyjęcie określonej koncepcji ustalenia miejsca popełnienia przestępstwa. Art. 6 § 2 kk. stanowi, że czyn zabroniony uważa się za popełniony w miejscu, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany, albo gdzie skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił lub według zamiaru sprawcy miał nastąpić. Miejsc popełnienia przestępstwa może być kilka, jest to tzw. teoria wszędobylstwa bądź zasada wielomiejscowości.²⁵

Kolejną zasadą w zakresie stosowania ustawy karnej polskiej wobec cudzoziemców jest zasada narodowości przedmiotowej względnej (zasada personalna bierna), wyrażona w art. 110 § 1 kk. Obejmuje ona przypadki popełnienia przestępstwa za granicą przeciwko obywatelom danego państwa. W myśl analizowanej zasady, polską ustawę karną stosuje się do cudzoziemca, który popełnił za granicą czyn zabroniony skierowany przeciwko interesom Rzeczypospolitej Polskiej, obywatela polskiego, polskiej osoby prawnej lub polskiej jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej oraz do cudzoziemca, który popełnił za granicą przestępstwo o charakterze terrorystycznym. Za J. Raglewskim, szeroko dokumentującym swoje stanowisko wypowiedziami innych przedstawicieli doktryny prawa karnego, należy powtórzyć, że *ratio legis* tego unormowania wyczerpuje się w istniejących związkach pomiędzy czynem zabronionym popełnionym za granicą przez cudzoziemca a interesami polskimi.²⁶

Zasadę personalną bierną jako podstawę odpowiedzialności cudzoziemca można przyjąć w wypadku, gdy popełniony za granicą czyn zabroniony jest skierowany przeciwko interesom Rzeczypospolitej Polskiej, obywatela polskiego, polskiej osoby prawnej lub polskiej jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, czyn stanowi przestępstwo zarówno w polskiej ustawie karnej, jak i ustawie obowiązującej w miejscu jego popełnienia (tzw. wymóg podwójnej karalności czynu, wynikający z treści art. 111 kk.) oraz w wypadku, gdy cudzoziemiec popełnił za granicą przestępstwo o charakterze terrorystycznym, co zdaje się być także obwarowane wymogiem podwójnej karalności czynu.

Takie unormowanie w odniesieniu do czynów przestępnych o charakterze terrorystycznym budzić musi szereg wątpliwości interpretacyjnych. Po pierwsze, słusznym jest stanowisko A. Marka, który zauważa, że nowelizacja kk., dokonana w 2004 r., uzupełniająca art. 110 § 1 o przestępstwo o charakterze terrorystycznym popełnione przez cudzoziemca za granicą, nie wydaje się uzasadniona, gdyż stosowanie jurysdykcji polskiej w takich sprawach wynika z obowiązku ścigania i karania przestępstw terrorystycznych na mocy umów międzynarodowych, niezależ-

25 Zob. G. Bogdan, A. Nita, Z. Radzikowska, A.R. Świątłowski, Kodeks karny skarbowy z komentarzem, Gdańsk 2000, s. 22.

26 J. Raglewski, Komentarz do art. 110 kodeksu karnego, *op. cit.*

nie od miejsca popełnienia czynu i obywatelstwa sprawcy (art. 113). Po drugie, ten sam Autor trafnie podnosi, że wprowadzenie obowiązku ścigania cudzoziemców za przestępstwa o charakterze terrorystycznym na podstawie zwykłej zasady przedmiotowej stwarza jedynie problemy, ponieważ zasada ta wymaga spełnienia przesłanki podwójnej karalności czynu, która nie występuje w odniesieniu do przestępstw ściąganych na mocy umów międzynarodowych.²⁷

W przypadku zatem, gdy cudzoziemiec popełni przestępstwo o charakterze terrorystycznym w państwie X, które nie penalizuje tego typu zachowań, a wręcz je gloryfikuje, nie nazywając ich aktami terrorystycznymi, a walką w obronie słusznych idei, może powstać wątpliwość interpretacyjna, czy względem takiego cudzoziemca należy stosować ustawę karną polską. Konflikt pomiędzy działaniem zasady personalnej biernej a zasady represji wszechświatowej należałoby rozstrzygnąć na korzyść tej ostatniej (a zarazem na niekorzyść cudzoziemca), ale ustawodawca niepotrzebnie stwarza tego typu konflikty interpretacyjne, narażając się na słuszny zarzut „prawodawcy nieracjonalnego”. Ten brak racjonalizmu jest zresztą obecnie jaszkrawo widoczny nie tylko w płaszczyźnie omawianych zasad stosowania ustawy karnej polskiej, ale w wielu innych prawnokarnych regulacjach kodeksowych.²⁸

Dalszą zasadą stosowania ustawy karnej polskiej względem cudzoziemców jest zasada odpowiedzialności zastępczej, uregulowana w art. 110 § 2 kk. Zasada ta dotyczy przestępstw niezwiązanych z polskimi interesami, ale wymagających ścigania z uwagi na solidarność społeczności międzynarodowej wykazywaną w walce z przestępczością. Rzeczpospolita Polska nie może być postrzegana jako enklawa dla przestępców²⁹, ale musi się aktywnie włączyć w walkę z przestępczością, a na to pozwala m. in. właśnie uregulowanie art. 110 § 2 kk.

Stosownie do analizowanej zasady, ustawę karną polską stosuje się w następujących, występujących kumulatywnie okolicznościach:

1. cudzoziemiec popełnił za granicą przestępstwo, które nie jest skierowane przeciwko interesom Rzeczypospolitej Polskiej, obywatela polskiego, polskiej osoby prawnej lub polskiej jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej bądź przestępstwo, które nie jest przestępstwem o charakterze terrorystycznym;
2. popełnione przestępstwo zagrożone jest w polskiej ustawie karnej karą przekraczającą 2 lata pozbawienia wolności;
3. sprawca tego czynu przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;

27 A. Marek, Komentarz do art. 110 kodeksu karnego, (w:) A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2006, wyd. III.

28 Zob. chociażby art. 10 § 2 kk. w zw. z art. 197 § 3 kk. i art. 197 § 4 kk.; art. 54 § 2 kk. w zw. z art. 148 § 2; art. 54 § 2 kk. w zw. z art. 148 § 3 kk.

29 Zob. także: L. Gardocki, *op. cit.*, s. 143.

4. popełniony za granicą czyn stanowi przestępstwo zarówno w polskiej ustawie karnej, jak i ustawie obowiązującej w miejscu jego popełnienia (tzw. wymóg podwójnej karalności czynu;
5. sprawcy nie postanowiono wydać.

Jeżeli stosownie do grocjuszowskiej maksymy „*aut dedere aut punire*” („albo wydać albo ukarać”) państwo postanawia nie wydawać cudzoziemca, to powinno skorzystać względem niego z własnej jurysdykcji. Nomenklatura: „odpowiedzialność zastępcza” jest tu jak najbardziej uzasadniona, gdyż państwo, na terytorium którego przebywa cudzoziemiec – sprawca przestępstwa popełnionego za granicą, wykonuje jurysdykcję niejako w zastępstwie państwa trzeciego, na przykład tego, na którego terytorium popełniono przestępstwo.

Warto jeszcze raz zaznaczyć, że pozytywną przesłanką uzasadniającą możliwość zastosowania zasady odpowiedzialności zastępczej jest bądź brak postanowienia kompetentnego organu o wydaniu sprawcy na podstawie wniosku ekstradycyjnego czy stosowanego od 2004 r. europejskiego nakazu aresztowania (ENA), bądź w ogóle brak jakiegokolwiek wniosku o ekstradycję lub ENA.³⁰

Wymóg podwójnej karalności czynu nie ma zastosowania do dwóch zasad odpowiedzialności za przestępstwa popełnione za granicą, a mianowicie do zasady ochronnej, uregulowanej w art. 112 kk. i do zasady represji wszechświatowej z art. 113 kk. Obie wspomniane zasady dotyczą zarówno cudzoziemców, jak i obywateli polskich.

Istotą zasady ochronnej, jak sama nazwa wskazuje, jest ochrona pewnych istotnych interesów państwa i jego obywateli, niezależnie od ukształtowania przepisów prawa w państwie, gdzie dochodzi do naruszenia tych interesów. W myśl art. 112 kk., niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia przestępstwa, ustawę karną polską stosuje się w razie popełnienia:

- przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu wewnętrznemu lub zewnętrznemu Rzeczypospolitej Polskiej,
- przestępstwa pomówienia Narodu Polskiego,
- przestępstwa przeciwko polskim urządóm lub funkcjonariuszóm publicznym,
- przestępstwa przeciwko istotnym polskim interesóm gospodarczym,
- przestępstwa fałszywych zeznań złożonych wobec urzędu polskiego,

30 Zob. także: J. Raglewski, Komentarz do art. 110 kodeksu karnego, *op. cit.* i powołana tam literatura.

- przestępstwa, z którego została osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Przepis rozciąga polską jurysdykcję na czyny zarówno obywateli polskich, jak i cudzoziemców popełnione za granicą – niezależnie od stanu prawnego obowiązującego w miejscu ich popełnienia.³¹ W ostatnich kilku latach rozszerzono katalog czynów, stanowiących podstawę odpowiedzialności w oparciu o zasadę ochronną. W 2004 r.³² uzupełniono pierwotny katalog o przestępstwo, z którego została osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zmiana ta wiąże się bezpośrednio z przystąpieniem Polski do struktur Unii Europejskiej i dostosowaniem prawa wewnętrzkrajowego do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26. lipca 1995 r.³³ Wspomniana Konwencja, ustanowiona na podstawie art. K3 traktatu o Unii Europejskiej, w art. 4, zatytułowanym „Jurysdykcja” stanowi, że każde państwo członkowskie podejmie niezbędne środki w celu ustanowienia swojej jurysdykcji nad przestępstwami, gdy (m.in.) nadużycie finansowe, udział w nadużyciu finansowym lub próba dokonania nadużycia finansowego naruszającego interesy finansowe Wspólnot Europejskich zostaną popełnione w całości lub w części na jego terytorium, włącznie z nadużyciem finansowym, z którego osiągnięto korzyść na tym terytorium. Przyznać należy rację J. Raglewskiemu, który krytycznie ocenia umiejscowienie tej regulacji w art. 112 kk.,³⁴ albowiem kwestia ta, zgodnie z duchem Konwencji winna być rozstrzygnięta za pomocą zasady terytorialności.

W roku 2006 ustawodawca zdecydował się na ponowne rozszerzenie katalogu przestępstw, stanowiących podstawę do zastosowania ochronnej zasady odpowiedzialności.³⁵ Wprowadzono przestępstwo pomówienia narodu polskiego, jako nowy typ czynu zabronionego z art. 132a kk. oraz dodano ten typ jako kolejną podstawę do zastosowania zasady ochronnej. W uzasadnieniu uchwały Senatu RP z dnia 23. sierpnia 2006 r. w sprawie ustawy o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów,³⁶ czytamy: „Senat postanowił przenieść do Kodeksu karnego przepis karny, zgodnie z którym każdy, kto publicznie pomawia Naród Polski o udział, organizowanie lub odpowiedzialność za zbrodnie komunistyczne lub nazistowskie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Senat rozszerzył ponadto o dodawany przepis zawarty w art. 112

31 L. Gardocki, *op. cit.*, s. 142; R. Góral, Kodeks karny. Praktyczny komentarz z przepisami wprowadzającymi oraz indeksem rzeczowym, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 2000, s. 164, 165.

32 Ustawa z dnia 18. marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 2004 r., Nr 69, poz. 626.

33 Konwencja z dnia 26 lipca 1995 r. sporządzona na podstawie artykułu K.3 Traktatu o Unii Europejskiej o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, Dz.U. C 316 z 27.11.1995, s. 49.

34 J. Raglewski, Komentarz do art. 112 kodeksu karnego, *op. cit.*

35 Ustawa z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów, Dz.U. z 2006 r., Nr 218, poz. 1592.

36 Druk Sejmowy V Kadencji nr 903.

Kodeksu karnego katalog przestępstw, których ściganie w oparciu o polską ustawę karną odbywa się niezależnie od miejsca popełnienia czynu zabronionego.” Pomimo lakoniczności tego stwierdzenia i braku uzasadnienia stanowiska w zakresie rozszerzenia katalogu przestępstw z art. 112 kk., ten zabieg ustawodawcy wydaje się słuszny, gdyż przestępstwo pomówienia narodu polskiego nie jest przestępstwem przeciwko bezpieczeństwu wewnętrznemu lub zewnętrznemu RP, przeciwko polskim urządcom lub funkcjonariuszom publicznym czy istotnym polskim interesom gospodarczym, nie jest także przestępstwem fałszywych zeznań złożonych wobec urzędu polskiego czy wreszcie przestępstwem, z którego została osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa na terytorium RP. Niemożliwe byłoby zatem karanie tego typu przestępstw popełnionych za granicą w ramach innych zasad zastosowania polskiej ustawy karnej, przewidujących warunek podwójnej przestępczości czynu. Trudno bowiem oczekiwać, że w ustawach karnych państw obcych znajdzie się odpowiedni przepis penalizujący ten typ czynu zabronionego.

Ostatnią już zasadą kodeksową, poddaną w tym miejscu analizie, jest zasada represji wszechświatowej, ujęta w art. 113 kk. Niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia przestępstwa, ustawę karną polską stosuje się do obywatela polskiego oraz cudzoziemca, którego nie postanowiono wydać, w razie popełnienia przez niego za granicą przestępstwa, do którego ścigania Rzeczpospolita Polska jest zobowiązana na mocy umów międzynarodowych. Jak słusznie zauważa L. Gardocki, zasada ta ujmuje najszerzej kompetencję karną, gdyż ustanawia ją względem sprawców, niezależnie od ich obywatelstwa, miejsca popełnienia przestępstwa i od ustawodawstwa obowiązującego w tym miejscu, pod warunkiem, że są to sprawcy pewnej kategorii czynów. Czyny te są określane jako *delicta iuris gentium* (delikty prawa narodów), gdyż godzą one we wspólne interesy społeczności międzynarodowej jako całości.³⁷

Państwa stają się stronami umów międzynarodowych (konwencji), których celem jest ściganie określonej kategorii czynów (zwanych z tego tytułu przestępstwami konwencyjnymi). Polska jest stroną ponad trzydziestu takich umów międzynarodowych³⁸, z mocy których zobowiązała się do ścigania m. in. następujących przestępstw:

37 L. Gardocki, *op. cit.*, s. 117 i n.

38 Protokół przeciwko nielegalnemu wytwarzaniu i obrotowi bronią palną, jej częściami i komponentami oraz amunicją, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej. 2001.05.31, Dz.U.05.252.2120; Prawnokarna konwencja o korupcji. Strasburg.1999.01.27, Dz.U.05.29.249; Protokół przeciwko przemytowi migrantów drogą lądową, morską i powietrzną, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej. 2000.11.15, Dz.U.05.18.162; Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej. 2000.11.15, Dz.U.05.18.160; Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej. 2000.11.15, Dz.U.05.18.158; Europejska konwencja o zwalczaniu terroryzmu. Strasburg.1977.01.27, Dz.U.96.117.557; Europejska konwencja w sprawie przemocy i ekscesów widzów w czasie imprez sportowych, a w szczególności meczów piłki nożnej. Strasburg.1985.08.19, Dz.U.95.129.625;

1. zbrodni ludobójstwa,
2. stosowania tortur,
3. handlu żywym towarem,
4. dyskryminacji rasowej,
5. oddawania w stan niewolnictwa,
6. handlu niewolnikami,
7. przynależności do zorganizowanej grupy przestępczej,
8. piractwa morskiego,
9. terroryzmu lotniczego,
10. terroryzmu międzynarodowego,
11. korupcji,
12. fałszowania pieniędzy,
13. prania brudnych pieniędzy,

Europejska konwencja o zapobieganiu torturom oraz niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu. Strasburg.1987.11.26, Dz.U.95.46.238; Konwencja bazylejska o kontroli transgranicznego przemieszczania i usuwania odpadów niebezpiecznych. Bazylea.1989.03.22, Dz.U.95.19.88 – zał.; Konwencja Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi. Wiedeń.1988.12.20, Dz.U.95.15.69 – zał.; Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. Nowy Jork.1984.12.10, Dz.U.89.63.378 – zał.; Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu i karaniu zbrodni apartheidu, przyjęta 30 listopada 1973 r. rezolucją 3068 (XXVIII) Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych, Dz.U.76.32.186 – zał.; Konwencja o substancjach psychotropowych. Wiedeń.1971.02.21, Dz.U.76.31.180 – zał.; Konwencja o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego. Montreal.1971.09.23, Dz.U.76.8.37 – zał.; Konwencja dotycząca środków zmierzających do zakazu i zapobiegania nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury. Paryż.1970.11.17, Dz.U.74.20.106.; Konwencja o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi. Haga.1970.12.16, Dz.U.72.25.181 – zał.; Konwencja w sprawie przestępstw i niektórych innych czynów popełnionych na pokładzie statków powietrznych. Tokio.1963.09.14, Dz.U.71.15.147 – zał.; Konwencja o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciw ludzkości. Nowy Jork.1968.11.26, Dz.U.70.26.208 – zał.; Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej. Nowy Jork.1966.03.07, Dz.U.69.25.187 – zał.; Międzynarodowa konwencja o bezpieczeństwie życia na morzu. Londyn.1960.06.17, Dz.U.66.52.315 – zał.; Jednolita konwencja o środkach odurzających z 1961 r. Nowy Jork.1961.03.30, Dz.U.66.45.277 – zał.; Uzupełniająca konwencja w sprawie zniesienia niewolnictwa, handlu niewolnikami oraz instytucji i praktyk zbliżonych do niewolnictwa. Genewa.1956.09.07, Dz.U.63.33.185 – zał.; Międzynarodowa konwencja o zapobieganiu zanieczyszczaniu morza olejami. Londyn.1954.05.12, Dz.U.61.28.135 – zał.; Konwencja w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji. Lake Success.1950.03.21, Dz.U.52.41.278 – zał.; Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa. 1948.12.09, Dz.U.52.2.9; Porozumienie międzynarodowe w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej. Londyn.1945.08.08, Dz.U.47.63.367; Konwencja o zwalczaniu handlu kobietami pełnoletnimi. Genewa.1933.10.11, Dz.U.38.7.37; Konwencja o ochronie kabli podmorskich. Paryż.1884.03.14, Dz.U.35.17.97; Konwencja międzynarodowa o zwalczaniu fałszowania pieniędzy wraz z protokołem oraz protokół fakultatywny. Genewa.1929.04.20, Dz.U.34.102.919; Konwencja w sprawie niewolnictwa. Genewa.1926.09.25, Dz.U.31.4.21; Konwencja o zwalczaniu przemytnictwa towarów alkoholowych. Helsingfors.1925.08.19, Dz.U.27.75.656; Międzynarodowa Konwencja w sprawie zwalczania obiegu i handlu wydawnictwami pornograficznymi. Genewa.1923.09.12, Dz.U.27.71.621; Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu handlu kobietami i dziećmi. Genewa.1921.09.30, Dz.U.25.125.893; Międzynarodowe Porozumienie dotyczące zwalczania handlu żywym towarem. Paryż.1904.05.18; Międzynarodowa Konwencja dotycząca handlu żywym towarem. Paryż.1910.05.04, Dz.U.22.87.783.

14. obiegu i handlu wydawnictwami pornograficznymi,

15. obrotu narkotykami.

Należy však podkreślić za A. Markiem, że wszystkie te przestępstwa są penalizowane w Kodeksie karnym, przepisach wprowadzających kodeks oraz w aktach pozakodeksowych, np. w ustawie z dnia 29. lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.³⁹ Taka jest bowiem istota prawa karnego międzynarodowego, że państwo-sygnatariusz danej umowy międzynarodowej, w wykonaniu przyjętego na siebie zobowiązania, penalizuje te zachowania w swoim wewnętrzkrajowym porządku prawnym.

Nieco dalej idą w tym względzie postanowienia decyzji ramowych Rady Unii Europejskiej, które przewidują pewne minimalne sankcje dla określonych typów zachowań. Na przykład w decyzji ramowej Rady z dnia 13. czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu⁴⁰ w art. 1 zdefiniowano przestępstwo terrorystyczne, natomiast w art. 5 postanowiono, że każde państwo członkowskie podejmie niezbędne środki zapewniające karalność przestępstw terrorystycznych. W odniesieniu do podżegania, pomocnictwa, współsprawstwa oraz usiłowania tychże przestępstw, nałożono na państwa obowiązek ustanowienia kar pozbawienia wolności w wymiarze wyższym niż orzekane z mocy prawa krajowego za takie przestępstwa przy braku zamiaru ich popełnienia. Podano także maksymalny wymiar kary, nie mniejszy niż 15 lat pozbawienia wolności lub 8 lat pozbawienia wolności, za określone typy przestępstw terrorystycznych.

III. Katalog zasad kompetencji karnej względem cudzoziemców w kodeksie karnym skarbowym

Kodeks karny skarbowy hołduje przede wszystkim zasadzie terytorialności, jeśli w art. 3 § 2 postanowiono, że przepisy kodeksu stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym, chyba że kodeks stanowi inaczej. Definicja miejsca popełnienia czynu zabronionego odpowiada dotychczasowej tradycji i związana jest z zasadą wielomiejscowości. Kodeks karny skarbowy uzupełnia zasadę terytorialności o własne rozwiązania.⁴¹

Podobnie jak w kodeksie karnym, zasada terytorialności ulega pewnemu rozszerzeniu, co następuje w samym § 2 art. 3 oraz w § 9 art. 53 kks. Ten pierwszy przepis przyjmuje bowiem stosowanie kodeksu także na polskim statku wodnym

39 Komentarz do art. 113 kodeksu karnego, (w:) A. Marek, Kodeks karny..., *op. cit.*

40 Dz. Urz. Wspólnot Europejskich z dnia 22. czerwca 2002 r. L 164/3.

41 G. Bogdan, A. Nita, Z. Radzikowska, A.R. Świątłowski, *op. cit.*, s. 22.

i powietrznym, choćby znajdowały się one poza obszarem RP. Pojęcie statku wodnego poszerza przy tym art. 53 § 10 kks., uznając zań także platformę stałą umieszczoną na szelfie kontynentalnym. Natomiast zgodnie ze wskazanym § 9 art. 53 kks., zasada terytorialności rozciąga się nadto na wyłączne strefy ekonomiczne położone poza morzem terytorialnym, w których Polska wykonuje prawa w zakresie badania i eksploatacji dna morskiego i jego podglebia oraz zasobów naturalnych.⁴² Wyłączna strefa ekonomiczna jest obszarem morskim Rzeczypospolitej Polskiej, położonym na zewnątrz morza terytorialnego i przylegającym do tego morza. Obejmuje ona wody, dno morza i znajdujące się pod nim wnętrze ziemi. Granice wyłącznej strefy ekonomicznej określają umowy międzynarodowe, a w razie ich braku można określić przebieg granicy wyłącznej strefy ekonomicznej. Uprawnioną do tego jest Rada Ministrów w drodze rozporządzenia.⁴³

Z art. 3 § 3 kks. wynika, że niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia przestępstwa skarbowego, przepisy kodeksu stosuje się także do obywatela polskiego oraz cudzoziemca w razie popełnienia za granicą przestępstwa skarbowego skierowanego przeciwko istotnym interesom finansowym państwa polskiego. Przepis ten rozszerza zatem odpowiedzialność karnoskarbową na czyny popełnione za granicą, statuując zasadę przedmiotową w formie obostrzonej (zasadę ochronną). Stosownie do art. 53 § 11 kks., przestępstwo skarbowe skierowane przeciwko istotnym interesom finansowym państwa polskiego to takie przestępstwo skarbowe, które zagraża Skarbowi Państwa powstaniem uszczerbku finansowego w wysokości co najmniej dziesięciokrotności wielkiej wartości. Z kolei zgodnie z art. 53 § 16 kks., wielka wartość to wartość, która w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza tysiąckrotną wysokość najniższego miesięcznego wynagrodzenia. S. Baniak wyraża pogląd, że w miejsce występującego w przepisach kks. pojęcia: „najniższe miesięczne wynagrodzenie” należy wprowadzić wielkość kwotową 760 zł, a zatem wielka wartość uszczerbku finansowego wynosiłaby nie mniej niż 760 tysięcy zł.⁴⁴

Pewnym dodatkowym rozszerzeniem jest art. 3 § 4 kks., w myśl którego przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko obowiązkom celnym oraz

42 T. Grzegorzczak, Komentarz do art. 3 kodeksu karnego skarbowego, (w:) T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, wyd. III, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2006.

43 Art. 2 ust. 1 pkt 3, art. 15, art. 06 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21. marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej, Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1502 ze zm.

44 S. Baniak, Prawo karne skarbowe, Zakamycze, Kraków 2005, s. 31. Autor ten szczegółowo uzasadnia swój pogląd: „1. stycznia 2003 r. weszła w życie ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679), która znowelizowała przepisy kodeksu pracy i innych aktów prawnych (wymienionych w tej ustawie) w ten sposób, że wyrażenie „najniższe miesięczne wynagrodzenie”, które do 31 grudnia 2002 r. wynosiło 760 zł, zastąpiono wyrazami „minimalne wynagrodzenie za pracę”. (...) Owa ustawa wprowadziła spore zamieszanie w prawidłowym stosowaniu przepisów kks., a to dlatego, że jej przepisy nie mają zastosowania do przepisów kks. Wynika to z treści art. 25 rzeczonej ustawy. Ten – notabene – niezręcznie zrehabilitowany przepis interpretuję następująco: w miejsce występującego w przepisach kks. pojęcia najniższego miesięcznego wynagrodzenia należy wprowadzić wielkość kwotową 760 zł, a w tych wypadkach, w których występuje wielokrotność najniższego miesięcznego wynagrodzenia – wielokrotność kwoty 760 zł.”

zasadom obrotu z zagranicą towarami i usługami, są karalne także w razie popełnienia ich za granicą, jeżeli zostały ujawnione w wyniku czynności kontrolnych przeprowadzonych tam przez polski organ celny lub inny organ uprawniony na podstawie umów międzynarodowych.

Z chwilą przystąpienia Polski do struktur Unii Europejskiej wszedł w życie przepis art. 3 § 5 kks., którego wprowadzenie miało na celu umożliwienie ścigania sprawców przestępstw skarbowych popełnionych poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, na terytorium jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej. Jak słusznie zauważa F. Prusak, zadaniem dokonanej nowelizacji była potrzeba dostosowania przepisów kks. do ustawodawstwa państw Unii Europejskiej w celu zapewnienia ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich.⁴⁵

Z art. 3 § 5 kks. wynika, że przepisy kodeksu stosuje się także do obywateli polskich oraz cudzoziemców, którzy przebywając na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nakłaniają lub udzielają pomocy do popełnienia za granicą przestępstwa skarbowego celnego lub podatkowego, skierowanego przeciwko interesom finansowym Wspólnot Europejskich. Należy zaznaczyć, że mowa tu jedynie o przestępstwach skarbowych; przepis nie dotyczy wykroczeń.

Z art. 1 Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich wynika, że nadużycia finansowe naruszające interesy finansowe Wspólnot Europejskich polegają na:

- „a) w odniesieniu do wydatków, jakimkolwiek celowym działaniu lub zaniechaniu dotyczącym:
 - wykorzystania lub przedstawienia nieprawdziwych, niepoprawnych lub niepełnych oświadczeń lub dokumentów, które ma na celu sprzeniewierzenie lub bezprawne zatrzymanie środków z budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich lub budżetów zarządzanych przez Wspólnoty Europejskie lub w ich imieniu,
 - nieujawnienia informacji z naruszeniem szczególnego obowiązku w tym samym celu,
 - niewłaściwego wykorzystania takich środków do celów innych niż te, na które zostały pierwotnie przyznane;
- b) w odniesieniu do przychodów, jakimkolwiek celowym działaniu lub zaniechaniu dotyczącym:

45 F. Prusak, Komentarz do art. 3 kodeksu karnego skarbowego, (w:) F. Prusak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz. Tom I (art. 1–53). Zakamycze, Kraków 2006.

- wykorzystania lub przedstawienia nieprawdziwych, niepoprawnych lub niepełnych oświadczeń lub dokumentów, które ma na celu bezprawne zmniejszenie środków budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich lub budżetów zarządzanych przez lub w imieniu Wspólnot Europejskich,
- nieujawnienia informacji z naruszeniem szczególnego obowiązku w tym samym celu,
- niewłaściwego wykorzystania korzyści uzyskanej zgodnie z prawem w tym samym celu.”

Tytułem podsumowania tej części rozważań należy przywołać twierdzenie F. Prusaka, iż „Na gruncie prawa karnego skarbowego, inaczej niż na gruncie kodeksu karnego (109–113 kk.), nie mają zastosowania zasady podmiotowa i przedmiotowa (ograniczona i obostrzona) oraz zasada represji wszechświatowej. Regulacja art. 3 § 3 i 4 kks. jest wyjątkiem, bo w razie skazania w Polsce osoby ukaranej za ten sam czyn za granicą, przepisy przewidują obowiązek zaliczenia na poczet kary wykonaną za granicą całość lub część kary oraz uwzględnienia różnic zachodzących między tymi karami (art. 114 kk.).⁴⁶ Pogląd ten trzeba podzielić, wskazać jednak można, że T. Grzegorzczak uważa, iż przepis art. 3 § 3 jest zmodyfikowanym na potrzeby skarbowe rozwiązaniem zawartym w art. 112 kk., a więc swoistą zasadą ochronną.⁴⁷

IV. Katalog zasad kompetencji karnej względem cudzoziemców w kodeksie wykroczeń

Na gruncie kodeksu wykroczeń istnieje możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności cudzoziemca jedynie na podstawie zasady terytorialności. Stosownie do art. 3 § 1 kw., za wykroczenie odpowiada ten, kto go popełnił na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym.

Zgodnie z treścią art. 131 kw., do którego odwołuje art. 3 § 2 kw., odpowiedzialność za wykroczenie popełnione za granicą ponosi osoba, która dopuści się kradzieży lub przywłaszczenia przedmiotu, którego wartość nie przekracza 250 zł (art. 119 kw.), dokona obrotu kradzionym przedmiotem o wartości nieprzekraczającej 250 zł (art. 122 kw.) lub zniszczy cudzą rzecz o wartości nieprzekraczającej 250 zł (art. 124 kw.). Są to jedyne wyjątki od ogólnej zasady ponoszenia odpowiedzialności za wykroczenia popełnione na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ale zaznaczyć należy, że dotyczą one tylko obywateli polskich.⁴⁸

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ T. Grzegorzczak, Komentarz do art. 3 kodeksu karnego skarbowego, *op. cit.*

⁴⁸ W. Kotowski, LEX/el. 2003, Komentarz praktyczny do art. 3 oraz art. 131 kodeksu wykroczeń.

Cudzoziemiec odpowiada za wykroczenie tylko wówczas, gdy spełnione są wymogi zasady wielomiejscowości, z której wynika, że wykroczenie uważa się za popełnione na miejscu, gdzie sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był zobowiązany, albo gdzie skutek przestępny nastąpił lub miał nastąpić. Ustalenie miejsca popełnienia wykroczenia ma także znaczenia dla ustalenia właściwości miejscowej sądu, ponieważ zgodnie z art. 31 § 1 kpk. w zw. z art. 11 § 1 kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia⁴⁹, właściwym do rozpoznawania sprawy jest sąd rejonowy, na którego terenie właściwości popełniono wykroczenie.⁵⁰

Wprawdzie w art. 7 kw. ustawodawca postanowił, że nieświadomość bezprawności czynu nie wyłącza odpowiedzialności, ale ten sam przepis doprecyzowuje, że w pewnych wypadkach jednak wyłącza odpowiedzialność, a to – jeśli nieświadomość bezprawności była usprawiedliwiona. W tym kontekście wskazać można na pewną regulację, która weszła w życie w dniu 17. kwietnia 2007 r. Stosownie do § 51 ust. 1 ustawy Prawo o ruchu drogowym, kierujący pojazdem jest obowiązany używać świateł mijania podczas jazdy w warunkach normalnej przejrzystości powietrza. Niezastosowanie się do tego wymogu stanowi wykroczenie z art. 88 kw. w typie prowadzenia pojazdu bez wymaganych przepisami świateł, obwarowane karą grzywny od 20 do 5000 zł. Powszechnie wiadomym jest, że cudzoziemiec, udający się z wizytą do państwa obcego, powinien zapoznać się z przepisami tam panującymi, ale wydaje się, że zmiana ustawodawstwa może być okolicznością usprawiedliwiającą nieświadomość bezprawności czynu cudzoziemca, zwłaszcza w pierwszych dniach obowiązywania znowelizowanych przepisów.

V. Podsumowanie

Zamieszczona poniżej tabela zawiera katalog zasad kompetencji karnej względem cudzoziemców, stosowanych na gruncie kodeksu karnego, kodeksu karnego skarbowego oraz kodeksu wykroczeń, a zatem jest to katalog zasad w odniesieniu do przestępstw i wykroczeń pospolitych oraz przestępstw i wykroczeń skarbowych, popełnianych przez cudzoziemców.

Jak widać, wszystkie trzy kodyfikacje hołdują zasadzie terytorialności, a kodeks karny skarbowy zawiera zmodyfikowaną na potrzeby prawa karnego skarbowego zasadę ochronną (narodowości przedmiotowej bezwzględnej, narodowości przedmiotowej w postaci obostrzonej). Absolutnie najszerszy katalog zasad kompetencji karnej wobec sprawców niebędących obywatelami polskimi znajduje się

49 Ustawa z dnia 24. sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, Dz.U. z 2001 r., Nr 106, poz. 1148 ze zm.

50 A. Marek, Prawo wykroczeń (materialne i procesowe), Warszawa 2004, s. 29.

w kodeksie karnym, zawierającym jądro rozwiązań w obszarze tzw. przestępstw popolitych.

Tabela 1. Odpowiedzialność cudzoziemca za popełniony czyn zabroniony

Zasada	Kodeks karny	Kodeks karny skarbowy	Kodeks wykroczeń
terytorialności	art. 5	art. 3 § 2	art. 3 § 1
narodowości przedmiotowej względnej (zasada personalna bierna)	art. 110 § 1		
odpowiedzialności zastępczej	art. 110 § 2		
ochronna (narodowości przedmiotowej bezwzględnej, narodowości przedmiotowej w postaci obostrzonej)	art. 112	art. 3 § 3 zmodyfikowana na potrzeby prawa karnego skarbowego	
represji wszechświatowej (zasada uniwersalna, represji konwencyjnej)	art. 113		

DZIAŁALNOŚĆ CUDZOZIEMSKICH ZORGANIZOWANYCH GRUP PRZESTĘPCZYCH W POLSCE W LATACH 2000–2006

W Polsce, jak w każdym kraju, zjawisko napływu cudzoziemców pozostaje pod obserwacją odpowiednich organów państwowych, głównie ze względu na ilość osób przyjeżdżających, ich motywację, cel i charakter pobytu. Wyniki tego monitoringu wskazują, że część obcokrajowców traktuje nasz kraj jako tranzytowy, głównie do Europy Zachodniej. Część pozostaje na stałe, legalnie studiując lub pracując, a niestety część, jak wskazują doświadczenia polskiej policji, prowadzi działalność wbrew przepisom polskiego prawa. Narusza w ten sposób interesy naszego państwa i poczucie bezpieczeństwa wśród społeczeństwa. Szczególny lęk wywołują informacje o udziale cudzoziemców w zorganizowanych grupach przestępczych na terenie naszego kraju.

Stąd też celem niniejszego opracowania stało się zbadanie zakresu podmiotowego i przedmiotowego działalności tych grup. Zmierzano w ten sposób do przedstawienia rzeczywistego udziału tych grup w przestępczości zorganizowanej na obszarze Polski, a także do ustalenia i ukazania istnienia ewentualnych zagrożeń z niej wynikających. Analizie zostały poddane informacje i dane statystyczne z lat 2000–2006,¹ pochodzące głównie z Centralnego Biura Śledczego Komendy Głównej Policji (CBS KGP) w Warszawie.² Uzasadnieniem wyboru ostatnich sześciu lat jest aktualność problemu, a także działalność funkcjonującego od 2000 r. CBS KGP, dosyć dokładnie dokumentującego realizację swoich zadań. W celu szerszego spojrzenia na badane zjawisko zorganizowanej działalności cudzoziemców, zostało ono przedstawione na tle ogółu przestępczości zorganizowanej w Polsce.

1 Niestety, nie udało się uzyskać wszystkich danych za 2006 r. dotyczących poruszanej problematyki.

2 W opracowaniu wykorzystano też informacje statystyczne pochodzące z policyjnego systemu Temida; Raport o stanie bezpieczeństwa i porządku publicznego w Polsce w 2000 r., MSWiA, Warszawa 2001; Raport na temat przeciwdziałania i zwalczania przestępczości granicznej w Polsce w 2003 r., MSWiA, Warszawa 2004; Informacja o stanie porządku publicznego i bezpieczeństwa powszechnego w Polsce. Przyjęta przez Radę Ministrów w dniu 23 marca 2004 r. Wykorzystano też informacje uzyskane podczas wywiadów z funkcjonariuszami KGP w Warszawie oraz wyniki badań kryminologicznych dotyczących rosyjskojęzycznych zorganizowanych grup przestępczych, przeprowadzonych przez Autorkę niniejszego opracowania.

1. Stan rozpoznania przez policję cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych w Polsce w latach 2000–2006 w świetle danych statystycznych

Przystępując do analizy działalności zorganizowanych grup przestępczych, należy mieć na uwadze, że przestępczość zorganizowana z istoty rzeczy jest przestępczością ukrytą, której przejawy nie zawsze odnotowywane są w statystyce. Dlatego jej rozmiary określa się na podstawie prowadzonego rozpoznania operacyjnego i penetracji środowisk przestępczych. Posiadane przez polską policję informacje wskazują, że w Polsce działają cudzoziemskie zorganizowane grupy przestępcze. Liczby rozpoznanych grup, ich liderów³ i członków ukazuje Tabela 1.

Tabela 1. Ilość rozpoznanych cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych na koniec każdego roku

Lata	Ilość grup	Ilość liderów	Średnia liczba liderów w grupie	Ilość członków	Średnia liczba członków w grupie
2000	83	116	1,39	817	9,84
2001	97	146	1,50	868	8,94
2002	105	164	1,56	1076	10,24
2003	62	62	1,00	502	8,09
2004	35	38	1,08	373	10,65
2005	38	51	1,34	366	9,63
2006	29	30	1,03	b.d.	b.d.

Źródło: CBS i obliczenia własne

Dane zawarte w Tabeli 1 wskazują, że liczby rozpoznanych cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych były dynamiczne. W latach 2000–2002 obserwowano ich systematyczny wzrost, a od 2003 r. (z wyjątkiem 2005 r.) powolny spadek. Niemalże identyczna tendencja dotyczy ilości liderów i członków w grupach.

Analiza wyników pozwala stwierdzić, że w grupach występował średnio jeden wyrazisty lider, a średnia liczba członków w grupach wynosiła około 8–10 osób. Mając na uwadze, że grupę stanowią już trzy osoby, nie były to zatem bardzo małe grupy. Natomiast w porównaniu do polskich grup nie można uznać ich za liczne.

W zestawieniach statystycznych dokonywanych przez polską policję, cudzoziemskie zorganizowane grupy przestępcze nie stanowią jednolitej kategorii. Zostały one podzielone na następujące grupy: międzynarodowe (heterogeniczne), etniczne (homogeniczne) i rosyjskojęzyczne. W takim układzie ukazano je też poniżej.

3 Lider w rozumieniu art. 258 kk.

Tabela 2. Ilość rozpoznanych cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych w podziale na 3 kategorie

Lata	Ilość rozpoznanych cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych												Ogółem grup
	międzynarodowych				etnicznych				rosyjskojęzycznych				
	Ilość grup	% ogółu	Ilość liderów	Ilość członków	Ilość grup	% ogółu	Ilość liderów	Ilość członków	Ilość grup	% ogółu	Ilość liderów	Ilość członków	
2000	70	84,33	99	708	6	7,22	6	64	7	8,43	11	45	83
2001	77	79,38	119	724	9	9,27	14	57	11	11,34	13	87	97
2002	86	81,90	141	941	10	9,52	14	71	9	8,57	9	64	105
2003	49	79,03	51	432	8	12,90	6	43	5	8,06	5	27	62
2004	32	91,42	35	358	3	8,57	3	15	0	0	0	0	35
2005	38	100,00	51	366	0	0	0	0	0	0	0	0	38
2006	28	96,55	29	b.d.	0	0	0	0	1	3,44	1	b.d.	29

Źródło: CBS i obliczenia własne

Tabela 2 ukazała podział badanych grup pod względem składu osobowego, a ściślej, jak ich wskazują nazwy, składu narodowościowego. Pod pojęciem grup międzynarodowych należy rozumieć grupy niejednorodne, tj. złożone z obywateli różnych państw. Ich udział w zorganizowanej przestępczości cudzoziemców w świetle rozpoznania policyjnego był największy, gdyż wynosił od 80% do 100%. Dane te wskazują, że obywatele różnych krajów jednoczyły wspólne nielegalne interesy w Polsce.

Kolejną kategorię stanowią etniczne grupy przestępcze. Pod tym pojęciem należy rozumieć grupy jednorodne, tj. złożone z obywateli jednego państwa. Ich udział w zorganizowanej przestępczości cudzoziemców był zdecydowanie mniejszy niż grup o charakterze międzynarodowym.

Trzecią kategorię stanowią grupy rosyjskojęzyczne. Pod tym pojęciem należy rozumieć grupy złożone wyłącznie z obywateli państw b. ZSRR. Ich udział jest nieznaczny na tle grup o charakterze międzynarodowym.

Analiza czasu rozpoznanej działalności cudzoziemskich grup wskazuje, że w przypadku wszystkich kategorii najczęściej funkcjonowało ich w latach 2000–2002. W kolejnych latach rozpoznawano ich znacznie mniej lub w ogóle. Związane to może być z ogólnym spadkiem liczby działających w Polsce grup przestępczych oraz skutecznością CBS, utrudniającą powstawanie nowych grup.

Na tym etapie analiz należało ustalić obywatelstwo uczestników cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych działających w Polsce. Jak wynikało z analizy dostępnych danych statystycznych i informacji uzyskanych od funkcjonariuszy policji, największy udział w zorganizowanych grupach przestępczych brali obywatele krajów sąsiadujących z Polską. Odnotowano zatem wzmożoną działalność szczególnie obywateli Ukrainy, Białorusi i Rosji oraz Niemiec. Pod względem ilościowym najczęściej uczestnikami grup zostawali przede wszystkim obywatele krajów b. ZSRR. Należy także zwrócić uwagę na obecność w nich obywateli Turcji i Wietnamu. W zasadzie można powiedzieć, że w grupach przestępczych w naszym kraju w analizowanym okresie brali udział obywatele niemal wszystkich krajów świata. Świadczy to o procesie internacjonalizacji i integracji przestępczości zorganizowanej w Polsce.

Następnie należało ustalić i zbadać udział cudzoziemskich zorganizowanych grup w poszczególnych kategoriach aktywności przestępczej. Działalność tych grup policja analizuje pod kątem ich uczestnictwa w kilku najpoważniejszych rodzajach przestępczości. Ukazano to w Tabeli 3.

Dane zawarte w poniższej tabeli wskazują, że grupy ze wszystkich wymienionych kategorii grup popełniały przestępstwa kryminalne (przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, często z użyciem broni i materiałów wybuchowych). Były to więc najpoważniejsze i najcięższe przestępstwa. Najczęściej dokonywały ich grupy międzynarodowe, znacznie rzadziej (na podobnym poziomie) grupy etniczne i rosyjskojęzyczne. Wraz z upływem czasu, we wszystkich kategoriach grup zauważalny był spadek udziału lub nawet zaprzestanie działalności grup w tego rodzaju przestępczości. Związane to mogło być z przechodzeniem grup do innych dziedzin działalności przestępczej, przynoszących zyski w sposób bardziej bezpieczny i łatwy.

Przestępczość gospodarcza stanowi kolejną ustaloną przez policję sferę działalności cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych. Popełniały one zatem przestępstwa naruszające bezpieczeństwo i interesy finansowe naszego kraju. W dziedzinie tej najwięcej rozpoznano grup międzynarodowych, zdecydowanie mniej rosyjskojęzycznych. Udziału grup etnicznych nie odnotowano. Nie znaczy to jednak, że grupy te nie działały w tej sferze, natomiast ściganie i wykrywanie tego rodzaju przestępstw, np. w porównaniu z przestępczością kryminalną, jest znacznie trudniejsze z wielu względów. Doskonały przykład w tym zakresie stanowi działalność Wietnamczyków.

Tabela 3. Aktywność przestępcza cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych w latach 2000–2006

Dominująca aktywność		Przestępczość kryminalna	Przestępczość gospodarcza	Przestępczość narkotykowa	Działalność multiprzestępcza	Razem
Ilość grup międzynarodowych w latach	2000	16	13	27	14	70
	2001	20	12	34	11	77
	2002	20	24	34	8	86
	2003	15	7	24	3	49
	2004	6	10	9	7	32
	2005	8	8	19	3	38
	2006	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.	28
Ilość grup etnicznych w latach	2000	2	0	3	1	6
	2001	3	0	3	3	9
	2002	3	0	2	5	10
	2003	3	0	2	3	8
	2004	0	0	0	3	3
	2005	0	0	0	0	0
	2006	0	0	0	0	0
Ilość grup rosyjskojęzycznych w latach	2000	6	1	0	0	7
	2001	5	3	1	2	11
	2002	6	1	1	1	9
	2003	3	1	0	1	5
	2004	0	0	0	0	0
	2005	0	0	0	0	0
	2006	b.d.	b.d.	b.d.	1	1

Źródło: CBS i obliczenia własne

W polu zainteresowania cudzoziemskich grup pozostawała też przestępczość narkotykowa. Przejawiała się ona głównie w produkcji, handlu i przemyśle środków odurzających i substancji psychotropowych. Z rozpoznania policyjnego wynikało, że w działalności tej najczęściej uczestniczyły grupy międzynarodowe, znacznie rzadziej grupy etniczne i niewiele rosyjskojęzycznych. Taki udział grup w tym biznesie był z pewnością rezultatem współdziałania na szeroką skalę przestępców z różnych części świata. Ukazało to, że dobra współpraca i posiadane szerokie kontakty w międzynarodowym świecie przestępczym były w stanie zapewnić pomyślny rozwój grup zajmujących się procederem narkotykowym.

Powyższe analizy mogłyby wskazywać, że grupy cudzoziemskie specjalizowały się tylko w określonych dziedzinach działalności przestępczej. Jednak dane zawarte w Tabeli 3 wskazywały też na prowadzenie przez te grupy działalności multiprzestępczej, ukierunkowanej na popełnianie różnych przestępstw. Ponownie, najwięcej rozpoznano tu grup międzynarodowych, następnie etnicznych i najmniej rosyjskojęzycznych.

Dane zawarte w Tabeli 3 pozwoliły generalnie stwierdzić, że w analizowanym okresie spośród cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych policja polska rozpoznała najwięcej międzynarodowych grup przestępczych, które zajmowały się przede wszystkim przestępczością narkotykową, głównie w latach 2000–2003.

Po rozpoznaniu badanych grup, policja dążyła do ograniczania lub eliminowania ich działalności w Polsce. Należało przez to rozumieć podejmowanie przez policję czynności zmierzających do utraty przez te grupy, ich liderów i członków możliwości popełniania przestępstw, przede wszystkim poprzez aresztowania. Nieraz w czynnościach tych „pomocni” policji okazywali się inni przestępcy, którzy skutecznie, głównie poprzez groźby, „odradzali” konkurentom uczestnictwo w określonej działalności przestępczej, zmuszali ich do ucieczki z naszego kraju lub dokonywali na nich egzekucji. Liczby wyeliminowanych z działalności przestępczej grup ukazuje Tabela 4.

Tabela 4. Ilość wyeliminowanych cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych w poszczególnych latach

Lata	Ilość wyeliminowanych cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych		
	międzynarodowych	etnicznych	rosyjskojęzycznych
2000	23	2	2
2001	46	1	6
2002	31	0	4
2003	35	1	4

Działalność cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych w Polsce...

2004	23	3	0
2005	15	1	0
2006	4	0	0

Źródło: CBS

Z danych zawartych w Tabeli 4 wynika, że w analizowanym okresie wyeliminowano najwięcej grup międzynarodowych, mniej rosyjskojęzycznych i etnicznych. Nie można tu wskazać na występowanie żadnych stałych tendencji w tym zakresie. Z pewnością odbywało się to na miarę i możliwości posiadanego rozpoznania przez policję.

Aresztowanie liderów i członków grup zmierzało do postawienia im zarzutów z art. 258 kk.⁴ Liczby podejrzanych cudzoziemców ukazuje Tabela 5.

Tabela 5. Podejrzani cudzoziemcy z art. 258 kk na tle ogółu podejrzanych cudzoziemców

Podejrzani cudzo- ziemcy		Podejrzani cudzoziemcy w poszczególnych latach						
		2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Ogółem		5106	7061	6815	5591	3870	3146	2478
w tym z art. 258 kk.	liczba	7	11	6	12	15	11	11
	[%]	0,00137	0,00155	0,00088	0,00214	0,00387	0,00284	0,00443

Źródło: system Temida

Z powyższych danych wynika, że liczby podejrzanych cudzoziemców w Polsce rosły tylko w latach 2000–2001, a następnie systematycznie spadały. Na tym tle interesująco wygląda udział cudzoziemców, którym postawiono zarzuty uczestnictwa lub kierowania grupą przestępczą. Otóż, jak wynika z danych uzyskanych w Biurze Wywiadu Kryminalnego KGP, udało się je postawić tylko nielicznym cudzoziemcom. Dowodzi to, że zorganizowaną działalność przestępczą cudzoziemców jest bardzo trudno udowodnić, pozostaje więc ona często poza zasięgiem polskiego wymiaru sprawiedliwości.

4 Art. 258 kk. penalizuje uczestniczenie, zakładanie lub kierowanie zorganizowaną grupą lub związkiem mającym na celu popełnienie przestępstwa.

2. Charakterystyka wybranych cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych

W niniejszych rozważaniach warto zwrócić uwagę na dwie szczególne kategorie grup: etniczne i rosyjskojęzyczne, wyróżniające się na tle pozostałych szeregiem specyficznych cech.

Proces tworzenia się enklaw etnicznych, związanych z napływem cudzoziemców do naszego kraju, zaobserwowano już w latach 90-tych XX wieku. Wówczas to zaczęto odnotowywać działalność azjatyckich grup przestępczych (złożonych głównie z obywateli Wietnamu, Chin) oraz tureckich.

Działalność wietnamskich zorganizowanych grup przestępczych w Polsce⁵ związana jest nierozdzielnie z ich działalnością gospodarczą, obejmującą handel tekstyliami, małą gastronomię i prowadzenie restauracji. Stąd ich aktywność koncentrowała się głównie na: działalności gospodarczej bez stosownych zezwoleń, przestępstwach podatkowych i celnych, przestępstwach w zakresie znaków towarowych i przestępstwach przeciwko mieniu. Zatem ich sprzeczna z prawem aktywność skutkowała znacznymi stratami finansowymi dla budżetu państwa. Ponadto, grupy te zajmowały się także przemytem narkotyków na teren Polski, wykorzystując do tego posiadane zaplecze związane z prowadzoną działalnością gospodarczą, a także wymuszaniem haraczu od swoich rodaków handlujących na bazarach i prowadzących lokale małej gastronomii.

Cechą charakterystyczną grup wietnamskich jest hermetyczność i wyalienowanie. Ich członkowie wyraźnie różnią się fizycznie od Europejczyków, mają ugruntowane tradycje podporządkowania się przywódcy grupy, operują całkowicie różnymi od europejskich normami moralnymi. Wszelkie konflikty, rozliczenia i porachunki załatwiają ze sobą w sposób dyskretny. Rzadko wchodzi w interesy z Polakami.

W ostatnich latach zaczęto w Polsce rozpoznawać grupy chińskie. Ich przestępcza aktywność związana była z prowadzoną przez nich działalnością gospodarczą. Towarzyszyło jej zjawisko korupcji i nielegalnego transferu do Chin (głównie Hong-Kongu) ogromnych nieopodatkowanych kwot dolarów, pochodzących ze sprzedaży sprowadzanych na polski obszar celny towarów oraz z przemytu narkotyków.

Działalność przestępcza grup tureckich w Polsce wykazuje nierozdzielny związek z przemytem narkotyków. Policja posiadała informacje, że organizowały one przerzuty znacznych ilości heroiny krystalicznej, zwanej brązową tzw. „szlakiem bałkańskim” przez Polskę do Niemiec i dalej do Wielkiej Brytanii, USA i krajów

5 Zob. szerzej: K. Laskowska, Azjatyckie zorganizowane grupy przestępcze, Prokuratura i Prawo 2004, nr 7–8, s.155–161.

skandynawskich oraz „szlakiem jedwabnym” przez Polskę, Niemcy do krajów skandynawskich i Wielkiej Brytanii. Ponadto, na bazie firm eksportowo–importowych organizowały one przemyt do Polski towarów tekstylnych oraz owoców cytrusowych, dokonując przy tym fałszerstw dokumentów przewozowych i korumpowania funkcjonariuszy celnych. Pieniądze uzyskane z tych transakcji (znaczące kwoty dolarów) wprowadzały w Polsce do obrotu pozabankowego lub prały przez banki lub też nielegalnie wywoziły do Turcji. Ponadto, obywatele tureccy dokonywali oszustw finansowych na szkodę banków i innych instytucji finansowych, głównie wyłudzeń kredytów w oparciu o fikcyjne zabezpieczenia oraz wydatkowali kredyty niezgodnie z ich przeznaczeniem. Turcy uczestniczyli też w zbycie kradzionych samochodów pochodzących z Niemiec, Włoch, Holandii i Francji.

Dzięki zdobytym w taki sposób pieniądзом, od połowy lat 90-tych ubiegłego stulecia Turcy stawali się właścicielami hurtowni wyrobów skórzanых, tekstylnych i spożywczych. Swą działalność prowadzili głównie w Warszawie i okolicach, Łodzi, Poznaniu i Gorzowie. Grupy te, w świetle rozpoznania policyjnego, posiadały i wykorzystywały swe powiązania międzynarodowe przede wszystkim na terenie Turcji, Niemiec i Holandii.

Niebezpieczeństwa związane z działalnością tych grup w Polsce wynikały także z faktu nawiązywania przez nie bezpośrednich kontaktów z funkcjonariuszami organów ścigania. Stwierdzono przypadki zatrudniania w firmach tureckich byłych funkcjonariuszy policji, pracowników urzędów celnych i skarbowych, którzy – będąc na służbie – zajmowali się zwalczaniem przestępczości gospodarczej, dokonywanej przez tych cudzoziemców.

Drugą bardzo charakterystyczną kategorię grup stanowią w Polsce grupy rosyjskojęzyczne.⁶ Mają one opinię jednych z najbardziej brutalnych i zdyscyplinowanych grup na świecie. W Polsce popełniały najczęściej przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, często z użyciem broni palnej i materiałów wybuchowych, głównie na tle rabunkowym lub porachunkowym. Grupy te często stosowały przemoc jako środek kontroli i ochrony zarówno wobec członków własnej grupy przestępczej zaniedbujących swoje obowiązki, jak również wobec osób z zewnątrz w celu ochrony grupy i zwiększenia jej władzy. Takie sposoby działania uzasadniał też fakt uczestnictwa w grupach byłych i obecnych sportowców (bokserów, zapaśników), byłych funkcjonariuszy KGB, GRU, Specnazu, uczestników wojen w Czeczenii i Afganistanie, a także udział obywateli państw Zakaukazia: Czeczenii, Armenii, Gruzji, w których rozwiązywanie konfliktów, uwarunkowane kulturowo, odbywało się z użyciem przemocy. Wzorce postępowania przyjęte we własnym kraju rosyjskojęzyczni przestępcy przenosili więc na grunt Polski.

6 Zob. szerzej: K. Laskowska, Rosyjskojęzyczna przestępczość zorganizowana. Studium kryminologiczne, Temida 2, Białystok 2006, s. 294–382.

Grupy te brały też udział w przestępczości narkotykowej. Związane to było głównie ze znacznym wzrostem nielegalnych upraw konopi indyjskich na terenie Ukrainy oraz przemytem do Polski taniej marihuany i haszyszu. Uczestniczyły także w przestępczości gospodarczej. Popępniały głównie przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu (w tym pranie brudnych pieniędzy) oraz przestępstwa z kodeksu karnego skarbowego. Wejście do Unii Europejskiej ułatwiło rosyjskojęzycznym grupom zakładanie nowych firm, przedsiębiorstw, zarówno przez podstawionych Polaków, tzw. słupów lub przez legalnie przebywających w Polsce obywateli byłego ZSRR. Zarejestrowanie działalności gospodarczej ułatwiało wyłudzenie kredytów i towarów od firm. Grupy te działały też w obszarze przestępstw związanych z obrotem paliwami.

Poważne zagrożenie ze strony rosyjskojęzycznych grup przestępczych w Polsce stanowił nieustanny przemysł towarów akcyzowych (wyrobów tytoniowych i alkoholowych), który w dużej mierze był dziełem obywateli Ukrainy, działających w zorganizowanych grupach przestępczych, posiadających kontakty międzynarodowe. Procederem tym zajmowali się także obywatele Białorusi i Rosji. Przenikanie do struktur gospodarczych w Polsce, inwestowanie w przedsięwzięcia nielegalnie uzyskanych pieniędzy, świadczyło więc o chęci asymilacji obywateli tych państw z gospodarką naszego kraju. Udział rosyjskojęzycznych grup zauważalny był także przy handlu bronią i amunicją. Najczęściej pochodziła ona z kradzieży w fabrykach broni i składach wojskowych na terenie tych krajów. Zwłaszcza Czeczeni (jako uczestnicy wielu wojen) dosyć łatwo zdobywali materiały wybuchowe, broń palną i amunicję, wykorzystując do tego sobie znane kanały przemytu.

Problem stanowiło też wymuszanie haraczy od swoich rodaków. Zdaniem policji, statystyki nie odzwierciedlały skali tego zagrożenia, a obowiązek „opłacania się” był historycznie i kulturowo uwarunkowany, np. w Armenii. Dlatego też do dziś grupy ormiańskie pobierają „opłaty” od swoich rodaków handlujących w Polsce, np. na Stadionie Dziesięciolecia w Warszawie. Grupy te uczestniczyły też w kradzieżach pojazdów, ładunków i towarów, a także przy fałszowaniu pieniędzy, wprowadzaniu ich do obrotu, podrabianiu dokumentów oraz handlu ludźmi. Widoczna była dominacja Ukraińców w kontroli rynku prostytucji oraz związanego z tym nielegalnego przetrzutu ludzi przez granice i handlu nimi. W tej działalności przestępczej wspierali ich obywatele Turcji.

Wśród grup rosyjskojęzycznych można wyróżnić grupy złożone z obywateli różnych krajów b. ZSRR, a także grupy złożone z obywateli jednego państwa b. ZSRR (np. grupy czeczeńskie, azerskie, ormiańskie, gruzińskie). Grupy wymienione jako ostatnie często także określa się etnicznymi, ale w statystykach figurują jako rosyjskojęzyczne. Cechowała je duża hermetyczność i oparcie struktury na tradycjach rodzinnych i klanowych. Rekrutacja do nich odbywała się tylko spośród swo-

ich rodaków. Grupy te nawiązywały kontakty z Polakami w bardzo ograniczonym zakresie, w konkretnych sytuacjach w celu uzyskania określonej pomocy, np. przy legalizacji pobytu, organizacji środka transportu lub mieszkania. Po wykonaniu zadania, drogi grup rozchodziły się. Spośród nich wyróżniały się grupy czeczeńskie, rekrutujące członków z młodych mężczyzn starających się o status uchodźcy w Polsce. Nawiązywali oni współpracę z innymi cudzoziemcami działającymi w grupach przestępczych, np. z Turkami, Albańczykami, obywatelami b. Jugosławii i Polakami. Działalność tych grup cechowała duża determinacja w dążeniu do osiągnięcia korzyści majątkowych, ale także brak koordynacji ich działań i częste zmiany składu grup.

Ponadto w Polsce odnotowano działalność grup włoskich (pranie brudnych pieniędzy, przemyt narkotyków i samochodów), kolumbijskich (przemyt narkotyków, pranie brudnych pieniędzy) oraz nigeryjskich (oszustwa).

3. Zagrożenia płynące z działalności cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych – próba oceny

Podjmując się oceny zagrożeń cudzoziemską przestępczością w Polsce, należy stwierdzić, że jej zorganizowane formy stwarzają określone implikacje i zagrożenia. Można określić je jako gospodarcze, społeczne i polityczne. Wśród nich należy podkreślić: przyczynianie się do kryminalizacji stosunków gospodarczych (poprzez wprowadzanie do legalnego obrotu „wypranego” kapitału i poszerzanie szarej strefy gospodarki), powodowanie strat finansowych dla państwa, stwarzanie zagrożenia dla poczucia bezpieczeństwa w społeczeństwie, występowanie braku zaufania do organów państwowych oraz istnienie powiązań przedstawicieli władzy, organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości z przestępcami. Najczęściej zagrożenia te ocenia się poprzez pryzmat statystyk ujawnianych przestępstw popełnianych przez struktury przestępcze. Nie należy jednak tego mierzyć tylko ilością czynów, ale także stopniem wpływu na różne sfery życia społeczno-polityczno-gospodarczego.

Oprócz powyższych zagrożeń, wynikających z przestępczości zorganizowanej z udziałem cudzoziemców, można wskazać także na:

- zakres udziału cudzoziemskich grup w polskiej przestępczości zorganizowanej (zarówno pod względem ilościowym, jak i jakościowym),
- skład narodowościowy tych grup przestępczych,
- nieprzewidywalność cudzoziemskich przestępców (ze względu na nierzadko występującą odmienną mentalność sprawców i stosowanie przez nich różnorodnych sposobów rozwiązywania sytuacji konfliktowych),

- możliwość przenoszenia do Polski wzorców (metod i sposobów) popełniania przestępstw,
- potrzebę nawiązywania współpracy z polskimi przestępcami na obcym sobie terytorium,
- konieczność nawiązywania i posiadania szerokich kontaktów z międzynarodowym światem przestępczym.

Analizę wymienionych jako potencjalnych dla Polski zagrożeń, należało rozpocząć od ukazania liczby cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych na tle grup polskich.

Tabela 6. Liczby rozpoznanych cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych na tle grup polskich

Lata	Grupy polskie		Grupy cudzoziemskie		Ogółem grup
	liczba	% ogółu	liczba	% ogółu	
2000	322	79,5	83	20,4	405
2001	388	80	97	20	485
2002	417	79,8	105	20,1	522
2003	289	82,3	62	17,6	351
2004	227	86,6	35	13,3	262
2005	258	87,1	38	12,8	296
2006	217	88,2	29	11,78	246

Źródło: CBS i obliczenia własne

Jak wynika z powyższej tabeli, to grupy polskie miały zdecydowanie największy udział (ponad 80%) w przestępczości zorganizowanej na terenie naszego kraju. Na tym tle grupy cudzoziemskie stanowiły niewielki odsetek.

W obu kategoriach można zaobserwować analogiczne tendencje dotyczące ilości rozpoznanych grup w Polsce. Zarówno grup polskich, jak i cudzoziemskich rozpoznano najwięcej w latach 2000–2002. Wówczas to liczby te wykazywały tendencje wzrostowe. Od 2003 r. (z wyjątkiem 2005 r.) rozpoznano już znacznie mniej grup, a ich liczba systematycznie malała. Jak wynika z tych informacji, świat przestępczości zorganizowanej przechodził przeobrażenia pod względem ilościowym.

Następnie należało ustalić i porównać zagrożenia związane z udziałem cudzoziemskich grup w różnych rodzajach działalności przestępczej.

Tabela 7. Udział aktywności przestępczej grup cudzoziemskich na tle grup polskich w latach 2000–2006

Dominująca aktywność przestępcza	Grupy polskie w latach							Grupy cudzoziemskie w latach						
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Przestępczość kryminalna	115	131	149	69	60	58	b.d.	24	28	29	21	6	8	b.d.
Przestępczość gospodarcza	85	114	126	100	84	101	b.d.	14	15	25	8	10	8	b.d.
Przestępczość narkotykowa	91	96	96	83	58	65	b.d.	30	38	37	26	9	19	b.d.
Przestępczość multiprzestępcza	31	47	46	37	25	34	b.d.	15	16	14	7	10	3	b.d.

Źródło: CBS i obliczenia własne

Z danych zawartych w Tabeli 7 wynika, że zarówno grupy polskie, jak i cudzoziemskie w analizowanym okresie prowadziły różnorodną działalność przestępczą. Rozpoznanie policyjne wskazywało, że grupy polskie miały największy udział w przestępczości kryminalnej i gospodarczej, nieco mniejszy w przestępczości narkotykowej. Oprócz działalności wyspecjalizowanej w wymienionych sferach, prowadziły też działalność multiprzestępczą.

Z kolei grupy cudzoziemskie, w świetle rozpoznania policyjnego, najczęściej uczestniczyły w przestępczości narkotykowej i kryminalnej, rzadziej w gospodarczej. Największy udział tych grup w przestępczości narkotykowej jest najbardziej naturalny, gdyż daje ona możliwości osiągnięcia ogromnych zysków. Podobna motywacja dotyczy też udziału grup w przestępczości kryminalnej, dzięki której zyski osiągają one przy użyciu terroru (czyli zabójstw oraz innych przestępstw z wykorzystaniem broni i materiałów wybuchowych). Z punktu widzenia interesów naszego kraju, korzystny jest znacznie mniejszy udział tych grup w przestępczości gospodarczej.

W rozwoju cudzoziemskiej zorganizowanej działalności przestępczej w Polsce ważny element stanowił też skład narodowościowy tych grup. Z rozpoznania policyjnego wynikało, że ich uczestnikami byli głównie obywatele państw ościennych i różnych krajów b. ZSRR. Jak wykazały wcześniej przeze mnie prowadzone badania, udział ten, zwłaszcza grup rosyjskojęzycznych, był naturalną konsekwen-

cją przede wszystkim posiadania przez nasz kraj wspólnych granic z państwami b. ZSRR i miejsca Polski na trasie wielu szlaków ze wschodu na zachód Europy.

Na tle grup cudzoziemskich można wskazać grupy, których pewne cechy istotne w ich funkcjonowaniu, mogą stwarzać szczególne zagrożenia. Chodzi tu o grupy etniczne wyróżniające się jednolitą strukturą narodowościową członków. Grupy te łączy wspólny język, więzi, poczucie narodowej tożsamości, hermetyczność, pielęgnowanie tradycji i obyczajów, określone kodeksy postępowania (zasady bezwzględного posłuszeństwa i podporządkowania), posiadanie monopolu na określony rodzaj działalności przestępczej. Przykładem takich grup w Polsce mogą być grupy wietnamskie. Ich nieprzenikliwość utrudnia policyjne rozpoznanie, co stwarza poczucie zagrożenia ze strony tak skrytego przeciwnika.

Pewne zagrożenia mogą też stwarzać przenoszone przez cudzoziemskich sprawców metody i sposoby popełniania przestępstw w Polsce, stanowiące wzorce ze swoich krajów. Jako szczególnie niebezpieczne należy wskazać: stosowanie przemocy zarówno wobec członków grup, jak i osób trzecich, a także nielegalne ingerowanie w gospodarkę z powodu dysponowania znacznym nielegalnym kapitałem, który może zagrozić polskiemu interesom gospodarczym.

Problem stanowi też umiędzynarodowienie przestępczości zorganizowanej w Polsce. Zarówno polscy, jak i cudzoziemscy przestępcy coraz częściej, w swoim dobrze pojętym interesie ekonomicznym, nawiązują współpracę i rozwijają kontakty, dzięki czemu mogą prowadzić swą działalność w wielu państwach i różnorodnych dziedzinach przestępczych. Z rozpoznania wynika, że z polskimi przestępcami łatwiej nawiązują kontakty Europejczycy, trudniej (bariery językowe, mentalność) Azjaci.

Podsumowując należy stwierdzić, że Polska w analizowanym okresie była terenem działania cudzoziemskich zorganizowanych grup przestępczych. Jednakże, jak wynikało z rozpoznania policyjnego, ich udział w naszym kraju pod względem ilościowym nie był znaczny. Nie należy tego jednak lekceważyć, gdyż rzeczywiste zagrożenia należy widzieć poprzez pryzmat konkretnych przestępstw popełnianych przez nie: przestępstw zmierzających do osiągnięcia korzyści majątkowych, nierzadko związanych z zagrożeniem życia lub zdrowia obywateli polskich lub naruszających interesy gospodarcze naszego kraju. Ciężar gatunkowy tych przestępstw powinien być miernikiem oceny siły i wpływu tych grup w Polsce. Ponadto, nie można lekceważyć liczby tych grup, albowiem rzeczywista skala i zakres ich działalności z powodu ogromnej „ciemnej liczby” jest nieznany. Brak pełnego rozpoznania utrudniają nadal bariery językowe i psychologiczne, występujące w kontakcie przedstawicieli organów ścigania z zatrzymanymi cudzoziemcami, niezgłaszanie przestępstw przez pokrzywdzonych oraz profesjonalizacja działań przestępczych.

Wobec tych zagrożeń Polska powinna podjąć stosowne kroki: prowadzić mądrą (raczej rygorystyczną) politykę migracyjną, a także doskonalić poziom wyszkolenia funkcjonariuszy organów ścigania, zajmujących się cudzoziemską przestępczością zorganizowaną w naszym kraju.

PODEJMOWANIE DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ PRZEZ CUDZOZIEMCÓW NA TERYTORIUM RP WG USTAWY Z DNIA 2 LIPCA 2004 R. O SWOBODZIE DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

1. Wprowadzenie

Zagadnienie podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej przez cudzoziemców na terytorium RP unormowane jest w systemie prawa polskiego niezwykle szczegółowo. Problematyka pojawia się na gruncie szeregu ustaw, niejednokrotnie modyfikowanych postanowieniami umów międzynarodowych.

W mnogości regulacji istotną rolę odgrywa ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹, która stanowi fundamentalne zasady w zakresie podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej oraz funkcjonowania przedsiębiorców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej². Posiada status swoistej „konstytucji” działalności gospodarczej.³ Jej postanowienia mają charakter uniwersalny i tak rozumiane znajdują zastosowanie w zakresie działalności gospodarczej. Dotyczą wszystkich podmiotów – krajowych oraz zagranicznych – kształtując ich podstawowe prawa i obowiązki.

Dla przedstawienia kwestii podejmowania działalności gospodarczej przez cudzoziemców na terytorium RP, niezbędnym jest przedstawienie postanowień wyżej wymienionego aktu. Regulacje w nim zawarte kryją bowiem odpowiedź na pytanie – na jakich zasadach cudzoziemcy podejmują działalność gospodarczą na terytorium RP?

1 Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2004 r., Nr 173, poz. 1807 ze zm.) – dalej powoływana jako ustawa o swobodzie działalności gospodarczej.

2 *Ibidem*, art. 1.

3 Por. C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2006, s. 35–72; C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 9–15.

2. Cudzoziemiec a osoba zagraniczna

Dla prawidłowego rozumienia i kompleksowego przedstawienia zagadnienia podejmowania działalności gospodarczej przez osoby zagraniczne na terytorium RP, niezbędnym jest wyjaśnienie terminów cudzoziemiec i osoba zagraniczna oraz wskazanie na podstawowe zależności między nimi. Oba pojęcia są ze sobą powiązane, a kwalifikacja cudzoziemców do grona osób zagranicznych w sposób istotny kształtuje ich sytuację prawną w sferze działalności gospodarczej.

Zgodnie z ustawą z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach⁴ – cudzoziemcem jest każdy, kto nie posiada obywatelstwa polskiego.⁵ Zatem jedynym kryterium określonym w danej definicji, pozwalającym na zakwalifikowanie podmiotu do kategorii cudzoziemców, jest brak obywatelstwa polskiego. Bez znaczenia pozostaje natomiast fakt, czy dana osoba posiada obywatelstwo innego państwa, wiele obywatelstw, czy też jest tzw. bezpaństwowcem.⁶ Mianem cudzoziemca nigdy nie będzie nazwany podmiot posiadający obywatelstwo polskie. Bowiem na mocy art. 2 ustawy z dnia 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim,⁷ obywatel RP – w myśl prawa polskiego – nie może być równocześnie uznawany za obywatela innego państwa.

Wskazane rozumienie terminu cudzoziemiec jest analogiczne z konstrukcjami funkcjonującymi w prawie wielu innych państw europejskich i jednocześnie odpowiada innym definicjom określonym w systemie prawa polskiego.⁸

Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej nie wykorzystuje pojęcia cudzoziemiec. W zamian posługuje się terminem osoba zagraniczna. Co więcej, definicja osoby zagranicznej nie pokrywa się z rozumieniem cudzoziemca określonym w ustawie o cudzoziemcach, aczkolwiek nie jest z nim sprzeczna. Pojęcie osoby zagranicznej jest bowiem bardziej rozbudowane, a tym samym dostosowane do regulacji i instytucji prawa związanych z działalnością gospodarczą.

Definicję osoby zagranicznej określa art. 5 pkt 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, który pod pojęciem tym rozumie:

- 1) osobę fizyczną mającą miejsce zamieszkania za granicą, nieposiadającą obywatelstwa polskiego,
- 2) osobę prawną z siedzibą za granicą,
- 3) jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, posiadającą zdolność prawną, z siedzibą za granicą.

4 Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (jt. Dz.U. z 2006 r., Nr 234, poz. 1694) – dalej powoływana jako ustawa o cudzoziemcach.

5 *Ibidem*, art. 2.

6 J. Chlebny (red.), *Prawo o cudzoziemcach. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 8.

7 Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim (jt. Dz.U. z 2000 r., Nr 28, poz. 353 ze zm.).

8 J. Białocerkiewicz, *Cudzoziemcy w Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Toruń 2001, s. 74.

Z brzmienia omawianego przepisu wynika, że do osób zagranicznych zaliczamy 3 grupy podmiotów, tj. osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej wyposażone w zdolność prawną.

Pierwsza grupa osób zagranicznych obejmuje osoby fizyczne nieposiadające obywatelstwa polskiego, które mają miejsce zamieszkania za granicą. Jest ona najbardziej związana z definicją cudzoziemca określoną w ustawie o cudzoziemcach. Jednocześnie akcentuje istotną różnicę pomiędzy tymi pojęciami. Kwalifikacja podmiotu do grupy zagranicznych osób fizycznych wymaga, aby po jego stronie zaistniały jednocześnie dwie okoliczności, tj. brak obywatelstwa polskiego oraz miejsce zamieszkania za granicą.⁹ Zaś w przypadku cudzoziemca w rozumieniu ustawy o cudzoziemcach – do kwalifikacji wystarczy, że osoba fizyczna nie legitymuje się obywatelstwem polskim.¹⁰

Wobec powyższego, do grona zagranicznych osób fizycznych nie kwalifikuje się każdy cudzoziemiec. Zagraniczną osobą fizyczną będzie cudzoziemiec, osoba posiadająca wiele obywatelstw (z wyłączeniem obywatelstwa polskiego) lub osoba, której obywatelstwa nie sposób określić, tj. bezpaństwowiec, o ile posiada miejsce zamieszkania za granicą państwową Rzeczypospolitej Polskiej.^{11,12}

Reasumując należy stwierdzić, że pojęcie cudzoziemca z art. 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach nie jest tożsame z pojęciem zagranicznej osoby fizycznej, określonym w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej¹³. A ponadto cudzoziemców nie zawsze uznaje się za zagraniczne osoby fizyczne.

Drugą grupę osób zagranicznych, określoną w art. 5 pkt 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, stanowią zagraniczne osoby prawne, czyli osoby prawne z siedzibą za granicą. Decydujące znaczenie przy określaniu statusu osoby prawnej ma zatem miejsce utworzenia i zarejestrowania. Natomiast bez znaczenia pozostaje forma organizacyjno-prawna czy też status, również pochodzenie założycieli bądź wspólników. Innymi słowy – zagraniczną osobą prawną, w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, jest osoba prawna utworzona zgodnie z ustawodawstwem państwa obcego z siedzibą za granicą.¹⁴

Trzecią grupę osób zagranicznych stanowią zagraniczne jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, ale wyposażone w zdolność prawną. W tym

9 M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski (red.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2005, s. 82.

10 Aby podmiot został uznany za cudzoziemca wystarczy, że nie legitymuje się on obywatelstwem polskim; zob. art. 2 ustawy o cudzoziemcach.

11 W rozumieniu ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (jt. Dz.U. z 2005 r., Nr 226, poz. 1944 ze zm.).

12 M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski (red.), *Prawo...*, *op. cit.*, s. 82.

13 K. Kohutek, *Komentarz do art. 5 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej*, Lex/el. 2005, s. 1; Por. M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Kraków 2000, s. 62.

14 M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski (red.), *Prawo...*, *op. cit.*, s. 83.

przypadku, analogicznie wobec zagranicznych osób prawnych, decydujące znaczenie odgrywa prawo państwa obcego, w którym jednostka organizacyjna ma siedzibę i na mocy którego wyposażona została w zdolność prawną.

W świetle omówionej regulacji prawdopodobną staje się sytuacja, w której status zagranicznej osoby prawnej oraz zagranicznej jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, ale wyposażonej w zdolność prawną, uzyskają podmioty zupełnie nieznane na gruncie prawa polskiego.¹⁵

Godny uwagi jest fakt, że ustawodawca ani w definicji cudzoziemca, ani w definicji osoby zagranicznej nie zawarł zapisu nawiązującego do działalności gospodarczej, który nadawałby omawianym grupom podmiotów status przedsiębiorców. Definicje cudzoziemca i osoby zagranicznej wskazują na fundamentalną cechę wspólną – podmioty te nie wykonują działalności gospodarczej. Na tej podstawie ustawa o swobodzie działalności gospodarczej konstytuuje odpowiednie zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej.

3. Osoba zagraniczna a przedsiębiorca zagraniczny

Na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej podmioty zagraniczne nie są traktowane w sposób jednolity – w ramach tej kategorii funkcjonują osoby zagraniczne i przedsiębiorcy zagraniczni.¹⁶ Istotnym dla przedmiotu rozważań niniejszej publikacji, poza relacją definicji osoby zagranicznej i cudzoziemca, jest związek pomiędzy obiema definicjami z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Kwalifikacja do grupy przedsiębiorców zagranicznych jest, co do zasady, równoznaczna z nadaniem innych, niż osobom zagranicznym, praw w sferze działalności gospodarczej.

Pojęcie osoby zagranicznej stanowi punkt wyjścia – fundament definicji przedsiębiorcy zagranicznego. Zgodnie bowiem z art. 5 pkt 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, za przedsiębiorcę zagranicznego uznaje się osobę zagraniczną wykonującą działalność gospodarczą za granicą.

Innymi słowy, przedsiębiorcą zagranicznym jest:

- 1) osoba fizyczna mająca miejsce zamieszkania za granicą, nieposiadająca obywatelstwa polskiego – wykonująca działalność gospodarczą za granicą,
- 2) osoba prawna z siedzibą za granicą – wykonująca działalność gospodarczą za granicą,

15 K. Kohutek, Komentarz..., *op. cit.*, s. 1.

16 C. Kosikowski, Przedsiębiorca w prawie polskim na tle prawa europejskiego, Warszawa 2003, s. 210.

- 3) jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, posiadająca zdolność prawną, z siedzibą za granicą – wykonująca działalność gospodarczą za granicą.

Na etapie definicyjnym zauważalna staje się podstawowa różnica pomiędzy omawianymi podmiotami – fakt prowadzenia działalności gospodarczej. Definicja legalna osoby zagranicznej nie wspomina o prowadzeniu działalności gospodarczej. Natomiast podstawowy element definicji przedsiębiorcy zagranicznego zakłada wykonywanie działalności gospodarczej. Wobec tego uzasadnionym wydaje się być założenie, zgodnie z którym przedsiębiorca zagraniczny jest kwalifikowaną postacią osoby zagranicznej.

Należy pamiętać, że pojęcie osoby zagranicznej określone w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej nie stanowi jedynie elementu definicji legalnej pojęcia przedsiębiorcy zagranicznego, lecz również podmiot regulacji dotyczących warunków dopuszczalności, zakresu oraz trybu podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej w Polsce.¹⁷ Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej w różny sposób kształtuje uprawnienie osób zagranicznych oraz przedsiębiorców zagranicznych do podejmowania działalności gospodarczej na terytorium RP.¹⁸ Inne zasady obowiązują osoby zagraniczne zainteresowane podjęciem pierwotnej działalności na terytorium Polski, a inne zasady ustawa określa wobec przedsiębiorców zagranicznych, którzy na terytorium RP podejmują działalność o charakterze wtórnym¹⁹. Wskazana sytuacja dotyczy również cudzoziemców. Odmienne traktuje się cudzoziemca w roli przedsiębiorcy zagranicznego od cudzoziemca-osoby zagranicznej.

Reguły określające swobodę podejmowania działalności gospodarczej przez osoby zagraniczne określone są w dalszej części niniejszej publikacji.²⁰ Natomiast przedsiębiorcom zagranicznym przysługują dwie podstawowe formy, w których mogą podejmować i wykonywać działalność gospodarczą na terytorium RP. Są to oddział i przedstawicielstwo przedsiębiorcy zagranicznego. Przyjęcie jednej z określonych form jest niezbędne dla zgodnego z prawem prowadzenia działalności gospodarczej. Co istotne, każda z form wiąże się z szeregiem ograniczeń w zakresie przedmiotu działalności, organizacji danej działalności, wyboru formy organizacyjno-prawnej oraz wypełnieniem szeregu innych obowiązków natury formalnej, m.in. uzyskanie wpisu w odpowiednim rejestrze, ustanowienie osoby upoważnionej do prowadzenia spraw przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale i przedstawicielstwie.²¹ Doskonały przykład stanowi zakres działalności. Co do zasady, przed-

17 K. Kohutek, Komentarz..., *op. cit.*, s. 1.

18 Zob. C. Kosikowski, Publiczne..., *op. cit.*, s. 197–203.

19 Szerzej C. Kosikowski, Ustawa..., *op. cit.*, s. 363–381.

20 Zob. pkt 4 – Uprawnienie osób zagranicznych do podejmowania działalności gospodarczej na terytorium RP.

21 Zob. szerzej art. 85–102 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

miot działalności przedsiębiorcy zagranicznego funkcjonującego na terytorium RP w formie oddziału nie może być inny niż działalność tego przedsiębiorcy za granicą. Oddział w Polsce może prowadzić działalność wyłącznie w zakresie przedmiotu działalności gospodarczej przedsiębiorcy zagranicznego.²² Natomiast zakres działania przedstawicielstwa może obejmować wyłącznie prowadzenie działalności w zakresie reklamy i promocji przedsiębiorcy zagranicznego²³.

Faktem jest, że sygnalizowane regulacje ustawy o swobodzie działalności gospodarczej stosujemy na zasadzie wzajemności, o ile ratyfikowane umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej. Jednak z pewnością nie można ich uznać za neutralne z punktu widzenia cudzoziemców zainteresowanych podjęciem i prowadzeniem działalności gospodarczej w Polsce. Inaczej traktowany jest cudzoziemiec wykonujący działalność gospodarczą za granicą od cudzoziemca, który nie jest przedsiębiorcą.

Powyższe uzasadnia kształt niniejszej publikacji.

4. Uprawnienie osób zagranicznych do podejmowania działalności gospodarczej na terytorium RP

Zasady podejmowania działalności gospodarczej na terytorium RP przez osoby zagraniczne określa art. 13 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Wskazany przepis, przyjmując kryterium pochodzenia podmiotu, rozróżnia 3 grupy osób zagranicznych i na tej podstawie kształtuje ich prawo do wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP.²⁴

Zgodnie z art. 13 ust. 1, pierwszą grupę stanowią osoby zagraniczne pochodzące z:

- 1) państw członkowskich Unii Europejskiej,
- 2) państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego nienależących do Unii Europejskiej oraz
- 3) państw niebędących stronami umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, które mogą korzystać ze swobody przedsiębiorczości na podstawie umów zawartych przez te państwa ze Wspólnotą Europejską i jej państwami członkowskimi.

²² *Ibidem*, art. 86.

²³ *Ibidem*, art. 94.

²⁴ C. Kosikowski, *Ustawa..., op. cit.*, s. 79.

W sferze podmiotowej art. 13 ust. 1 dotyczy zagranicznych osób fizycznych, w tym cudzoziemców,²⁵ zagranicznych osób prawnych oraz zagranicznych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, ale uposażonych w zdolność prawną.

Ustawodawca, biorąc pod uwagę państwo pochodzenia, w ramach pierwszej grupy wyróżnił 3 kategorie osób zagranicznych, każdej z nich przyznając pełne prawo do podejmowania działalności gospodarczej na terytorium RP. Wskazane osoby zagraniczne mogą podejmować i wykonywać działalność gospodarczą na terytorium RP na takich samych zasadach jak obywatele polscy. Fakt ten wynika z szeregu umów i zobowiązań międzynarodowych, których stroną jest Polska.

Pierwszą kategorię stanowią osoby zagraniczne z państw członkowskich Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 43 i nast. TWE,²⁶ ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są co do zasady zakazane.²⁷

Druga kategoria to osoby zagraniczne z państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu, które są stroną Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym, a nie należą do Unii Europejskiej. Kategoria obejmuje Norwegię, Islandię oraz Liechtenstein.²⁸

Trzecią kategorię stanowią osoby zagraniczne z państw korzystających ze swobody przedsiębiorczości na podstawie umów zawartych przez te państwa ze Wspólnotą Europejską i jej państwami członkowskimi, które nie są stronami Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym.²⁹

Cudzoziemcy zakwalifikowani do pierwszej grupy osób zagranicznych mogą podejmować działalność gospodarczą na terytorium RP, co do zasady, na takich samych prawach jak obywatele polscy.

Drugą grupę osób zagranicznych określa art. 13 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Zalicza do niej cudzoziemców rozumianych jako obywatele innych państw niż wymienione w art. 13 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Co prawda, przepis posługuje się pojęciem cudzoziemca, jednak modyfikuje jego zakres podmiotowy w stosunku do ustawy o cudzoziemcach. Właściwością obejmuje cudzoziemców nieposiadających obywatelstwa żadnego z państw członkowskich Unii Europejskiej, ani państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu, które są stroną Porozumienia o Europejskim Obsza-

25 Patrz pkt 2 niniejszego artykułu – Cudzoziemiec a osoba zagraniczna.

26 Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 25 marca 1957 r. (OJ C 1992, Nr 224, poz. 1).

27 S. Szuster, Komentarz do art. 13 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, *Lex/el.* 2005, s. 2.

28 M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski (red.), *Prawo...*, *op. cit.*, s. 92–93.

29 *Ibidem*, s. 93–95.

rze Gospodarczym, a nie należą do Unii Europejskiej bądź państw korzystających ze swobody przedsiębiorczości na podstawie umów zawartych przez te państwa ze Wspólnotą Europejską i jej państwami członkowskimi, które nie są stronami Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym.³⁰

Hipoteza art. 13 ust. 2 obejmuje także osoby fizyczne nieposiadające żadnego obywatelstwa, czyli tzw. bezpaństwowców. O zastosowaniu przepisu nie przesądza fakt posiadania obywatelstwa określonego państwa, ale realizacja sformułowanych w tym przepisie warunków.³¹ Bowiem w ramach drugiej grupy osób zagranicznych ustawodawca uzależnił możliwość podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej od wypełnienia określonych przesłanek. W sytuacji identycznej jak obywatele polskich stawia cudzoziemców, w rozumieniu art. 13 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, spełniających wymienione enumeratywnie przesłanki, tj.:

1) posiadają w Rzeczypospolitej Polskiej:

a) zezwolenie na osiedlenie się,³²

b) zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego Wspólnot Europejskich,³³

c) zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony³⁴ udzielone:

- cudzoziemcowi, który jako członek rodziny cudzoziemca zamieszkującego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie zezwolenia na osiedlenie się lub na podstawie zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego WE lub posiadającego status uchodźcy przybywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub przebywa na tym terytorium w celu połączenia z rodziną³⁵;
- cudzoziemcowi, który posiada zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego WE, udzielone przez inne państwo członkowskie Unii Europejskiej oraz zamierza wykonywać pracę lub prowadzić działalność gospodarczą na podstawie przepisów obowiązujących w tym zakresie w Rzeczypospolitej Polskiej, podjąć lub kontynuować studia lub szkolenie zawodowe lub wykaże, że zachodzą inne okoliczności uzasadniające jego zamieszkiwanie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej³⁶;

30 S. Szuster, Komentarz..., *op. cit.*, s. 3.

31 C. Kosikowski, Ustawa..., *op. cit.*, s. 80; S. Szuster, Komentarz..., *op. cit.*, s. 3.

32 Art. 64–71d ustawy o cudzoziemcach; Zob. szerzej J. Chlebny (red.), Prawo..., *op. cit.*, s. 148–171.

33 *Ibidem*, art. 64–71d; Zob. szerzej J. Chlebny (red.), Prawo..., *op. cit.*, s. 148–171.

34 *Ibidem*, art. 53–63; Zob. szerzej J. Chlebny (red.), Prawo..., *op. cit.*, s. 110–147.

35 *Ibidem*, art. 53 ust 1 pkt 7.

36 *Ibidem*, art. 53 ust 1 pkt 13.

- cudzoziemcowi, który jest członkiem rodziny cudzoziemca, o którym mowa wyżej, z którym przebywał na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, towarzyszącym mu lub chcącym się z nim połączyć³⁷;

d) zgodę na pobyt tolerowany,³⁸

e) status uchodźcy,³⁹

2) korzystają w Rzeczypospolitej Polskiej z ochrony czasowej.⁴⁰

Każda z przedstawionych przesłanek jest zdecydowanie różna, gdy chodzi o status cudzoziemca, lecz w tożsamy sposób kształtuje uprawnienie do podejmowania działalności gospodarczej na terytorium RP.⁴¹ Przyznaje prawo podejmowania działalności gospodarczej na terytorium RP na takich samych zasadach jak obywatelom polskim.

Warto zwrócić uwagę, że przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej⁴² przyznają prawo do podejmowania działalności gospodarczej na terytorium RP również członkom rodzin cudzoziemców w rozumieniu art. 13 ust. 2. Zgodnie z ustawą z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin,⁴³ pod pojęciem członka rodziny – cudzoziemca będącego lub niebędącego obywatelem UE – rozumie się:

- małżonka cudzoziemca,
- zstępnego cudzoziemca lub zstępnego jego małżonka, w wieku do 21 lat lub pozostającego na utrzymaniu cudzoziemca lub jego małżonka,
- wstępnego cudzoziemca lub wstępnego jego małżonka, pozostającego na utrzymaniu cudzoziemca lub jego małżonka.⁴⁴

Także tym podmiotom przysługuje pełne prawo do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Polski.

Trzecia grupa osób zagranicznych, określona przez ustawę o swobodzie działalności gospodarczej, obejmuje pozostałe osoby zagraniczne, tj. inne niż zakwalifi-

37 *Ibidem*, art. 53 ust. 1 pkt 14.

38 Art. 97–105 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (jt. Dz.U. z 2006 r., Nr 234, poz. 1695); Zob. szerzej J. Chlebny (red.), *Prawo...*, *op. cit.*, s. 558–589.

39 *Ibidem*, art. 13–89; Zob. szerzej J. Chlebny (red.), *Prawo...*, *op. cit.*, s. 401–548.

40 *Ibidem*, art. 106–118; Zob. szerzej J. Chlebny (red.), *Prawo...*, *op. cit.*, s. 590–610.

41 C. Kosikowski, *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 81.

42 Art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

43 Ustawa z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (Dz.U. z 2006 r., Nr 144, poz. 1043).

44 *Ibidem*, art. 2 pkt 4.

kowane do grup poprzednich.⁴⁵ W praktyce do trzeciej grupy zalicza się zagraniczne osoby prawne oraz zagraniczne jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, uposażone w zdolność prawną, które nie mają siedziby na terytorium żadnego z państw Unii Europejskiej, państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu, które są stroną Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym, a nie należą do Unii Europejskiej bądź państw korzystających ze swobody przedsiębiorczości na podstawie umów zawartych przez te państwa ze Wspólnotą Europejską i jej państwami członkowskimi, które nie są stronami Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym.⁴⁶ Istnieje jednak teoretyczna możliwość zakwalifikowania do omawianej grupy również cudzoziemców – osób zagranicznych, kiedy nie należą do żadnej z grup poprzednich.

W stosunku do wyżej określonej grupy osób zagranicznych ustawodawca wprowadza odrębny, w porównaniu do grup poprzednich, reżim prawny. Na mocy art. 13 ust. 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, wskazane podmioty mają prawo do podejmowania działalności gospodarczej wyłącznie w określonych formach organizacyjno-prawnych. Są to enumeratywnie wyliczone spółki osobowe i kapitałowe prawa handlowego, tj. spółka komandytowa, komandytowo-akcyjna, z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjna. Ograniczone prawo przysługuje zarówno w zakresie podejmowania działalności gospodarczej – tworzenia spółek, jak również w zakresie wykonywania działalności – przystępowania do takich spółek oraz obejmowania bądź nabywania ich udziałów lub akcji⁴⁷. Ponadto brzmienie art. 13 ust. 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wskazuje, że zasady podejmowania i wykonywania działalności mogą wynikać z postanowień umów międzynarodowych. Praktyka pozwala stwierdzić, że umowy międzynarodowe rozszerzają dopuszczalny zakres podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej⁴⁸. Umowa międzynarodowa, której stroną jest Polska, może wprowadzać zasadę wzajemności. Zastosowanie owej zasady polega na przyznaniu przez jedno państwo podmiotom innego państwa – sygnatariusza umowy – określonych praw, pod warunkiem, że to inne państwo przyzna identyczny zakres uprawnień podmiotom pochodzącym z państwa pierwszego.⁴⁹

Biorąc pod uwagę powyższe, uzasadnionym wydaje się twierdzenie, zgodnie z którym ustawa o swobodzie działalności gospodarczej niezwykle szeroko kształtuje zakres uprawnień cudzoziemców – osób zagranicznych. Przyznaje im niejednokrotnie analogiczne prawa jak obywatelom polskim. W niektórych sytuacjach

45 Art. 13 ust. 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

46 C. Kosikowski, *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 81–82.

47 Zob. ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000 r., Nr 94, poz. 1037 ze zm.)

48 S. Szuster, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 6.

49 M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski (red.), *Prawo...*, *op. cit.*, s. 94–95.

jednak istotnie ogranicza ich wolność podejmowania działalności gospodarczej, narzucając określoną formę organizacyjno–prawną.

5. Szczególne regulacje w zakresie podejmowania i wykonywania działalności przez osoby zagraniczne na terytorium RP

Poza normami ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, w systemie prawa polskiego obowiązuje szereg regulacji szczególnych kształtujących prawo cudzoziemców do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP.

Dla przykładu wymienić należy takie akty prawne, jak:⁵⁰

- ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych⁵¹,
- ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym⁵²,
- ustawa z dnia 28 października 2002 r. o przewozie drogowym towarów niebezpiecznych⁵³,
- ustawa z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych⁵⁴,
- ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji⁵⁵,
- ustawa z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców⁵⁶,
- ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o zasadach prowadzenia na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne⁵⁷.

50 S. Szuster, Komentarz..., *op. cit.*, s. 7–8.

51 Zob. art. 35 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (jt. Dz.U. z 2004 r., Nr 159, poz. 1667 ze zm.).

52 Zob. art. 83 ust. 3 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (jt. Dz.U. z 2005 r., Nr 108, poz. 908 ze zm.).

53 Zob. art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o przewozie drogowym towarów niebezpiecznych (Dz.U. z 2002 r., Nr 199, poz. 1671 ze zm.).

54 Zob. art. 5 ustawy z dnia 29 lipca 1992 o grach i zakładach wzajemnych (jt. Dz.U. z 2004 r., Nr 4, poz. 27 ze zm.).

55 Zob. art. 35 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (jt. Dz.U. z 2004 r., Nr 253, poz. 2531 ze zm.).

56 Ustawa z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców (jt. Dz.U. z 2004 r., Nr 167, poz. 1758 ze zm.).

57 Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o zasadach prowadzenia na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne (jt. Dz.U. z 1989 r., Nr 27, poz. 148 ze zm.).

Wskazane ustawy ograniczają uprawnienie do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej przez cudzoziemców na terytorium RP. Ich właściwość wynika z ramowego charakteru ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, która zawiera szereg odesłań do przepisów odrębnych. Odesłania wskazują, że określone sfery działalności gospodarczej, ze względu na swoją specyfikę, poddane są odrębnym regułom. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej nie przyznaje sobie monopolu w sferze funkcjonowania przedsiębiorcy, w tym również podejmujących działalność cudzoziemców, uznając właściwość *lex specialis*. Akty odrębne należy traktować jako pewien rodzaj uzupełnienia, natomiast nie powinno się ich utożsamiać z umniejszaniem znaczenia podstawowej regulacji prawnej w dziedzinie działalności gospodarczej.

Mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, iż podstawowe zasady korzystania z wolności gospodarczej, również te dotyczące cudzoziemców, którzy chcą podjąć i prowadzić działalność na terytorium RP, określa ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. To właśnie ten akt powinien stanowić fundament dla dokonywania wykładni *lex specialis*. Natomiast regulacje szczególne odnaleźć można w szeregu aktów prawnych związanych z konkretnymi, często specjalistycznymi, rodzajami działalności gospodarczej.

6. Wnioski

Reasumując można stwierdzić, że problematyka podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej przez cudzoziemców na terytorium RP uregulowana jest w szeregu aktów prawnych. Fundamentalne znaczenie dla wskazanego zagadnienia odgrywa ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Akt ten określa podstawowe zasady podejmowania i prowadzenia działalności cudzoziemców na terytorium RP. Z jego postanowień wynika, iż decydujące znaczenie dla kształtu praw i obowiązków cudzoziemców zainteresowanych podjęciem działalności gospodarczej w Polsce odgrywa ich pochodzenie. Niezwykle istotny jest również status cudzoziemca na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Bowiem cudzoziemcy w roli osób zagranicznych i roli przedsiębiorców zagranicznych funkcjonują według odrębnych i odmiennych reguł.

Ponadto warto zapamiętać, iż szereg ustaw odrębnych, związanych ze szczególnymi rodzajami działalności, modyfikuje określone w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, prawo osób zagranicznych do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej. Jednak akty odrębne nie umniejszają znaczenia ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a stanowią jej uzupełnienie.

Oczywiście, prawo podejmowania działalności gospodarczej na takich samych zasadach jak obywatelom polskim, oznacza uzależnienie legalnego wykonywania

działalności gospodarczej od spełnienia warunków ogólnych wiążących wszystkich przedsiębiorców, a niekiedy także warunków szczególnych związanych z konkretnymi rodzajami działalności. Bowiem działalność gospodarcza zawsze, bez względu na osobę przedsiębiorcy, winna stosować się do nakreślonych przez ustawę o swobodzie działalności gospodarczej wzorów i w żadnym wypadku nie może zagrażać wartościom składającym się na ważny interes publiczny.

ZATRUDNIENIE CUDZOZIEMCÓW W POLSCE A OCHRONA KRAJOWEGO RYNKU PRACY

Polska ma długą historię i wieloletnie doświadczenia jako kraj emigracji. Stosunkowo nowym zjawiskiem w kraju jest imigracja, szczególnie imigracja zarobkowa. Pomimo że skala napływu imigrantów ekonomicznych nie jest wielka, budzi wiele emocji i stała się przedmiotem trwającej dyskusji dotyczącej zasadności otwierania rynków pracy dla obywateli krajów trzecich.

Utrzymujące się wśród społeczeństwa i przedsiębiorców zróżnicowane opinie o podejmowaniu pracy przez cudzoziemców w Polsce – od takich, które uznają je za ekonomiczną konieczność, do upatrujących w napływie cudzoziemskich pracowników konkurencji dla krajowej czy lokalnej siły roboczej – stały się motywem podjęcia tematu.

W niniejszej pracy dokonana zostanie analiza przepisów prawnych statuujących możliwości zatrudniania pracowników z krajów trzecich na terytorium Polski na tle potrzeb lokalnego rynku pracy w województwie podlaskim, uzasadniających dopuszczenie na rynki pracy obcokrajowców.

Zasady i tryb wydawania przyrzeczeń i zezwoleń na pracę cudzoziemców

Podstawowym aktem prawnym regulującym kwestie związane z zatrudnianiem cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy.¹

Art. 87 Ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy wprowadza ogólną zasadę dopuszczalności wykonywania pracy przez cudzoziemców w Polsce, po uzyskaniu zezwolenia na pracę wydanego przez wojewodę właściwego ze względu na siedzibę pracodawcy.

¹ Dz.U. z 2004 r. Nr 99 poz. 1001 z późn. zm.

Ustawa definiuje wykonywanie pracy przez cudzoziemca jako zatrudnienie, czyli świadczenie pracy na podstawie umowy o pracę, wykonywanie innej pracy zarobkowej oraz pełnienie funkcji w zarządach osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą. Wykonywanie innej pracy zarobkowej oznacza świadczenie usług na podstawie umów cywilnoprawnych, takich jak umowa zlecenia, umowa o dzieło, umowa agencyjna.² Zezwolenie na zatrudnienie dla cudzoziemców, którzy mają zamiar pełnić funkcje statutowe w zarządach osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą z siedzibą na terytorium Polski, jest wymagane jedynie wówczas, gdy funkcje te pełnią przez okres dłuższy niż 30 dni w ciągu roku. Okres 30 dni jest liczony tylko dla działań związanych z wykonywaniem funkcji w zarządzie, co oznacza, że jeżeli cudzoziemiec przebywa na terytorium Polski przykładowo 50 dni, ale przez pozostałe 20 dni nie wykonuje pracy, zezwolenie nadal nie będzie wymagane. Natomiast okres 30 dni jest liczony łącznie dla wszystkich funkcji członka zarządu pełnionych przez cudzoziemca w polskich spółkach, a nie odrębnie dla każdej ze spółek.³

Zgodnie z art. 88 ust 1. ustawy, uzyskanie zezwolenia na wykonywanie pracy jest obowiązkowe, jeżeli:

- cudzoziemiec ma zamiar podjąć pracę w podmiocie mającym siedzibę w Polsce,
- zagraniczna firma ma zamiar oddelegować pracownika na terytorium Polski w celu realizacji usługi eksportowej,
- zagraniczna firma ma zamiar oddelegować pracownika na terytorium Polski w innym celu niż realizacja usługi eksportowej, a zadanie określone przez delegującego cudzoziemiec będzie wykonywał przez okres dłuższy niż 30 dni w roku.

Przepisy ustawy zwalniają z obowiązku uzyskiwania pozwolenia na pracę m.in. cudzoziemców posiadających status uchodźcy, zezwolenie na osiedlenie się w Polsce, zgodę na pobyt tolerowany, a także cudzoziemców, którzy korzystają z ochrony czasowej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

Katalog osób zwolnionych z obowiązku uzyskania zezwolenia na pracę zostaje m.in. rozszerzony w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 30 sierpnia 2006 r. w sprawie wykonywania pracy przez cudzoziemców bez konieczności uzyskania zezwolenia na pracę.⁴ Na mocy rozporządzenia, zezwoleń na pracę nie muszą uzyskiwać m.in. cudzoziemcy prowadzący szkolenia, nauczyciele ję-

2 P. Korczyński, Cudzoziemiec na polskim rynku pracy, Służba Pracownicza 2005, nr 3, s. 21.

3 K. Dulewicz, Zezwolenie na pracę dla cudzoziemców zajmujących kierownicze stanowiska, Gazeta Prawna nr 79, Dodatek Praca, 23 kwiecień 2007.

4 Dz.U. Nr 156, poz. 1116.

zyków obcych, jeżeli nauczany język jest ich językiem ojczystym, korespondenci środków masowego przekazu, po uzyskaniu od ministra właściwego do spraw zagranicznych akredytacji, aktorzy, reżyserzy, tancerze wykonujący prace artystyczne do 30 dni w ciągu roku kalendarzowego, studenci studiów dziennych, pod warunkiem, że praca ta jest wykonywana w czasie wakacji, przez okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Powyższe rozporządzenie, w stosunku do uchylonego jego mocą rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2001 r. w sprawie wykonywania pracy przez cudzoziemców bez konieczności uzyskiwania zezwolenia na pracę,⁵ poszerza katalog cudzoziemców, którzy mogą podjąć pracę bez wymaganego zezwolenia o kategorię obywateli państw graniczących z Polską, wykonujących pracę związaną z rolnictwem, ogrodnictwem i hodowlą zwierząt przez okres nie dłuższy niż 3 miesiące w ciągu pół roku. Ponadto, projekt rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 30 marca 2007 r., zmieniający rozporządzenie w sprawie wykonywania pracy przez cudzoziemców bez konieczności uzyskania zezwolenia na pracę, zakłada kolejne poszerzenie katalogu osób zwolnionych z wymogu uzyskania zezwolenia na pracę, m.in. o pracowników budownictwa, wykonujących pracę przez okres nie dłuższy niż 3 miesiące w roku.

Warto w tym miejscu wspomnieć, że proces stopniowego otwierania rynku pracy dla pracowników z państw trzecich w Polsce wymagał wprowadzenia przepisów, znoszących istniejące ograniczenia w dostępie do krajowego rynku pracy dla obywateli państw członkowskich UE, Islandii, Norwegii, Szwajcarii i Lichtensteinu (Polska w stosunku do obywateli państw UE i EOG, utrzymujących ograniczenia w dostępie do własnych rynków pracy, stosowała bowiem „środki równoważne”), tak by pracownicy z krajów trzecich nie posiadali lepszej pozycji na polskim rynku pracy niż obywatele UE i EOG. Zniesienie ograniczeń w dostępie do krajowego rynku pracy dla obywateli wymienionych krajów zostało zawarte w Rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 10 stycznia 2007 r., uchylające rozporządzenie w sprawie zakresu ograniczeń w sferze wykonywania pracy przez cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.⁶

Istnieje także katalog cudzoziemców, których zatrudnienie nie wymaga przeprowadzania postępowania związanego z wymogiem uprzedniego poszukiwania pracowników wśród pracowników niewymagających tego zezwolenia, a więc głównie na lokalnym czy krajowym rynku pracy. Katalog tych osób został określony w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 21 lipca 2006 r. w sprawie określenia przypadków, w których przyrzeczenie i zezwolenie na pracę cudzoziemca wydawane jest bez względu na sytuację na lokalnym rynku pracy i kryteria wydawania przyrzeczeń i zezwoleń na pracę cudzoziemców⁷ i obejmuje m.in. członków

5 Dz.U. Nr 153, poz. 1765.

6 Dz.U. Nr 7, poz. 54.

7 Dz.U. Nr 141, poz. 1004.

rodzin personelu placówek dyplomatycznych oraz organizacji międzynarodowych wraz z ich prywatną służbą domową, trenerów sportowych i sportowców, lekarzy i lekarzy dentyistów odbywających szkolenia bądź realizujących program specjalizacji, a także przedstawicieli przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale znajdującym się na terenie Polski.

Zgodnie z art. 88 ust. 2 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, warunkiem uzyskania zezwolenia na pracę jest uzyskanie przez przyszłego pracodawcę przyrzeczenia, a przez cudzoziemca odpowiedniej wizy lub zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Szczegółowe zasady wydawania przyrzeczeń i zezwoleń uregulowane są przepisami wykonawczymi. Mają tu zastosowanie przepisy Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 21 lipca 2006 r. w sprawie trybu i warunków wydawania zezwolenia na pracę cudzoziemca.⁸

Wydanie zezwolenia na zatrudnienie cudzoziemca w Polsce przebiega kilkustopniowo. Pracodawca musi najpierw wnioskować, a następnie otrzymać od wojewody przyrzeczenie wydania cudzoziemcowi zezwolenia na pracę. Stanowi ono jednocześnie dla obcokrajowca podstawę do ubiegania się o dokumenty legalizujące jego pobyt w Polsce, czyli wizę z prawem do pracy lub decyzję wojewody o zamieszkaniu w Polsce na czas oznaczony. Jeżeli cudzoziemiec posiada już wizę z prawem do pracy lub zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wojewoda wydaje decyzję w sprawie zezwolenia bez konieczności uprzedniego wydania przyrzeczenia.

Przyrzeczenie zezwolenia na zatrudnienie cudzoziemca w Polsce wydaje wojewoda właściwy ze względu na siedzibę pracodawcy, a w przypadku delegowania cudzoziemca na terytorium Polski w celu wykonywania usługi eksportowej, decyzja w sprawie przyrzeczenia i zezwolenia na pracę jest wydawana przez wojewodę ze względu na miejsce realizacji usługi eksportowej. Stanowi o tym Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 21 lipca 2006 r. w sprawie trybu i warunków wydawania zezwolenia na pracę cudzoziemca zatrudnionego przy realizacji usługi eksportowej, świadczonej przez pracodawcę zagranicznego w Rzeczypospolitej Polskiej.⁹

Przyrzeczenie (a także zezwolenie na pracę) jest wydawane na wniosek pracodawcy, na czas określony (nie dłuższy niż okres ważności wizy lub zezwolenia na zamieszkanie w Polsce), w stosunku do konkretnego cudzoziemca i pracodawcy, na określone stanowisko lub rodzaj wykonywanej pracy. Oznacza to, że jeżeli praco-

8 Dz.U. Nr 141, poz. 1002.

9 Dz.U. Nr 141, poz. 1003.

dawca będzie chciał zatrudnić cudzoziemca na innym stanowisku, to ponownie będzie miał obowiązek wystąpić o zezwolenie na pracę.

Ubiegając się o uzyskanie zezwolenia na zatrudnienie cudzoziemca, pracodawca zobowiązany jest złożyć szereg dokumentów, m.in. zaświadczenie o wywiązywaniu się z zobowiązań wobec ZUS, zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o braku zaległości w płatnościach, zaświadczenie o wysokości osiągniętego dochodu lub poniesionej straty za ostatni rok podatkowy (warunkiem jest, aby dochód był wyższy niż 12-krotne przeciętne wynagrodzenie), a także informacja o stanie zatrudnienia w firmie (musi zostać spełniony warunek zatrudniania przez okres minimum roku, na czas nieokreślony i w pełnym wymiarze czasu, minimum 2 osób, które nie podlegają obowiązkowi posiadania zezwolenia). Ponadto, wnioskujący pracodawca, w trakcie procedury wydawania przyrzeczenia musi podjąć działania uwzględniające sytuację na lokalnym rynku pracy. Pracodawca ma obowiązek w pierwszej kolejności poszukiwać pracowników na stanowisko, które jest przedmiotem wniosku, spośród obywateli polskich a także osób, w stosunku do których zezwolenie nie jest wymagane. W tym celu powinien zawiadomić właściwy miejscowo powiatowy urząd pracy o wolnym miejscu pracy. Ogłoszenie w tym zakresie zostaje w urzędzie wywieszone i pozostaje tam przez 30 dni. Jednakże złożenie oferty w powiatowym urzędzie pracy jest działaniem niewystarczającym. Obowiązkiem spoczywającym na pracodawcy jest rozpowszechnienie oferty w środkach masowego przekazu (np. ogłoszenie w prasie czy Internecie).

Oprócz dokumentów dotyczących przedsiębiorcy i cudzoziemca, przy podejmowaniu decyzji o wydaniu cudzoziemcowi zezwolenia na pracę bierze się również pod uwagę opinię starosty właściwego ze względu na miejsce wykonywania pracy przez cudzoziemca (a przypadku, gdy charakter wykonywanej przez cudzoziemca pracy wymaga częstej zmiany miejsca jej wykonywania, opinię wydaje starosta właściwy ze względu na siedzibę pracodawcy) na temat sytuacji na lokalnym rynku pracy. W tym celu starosta bada możliwości zatrudnienia na dane stanowisko osób, pozostających w rejestrze bezrobotnych i poszukujących pracy

Wojewoda odmówi wydania zezwolenia na pracę cudzoziemca, jeżeli pracodawca odmówił bez uzasadnionej przyczyny zatrudnienia osoby bezrobotnej lub pozostającej bez pracy, której zatrudnienie nie wymaga takiego zezwolenia, czyli głównie obywateli polskich. Z odmowną decyzją o zezwolenie na zatrudnienie obcokrajowca spotka się także wnioskujący, który dąży do zatrudnienia cudzoziemca, którego kwalifikacje nie odpowiadają charakterowi wykonywanej przez niego pracy, a proponowane mu wynagrodzenie jest niższe niż przysługuje polskiemu pracownikowi za wykonywanie porównywalnej pracy.

Przyrzeczenie wydane przez wojewodę stanowi podstawę do ubiegania się przez cudzoziemca o wydanie wizy z prawem do pracy w polskim przedstawiciel-

stwie dyplomatycznym lub urzędzie konsularnym, właściwym ze względu na miejsce zamieszkania cudzoziemca, a w przypadku, kiedy cudzoziemiec przebywa już na terenie Polski – właściwy wojewoda. Decyzje konsula o wydaniu lub odmowie wydania wizy są ostateczne, natomiast od decyzji wojewody przysługuje odwołanie.

Wydawania wiz dla cudzoziemców dotyczy ustawa z 13 czerwca 2003 roku o cudzoziemcach.¹⁰ Stosownie do jej postanowień, wiza z prawem do pracy może zostać wydana cudzoziemcowi, który przedstawi przyrzeczenie wydania zezwolenia na pracę na terytorium Polski lub pisemne oświadczenie pracodawcy o zamiarze powierzenia cudzoziemcowi wykonywania pracy, w przypadku gdy zezwolenie na pracę nie jest wymagane. Wizę w celu wykonywania pracy wydaje się na czas, w którym pracodawca przyrzekł zatrudniać cudzoziemca lub na czas określony w oświadczeniu o powierzeniu wykonywania pracy, na okres nieprzekraczający jednak 12 miesięcy.

Wydane przyrzeczenie i uzyskana przez cudzoziemca wiza są podstawą wydania przez wojewodę decyzji o zezwoleniu na pracę cudzoziemca. Pracodawca za wydanie zezwolenia na pracę cudzoziemca ma obowiązek dokonać opłaty w wysokości minimalnego wynagrodzenia (obecnie 936,00 zł), za każdą osobę wskazaną we wniosku.

Data wydania decyzji w sprawie zezwolenia na pracę wyznacza datę, od której możliwe jest zatrudnienie cudzoziemca.

Wojewoda wyda odmowną decyzję wydania zezwolenia na pracę cudzoziemca dla pracodawcy, który w trakcie postępowania o wydanie zezwolenia złożył wniosek zawierający nieprawdziwe dane, zataił prawdę lub naruszył przed upływem roku od dnia złożenia wniosku przepisy ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Podstawą odmowy wydania zezwolenia na pracę będzie także skazanie cudzoziemca na karę pozbawienia wolności, a w przypadku gdy kara jest orzeczona w zawieszeniu – do czasu upływu okresu zawieszenia kary. Od decyzji wojewody przysługuje odwołanie do Ministra Pracy i Polityki Społecznej w terminie 14 dni od dnia jej doręczenia.

W przypadku zamiaru przedłużenia umowy o pracę z cudzoziemcem, pracodawca występuje do wojewody z wnioskiem o przedłużenie przyrzeczenia lub zezwolenia na wykonywanie pracy przez cudzoziemca na terytorium RP. Warunkiem jest jednak, aby okres powierzenia cudzoziemcowi pracy następował bezpośrednio po okresie wskazanym w wydanym zezwoleniu lub pracodawca złoży wniosek o przedłużenie zezwolenia nie później niż na 30 dni przed upływem ważności zezwolenia. Wydanie przedłużenia przyrzeczenia lub zezwolenia na pracę cudzo-

10 Dz.U. Nr 128, poz. 1175.

ziemca wymaga również, aby stanowisko, rodzaj wykonywanej pracy albo pełniona przez cudzoziemca funkcja określona w wydanym zezwoleniu nie uległa zmianie.

Przedłużenie zezwolenia na pracę cudzoziemca jest objęte, zgodnie z ustawą o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu, opłatą na Fundusz Pracy stanowiącą połowę równowartości minimalnego wynagrodzenia za pracę (obecnie 468,00 zł).

Uzyskanie przedłużenia przyrzeczenia na zatrudnienie lub wykonywanie innej pracy zarobkowej może być podstawą dla cudzoziemca do wystąpienia z wnioskiem do właściwego wojewody o udzielenie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony w Polsce.

Pracodawca zatrudniający cudzoziemca ma obowiązek powiadomienia wojewodę o zmianie miejsca wykonywania pracy przez obcokrajowca, szczególnie jeśli nowe miejsce wykonywania pracy ma miejsce w innym powiecie niż ten, którego dotyczy przyrzeczenie lub zezwolenie. Jeżeli obcokrajowiec będzie pracował na terenie powiatu, którego dotyczą wydane przez wojewodę dokumenty, to przyrzeczenie lub zezwolenie na jego pracę u danego pracodawcy nie straci ważności. Natomiast w sytuacji wykonywania przez cudzoziemcę pracy w innym powiecie niż wskazany w wydanym przyrzeczeniu i zezwoleniu na pracę, wówczas mogą one zachować ważność, pod warunkiem, że będzie pozwalać na to sytuacja na lokalnym rynku pracy.

Pracodawca zatrudniający obcokrajowca ma obowiązek zwrotu wojewodzie wydanego przez niego przyrzeczenia i zezwolenia w przypadkach, gdy cudzoziemiec zrezygnował z pracy, zakończył wykonywanie swoich zadań przed upływem terminu, na który dokument został wydany, a także, jeśli w ogóle nie rozpoczął pracy w terminie określonym w zezwoleniu. Zwrotu wymienionych dokumentów nie obejmuje sytuacja, kiedy opóźnienie w rozpoczęciu pracy przez zagranicznego pracownika nastąpiło w wyniku porozumienia pomiędzy nimi.

Przyrzeczenie lub zezwolenie na pracę podlegają uchyleniu przez wojewodę, jeżeli:

- cudzoziemiec wykonuje pracę nielegalnie,
- cudzoziemiec utracił uprawnienia do wykonywania pracy,
- uległy zmianie okoliczności lub dowody odnoszące się do wydanej decyzji,
- ustala przyczyna, dla której zostało udzielone zezwolenie na pracę,
- cudzoziemiec wykonujący za pracodawcę, będącego jednostką organizacyjną, czynności w sprawach z zakresu prawa pracy, narusza to prawo (uchylenie przyrzeczenia lub zezwolenia na pracę w przypadku naruszenia przepisów prawa pracy następuje na wniosek właściwego inspektora pracy).

Uchylenie przyrzeczenia lub zezwolenia na pracę skutkuje obowiązkiem pracodawcy do niezwłocznego rozwiązania umowy z cudzoziemcem, a w przypadku cudzoziemca delegowanego, pracodawca ma obowiązek natychmiastowo odwołać go z delegacji.

Zatrudnienie cudzoziemców w województwie podlaskim

Województwo podlaskie nie należy do czołowych województw pod względem liczby wydawanych zezwoleń na pracę obcokrajowców. Plasuje się daleko za przodującym pod tym względem województwem mazowieckim (tabela nr 1).

Tabela nr 1. Liczba wydawanych zgód na zatrudnienie cudzoziemca według województw w 2006 r.

Województwo	Liczba wydawanych zgód	Procentowy udział zezwoleń na pracę w województwie do ogółu zezwoleń
dolnośląskie	843	7,83%
kujawsko-pomorskie	278	2,58%
lubelskie	258	2,4%
lubuskie	322	2,99%
łódzkie	534	4,96%
małopolskie	579	5,38%
mazowieckie	4743	44,06%
opolskie	439	4,08%
podkarpackie	211	1,96%
podlaskie	163	1,51%
pomorskie	455	4,23%
śląskie	777	7,22%
świętokrzyskie	88	0,82%
warmińsko-mazurskie	139	1,29%
wielkopolskie	371	3,45%
zachodniopomorskie	554	5,15%
ogółem	10764	100%

Źródło: zestawienie GUS dla Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, dane uzyskane z Departamentu Migracji, Wydział Polityki Migracji.

Strukturę cudzoziemców podejmujących pracę w województwie podlaskim ze względu na kraj pochodzenia przedstawia tabela nr 2. Głównymi krajami pochodzenia imigrantów zarobkowych w województwie podlaskim są Białoruś, Ukraina i Rosja. Udział tych narodowości w ogólnej strukturze cudzoziemców podejmujących pracę w województwie podlaskim wyniósł w 2006 r. odpowiednio: 54%, 23% i 9,2% i niezmiennie od 2003 r. przewyższa udział innych narodowości. Przyczyną

tej sytuacji może być bliskość geograficzna, kulturalna, sieć powiązań z obywatelami polskimi, a także różnica w dochodach w kraju imigrantów i w Polsce.

Tabela nr 2. Struktura cudzoziemców podejmujących pracę w województwie podlaskim ze względu na kraj pochodzenia

Kraj pochodzenia	2003	2004	2005	2006
Białoruś	154	155	98	88
Ukraina	59	49	36	37
Rosja	23	17	16	15
Armenia	12	9	8	11
Niderlandy	4	3	3	2
Singapur	–	–	2	2
Niemcy	7	2	2	2
Libia	–	–	–	2
Izrael	–	–	2	1
Moldowa	6	4	2	–
bezpaństwowcy	–	1	2	–
Litwa	22	3	–	–
Austria	–	–	–	1
Nowa Zelandia	–	1	1	1
Francja	2	1	1	1
Brazylia	–	–	1	–
Bośnia Hercegowina	1	1	1	–
Serbia i Czarnogóra	4	1	–	–
Azerbejdżan	4	–	–	–
Czechy	–	1	–	–
Wielka Brytania	6	1	–	–
Kazachstan	3	1	–	–
Irak	–	–	1	–
Syria	1	1	1	–
RPA	2	–	1	–
Portugalia	–	2	1	–
Argentyna	–	–	1	–
USA	4	–	–	–
Kanada	2	–	–	–
Australia	1	–	–	–
Iran	1	–	–	–
Mongolia	1	–	–	–
Słowacja	1	–	–	–
Jordania	1	–	–	–
Cypr	1	–	–	–
Bułgaria	1	–	–	–
Włochy	1	–	–	–
Ogółem liczba wydanych zezwoleń w latach	324	253	180	163

Źródło: Podlaski Urząd Wojewódzki, <http://www.bialystok.uw.gov.pl>

Spadek liczby nowo wydawanych zezwoleń nie oznacza spadku ogólnej liczby obcokrajowców zatrudnionych w województwie, która jest kategorią kumulatywną. Statystyki Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego wskazują na niewielu nowych wnioskujących z jednej strony i dużą liczbę wniosków o przedłużenie przyrzeczenia lub zezwolenia na wykonywanie pracy przez cudzoziemca na terytorium RP z drugiej strony. Oznacza to, że pracodawcy są zadowoleni z pracy cudzoziemców.

Wśród stanowisk, jakie podejmowali cudzoziemcy na podstawie zezwolenia na pracę w latach 2003–2006, przeważały stanowiska prezesa, wiceprezesa, członka zarządu spółki, dyrektora lub kierownika jednostki, nauczyciela języka obcego (angielskiego) oraz kierowcy samochodu ciężarowego w transporcie międzynarodowym.

Warto w tym miejscu dokonać zestawienia stanowisk, na które wydawane są zezwolenia na pracę cudzoziemców, z potrzebami lokalnego rynku pracy w województwie podlaskim, określonymi rankingiem zawodów deficytowych nadwyżkowych w województwie podlaskim sporządzanym przez Wojewódzki Urząd Pracy w Białymstoku. Zawody deficytowe są w raporcie definiowane jako te, w których popyt na pracę zgłaszany przez pracodawców w postaci zgłaszanych ofert pracy przewyższa liczbę osób posiadających na dane stanowisko odpowiednie kwalifikacje i chcące podjąć pracę na oferowanym stanowisku pracy. Zawody nadwyżkowe to te, które generują bezrobocie, bowiem liczba złożonych ofert do urzędu pracy przez pracodawców była niższa niż chętnych do podjęcia zatrudnienia w danej branży.¹¹

Zestawienie stanowisk, na które udzielano w 2006 r. zezwolenia na pracę cudzoziemców, z listą zawodów deficytowych i nadwyżkowych przedstawia tabela nr 3.

11 Ranking zawodów deficytowych i nadwyżkowych w woj. podlaskim w I półroczu 2006 r., Wojewódzki Urząd Pracy w Białymstoku, Białystok 2006.

Tabela nr 3. Zestawienia stanowisk, na które udzielano w 2006 r. zezwolenia na pracę cudzoziemców, z rankingiem zawodów deficytowych nadwyżkowych w województwie podlaskim

Stanowiska, na które udzielono w 2006 r. zezwolenia na pracę cudzoziemców	zawód deficytowy / nadwyżkowy według rankingu WUP w Białymstoku	Dodatkowe informacje/ Wskaźnik intensywności nadwyżki/deficytu zawodu (procentowy udział liczby zgłoszonych w danym zawodzie ofert pracy w liczbie zarejestrowanych w tym zawodzie bezrobotnych)
prezesa, wiceprezesa, członka zarządu spółki, dyrektora lub kierownika jednostki	zawód zrównoważony	w przedziale 0,9 – 1,1
nauczyciela języka obcego (angielskiego)*	zawód nadwyżkowy	0,68
kierowcy samochodu ciężarowego w transporcie międzynarodowym	zawód deficytowy	1,28

Źródło: Ranking zawodów deficytowych i nadwyżkowych w woj. podlaskim w I półroczu 2006 r., Wojewódzki Urząd Pracy w Białymstoku, Białystok 2006.

* dane nie ujęte w raporcie / dane uzyskane z Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Białymstoku, Wydział Rynku Pracy

Z powyższego zestawienia wynika, że zezwolenia wydawane w województwie podlaskim miały głównie charakter komplementarny i nie stanowiły konkurencji dla lokalnej siły roboczej, wypełniając luki na rynku pracy. Zaniepokojenie może budzić jedynie zatrudnianie cudzoziemców na stanowisko nauczyciela języka angielskiego. Jednakże należy w tym miejscu poczynić kilka uwag dotyczących porównywanych danych. Zezwolenia były wydawane cudzoziemcom na stanowisko nauczyciela języka angielskiego, gdy tymczasem określanie zawodów nadwyżkowych i deficytowych w Wojewódzkim Urzędzie Pracy w Białymstoku opiera się na analizie czterocyfrowych grup zawodów (nauczyciel języka obcego), czyli na bardziej ogólnym poziomie (wśród zarejestrowanych bezrobotnych zapewne znajdowały się osoby nauczające innych języków), co może zakłócać ocenę danego zawodu jako nadwyżkowego czy deficytowego.

Rozdźwięk pomiędzy głosami przedsiębiorców, apelujących o szersze otwarcie rynków pracy dla obcokrajowców, a zaniepokojeniem społeczeństwa i nieprzychylnie nastawienie do napływu zagranicznej siły roboczej może wynikać z faktu, iż korzyści i koszty imigracji zarobkowej nie rozkładają się równomiernie dla całego społeczeństwa. W zakresie rynku pracy, napływ zagranicznej siły roboczej może

rozwiązać problem „wąskich gardeł” poprzez dopływ podaży pracy. Imigracja zarobkowa może jednakże negatywnie wpłynąć na poziom płac krajowej, lokalnej siły roboczej w pewnych sektorach, ale tylko tam, gdzie dopływ pracowników ma charakter substytucyjny.¹²

Wnioski

Analiza procedury wydawania przyrzeczeń i zezwoleń na pracę cudzoziemców pozwala na ocenę jej skuteczności w zakresie ochrony krajowego rynku pracy. Procedura zapewnia dopuszczanie do rynku pracy cudzoziemców na zasadzie komplementarności i nie ma charakteru konkurencyjnego.

Czy jednak długotrwała i kosztowna procedura chroniąca szczelnie rynek pracy jest adekwatna do jego potrzeb? Czy pomimo stale utrzymującej się na wysokim poziomie stopy bezrobocia zasadne są zmiany w kierunku liberalizacji polityki wobec migrantów zarobkowych? Niedopasowanie kierunków kształcenia do potrzeb rynku pracy oraz silne zjawiska emigracji zarobkowej z Polski po wejściu kraju do Unii Europejskiej, tworzą silną presję na wzrost liczby zawodów deficytowych, czyli tworzących tzw. luki na rynku pracy, stanowiąc hamulec rozwoju polskiej gospodarki. Wobec powyższego, zasadne stają się zmiany w kierunku aktywnej polityki migracyjnej, ukierunkowanej na pozyskiwanie pracowników – w sposób selektywny – w branżach, gdzie występują niedobry lokalnej/krajowej siły roboczej. Pozytywnie należy więc ocenić nowe akty wykonawcze do ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, poszerzające katalog osób, które przy podejmowaniu zatrudnienia w Polsce nie muszą uzyskiwać zgody na pracę. Przyjęte rozwiązania były odpowiedzią na apele polskich przedsiębiorców, którzy odczuli skutki masowej emigracji polskich pracowników po wejściu kraju w struktury unijne. Ponadto, liberalizacja przepisów zezwalających na podejmowanie pracy przez cudzoziemców w Polsce (skrócenie procedury, zmniejszenie opłat) pozwoliłoby na redukcję zjawiska nielegalnej pracy imigrantów. To właśnie szara strefa, szacowana na kilkukrotnie wyższą niż zjawisko zatrudnienia legalnego obcokrajowców, charakteryzująca się zwykle niższymi zarobkami w porównaniu do wynagrodzeń krajowych na danym stanowisku, budzi niepokój społeczeństwa.

Szersze możliwości podejmowania pracy przez cudzoziemców w Polsce pozwolą na elastyczne reagowanie na doraźne potrzeby rynku pracy z jednej strony, z drugiej natomiast, selekcja branż, zawodów podlegających zwolnieniu pozwoli na dalszą ochronę pracowników krajowych.

12 A. Maksimczuk, L. Sidorowicz, *Imigranci na polskim rynku pracy*, (w:) Czynniki wzrostu północno-wschodnich regionów Polski, pod red. A.F. Bocian, J. Sikorskiego, Fundacja Promocji Rozwoju Podlasia, Białystok 2006, s. 66–68.

Część III

OCHRONA CUDZOZIEMCÓW W POLSCE

FORMY OCHRONY CUDZOZIEMCÓW W POLSCE

Wśród cudzoziemców przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej znajduje się grupa osób, która zmuszona została do opuszczenia swojego państwa i poszukiwania schronienia poza jego granicami. Powody opuszczenia państwa obywatelstwa mogą być różne, np.: prześladowanie z powodów politycznych, narodowościowych, rasowych, obca inwazja czy wojna domowa. Tym natomiast, co łączy wszystkie osoby szukające ochrony jest to, że w danym momencie nie mogą bezpiecznie wrócić do swojej ojczyzny. Pomoc udzielana cudzoziemcom w Polsce przybierała coraz to nowe formy: od tradycyjnego azylu terytorialnego, poprzez nadanie statusu uchodźcy, czy wreszcie objęcie ochroną subsydiarną – pobytem tolerowanym lub ochroną czasową. Rozwój form ochrony cudzoziemców w Polsce wynikał z jednej strony z potrzeby objęcie opieką osób, które nie spełniały warunków przewidzianych w konwencji dotyczącej statusu uchodźców z 1951 roku, czy przesłanek niezbędnych do uzyskania azylu, z drugiej zaś z konieczności harmonizacji prawa polskiego z prawem wspólnotowym. Zjawisko to nie jest polską specyfiką, wręcz przeciwnie – jest odzwierciedleniem rozwiązań ukształtowanych w skali uniwersalnej.

Celem niniejszego opracowania jest wskazanie podstaw prawnych, określenie warunków, jakie ma spełnić jednostka, aby korzystać z określonej formy ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz przedstawienie statusu takiej osoby.

I

Najbardziej tradycyjną i najstarszą formą ochrony cudzoziemców jest azyl terytorialny. Jest to instytucja mające swe źródło w systemach prawa krajowego poszczególnych państw, współczesne bowiem prawo międzynarodowe nie przyznaje jednostce prawa do azylu terytorialnego. Co prawda, art. 14 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 roku przewiduje, iż „każdy człowiek w razie prześladowania ma prawo ubiegać się o azyl i korzystać z niego w innych krajach”¹, a art. 1 De-

1 M. Sykulska: Prawo międzynarodowe publiczne, Gdańsk 1996, s. 221.

klaracji o azylu terytorialnym z 1967 roku upoważnia państwa, w wykonywaniu ich suwerenności, do udzielenia takim osobom azylu, który będzie respektowany przez inne państwa², jednak akty te, będąc rezolucjami Zgromadzenia Ogólnego, nie mają mocy prawnie wiążącej. Przyznanie azylu jest przejawem suwerenności państwa, jest uprawnieniem państwa. Zatem każde państwo określa warunki jego udzielenia i status takiej osoby.

Ani prawo międzynarodowe, ani krajowe nie definiuje pojęcia azylu. Jak zauważa J. Jagielski w doktrynie prawniczej brak jest jednego tylko określenia treści tego pojęcia. Autor przyjmuje, iż azyl oznacza przyjęcie cudzoziemca przez określone państwo na własne terytorium i udzielenie mu bezpiecznego schronienia ze względów politycznych lub humanitarnych³.

Azyl został wprowadzony do systemu prawa polskiego już w Konstytucji z 1952 roku⁴. Aktualnie obowiązująca Konstytucja RP z 1997 roku zawiera również odniesienie do tej instytucji. Art. 56 ust. 1 stanowi, iż „cudzoziemcy mogą korzystać z prawa azylu w Rzeczypospolitej Polskiej na zasadach określonych w ustawie”⁵. Jak zasadnie podkreśla E. Prandota–Prandecka i A. Haręża, artykuł Konstytucji nie zawiera określenia przesłanek materialnych będących podstawą udzielenia azylu. Odsyła w tym zakresie do ustawy⁶.

J. Białocerkiewicz dostrzega, iż azyl terytorialny na dwie warstwy normatywne:

- 1) norma rangi konstytucyjnej statuująca prawo do azylu (norma skuteczna *erga omnes*),
- 2) indywidualizacja tego prawa poprzez przyznanie konkretnemu cudzoziemcowi prawa azylu na podstawie ustaw i wydanych na ich podstawie przepisów wykonawczych⁷.

Aktualnie obowiązujące przepisy wykonawcze do art. 56 Konstytucji RP znajdują się w Ustawie z dnia 13 czerwca 2003 roku o udzielaniu cudzoziemcom ochro-

2 Declaration on Territorial Asylum Adopted by General Assembly resolution 2312 (XXII) of 14 December 1967, http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/o_asylum.htm

3 J. Jagielski, Status prawny cudzoziemca w Polsce, Warszawa 1997, s. 85. Na temat definicji azylu zobacz również: E. Prandota–Prandecka, A. Haręża, Azyl terytorialny (polityczny) jako forma ochrony udzielanej cudzoziemcowi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wybrane zagadnienia, (w:) A. Błaś, K. Nowacki (red.): Współczesne europejskie problemy prawa administracyjnego i administracji publicznej, Wrocław 2005, s. 327.

4 Art. 75 stanowił: Polska Rzeczpospolita Ludowa udziela azylu obywatelom państw obcych, prześladowanych za obronę interesów mas pracujących, walkę o postęp społeczny, działalność w obronie pokoju, walkę narodowo-wyzwoleńczą lub działalność naukową. Został on zmieniony w roku 1991 i otrzymał brzmienie: Obywatele innych państw i bezpaństwowcy mogą korzystać z prawa azylu na zasadach określonych ustawą (art. 88), Ustawa z dnia 18 października 1991 r. o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. 1991, Nr 119 poz. 514. Jak podkreślił J. Jagielski zmiana ta jest odstępstwem od „wyraźnych politycznych konotacji”, J. Jagielski, Status prawny..., s. 88.

5 Dz.U. 1997, NR 78, poz. 483.

6 E. Prandota–Prandecka, A. Haręża, Azyl terytorialny (polityczny) jako forma..., s. 331.

7 J. Białocerkiewicz, Cudzoziemcy w Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Toruń 2001, s. 320.

ny na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁸. Zgodnie a art. 90 Ustawy, cudzoziemcowi można, na jego wniosek, udzielić azylu w Rzeczypospolitej Polskiej, gdy jest to niezbędne do zapewnienia mu ochrony oraz gdy przemawia za tym ważny interes Rzeczypospolitej Polskiej. Ustawa wprowadza zatem dwie przesłanki, których spełnienie może stanowić podstawę do przyznania azylu: „konieczność zapewnienia ochrony” i „ważny interes Rzeczypospolitej Polskiej”. Pojęcia te nie zostały do tychczas zdefiniowane normatywnie. Pozostawiono w tym względzie dużą swobodę organom administracyjnym. W doktrynie zwraca się uwagę, iż decyzje o udzieleniu azylu opierają się na uznaniu organów państwa⁹. Wskazuje też na to brzmienie art. 90 Ustawy „cudzoziemcowi *można*, na jego wniosek udzielić azylu (...)”. Postępowanie przed organami, pomimo uznaniowego charakteru, powinno jednak respektować normy prawa międzynarodowego, mające charakter *ius cogens*. Do takich norm zaliczymy np. zakaz dyskryminacji z powodu rasy, religii, koloru skóry¹⁰.

Wniosek o azyl może być złożony, kiedy cudzoziemiec już przebywa na terytorium RP, ale także wówczas, gdy jest on jeszcze poza granicami naszego państwa (art. 92 ust. 1 Ustawy).

Ustawa nie określa precyzyjnie statusu osoby, której został udzielony azyl. Akt ten rozstrzyga jedynie dwa zagadnienia. Po pierwsze – cudzoziemcowi, któremu udzielono azylu, udziela się zezwolenia na osiedlenie się i wydaje kartę pobytu¹¹. Jak podkreśla P. Stachańczyk, azyl nie jest samoistnym tytułem prawnym do pobytu¹². Jednak wydanie zezwolenia na osiedlenie się nie wymaga dodatkowego wniosku cudzoziemca¹³. Po wtóre zaś – osoby takiej nie można zobowiązać do opuszczenia terytorium RP i nie może on zostać wydalony¹⁴.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż cudzoziemiec, któremu udzielono azylu i tym samym zezwolenia na osiedlenie się, korzysta z wielu uprawnień, które przysługują cudzoziemcom posiadającym zezwolenie na osiedlenie się, czyli np. prawa do podjęcia pracy, prowadzenia działalności gospodarczej, podjęcia nauki, prawa do świadczeń z pomocy społecznej na takich samych zasadach jak obywatele polscy¹⁵.

Cudzoziemca pozbawia się azylu, jeżeli:

1) ustały przyczyny, dla których azyl został udzielony;

8 Dz.U. 2006, Nr 234, poz. 1695. Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 roku o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zastąpiła ustawę o cudzoziemcach z 1997 roku.

9 J. Jagielski, Status prawny..., s. 87; E. Prandota–Prandecka, A. Haręża, Azyl terytorialny (polityczny) jako forma..., s. 331.

10 E. Prandota–Prandecka, A. Haręża, Azyl terytorialny (polityczny) jako forma..., s. 332.

11 Art. 90 ust. 2 w zw. z art. 94 ust. 3.

12 P. Stachańczyk, (w:) J. Chlebny (red.), Prawo o cudzoziemcach. Komentarz, Warszawa 2006, s. 550.

13 Jak wyżej, s. 557.

14 Art. 95.

15 Szerzej na temat uprawnień osób posiadających zezwolenie na osiedlenie się zobacz: J. Chlebny, (w:) J. Chlebny, (red.), Prawo o cudzoziemcach. Komentarz, Warszawa 2006, s. 150 i n; J. Białocerkiewicz, Cudzoziemcy..., s. 322.

- 2) prowadzi on działalność skierowaną przeciwko obronności lub bezpieczeństwa państwa i porządkowi publicznemu (art. 91 ust. 1).

W stosunku do cudzoziemca, którego pozbawiono azylu, może być wydana decyzja o wydaleniu (art. 96), a jak podkreśla P. Stachańczyk, nakazanie opuszczenia terytorium Polski jest obligatoryjne (art. 91)¹⁶. Nakaz taki znajduje się w decyzji o pozbawieniu azylu (art. 91 ust. 2).

Instytucja azylu jest niezwykle rzadko stosowana w praktyce. Być może wynika to z faktu, iż dominującą formą ochrony jest status uchodźcy, w związku z tym cudzoziemcy mają większą świadomość i wiedzę na ten temat. Wpływ na niewielką ilość procedur azylowych może mieć również określenie przesłanek jego nadania, które nie są precyzyjne i jednoznaczne.

Zdarza się, iż postępowanie o udzielenie azylu toczy się równolegle z postępowaniem o nadanie statusu uchodźcy. Co prawda, Ustawa nie odnosi się wprost do takiej sytuacji, ale praktyka, np. w sprawie małżeństwa z Chin, dopuściła taką możliwość¹⁷.

II

Najczęściej stosowaną w Polsce formą ochrony cudzoziemców jest status uchodźcy. Aktualnie źródła prawa uchodźczego wywodzą się z trzech systemów prawa: międzynarodowego, wspólnotowego i krajowego. W sferze uniwersalnego prawa międzynarodowego zasadniczymi źródłami są: Konwencja dotycząca statusu uchodźców podpisana w 1951 roku¹⁸ oraz Protokół dotyczący statusu uchodźców sporządzony w 1967 roku¹⁹. Polska ratyfikowała obie umowy dopiero w 1991 roku, a wiążą one nasz kraj od 27 września. W prawie wspólnotowym należy wymienić głównie Dyrektywę Rady 2004/83/WE²⁰, Dyrektywę Rady 2005/85/WE²¹ oraz Dyrektywę Rady 2003/86/WE²². Dyrektywy wymagają implementacji do systemu prawa krajowego. Źródła prawa polskiego regulujące status uchodźcy to prze-

16 P. Stachańczyk, (w:) J. Chlebny (red.): Prawo o cudzoziemcach. Komentarz, Warszawa 2006, s. 552.

17 Zobacz szerzej na ten temat: M. Zdanowicz, K. Bagan-Kurluta, Ekstradycja a prawa człowieka, (w:) C. Mik (red.), Prawa człowieka w XXI wieku – wyzwania dla ochrony prawnej, Toruń 2005, s. 191 i n. W sprawie małżeństwa z Chin toczyło się równolegle postępowanie ekstradycyjne.

18 Dz.U. 1991, Nr 119, poz. 515.

19 Dz.U. 1991, Nr 119, poz. 517.

20 Dyrektywa Rady 2004/83/WE z dnia 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 z 30.9.2004, s. 2–2, 12–23.

21 Dyrektywa Rady 2005/85/WE z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w Państwach Członkowskich, Dz.U. L 326 z 13.12.2005, s. 13–34.

22 Dyrektywa Rady 2003/86/WE z dnia 22 września 2003 r. w sprawie prawa do łączenia rodzin, Dz.U. L 251 z 3.10.2003, s. 12–18.

de wszystkim: art. 56 ust. 2 Konstytucji oraz dział II Ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Pojęcie uchodźcy zostało zdefiniowane w konwencji dotyczącej statusu uchodźców i Protokole dodatkowym i oznacza osobę, która w rezultacie zdarzeń oraz na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem i nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa albo która nie ma żadnego obywatelstwa i znajduje się, na skutek podobnych zdarzeń, poza państwem swojego dawnego stałego zamieszkania i nie może lub nie chce z powodu tych obaw powrócić do tego państwa²³.

B. Wierzbicki podkreśla, że „uchodźca jest cudzoziemcem, który – w odróżnieniu od innych cudzoziemców – nie ma normalnych powiązań z własnym krajem, (...) co uniemożliwia korzystanie z ochrony jakiegokolwiek państwa. Cechą wyróżniającą uchodźcę jest motywacja powodująca opuszczenie własnego kraju lub motywacja uniemożliwiająca powrót (...)”²⁴.

Uchodźcą zatem może być osoba, która spełnia konwencyjne przesłanki: przebywa poza granicami państwa swojego obywatelstwa i nie korzysta z ochrony tego państwa oraz jest prześladowana lub żywi uzasadnione obawy przed prześladowaniem z powodów wymienionych enumeratywnie w konwencji. Wskazane źródła prawa międzynarodowego nie precyzują użytych pojęć, takich jak np.: „przynależność do określonej grupy społecznej” czy „prześladowanie”, a prawidłowa ich interpretacja ma kluczowe znaczenie dla nadania statusu uchodźcy. Z wyjaśnień UNHCR wynika, iż „w wielu społeczeństwach występują większe lub mniejsze różnice w traktowaniu różnych grup społecznych. Osoby gorzej traktowane w rezultacie tych różnic niekoniecznie są ofiarami prześladowania. Dyskryminacja może być uważana za prześladowanie jedynie w pewnych okolicznościach. Dzieje się tak, gdy formy dyskryminacji prowadzą do następstw o istotnie krzywdzącym charakterze, jak np. poważne ograniczenia prawa do posiadania źródeł utrzymania, prawa do praktykowania religii czy ograniczenia dostępu do normalnie dostępnych instytucji edukacyjnych”²⁵. Również polskie organy orzekające w sprawach uchodźczych wyraźnie rozróżniają dyskryminację od prześladowania²⁶.

23 Art. 1A ust. 2 Konwencji i art. 1 Protokołu.

24 B. Wierzbicki, *Uchodźcy w prawie międzynarodowym*, Warszawa 1993, s. 26.

25 Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy zgodnie z Konwencją dotyczącą statusu uchodźcy z 1951 r. oraz Protokołem dodatkowym do niej z 1967 r. Podręcznik, Warszawa 2004, s. 25. Szerzej na temat interpretacji pojęcia uchodźcy zobacz: J. Chlebny, W. Trojan, (w:) J. Chlebny (red.), *Prawo o cudzoziemcach. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 401 i n.; B. Wierzbicki: *Uchodźcy w prawie międzynarodowym*, Warszawa 1993, s. 28 i n.; B. Wierzbicki, *Sytuacja prawna uchodźcy w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka*, Białystok 1993, s. 35 i n..

26 M. Zdanowicz, *Definicja uchodźcy w orzecznictwie polskich organów rozpatrujących sprawy uchodźcze*, *Miscellanea Iuris Gentium* 2004, nr VII, s. 36–37.

Prawo wspólnotowe w Dyrektywie 2004/83/WE precyzuje kluczowe pojęcia użyte w konwencji genewskiej. Artykuł 10 tej Dyrektywy zobowiązuje państwa członkowskie, aby przy ocenie powodów prześladowania, przy nadaniu statusu uchodźcy, wzięły pod uwagę następujące elementy:

- a) pojęcie rasy zawiera w szczególności określenie koloru skóry, pochodzenie lub przynależność do szczególnej grupy etnicznej;
- b) pojęcie religii zawiera w szczególności posiadanie przekonań teistycznych, nieistotycznych i ateistycznych, branie udziału lub jego brak w formalnych praktykach religijnych, prywatnie lub publicznie, zarówno same, jak i wspólnie z innymi, inne działania religijne lub wyrażanie poglądów albo formy indywidualnych lub zbiorowych zachowań wywodzących się lub związanych z wierzeniami religijnymi;
- c) pojęcie narodowości nie jest ograniczone do obywatelstwa lub jego braku, lecz obejmuje w szczególności członkostwo grupy określonej przez kulturalną, etniczną lub językową tożsamość, wspólne pochodzenie geograficzne lub przekonania polityczne lub powiązanie z ludnością w innym państwie;
- d) grupa jest identyfikowana jako szczególna grupa społeczna, jeśli w szczególności:
 - członkowie takiej grupy mają wspólne cechy wrodzone lub wspólne pochodzenie, których nie można zmienić albo mają wspólne cechy lub wierzenia tak ważne dla tożsamości lub świadomości, że nie można zmuszać danej osoby do odstąpienia od nich, i
 - posiada odrębną tożsamość w odpowiednim państwie, to znaczy jest postrzegana jako odrębna od otaczającego społeczeństwa, w zależności od warunków istniejących w państwie pochodzenia, określona grupa społeczna może stanowić grupę opartą na wspólnych cechach związanych z orientacją seksualną. Orientacja seksualna nie może być rozumiana jako obejmująca działania uznawane za przestępstwa zgodnie z prawem krajowym Państw Członkowskich: aspekty związane z płcią mogą być brane pod uwagę, nie tworząc same w sobie domniemania o stosowności niniejszego artykułu;
- e) pojęcie przekonań politycznych w szczególności obejmuje posiadanie opinii, myśli lub przekonań w sprawach związanych z potencjalnymi podmiotami dopuszczającymi się prześladowań określonych w art. 6 oraz w sprawach ich polityki lub metod, bez względu na to, czy wnioskodawca działał zgodnie z tą opinią, myślą lub przekonaniem.

Doprecyzowanie w Dyrektywie 2004/83/WE materialnoprawnych przesłanek nadania statusu uchodźcy zawartych w konwencji z 1951 roku może mieć istotne znaczenie dla zbliżenia praktyki państw. Podejmowane dotychczas działania doprowadziły jedynie do przyjęcia przez UNHCR podręcznika „Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy”, który mógł być traktowany, co najwyżej, jako wytyczna postępowania. Państwa wspólnotowe, w ramach realizacji wspólnej polityki azylowej, stanęły przed olbrzymią szansą ujednolicenia tej polityki i zasad nadawania statusu uchodźcy.

Pozycję prawną cudzoziemca, po nadaniu statusu uchodźcy, określają postanowienia konwencji dotyczącej statusu uchodźcy. Jest to jednak standard minimalny, konwencja w art. 5 dopuszcza możliwość przyznania przez państwo innych praw i korzyści. J. Białocerkiewicz podkreśla, iż konwencja zawiera w swej treści zarówno zasady ogólne, jak i szczegółowe. Do zasad ogólnych zalicza²⁷:

- 1) *non refoulement* (art. 33 ust. 1);
- 2) obowiązek respektowania praw i przepisów oraz środków podjętych w celu utrzymania porządku publicznego (art. 2);
- 3) zakaz dyskryminacji, przy stosowaniu konwencji, ze względu na rasę, religię lub państwo pochodzenia (art. 3);
- 4) prawo państwa do przyznania innych praw i korzyści, niż te, które wynikają z konwencji (art. 5);
- 5) wykonywanie wszelkich wymogów, jakie „w tych samych okolicznościach” spełniają pozostali cudzoziemcy, z wyłączeniem tych, których jako uchodźca spełnić nie może (art. 6);
- 6) prawo do przeniesienia swojego mienia oraz uzyskania dokumentu tożsamości i dokumentu podróży;
- 7) zwolnienie od środków wyjątkowych stosowanych przeciwko osobie, majątkowi lub interesom obywateli obcego państwa (art. 8).

Pewne wątpliwości może wywoływać zaliczenie przez Autora środków administracyjnych zawartych w pkt 6 (czyli wydanie przez państwo dokumentu tożsamości, dokumentu podróży i uprawnienie do przeniesienia minia) do zasad ogólnych.

Zasady szczegółowe, określające status uchodźcy, dotyczą istotnych dla każdej jednostki spraw²⁸. Konwencja określa sferę praw politycznych, ekonomicznych i społecznych uchodźców²⁹.

27 J. Białocerkiewicz, Status prawny cudzoziemca w świetle standardów międzynarodowych, Toruń 1999, s. 176.

28 *Ibidem*, s. 177.

29 J. Jagielski, Status prawny..., s. 103; B. Wierzbicki, Uchodźcy w prawie..., s. 109 i n.; B. Wierzbicki, Uchodźcy, Białystok 1993, s. 62 i n.

Analizowana umowa międzynarodowa wprowadza następujące standardy traktowania uchodźców:

- 1) standard narodowy, polegający na traktowaniu osób, którym przyznano status uchodźcy w odniesieniu do pewnych praw, w taki sposób jak własnych obywateli (np. prawa artystyczne i własność przemysłowa (art.14), dostęp do sądów (art. 16), racjonowanie deficytowych towarów (art. 20), oświata publiczna w zakresie nauczania początkowego (art. 22 ust.1), opieka społeczna (art. 23);
- 2) traktowanie uchodźców w sposób nie mniej korzystny niż w tych samych okolicznościach pozostałych cudzoziemców (np. nabycie mienia ruchomego, nieruchomości (art. 13), samozatrudnienie (art. 18), wykonywanie wolnych zawodów (art. 19), w sprawach dotyczących mieszkań (art. 21), oświata na poziomie ponadpodstawowym (art. 22 ust. 2). Przy czym każde państwo, według swojego uznania, może zapewnić możliwie najbardziej korzystne traktowania, w każdym razie nie mniej korzystne niż to, które w tych samych okolicznościach zostały przyznane innym cudzoziemcom;
- 3) traktowanie zgodnie z klauzulą największego uprzywilejowania, która polega na przyznaniu uchodźcom takich praw, jakie posiada lub będzie posiadała w przyszłości w takich samych okolicznościach grupa cudzoziemców najbardziej uprzywilejowana w danej dziedzinie (np. prawo do stowarzyszania się (art. 15), prawo do wykonywania pracy najemnej (art. 17).

Umowa międzynarodowa ustala minimalny standard traktowania uchodźcy. Każde państwo swoimi regulacjami krajowymi określa prawa i obowiązki cudzoziemca, któremu nadano status uchodźcy. W Polsce szczegółowy zakres uprawnień sprecyzowany został w Ustawie o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz przepisach innych aktów prawnych. Zgodnie z art. 71 wskazanej Ustawy, jednostce, która posiada status uchodźcy, przysługują uprawnienia cudzoziemca, któremu udzielono zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, o ile przepisy ustawy lub innych ustaw nie stanowią inaczej.

Podkreślić w tym miejscu należy, iż w stosunku do uchodźcy przyjęto odmienne rozwiązanie niż w odniesieniu do osoby, której udzielono azylu. Uchodźcy bowiem przysługują uprawnienia cudzoziemca, któremu udzielono zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony. Zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami, zezwolenia udziela się każdorazowo na okres niezbędny do realizacji celu pobytu cudzoziemca, nie dłuższy jednak niż dwa lata³⁰. Udzielenie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony może nastąpić wielokrotnie³¹. Stąd też karta pobytu wyda-

30 Art. 56 Ustawy o cudzoziemcach z 13 czerwca 2003 r., Dz.U. 2003, Nr 128, poz. 1175 z późn. zm.
31 J. Chlebny, (w:) J. Chlebny (red.), Prawo o cudzoziemcach..., s. 129.

na cudzoziemcowi, który uzyskał status uchodźcy, jest ważna przez okres dwóch lat³². J. Białocerkiewicz podkreśla, iż udzielenie uchodźcy zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony jest rozwiązaniem słusznym, gdyż w przypadku uchodźców znacznie szybciej, niż w przypadku osób poszukujących azylu ustają przesłanki dla jakich status ten nadano³³.

Cudzoziemcowi, któremu nadano status uchodźcy, udziela się pomocy mającej na celu wspieranie procesu jego integracji (art. 70). Szczegółowe zasady takiej pomocy zostały określone w rozdziale 5 Ustawy z 12 marca 2004 roku o pomocy społecznej³⁴. Niejednokrotnie podkreślano, iż praktyczna realizacja programów integracyjnych często nie jest realizowana skutecznie i nie zawsze przynosi pożądane efekty³⁵. Sytuacja może ulec zmianie w związku z powołaniem Europejskiego Funduszu Uchodźczego. Pozwoli on na udzielenie Państwom Członkowskim Unii Europejskiej pomocy w ponoszeniu ciężarów, wynikających z napływu uchodźców³⁶.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż zgodnie z art. 87 Ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy³⁷, uchodźca może wykonywać pracę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez potrzeby uzyskania zezwolenia na pracę wydawanego przez wojewodę właściwego ze względu na siedzibę pracodawcy.

Przedstawiciele doktryny wskazują, iż zakres praw przyznanych w Polsce osobie, która uzyskała status uchodźcy jest szerszy, niż wynikałoby to z konwencji genewskiej³⁸.

Decyzje o nadaniu statusu uchodźcy nie określają żadnych terminów, na jaki został on przyznany. Uchodźcę można pozbawić statusu, jeżeli zachodzi którakolwiek z okoliczności wymienionych w art. 1 ust. C konwencji genewskiej³⁹, czyli, jeżeli osoba:

- 1) dobrowolnie zwróciła się ponownie o ochronę państwa, którego jest obywatelem, lub

32 Art. 74 ust. 2 pkt 4 Ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

33 J. Białocerkiewicz, *Cudzoziemcy...*, s. 298.

34 Dz.U. 2004, Nr 64, poz. 593 z późn. zm.

35 Szerzej na temat problemów integracyjnych zobacz: A. Bernatowicz, *Nie tylko uchodźcy – niedobrowolne migracje do Polski. Próba podsumowania*, (w:) *Ochrona uchodźców. Dziesiąta rocznica przystąpienia Polski do Konwencji Genewskiej*, Warszawa 2002, s. 128 i n.; A. Siarkiewicz, *Pomoc socjalna i integracyjna dla uchodźców*, (w:) *Ochrona uchodźców...*, s. 177 i n.; A. Florczak, *Uchodźcy w Polsce. Między humanitaryzmem a pragmatyzmem*, Toruń 2003, s. 240 i n.; M. Ząbek, *Problemy adaptacji kulturowej migrantów*, (w:) M. Ząbek (red.), *Między piekłem a rajem. Problemy adaptacji kulturowej uchodźców i imigrantów w Polsce*, Warszawa 2002, s. 7 i n.

36 M. Pacek, *Polska polityka migracyjna na tle rozwiązań i doświadczeń Unii Europejskiej*, *Studia Europejskie*, 2005, nr 4(36), s. 69 i n.

37 Dz.U. z 2004 r. Nr 99 poz. 1001 z późn. zm.

38 J. Białocerkiewicz, *Nowe polskie prawo o cudzoziemcach*, Toruń 2003, s. 141; K. Skotnicki, *Prawa i wolności osób nie posiadających obywatelstwa polskiego*, (w:) L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa 1997, s. 152–153.

39 Art. 38 ust. 1 Ustawy.

- 2) utraciłszy swoje obywatelstwo ponownie dobrowolnie je przyjęła, lub
- 3) przyjęła nowe obywatelstwo i korzysta z ochrony państwa, którego obywatelstwo przyjęła, lub
- 4) ponownie dobrowolnie osiedliła się w państwie, które opuściła lub poza którego granicami przebywała z powodu obawy przed prześladowaniem, lub
- 5) nie może dłużej odmawiać korzystania z ochrony państwa swojego obywatelstwa, albowiem ustały warunki, w związku z którymi została uznana za uchodźcę, lub
- 6) 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.

W decyzji o pozbawieniu statusu uchodźcy określa się termin, z którym następuje utrata tego statusu (art. 38 ust. 2 Ustawy).

III

Subsydiarna forma ochrony cudzoziemców w Polsce została wprowadzona Ustawą z 13 czerwca 2006 roku o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Potrzeba wprowadzenia instytucji pobytu tolerowanego i ochrony czasowej wynikała z kilku przyczyn:

- 1) definicja zawarta w konwencji genewskiej z 1951 roku zawiera zamknięty katalog przesłanek, z powodu których jednostka może otrzymać status uchodźcy. Poza ochroną konwencyjną znajdowały się zatem osoby, które zmuszone były do opuszczenia państwa swojego obywatelstwa, ale z powodów innych niż wskazanych w umowie;
- 2) praktycznej realizacji praw zawartych w konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolnościach z 1950 roku;
- 3) rozwoju prawa wspólnotowego w tej dziedzinie.

Zgodę na pobyt tolerowany, zgodnie z art. 97 ust. 1 Ustawy, udziela się cudzoziemcowi, jeżeli jego wydalenie:

- 1) mogłoby nastąpić jedynie do kraju, w którym zagrożone byłoby jego prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego, w którym mógłby zostać poddany torturom albo nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu lub być zmuszony do pracy lub pozbawiony prawa do rzetelnego procesu sądowego albo być ukarany bez podstawy prawnej w rozumieniu Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz.

284 i 285, z 1995 r., Nr 36, poz. 175, 176 i 177, z 1998 r., Nr 147, poz. 962 oraz z 2002 r., Nr 127, poz. 1084);

- 2) jest niewykonalne z przyczyn niezależnych od organu wykonującego decyzję o wydaleniu lub od cudzoziemca.

Cudzoziemcowi można udzielić zgody na pobyt tolerowany na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli jego wydalenie mogłoby nastąpić jedynie do kraju, do którego wydanie cudzoziemca jest niedopuszczalne na podstawie orzeczenia sądu o niedopuszczalności wydania cudzoziemca albo na podstawie rozstrzygnięcia Ministra Sprawiedliwości o odmowie jego wydania, uwzględniając przyczynę, z powodu której odmówiono wydania cudzoziemca oraz interes Rzeczypospolitej Polskiej⁴⁰.

Zgoda na pobyt tolerowany wydawana jest z urzędu i na wniosek w postępowaniu wydaleniovym, w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy, postępowaniu ekstradycyjnym, a także w postępowaniu o pozbawienie statusu uchodźcy albo azylu i wyjątkowo w odrębnym postępowaniu. Jak podkreśla W. Trojan, tylko w przypadku sądowego postępowania ekstradycyjnego wobec cudzoziemca, którego wydanie jest niedopuszczalne na podstawie wyroku sądu lub rozstrzygnięcia Ministra Sprawiedliwości, zgoda na pobyt tolerowany wydawana jest przez Szefa Urzędu do spraw Repatriacji i Cudzoziemców na wniosek cudzoziemca⁴¹.

Osobie, której udzielono zgody na pobyt tolerowany wydaje się kartę pobytu ważną na okres jednego roku (art. 99 ust. 1 i 2) i korzysta ona ze wszystkich uprawnień, jakie posiada cudzoziemiec przebywający w Polsce na podstawie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, chyba że przepisy innych ustaw stanowią inaczej. Najważniejszymi uprawnieniami dla jednostek mających zgodę na pobyt tolerowany są: możliwość podjęcia pracy (bez potrzeby uzyskania zezwolenia na pracę wydawanego przez wojewodę właściwego ze względu na siedzibę pracodawcy), prawo do świadczeń z pomocy społecznej czy prawa w zakresie edukacji.

Cudzoziemcowi, który posiada zgodę na pobyt tolerowany, nie można wydać decyzji o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej ani decyzji o wydaleniu⁴².

Wśród osób korzystających z pobytu tolerowanego w Polsce znaczącą grupę stanowią Czeczeni, obywatele Federacji Rosyjskiej.

Zgodę na pobyt tolerowany cofa się, jeżeli:

- 1) ustanie przyczyna, dla której została ona udzielona;

40 Art. 97 ust. 2 Ustawy.

41 W. Trojan, (w:) J. Chlebny (red.), Prawo o cudzoziemcach..., s. 587.

42 Art. 101 Ustawy.

- 2) cudzoziemiec dobrowolnie zwrócił się o ochronę do władz kraju pochodzenia;
- 3) cudzoziemiec opuścił na stałe terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 4) dalsze jej obowiązywanie mogłoby spowodować poważne zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa albo bezpieczeństwa i porządku publicznego⁴³.

IV

Ostatnia z omawianych form pomocy – ochrona czasowa cudzoziemców – ma zastosowanie w przypadku masowego ich napływu.

Instytucję czasowej ochrony cudzoziemców reguluje Ustawa z 13 czerwca 2003 roku o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz Dyrektywa Rady 2001/55/WE z dnia 20 lipca 2001 r. w sprawie minimalnych standardów przyznawania tymczasowej ochrony na wypadek masowego napływu wysiedleńców oraz środków wspierających równowagę wysiłków między Państwami Członkowskimi związanych z przyjęciem takich osób wraz z jego następstwami⁴⁴.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 Ustawy, cudzoziemcom masowo przybywającym do Rzeczypospolitej Polskiej, którzy opuścili swój kraj pochodzenia lub określony obszar geograficzny, z powodu obcej inwazji, wojny, wojny domowej, konfliktów etnicznych lub rażących naruszeń praw człowieka, można udzielić ochrony czasowej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez względu na to, czy ich przybycie miało charakter spontaniczny, czy też było wynikiem pomocy udzielonej im przez Rzeczpospolitą Polską lub społeczność międzynarodową.

Ochrony czasowej udziela się na podstawie i w granicach określanych w decyzji Rady Unii Europejskiej (art. 107). Jak podkreśla W. Trojan, jest to realizacja zasady solidarności pomiędzy państwami członkowskimi UE⁴⁵. I. Wróbel wskazuje, że ochrona tymczasowa opiera się na decyzji politycznej Rady Unii Europejskiej i/lub rządów poszczególnych państw członkowskich, bazującej na zbiorczej analizie sytuacji, nie zaś na zindywidualizowanej ocenie konkretnych przypadków⁴⁶. Cudzoziemcy, którzy nie zostaną objęci decyzją Rady UE mogą podlegać ochronie na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów (art. 107 ust. 2).

43 Art. 102 ust. 1.

44 Dyrektywa Rady 2001/55/WE z dnia 20 lipca 2001 r. w sprawie minimalnych standardów przyznawania tymczasowej ochrony na wypadek masowego napływu wysiedleńców oraz środków wspierających równowagę wysiłków między Państwami Członkowskimi związanych z przyjęciem takich osób wraz z jego następstwami, Dz.U. L 212 z 7.8.2001, s. 12–23.

45 W. Trojan, (w:) J.Chlebny (red.), *Prawo o cudzoziemcach...*, s. 594.

46 I. Wróbel, *Status prawny obywatela państwa trzeciego w Unii Europejskiej*, Warszawa 2007, s. 239.

Ochrona czasowa, jak wskazuje sama nazwa, ma ograniczony zakres trwania i jest udzielana do chwili, gdy możliwy stanie się powrót cudzoziemców do uprzedniego miejsca ich zamieszkania, jednakże nie dłużej niż na okres roku. Jeżeli po upływie roku nie ustaną przeszkody do bezpiecznego powrotu cudzoziemców do uprzedniego miejsca ich zamieszkania, okres ochrony czasowej przedłuża się o dalsze 6 miesięcy, jednak nie więcej niż dwa razy⁴⁷.

Cudzoziemcowi korzystającemu z ochrony czasowej zapewnia się zakwaterowanie, wyżywienie oraz opiekę medyczną (art. 111). Osoba taka może, bez potrzeby uzyskiwania zezwolenia, podjąć pracę i działalność gospodarczą na zasadach określonych w Ustawie z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (art. 116).

W. Trojan wskazuje, iż ustawa nie odnosi się do sytuacji cudzoziemca, który decyduje się na wystąpienie o nadanie statusu uchodźcy. Natomiast art. 17 Dyrektywy Rady 2001/55/WE jednoznacznie wskazuje, iż osoby korzystające z tymczasowej ochrony muszą mieć zapewnioną możliwość złożenia wniosku o udzielenie azylu w dowolnym czasie⁴⁸.

Rozpatrywanie wniosku o azyl, które nie zostało zakończone przed wygaśnięciem okresu tymczasowej ochrony, zostaje ukończzone po upływie tego okresu (art. 17 ust. 2 Dyrektywy).

Po zakończeniu okresu ochrony czasowej podejmowane są działania mające na celu umożliwienie powrotu cudzoziemcom (art. 118 ust. 1 Ustawy). Zdaniem I. Oleksiewicz, ochronę czasową powinno się zakończyć, jeżeli w okolicznościach, które zmusiły ludzi do ucieczki, zaszła radykalna zmiana. Wówczas dopiero może być rozpoczęta repatriacja⁴⁹.

* * *

Cudzoziemcy przebywający na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej mogą korzystać z jednej ze czterech form ochrony. Instytucje te posiadają odmienne źródła regulacji. Azyl jest formą ochrony wykształconą przez prawo krajowe i wyłącznym uprawnieniem państwa jest określenie przesłanek jego przyznania i statusu azylanta. Instytucja uchodźcy wywodzi się z prawa międzynarodowego, które wskazuje warunki objęcia cudzoziemca ochroną i minimalny standard traktowania takiej osoby. Coraz częściej prawo wspólnotowe, respektując prawnomiędzynarodowy porządek prawny w tej dziedzinie, stara się ujednolicić i rozwinąć współpracę państw w tym zakresie. Największy wpływ prawa wspólnotowego jest jednak widoczny w odnie-

47 Art. 106 ust. 2 i 3.

48 W. Trojan (w:) J.Chlebny (red.), *Prawo o cudzoziemcach...*, s. 594.

49 I. Oleksiewicz, *Uchodźcy w Unii Europejskiej aspekty prawne i polityczne*, Bydgoszcz–Rzeszów 2006, s. 170.

sieniu do ochrony czasowej. Decyzja o jej przyznaniu może być przecież podjęta przez Radę Unii Europejskiej.

Ukształtowany obecnie w Polsce system ochrony cudzoziemców obejmuje pomocą różne grupy potrzebujących. Najliczniej z opieki naszego państwa korzystają uchodźcy. Doświadczenia ostatnich lat potwierdziły też zasadność i celowość wprowadzenia do systemu ochrony instytucji pobytu tolerowanego. Azyl nie ma w praktyce większego znaczenia. Dotychczas nie wykorzystano też ochrony czasowej, ale sama koncepcja tej formy pomocy jest bardzo trafna. Przyjęte w Polsce formy ochrony cudzoziemców należy ocenić pozytywnie, omówione instytucje zapewniają skuteczną ochronę rosnącej liczbie cudzoziemców przyjeżdżających do Polski.

POLSKIE PRAWO POMOCY SPOŁECZNEJ WOBEĆ UCHODźCÓW

1. Uwagi ogólne

We współczesnych państwach demokratycznych widoczne są tendencje do zrównywania statusu prawnego obywatela własnego państwa i cudzoziemca oraz zakazu dyskryminacji cudzoziemców. Państwo może oczywiście określić sytuację prawną cudzoziemców w sposób odmienny niż obywateli własnego państwa, jeżeli nie prowadzi to do naruszenia praw i wolności człowieka określonych w licznych paktach (Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych, Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych) i konwencjach (Europejska konwencja praw człowieka, Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wraz z protokołami dodatkowymi).

Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., umowy międzynarodowe oraz liczne akty prawne ze sfery różnych gałęzi prawa określają sytuację prawną cudzoziemców w Polsce.

Zdaniem J. Jagielskiego,¹ w dziedzinie prawa administracyjnego akty prawne dotyczące cudzoziemców można podzielić na dwie grupy. Pierwszą z nich stanowią przepisy prawa odnoszące się wyłącznie do cudzoziemców, a wśród nich: ustawa z 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach², ustawa z 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP³ oraz ustawa z 27 lipca 2002 r. o zasadach i warunkach wjazdu i pobytu obywateli państw członkowskich UE oraz członków ich rodzin na terytorium RP.⁴ Drugą grupę stanowią regulacje szczególne z zakre-

1 J. Jagielski, Status prawny cudzoziemca w Polsce (problematyka administracyjnoprawna), Warszawa 1997, s. 16 i nast.

2 Jedn. t. Dz.U. z 2006 r., Nr 234, poz. 1694, zwana dalej u.o.c.

3 Dz.U. Nr 128, poz. 1176 z późn.zm., zwana dalej u.o.c.o.

4 Dz.U. Nr 141, poz. 1180 z późn.zm.

su różnych działów prawa materialnego, dotyczące⁵: korzystania przez cudzoziemca z konstytucyjnych wolności i praw; wykonywania zawodów i funkcji publicznych przez cudzoziemców; nabywania nieruchomości przez cudzoziemców; obowiązku meldunkowego i innych przypadków szczególnej regulacji prawnej odnoszącej się do cudzoziemców. Szczególną regulację prawną stanowi ustawa z 12 marca 2004 roku o pomocy społecznej⁶, określająca zasady udzielania pomocy społecznej cudzoziemcom mającym miejsce zamieszkania i przebywającym na terytorium RP posiadającym zezwolenie na osiedlenie się, zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego Wspólnot Europejskich, zgodę na pobyt tolerowany lub status uchodźcy nadany w RP, oraz obywatelom państw członkowskich UE lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, przebywającym na terytorium RP, którzy uzyskali zezwolenie na pobyt.⁷

Niniejsze opracowanie poświęcone jest zagadnieniu udzielania pomocy społecznej uchodźcom w Polsce, jako szczególnej kategorii cudzoziemców. Analizie i ocenie poddana zostanie regulacja prawna w tej sferze.

Termin „uchodźca” w znaczeniu najszerszym i potocznym obejmuje wszystkie osoby zmuszone przez okoliczności od nich niezależne (prześladowania, wojny, klęski żywiołowe) do opuszczenia swojego kraju.⁸ Zgodnie z art. 1 konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców, podpisanej 28 lipca 1951 r.⁹ oraz Protokołem Nowojorskim z 31 stycznia 1967 r.,¹⁰ uchodźcą jest osoba, która na skutek uzasadnionej obawy z powodu rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych, znajduje się za granicami państwa, którego jest obywatelem i nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa, albo która nie posiada żadnego obywatelstwa i znajdując się na skutek podobnych zdarzeń, poza państwem swojego dawnego zamieszkania, nie może lub nie chce z powodu tychże obaw powrócić do tego państwa. Jak trafnie zauważa J. Jagielski „uchodźca jest cudzoziemcem, który w odróżnieniu od innych cudzoziemców nie ma normalnych powiązań z własnym krajem (...). Cechą charakterystyczną i wyróżniającą uchodźcę jest szczególna motywacja opuszczenia własnego państwa, którą stanowi wyłącznie uzasadniona obawa prześladowania”.¹¹ Motywacja daje możliwość odróżnienia uchodźcy od cudzoziemca – zwykłego emigranta, który opuszcza własny kraj z powodów materialnych, osobistych czy też innych. Zdaniem A. Grahla–Madsena, uchodźca nie może być pojmowany jako

5 M. Bogusz, *Sytuacja prawna cudzoziemca w Polsce*, (w:) *Administracyjne prawo materialne. Zagadnienia wybrane*, pod red. E. Smoktunowicza, Białystok 2003, s. 336 i nast.

6 Dz.U. Nr 64, poz. 593 z późn. zm., zwana dalej u.p.s.

7 Art. 5 ust. 2 i 3 u.p.s.

8 B. Wierzbicki, *Uchodźcy w prawie międzynarodowym*, Warszawa 1993, s. 25; A. Florczak, *Uchodźcy w Polsce. Między pragmatyzmem a humanitaryzmem*, Toruń 2003, s. 40 i nast.

9 Dz.U. Nr 119, poz. 515 i 516.

10 Dz.U. Nr 119, poz. 517 i 518.

11 J. Jagielski, *op. cit.*, s. 94.

zwykły cudzoziemiec ze względu na fakt „specyficznych” stosunków z państwem, którego jest obywatelem, albo w którym posiada miejsce zamieszkania (domicyl).¹² Okazuje się jednak, iż w praktyce państw zachodnioeuropejskich pojawia się tzw. restrykcyjna interpretacja pojęcia uchodźcy określonej w konwencji genewskiej, że o ochronę mogą ubiegać się tylko te osoby, które obawiają się prześladowań ze strony państwa. Często więc odmawia się przyznania statusu uchodźcy ofiarom wojny domowej czy też naruszeń praw człowieka.¹³ W istocie konwencja genewska nie rozwiązuje wielu ważnych kwestii związanych z określeniem uchodźstwa. W definicji zaproponowanej w konwencji wśród przyczyn prześladowań nie wymieniono prześladowania np. z powodu płci.¹⁴ Często więc oferuje się różne środki zastępcze pozwalające na pobyt do czasu pojawienia się możliwości powrotu do kraju pochodzenia – np. status humanitarny, status tolerowany czy tymczasową ochronę.¹⁵ W tym miejscu można wspomnieć o tzw. uchodźcach wewnętrznych, którzy musieli opuścić swoje miejsce zamieszkania i „ukryć się” na terenie własnego kraju. W rozumieniu prawa międzynarodowego są to tylko uchodźcy wewnętrzni, którzy stali by się uchodźcami, gdyby szukali pomocy poza granicami swojego kraju.¹⁶

W obowiązującym prawie polskim – ani w u.o.c., ani też w u.o.c.o., nie odnajdujemy legalnej definicji „uchodźcy”. Przepisy ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP odsyłają w tym względzie do wiążących Polskę umów międzynarodowych, tj. konwencji genewskiej i Protokołu nowojorskiego.

Udzielanie cudzoziemcom ochrony na terytorium RP następuje m.in. w formie nadania cudzoziemcowi statusu uchodźcy. Problematyka nadawania statusu uchodźcy stanowi przedmiot zainteresowania zarówno prawa administracyjnego, jak i prawa międzynarodowego. Unormowanie tego zagadnienia znajdujemy w: art. 56 ust. 2 Konstytucji RP, konwencji genewskiej z 1951 r., Protokole nowojorskim z 1967 r., jak również w art. 13–80 u.o.c.o. W świetle obowiązującego prawa sprawy nadawania statusu uchodźcy mają charakter spraw administracyjnych, rozstrzyganych w formie decyzji administracyjnej, w jurysdykcyjnym postępowaniu administracyjnym.¹⁷ Rozstrzygnięcia w sprawie nadania lub pozbawienia statusu uchodźcy podejmowane są przez Prezesa Urzędu do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców w formie decyzji administracyjnej. Organem odwoławczym jest Rada do Spraw Uchodźców. Cudzoziemcowi, któremu nadano status uchodźcy, udziela się pomocy mającej na celu wspieranie procesu jego integracji ze społeczeństwem polskim.

12 A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, t. 1, s. 157 i 340 *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status U.N.H.C.R.*, Geneva 1988, s. 9 i nast.

13 Konwencja dotycząca uchodźców z 1951 roku; pytania i odpowiedzi, *Z Obcej Ziemi* 2001, nr 13, s. 20–22.

14 A. Florczak, *op. cit.*, s. 71.

15 *Ibidem*, s. 72.

16 H. Grzymała-Moszczyńska, *Uchodźcy. Podręcznik dla osób pracujących z uchodźcami*, Kraków 2000, s. 16.

17 Szerzej o procedurze nadawania statusu uchodźcy Z. Kopacz, *Zagadnienia administracyjnoprawne uchodźców w Polsce*, (w:) *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, pod red. J. Filipka, Bielsko-Biała 2003, s. 316 i nast.

W 1991 r., gdy RP stało się stroną konwencji genewskiej oraz Protokołu nowojorskiego, problematyka uchodźców w prawie polskim zaczęła odgrywać znaczącą rolę. Niezbędne stało się rozwinięcie systemu prawnego poprzez stworzenie struktur administracyjnych zajmujących się sprawami uchodźców, podjęcie i intensyfikację współpracy z organizacjami pozarządowymi, włączenie problematyki dotyczącej uchodźców w ramy regulacji prawnych. Oprócz przepisów prawa krajowego odnoszących się wyłącznie do cudzoziemców, istotne znaczenie mają przepisy szczególne z zakresu różnych działów prawa administracyjnego materialnego – także prawa do pomocy społecznej.

2. Prawo do pomocy społecznej uchodźców – zakres podmiotowy i przedmiotowy

Ustawodawstwo polskie wskazuje, iż osobom (rodzinom), które spełniają kryteria określone w u.p.s. przysługuje roszczenie o udzielenie świadczeń pomocy społecznej. Z. Leoński słusznie podkreśla, iż można je traktować jako prawo podmiotowe.¹⁸ W związku z tym, iż świadczenia pomocy społecznej realizują w znaczącej mierze władze publiczne, to możemy prawo do pomocy społecznej określić publicznym prawem podmiotowym. Zatem publiczne prawo podmiotowe osoby (rodziny) polega na tym, iż w sytuacji niemożności zaspokojenia potrzeb przy pomocy własnych zasobów, możliwości i uprawnień, może prawnie i skutecznie żądać od organów administracji pomocy społecznej udzielenia świadczeń z zakresu pomocy społecznej, po spełnieniu kryteriów ustawowych.¹⁹

U.p.s. ustala podmiotowe i przedmiotowe kryteria przyznawania świadczeń pomocy społecznej.

W myśl art. 5 u.p.s., jeżeli umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej, prawo do świadczeń pomocy społecznej przysługuje szerokiemu kręgowi uprawnionych, w zależności od miejsca zamieszkania oraz przebywania na terytorium Rzeczypospolitej: osobom posiadającym obywatelstwo polskie, cudzoziemcom posiadającym na osiedlenie się, zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego Wspólnot Europejskich, zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony, zgodę na pobyt tolerowany lub posiadającym status uchodźcy w RP oraz obywatelom państw członkowskich UE lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, którzy uzyskali zezwolenie na pobyt. Powyższy zapis realizuje treść artykułu 23 konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźcy, zobowiązującego umawiające się państwa do przyznania uchodź-

18 Z. Leoński, *Materialne prawo administracyjne*, Warszawa 2003, s. 280.

19 J. Boć, A. Błaś, *Publiczne prawa podmiotowe*, (w:) *Prawo administracyjne*, pod red. J. Bocia, Wrocław 2005, s. 526–527.

com legalnie przebywającym na ich terytorium takiego samego traktowania w zakresie opieki i pomocy społecznej, z jakiego korzystają ich obywatele.

Należy zauważyć, iż zakres podmiotów uprawnionych do świadczeń został określony szeroko i ulega konkretyzacji w odniesieniu do poszczególnych form pomocy. Obowiązująca ustawa pomocy społecznej, określając szeroko kryteria podmiotowe, uwzględniła fakt integracji ze strukturami UE.

O świadczenia z pomocy społecznej mogą się ubiegać osoby (rodziny), które znalazły się w trudnej sytuacji życiowej (dysfunkcji) i nie są w stanie przy pomocy własnych zasobów, możliwości i uprawnień jej pokonać. Ustawodawca nie konkretyzuje dysfunkcji, a jedynie przykładowo wymienia typy trudnych sytuacji życiowych, a wśród nich: ubóstwo, sieroctwo, bezrobocie, bezdomność, niepełnosprawność, przemoc w rodzinie, alkoholizm, narkomania, klęska żywiołowa lub ekologiczna.²⁰ Wśród przyczyn udzielania pomocy wymienia też trudności w integracji osób, które otrzymały status uchodźcy w RP ze społeczeństwem polskim. Warto zauważyć, iż wskazanie tejże przyczyny stanowi nowe rozwiązanie, które nie było uwzględnione w ustawie z 29 listopada 1990 r. o pomocy społecznej. Zatem trudność w integracji uchodźców stanowi kryterium do przyznania świadczenia z pomocy społecznej.²¹ Należy dodać, iż wystąpienie innych okoliczności może także stanowić podstawę do uzyskania świadczenia.²² Jeśli zaś osoba (rodzina) ubiega się o przyznanie świadczenia pieniężnego, to musi dodatkowo spełniać kryteria dochodowe. Nie dotyczy to świadczeń w postaci pracy socjalnej, poradnictwa czy też interwencji kryzysowej.

W tym miejscu należałoby wspomnieć, iż ochrona cudzoziemca, który przybywa do RP z powodu prześladowań w swoim kraju ojczystym obejmuje pomoc państwa polskiego już po przekroczeniu granicy. Pomoc taką określa rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 14 sierpnia 2003 r. w sprawie wysokości pomocy dla cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy.²³ Zatem cudzoziemiec (jeszcze bez statusu uchodźcy), który znajduje się w ośrodku dla uchodźców, ma prawo do jednorazowej pomocy pieniężnej na zakup odzieży i obuwia w wysokości 140 złotych. Oprócz jednorazowej pomocy przysługuje mu stała pomoc pieniężna na zakup środków higieny osobistej i na pokrycie drobnych wydatków, ekwiwalent w zamian za wyżywienie, świadczenia pieniężne na pokrycie we własnym zakrycie kosztów pobytu na terytorium, stawka dziennego wyżywienia w ośrodku w wysokości ustalonej w wyżej wymienionym rozporządzeniu. Rozporządzenie określa także termin i sposób wypłaty pomocy.

20 Przykładowe wyliczenie trudnych sytuacji życiowych określone zostało w art. 7 u.p.s.

21 I. Sierpowska, *Prawo pomocy społecznej*, Kraków 2006, s. 47.

22 Można je określić też ryzykiem socjalnym lub sytuacją socjalną.

23 Dz.U. Nr 146, poz. 1428, zm. z 2005 r. Dz.U. Nr 9, poz. 3.

Natomiast szczegółowe zasady udzielania pomocy integracyjnej cudzoziemcom, którzy już uzyskali status uchodźcy regulują przepis ustawy z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (art. 91–95 u.p.s.) oraz rozporządzenia wykonawcze, a zwłaszcza rozporządzenie Ministra Polityki Społecznej z 29 września 2005 r. w sprawie udzielania pomocy społecznej, które określa: szczegółowe zasady i tryb udzielania pomocy uchodźcom, wysokość świadczeń pieniężnych, formy i zakres pomocy, metody i sposoby monitorowania postępów uchodźców w ich integracji, dopuszczane sytuacje pozwalające na zmianę miejsca zamieszkania w okresie trwania indywidualnego programu integracji i tryb postępowania w tych sprawach oraz warunki wstrzymania pomocy lub jej odmowy²⁴ oraz rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 1 lutego 2007 r. w sprawie ramowego programu nauki języka polskiego dla uchodźców.²⁵

3. Pomoc integracyjna dla uchodźców w Polsce – formy i podmioty ją realizujące

W zakresie kreowania polityki integracyjnej cudzoziemców w Polsce wiodącą rolę spełnia Ministerstwo Polityki Społecznej. Decyzją Komitetu Europejskiego Rady Ministrów z 3 września 2004 r., zaakceptowaną następnie przez Radę Ministrów 7 września 2004 r., zostało wskazane jako resort koordynujący zadania z zakresu polityki integracyjnej. 11 stycznia 2005 r. Komitet Europejski Rady Ministrów przyjął opracowany w Ministerstwie Polityki Społecznej dokument „Propozycje działań w kierunku stworzenia kompleksowej polityki integracji cudzoziemców w Polsce”. Zostały w nim zdefiniowane m.in. cztery aspekty polityki integracyjnej: polityczny, prawny, instytucjonalny i merytoryczny.

Jednym z najważniejszych zadań, przed jakimi stoi RP, jest stworzenie funkcjonalnego programu integracyjnego dla cudzoziemców, którzy otrzymali w RP status uchodźcy. Chcąc przejść do omówienia zagadnienia pomocy integracyjnej dla uchodźców, należałoby zastanowić się, czym jest integracja. W literaturze nie ma jednej powszechnie przyjętej definicji integracji. Niekiedy integrację określa się jako „proces, podczas którego osiedlająca się osoba przystosowuje się do samodzielnego życia w przyjmującym ją społeczeństwie, podporządkowując się miejscowym prawom, szanując wartości uznane i chronione przez kraj przyjmujący w jego konstytucji i ustawodawstwie”.²⁶ Natomiast Biuro Łącznikowe UNHCR określa integrację jako „dwustronny proces dostosowywania się zachowań ludzi w grupie (uchodźców i społeczności lokalnej), którzy poprzez stopniowe poznawanie i rozu-

24 Dz.U. Nr 201, poz. 1699.

25 Dz.U. Nr 35, poz. 221.

26 M. Szonert, M. Kuczyński, Propozycje do założeń polskiej polityki migracyjnej w dziedzinie integracji uchodźców i osób osiedlających się na stałe w Polsce, materiały URC, nr kat. s. 2369, Warszawa 2005, s. 1.

mienie siebie nawzajem prowadzi do harmonijnego o stabilnego systemu społecznego”.²⁷ Zatem integracja jest strategią adaptacji do nowego środowiska kulturowego. Integracja powinna być postrzegana jako proces, którego czas trwania będzie uzależniony od predyspozycji psychicznych cudzoziemców i od różnic kulturowych. Proces integracji to proces poszukiwania kompromisów. Uchodźcy stanowią jedną grupę cudzoziemców, których proces integracji ze społeczeństwem polskim został szczegółowo uregulowany w prawie. Zarówno pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym uchodźcy, którzy uzyskali ten status w RP mogą ubiegać się o świadczenia pomocy społecznej przewidziane przez polskie prawo.²⁸ Pierwowzorem obecnej regulacji prawnej w zakresie integracji uchodźców były regulacje zawarte w art. 24 a ustawy z 29 listopada 1990 r. o pomocy społecznej oraz wydanym na jej podstawie rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 1 grudnia 2000 r. w sprawie szczegółowych zasad udzielania pomocy uchodźcom, wysokości świadczeń pieniężnych, form i zakresu pomocy, trybu postępowania w tych sprawach oraz warunków wstrzymania pomocy lub jej odmowy.²⁹

W myśl obowiązującego prawa, uchodźcy udziela się pomocy mającej na celu wspieranie procesu jego integracji ze społecznościami lokalnymi w Polsce. Na organach pomocy społecznej spoczywa obowiązek udzielania pomocy w celu wspierania integracji. Oczywiście, proces integracji wymaga współpracy i dobrej woli zarówno ze strony organów pomocy społecznej, jak i uchodźcy. W sytuacji, gdy pomimo udzielonej pomocy nie dojdzie do integracji uchodźcy ze społeczeństwem lokalnym, organy nie mogą ponosić konsekwencji, gdyż celem działania organów pomocy społecznej nie jest całkowita integracja uchodźcy, lecz wspomoczenie procesu integracji.

Rozdział 5 ustawy z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej zatytułowany – Integracja uchodźców, rozporządzenie Ministra Polityki Społecznej z 29 września 2005 r. w sprawie udzielania pomocy uchodźcom³⁰ oraz rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 1 lutego 2007 r. w sprawie ramowego programu i kursów nauki języka polskiego dla uchodźców³¹ szczegółowo regulują zarówno tryb uzyskiwania przez uchodźcę pomocy, mającej na celu wspieranie procesu integracji, organy, czasokres, formy i zakres pomocy oraz zobowiązania stron (organów pomocy społecznej uchodźców) realizowanego indywidualnego programu integracji.

Znaczącą rolę w działaniach podejmowanych na rzecz integracji uchodźców odgrywa samorząd terytorialny, zwłaszcza na szczeblu powiatu. Ustawa z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (art. 4 ust. 1 pkt 3) zalicza do zadań publicz-

27 Rozporządzenie w sprawie integracji, Z Obcej Ziemi 2001, nr 11, s. 3.

28 I. Sierpowska, op. cit., s. 28, 47, 49, 59, 88–89, 92, 135, 138, 144–145, 149, 155, 217, 263, 265.

29 Ł. Borkowski, R. Krajewski, S. Szymański, Komentarz do ustawy o pomocy społecznej, Kutno 2006, s. 167.

30 Dz.U. Nr 201, poz. 1669.

31 Dz.U. Nr 35, poz. 221.

nych zadania w sferze pomocy społecznej.³² W większości są to wyspecjalizowane zadania, których wykonanie wymaga fachowej wiedzy, a okoliczności udzielania pomocy nie są tak powszechne, jak przy świadczeniach gminnych i obejmują swym zakresem również uchodźców. Jako zadanie własne powiatu ustawa o pomocy społecznej w art. 19 pkt 8 wymienia pomoc osobom mającym trudności w integracji ze środowiskiem, które uzyskały status uchodźcy. Natomiast zadaniem powiatu z zakresu administracji rządowej jest pomoc uchodźcom w zakresie indywidualnego programu integracji oraz opłacanie za te osoby składek na ubezpieczenie zdrowotne (określonych w przepisach o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia).³³ Zadania z zakresu administracji rządowej powierzone zostały samorządowi na szczeblu województwa. Większość z nich wykonywał wcześniej wojewoda. Do zadań tych zalicza się koordynowanie działań dotyczących integracji osób posiadających status uchodźcy, w szczególności w zakresie wskazania miejsca zamieszkania.³⁴ Zadania pomocy społecznej w powiatach wykonują jednostki organizacyjne – powiatowe centra pomocy rodzinie. Należy dodać, iż w miastach na prawach powiatu zadania powiatowych centrów pomocy rodzinie realizują miejskie ośrodki pomocy społecznej, które mogą być nazywane – miejskim ośrodkami pomocy rodzinie.³⁵ W sprawach indywidualnych z zakresu pomocy społecznej należących do właściwości powiatu, decyzje administracyjne wydaje starosta lub z jego upoważnienia kierownik powiatowego centrum pomocy rodzinie i inni pracownicy centrum upoważnieni na wniosek kierownika.³⁶ Natomiast zadania pomocy społecznej w województwach samorządowych wykonują jednostki organizacyjne w postaci regionalnych ośrodków pomocy społecznej. W myśl obowiązującego prawa, marszałek województwa przy pomocy regionalnego ośrodka polityki społecznej sprawuje nadzór, w szczególności w zakresie spraw finansowych i organizacyjnych nad podległymi jednostkami organizacyjnymi pomocy społecznej. W zakresie integracji uchodźców do zadań samorządu województwa należy koordynowanie działań integracyjnych.

Ustawa o pomocy społecznej wskazuje także na ważną rolę wojewody w procesie integracji uchodźca. Ustawa nakłada na powiatowe centra pomocy rodzinie, wojewodę oraz gminę obowiązek współdziałania w sprawie udzielenia uchodźcy pomocy polegającej na uzyskaniu miejsca zamieszkania na terytorium RP (art. 94 u.p.s.). Współdziałanie polegać będzie na udzielaniu wszelkiej pomocy w celu uzyskania możliwości zamieszkania. Odstępstwem od tejże zasady jest art. 94 ust. 2 u.p.s., który stwierdza, iż wojewoda może wskazać uchodźcy miejsce zamieszkania.

32 Jedn. t. Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1592 z późn.zm.

33 Art. 20 ust. 1 u.p.s.

34 Art. 21a u.p.s. dodany ustawą z 29 lipca 2005 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze zmianami w podziale zadań i kompetencji administracji terenowej, Dz.U. Nr 175, poz. 1462.

35 Art. 112 ust. 2 u.p.s.

36 Art. 112 ust. 5 u.p.s.

Na uchodźcy ciąży wówczas obowiązek zamieszkiwania w tym miejscu. Rezygnacja cudzoziemca w okresie 12 miesięcy trwania indywidualnego programu integracji oznacza ostateczną rezygnację uchodźcy z realizacji programu. Możliwa jest jednak w uzasadnionych przypadkach zmiana miejsca zamieszkania uchodźcy (art. 95 ust. 2 u.p.s.).

Pomoc udzielana jest uchodźcy wyłącznie na wniosek składany przez uchodźcę staroście właściwemu ze względu na miejsce zamieszkania. Może on być wnoszony pisemnie (w języku polskim), telegraficznie lub za pomocą dalekopisu, telefaksu, poczty elektronicznej, także ustnie do protokołu. Spełniając wymogi podania, powinien zawierać co najmniej wskazanie osoby, od której pochodzi, jej adres i żądanie, powinien też być, jeżeli wnoszony był w formie ustnej lub pisemnej, podpisany przez wnoszącego. Jeżeli osoba nie umie lub nie może złożyć podpisu, może to uczynić osoba przez nią upoważniona. Ustawa o pomocy społecznej wymaga dodatkowo pisemnej deklaracji o zamiarze zamieszkania na terenie określonego województwa, pisemnego oświadczenia, że z podobnym wnioskiem uchodźca nie zwrócił się na terenie innego województwa oraz pisemnego oświadczenia o gotowości przystąpienia do uzgodnionego programu. Powyższy wniosek powinien być złożony w terminie 60 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o nadaniu statusu uchodźcy. Ustawodawca wskazuje, iż złożony przez uchodźcę wniosek obejmuje jego małoletnie dzieci i małżonka, jeżeli posiadają status uchodźcy (nie muszą oni występować z odrębnymi wnioskami). W sytuacji, gdy z wnioskiem o udzielenie pomocy mającej na celu wspieranie procesu integracji występuje uchodźca, którego małżonek jest obywatelem RP, pomoc taka nie przysługuje, ponieważ w odniesieniu do nich proces integracji jest bez wątpienia szybszy i głębszy.³⁷ Należy także wspomnieć, iż na uchodźcy składającym wniosek o udzielenie pomocy, mającej na celu wspieranie procesu jego integracji, spoczywa obowiązek dołączenia do wniosku kopii: decyzji Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców lub decyzji Rady do Spraw Uchodźców o nadaniu statusu uchodźcy; dokumentu podróży przewidzianego w Konwencji Genewskiej z 1951 r., wydanego przez Prezesa Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców; karty pobytu wydanej w związku z nadaniem statusu uchodźcy na terytorium RP; innych dokumentów, które uchodźca posiada, a mogą być pomocne w opracowywaniu indywidualnego programu integracji. Kopie powinny być urzędowo potwierdzone.

W świetle art. 91 ust. 7 u.p.s., pomoc mająca na celu wspieranie integracji przysługuje uchodźcy począwszy od miesiąca kalendarzowego, w którym uchodźca wystąpił z wnioskiem o jej udzielenie. Maksymalny okres udzielania pomocy wynosi 12 miesięcy.

37 Ł. Borkowski, R. Krajewski, S. Szymański, *op. cit.*, s. 169–170.

Pomoc może być udzielona przede wszystkim w formie decyzji administracyjnej oraz w postaci czynności faktycznych. Obejmuje ona: świadczenia pieniężne na utrzymanie i pokrycie wydatków związanych z nauką języka polskiego (w wysokości od 420 zł do 1.149 zł miesięcznie na osobę); opłacanie składki na ubezpieczenie zdrowotne, określonej w ustawie o powszechnym ubezpieczeniu w NFZ oraz specjalistyczne poradnictwo, obejmujące udzielanie rad, wskazówek, informacji i wymagających specjalistycznej wiedzy i umiejętności. Zatem będzie to przede wszystkim poradnictwo prawne, psychologiczne, zawodowe i pedagogiczne.

Wskazane powyżej możliwości działania organów pomocy społecznej mogą budzić kontrowersje, gdyż: określenie kwoty pieniężnej wypłacanych świadczeń, bez mechanizmu waloryzacji wymagać będzie drogi nowelizacji ustawy; nie odzwierciedlają w pełni złożonego charakteru procesu integracji uchodźcy (np. konieczność oddziaływań kulturowych), brakuje też określenia sfer, w których świadczone ma być specjalistyczne poradnictwo.³⁸

Ustawa o pomocy społecznej w art. 93 wprowadza tzw. indywidualny program integracji uchodźcy ze społeczeństwem polskim, będący instrumentem indywidualizacji i personalizacji działań podjętych względem konkretnego uchodźcy.³⁹ Przyznanie pomocy uchodźcy musi być poprzedzone uzgodnionym indywidualnym programem integracji. Program uzgadniany jest pomiędzy powiatowym centrum pomocy rodzinie, reprezentowanym przez kierownika PCPR lub upoważnionego pracownika a uchodźcą. Określa on wysokość, zakres i formy pomocy, w zależności od indywidualnej sytuacji życiowej uchodźcy i jego rodziny, zobowiązania powiatowego centrum – udzielanie uchodźcy informacji dotyczącej pomocy określonej w programie oraz warunkach jej wstrzymania lub odmowy udzielenia; współdziałanie z uchodźcą oraz wspieranie go w kontaktach ze społecznością lokalną, w tym w nawiązaniu kontaktu z właściwym dla miejsca zamieszkania uchodźcy ośrodkiem pomocy społecznej; pomocy w uzyskaniu miejsca zamieszkania, w miarę możliwości chronionym; prowadzenie z uchodźcą pracy socjalnej; inne uzgodnione z uchodźcą działania wynikające z indywidualnej sytuacji życiowej uchodźcy oraz wskazanie pracownika, zwanego „realizatorem programu”, uzgadniającego z uchodźcą program oraz wspierającego uchodźcę w okresie realizacji tego programu (art. 93 ust. 1 pkt 1 u.p.s.). W programie określa się także liczne zobowiązania po stronie uchodźcy, a mianowicie: dokonanie zameldowania się w miejscu zamieszkania; zarejestrowanie się w powiatowym urzędzie pracy w terminie ustalonym w programie oraz aktywne poszukiwanie pracy; obowiązkowe uczestnictwo w kursach języ-

38 A. Modrzejewski, Instrumenty realizacji zadań samorządu terytorialnego w zakresie integracji cudzoziemców ze społeczeństwem polskim, (w:) Sprawność działania administracji samorządowej, pod red. E. Ury, Rzeszów 2006, s. 404.

39 Szerzej na ten temat – Ł. Borkowski, R. Krajewski, S. Szymański, *op. cit.*, s. 172–174 oraz A. Modrzejewski, *op. cit.*, s. 404–405.

ka polskiego w sytuacji, gdy zachodzi taka potrzeba; współdziałanie oraz kontaktowanie się z realizatorem programu w ustalonych terminach, nie rzadziej jednak niż dwa razy w miesiącu oraz przestrzeganie obowiązków przyjętych w programie (art. 93 ust. 1 pkt 2 u.p.s.).

Program podlega nadzorowi wojewody z punktu widzenia zgodności z prawem. Wydaje się, iż w celu oceny efektywności programów integracyjnych konieczne byłoby kryterium celowości, rzetelności i gospodarności podejmowanych działań.⁴⁰ W świetle prawa wojewoda przekazuje na realizację programu określone w nim środki finansowe, pochodzące z budżetu państwa.

Programem integracyjnym objąć można również małoletniego uchodźcę na wniosek jego ustawowego przedstawiciela. Rozwiązania § 3 rozporządzenia Ministra Polityki Społecznej z 29 września 2005 r. w sprawie udzielania pomocy uchodźcom zobowiązują do udzielania pomocy małoletnim uchodźcom⁴¹. Zabrakło bez wątpienia w regulacji zróżnicowania programu integracji ze względu na specyfikę odbiorcy (dostosowania się do środowiska rówieśników).

Ustawa nie określa, jaką prawną formę powinien przybrać indywidualny program integracji uchodźcy ze społeczeństwem polskim. Ma to istotne znaczenie dla określenia drogi prawnej dochodzenia realizacji postanowień programu, czy też stosowania odpowiednich środków jego zaskarżenia.

Pojawia się więc pytanie, czy program jest częścią decyzji o przyznaniu pomocy uchodźcy, czy też odrębną formą działania organów administracji pomocy społecznej? Program tworzy zobowiązania nie tylko po stronie uchodźcy, ale również po stronie organu. Większość jego postanowień opiera się na współpracy organu pomocy społecznej i uchodźcy. Z analizy przepisów ustawy oraz z istotnych cech programu integracji wyciągnąć można wniosek, iż jest to umowa służąca realizacji norm prawa administracyjnego. Posiada też pewne elementy charakterystyczne dla umowy cywilnoprawnej, gdyż tworzony jest na zasadzie porozumienia pomiędzy uchodźcą a organem administracji pomocy społecznej. Jednakże pomiędzy stronami programu zachodzi stosunek administracyjnoprawny. Świadczenia określone w programie mogą być dokonane przez organ dysponujący częścią władzy publicznej. Istnieje także możliwość jednostronnego odstąpienia przez organ pomocy społecznej od postanowień programu. Stosunek nierównorzędności podmiotów uwidacznia się w sytuacji, gdy uchodźca nie wypełnia postanowień programu integracji. Zgodnie z § 1 cytowanego wyżej rozporządzenia, istnieje możliwość wstrzymania lub odmowy udzielania pomocy. Pomoc uchodźcy może być wstrzymana w przypadku: uporczywego, zawinionego niewykonywania przez uchodźcę zobo-

40 A. Modrzejewski, *op. cit.*, s. 406–407.

41 Dz.U. Nr 201, poz. 1699.

wiązań przyjętych w programie, w tym nieusprawiedliwionej nieobecności na kursach języka polskiego, przez okres do 30 dni; wykorzystywania pomocy w sposób niezgodny z celem, na jaki została przyznana – przez okres do 30 dni; upływu 30 dni pobytu uchodźcy w zakładzie opieki zdrowotnej – do czasu opuszczenia przez niego zakładu; wszczęcia przeciwko uchodźcy postępowania karnego – do czasu prawomocnego zakończenia postępowania. Natomiast odmowa udzielenia pomocy następuje, gdy: uchodźca, wobec którego jest kontynuowana uprzednio wstrzymana pomoc, ponownie dopuszcza się działań niezgodnych z postanowieniami programu; uchodźca został skazany prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo popełnione umyślnie; cudzoziemiec został pozbawiony statusu uchodźcy. Zatem powody uzasadniające wstrzymanie lub odmowę udzielenia pomocy wiążą się z osobą uchodźcy. Natomiast w razie stwierdzenia braku lub też niewystarczającego postępu w realizacji postanowień programu, strony mogą dokonywać modyfikacji programu. Uchodźca może więc „zerwać” program integracji, poprzez niewykonywanie jego zapisanych zobowiązań. Zabrakło prawnych instrumentów, które dałyby możliwość wpływu na organ pomocy społecznej w sytuacji, gdy nie wywiązuje on się z postanowień programu. Należy podkreślić, iż w trakcie realizacji programu pracownik PCPR, zwany „realizatorem programu” dokonuje okresowej oceny jego realizacji.

W praktyce, tworząc program integracyjny, należy dokładnie zbadać potrzeby i sytuację uchodźców. Pracownicy socjalni PCPR w pierwszej kolejności przeprowadzają „wywiad środowiskowy” i rozmowy z uchodźcą w celu planowania indywidualnych programów integracyjnych. Podstawowym zadaniem integracji uchodźców ze społeczeństwem polskim jest doprowadzenie do usamodzielnienia się uchodźcy. Uchodźca winien więc mieć zapewnione przede wszystkim mieszkanie, lekcje języka polskiego i pracę.

Część pracowników socjalnych pracujących z uchodźcami wymaga dodatkowego przeszkolenia. Integracja uchodźców to wciąż nowe zadanie. Podstawowe znaczenie ma znajomość języków obcych wśród pracowników socjalnych. Pomocna jest też wiedza na temat kultury w krajach pochodzenia uchodźców oraz wiedza w zakresie prawa.

Podsumowując rozważania należy podkreślić, iż w kwestii integracji uchodźców ze społeczeństwem polskim potrzebne są projekty przemyślane i długofalowe. Integracja jest procesem długotrwałym, potrzeba na nią czasu i wsparcia władz publicznych i organizacji pozarządowych. Należy wziąć pod uwagę, iż integracja zmienia nie tylko uchodźcę, ale również społeczeństwo. Konieczne staje się opracowanie odpowiednich narzędzi oceny przebiegu integracji.

Obok pomocy rządowej, uchodźcy mogą liczyć na pomoc organizacji pozarządowych. Ich rola ciągle wzrasta i stanowi ważny element uzupełniający politykę rządu wobec uchodźców. Polskie organizacje pozarządowe są zaangażowane

w tworzenie norm i popieranie ochrony praw człowieka, monitorują przestrzeganie tychże praw, podnoszą świadomość społeczną, wpływają na system edukacyjny. Ich naczelną ideą jest stanie na straży praw człowieka i działalność humanitarna, a apolityczny charakter sprawia, iż ich działania są popierane nie tylko przez organizacje rządowe, ale i rzesze obywateli polskich. Większość działań realizowanych przez organizacje pozarządowe jest podejmowane we współpracy z instytucjami rządowymi i UNHCR.⁴²

Pierwsze programy pomocy uchodźcom zapoczątkowały Polska Akcja Humanitarna i Caritas Polska, po opublikowaniu w 1992 roku przez Helsińską Fundację Praw Człowieka programu „Prawa cudzoziemców i uchodźców”. W czerwcu 1993 r. PAH zawarła pierwszą umowę z UNHCR i powstało Centrum Pomocy Uchodźcom. Dziś Centrum Pomocy Uchodźcom PAH prowadzi bardzo szeroką działalność na rzecz uchodźców. Udziela najrozsądniejszych porad, wspiera uchodźców w poszukiwaniu pracy, pomaga załatwić sprawy w urzędach, rozdziela potrzebującym pomoc.

W Polsce działa coraz więcej organizacji pozarządowych pomagających uchodźcom. Do najważniejszych z nich należą: Polska Akcja Humanitarna, Caritas Polska, Polski Czerwony Krzyż, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Stowarzyszenie Uchodźców w Polsce. Ponadto uchodźcom pomagają stowarzyszenia mniejszości narodowych i religijnych, jak również studenci działający w przyuczelnianych poradniach prawnych, np. na Uniwersytecie Warszawskim i Jagiellońskim.

Rola wszystkich organizacji pozarządowych w kwestii integracji uchodźców jest nie do przecenienia. Organizacje pozarządowe nie rozwiążą jednak w pełni problemu integracji – do tego potrzebne jest zaangażowanie władz publicznych. Jednakże bez wsparcia tych organizacji o integracji nie może być mowy.⁴³

4. Uwagi końcowe

W polskim prawie pomocy społecznej wyraźnie została zaakcentowana i uwzględniona sytuacja uchodźców w sferze pomocy społecznej. Uchodźcy stanowią jedyną grupę cudzoziemców, których proces integracji ze społeczeństwem polskim został szczegółowo uregulowany. Regulację prawną dotyczącą uchodźców w dziedzinie pomocy społecznej należy uznać za zadawalającą, choć wymagającą doprecyzowania. Polskie prawo pomocy społecznej zapewnia uchodźcom realizację prawa do pomocy społecznej jako publicznego prawa podmiotowego w formach i na zasadach przewidzianych w ustawie o pomocy społecznej i aktach wykonawczych do ustawy.

42 J. Hryniewicz, *Uchodźcy w Polsce. Teoria a rzeczywistość*, Poznań 2005, s. 104.

43 G. Mioduszewska (red.), *Ochrona uchodźców*, Warszawa 2002, s. 183.

IZABELA WRÓBEL

STATUS OBYWATELA PAŃSTWA TRZECIEGO W UNII EUROPEJSKIEJ

Wydaw. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007

Autorka w monografii porusza tematykę statusu obywatela państwa trzeciego w Unii Europejskiej. Swoboda przepływu osób – jedna z podstawowych swobód wspólnego rynku – przeszła istną ewolucję od swobody przepływu pracowników do swobodnego przepływu wszystkich obywateli Unii Europejskiej. Podobnie dynamiczne stanowisko reprezentuje Unia w odniesieniu do pobytu obywateli państw trzecich. Traktat o Unii Europejskiej, jako obszar wspólnego zainteresowania współpracy państw w III filarze, wymienia m.in. politykę azylową, politykę dotyczącą migracji i sytuacji prawnej obywateli państw trzecich. Ale już kolejny – traktat amsterdamski, wymienione wyżej polityki przenosi z III do I filara, wywołując tym samym bardzo istotne konsekwencje prawne. I wreszcie po zakończeniu publicznej debaty nad „Zieloną Księgą w sprawie podejścia UE do zarządzania migracją ekonomiczną” (COM(2004)811 końcowy) dnia 21 grudnia 2005 r. Komisja Europejska ogłosiła „Plan polityki wobec legalnej migracji”. Dokument ten określa kierunki rozwoju wspólnotowej polityki wobec migracji w latach 2006-2009. U podstaw jego przyjęcia leży przekonanie o potrzebie zintensyfikowania działań w tym zakresie, w szczególności w obliczu niepokojących prognoz demograficznych, które stawiają pod znakiem zapytania osiągalność celów Strategii Lizbońskiej.

Dotychczasowe piśmiennictwo sporo miejsca poświęcało wybranym zagadnieniom, np. polityce azylowej, porozumieniom z Schengen, statusie obywatela państwa trzeciego jako członka rodziny obywatela Unii, nie było jednak opracowania ukazującego całość złożonej problematyki statusu obywatela państwa trzeciego. Wybór tematu jest zatem niezwykle trafny i aktualny. Na podkreślenie zasługuje też fakt, iż jest on analizowany zarówno w płaszczyźnie prawa międzynarodowego, prawa wspólnotowego i niekiedy nawet prawa krajowego.

Książka została podzielona na pięć rozdziałów. Konstrukcja pracy jest logiczna i poprawna. Autorka rozpoczyna od rozważań natury ogólnej, przechodząc do kwestii szczegółowych.

Pierwszy rozdział rozprawy „Geneza i rozwój wspólnotowych polityk dotyczących obywateli państw trzecich” ma charakter wprowadzający do tematu. Wskazano działania podjęte w tym zakresie w trzech etapach: pierwszy – do przyjęcia Traktatu Amsterdamskiego; drugi – od wejścia w życie Traktatu; i trzeci – od przyjęcia Programu Haskiego poprzez Traktat Konstytucyjny. Autorka wyraża słuszny pogląd, iż brak ratyfikacji Traktatu zasadniczo nie będzie stanowił przeszkody dla rozwoju współpracy państw w sferze migracyjnej (s. 82).

W rozdziale drugim przedstawiono zagadnienie dopuszczenia i pobytu krótkoterminowego obywateli państw trzecich na terytorium państw członkowskich Unii Europejskiej. Rozważania merytoryczne poprzedzoną są wprowadzeniem, gdzie dokonano wyjaśnienia kluczowych dla tego rozdziału pojęć.

W części 2.1. Autorka przyjmuje słuszną tezę, iż państwo nie ma obowiązku przyjęcia cudzoziemca, o ile nie wynika to z wiążącego je prawa międzynarodowego (str. 94). Ciekawe rozważania dotyczą relacji prawa wspólnotowego do Porozumień z Schengen i prawa do poszanowania życia rodzinnego w kontekście odmowy wjazdu cudzoziemca, małżonka obywatela państwa członkowskiego jedynie z powodu umieszczenia przez państwo–stronę stosownych informacji w Systemie Informacyjnym Schengen. Autorka, powołując się za orzeczenie ETS w sprawie Farida, wskazuje, iż w takim wypadku odwołanie do zagrożenia porządku publicznego powinno być rzeczywiste, dostatecznie poważne i dotyczyć podstawowych interesów społeczeństwa (s. 96 i n.). W dalszej części rozdziału omówiono dokumenty, jakie są wymagane przy wjeździe na terytorium państw członkowskich Unii Europejskiej i status obywatela państwa trzeciego podczas pobytu krótkoterminowego.

Rozdział trzeci zatytułowany jest: Status obywatela państwa trzeciego ubiegającego się o azyl w państwie członkowskim Unii Europejskiej. Autorka koncentruje się na dwóch zagadnieniach: postępowaniu mającym na celu wskazanie państwa kompetentnego do rozpatrzenia wniosku azylowego (s. 141 i n.) oraz przybliżeniu minimalnych standardów traktowania osób ubiegających się o azyl (s. 157 i n.). Podzielam pogląd Autorki, że wprowadzenie norm minimalnych powoduje, iż państwa zasadniczo ograniczają się do ich realizacji, stosunkowo rzadko przyznając wyższy standard ochrony (s. 191–192).

W rozdziale czwartym omówiony został status uchodźcy i osoby korzystającej z innych form ochrony w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Na wstępie I. Wróbel przeprowadza bardzo interesujące i wnikliwe rozważania terminologiczne odnoszące się głównie do pojęcia „uchodźcy” (s. 197 i n.). Analiza zawarta w tym rozdziale prowadzi do wniosku, iż „ochrona tymczasowa nie opiera się bezpośrednio, w przeciwieństwie do statusu uchodźcy, ani pośrednio, inaczej niż status subsydiarny, na normach prawa międzynarodowego, lecz na decyzji politycznej Rady Unii Europejskiej i/lub rządów poszczególnych państw członkowskich, podjętej bez

udziału Parlamentu Europejskiego i bazującej na zbiorczej analizie sytuacji, nie zaś na zindywidualizowanej ocenie konkretnych przypadków” (s. 239).

Ostatni rozdział monografii odnosi się do statusu imigranta w państwie członkowskim Unii Europejskiej. W części 5.1. dokonano wnikliwej analizy statusu rezydenta długoterminowego. Autorka zasadnie podkreśla, iż dyrektywa 2003/109/WE nie gwarantuje jednolitego statusu tej kategorii osób w całej Unii Europejskiej, państwa bowiem mogą utrzymać w mocy umowy dwustronne i korzystniejsze przepisy krajowe (s. 262). W dalszej części rozdziału omówiono status wybranych grup osób, takich jak studenci, osoby poszerzające kwalifikacje zawodowe, prowadzące badania naukowe i status członka rodziny.

Przeprowadzone przez Autorkę badania mają charakter interdyscyplinarny. Temat pracy wymaga rozważań wykraczających poza prawo europejskie. Autorka prowadzi swobodną analizę i formułuje trafne wnioski także na gruncie prawa międzynarodowego oraz administracyjnego. Pani Izabela Wróbel posłużyła się bardzo bogatym materiałem źródłowym, w szerokim też zakresie wykorzystała literaturę przedmiotu oraz orzecznictwo. Polecam gorąco uwadze czytelników recenzowaną książkę.

Mieczysława Zdanowicz

AGNIESZKA FLORCZAK

UCHODŹCY W POLSCE. MIĘDZY HUMANITARYZMEM A PRAGMATYZMEM

Wydaw. Adam Marszałek, Toruń 2003

Główną intencją Autorki recenzowanej monografii jest, jak wskazano we wstępie pracy, przedstawienie zjawiska uchodźstwa w Polsce w latach dziewięćdziesiątych.

Książka wypełnia lukę na rynku wydawniczym, który nie oferuje monografii przedstawiających w tak wieloaspektowym ujęciu zjawiska uchodźstwa. Autorka omawia to zjawisko na płaszczyźnie międzynarodowej, z wyszczególnieniem w rozdziale drugim sytuacji uchodźstwa w krajach Europy Zachodniej, a dalszą część pracy poświęca omówieniu aspektów demograficznych, prawnych, instytucjonalnych i społecznych uchodźstwa w Polsce.

Książka składa się z 6 rozdziałów, wraz z bibliografią zawierającą ponad 320 pozycji (w tym źródła prawa i inne dokumenty, m.in. IOM, UPRiC, liczne monografie, artykuły i materiały z konferencji) liczy ponad 300 stron.

Rozdział pierwszy został poświęcony przedstawieniu ochrony uchodźców w prawie i praktyce międzynarodowej. Dużo miejsca Autorka poświęciła kwestiom definicyjnym uchodźstwa w prawie międzynarodowym, Konwencji Genewskiej z 1951 r. i Protokole Nowojorskim z 1967 r., a także Statucie Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców (UNHCR). Skrótowno przedstawia także uregulowania dotyczące kwestii uchodźstwa w porozumieniach o zasięgu regionalnym. Autorka zdecydowała się również na skrótowne przedstawienie instytucji azylu, głównie ze względu na utrzymaną w polskim ustawodawstwie dwoistość wymienionych instytucji. Rozdział zamyka omówienie działalności Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców, poprzedzone krótką analizą ewolucji instytucji działających na rzecz uchodźców na arenie międzynarodowej przed rokiem 1951. Należy podzielić wnioski Autorki o braku trwałego systemu instytucjonalnego do wybuchu II wojny światowej, który w sposób kompleksowy działałby na rzecz ochrony uchodźców, co słusznie zostało wyjaśnione postrzeżeniem

niem uchodźstwa przez społeczeństwa międzynarodowe jako zjawiska tymczasowego.

W rozdziale drugim zaprezentowano zjawisko uchodźstwa w krajach Europy Zachodniej, statystykę, tendencje napływu uchodźców w latach 70-tych, 80-tych i 90-tych oraz konsekwencje tych procesów przejawiające się zaostrzeniem krajowych polityk wobec imigrantów. Na podstawie analizy danych dotyczących napływu do krajów zachodnioeuropejskich uchodźców, migrantów ekonomicznych oraz osób z byłych kolonii europejskich, a także zestawienia udziału uchodźców w ogólnej liczbie mieszkańców, Autorka wysuwa trafny wniosek, że problemy z napływem migrantów do omawianych krajów mają swoje źródła raczej w migracjach zarobkowych niż w zjawisku uchodźstwa. Pokróćce wyjaśniono czynniki determinujące wzrost liczby wniosków azylowych. Autorka poddaje krytycznej analizie część środków wprowadzanych w ustawodawstwach wewnętrznych krajów zachodnioeuropejskich jako niezgodnych z zapisami Konwencji Genewskiej, m.in. omawia stosowaną przez państwa zachodnioeuropejskie restrykcyjną interpretację definicji uchodźstwa z Konwencji, która umożliwia ubieganie się o ochronę jedynie przez te osoby, które obawiają się prześladowania ze strony państwa, a z prawa do ubiegania się o status uchodźcy wyłącza osoby dotknięte lub zagrożone prześladowaniem przez podmioty inne niż państwo. Sprzeczność z zapisami Konwencji Autorka trafnie argumentuje brakiem definicji sprawcy prześladowania w art. 1 A Konwencji i postanowieniami Konwencji Wiedeńskiej dotyczącej Prawa Traktatów z 1969 r., zgodnie z którym, jak wyjaśnia Autorka, interpretacja umów międzynarodowych powinna być dokonywana zgodnie ze zwykłym brzmieniem terminów, a więc w ramach pojęcia prześladowania należy rozpatrywać wszelkie jego formy bez względu na udział lub brak udziału państwa. Część druga rozdziału porusza tematykę polityki azylowej i imigracyjnej Unii Europejskiej – początki współpracy między krajami członkowskimi (sporo miejsca poświęcono w tym miejscu konwencjom z Schengen i Dubliną) i uwspólnotowanie polityki azylowej.

Kolejny rozdział podejmuje analizę zjawiska uchodźstwa w Polsce. W sposób obszerny i wyczerpujący, w oparciu o liczne zestawienia tabelaryczne, Autorka przedstawia statystykę oraz przyczyny zjawiska – dane dotyczące napływu i struktury narodowościowej osób ubiegających się o status uchodźcy od początku lat 90-tych. Autorka w sposób interesujący przedstawia doświadczenia Polski z napływem uchodźców, podkreślając brak przygotowania polskich władz do rozwiązania problemu. Wydaje się zasadne zamieszczenie w tej części rozdziału analizy zjawiska migracji tranzytowej. Autorka argumentuje we wstępie pracy potrzebę przybliżenia zjawiska faktem, iż znaczna liczba wniosków o status uchodźców składana jest przez cudzoziemców w związku z nielegalnym przekroczeniem granicy. W tym celu przytacza wyniki badań Ośrodka Badań nad Migracjami Instytutu Studiów Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego, wykazujące brak zainteresowania zjawiskiem przerzutu migrantów

przez Polskę. W dalszej części Autorka wskazuje środki, które jej zdaniem należy podjąć w celu przeciwdziałania nielegalnej migracji. Należy zgodzić się z opinią Autorki, że do niezbędnych działań należą: konieczność wprowadzenia szczególnych przepisów karnych dotyczących nielegalnego przetrzutu osób przez granicę, poprawa skuteczności organów państwowych w zwalczaniu zjawiska czy wzmocnienie kadrowe Urzędu Prezesa do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców. Wskazuje jednocześnie na nieprzygotowanie infrastruktury technicznej i administracyjnej do skutecznego zarządzania zjawiskiem. Ostatnia część rozdziału prezentuje tendencje w ramach zjawiska uchodźstwa w krajach Europy Środkowo-Wschodniej, którą kończy celna prognoza nasilania się omawianych zjawisk w regionie w związku z akcesją państw do Unii Europejskiej.

Problematyka uchodźstwa w Polsce jest kontynuowana w rozdziale czwartym, który został poświęcony analizie sytuacji prawnej uchodźców w Polsce. W tym celu Autorka dokonuje analizy wybranych aktów prawa międzynarodowego, które wywarły największy wpływ na kształt polityki azylowej państwa. Słusznie Autorka zdecydowała się na szersze omówienie zobowiązań, wynikających z Konwencji Genewskiej z 1951 r. i Protokołu Nowojorskiego z 1967 r. W tej części rozdziału omówione zostały również zobowiązania wynikające z aktów w zakresie ochrony praw człowieka, prawa humanitarnego i umów o readmisji. Niestety, tylko w przypadku Europejskiej Konwencji o Ekstradycji Autorka przytacza ciekawy przykład praktyki organów państwowych w oparciu o zobowiązania wynikające z dokumentu. W drugiej części rozdziału omówione zostały wewnętrzne uregulowania krajowe statuujące sytuację uchodźców w Polsce – właściwe regulacje ustawy o cudzoziemcach wraz z opisem przesłanek podjęcia prac nad zmianą ustawy o cudzoziemcach z 1963 r., do których autorka zaliczyła wzrost liczby cudzoziemców przekraczających granice RP, zmianę charakteru przyjazdów, a także przekształcenie Polski z kraju emigracji na kraj migracji docelowej i tranzytowej (bardziej trafnym określeniem byłoby kraj emigracyjno–imigracyjny; patrz dane o emigracji i imigracji – Tabela nr 3 s. 99). Rozdział kończy szerokie omówienie postępowania o nadanie statusu uchodźcy.

Rozdział piąty koresponduje z rozdziałem poprzednim i kontynuuje problematykę uchodźstwa w Polsce, omawiając tym razem aspekt instytucjonalny zjawiska. Obszernie została omówiona ewolucja instytucji rządowych zajmujących się problematyką uchodźstwa, a dalej współpraca tych instytucji z organizacjami międzynarodowymi i działalność Biura Łącznikowego Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców. Autorka wyraża zasadną opinię o konieczności podejmowania przez Polskę współpracy w ramach organizacji międzynarodowych zajmujących się omawianą problematyką, nawet jeśli współpraca ta nie przynosi jednoznacznie określonych rozwiązań, pozwala na wymianę informacji i zdobycie doświadczenia w kształtowaniu krajowej polityki imigracyjnej. Rozdział piąty za-

myka charakterystyka działalności i funkcji pełnionych przez organizacje pozarządowe na rzecz pomocy uchodźcom, spośród których, ze względu na prekursorką działalność, Autorka słusznie wyróżnia Polski Czerwony Krzyż.

Pracę kończy rozdział podejmujący zagadnienia związane z integracją uchodźców w Polsce – czynniki warunkujące skuteczną realizację procesów integracji uchodźców, przegląd działań na rzecz tej integracji i wnikliwa analiza badań CBOS i OBOP w zakresie stosunku Polaków do uchodźców. W tej części rozdziału Autorka omawia m.in. zrozumienie przez ankietowanych pojęcia uchodźcy, akceptację społeczną dla osiedlenia się cudzoziemców w kraju na dłuższy czas czy zakres świadczeń, jakich respondenci są gotowi udzielić uchodźcom. Analizę wyników badań kończą trafne rekomendacje Autorki dotyczące konieczności podejmowania działań informacyjnych przedstawiających rzeczywistą sytuację uchodźców, co pozwoli na lepsze zrozumienie i większą akceptację tej grupy cudzoziemców wśród społeczności lokalnej.

Główna analiza statystyczna, poparta interesującymi wnioskami Autorki, ciekawe przykłady praktyki krajowej i międzynarodowej w stosunku do zjawiska uchodźców, skłaniają do pozytywnej opinii o recenzowanej monografii. Praca jest spójna, jej układ przejrzysty, a przystępność opisu podjętej tematyki pozwala na adresowanie jej także do studentów kierunków prawa, administracji czy europeistyki.

Agnieszka Piekutowska

ORZECZNICTWO W SPRAWACH CUDZOZIEMCÓW

1. Orzecznictwo w sprawach uchodźców

Article 1D of the Geneva Convention Relating to Status of Refugees of 1951.
(The protection of the other than the UNHCR body or the UN agency)

CASE no. 1

1. Case description

E.A. – a stateless person of the Palestinian nationality – on the 1st September 1997 lodged the application to the Ministry of Internal Affairs and Administration for granting the refugee status in the Republic of Poland. He possessed the valid travel document for the Palestinian refugee issued by the Lebanon Embassy in Warsaw.

He stated in the application that the economical situation and the religious war had forced him to leave Lebanon. He did not want to go back to this country because he was afraid of being detained immediately at the airport. He declared that he had been arrested at the moment of crossing the border with Syria in 1980 when he was mistaken for someone else but released after four months of detention. A year later, the Amal soldiers arrested him once again. This time he was released after five days due to the agreement between the Amal and the Palestine Liberation Organisation.

In the interview he also added that while staying in Lebanon he enjoyed the protection of the UNRWA (United Nations Relief and Work Agency for Palestinian Refugees in the Near East).

2. The position of the organs deciding on the case

As the organ of the first instance, the Minister of Internal Affairs and Administration denied granting the refugee status to E.A. in the meaning the Geneva Convention and the Protocol of 1967. Recalling provisions of the 1951 Convention and 1967 Protocol as well as Article 10 paragraph 3 of the Act on Aliens of 1963, the Minister stressed that the applicant in his application and the interview did not give any examples of his persecution and he did not even express any fear of the persecution on the grounds of his race, religion, nationality or membership of a particu-

lar social group in the country of his habitual residence. It was also noticed in the decision that E.A., apart from two distant incidents, had not been detained, arrested, tortured or sentenced by the court. Furthermore, the fact of leaving Lebanon legally allowed to presume that he had not been in danger of being persecuted by the authorities of the country of his residence.

It was also stated in the reasons for decision that, due to long – lasting civil war, the economic situation in Lebanon is very bad and that more than half of all Palestinian refugees lives in the camps. They are discriminated in employment. It is forbidden for them to work in 52 professions (eg. justice, medicine, pharmacology and engineering). In practice, they are allowed to take only seasonal jobs or jobs in the building. In fact, Palestinians may work according to their qualifications only in the refugee camps. So it was concluded that the situation of the applicant was not exceptional because all the Palestinians have similar problems. Moreover, bad economic situation cannot be taken into consideration in the determination procedure for refugee status.

Denying the refugee status, the Minister of Internal Affairs and Administration recalled the fact that the applicant possessed the travel document for the Palestinian refugee issued by the authorities of Lebanon. It was also stressed in the decision that the applicant declared in the interview that he had enjoyed the UNRWA protection, what meant that the exclusion clause (Article 1D of the Geneva Convention) should have been applied in his case. It was explained that the protection in the framework of the Geneva Convention was possible after expiration of the protection ensured by other than the UNHCR bodies or agencies of the UN. The fact that the applicant received the travel document for the Palestinian refugee and that he prolonged it at the Lebanese Embassy certified that the mentioned protection was not suspended. According to the Minister, all the mentioned prerequisites caused that the applicant could not enjoy the right to seek refugee status in other than Lebanon country.

E.A. lodged the appeal against the decision denying him the refugee status in the Republic of Poland to the Board for Refugees on 11 February 1999. He stressed in his appeal that after the studies in Poland he had returned to Lebanon to take up a job according to his profession. However, despite his higher medical education, the salary, which was offered to him in the refugee camp, was so low that it could not cover all the costs of living. As he graduated from the medical academy in Poland, he wanted to stay in this country, especially that he married the Polish citizen in 1998.

E.A. also stated that not only discrimination against Palestinians but also (despite the peace agreements) lack of stability and national prejudices were the main problems in Lebanon. He also confirmed that he had never been and a member of any political organisation but he was a hearty sympathiser of the PLO. He proved it

taking part in many manifestations (also in Warsaw). Although he was not tortured while he was detained, these occurrences significantly affected his mental life.

The appellate agency, the Board for Refugees, acting on the ground of Article 69 and 34 paragraph 1 of the Act on Aliens of 1997, maintained the decision of the Minister of Internal Affairs and Administration on 25 August 1999. Examining the decision given by the Minister, the Board stated that the first instance organ had considered all the circumstances of the case and, on the other hand, the applicant had not proved that he had been persecuted due to his race, religion, political opinion or other reasons.

Presenting reasons for the decision, the Board for Refugees noticed that E.A. had left Lebanon because of economical and social problems, mainly problems with finding an appropriate job. Moreover, the Board stated that the first instance had acknowledged properly that the applicant as the Palestinian refugee enjoyed the UNRWA protection what excluded the possibility of applying the Geneva Convention in his case. Concluding, the Board noticed that his marriage with the Polish citizen allowed him to legalise his stay in Poland in other administrative procedure.

On 15 September 1999 E.A. lodged the claim to the Supreme Administrative Court (SAC). Motivating the claim, E.A. stated that the administrative organs, which had taken decisions in his case, had not analysed all important circumstances. Firstly, he stressed that he had left Lebanon after the Shiites' attacks on the Palestinian camp while many of his compatriots had been killed. So, according to him, he had left Lebanon not only due to his unemployment but also because he had been in danger for reason of his nationality. Secondly, E.A. claimed that the Board had not given any reasons for the statement that he, as the Palestinian enjoying the UNRWA protection, had did not have the right to enjoy the benefits of the Geneva Convention. Furthermore, he stated that the logical interpretation of the provisions of the Convention in connection with analysis of the main purposes of the UNRWA as well as analysis of the decisions issued in similar cases by authorities of other countries, allowed to acknowledge that enjoying the UNRWA protection was tantamount to recognition that a given person fulfilled also conditions contained in the Geneva Convention. Taking into consideration the fact that E.A. had been the victim of persecution within the territory of Lebanon, the refugee status in the meaning of the Geneva Convention should have been granted to him. Moreover, the fact of being a refugee resulted automatically from the UNRWA protection. Concluding, E.A. noticed that the Board's remarks on the possibility of legalisation of his stay in Poland surpassed the subject of the case.

Acting on the grounds of Article 32 and article 69 of the Act on Aliens and Article 154 paragraph 1 and Article 138 paragraph 1 (2) of the Code of Administrative Procedure as well as Article 38 paragraph 2 of the Act on Supreme Administra-

tive Court of 1995, the Board admitted the claim of E.A. and decided to abrogate its own decision and the first instance decision and in consequence to grant the refugee status to E.A. Taking that decision, the Board referred to the clause contained in Article 1D of the Geneva Convention excluding application of the Geneva Convention towards persons protected by other than the UNHCR organs or agencies of the UN. The Board explained that if a given person had been under protection of the UNRWA and then that protection practically expired, such a person had a right to obtain, without any determination procedure, the refugee status in the meaning of the Geneva Convention. Two prerequisites are the most important in this situation. First, the fact of registration of a given person as a refugee under protection of the UNRWA. Second prerequisite is the expiration of that protection regardless of the reason of the expiration (it may be leaving the territory of the UNRWA activity). Taking into consideration the understanding of Article 1D of the Geneva Convention, E.A. fulfilled both conditions (registration by the UNRWA and the stay outside the territory of its activity), so the refugee status should be granted to E.A.

In consequence of the Board's decision, E.A. withdrew his claim from the Supreme Administrative Court. That is why on the 21st February 2000, on the grounds of Article 355 paragraph 1 of the Code of Civil Procedure in connection with Article 59 and Article 53 of the Act on the SAC, the Court decided to discontinue the proceedings before the court.

Opracowała: Barbara Mikołajczyk

CASE no. 2

1. Case description

S.S.- Stateless, Palestinian, entered Poland legally on 11 October 1983 on the basis of a travel document issued for Palestinian refugees. On 27 August 1997 he applied for refugee status. Both in the application, as well as in the deposition given during the hearing, acting as a party in the case, he indicated that he was a Palestinian refugee. He had lived in a refugee camp in Lebanon with his parents, who had come there from Palestine in 1948. The family took advantage of the assistance provided by the UNRWA (United Nations Relief and Work Agency for Palestinian Refugees in the Near East). S.S. was a member of a student organisation operating in one of the fractions of the Palestinian Liberation Front, supporting Arafat. He participated in political meetings, however had no part in any military actions. According to the explanations given by S.S., following the Syrian invasion of Lebanon of 1982, the Syrian army searched the refugee camps, placing some people in Syrian prisons. It was then that the applicant decided to leave for Poland. From the time he entered Poland, he has never travelled to Lebanon. He did not even visit Lebanon on the occasion of the funerals of his mother and sister. He only left Poland for Prague on numerous occasions so as to prolong the validity of his travel document. He is afraid to return, fearing political opponents supporting Syria.

2. The position of the organs deciding on the case

The Minister of Internal Affairs and Administration, by means of a decision made on 18 January 1999, issued on the basis of article 10 item 3 and 4 of the act on aliens of 28 March 1963 (Journal of Laws 1992, no 7, position 30) and in connection with article 111 item 2 of the act on aliens of 25 June 1997 (Journal of Laws 1997, no 42, position 739) refused to award Mr. S.S. with refugee status in the understanding of the Geneva Convention regarding refugee status of 1951, as well as Additional Protocol to the Conventions of 1967 (Journal of Laws 1991, no 119, position 515 and 517).

It has been stated in the reasons for the decision that the analysis of the evidence gathered in the case indicated that the applicant did not satisfy the conditions described in the Geneva Convention of 1951. It has been demonstrated, following the provisions included in the UNHCR manual under: Definition of refugee status. Criteria and procedures, that persons forced to leave their state of origin in result of a military international or domestic conflict are not considered refugees in the understanding of the Convention. It is further broadly explained in the reasons for the decision that from the time of Mr. S.S.'s departure from Lebanon, the situation in that country has changed.

Moreover, it has been noted that the Applicant holds a travel document of a Palestinian refugee issued by Lebanese authorities, as well as an UNRWA registration card, proving the fact that he is a Palestinian refugee under UNRWA's protection. He is, therefore, subject to the exclusion clause of the Geneva Convention (art. 1 point D), which reads: "This Convention shall not apply to persons who are at present receiving from organs or agencies of the United Nations other than the United Nations High Commissioner for Refugees protection or assistance. When such protection or assistance has ceased for any reason, (...) these persons shall ipso facto be entitled to the benefits of this Convention." In the opinion of the organ of the first instance, the fact that the Applicant has received a travel document issued by Lebanese authorities and has been successively prolonging its validity proves the continuation of the protection provided by UNRWA. With respect to the fact that the Applicant has permanent residence in Lebanon and is under constant care of the United Nations, he is not entitled to applying for refugee status in Poland.

Another fact which was stressed in the reasons for the decision was that the Applicant treated the Polish refugee procedure in an instrumental manner. He applied for refugee status after as many as 15 years in our country, what indicates that Mr. S.S. did not seek effective protection against persecution but the application was merely an effort to legalise his stay in the territory of the Republic of Poland.

In line with the act on aliens of 1963, the Minister of Foreign Affairs was asked for an opinion on the case presented here. He shared the position described above.

Mr. S.S. appealed against the decision of the Minister of Internal Affairs and Administration to the Board for Refugees. In reasons for the appeal he indicated that he was a Palestinian refugee, therefore it was not viable to refuse him refugee status following the provisions of article 1 D of the Geneva Convention. He further explained that, for example, should the conditions of article 1 D sentence 2 of the convention be satisfied by excluding the possibility of a return to the area of UNRWA's operations (what indeed is true in his case), the persons seeking refuge status – following the provisions of the articles – can seek the status of a conventional refugee without the need to establish refugee status in accordance with article 1A item 2 of the Convention. The analysis carried out by the signatory states of whether the conditions were met is limited to the criteria defined in article 1D of the Convention. The aim of the analysis is also to establish whether the conditions of the provisions of cessation and exclusion included in articles 1C, E or F of the Geneva Convention are satisfied. However, this is where the possibility of examining individual cases ends. As it is in the case of statutory refugees, there is no possibility of analysing the reasons or the use of article 1A of the Convention in case the status of a Palestinian refugee ceases to exist. Moreover, the reasons for the cessation of the UNRWA protection over the registered Palestinian are also no longer important. Article 1 senten-

ce 2 of the Convention defines the situation clearly: “When such protection or assistance has ceased for any reason...”. Therefore, the deciding factor in this case is the criterion of registration with UNRWA, which is a confirmation of being included in this group of refugees and of satisfying the conditions of article 1D sentence 2 of the Convention.

The Board for Refugees, operating in line with the provisions of articles 32 and 69 of the act of 25 June 1997 on aliens (Journal f Laws 1997, no 114, item 739 with later amendments), as well as article 138 par. 1 point 2 of the Code of Administrative Proceedings (uniform text journal of Laws 1980, no 9, item 26 with later amendments) reversed the appealed decision and decided on granting Mr. S.S. of the refugee status in the Republic of Poland. In reasons to the decision, the Board stressed that the issue of basic importance in the investigation and settlement of the case was the use of the UNRWA protection by the Party. Th clause included in article 1D of the Geneva Convention, which excludes its use with respect to certain persons in connection with their being included under the protection of other organs or agencies of the United Nations, connects this exclusion with the real existence of this protection. However, if the protection is not there, for any reason, then – in line with the position of the doctrine and the UNHCR – the Board has decided that the persons which had been under this protection previously have the right to being treated “automatically” as persons taking advantage of the protection accounted for in the Geneva Convention. In other words, if a given person was under the protection of UNRWA and then this protection ceased for any reason, then such person has the right to seek refugee status in line with article 1A point 2 of the Conventions (see: G. Köfner, P. Nicolaus: *Bases of Refugee Law in the German Federal Republic*, Ch. Kaiser Verlag, Munich 1986, point 3.1.2.1.2.; *The Principles and Course of Awarding Refugee Status*, published by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva 1992, p.38). It is the Board’s opinion that the decisive factor in this case is – on the one hand – the person being registered as subject to the protection of an UN organ or agency, e.g. UNRWA, on the other, however – the practical cessation of this assistance for any reason (e.g. in result of leaving the territory of UNRWA’s operations – see: G.S. Goodwin –Gill: *The refugee in International Law*, Oxford 1985, p. 57).

The Board has assumed that in the case under analysis the key factor is whether the Party had been registered as one under the protection of UNRWA and whether or not this assistance had ceased. In course of the proceedings it has been established that the party was indeed registered with UNRWA and it has been assumed that the protection did cease. The latter opinion is further proved by the fact that UNRWA protection covers limited territory and that the Party in question has lived outside of the country of several years, having left Lebanon in his young age. Moreover, S.S. is not sure of his fate upon returning to Lebanon.

The Board for Refugees further indicated that the organ of the first instance concentrates its attention on analysing whether the Party satisfied the conditions included in article 1 A point 2 of the Convention. However, it omitted the registration aspect of the Party, as one being under the formal protection of UNRWA with the assistance actually having ceased. And it was this moment, in the opinion of the Board, which decided on the case and the result of the settlement.

Opracowała: Mieczysława Zdanowicz

2. Orzeczenia sądów polskich

Wyrok WSA – V SA/Wa 2859/05¹

Słowa kluczowe

Ustalanie kryteriów pochodzenia cudzoziemca; Zezwolenie na osiedlenie się obywateli pochodzenia polskiego

Wobec braku jednej i jednoznacznej regulacji ustawowej normującej tryb stwierdzania pochodzenia polskiego osoby, która w myśl art. 52 ust. 5 Konstytucji ma prawo osiedlić się na terytorium RP, do realizacji tego prawa winny mieć zastosowanie przepisy ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz.U. Nr 128, poz. 1175 ze zm.), która reguluje m.in. kwestie zasad i trybu udzielania zezwoleń na osiedlenie się, ale nie daje preferencji przy ubieganiu się o udzielenie takiego zezwolenia cudzoziemcom polskiego pochodzenia oraz przepisy ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o repatriacji (Dz.U. Nr 106, poz. 1118 ze zm.), która jako jedyna określa kryteria, w oparciu o które ustalane jest polskie pochodzenie.

Wyrok WSA – V SA/Wa 2091/05²

Słowa kluczowe

Organ właściwy do wydania lub odmowy wizy; Charakter postępowania przed Urzędem do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców

Z art. 46 ust. 3 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz.U. Nr 128, poz. 1175 ze zm.) wynika, że organem właściwym do wydania decyzji w przedmiocie wydania lub odmowy wizy, o której mowa w art. 33, jest wojewoda (albo konsul), a zatem to do niego należy rozpatrywanie zawartych w art. 33 przesłanek i rozstrzyganie sprawy ad meritum. Natomiast „zgoda” Prezesa Urzędu do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców, to jest jego stanowisko wyartykułowane w postanowieniu o wyrażeniu lub odmowie wyrażenia zgody, dotyczy wydania przez wojewodę decyzji i odnosi się przede wszystkim do warunków lub następstw owej decyzji administracyjnej, ogranicza się więc do sfery czynników kształtujących jedynie przesłanki motywacyjne organu, któremu powierzono rozstrzygnięcie sprawy co do istoty.

1 Zob. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22.02.2006 r., LEX nr 193344.

2 Zob. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 13.01.2006 r., LEX nr 196304.

Wyrok WSA – V SA/Wa 886/05³

Słowa kluczowe

Przesłanki odmowy zezwolenia na pobyt; Zakres merytoryczny pojęcia „ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego”

Pogląd organu odwoławczego, że każde ewentualne naruszenie prawa stanowi już podstawę decyzji o odmowie przedłużenia zezwolenia na zamieszkanie z uwagi na konieczność ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, stanowi zbyt rozszerzającą wykładnię art. 57 ust. 1 pkt 5 ustawy o cudzoziemcach. Nie każde naruszenie prawa może być w ten sposób kwalifikowane, a ustalenie tej okoliczności wymaga wskazania faktu naruszenia oraz uzasadnienia, dlaczego to naruszenie stanowi zagrożenie dla ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Zastosowanie przepisu art. 57 ust. 1 pkt 5 ustawy o cudzoziemcach może mieć charakter szczególnie wyjątkowy, bowiem ingeruje w sferę podstawowych praw gwarantowanych przez międzynarodowe konwencje.

Wyrok WSA – V SA/Wa 3900/04⁴

Słowa kluczowe

Przesłanki udzielenia zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony; Wyjątki od zasady udzielania pozwoleń na pobyt; Skutki zeznawania nieprawdy przez cudzoziemca

Konstrukcja art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz.U. z 2003 r. Nr 128, poz. 1175 z późn. zm.) oznacza, że spełnienie jednego z warunków w nim wymienionych zobowiązuje organ do udzielenia zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony. Organ administracji winien mieć zatem na uwadze, iż udzielenie cudzoziemcowi zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, przy zaistnieniu warunków określonych w tymże art. 53 jest zasadą, od której wyjątki wymagają przekonującego uzasadnienia.

Przepis art. 57 ust. 1 pkt 7 lit. b ustawy o cudzoziemcach dotyczy sytuacji, w której cudzoziemiec zeznaje nieprawdę co do innych okoliczności, niż te bezpośrednio związane i rozpatrywane w celu ustalenia charakteru zawartego związku małżeńskiego.

3 Zob. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21.06.2005 r., LEX nr 179236.

4 Zob. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 01.06.2005 r., LEX nr 179234.

Wyrok WSA – V SA/Wa 627/04⁵

Słowa kluczowe

Okoliczności udzielenia pozwolenia na zamieszkanie na czas określony w związku z prowadzeniem samodzielnej działalności gospodarczej przez cudzoziemca

Przy rozpatrywaniu wniosków dotyczących udzielenia zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, należy brać pod uwagę także takie okoliczności, jak zakres inwestycji, tworzenie miejsc pracy itp. W przypadkach samodzielnej działalności gospodarczej cudzoziemca, pożądane jest branie pod uwagę możliwości absorpcyjnych polskiego systemu ekonomicznego, zapobieganie poszerzaniu się sfery nierejestrowanych obrotów pieniężnych i wynikających stąd zagrożeń dla bezpieczeństwa systemu podatkowego, sytuację na rynku pracy, obciążenia dla krajowego systemu zabezpieczeń socjalnych (zwłaszcza w zestawieniu ze skalą regulowanych zobowiązań finansowych wobec państwa etc.).

Wyrok NSA – V SA 1579/01⁶

Słowa kluczowe

Przesłanki przyznania statusu uchodźcy; Zakres merytoryczny pojęcia „uzasadnionej obawy”

Organ państwa przyznający status uchodźcy jest obowiązany zbadać przesłanki wniosku z punktu widzenia przede wszystkim „uzasadnionej obawy” wnioskującego przed prześladowaniem go w przypadku powrotu do kraju (aspekt indywidualny sprawy) oraz niemożność skorzystania z ochrony państwa, którego jest obywatelem, z tego powodu, że państwo to nie jest „krajem bezpiecznym”, tzn. krajem, który ze względu na wewnętrzną sytuację polityczną nie jest w stanie zapewnić swojemu obywatelowi ochrony przed prześladowaniami z powodu rasy, religii, narodowości czy przekonań politycznych (aspekt obiektywny sprawy).

5 Zob. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 05.10.2004 r., LEX nr 160777.

6 Zob. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24.01.2002 r., LEX nr 109244.

Wyrok NSA – V SA 300/01⁷

Słowa kluczowe

Zakres ochrony cudzoziemców przebywających nielegalnie; Ciężar gatunkowy przewinień cudzoziemców; Uprawnienia cudzoziemca pozostającego w związku małżeńskim z obywatelem polskim

Cudzoziemcowi, którego pobyt nie nabrał cech legalności, w zasadzie nie przysługują gwarancje statuowane przez prawo międzynarodowe ani niektóre uprawnienia przewidziane przez ustawodawstwo wewnętrzne, ale orzekające w sprawie organy państwowe powinny mieć na uwadze proporcje między przewinieniem cudzoziemca a mającą preskrypcyjny charakter decyzją o wydaleniu, jako konsekwencji odmowy zezwolenia na pobyt. Szczególnie dotyczy to drobniejszych naruszeń prawa o cudzoziemcach, w tym niedopełnienia obowiązku meldunkowego (co jest regułą przy braku podstawy legalności pobytu), o ile nie istnieją inne przesłanki uzasadniające wydalenie.

Ustawa z dnia 25.06.1997 r. o cudzoziemcach nie zobowiązuje organu do wydalenia, ale daje mu jedynie możliwość podjęcia takiej decyzji, w konsekwencji wyważenia ciężaru gatunkowego określonych zachowań cudzoziemca.

Okoliczność, że skarżący pozostaje w związku małżeńskim z obywatelką polską, daje mu podstawę do ubiegania się o zezwolenie na pobyt stały w Polsce oraz podstawę do ubiegania się o obywatelstwo polskie. Z tej racji cudzoziemiec korzysta z praw zastrzeżonych dla ochrony interesów rodziny i małżeństwa w prawie polskim (art. 78 ust. 1 Konstytucji) oraz ratyfikowanych przez stronę polską umów międzynarodowych.

Wyrok NSA – V SA 2200/00⁸

Słowa kluczowe

Charakter uznaniowy decyzji o przyznaniu cudzoziemcowi statusu uchodźcy

Decyzje o nadaniu statusu uchodźcy w trybie art. 32 należą do kategorii decyzji uznaniowych, gdyż status uchodźcy w rozumieniu Konwencji Genewskiej i Protokołu Nowojorskiego może być nadany, o ile cudzoziemiec nie uzyskał tego statusu w innym państwie zapewniającym mu ochronę. Art. 42 nie pozwala organowi na uznanie, lecz wiąże go co do treści rozstrzygnięcia, jeżeli cudzoziemiec nie spełnia warunków w nim wskazanych.

7 Zob. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 06.06.2001 r., LEX nr 78941.

8 Zob. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 07.02.2001 r., LEX nr 77643.

Wyrok NSA – V SA 2731/99⁹

Słowa kluczowe

Zakres podmiotowy decyzji o nadaniu statusu uchodźcy; Sytuacja prawna małżonka, rodziców i małoletnich dzieci cudzoziemca

Spełnienie warunków określonych w art. 1 ust. 1 pkt 2 Konwencji Genewskiej uzasadnia nadanie cudzoziemcowi statusu uchodźcy. Pozytywna decyzja organu państwa wywiera, zgodnie z art. 44 ustawy o cudzoziemcach, skutki nie tylko wobec cudzoziemca, któremu nadano status uchodźcy, ale także w stosunku do jego małżonka oraz małoletnich dzieci cudzoziemca, jeżeli przebywają na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zakres podmiotowy tej normy został w sposób wyraźny ograniczony do małżonka i małoletnich dzieci cudzoziemca, co oznacza, że norma ta nie ma zastosowania do matki cudzoziemca.

Wyrok NSA – V SA 1296/99¹⁰

Słowa kluczowe

Zakres merytoryczny pojęcia „uchodźca”

Uchodźcą w rozumieniu Konwencji Genewskiej jest osoba, która żywi uzasadnioną obawę przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej i przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem i nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa.

Istotne – w tym kontekście – ma znaczenie jednoznaczne ustalenie obywatelstwa osoby starającej się o nadanie statusu uchodźcy.

Opracował: Rafał Obolewicz

9 Zob. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 17.05.2000 r., LEX nr 49882.

10 Zob. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10.01.2000r., LEX nr 49297.

3. Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich

Sprawa 267/8311 Aissatou Diatta v. Land Berlin

Słowa kluczowe

Swoboda przepływu pracowników; Prawo pobytu członków rodziny pracownika migrującego w państwie przyjmującym; Małżeństwo pozostające w separacji; Art. 10 i 11 Rozporządzenia Rady Nr 1612/68.

Członkowi rodziny pracownika migrującego przysługuje uprawnienie do wspólnego zamieszkania z nim w państwie przyjmującym. Art. 10 Rozporządzenia nie formułuje wymagania, by to wspólne zamieszkiwanie miało charakter stały, a jedynie w ust. 3 tego artykułu wskazano, że pracownik powinien dysponować dla swojej rodziny lokalem o odpowiednim standardzie.

Taka interpretacja zgodna jest z duchem art. 11 Rozporządzenia, który przyznaje członkowi rodziny pracownika prawo do podejmowania zatrudnienia na całym terytorium danego Państwa Członkowskiego, nawet jeśli to zatrudnienie miałoby być wykonywane w miejscu oddalonym od miejsca pobytu pracownika migrującego.

Zgodnie z art. 10 Rozporządzenia Nr 1612/68, od członków rodziny pracownika migrującego nie wymaga się nieprzerwanego zamieszkiwania z nim pod jednym dachem dla uznania, że spełniają oni warunki do uzyskania pozwolenia na pobyt. Natomiast art. 11 Rozporządzenia nie stanowi samoistnego uprawnienia do uzyskania takiego pozwolenia, które byłoby niezależne od warunków określonych w art. 10 Rozporządzenia.

11 Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 13 lutego 1985 r., Zb. Orz. 1985, s. 567.

Sprawa C– 369/9012 Mario Vicente Micheletti and others
v. Delegación del Gobierno en Cantabria

Słowa kluczowe

Swoboda przepływu pracowników; Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej; Obywatel państwa członkowskiego posiadający jednocześnie obywatelstwo państwa nieczłonkowskiego; Art. 52 TEWG (obecny art. 43 TWE); Dyrektywa Rady 73/148.

W świetle prawa międzynarodowego i z poszanowaniem prawa wspólnotowego do każdego państwa członkowskiego należy określać warunki nabycia i utraty obywatelstwa. Niemniej ustawodawstwo krajowe państwa członkowskiego nie może ograniczać efektów obywatelstwa innego państwa członkowskiego poprzez ustanawianie dodatkowych warunków uznania takiego obywatelstwa, w kontekście realizacji fundamentalnych wolności gwarantowanych przepisami Traktatu.

Zgodnie z przepisami prawa wspólnotowego dotyczącymi swobody prowadzenia działalności gospodarczej, Państwo Członkowskie nie może odmówić prawa do korzystania z tej swobody obywatelowi innego Państwa Członkowskiego, który posiada również obywatelstwo państwa nieczłonkowskiego, opierając taką odmowę na przepisach krajowych, według których uznaje się go za obywatela państwa nieczłonkowskiego.

Sprawa C–43/9313 Raymond Vander Elst v. Urząd Migracyjny

Słowa kluczowe

Swoboda świadczenia usług; Zasada niedyskryminacji; Działalność usługowa ustanowiona w jednym państwie członkowskim i wykonywana w innym przez pracowników posiadających obywatelstwo państwa nieczłonkowskiego; Stosowanie przez państwo członkowskie zasad dotyczących dostępu do rynku pracy pracowników posiadających obywatelstwo państw nieczłonkowskich; Art. 59 i 60 TEWG (obecny art. 49 i 50 TWE).

System zawierający wymóg uzyskania przez obywateli państw nieczłonkowskich pozwolenia na pracę od właściwych władz francuskich, służy regulacji dostępu pracowników z państw trzecich do francuskiego rynku pracy.

Pracownicy, którzy posiadają zatrudnienie w jednym z państw członkowskich i czasowo przebywają w innym państwie członkowskim w celu wykonania usługi,

12 Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 7 lipca 1992 r., Zb. Orz. 1992, s. I–4239.

13 Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 9 sierpnia 1994 r., Zb. Orz. 1994, s. I–3803.

w żadnym wypadku nie poszukują dostępu do rynku pracy w tym państwie, o ile po wykonaniu usługi powrócą do państwa pochodzenia bądź pobytu.

Art. 59 i 60 TEWG (obecny art. 49 i 50 TWE) należy interpretować w ten sposób, iż zakazują one państwu członkowskiemu wymagania uzyskania pozwolenia na pracę przez pracowników będących obywatelami państw nieczłonkowskich, którzy posiadają legalne zatrudnienie w przedsiębiorstwach ustanowionych w innym Państwie Członkowskim i przebywają na terytorium tego państwa w celu wykonania usługi.

Sprawy połączone C-64/96 i C-65/9614 Land Nordrhein–Westfalen
v. Kari Uecker i Vera Jacquet v. Land Nordrhein–Westfalen

Słowa kluczowe

Swoboda przepływu pracowników; Prawo członków rodziny pracownika do podjęcia zatrudnienia; Sytuacja całkowicie krajowa; Obywatel państwa nieczłonkowskiego pozostający w związku małżeńskim z obywatelem państwa członkowskiego, który nigdy nie korzystał z prawa do swobodnego przemieszczania się pracowników; Art 11 Rozporządzenia Rady Nr 1612/68.

Obywatel państwa nieczłonkowskiego, pozostający w związku małżeńskim z pracownikiem posiadającym obywatelstwo państwa członkowskiego, nie może powoływać się na uprawnienia gwarantowane w art. 11 Rozporządzenia Rady Nr 1612/68, w sytuacji gdy ten pracownik nigdy nie korzystał z prawa do swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Wspólnoty.

Opracowała: Anna Brzozowska

14 Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 5 czerwca 1997 r., Zb. Orz. 1997, s. I-3171.

Sprawa C–200/02¹⁵ Kunqian Catherine Zhu i Man Lavette Chen
v. Secretary of State for the Home Department

Słowa kluczowe

Dyrektywa 90/364; Prawo pobytu; Dziecko mające obywatelstwo państwa członkowskiego, ale przebywające w innym państwie członkowskim; Rodzice będący obywatelami państwa trzeciego; Prawo pobytu matki w tym drugim państwie członkowskim

Art. 18 TWE oraz Dyrektywa 90/364 nadają małoletniemu obywatelowi państwa członkowskiego w wieku dziecięcym, objętemu stosownym ubezpieczeniem zdrowotnym i pozostającemu na utrzymaniu jednego z rodziców będącego obywatelem państwa trzeciego, którego środki wystarczają na to, aby pierwszy z wymienionych nie stał się obciążeniem dla finansów publicznych przyjmującego państwa członkowskiego, prawo pobytu na czas nieograniczony na terytorium tego państwa.

Odmówienie obywatelowi państwa członkowskiego lub państwa trzeciego, sprawującemu opiekę nad dzieckiem, któremu art. 18 TWE oraz Dyrektywa 90/364 przyznają prawo pobytu, możliwości przebywania z tym dzieckiem w przyjmującym państwie członkowskim, pozbawiałaby skuteczności prawo pobytu tego ostatniego. Oczywiście jest przecież, że korzystanie z prawa pobytu przez małoletnie dziecko pociąga za sobą prawo tego dziecka do towarzystwa osoby sprawującej opiekę oraz możliwość zamieszkania z nim w przyjmującym państwie członkowskim przez tę osobę.

Jeżeli art. 18 TWE oraz Dyrektywa 90/364 przyznają prawo pobytu na czas nieograniczony w przyjmującym Państwie Członkowskim małoletniemu obywatelowi innego Państwa Członkowskiego w wieku dziecięcym, te same przepisy umożliwiają rodzicom sprawującym opiekę nad tym obywatelem przebywanie wraz z nim w przyjmującym Państwie Członkowskim.

15 Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z 19 października 2004 r., Zb. Orz. 2004, s. I–9925. Treść orzeczenia w polskiej wersji językowej – strona ETS: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=390504:cs&lang=pl&list=390504:cs,390500:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>

Sprawa C–157/03¹⁶ Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii

Słowa kluczowe

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego; Dyrektywy 68/360/EWG, 73/148/EWG, 90/365/EWG i 64/221/EWG; Prawo pobytu; Dokument pobytowy; Obywatel państwa trzeciego będący członkiem rodziny obywatela wspólnotowego; Termin wydania dokumentu pobytowego

Wiza pobytowa jako konieczny do uzyskania dokumentu pobytowego wymóg stawiany przez przepisy hiszpańskie i, w konsekwencji, odmowa wydania tego dokumentu obywatelowi państwa trzeciego będącego członkiem rodziny obywatela wspólnotowego z powodu niedopełnienia przez niego obowiązku złożenia uprzednio wniosku o wizę pobytową w konsulacie hiszpańskim, stanowi środek sprzeczny z przepisami Dyrektywy 68/360, 73/148 i 90/365.

Nie dokonując prawidłowo transpozycji do wewnętrznego porządku prawnego Dyrektywy 68/360, 73/148 i 90/365, a w szczególności uzależniając wydanie dokumentu pobytowego obywatelom państwa trzeciego będącym członkami rodziny obywatela wspólnotowego korzystającego z prawa do swobodnego przemieszczania się od obowiązku uzyskania wizy pobytowej, oraz nie wydając dokumentu pobytowego tak szybko, jak to jest możliwe, a w każdym razie nie później niż sześć miesięcy od daty złożenia wniosku o wydanie tego dokumentu, niezgodnie z przepisami Dyrektywy 64/221, Królestwo Hiszpanii uchybiło zobowiązaniom państwa członkowskiego, które ciążyą na nim na mocy tych Dyrektyw.

Sprawa C–503/03¹⁷ Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii

Słowa kluczowe

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego; Dyrektywa 64/221/EWG; Obywatele państw trzecich będący małżonkami obywateli państwa członkowskiego; Prawo wjazdu i pobytu; Ograniczenia ze względu na porządek publiczny; System informacyjny Schengen; Wpis do celów odmowy wjazdu

Państwo członkowskie może dokonać wpisu do celów odmowy wjazdu w ramach SIS w odniesieniu do obywatela państwa trzeciego będącego małżonkiem

16 Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z 14 kwietnia 2005 r., Zb. Orz. 2005, s. I–2911. Treść orzeczenia w polskiej wersji językowej – strona ETS: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=397987:cs&lang=pl&list=397987:cs,397897:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktext=checkbox&visu=#texte>.

17 Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z 31 stycznia 2006 r., Zb. Orz. 2006, s. I–1097. Treść orzeczenia w polskiej wersji językowej – strona ETS: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=421201:cs&lang=pl&list=421201:cs,421092:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktext=checkbox&visu=#texte>.

obywatela państwa członkowskiego tylko, jeżeli stwierdzone zostanie, że obecność tej osoby stanowi rzeczywiste, istniejące i dostatecznie poważne zagrożenie podstawowych interesów społeczeństwa w rozumieniu Dyrektywy 64/221.

W tej sytuacji wpis do SIS, dotyczący obywatela państwa trzeciego będącego małżonkiem obywatela państwa członkowskiego, stanowi jak najbardziej oznakę istnienia przyczyny uzasadniającej odmowę wjazdu na obszar Schengen. Jednakże ta oznaka powinna być potwierdzona przez informacje umożliwiające państwu członkowskiemu konsultującemu SIS stwierdzenie, przed odmową wjazdu na obszar Schengen, że obecność tego cudzoziemca na obszarze Schengen stanowi rzeczywiste, istniejące i dostatecznie poważne zagrożenie podstawowych interesów społeczeństwa.

Bez wcześniejszego dokonania weryfikacji, czy ich obecność stanowi rzeczywiste, istniejące i dostatecznie poważne zagrożenie podstawowych interesów społeczeństwa, władze hiszpańskie nie mogły zasadnie odmówić zainteresowanym prawa wjazdu.

W odniesieniu do tej weryfikacji należy wskazać, że o ile zasada lojalnej współpracy, stanowiąca podstawę dorobku Schengen, oznacza, że państwo członkowskie, które konsultuje SIS, bierze pod uwagę wskazówki udzielone mu przez państwo wprowadzające wpis, oznacza to również, że państwo wprowadzające wpis powinno udostępnić państwu konsultującemu SIS uzupełniające informacje, umożliwiające dokonanie konkretnej oceny rozmiaru zagrożenia, jakie może stanowić osoba objęta wpisem.

Odmawiając obywatelowi państwa trzeciego prawa wjazdu na obszar Schengen oraz odmawiając wydania wizy w celu wjazdu na ten obszar obywatelom państwa trzeciego będącym małżonkami obywateli państwa członkowskiego z tego tylko powodu, że byli oni objęci wpisem do celu odmowy wjazdu w ramach systemu informacji Schengen, nie dokonując uprzednio oceny, czy obecność tych osób stanowi rzeczywiste, istniejące i dostatecznie poważne zagrożenie podstawowych interesów społeczeństwa, Królestwo Hiszpanii uchybiło zobowiązaniom, ciążącym na nim na mocy art. 1–3 Dyrektywy 64/221.

Sprawa C–1/05¹⁸ Yunying Jia v. Migrationsverket

Słowa kluczowe

Dyrektywa 73/148/EWG; Obywatel państwa członkowskiego prowadzący działalność na własny rachunek w innym państwie członkowskim; Prawo pobytu wstępnego małżonka, jeśli wstępny i małżonek są obywatelami państwa trzeciego – Obowiązek po stronie wstępnego zgodnego z prawem przebywania w państwie członkowskim w chwili, gdy dołącza do swojej rodziny w państwie członkowskim prowadzenia działalności; Wymagane dowody dla uznania za wstępnego na utrzymaniu

Prawo wspólnotowe nie zobowiązuje państw członkowskich do uzależnienia przyznania prawa pobytu obywatelowi państwa trzeciego, będącemu członkiem rodziny obywatela wspólnotowego, który skorzystał ze swobody przepływu, od tego, czy członek rodziny przebywał wcześniej zgodnie z prawem na terytorium innego państwa członkowskiego.

Wykładni art. 1 ust. 1 lit. d) Dyrektywy 73/148 należy dokonywać w ten sposób, że przez wyrażenie „na [ich] utrzymaniu” rozumie się konieczność wsparcia materialnego członka rodziny obywatela wspólnotowego, który w rozumieniu art. 43 TWE osiedlił się w innym państwie członkowskim, ze strony tego obywatela lub jego małżonka, w celu zaspokojenia zasadniczych potrzeb tego członka rodziny w jego państwie pochodzenia w chwili, gdy ten składa wniosek o dołączenie do tego obywatela. Wykładni art. 6 lit. b) tej Dyrektywy należy dokonywać w ten sposób, że dowód na konieczność wsparcia materialnego może zostać przedstawiony za pomocą wszelkich odpowiednich ku temu środków, lecz samo zobowiązanie się obywatela wspólnotowego lub jego małżonka do utrzymywania tego członka rodziny nie musi być uznane za dowód na istnienie jego rzeczywistej zależności.

Sprawa C–10/05¹⁹ Cynthia Mattern i Hajrudin Cikotic
v. Ministre du Travail et de l'Emploi

Słowa kluczowe

Rozporządzenie 1612/68; Obywatel państwa trzeciego będący małżonkiem obywatela wspólnotowego; Obywatel wspólnotowy zatrudniony w innym państwie członkowskim niż państwo obywatelstwa; Prawo do zatrudnienia obywatela państwa trzeciego w państwie członkowskim obywatelstwa małżonka

18 Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z 9 stycznia 2007 r., niepublikowane. Treść orzeczenia w polskiej wersji językowej – strona ETS: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=438753:cs&lang=pl&list=438753:cs,435618:cs,425900:cs,&pos=1&page=1&nbl=3&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>

19 Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z 30 marca 2006 r., Zb. Orz. 2006, s. I–3145. Treść orzeczenia w polskiej wersji językowej – strona ETS: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=424317:cs&lang=pl&list=424317:cs,418808:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>

Prawo do zatrudnienia na podstawie art. 11 Rozporządzenia 1612/68 nie przyznaje członkom rodziny pracowników migrujących odrębnego prawa do swobodnego przepływu, ponieważ przepis ten służy raczej pracownikowi migrującemu, do którego rodziny należy obywatel państwa trzeciego jako jego małżonek lub dziecko pozostające na jego utrzymaniu.

Art. 11 Rozporządzenia 1612/68 nie przyznaje obywatelowi państwa trzeciego prawa do zatrudnienia w innym państwie członkowskim niż to państwo, w którym jego małżonek, obywatel wspólnotowy korzystający ze swojego prawa do swobodnego przemieszczania się, jest lub był zatrudniony.

Sprawa C–241/05²⁰ Nicolae Bot v. Préfet du Val-de-Marne

Słowa kluczowe

Konwencja wykonawcza do układu z Schengen; Warunki przemieszczania się obywateli państwa trzeciego niepodlegających obowiązkowi wizowemu; Maksymalny trzymiesięczny pobyt w ciągu sześciomiesięcznego okresu liczonego od daty pierwszego wjazdu na obszar Schengen; Kolejne pobyty; Pojęcie „pierwszego wjazdu”.

Wykładni art. 20 ust. 1 Konwencji wykonawczej do układu z Schengen należy dokonywać tak, że pojęcie „pierwszego wjazdu” zawarte w tym przepisie dotyczy, poza w ogóle pierwszym wjazdem na obszar Schengen, pierwszego wjazdu na ten obszar po upływie sześciomiesięcznego okresu liczonego od tego w ogóle pierwszego wjazdu, jak również każdego innego pierwszego wjazdu po upływie każdego nowego sześciomiesięcznego okresu liczonego od poprzedniej daty pierwszego wjazdu.

Opracowała: Karolina Kudrycka

20 Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z 3 października 2006 r., Zb. Orz. 2006, s. I–9627. Treść orzeczenia w polskiej wersji językowej – strona ETS: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=433798:cs&lang=pl&list=433798:cs,425906:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>.

Literatura – wybór

- Białocerkiewicz J., *Cudzoziemcy w Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, TNOiK, Toruń 2001.
- Białocerkiewicz J., *Cudzoziemcy w Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz do ustawy*, TNOiK, Toruń 1998.
- Białocerekiewicz J., *Nowe polskie prawo o cudzoziemcach*, TNOiK, Toruń 2003.
- Białocerkiewicz J., *Nowe polskie prawo o cudzoziemcach przejawem transformacji ustrojowej*, (w): *Przemiany polskiego prawa (1989–1999)*. Pod red. E. Kustry, Studia Iuridica Toruniensia, Wydawnictwo UMK, Toruń 2001.
- Białocerkiewicz J., *Nowe regulacje statusu prawnego cudzoziemca – ważnym ogniwem transformacji prawa*, (w): *Przemiany doktrynalne i systemowe prawa publicznego. Studia dedykowane prof. Wincentemu Bednarkowi*. Red. St. Pikulski, W. Pływaczewski, J. Dobkowski, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Olsztyn 2002.
- Białocerkiewicz J., *Nowelizacja polskiego prawa o cudzoziemcach. Przegląd zagadnień i analiza wstępna*. Kwartalnik Prawa Publicznego 2001, nr 1.
- Białocerkiewicz J., *Ochrona cudzoziemców w Rzeczypospolitej Polskiej (wybrane aspekty)*, (w): *Ochrona człowieka w świetle prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały konferencyjne*. Pod red. St. Pikulskiego, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Olsztyn 2002.
- Białocerkiewicz J., *Status prawny cudzoziemca w świetle standardów międzynarodowych*, Wydawnictwo UMK, Toruń 1999.
- Chlebny J., *Ochrona sądowa w sprawach dotyczących osób ubiegających się o status uchodźcy – doświadczenia i perspektywy*, „Miscellanea Iuris Gentium” 2004, nr 7.
- Chlebny J., *Zagadnienia proceduralne w sprawach o nadanie statusu uchodźcy w orzecznictwie NSA*, Państwo i Prawo 2002, nr 5.
- Chlebny J., Trojan W., *The Refugee Status Determination Procedure in Poland*, International Journal of Refugee Law 2000, nr 2.
- Chrostowska K., *Prawo cudzoziemca do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Cz. 1*, Zeszyty Prywatnej Wyższej Szkoły Businessu, Administracji i Technik Komputerowych w Warszawie – Wiek XXI 2003, nr 2.
- Chrostowska K., *Prawo cudzoziemca do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Cz. 2*, Zeszyty Prywatnej Wyższej Szkoły Businessu, Administracji i Technik Komputerowych w Warszawie – Wiek XXI 2003, nr 4.

- Cuadrant-Grzybowska K., *Nowe prawo o cudzoziemcach*, Monitor Prawniczy 2003, nr 21.
- Czubik P., *Prawo pozbawionego wolności cudzoziemca do informacji o możliwości notyfikacji konsularnej jako część prawa do rzetelnego procesu sądowego. Implikacje dla polskiego procesu karnego*, (w): *Europejskie standardy ochrony praw człowieka a ustawodawstwo polskie*. Pod red. E. Dyni i Cz.P. Kłaka, „Mitel” Uniwersytet Rzeszowski, Rzeszów 2005.
- Dynia E., *Cudzoziemcy w prawie międzynarodowym, status cudzoziemców w Polsce*, Polska Fundacja Spraw Międzynarodowych, Warszawa 1998.
- Florczak A., *Uchodźcy w Polsce. Między humanitaryzmem a pragmatyzmem*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2003.
- Głąbicka, *Ustawa o cudzoziemcach*, Służba Pracownicza 1998, nr 1.
- Grzegorzczak T., *Postępowanie szczególne wobec cudzoziemców*, (w:) *Przestępczość przygraniczna. Postępowanie karne przeciwko cudzoziemcom w Polsce. Materiały z konferencji w Poznaniu*. Pod red. A.J. Szwarcza, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2000.
- Grzymala – Moszczyńska H., *Uchodźcy. Podręcznik dla osób pracujących z uchodźcami*, Wydawnictwo Nomos, Kraków 2000.
- Heilla J., *Obrona cudzoziemca*, Gazeta Sądowa 2001, nr 5.
- Hryniewicz J., *Uchodźcy w Polsce – teoria a rzeczywistość. Na podstawie badań prowadzonych w Centralnym Ośrodku Recepcyjnym w Dębaku oraz w Urzędzie ds. Repatriacji i Cudzoziemców*, Wydawnictwo A. Marszałek, Toruń 2005.
- Jagielski J., *Status obywatela i cudzoziemca w orzecznictwie*, Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska – ABC, Warszawa 2001.
- Jagielski J., *Status prawny cudzoziemca w Polsce (problematyka administracyjno-prawna)*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1997.
- Jasiakiewicz A., Klaus W., Smoter B., *Sytuacja cudzoziemców posiadających w Polsce zgodę na pobyt tolerowany – rekomendacje dla polskiej polityki integracyjnej*, Instytut Spraw Publicznych, Analizy i Opinie 2006, nr 60.
- Kmak M., *Pobyt tolerowany w sprawach cudzoziemców pozostających w nieformalnych związkach z obywatelami polskimi*, „Miscellanea Iuris Gentium” 2004, nr 7.
- Kornaś T., *Nowe prawo o cudzoziemcach*, Najwyższy Czas 2001, nr 15–16.
- Kowalczyk B., *Administracyjnoprawna sytuacja cudzoziemca w Polsce*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo nr 267 (1999).
- Kowalczyk B., *Postępowanie przyspieszone w sprawie o nadanie statusu uchodźcy*, (w): *Współczesne europejskie problemy prawa administracyjnego i administracji publicznej. W XXXV rocznicę utworzenia Instytutu Nauk Administracyjnych Uniwersytetu Wrocławskiego*.

- Prawo CCXCV. Pod red. A. Błasia i K. Nowackiego, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2005.
- Kowalski M., Pozbawienie wolności osób ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w świetle standardów międzynarodowych, „Miscellanea Iuris Gentium” 2004, nr 7.
- Kowalski M., Prawnomiędzynarodowe uwarunkowania dostępu do procedur azylowych w Europie, Forum Europejskie, 2001, nr 2.
- Kumela - Romańska M., *Zmiany ważne dla cudzoziemców*, Jurysta 2005, nr 9.
- Kwarciak A., *Zezwolenia na pobyt w ustawie o cudzoziemcach*, Klinika 2000, nr 1.
- Leoński Z., *Administracyjnoprawny status cudzoziemca w Polsce*, (w): *Państwo prawa. Administracja. Sądownictwo. Prace dedykowane prof. dr. Hab. Januszowi Łętowskiemu w 60. rocznicę urodzin*. Red. A. Łopatka, A. Wróbel, St. Kiewlicz, Wydawnictwo Naukowe Scholar, INP, Fundacja Promocji Prawa Europejskiego, Warszawa 1998.
- Łodziński Sł., „We and the others”. *Foreigners in Poland in 1990s. – legal solutions and social perception*. Hemispheres 2000, nr 15.
- Malanowski J., *Postępowanie przed Prezesem Urzędu do spraw Repatriacji i Cudzoziemców o nadanie cudzoziemcowi statusu uchodźcy*, Studia Iuridica 2003, nr 42.
- Mielnik B., *Status prawny cudzoziemców w RP*, (w:) *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*. Pod red. B. Banaszaka i A. Preisnera, C.H. Beck, Warszawa 2002.
- Mikołajczyk B., *Minimalne standardy dla procedur uchodźczych*, Państwo i Prawo 2002, nr 3.
- Mikołajczyk B., *Osoby ubiegające się o status uchodźcy. Ich prawa i standardy traktowania*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2004.
- Mikołajczyk B., *Pomoc prawna w sprawach uchodźczych. Nowe wyzwania w związku z przystąpieniem Polski do UE*, „Palestra” 2004, nr 1.
- Mikołajczyk B., *Rada do Spraw Uchodźców w świetle projektowanych zmian ustawy o cudzoziemcach*, (w): *Polska i Wielka Brytania wobec Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia prawne*. Pod red. G. Grabowskiej, Uniwersytet Śląski, Katowice 2002.
- Mikołajczyk B., *Rzetelność postępowania w sprawie nadania statusu uchodźcy*, „Miscellanea Iuris Gentium” 2004, nr 7.
- Modrzejewski A.K., *Przesłanki odmowy wydania wizy polskiej z art. 42 ustawy o cudzoziemcach w świetle wspólnej unijnej polityki wizowej*, Przegląd Prawa Europejskiego 2005, nr 3–4.
- Pacek M., *Polska polityka migracyjna na tle rozwiązań i doświadczeń Unii Europejskiej*, Studia Europejskie 2005, nr 4.

- Piskorski J., *Odpowiedzialność karna cudzoziemców w Polsce*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2003.
- Piskorski J., *Orzekanie środków probacyjnych wobec cudzoziemców*, (w): *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce*. Pod red. B. Janiszewskiego, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2004.
- Płoski T., *Ekstradycja cudzoziemców w prawie polskim*, Wojsko i Wychowanie 2000, nr 3.
- Prandota – Prandecka E., Haręża A., Azyl terytorialny (polityczny) jako forma ochrony udzielanej cudzoziemcowi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wybrane zagadnienia, (w): *Współczesne europejskie problemy prawa administracyjnego i administracji publicznej*. W XXXV rocznicę utworzenia Instytutu Nauk Administracyjnych Uniwersytetu Wrocławskiego. Prawo CCXCV. Pod red. A. Błasia i K. Nowackiego, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2005.
- Prawa cudzoziemców umieszczonych w aresztach w celu wydalenia i strzeżonym ośrodku. Raport*. Red. Astrida M. Gudebska–Rusiecka, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2004.
- Prawo o cudzoziemcach. Komentarz*. Red. J. Chlebny, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Rutkiewicz A., *Status Cudzoziemców w Polsce*, Biuletyn Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego 2001, nr 1.
- Rzeplińska I., *Udzielanie cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – instytucja zgody na pobyt tolerowany*, „Miscellanea Iuris Gentium” 2004, nr 7.
- Sławiński M., *Cudzoziemcy w Polsce*, Gazeta Sądowa 1997, nr 19.
- Sowiński P.K., *Wybrane instytucje z zakresu legalizacji pobytu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*, (w): *Europejskie standardy ochrony praw człowieka a ustawodawstwo polskie*. Pod red. E. Dyni i Cz.P. Kłaka, „Mitel” Uniwersytet Rzeszowski, Rzeszów 2005.
- Sowiński P. K., *Wydalenie z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej cudzoziemców opuszczających zakłady karne po odbyciu kary pozbawienia wolności*, Prokuratura i Prawo 2006, nr 6.
- Stachańczyk P., *Cudzoziemcy*, Wydawnictwo ZPP, Warszawa 1998.
- Wieruszewski R., *Pozycja prawna cudzoziemca, azylanta i uchodźcy – założenia konstytucyjne i praktyka prawna*, (w): *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*. Pod red. L. Wiśniewskiego, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006.
- Wieruszewski R., Degórska K., *Rada ds. Uchodźców. Doświadczenia i wnioski z pierwszej kadencji*. „Miscellanea Iuris Gentium”, 2004, nr 7.

- Wysocka M., *Przesłanki przekazania cudzoziemców*, (w): *Nowa kodyfikacja prawa karnego*. Pod red. L. Boguni, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2005.
- Zawadzki P.W., *Ochrona praw uchodźców w świetle norm prawa międzynarodowego i ustawodawstwa polskiego. Cudzoziemcy poszukujący ochrony w Polsce. Analiza danych zastanych*, Raporty i Analizy Instytutu Polityki Społecznej, Seria „Raporty Migracyjne” 2005, nr 6.
- Zdanowicz M., *Definicja uchodźcy w orzecznictwie polskich organów rozpatrujących sprawy uchodźcze*, „Miscellanea Iuris Gentium” 2004, nr 7.
- Zdanowicz M., *Procedury azylowe w acquis Unii Europejskiej i w prawie polskim*, Państwo i Prawo 2000, nr 4.

Opracowała: Agnieszka Piekutowska