

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (207) 2016
Warszawa 2016

Przemysław Saganek ■

WSPÓŁCZESNY KRYZYS MIGRACYJNY A UWARUNKOWANIA MIĘDZYNARODOWOPRAWNE

Uwagi wstępne

Kryzys migracyjny¹, którego najbardziej spektakularnym przejawem jest napływ tysięcy osób do Europy Południowej drogą morską w ciągu 2015 i 2016 r., stanowi bezspornie jedno z największych wyzwań, z jakimi zetknęła się Unia Europejska, czy szerzej – Europa – w XXI wieku. Póki co, ma ona problem z jego nazwaniem i wtłoczeniem w tradycyjne pojęcia. Faktycznie zagadnienie jest wieloaspektowe i trudne do uchwycenia z uwagi na bogactwo związanych z nim wątków. Tym bardziej zasługuje ono na to, by przyjrzeć mu się dokładniej. Poniższe rozważania ograniczą się tylko i wyłącznie do analiz natury prawnej. Od razu trzeba jednak wspomnieć, że nie mniej ważne są perspektywy wyznaczone przez politykę, moralność, religię, demografię², ekonomię. Każdy z tych elementów może być odczytywany w różnych aspektach i często pod różnym kątem. I tak polityka może z jednej strony obawiać się destabilizacji związanej z samą imigracją

¹ Co do opisu kryzysu patrz: N. Ostrand, *The Syrian Refugee Crisis: A Comparison of Responses by Germany, Sweden, the United Kingdom, and the United States*, *Journal on Migration and Human Security*, 2015, s. 255–274. J. Borg-Barthet, C. Lyons, *The European Union Migration Crisis*, *The Edinburgh Law Review* Vol 20 2016, s. 230–235. Jako kuriozum można odnotować rozważania C. Codrea, *European Refugee Crisis: Legal Framework And European Political Effects*, 2016 Rev. *Universul Juridic* 2016, s. 72 i nast.

² Patrz: R. Patrascu, *Migration, A Current Issue: The Crisis Of Today, The Challenge Of Tomorrow*, *Europolity Continuity & Change in European Governance* 2015, s. 242.

lub też raczej z reakcją na imigrację (odrodzeniem się nacjonalizmów). Tolerowanie przekraczania granic swojego państwa przez tysiące osób bez żadnej kontroli może traktować albo jako akt szczególnej solidarności zasługujący na pochwałę, albo jako wyraz bezsily i bezradności czy wręcz zachętę dla innych mocarstw do stymulowania takich ruchów ludnościowych w przyszłości. Z kolei duchowny może traktować obecny kryzys albo jako okazję do okazania miłości bliźniego, albo jako zagrożenie dla samego bytu chrześcijaństwa w co najmniej kilku państwach europejskich czy ich częściach. Niżej podpisany nie czuje się ekspertem w żadnej z tych dziedzin innych niż prawo, dlatego będą one wspomniane tylko w tych sytuacjach, w których ograniczenie się do kwestii prawnych byłoby zupełnie niemożliwe.

Dość powiedzieć, że prawo w tej dyskusji odgrywa rolę bardzo istotną. Po pierwsze, same ruchy ludności, jak i ich skutki, wiążą się z całym szeregiem istniejących norm prawa międzynarodowego. Po drugie, w prawie można szukać co najmniej pewnych sposobów radzenia sobie z kryzysem. Dotyczy to zarówno prawa obowiązującego, jak i jego pożądaných modyfikacji. Można jednak i trzeba widzieć w prawie jeden (nie jedyny, ani nawet nie najważniejszy, choć ważny) z elementów sprawczych kryzysu czy co najmniej jego rozmiarów.

Temu ostatniemu elementowi są poświęcone poniższe rozważania. Od razu trzeba podkreślić, że nie jest moim celem „zamykanie Europy” i sprowadzenie liczby przybyszów z rejonu Morza Śródziemnego do zera. Cel ten nie jest zresztą możliwy do osiągnięcia. Po drugie, nie jest moim celem zachęcanie do kwestionowania praw rzeczywistych uchodźców. Po trzecie, nie jest tym celem umacnianie obaw, frustracji czy pożałowania godnych przejawów niechęci do ludzi o innym kolorze skóry i innej religii. Wręcz przeciwnie – w mojej ocenie obecna sytuacja przypomina swoiste odwrócenie ról. Społeczeństwo zdaje się zapominać o empatii dla ofiar trwającej od 5 lat wojny w Syrii, obawiając się (słusznie), że kryzys jest (lub co najmniej może być) wykorzystywany do innych celów (trudnych do precyzyjnego ustalenia na obecnym etapie, lecz raczej niepożądanych), zaś państwa wykazują się całkowitą nieporadnością i brakiem wizji (w czym dzielnie sekundują im media). Tym samym część społeczeństwa wykazuje wolę „zastępowania” państwa. Co gorsza, teza o bezradności państw może być zgodna z prawdą. Celowe jest zatem przywrócenie właściwego podziału ról. Państwa powinny dokonać bilansu możliwości i zacząć rozważać scenariusze na wypadek różnych kierunków rozwoju kryzysu. Analiza prawa ma w tym zakresie pierwszorzędne znaczenie. Po pierwsze, trzeba wskazać, które (teoretycznie pożądane) działania są na pewno dopuszczalne, które są na pewno niedopuszczalne, a które budzić mogą wątpliwości co do dopuszczalności. Po drugie – trzeba ustalić normy, które stanowią na tyle poważną przeszkodę do radzenia sobie z kryzysem, że trzeba

podjąć dyskusję o ich zmianie czy zawieszeniu – przynajmniej na pewnym etapie pogłębiania się kryzysu. Już z góry można założyć, że będzie tu chodziło albo o normy utrudniające działania państw *per se*, albo też normy stanowiące zachęty do przyjazdu do państw europejskich osób, których status jako uchodźców lub osób nie będących uchodźcami jest niejasny.

Wielość płaszczyzn badawczych w obrębie prawa międzynarodowego

Wspomniana już wieloaspektowość zagadnienia kryzysu migracyjnego znajduje swoje przełożenie także na płaszczyznę prawa międzynarodowego. Nie chodzi tu tylko o to, że prawo międzynarodowe jest samo jedną z wielu wspomnianych wyżej płaszczyzn, ale o to, że w jego obrębie można wyróżnić znaczną liczbę dziedzin i poddziedzin, które są istotne dla zbadania sprawy.

Wymienić wśród nich można, po pierwsze, zagadnienia prawa uchodźczego. Głównym punktem odniesienia w tym zakresie jest konwencja genewska z 1951 r. Dodatkowo dla państw członkowskich UE miarodajne są w tej mierze rozbudowane normy prawa azylowego UE (poprzednio WE).

Drugim ważnym elementem są normy dotyczące przekraczania granic. Wiążą się one z regułami klasycznego prawa międzynarodowego – w tym zasadą suwerenności terytorialnej państwa i jego prawem decydowania o tym, kto może przebywać na jego terytorium. Istotne w tym zakresie są też liczne dokumenty prawa międzynarodowego, w tym prawa UE. Szczególnie ważnym elementem tego ostatniego jest Kodeks Graniczny Schengen.

Trzeci ważny obszar wyznaczają reguły prawa morza. Regulują one zakres uprawnień państw na poszczególnych obszarach morskich. W mojej ocenie właśnie fakt, iż masowa migracja odbywa się drogą morską, przyczynia się do nieumiejętności doktryny i praktyki uchwycenia sedna problemu, którego jesteśmy świadkami.

Po czwarte, istotne dla sprawy są kwestie prawa morskiego, zwłaszcza zaś ratowania życia na morzu.

Po piąte, sprawa wymaga spojrzenia z perspektywy prawa państwa do istnienia i bezpieczeństwa. Nie jest przypadkiem, że w przeszłości ruchy ludnościowe stanowiły koniec starych, a początek nowych państw. Nie można też wykluczyć tego, że sama możliwość kierowania ruchów wielkich mas ludzkich jest traktowana jako nowy rodzaj broni – póki co dyplomatycznej, lecz w jakiejś perspektywie także militarnej. Dość przypomnieć „szantaż migracyjny” Turcji, by zauważyć potencjał tkwiący w tym kryzysie.

Last but not least, wszystkie wnioski formułowane na gruncie powyższych gałęzi i podgałęzi prawa międzynarodowego będą musiały być przefiltrowane przez normy dotyczące praw człowieka. Dla państw europejskich szczególnie wysoki ich standard jest zapewniany przez Europejską Konwencję Praw Człowieka.

Jak widać, zestaw zagadnień pozwala mówić o wieloaspektowości problemu. Na pewno nie ułatwia on pochylenia się nad bieżącym problemem nawet wybitnym znawcom prawa międzynarodowego, specjalizującym się w jednej czy nawet kilku jego podgałęziach. Tym niemniej doktryna powinna podjąć to wyzwanie.

Niniejszy tekst skoncentruje się na 3 podstawowych obszarach. Będą to prawo azylowe *par excellence*, a także (choć w mniejszym zakresie) reguły dotyczące przekraczania granic i reguły prawa morza.

Parę słów trzeba powiedzieć na temat kluczowych dokumentów.

Jeśli chodzi o prawo międzynarodowe publiczne dotyczące uchodźców – podstawowym punktem odniesienia jest oczywiście wspomniana już konwencja genewska z 1951 r. wraz z protokołem nowojorskim z 1967 r. Odnośnie do prawa morza – analizy będą musiały odnieść się przede wszystkim do Konwencji Prawa Morza z Montego Bay z 1982 r. Zarazem trzeba mieć świadomość, że tak prawo morza, jak i inne elementy wspominane powyżej (suwerenność terytorialna, prawo samoobrony) mają charakter norm zwyczajowych – nie zawsze skodyfikowanych i w dużej mierze samodzielnych wobec prób kodyfikacji.

W zakresie prawa UE – kwestie kontroli granic będą omawiane w oparciu o nowy Kodeks Graniczny Schengen. Nie trzeba wyjaśniać, że wiąże on tylko te państwa, które są członkami systemu Schengen.

Z kolei unijne prawo uchodźcze jest bardzo rozbudowane. Dla uproszczenia analizy obejmą tylko najbardziej istotne elementy – a mianowicie dwa rozporządzenia i trzy dyrektywy. Są to:

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego³ i Rady (UE) nr 604/2013⁴, znane jako rozporządzenie dublińskie, czy bardziej precyzyjnie rozporządzenie Dublin III;

³ Dalej powoływanego jako PE.

⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 604/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca. Dz. Urz. UE 2013 L 180/31.

Rozporządzenie PE i Rady (UE) nr 603/2013⁵ – znane jako rozporządzenie Eurodac;

Dyrektywa PE i Rady 2011/95/UE⁶, znana jako dyrektywa kwalifikacyjna;

Dyrektywa PE i Rady 2013/32/UE⁷, określana jako dyrektywa proceduralna;

Dyrektywa PE i Rady 2013/33/UE⁸, określana jako dyrektywa recepcyjna.

Międzynarodowe prawo azylowe

Definicja uchodźcy z konwencji genewskiej z 1951 r.

W sposób oczywisty konwencja genewska z 1951 r. jest głównym punktem odniesienia jakichkolwiek analiz dotyczących uchodźców.

Najważniejszym jej elementem jest oczywiście przyjęta w niej definicja uchodźcy. Obecnie znaczenie ma tylko jej część zawarta w ustępie drugim art. 1 część A⁹. Zgodnie z nim:

⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 603/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia systemu Eurodac do porównywania odcisków palców w celu skutecznego stosowania rozporządzenia (UE) nr 604/2013 w sprawie ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca oraz w sprawie występowania o porównanie z danymi Eurodac przez organy ścigania państw członkowskich i Europol na potrzeby ochrony porządku publicznego, oraz zmieniające rozporządzenie (UE) nr 1077/2011 ustanawiające Europejską Agencję ds. Zarządzania Operacyjnego Wielkoskalowymi Systemami Informatycznymi w Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości (wersja przekształcona), Dz. Urz. UE 2013 L 180/1.

⁶ Dyrektywa PE i Rady 2011/95/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony, Dz. Urz. UE 2011, L 337/9.

⁷ Dyrektywa PE i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej, Dz. Urz. UE 2013 L 180/60.

⁸ Dyrektywa PE i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową, Dz. Urz. UE 2013 L 180/96.

⁹ Art. 1 część A ust. 1 wskazuje, że uchodźca to osoba będąca uchodźcą w rozumieniu wcześniejszych porozumień – z 1926, 1928, 1933, 1938, 1939 r. oraz Konstytucji Międzynarodowej Organizacji do spraw Uchodźców. Ten element z oczywistych względów nie jest aktualny obecnie.

„W rozumieniu niniejszej Konwencji termin „uchodźca” stosuje się do osoby, która (...) w rezultacie zdarzeń, jakie nastąpiły przed dniem 1 stycznia 1951 r., oraz na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej 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 znajdując się na skutek podobnych zdarzeń, poza państwem swojego dawnego stałego zamieszkania nie może lub nie chce z powodu tych obaw powrócić do tego państwa.”

Jest widoczne, że definicja ma zastosowanie dla celów samej tylko konwencji. Ta ostatnia jednak wyznacza podstawowy punkt odniesienia dla ochrony uchodźców *par excellence*.

Jak zatem widać, definicja ta odwołuje się do czterech głównych kryteriów:

- 1) Elementu czasowego (tj. zdarzeń sprzed 1951 r.),
- 2) Elementu obawy motywowanej zamkniętym katalogiem przyczyn,
- 3) Faktu przebywania poza granicami państwa macierzystego (tj. państwa obywatelstwa czy stałego pobytu),
- 4) Elementu niemożliwości czy braku woli korzystania z opieki państwa macierzystego.

Od razu trzeba zaznaczyć, że pierwszy z tych elementów nie ma znaczenia obecnie z uwagi na protokół nowojorski z 1967 r. Oczywiście, uwaga ta ma zastosowanie do państw-stron tego protokołu. Tym niemniej utrzymanie cezury 1951 roku w ogóle stawiałoby poza zakresem konwencji genewskiej kryzysy bliższe współczesności, w tym te z Bliskiego Wschodu.

Trudno byłoby krytykować definicję uchodźcy z perspektywy ochrony interesów państw, do których docierają wielkie fale migracyjne. Definicja ta jest bardzo wyważona. Można wręcz powiedzieć, że wyznacza *minimum minimum* poziomu ochrony. Oczywiście, trudno ją rozważać w oderwaniu od konkretnych praw związanych z tym statusem. Te będą przedmiotem jednego z kolejnych podrozdziałów niniejszego opracowania. Jednak trudno byłoby określić mianem państwa cywilizowanego państwo, które odmawiałoby ochrony osobom spełniającym przesłanki uznania za uchodźcę wynikające z powyższej definicji.

Definicja ta zawiera cały szereg obwarowań, dodatkowo chroniących interesy państwa schronienia cudzoziemca. I tak po pierwsze, może ono wiązać się definicją traktującą za uchodźców tylko osoby przebywające poza państwem macierzystym w związku ze zdarzeniami mającymi miejsce w Europie.

Po drugie, zgodnie z art. 1 F, postanowienia konwencji nie mają zastosowania do osoby, w stosunku do której istnieją poważne podstawy, aby sądzić, że:

„a) dokonała zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennej lub zbrodni przeciwko ludzkości (...);

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

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

Po trzecie, konwencyjny status uchodźcy stosunkowo łatwo utracić w przypadku jakiegokolwiek interakcji z państwem macierzystym lub innym państwem. I tak zgodnie z art. 1 C konwencja przestaje obowiązywać w stosunku do danej osoby, jeżeli:

„1) dobrowolnie zwróciła się ona ponownie o ochronę państwa, którego jest obywatelem, lub

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.”

Punkty 5 i 6 tego przepisu dotyczą utraty statusu uchodźcy w sytuacji, gdy ustały warunki, w związku z którymi dana osoba została uznana za uchodźcę.

Praktyczne znaczenie definicji wynika z oceny zakresu uprawnień uchodźców określonych w konwencji. Temu zagadnieniu wypada przyjrzeć się dokładnie.

Zakres praw uchodźców wynikających z konwencji genewskiej

Niewątpliwie najważniejszym prawem uchodźcy jest to, które wynika z zasady *non-refoulement*. Wydaje się jednak właściwe skrótowne odniesienie do innych praw uchodźców, niejako dla oczyszczenia przedpola.

Prawa te są dość rozbudowane. W dużym uproszczeniu dałyby się one podzielić na dwie grupy. Część praw opiera się na zasadzie narodowej. Oznacza to, że uchodźca ma być traktowany w tych sprawach tak jak obywatel państwa pobytu. Inne prawa opierają się na zasadzie największego uprzywilejowania. Oznacza to traktowanie takie jak cudzoziemca będącego w najlepszej sytuacji w odniesieniu do danego zagadnienia. W praktyce oznacza to lub przynajmniej może oznaczać traktowanie mniej korzystne niż własnych obywateli. Do traktowania narodowego odwołują się postanowienia konwencji dotyczące „praw artystycznych

i własności przemysłowej” (czy innymi słowy ochrony praw własności intelektualnej) (art. 14), dostępu do sądów (art. 16 ust. 2), dostępu do nauczania podstawowego (art. 22 ust. 1), racjonowania (art. 20), opieki społecznej (art. 23), ustawodawstwa pracy i ubezpieczeń społecznych (art. 24). Faktycznie jednak przepisy te zawierają pewne ograniczenia. Trzeba w szczególności podkreślić, że dwa ostatnie prawa są zawężone do uchodźców legalnie przebywających na terytorium państwa (ostatnie zaś dodatkowo „stale legalnie przebywających”).

Klauzula największego uprzywilejowania ma zastosowanie do: nabywania mienia ruchomego i nieruchomego (art. 13), prawa do stowarzyszania się w stowarzyszeniach niepolitycznych i nieposiadających charakteru zarobkowego, a także związków zawodowych (art. 15), pracy najemnej (art. 17), samozatrudnienia (art. 18), wolnych zawodów (art. 19), dostępu do edukacji ponadpodstawowej (art. 22(2)) i mieszkań (art. 21).

Faktycznie państwo członkowskie UE mogłoby się poważnie zastanawiać, czy klauzula największego uprzywilejowania (KNU) z konwencji genewskiej rozciąga na uchodźców te prawa, które obywatele innych państw członkowskich posiadają na gruncie traktatów unijnych. Chodzi tu głównie o prawo do podjęcia pracy i prowadzenia działalności gospodarczej na zasadzie takiej, jak obywatele danego państwa. Z technicznego punktu widzenia KNU ma zastosowanie w tym zakresie. Twórcy konwencji genewskiej nie byli w tym zakresie na tyle staranni co twórcy GATT czy GATS, którzy wyłączyli z zakresu KNU organizacje integracji gospodarczej. Inna sprawa, że pomiędzy poszczególnymi przepisami konwencji genewskiej występują różnice – pozostawiające węższą lub szerszą możliwość rozważania tych praw. Nie ma natomiast wątpliwości, że państwo może zastrzec te prawa dla osób, których status uchodźcy został uznany.

Prawa te wydają się rozsądnie skonstruowane. Jeśli na wstępie zaznaczymy, że szczególną uwagę należy poświęcić prawom działającym jako magnes dla setek tysięcy osób, to w zasadzie tylko bezwarunkowe stosowanie klauzuli narodowej odnośnie do pomocy państwa zdaje się być kandydatem do takiego zakwalifikowania. W tym zakresie państwa mogą co najwyżej przededefiniować zakres wynikającej z prawa krajowego pomocy państwa lub w sytuacji napływu uchodźców liczonego w setkach tysięcy – czasowo zawiesić obowiązywanie tej normy w związku z nadzwyczajną zmianą okoliczności. Nie trzeba wyjaśniać, że takie działania mogłyby być podejmowane tylko w ostateczności.

***Non-refoulement* i zakazy towarzyszące**

Wspomniana już zasada *non-refoulement* jest uregulowana w art. 33 konwencji genewskiej. Zgodnie z jego ustępem 1:

„Żadne Umawiające się Państwo nie wydali lub nie zawróci w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne.”

Trzeba wszakże podkreślić, że wymóg ten nie jest bezwzględny. Ustęp drugi tego samego artykułu stanowi bowiem, że:

„Nie może powoływać się jednakże na dobrodziejstwo niniejszego postanowienia uchodźca, co do którego istnieją podstawy, aby uznać go za groźnego dla bezpieczeństwa państwa, w którym się on znajduje, lub który będąc skazanym prawomocnym wyrokiem za szczególnie poważne zbrodnie stanowi niebezpieczeństwo dla społeczeństwa tego państwa.”

Nie jest to jedyne postanowienie dotyczące wydalenia. Reguluje je w sposób obszerny art. 32. Zgodnie z nim

„1. Umawiające się Państwa nie wydalą uchodźcy, legalnie przebywającego na ich terytoriach, z innych powodów niż bezpieczeństwo państwowe lub porządek publiczny.

2. Wydalenie takiego uchodźcy może nastąpić jedynie na podstawie decyzji podjętej zgodnie z przewidzianą przez prawo procedurą. Uchodźcy powinno się, chyba że ważne powody bezpieczeństwa państwowego przemawiają przeciwko temu, zezwolić na przedstawienie dowodów na swoje usprawiedliwienie, złożenie odwołania i na posiadanie w tym celu przedstawiciela przed właściwymi władzami lub też przed osobą lub osobami specjalnie do tego wyznaczonymi przez właściwe władze.

3. Umawiające się Państwa przyznają takiemu uchodźcy rozsądny okres na staranie o legalne przyjęcie w innym państwie. Umawiające się Państwa w tym czasie mają prawo stosowania takich środków, jakie uznają za niezbędne.

Wreszcie nie sposób nie wspomnieć o regulacji zawartej w art. 31. Zgodnie z nim

„1. Umawiające się Państwa nie będą nakładały kar za nielegalny wjazd lub pobyt nauchodźców przebywających bezpośrednio z terytorium, na którym ich życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo w rozumieniu artykułu 1, i weszli lub przebywają na ich terytorium bez zezwolenia, pod warunkiem że zgłoszą się bezzwłocznie do władz i przedstawią wiarygodne przyczyny swojego nielegalnego wjazdu lub pobytu.

2. Umawiające się Państwa nie będą nakładały na poruszanie się takich uchodźców ograniczeń poza tymi, które są niezbędne; ograniczenia takie będą stosowane tylko dopóty, dopóki status tych uchodźców w państwie nie zostanie uregulowany lub dopóki nie zostaną przyjęci w innym państwie. Umawiające się Państwa przyznają uchodźcom odpowiedni czas, jak również wszystkie niezbędne ułatwienia dla uzyskania prawa przyjęcia w innym państwie.”

Ta triada (art. 31–33) odnosi się do tego, co najważniejsze – także w kontekście współczesnego kryzysu. Nie jest przypadkiem, że przepisy te sąsiadują ze sobą. Nie jest też przypadkiem, że w niniejszej pracy zostały zaprezentowane w odwróconej kolejności. Dałoby się je określić jako swobody wjazdowo-pobytowe. Oznaczają bezkarność pewnych przypadków przekroczenia granicy (art. 31), ochronę przed wydaleniem (art. 32) i przed wydaniem do państwa, w którym danej osobie zagraża niebezpieczeństwo (art. 33). Wbrew pozorom nie stanowią one naturalnej sekwencji chronologicznej, choć do pewnego stopnia można ją dostrzec. I tak – na pewno, aby dana osoba znalazła się w sferze zainteresowania obcego państwa, musi wejść w relację z jego terytorium. Oznacza to albo znalezienie się na tym terytorium (legalnie albo nielegalnie), albo na granicy. Tej ostatniej kwestii sama konwencja nie reguluje, nie można zatem wyprowadzić z niej pozytywnego obowiązku wydania zezwolenia na przekroczenie granicy. W szczególności nie ma takiego obowiązku przy przekraczaniu granicy pomiędzy państwami, w których osobie takiej nie zagraża niebezpieczeństwo.

Zarazem jednak ochrona przed wydaleniem jest zawężona do uchodźców, którzy przebywają legalnie na terenie państwa. Jak rozumieć to określenie? W moim przekonaniu nie sposób oderwać się w tym zakresie od prawa krajowego danego państwa. I tak osoba uznana przez jedno państwo za uchodźcę, która samowolnie oddaliłaby się na terytorium innego państwa nie przebywa w nim legalnie i nie jest chroniona przed wydaleniem do państwa, w którym nie zagraża jej niebezpieczeństwo.

Daje się zauważyć, że prawa określone w art. 31–33 są przypisane uchodźcom. Istnieje zatem ryzyko, że państwo najpierw odmówi zbadania statusu danej osoby, a następnie wydali ją w związku z brakiem uznania jej za uchodźcę. Od razu trzeba wykluczyć takie podejście. Praktycznie sprowadzałoby ono do zera wartość gwarancji wynikających z art. 33. Już w tym miejscu trzeba zdystansować się w stosunku do funkcjonującej w publicznym dyskursie tezy, jakoby osoba uciekająca do Europy z Syrii przed prześladowaniami z powodu religii, rasy czy innych przyczyn wskazanych w konwencji traciła status uchodźcy z tego powodu, iż trasa jej wędrówki prowadziła przez Turcję. A zatem, że osoba ta była by uchodźcą w Turcji i tylko w Turcji. Teza ta nie wytrzymuje próby krytyki. Posiadanie statusu uchodźcy to czynnik dobrze zdefiniowany w kategoriach

prawnych, nie ma wśród nich kryterium pozostawania w pierwszym państwie ucieczki.

Zarazem jednak zasada *non-refoulement* nie może być utożsamiana z prawem pobytu czy prawem azylu¹⁰. J.C. Hathaway pisze wręcz, że właśnie brak obowiązku przyznania prawa stałego pobytu uchodźcy (tj. każdej osobie spełniającej przesłanki uznania za uchodźcę) był jedną z przyczyn sukcesu prac nad konwencją¹¹. G. S. Goodwin-Gill pisze, że konwencja genewska przyznaje prawo ubiegania się o azyl, ale nie gwarantuje prawa jego otrzymania.¹² Także z tą tezą można byłoby polemizować, jeśli miałyby oznaczać, że każde państwo ma pozytywny obowiązek dopuszczenia na swoje terytorium osoby powołującej się na swój status i przeprowadzenia pełnej procedury.

Znacznie więcej racji mają ci badacze, którzy zwracają uwagę na fakt, że ani konwencja genewska, ani protokół nowojorski nie dookreślają procedury uznawania za uchodźcę¹³. Większość państw-stron konwencji określa tę procedurę samodzielnie. Państwa członkowskie UE znajdują się w szczególnej sytuacji, gdyż są w tym zakresie związane bardzo precyzyjnymi wymogami prawa unijnego. Mają one pierwszorzędne znaczenie w naszych dyskusjach.

Unijna definicja ochrony międzynarodowej i prawa osób uprawnionych do tej ochrony

Unijna definicja uchodźcy i katalog przysługujących im praw znalazła się w dyrektywie kwalifikacyjnej. Ramy tego opracowania nie pozwalają na szczegółowy opis wszystkich postanowień tego aktu. Bardziej właściwa wydaje się próba syntetycznego uchwycenia jej najważniejszych założeń.

¹⁰ S. K. N. Blay, B. M. Tsamenyi, *Reservations and Declarations Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, International Journal of Refugee Law, 1990, s. 532. Na temat stosunku azylu do *non-refoulement*, vide: G. S. Goodwin-Gill, *Asylum: The Law and Politics of Change*, International Journal of Refugee Law, 1/1995, s. 8. L. C. Green, *The Right Of Asylum In International Law*, University of Malaya Law Review 1961, s. 240.

¹¹ J. C. Hathaway, *The Meaning of Repatriation*, International Journal of Refugee Law, 4/1997, s. 551.

¹² G. S. Goodwin-Gill, op. cit., s. 1. Patrz też: R. Boed, *The State of the Right of Asylum in International Law*, Duke Journal of Comparative & International Law, 1994–1995, s. 9.

¹³ B. Nylund, *Refugee Recognition Under the United States Refugee Act of 1980*, Nordisk

Tidsskrift Int'l Ret 1984, s. 87. B. Wierzbicki, *Sytuacja prawna uchodźcy w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka*, Białystok 1993, s. 60.

Dyrektywa może być słusznie postrzegana jako wykonanie przez UE konwencji genewskiej i protokołu nowojorskiego – w części definicyjnej i katalogu praw uchodźcy. Faktycznie jednak w znaczny sposób poszerza krąg osób uprawnionych do ochrony i katalog przysługujących im praw.

Dałyby się one sprowadzić do trzech elementów. Pierwszym jest przejście definicji uchodźcy z konwencji genewskiej i nadanie jej szerokiej interpretacji. Drugim – wprowadzenie dodatkowej kategorii chronionych osób – tj. osób uprawnionych do ochrony uzupełniającej. Trzecim – przyznanie obydwu kategoriom osób bardzo szerokiego katalogu praw.

Definicję uchodźcy zawiera art. 2 lit. d) dyrektywy. Zgodnie z nią:

„uchodźca” oznacza obywatela państwa trzeciego, który na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przekonań politycznych lub przynależności do szczególnej grupy społecznej przebywa poza państwem swojego obywatelstwa i nie może lub nie chce z powodu tej obawy korzystać z ochrony tego państwa, lub bezpaństwowca, który przebywając z takich samych powodów jak wyżej poza państwem swojego dawnego miejsca zwykłego pobytu, nie może lub nie chce z powodu tej obawy powrócić do tego państwa i do którego nie ma zastosowania art. 12

Jak widać, definicja jest prawie dosłownym powtórzeniem tej z konwencji genewskiej (w wersji zmienionej protokołem nowojorskim). W szczególności zachowuje zamknięty katalog przyczyn prześladowania. Są to: rasa, religia, narodowość, przekonania polityczne lub przynależność do szczególnej grupy społecznej. Faktycznie jedyne *novum* w tym zakresie to art. 10 dyrektywy. Definiuje on każdy z tych elementów, a więc *de facto* poszerza zakres ochrony¹⁴.

Drugi ważny element to ochrona uzupełniająca. Zgodnie z art. 2 lit. f) dyrektywy kwalifikacyjnej

„osoba kwalifikująca się do otrzymania ochrony uzupełniającej” oznacza obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca, który nie kwalifikuje się do uznania go za uchodźcę, lecz co do którego wykazano zasadnie, że jeśli wróci do swojego kraju pochodzenia, a w przypadku bezpaństwowca – do państwa swojego dawnego miejsca zwykłego pobytu, może mu rzeczywiście grozić poważna krzywda określona w art. 15, i do którego nie ma zastosowania art. 17 ust. 1 i 2

¹⁴ A więc np. pojęcie rasy obejmuje w szczególności takie aspekty, jak kolor skóry, pochodzenie lub przynależność do szczególnej grupy etnicznej; pojęcie religii obejmuje w szczególności posiadanie przekonań teistycznych, nieiteistycznych i ateistycznych, prywatne lub publiczne uczestniczenie lub nieuczestniczenie w formalnych – indywidualnych lub wspólnotowych – praktykach religijnych, inne czynności religijne czy wyrażane poglądy lub formy indywidualnych lub wspólnotowych zachowań opartych na wierzeniach religijnych lub nakazanych takimi wierzeniami.

oraz który nie może lub ze względu na takie ryzyko nie chce korzystać z ochrony tego państwa.”

„Ochrona międzynarodowa” właśnie oznacza status uchodźcy lub status osoby potrzebującej ochrony uzupełniającej.

Wspomniany art. 15 definiuje poważną krzywdę. Zgodnie z nim

„Poważna krzywda obejmuje:

- a) karę śmierci lub egzekucję; lub
- b) tortury lub nieludzkie lub poniżające traktowanie lub karanie wnioskodawcy w kraju jego pochodzenia; lub
- c) poważne indywidualne zagrożenie życia lub fizycznej integralności osoby cywilnej wynikające z masowej przemocy w sytuacjach międzynarodowych lub wewnętrznych konfliktów zbrojnych.”

Wprowadzenie tej kategorii osób chronionych jest krokiem o wielkiej doniosłości. W kontekście wojen domowych na Bliskim Wschodzie ma to szczególne znaczenie. Rozważmy bowiem sytuację osoby uciekającej z ogarniętej wojną Syrii. Czy osoba taka jest uchodźcą w rozumieniu konwencji genewskiej? Z pewnością jest bardzo wiele takich osób. Jeśli jazydzi, chrześcijanie czy szyici uciekają z terytoriów kontrolowanych przez Państwo Islamskie, na pewno są uchodźcami. To samo dotyczy ww. kategorii osób uciekających przed wejściem bojówek Państwa Islamskiego czy po prostu nie wracających na takie terytoria. Czy jednak osoba uciekająca przed konfliktem jako takim jest uchodźcą? Z technicznego punktu widzenia należałoby na to pytanie udzielić odpowiedzi przeczącej. Faktycznie jednak każda z osób znajdujących się na terenach objętych walkami może stać się ofiarą – przypadkową lub nieprzypadkową – działań wojennych, agresji uczestników walk czy innych osób – korzystających z rozchwiania norm prawnych i społecznych. Ochrona uzupełniająca jest właśnie odpowiedzią na sytuację takich osób.

O ile na samym początku niniejszego opracowania odniosłem się do ryzyka, że prawo europejskie może działać jak magnes dla wielkich grup ludzkich, wypada spytać, czy tak można byłoby kwalifikować status ochrony uzupełniającej. W mojej ocenie, nawet jeśli działałby on jako magnes, trudno byłoby czynić z tego powodu zarzut twórcom prawa unijnego. Wręcz przeciwnie – ochrona osób, których życie jest zagrożone z przyczyn innych niż wskazane w konwencji genewskiej, wydaje się nakazem przyzwoitości.

Jeśli ktoś miałby ochotę postrzegać go jako wyraz szczególnej hojności UE, to ocena taka wynikałaby raczej z literalnego porównania definicji konwencji genewskiej A.D. 1951 z podmiotowym zakresem unijnej ochrony międzynarodowej z drugiej dekady XXI wieku. Jednak aby takie porównanie miało sens, sytuację prawną zagrożonej osoby należy uwzględnić, mając na uwadze prawa

człowieka, w szczególności wynikające z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹⁵. Odesłanie osoby do ogarniętej wojną Syrii czy Iraku na pewno jest niezgodne z obowiązkiem respektowania prawa do życia i zakazu tortur i innego okrutnego traktowania i karan. W tym zakresie głównym punktem odniesienia jest orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Hirsi Jama*¹⁶. Dlatego rozwiązanie przyjęte przez UE raczej trudno byłoby postrzegać jako bałast i rozważać obniżenie poziomu ochrony do tego, który wynika z samej tylko konwencji genewskiej.

Jedynie o czym można byłoby dyskutować, to wyraźniejsze zróżnicowanie praw uchodźców z jednej strony, a osób korzystających z ochrony uzupełniającej z drugiej. Dyrektywa kwalifikacyjna przyjmuje z zasady wspólną regulację uprawnień tych osób.

Uprawnienia te wykraczają poza standard wynikający z konwencji genewskiej. I tak art. 26 ust. 1 przewiduje, że

„Niezwłocznie po udzieleniu ochrony międzynarodowej państwa członkowskie upoważniają jej beneficjentów do podejmowania zatrudnienia lub działalności na własny rachunek zgodnie z przepisami ogólnie mającymi zastosowanie do danego zawodu oraz do służby publicznej.”

Przepis ten pozostawia pewne wątpliwości. Co można nazwać zasadą ogólną. Czy to, że w Polsce cudzoziemiec spoza UE (EOG) musi uzyskać zezwolenie na pracę, czy też to na jakiej zasadzie podejmuje pracę obywatel polski w Polsce. W mojej ocenie pierwszy sposób rozumienia sprowadzałby przepis dyrektywy *ad absurdum*. Nie chodzi o jakiejkolwiek zasady ogólne, ale zasady dotyczące danego zawodu. Oznacza to traktowanie narodowe z uwzględnieniem specyfiki zatrudnienia w służbie publicznej.

Zasada narodowa ma wprost zastosowanie odnośnie do dostępu osób małoletnich do kształcenia (art. 27), uznawania kwalifikacji (art. 28), dostępu do opieki zdrowotnej (art. 30). Jednak ten ostatni nie oznacza gwarancji otrzymania bezpłatnej opieki. Art. 30 ust. 1 stanowi bowiem, że państwa członkowskie zapewniają, aby beneficjenci ochrony międzynarodowej mieli dostęp do opieki zdrowotnej według takich samych kryteriów kwalifikujących co obywatele państwa członkowskiego, które udzieliło takiej ochrony.

Jednak już dostęp do zakwaterowania i kształcenia dla dorosłych (a więc także studiów) został oparty na takich samych warunkach jak przyznane

¹⁵ Barbara Miltner, *The Mediterranean Migration Crisis: A Clash of the Titans' Obligations?*, 22 Brown Journal of World Affairs 2015, s. 214. Patrz też: J. Vedsted-Hansen, *The European Convention On Human Rights, Counter-Terrorism, And Refugee Protection*, Refugee Survey Quarterly, Vol. 29, No. 4, s. 46 i nast.

¹⁶ Barbara Miltner, op. cit., s. 216.

„obywatelom państw trzecich legalnie przebywającym na (...) terytorium” danego państwa. Jak widać, zatem standard ten jest niższy niż wynikałoby to z literalnej interpretacji konwencji genewskiej. Dostęp do zakwaterowania dotyczy art. 32. Jego ustęp 2 doprecyzowuje, że

„Dopuszczając krajową praktykę rozpraszania beneficjentów ochrony międzynarodowej, państwa członkowskie dążą do wdrażania polityki zapobiegającej dyskryminacji beneficjentów ochrony międzynarodowej oraz zapewniającej jednakowe szanse w dostępie do zakwaterowania.”

Najważniejszy przepis – dotyczący pomocy społecznej – opiera się na zasadzie traktowania narodowego. Jednak wprowadza on zróżnicowanie podmiotowe – uchodźcy mają szerszy zakres praw. Zgodnie z art. 29 ust. 2

„W drodze odstępstwa od zasady ogólnej określonej w ust. 1 państwa członkowskie mogą ograniczyć pomoc socjalną przyznaną osobom korzystającym z ochrony uzupełniającej do podstawowych świadczeń, które w takim przypadku są przyznawane na takim samym poziomie i na podstawie takich samych kryteriów kwalifikujących, co własnym obywatelom.”

Tym samym postrzeganie źródła problemów w zawartym w dyrektywie kwalifikacyjnej katalogu praw beneficjentów ochrony międzynarodowej jest raczej skazane na niepowodzenie. Nie zmienia to faktu, że realizacja zarówno standardu konwencji genewskiej, jak i dyrektywy kwalifikacyjnej może wyglądać inaczej przy 10–20 tys. zainteresowanych, 200 tys. i 2 milionach. Choć sama dyrektywa nie zawiera żadnego wentyla bezpieczeństwa, tu jednak można liczyć się z zastosowaniem ogólnych zasad. Na gruncie prawa międzynarodowego są nimi niemożliwość wykonania zobowiązań (jako część prawa odpowiedzialności międzynarodowej), *rebus sic stantibus* (jako część prawa traktatów), na gruncie prawa unijnego – zasada solidarności, która wiąże nie tylko państwa, ale też organy UE. Można zatem oczekiwać od Komisji propozycji wyłączenia czy zawieszenia pewnych wymogów w przypadku skokowego wzrostu napływu cudzoziemców do państw członkowskich UE. Inna sprawa, że w braku dobrej woli Komisji szanse na wygraną z nią w Trybunale są iluzoryczne.

Prawa osób ubiegających się o ochronę międzynarodową

Zestawienie praw uchodźców i osób uprawnionych do ochrony uzupełniającej warto skonfrontować z innym zestawem – dotyczącym osób dopiero ubiegających się o ten status. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w tym zakresie można poszukiwać elementów, które mogłyby z jednej strony działać jako magnes dla cudzoziemców udających się do Unii, a z drugiej – istotny element

wpływający na poziom wydatków państw członkowskich związanych z tym wpływem.

Prawa te są określone w dyrektywie recepcyjnej. Od razu trzeba zastrzec, że ta skrótowa nazwa może wprowadzać w błąd. Nie chodzi bowiem o przyjmowanie (recepję) uchodźców, ale osób, które być może są uchodźcami (osobami uprawnionymi do ochrony uzupełniającej), a być może nie są, lecz oczekują na decyzję w tej kwestii kompetentnego państwa. Rozbudowany katalog praw może niepokoić. Wszak chodzi tu o osoby, których status jest jeszcze niejasny.

Zapewne najbardziej kosztowne są postanowienia dotyczące pomocy materialnej.

Art. 17 ust. 1 formułuje zasadę, zgodnie z którą „Państwa członkowskie zapewniają udostępnienie wnioskodawcom świadczeń materialnych w ramach przyjmowania w momencie złożenia przez nich wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej”.

Ustęp 2 stanowi, że „Państwa członkowskie zapewniają świadczenia materialne w ramach przyjmowania pozwalające wnioskodawcom na odpowiedni poziom życia, gwarantujący im utrzymanie i ochronę zdrowia fizycznego i psychicznego”.

Zarazem jednak kolejne ustępy tego artykułu doprecyzowują, że

„3. Państwa członkowskie mogą uzależnić przyznanie wszystkich lub niektórych świadczeń materialnych w ramach przyjmowania oraz opieki zdrowotnej od faktu, że wnioskodawcy nie posiadają środków wystarczających do życia na poziomie odpowiednim do ich stanu zdrowia oraz zapewnienia im utrzymania.

4. Państwa członkowskie mogą wymagać, aby wnioskodawcy pokrywali w całości lub w części koszty świadczeń materialnych w ramach przyjmowania oraz opieki zdrowotnej przewidzianych w niniejszej dyrektywie, zgodnie z ust. 3, jeżeli wnioskodawcy posiadają wystarczające środki, na przykład jeżeli pracowali przez wystarczający okres.”

Art. 17 ust. 5 dyrektywy stanowi, że

„Jeżeli państwa członkowskie przyznają świadczenia materialne w ramach przyjmowania w formie świadczeń finansowych lub talonów, ich wartość jest ustalana na podstawie poziomów określonych prawem lub praktyką danego państwa członkowskiego w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu życia własnym obywatelom. Państwa członkowskie mogą w tym kontekście traktować wnioskodawców mniej korzystnie niż własnych obywateli, zwłaszcza jeżeli wsparcia materialnego udziela się częściowo w naturze lub jeżeli te poziomy, stosowane względem własnych obywateli, mają zapewnić poziom życia wyższy od tego, który wobec wnioskodawców przewiduje niniejsza dyrektywa.”

Z kolei art. 18 (1) stanowi, że:

„W przypadku gdy zakwaterowanie jest świadczone w naturze, powinno ono przyjąć jedną z następujących form lub ich kombinację:

- a) lokali wykorzystywanych do celów zakwaterowania wnioskodawców na czas rozpatrywania wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego na granicy lub w strefach tranzytowych;
- b) ośrodków dla cudzoziemców, które gwarantują odpowiedni poziom życia;
- c) domów prywatnych, mieszkań, hoteli lub innych lokali zaadaptowanych na potrzeby zakwaterowania wnioskodawców.”

Zestawienie tych artykułów pozwala wyprowadzić wniosek, że państwo nie ma obowiązku przyznania zarówno pomocy finansowej, jak i zakwaterowania i wyżywienia w naturze. Jak najbardziej palące jest pytanie o to, jaki jest minimalny poziom opieki wymagany przez dyrektywę. W szczególności, czy państwo, które nie troszczy się o minimalny poziom dochodów swoich obywateli ani nie dba o to, by mieli gdzie mieszkać (a w takim państwie przyszło nam żyć), jest cokolwiek winne osobom ubiegającym się o ochronę międzynarodową.

Każda z odpowiedzi może rodzić opór. Z jednej strony trudno żądać od państwa, by traktowało cudzoziemca lepiej niż własnego obywatela. Zarazem jednak osoba ubiegająca się o ochronę nie ma wszystkich praw obywatela. Osoba taka musi być traktowana w sposób szczególny. Oznacza to, że państwo nie może odmówić pomocy, nawet jeśli nie udziela jej własnym obywatelom.

Dyrektywa określa oprócz tego cały szereg praw osób wnioskujących o objęcie ochroną dotyczących prawa do informacji (art. 5), dokumentacji (art. 6), nauki szkolnej i kształcenia (choć tylko dla małoletnich) (art. 14), opieki zdrowotnej (art. 19).

Szczególne znaczenie mają przepisy dotyczące przemieszczania się. Art. 8 ust. 1 przyjmuje zasadę, zgodnie z którą państwa członkowskie nie zatrzymują żadnej osoby wyłącznie ze względu na fakt, że jest ona wnioskodawcą. Art. 8 ust. 2 określa wyjątki od tej zasady. Szczególne znaczenie mają trzy spośród nich. Wnioskodawcę można zatrzymać „w celu ustalenia lub weryfikacji jego tożsamości lub obywatelstwa”, „w związku z postępowaniem mającym na celu podjęcie decyzji w sprawie prawa wnioskodawcy do przybycia na terytorium państwa członkowskiego” i wreszcie „jeżeli wymaga tego bezpieczeństwo narodowe lub porządek publiczny”.

Podobnie jak w przypadku praw określonych w dyrektywie kwalifikacyjnej, także te z zakresu dyrektywy recepcyjnej trudno krytykować. Dopuszczają one zróżnicowane poziomy wsparcia – odpowiednio do woli danego państwa, jego zamożności i podejścia do polityki społecznej. Jeśli coś działa w tym zakresie jako magnes, to raczej są to państwa o zasobach wyższych. Jedyną rzeczą, którą

można postulować to to, by państwa nie zgodziły się na ewentualne wprowadzenie nierealistycznych poziomów ochrony socjalnej osób wnioskujących o objęcie ochroną, w sposób drastyczny odbiegające od poziomu ochrony własnych obywateli. Można także oczekiwać poluzowania tych wymogów w sytuacji drastycznego zwiększenia się liczby wnioskodawców.

W tym kontekście warto odnotować, że zgodnie z art. 3 ust. 3 dyrektywy recepcyjnej, nie stosuje się jej w przypadku, gdy zastosowanie mają przepisy dyrektywy 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. Kilka uwag należy poświęcić temu dokumentowi. Wbrew pozorom nie oznacza on wspomnianego poluzowania wymogów w sytuacji masowego napływu cudzoziemców. Dyrektywa 2001/55/WE określa bowiem sytuacje, w których niejako z góry przyjmuje się domniemanie, że całe grupy osób zasługują na tymczasową ochronę. Osobom tym mają być przyznawane prawa analogiczne do wyżej opisanych praw wynikających z dyrektywy recepcyjnej. Co więcej, reguły te są uruchamiane w drodze osobnej decyzji. Tym samym dyrektywa ta nie stanowi odpowiedzi na wyżej wspomniane (póki co teoretyczne) zapotrzebowanie.

Trudno jednak nie zauważyć, że obniżanie standardów opieki (czy to osób objętych ochroną czy dopiero się o nią starających) nie może być celem samym w sobie. Raczej można go rozważać z przyczyn obiektywnych (tj. spodziewając się, że astronomiczna liczba osób i tak nie pozwalałaby na dotrzymanie wymogów wynikających z prawa), nie zaś w celu upokorzenia czy dokuczenia ludziom, których sytuacja i tak jest bardzo smutna.

Dlatego dyskusja o kryzysie musi w centrum mieć raczej postawić przepisy dotyczące procedur.

Procedury związane z napływem osób ubiegających się o ochronę międzynarodową

Teoretycznie prezentacja procedur uchodźczych wymagałaby bardzo dokładnej prezentacji dyrektywy proceduralnej. Faktycznie jednak procedury są uregulowane także w innych aktach. W tym miejscu nie może zabraknąć odniesienia do procedur z rozporządzenia Dublin III. Ono samo jest dla nas interesujące, gdyż stanowi istotny element stanu prawnego, którego wpływ na obecną sytuację musi być przeanalizowany. Jako że procedury z rozporządzenia mają na celu ustalenie państwa właściwego (czyli tego, które będzie stosować procedury

z dyrektywy), wydaje się właściwe rozpoczęcie od skrótowej prezentacji podstawowych założeń systemu dublińskiego.

Jak wiadomo – nazwa orzeczenia nawiązuje do pierwszej regulacji tej materii, a mianowicie konwencji dublińskiej (Dublin I). Jej celem było uniknięcie sytuacji, w której wniosek o uznanie za uchodźcę (obecnie – o ochronę międzynarodową) jest składany w kilku państwach – czy to równocześnie, czy sukcesywnie. Taka sytuacja była określana jako *forum shopping*. Aby jej zapobiec, przyjęto (w konwencji, a następnie rozporządzeniach) zasadę, że właściwe do rozpoznania wniosku jest jedno państwo. Rozporządzenie wzorem swoich poprzedników określa całą hierarchię, według której określa się państwo właściwe. Punktem wyjścia jest art. 3 ust. 2, zgodnie z którym „w przypadku gdy nie można wyznaczyć odpowiedzialnego państwa członkowskiego na podstawie kryteriów wymienionych w niniejszym rozporządzeniu, odpowiedzialne za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej jest pierwsze państwo członkowskie, w którym wniosek ten został złożony. (...)”

Faktycznie jednak państwo wyboru wnioskodawcy jest ostatnim na liście państw właściwych. Kryteria wyboru państwa właściwego wskazuje rozdział III rozporządzenia. Otwierający go art. 7 ust. 1 wskazuje, że kryteria ustalania odpowiedzialnego państwa członkowskiego stosuje się w kolejności, w jakiej są one wymienione w niniejszym rozdziale.

W dużym uproszczeniu dałyby się one sprowadzić do następującej listy:

1. państwo członkowskie legalnego pobytu członka rodziny wnioskodawcy,
2. państwo członkowskie, które wydało wnioskodawcy ważny dokument pobytu,
3. państwo członkowskie, które wydało wnioskodawcy ważną wizę,
4. państwo członkowskie, którego granicę lądową, morską lub powietrzną wnioskodawca nielegalnie przekroczył, przybywając z państwa trzeciego.

Także literalne odczytanie tych kryteriów może skłaniać do nietrafnych wniosków. Praktyczne znaczenie ma tylko ostatnie kryterium. Nie trzeba wyjaśniać tego, co oznacza ono w kontekście współczesnego kryzysu. Wskazuje ono jednoznacznie na właściwość Grecji i Włoch odnośnie do prowadzenia znakomitej większości postępowań w sprawie udzielenia danej osobie ochrony międzynarodowej. To jest powód, dla którego rozporządzenie Dublin III należy postrzegać jako jeden z najważniejszych elementów współczesnego kryzysu. Będą one omawiane w dalszej części pracy.

Odnotować trzeba rozbudowane postanowienia proceduralne zawarte w rozporządzeniu. Mają one na celu ustalenie państwa właściwego, a także

interakcję pomiędzy państwem, w którym został złożony wniosek o ochronę międzynarodową, a państwem uważanym przez nie za właściwe. Najważniejszymi elementami tego postępowania są: wszczęcie (art. 20), złożenie wniosku o przejęcie (art. 21), odpowiedź na wniosek o przejęcie (art. 22), powiadomienie o decyzji o przekazaniu. Osoba, której decyzja dotyczy, może odwołać się od tej decyzji. Uregulowane zostały też kwestie wtórnego przekazania. Osobny przedmiot regulacji stanowi kwestia zatrzymania osoby ubiegającej się o ochronę międzynarodową.

Wyczerpująca analiza procedur rozporządzenia Dublin nie jest naszym celem w niniejszym opracowaniu. Odniesienia do niej znajdują się w jego końcowej części w takim zakresie, w jakim są niezbędne dla zarysowania tego, co uważam za istotę obecnego problemu.

Procedury udzielania i cofania ochrony międzynarodowej szczegółowo reguluje dyrektywa proceduralna. Część z jej postanowień zapewnia to, by procedura była sprawna, poddana instancyjnej kontroli administracyjnej i sądowej.

A więc przede wszystkim „Państwa członkowskie wyznaczają dla wszystkich procedur organ rozstrzygający, który będzie odpowiedzialny za odpowiednie rozpatrywanie wniosków zgodnie z niniejszą dyrektywą. Państwa członkowskie zapewniają, aby organ ten dysponował odpowiednimi środkami, w tym wystarczającą liczbą wykwalifikowanych pracowników, aby mógł wypełniać swoje zadania zgodnie z niniejszą dyrektywą”¹⁷.

Dyrektywa określa bardzo krótkie terminy na rejestrację wniosku. W przypadku złożenia go do organu kompetentnego termin wynosi 3 dni, w przypadku złożenia wniosku do organu innego niż kompetentny – 6. Także czas na rozpatrzenie wniosku jest ustalony na rozsądnym poziomie. Procedura w pierwszej instancji ma się zakończyć w ciągu 6 miesięcy, zaś w pewnych sprawach termin może być przedłużony o kolejne 9 miesięcy. Warto odnotować, że jedną z przyczyn tego przedłużenia może być to, że „o udzielenie ochrony międzynarodowej występuje jednocześnie duża liczba obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców, i praktycznie bardzo utrudnia to zakończenie procedury w terminie sześciu miesięcy (art. 31 (3) (b)).

Art. 10 ust. 3 reguluje wymogi procedury. Zgodnie z nimi wnioski mają być „rozpatrywane, a decyzje podejmowane indywidualnie, obiektywnie i bezstronnie”; państwo ma zapewnić, aby „uzyskiwane były precyzyjne i aktualne informacje z różnych źródeł, takich jak EASO oraz UNHCR i właściwe organizacje międzynarodowe”, „personel rozpatrujący wnioski i podejmujący decyzje znał stosowne normy mające zastosowanie w dziedzinie prawa azylowego

¹⁷ Artykuł 4 ust. 1 dyrektywy proceduralnej.

i uchodźczego”, a także „miał, w razie potrzeby, możliwość konsultacji z ekspertami na temat konkretnych zagadnień, takich jak kwestie medyczne, kulturowe, religijne oraz związane z dziećmi i płcią.”

Art. 12 przewiduje szereg gwarancji dla wnioskodawców. Dotyczą one: prawa do informacji „w języku, który rozumieją lub co do którego można zasadnie przyjąć, że zostanie przez nich zrozumiany, o procedurze, której należy się poddać, oraz o swoich prawach i obowiązkach w trakcie tej procedury, jak również potencjalnych skutkach niewywiązywania się z tych obowiązków i braku współpracy z organami.” Kolejne prawa dotyczą możliwości uzyskania pomocy tłumacza, możliwości kontaktu z UNHCR lub jakąkolwiek inną organizacją świadczącą pomoc prawną lub inne doradztwo wnioskodawcom zgodnie z prawem krajowym danego państwa członkowskiego, dostępu do szerokiego zakresu informacji – w tym, co oczywiste – do informacji o decyzji w ich sprawie wraz z pouczeniem o prawie odwołania. Kolejne przepisy regulują: przesłuchanie, kwestie protokołów, badań lekarskich, bezpłatnej informacji prawnej. Wreszcie art. 31–42 regulują procedurę w pierwszej instancji, a art. 46 – procedurę odwoławczą.

Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na wyczerpujące omówienie wszystkich rozwiązań prawnych dyrektywy proceduralnej.

Wskazać warto na cały szereg zabezpieczeń. Nie jest bowiem tak, że prawo UE czyni ją i jej członków zupełnie bezbronnyymi w obliczu różnych wyzwań czy zagrożeń. O tych zabezpieczeniach warto rozmawiać w nieco szerszym kontekście – wykraczającym poza samą dyrektywę proceduralną.

Instrumenty ochrony interesów państw członkowskich zawarte w prawie UE

Instrumenty ochrony dałoby się podzielić na te, które chronią dane państwo członkowskie (czasami kosztem innych państw członkowskich), i na te, które chronią ogół państw członkowskich (a zatem Unię jako taką). Wymienienie ich wszystkich w tym miejscu nie jest możliwe. Wystarczy odnieść się do najważniejszych elementów.

I tak można powiedzieć, że cały system rozporządzenia Dublin III (podobnie jak jego dwóch wcześniejszych odsłon – konwencji Dublin I i rozporządzenia Dublin II), służy ochronie państw członkowskich innych niż państwo właściwe do prowadzenia postępowania w sprawie objęcia danej osoby ochroną międzynarodową.

Ochronie tej służą postanowienia dyrektywy recepcyjnej i rozporządzenia Dublin III dotyczące możliwości (traktowanej jako wyjątek) pozbawienia wnioskodawcy wolności. Art. 13 ust. 2 dyrektywy proceduralnej statuuje cały szereg obowiązków osób ubiegających się o ochronę międzynarodową.

Bardzo ważnym elementem ochrony państw członkowskich jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich¹⁸. Jej art. 6 ust. 1 przyjmuje zasadę, zgodnie z którą „bez uszczerbku dla wyjątków, o których mowa w ust. 2–5, państwa członkowskie wydają decyzję nakazującą powrót każdemu obywatelowi państwa trzeciego nielegalnie przebywającemu na ich terytorium”. Wyjątki dotyczą sytuacji, w których państwo członkowskie pobytu czy też inne państwo członkowskie zdecydowało się na wydanie cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt. Dyrektywa ta określa środki podejmowane względem takich cudzoziemców oraz przyznane im gwarancje prawne.

Trzeba podkreślić, że niezależnie od przytaczanych wyżej ambitnych postanowień, dyrektywa proceduralna zezwala na kierowanie osób ubiegających się o ochronę międzynarodową do bezpiecznych krajów. Są to: kraj pierwszego azylu (art. 35), bezpieczny kraj pochodzenia (art. 36) i bezpieczny kraj trzeci (art. 37). W przypadku istnienia kraju pierwszego azylu lub bezpiecznego kraju trzeciego państwo członkowskie może uznać wniosek o ochronę międzynarodową za niedopuszczalny (art. 33 dyrektywy). W przypadku osób pochodzących z bezpiecznego kraju pochodzenia ma zastosowanie art. 39 ust. 8 dyrektywy.

Artykuł 39 ust. 8 dyrektywy proceduralnej stanowi, że „Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że procedura rozpatrywania wniosku zgodnie z podstawowymi zasadami i gwarancjami określonymi w rozdziale II prowadzona jest w trybie przyspieszonym lub przeprowadzana na granicy lub w strefach tranzytowych”, jeśli ma miejsce jedna z dziesięciu sytuacji. W tym miejscu warto wspomnieć o kilku z nich. Mogą one polegać na tym, że:

- wnioskodawca pochodzi z bezpiecznego kraju pochodzenia,
- wnioskodawca wprowadził organy w błąd,
- jest prawdopodobne, że wnioskodawca w złej wierze zniszczył lub pozbył się dokumentu tożsamości lub dokumentu podróży, który pomógłby w ustaleniu jego tożsamości lub obywatelstwa,
- wniosek ma jedynie na celu opóźnienie lub zakłócenie wykonania decyzji o wydaleniu,
- „wnioskodawca wjechał nielegalnie na terytorium państwa członkowskiego lub przedłużył nielegalnie swój pobyt oraz bez ważnego

¹⁸ Dz. Urz. UE z 2008 L 348/98.

powodu nie zgłosił się do organów albo nie złożył wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w najkrótszym możliwym terminie, zważywszy na takie okoliczności jego wjazdu”,

- wnioskodawca odmawia wywiązania się z obowiązku poddania się pobraniu odcisków palców przewidzianego w rozporządzeniu Eurodac,
- „wnioskodawca może być z poważnych powodów uznany za zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego państwa członkowskiego, lub wnioskodawca został już wcześniej przymusowo wydany z poważnych powodów związanych z bezpieczeństwem lub porządkiem publicznym na mocy prawa krajowego.”

Odniesienie się do przeprowadzania postępowania w trybie przyspieszonym na granicy lub w strefach tranzytowych oznacza, że wnioskodawca taki nie zostanie wpuszczony na terytorium państwa. Zarazem nie zmienia to sytuacji, w której osoba taka już na tym terytorium się znajduje.

Jak widać zatem, prawo unijne ani nie zmusza do uznawania za uchodźcę osoby, która utrudnia to ustalenie, ani nie gwarantuje tej osobie prawa pobytu. Można zatem spytać, dlaczego jest tak źle, skoro jest tak dobrze. Wynika to w dużej mierze z faktu, że wydalenie osoby, która przekroczyła granicę nielegalnie i nie została uznana za osobę uprawnioną do ochrony międzynarodowej, jest zależne od dobrej woli państwa obywatelstwa tej osoby czy wręcz państwa trzeciego. Dobrej woli w tym zakresie prawo unijne nie jest w stanie zastąpić.

Dlatego tak ważne jest to, jak od strony prawnej wygląda kwestia samego przekroczenia granicy przez osobę domagającą się ochrony międzynarodowej.

Kontekst przekroczenia granicy unijnej

Rozważając kwestię ewentualnego prawa przekroczenia granicy przez osoby poszukującej, ochrony międzynarodowej, warto odwołać się do Kodeksu Granicznego Schengen. Jego art. 3 stanowi, że

„Niniejsze rozporządzenie stosuje się do każdej osoby przekraczającej granice wewnętrzne lub zewnętrzne państw członkowskich, bez uszczerbku dla:

- a) praw osób korzystających z prawa do swobodnego przemieszczania się na mocy prawa Unii;
- b) praw uchodźców i osób ubiegających się o ochronę międzynarodową, w szczególności w odniesieniu do zasady *non-refoulement*.”

Artykuł 14 ust. 1 Kodeksu Granicznego Schengen stanowi, że „Obywatelowi państwa trzeciego, który nie spełnia wszystkich warunków wjazdu ustanowionych w art. 6 ust. 1 i który nie należy do żadnej z kategorii osób, o których

mowa w art. 6 ust. 5, odmawia się wjazdu na terytorium państw członkowskich. Pozostaje to bez uszczerbku dla stosowania szczególnych przepisów dotyczących prawa do azylu i ochrony międzynarodowej lub wydawania długoterminowych wiz pobytowych.”

Takie ukształtowanie przepisów Kodeksu Granicznego Schengen pozwala stwierdzić, że ma on charakter subsydiarny względem reguł prawa azylowego. Stąd też podstawowe znaczenie ma jego kształt w tym zakresie i możliwa interpretacja.

Kwestia tego, czy prawo unijne gwarantuje przekroczenie granicy już na podstawie samego wniosku o objęcie ochroną międzynarodową, należy do najbardziej trudnych i ważnych zarazem. Nie mniej ważne jest to, na ile państwo może uniemożliwić samo wejście cudzoziemca w ramy procedur związanych z tą ochroną.

Prima facie lektura stosownych przepisów prawa unijnego skłaniać mogłaby do pozytywnej odpowiedzi na pierwsze, a negatywnej na drugie z tych pytań.

Szczególnie ten drugi wniosek wydaje się nie do zakwestionowania. I tak dość wspomnieć, że art. 3 ust. 1 rozporządzenia Dublin III stanowi, że

„Państwa członkowskie rozpatrują każdy wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej złożony przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca, który składa wniosek na terytorium jednego z nich, w tym na granicy lub w strefach tranzytowych. Wniosek jest rozpatrywany przez jedno państwo członkowskie, którym jest państwo, które kryteria wymienione w rozdziale III wskazują jako odpowiedzialne.”

Jeszcze dalej idzie art. 3 ust. 1 dyrektywy proceduralnej, zgodnie z którym „Niniejszą dyrektywę stosuje się do wszystkich wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej, z którymi wystąpiono na terytorium, w tym na granicy, na wodach terytorialnych lub w strefach tranzytowych państw członkowskich, oraz do cofania ochrony międzynarodowej.”

Z kolei art. 3 ust. 1 dyrektywy recepcyjnej stanowi, że

„Niniejszą dyrektywę stosuje się do wszystkich obywateli państw trzecich i bezpaństwowców, którzy składają wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej na terytorium, w tym na granicy, na wodach terytorialnych lub w strefach tranzytowych państwa członkowskiego, tak długo jak posiadają oni zezwolenie na pozostanie na jego terytorium jako wnioskodawcy, a także do członków ich rodzin, jeżeli są oni objęci takim wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej zgodnie z prawem krajowym.”

Ten przepis wskazuje, że prawo cudzoziemca do pozostania w państwie członkowskim nie jest bezwarunkowe. Jednak nie ma wątpliwości, że państwo członkowskie nie może zignorować wniosku złożonego przez cudzoziemca.

Art. 20 ust. 1 rozporządzenia Dublin III stanowi, że „Postępowanie w sprawie ustalania odpowiedzialnego państwa członkowskiego wszczyna się, gdy tylko wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej zostanie po raz pierwszy złożony w państwie członkowskim.”

Podobnie szeroki zakres ma art. 8 ust. 1 dyrektywy proceduralnej. Zgodnie nim:

„W przypadku gdy istnieją powody, aby przypuszczać, że obywatele państw trzecich lub bezpaństwowcy przetrzymywani w ośrodkach zatrzymań lub obecni na przejściach granicznych, w tym w strefach tranzytowych, na granicach zewnętrznych mogą chcieć wystąpić z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej, państwa członkowskie przekazują im informacje o możliwości wystąpienia z takim wnioskiem. W takich ośrodkach i na takich przejściach granicznych państwa członkowskie zapewniają możliwość skorzystania z pomocy tłumaczy w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do ułatwienia dostępu do procedury azylowej.”

Co więcej, zgodnie z art. 9 ust. 1

„Wnioskodawcom zezwala się na pozostawanie w państwie członkowskim, wyłącznie na potrzeby procedury, do czasu podjęcia przez organ rozstrzygający decyzji zgodnie z procedurami obowiązującymi w pierwszej instancji określonymi w rozdziale III. To prawo do pozostawania nie oznacza uprawnienia do otrzymania zezwolenia na pobyt.”

Powstaje pytanie, jak należy rozumieć te dwa przepisy. Czy łącznie składają się one na pozytywne prawo cudzoziemca do wjazdu na terytorium państwa członkowskiego na podstawie samego oświadczenia o posiadaniu statusu uchodźcy. Jeśli tak, to faktycznie możemy w tym miejscu poszukiwać najsłabszego ogniwa i potencjalnego źródła problemów – współczesnych i przyszłych. Tak interpretowany przepis może być wręcz zachętą do kierowania na państwa członkowskie wielkich strumieni ludzkich przez państwa ościenne lub przez morze. Tu szczególnie niepokojące może wydawać się cytowane już odniesienie się art. 3 dyrektywy proceduralnej do wniosków składanych na morzu terytorialnym.

Trzeba zauważyć, że cytowane przepisy gwarantują rozpatrzenie wniosku o ochronę. Jednak wbrew pozorom nie jest ono równoznaczne z prawem przekroczenia granicy. Wskazują na to dobitnie cytowane postanowienia dyrektywy proceduralnej o rozpatrywaniu wniosku w strefie tranzytowej lub na granicy. W każdym razie nie ma podstaw do postrzegania w cytowanych przepisach osobnego i samoistnego prawa do przekroczenia granicy ani też gwarancji bezkarności jej nielegalnego przekroczenia – w sytuacji innej niż objęta art. 31 konwencji genewskiej. Art. 8 i 9 dotyczą dwóch kwestii, które można rozpatrywać osobno. Art. 8 dotyczy prawa do informacji. Art. 9 dotyczy prawa do pozostania, ale

niekoniecznie prawa wjazdu. A zatem przepisy te nie stanowią logicznej całości. Jest faktem, że ich pobieżna lektura mogłaby skłaniać do tego wniosku. W tej sytuacji wyglądałyby jako rodzaj zaproszenia (art. 8) i jego kontynuacji – czyli prawa do pozostania na czas procedur azytowych (art. 9). Jednak w mojej ocenie państwa mają prawo do węższej interpretacji tych przepisów. Nie można jednak wykluczyć, że interpretacja dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości byłaby mniej korzystna dla państw, a bardziej dla osób ubiegających się o ochronę. Można jedynie sugerować, by państwa naciskały na węższy sposób interpretacji przepisów, a w razie wątpliwości dążyły do jednoznacznego przesądzenia tej kwestii w treści przepisów.

Specyfika granic morskich

Prima facie fakt, iż napływ uchodźców odbywa się drogą morską, w sposób szczególny utrudnia radzenie sobie z problemem. Wypada to stwierdzenie zweryfikować w świetle norm prawnych. W tym celu warto rozważyć drogę typowego przybysza z Turcji czy Libii do Grecji czy Włoch. Pierwszym etapem jest wypłynięcie z państwa pobytu. To ono decyduje o tym, kto i na podstawie jakich dokumentów je opuszcza. Jakkolwiek przykro zabrzmi to w uszach Europejczyka, ani Turcja ani Libia (w braku stosownej umowy) nie ma żadnego obowiązku zatrzymywania własnych obywateli czy tym bardziej obywateli państw trzecich. Państwa te mają prawo przyjąć bardzo restrykcyjne przepisy w tym zakresie i wówczas mogą ścigać osoby wypływające z ich terytorium. Mają też jednak prawo nieścigania czy wręcz ułatwiania wyjazdów takich osób. Co więcej, na morzu terytorialnym Libii czy Turcji inne państwa nie mogą dokonywać jakichkolwiek aktów władczych. To samo dotyczy momentu wypłynięcia z morza terytorialnego Turcji czy Libii. Żadne państwo nie ma prawa zawracać łodzi na morze terytorialne tych ostatnich z morza pełnego. W tym zakresie nie ma znaczenia, czy dana osoba znajduje się na morzu pełnym w technicznym tego słowa znaczeniu, czy też na tureckiej (libijskiej) wyłącznej strefie ekonomicznej czy strefie wyłącznego rybołówstwa. To samo dotyczy wyłącznej strefy ekonomicznej czy strefy wyłącznego rybołówstwa państwa europejskiego, w którego kierunku dana łódź płynie. Przyjęcie innego podejścia oznaczałoby całkowite przenicowanie klasycznego prawa morza. Opiera się ono na zasadzie wolności mórz. Nie ma podstaw, by uzależniać ją od faktu posiadania przez łódź przynależności państwowej. Nie trzeba tłumaczyć, że wszelkie pomysły traktowania uciekinierów jako piratów są tak niepoważne, że w ogóle trudno je komentować.

Nie oznacza to, że okręt wojenny nie może zatrzymać łodzi z uciekinierami. Jednak może jedynie dokonać jego inspekcji.

Pozostaje kwestia samego wpłynięcia łodzi na morze terytorialne państwa europejskiego. Tu ujawnia się kluczowe znaczenie kwalifikacji lub odmowy kwalifikacji łodzi z imigrantami jako statku. Jeśli zostanie ona w ten sposób zakwalifikowana, trzeba przyznać jej prawo nieszkodliwego przepływu. Zarazem przepłynięcie całego morza terytorialnego nie jest konieczne. Jak jasno wynika z cytowanych przepisów, uciekinierzy mogą złożyć, a państwa muszą przyjąć do rozpatrzenia wnioski o ochronę międzynarodową już na morzu terytorialnym. Co ciekawe, przekroczenie granicy w rozumieniu Kodeksu Granicznego Schengen nastąpi dopiero w porcie.

Odmowa kwalifikacji łodzi jako statku byłaby możliwa jedynie na podstawie tego, że łódź ta nie jest zarejestrowana i co za tym idzie nie ma przynależności państwowej. Zakładając, że możliwość taka istnieje, warto rozważyć, co faktycznie mogłoby zyskać państwo europejskie na takiej interpretacji. Faktycznie państwo mogłoby zakazać wpłynięcia na morze terytorialne, jednak w razie tego wpłynięcia i tak byłoby zobowiązane do rozpoznania wniosków o ochronę międzynarodową. Co więcej, sama możliwość odmowy traktowania łodzi jako statku jest wątpliwa. Jeśli bowiem łódź jest mała, to i tak nie ma zdolności rejestracyjnej. Nie można zatem karać za brak spełnienia wymogu, który jest niemożliwy do spełnienia.

Rozważmy jednak sytuację, że prawo unijne zostanie zaostrzone i państwo członkowskie będzie mogło odmawiać rozpatrywania wniosków składanych na morzu terytorialnym. Co faktycznie może zrobić takie państwo względem łodzi z uciekinierami. Teoretycznie mogłoby ono blokować wejście na swoje morze terytorialne. Jednak już próba odholowania łodzi w kierunku Turcji jest bardziej niż wątpliwa¹⁹.

Co więcej, imigranci mogą znajdować się na obiektach, które na pewno nie są statkami – takimi jak pnie drzew, tratwy, belki, czy wręcz płynąć wpływ. Nie trzeba wyjaśniać, że w takiej sytuacji priorytetem i minimum człowieczeństwa jest ratowanie życia na morzu i faktyczne wprowadzenie danej osoby tak do systemu azylowego UE, jak i na terytorium państwa.

Daje się zatem zauważyć, że prawo morza stanowi główne lub co najmniej jedno z głównych źródeł problemów państw europejskich. *A contrario* wydaje się, że sytuacja prawna osób napływających jest tak dobra, że w zasadzie pozostaje im tylko wpłynięcie na morze terytorialne i zażądanie ulotki o prawie ubiegania

¹⁹ W każdym razie bez zgody Turcji. Co do praktyki odholowywania w stosunkach do Libii przez Włochy, patrz: Barbara Miltner, op. cit., s. 215.

się o ochronę międzynarodową na podstawie cytowanego art. 8 dyrektywy proceduralnej. W tym kontekście może dziwić, czemu tego nie robią. To stawia na porządku dziennym drugi aspekt problemu.

Specyfika kryzysu – wieloaspektowość, paradoksy

Jeśli w poprzednim podrozdziale podążyliśmy z przybyszami z brzegu Turcji czy Libii na wybrzeże greckie czy włoskie, wypada prześledzić dalszy ciąg tej wędrówki. Osoba taka z zasady unika jak ognia wszelkiego kontaktu z organami państwa, w którym się znalazła. Stara się za to za wszelką cenę dostać do bogatych państw Unii. W przypadku osób, które znalazły się w Grecji, sytuacja jest o tyle kuriozalna, że wiąże się z wkroczeniem do Unii, a następnie z jej opuszczeniem. Z zasady każde przekroczenie granicy oznacza naruszenie prawa państw, których granice są przekraczane.

Nie trzeba wyjaśniać, że sytuacja taka może rodzić przerażenie państw docelowych i tranzytowych. Trudno się dziwić, że kierują one pretensje w stosunku do Grecji (w mniejszym zakresie Włoch). Warto rozważyć je w świetle prawa. Czy Grecja narusza przepisy, a jeśli tak, to jakie.

Szczególnie często w tym kontekście jest przywoływane rozporządzenie Dublin III. Trzeba jednak zauważyć, że rozporządzenie to nie zobowiązuje państwa do ścigania osób, które opuszczają jego terytorium lub uchylają się od rejestracji²⁰. Naruszenie rozporządzenia Dublin III miałoby miejsce wówczas, gdyby Grecja odmówiła przyjęcia osoby, co do której jest państwem właściwym. Nie tu leży istota problemu prawnego. Znajduje się ona w innym miejscu. Jest nim Kodeks Graniczny Schengen. Ten rzeczywiście zobowiązuje do poddania kontroli każdej osoby przekraczającej granicę zewnętrzną. Grecja z tego obowiązku się nie wywiązuje. W mojej ocenie u podłoża tego stanu rzeczy leżą dwie przyczyny. Po pierwsze, nie jest w stanie tego zrobić. Po drugie, nie ma interesu w tym, by być w stanie to zrobić. W praktyce bowiem kontrola takiej osoby prowadziłaby do wyraźnego wskazania Grecji jako państwa właściwego w rozumieniu rozporządzenia Dublin III. Tym samym występuje swoista zbieżność interesów. Grecja uznaje, że mniejszym złem jest to, że imigranci nielegalnie wkraczą na jej terytorium, skoro i tak zamierzają z niego wyjechać. Tym samym Grecja nie musi martwić się o spełnianie wymogów wynikających z dyrektywy recepcyjnej, prowadzić postępowania i martwić się w sytuacji, gdy danej osoby w praktyce nie

²⁰ Inaczej niż twierdzi A. Stergiou, A. Stergiou, *The Refugee Crisis And Its Effects On Greece's European Integration And Relations With Turkey*, Review of International Law & Politics Vol. 12, No. 2, s. 79.

będzie w stanie wydalić, choćby nawet nie otrzymała ona ochrony międzynarodowej.

Jest faktem, że przyczyną wyboru przez uciekinierów Grecji jako państwa przyjazdu są tylko względy geograficzne. Ona sama nie ponosi w tym zakresie żadnej winy. Co więcej, skrupulatne wykonywanie przez nią reguł Kodeksu Granicznego Schengen oznaczałoby dla niej tylko i wyłącznie problemy. Jedynym wyjściem byłoby uruchomienie pomocy dla Grecji – czy to w postaci dobrowolnej, czy przymusowej relokacji, czy to w postaci pomocy finansowej.

Zarazem jednak obecny stan faktyczny uruchamia kolejne fale imigracji.

Zapewne podstawowe pytanie do prawnika brzmi, w jaki sposób fale te zatrzymać. Odpowiedź jest jednak dość smutna. Fali tej zatrzymać się nie da. Można jedynie pracować nad jej zmniejszeniem.

Oczywiście najlepszym rozwiązaniem byłoby doprowadzenie do zakończenia konfliktu w Syrii i innych miejscach zapalnych. Ten efekt znajduje się poza zasięgiem Unii i jej członków. Po drugie, konieczna jest pomoc dla uchodźców w samej Syrii i państwach z nią sąsiadujących. Po trzecie, należy dążyć do porozumienia z tymi państwami, licząc się z tym, że mają one interes w tym, by obecną sytuację wykorzystać w sposób abuzywny²¹.

Wszystkie te działania są podejmowane, z lepszym czy gorszym skutkiem. Nie da się przy tym ukryć, że istnieją instrumenty, które leżą w rękach państw członkowskich, a które mogą mieć wpływ na napływ cudzoziemców.

Daje się zauważyć dwa podejścia do kryzysu. Jedno z nich przyjęły Niemcy w 2015 r. – *de facto* zapraszając uchodźców. Drugi – przyjęły Węgry²² i inne państwa wzmacniające kontrole graniczne. Ich jednoznaczna ocena jest trudna.

Z jednej strony nie można odmówić humanitaryzmu podejściu niemieckiemu. Zarazem jednak okazało się ono błędem politycznym. Nie chodzi tu o politykę jako sztukę zdobywania popularności i wygrywania wyborów, ale o sztukę rozwiązywania problemów. Podejście niemieckie oznaczało zachętę do kolejnych przyjazdów. Przypominało zatem gaszenie ognia benzyną. Jednak jego problematyczność jest jeszcze większa. Jednym z założeń przyznania Unii kompetencji w zakresie imigracji, azylu itp. było przekonanie, że działania jednego państwa mogą wpływać na inne. Nie da się ukryć, że działania niemieckie to wręcz idealny przykład tego, czemu miały zapobiegać działania unijne.

²¹ Inna sprawa, że ich obciążenia też są bardzo duże, patrz: N. Ostrand, op. cit., s. 256. Co do postawy rebeliantów kontrolujących stolicę Libii, patrz: R. Patrascu, op. cit., s. 250.

²² Szerzej na temat postawy państw Europy Środkowo-Wschodniej, patrz: R. Patrascu, op. cit., s. 251–254.

Z drugiej strony działania Węgier stały się przedmiotem krytyki. Faktycznie jednak działania te miały na celu zapewnienie celu unijnego, jakim jest ochrona granic zewnętrznych.

Jest to tylko jeden z licznych paradoksów obecnej sytuacji. Ten największy – związany z działaniem Dublin III był już wskazany. Nie jest dobrze, jeśli respektowanie prawa przez państwo przynosi mu same straty. To samo dotyczy prób uszczelnienia granic. Co ciekawe, gdy propozycje dotyczące relokacji zostały przyjęte bardzo źle przez państwa Europy Środkowej i Wschodniej, jedną z gróźb kierowanych pod ich adresem było... zawieszenie Schengen. Tymczasem państwa te stały właśnie na gruncie respektowania zobowiązań wynikających z Schengen. Z kolei pomysły stałego mechanizmu relokacji były potraktowane jako pomysł przerzucenia kosztów „gościnnej” polityki niemieckiej na państwa... najbardziej jej przeciwne. W tę logikę absurdu pięknie wpisują się pomysły stworzenia unijnej straży granicznej. W kontekście tego, co było mówione na temat prawa morza, można się zastawiać, co na działaniu tej straży miałyby uzyskać pierwsze państwo flankowe.

W obronie Komisji Europejskiej można rzec, że choć nie przedstawiła propozycji dobrych, to w sposób wyraźny tematem się zajmuje. Może nieświadomie uruchomiła w państwach drzemącą w nich frustrację i irytację, której raczej szybko nie uda się ugasić. Zarazem z teoretycznego punktu widzenia relokacja jest rozwiązaniem rozsądnym. Po pierwsze, odciąża państwo flankowe i w ten sposób realizuje zasadę solidarności. Po drugie, zmniejsza wspomniany już efekt karania państwa flankowego za respektowanie Kodeksu Granicznego Schengen. Po trzecie, nie da się wykluczyć, że działające mechanizmy mogłyby odgrywać rolę elementu zniechęcającego do przyjazdów. Tu jednak kryje się główne ryzyko. Może się bowiem okazać, że efekt jest odwrotny od zamierzonego. Z punktu widzenia wnioskodawcy perspektywa znalezienia się w Polsce może oznaczać faktyczną szansę łatwego dotarcia do Niemiec czy Szwecji. Tym samym relokacja może okazać się czynnikiem przyciągania niż zniechęcania kolejnych fal uciekinierów. Może się też okazać realną przyczyną przywrócenia kontroli na granicach wewnętrznych z Polską (czyli tego, czym Polska była szantażowana jako karą za... brak zgody na relokację).

Nie da się ukryć, że idea wzmocnienia kontroli na granicach odgrywa taką zniechęcającą rolę²³. Nie chodzi tu bowiem o trzymanie uciekinierów w strefach granicznych, ale o zapewnienie ich identyfikacji przed dotarciem do celu ich podróży. Dlatego tak ważnym elementem było wzmocnienie granic państw

²³ Co do krytycznej oceny tego podejścia, patrz: J. Borg-Barthet, C. Lyons, op. cit., s. 234.

nieczłonkowskich – Macedonii i Serbii, choć ono też wpisuje się w wyżej wskazaną logikę paradoksów. Państwa członkowskie wsparły bowiem kontrolę granic pomiędzy państwem członkowskim a nieczłonkowskim, działając po stronie... państwa nieczłonkowskiego.

Zarazem same państwa stoją przed dylematem, czy przejąć inicjatywę czy czekać na taką ze strony Unii. Zarazem jednak nie da się na dłuższą metę unikać pierwszego i irytować się na samą myśl o drugim.

Jak była już o tym mowa, celem tego artykułu nie jest udowodnienie tezy, że właściwym rozwiązaniem jest to, by w Polsce nie było ani jednego uchodźcy z Syrii, a w Libanie i Turcji było ich kilka milionów. Niniejszy tekst nie ma na celu przyjmowania opresyjnej polityki wobec uchodźców. W mojej ocenie państwa muszą zadać sobie pytanie, co zrobić w sytuacji, gdy olbrzymie fale migracyjne zaczną być wręcz stymulowane przez obce mocarstwa. Nie ma wątpliwości, że państwa europejskie powinny być w stanie wypracować scenariusze na wypadek np. miliona napływających osób.

Nie jest moim celem w tym tekście opracowanie bardzo dokładnego scenariusza. Nie ulega jednak wątpliwości, że będzie on musiał uwzględnić następujące elementy. Po pierwsze, droga morska jest bardzo trudna do zamknięcia w sposób, który byłby zgodny z prawem międzynarodowym i unijnym. Po drugie, jej uszczelnienie przy obecnie obowiązującym prawie uderza w pierwsze państwo flankowe. Tymczasem tylko ono może w praktyce mieć środki do uszczelniania swojej granicy.

W każdym razie trzeba się liczyć z tym, że przyszła operacja ochrony granic przybrałaby postać patroli morskich, które miałyby na celu identyfikację lub wręcz zatrzymywanie osób wpływających na morze terytorialne na nierejestrowanym statku. Wiązałaby się ona z dynamiczną interpretacją prawa morza i zapewne zmianami prawa UE. Musiałaby jednak oznaczać, że ciężar rozpatrywania wniosków będzie rozłożony między różne państwa. Zarazem najprawdopodobniej wnioski byłyby rozpatrywane w miejscach traktowanych przez uciekinierów jako mało atrakcyjne.

Podsumowanie

Współczesne prawo uchodźcze wydaje się być na tyle cennym osiągnięciem, że trudno byłoby zgodzić się na obniżanie jego wymogów z uwagi na współczesny kryzys migracyjny. W każdym razie nie widzę możliwości zawężenia nie tylko definicji uchodźcy, ale też unijnej definicji ochrony międzynarodowej. W przypadku napływu setek tysięcy czy milionów wnioskodawców trzeba

się liczyć, że może być bardzo utrudniona lub wręcz niemożliwa pełna realizacja wszystkich uprawnień osób uprawnionych do ochrony międzynarodowej i osób o nią się ubiegających określonych w prawie unijnym. Środki zaradcze raczej będą się wiązać z uszczelnianiem granicy. Przy ich podejmowaniu trzeba wyważyć względy humanitarne i ochronę uzasadnionych interesów państw. W każdym razie nie będzie to proces ani łatwy, ani przyjemny.

THE CONTEMPORARY MIGRATION CRISIS AND INTERNATIONAL LAW

The text of Przemysław Saganek is a part of a wider discussion on the Mediterranean migration crisis. The author underlines the multi-aspect character of the crisis and the fact that several branches of international law which are at stake in it. They cover: the law on refugees, human rights, the law of the sea, the maritime law, the rules on territorial sovereignty and on the crossing of borders. What is of importance are customary norms, treaties and norms of the EU law. The idea of the author is to look at the instruments of international law which may act as incentive for hundreds of thousands of newcomers or as main obstacles for the states to put an end to uncontrolled inflow of people through their borders. His idea is to identify such instruments and start discussion on their possible suspension or termination if the crisis persists.

The author comes to the conclusion that the definition of a refugee from the 1951 Geneva Convention is not by itself a source of problems. The same concerns the subsidiary protection as introduced by the EU qualification directive. The same can be said about the scope of rights of persons covered by the international protection. The only element which requires discussion is the possible redefinition of the right to national treatment as regards the social aid.

On the other hand, the scope of powers of states to defend their borders depends on the interpretation of the EU instruments on the protection of borders and the rights of applicants for international protection. The author comes to the conclusion that neither the procedural directive, nor the 2016 Schengen Border Code can be interpreted as a source of the right of an applicant to enter the territory of a Member State. On the other hand, the geographical conditions and the law of the sea make Greece and Italy the most vulnerable for the inflow of persons. The necessity of important changes to the law and its interpretation are referred to in a general way.