



dr hab. Marcin Górski, prof. UŁ

Autor jest profesorem w Katedrze Europejskiego Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Łódzkiego, członkiem Centrum Badań nad Prawem Migracyjnym Polskiej Akademii Nauk, profesorem wizytującym Uniwersytetu Chandigarh w Indiach (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7658-5947>).

Wolność wypowiedzi imigrantów – perspektywa europejska i amerykańska

Słowa kluczowe: wolność wypowiedzi, EKPC, Pierwsza Poprawka, migranci

Prawo imigrantów¹ do korzystania z wolności wypowiedzi w państwach będących stronami Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności² nie wydaje się budzić wątpliwości w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka³. Korzystanie z wolności wypowiedzi zasadniczo nie zależy od „legalności” albo „nielegalności”⁴ pobytu w państwie europejskim, bo zgodnie z art. 1 Konwencji prawa i wolności nią objęte są zapewniane każdemu, kto znajdzie się w jurysdykcji państwa będącego jej stroną.

Tymczasem w Stanach Zjednoczonych zastosowanie Pierwszej Poprawki⁵ do „nielegalnych” imigrantów (ang. *undocumented immigrants*) nie jest już oczywiste. Szereg argumentów przytacza się na rzecz tezy, że z wolności słowa, gwarantowanej Pierwszą Poprawką, nie korzystają nie tylko podmioty zagraniczne próbujące kierować swoją wypowiedź z za granicy do obywateli amerykańskich⁶, lecz także „nielegalni” imigranci przebywający już na terytorium Stanów Zjednoczonych. Oczywiście taka wykładnia Pierwszej Poprawki wzbudza niekiedy krytykę dogmatyki amerykańskiej, a także bywa kwestionowana przez sądy federalne⁷.

Celem artykułu jest przedstawienie europejskiej (ETPC) i amerykańskiej (Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, SCOTUS) perspektywy wobec prawa „nielegalnych” imigrantów do korzystania z wolności wypowiedzi i wyjaśnienie przyczyn tej różnicy stanowisk⁸.

1. Wolność wypowiedzi imigrantów na gruncie Konwencji

Zdefiniowanie materialnego zakresu ochrony udzielanej przez art. 10 Konwencji wolności wypowiedzi imigrantów

1 W niniejszym tekście określenie „imigrant” jest używane dla uproszczenia w odniesieniu do wszystkich osób migrujących, niezależnie od ich płci i tożsamości płciowej.

2 Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm. – dalej Konwencja.

3 Zob. np. wyrok ETPC z 16.12.2008 r., 23883/06, Khurshid Mustafa i Tarzibachi przeciwko Szwecji, HUDOC, zwłaszcza pkt 44.

4 Należy zauważyć, że fortunniejsze wydaje się użycie mniej stygmatyzujących określeń niż „nielegalność” pobytu cudzoziemca, dlatego użyto tutaj cudzysłowu.

5 Tekst Pierwszej Poprawki – źródło: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/> (dostęp: 19.07.2023 r.).

6 Zob. np. wyrok SCOTUS z 20.01.2013 r., *Agency for Int'l Dev. przeciwko All. for Open Soc'y Int'l, Inc.*, 140 S. Ct. 2082, 2086 (2020).

7 Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego 9 Okręgu z 18.02.2022 r., *Thunder Studios, Inc. przeciwko Kazal*, 13 F.4th 736 (9th Cir. 2021).

8 Jeśli chodzi o szersze wyjaśnienie różnicy w specyfice mechanizmu ochrony praw i wolności podstawowych, sprawowanej przez SCOTUS i ETPC, zob. S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA. Prawa i wolności obywatelskie*, Warszawa 1997, *passim*.

wymaga rozważenia znaczenia zasady terytorialności i wyjątków od niej, następnie zaś wyjaśnienia, czy pomimo tej zasady możliwe jest zróżnicowanie sposobu zastosowania gwarancji wynikającej z art. 10 Konwencji wobec cudzoziemców przebywających na terytorium stron Konwencji bądź też zastosowania klauzuli limitacyjnej wolności wypowiedzi. Wreszcie, należy też przeanalizować aktualny stan wykładni art. 16 Konwencji: czy może on wyłączać *in principio* zastosowanie art. 10 ust. 1 Konwencji albo wprowadzać swoistą formułę limitacyjną.

1.1. Uwagi wstępne. Konwencyjna zasada terytorialności

Zakres zastosowania Konwencji opiera się, zgodnie z jej art. 1, przede wszystkim na zasadzie terytorialności. Użyty bowiem w art. 1 Konwencji zwrot „podlegający ich jurysdykcji” Trybunał odczytuje wedle ogólnej reguły interpretacji traktatów, skodyfikowanej w art. 31 KWPT⁹, zgodnie ze zwykłym znaczeniem tego zwrotu, jakie należy mu nadać, uwzględniając

9 Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu 23.05.1969 r. (Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439).

też kontekst, przedmiot i cel Konwencji. Również *travaux préparatoires* Konwencji wskazują, że strony zmierzały do powiązania jurysdykcji z łącznikiem terytorialnym¹⁰. To zaś prowadzi do wniosku, że chodzi tu o kompetencję jurysdykcyjną mającą nade wszystko charakter terytorialny¹¹. Zasada ta nie wyłącza odpowiedzialności państwa za naruszenia, których dopuści się ono poza swoim terytorium w ramach działań militarnych¹², ani też za możliwe skutki jego decyzji, w postaci naruszeń powszechnego prawa międzynarodowego, zachodzące poza jego granicami¹³, ani też wreszcie za naruszenia Konwencji, do których dochodzi w związku z procedurami przewidzianymi prawem krajowym, a mającymi zastosowanie *ipso iure nationalis* do zdarzeń spoza terytorium państwa¹⁴. Wyjątki od zasady terytorialności podlegają przy tym interpretacji ścisłej¹⁵ i zachodzą tylko wtedy, gdy zachodzi „szczególne uzasadnienie w szczególnych okolicznościach sprawy”¹⁶.

„Wyjątek” dotyczący odpowiedzialności za ekstraterytorialne skutki decyzji państwa nie oznacza jednak, że Konwencja ma zastosowanie w przypadku, gdy jednostka znajdowała się w momencie podejmowania tych decyzji poza terytorium państwa i poza jego skuteczną kontrolą. W sprawie 3599/18, M.N. i inni przeciwko Belgii, Wielka Izba uznała, że państwo nie jest odpowiedzialne za zarzucane (ewentualne) naruszenie Konwencji (ryzyko tortur), mające, co prawda, wynikać z decyzji jego władz (organów azylowych), ale równocześnie dotyczące osób, które znajdowały się *tempore actio* na terytorium państwa trzeciego (w sprawie chodziło o odmowę udzielenia azylu imigrantom z syryjskiego Aleppo, którzy wniesli o udzielenie azylu przez Belgię, przebywając na terytorium Libanu)¹⁷. Trybunał zauważył, że „przeciwny wniosek oznaczałby wyprowadzenie bliskiemu uniwersalnemu zastosowaniu Konwencji w wyniku jednostronnych wyborów jednostki, niezależnie od tego, gdzie ona by się znajdowała, a tym prowadziłby do wytworzenia nieograniczonego zobowiązania Umawiających się Państw do umożliwienia wjazdu [każdej] jednostce zagrożonej traktowaniem sprzecznym z Konwencją poza ich jurysdykcją”¹⁸. Decyzja w sprawie 3599/18, M.N. i inni przeciwko Belgii była komentowana

z pozycji sięgających od dezaprobaty¹⁹ po „nieprzychylnie zrozumienie”²⁰, co można wyrazić poprzez odwołanie do znanej anegdoty o tym, że „sztucce się znalazły, ale niesmak pozostał”²¹.

Sprawowanie kontroli, uwalniające jurysdykcję państwa w rozumieniu art. 1 Konwencji, może zatem dotyczyć bezpośrednio samej jednostki, a nie terytorium, na którym się ona znajduje, ale w okolicznościach faktycznych sprawy musi to być kontrola efektywna, nie zaś pozorna, tj. wynikająca tylko z samego faktu uruchomienia przez jednostkę procedury angażującej władze państwa będącego stroną Konwencji. Innymi słowy, chodzi tu o kontrolę, której państwo poddaje jednostkę poza swoim terytorium, a nie o próby zaangażowania tego państwa przez jednostkę znajdującą się na terytorium obcym, bez jego inicjatywy. W piśmiennictwie zauważono, że liberalna wykładnia art. 1 Konwencji, dominująca do końca ubiegłego stulecia, została „zatrzymana” wspomnianą decyzją w sprawie 52207/99, Banković inni przeciwko Belgii, a mający ambicję systematyzowania wykładni (dotyczącej art. 1 Konwencji) wyrok w sprawie 55721/07, Al-Skeini i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu²², w istocie wzmógł niejednoznaczność²³. Zgadzając się z tą oceną, jeśli chodzi o sposób zastosowania standardów wykładni w tej konkretnej sprawie, należy jednak uznać, że sposób przedstawienia w tym wyroku standardu wykładni dotyczącego ekstraterytorialnej odpowiedzialności państwa na gruncie Konwencji był dosyć czytelny – Wielka Izba powiązała pozaterytorialne zastosowanie Konwencji ze sprawowaniem skutecznej kontroli nad terytorium albo sytuacją danej jednostki²⁴. Patrząc z tej perspektywy, decyzja w sprawie 3599/18, M.N. i inni przeciwko Belgii, nie może być zaskakująca (choć „niesmak pozostał...”).

1.2. Zakres zastosowania art. 10 Konwencji w odniesieniu do imigrantów

Z przeprowadzonych już rozważań wynika, że Konwencja, w tym jej art. 10, ma zastosowanie niezależnie od obywatelstwa

10 Council of Europe, *Preparatory work on Article 1 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 1977, Cour (77) 9.

11 Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 14.09.2022 r., sprawy połączone 24384/19 i 44234/20, H.F. i inni przeciwko Francji, HUDOC, pkt 185. Analogicznie wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29.01.2019 r., 36925/07, Güzülyurtlu i inni przeciwko Cypru i Turcji, HUDOC, pkt 178.

12 Wyrok ETPC z 23.03.1995 r., 15318/89, Loizidou przeciwko Turcji (zagadnienia wstępne), HUDOC, pkt 60–64. Jednak z drugiej strony, w wyroku Wielkiej Izby ETPC z 8.07.2004 r., 48787/99, Ilaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji, HUDOC, przyjęto, że brak skutecznej kontroli państwa nad częścią jego terytorium nie znosi co do zasady jego odpowiedzialności za naruszenia Konwencji, do których tam dochodzi.

13 Wyrok ETPC (skład plenarny) z 7.07.1989 r., 14038/88, Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, HUDOC, pkt 91.

14 Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 14.12.2006 r., 1398/03, Marković i inni przeciwko Włochom, HUDOC, pkt 49–56.

15 L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, art. 1, nb 39.

16 Decyzja (Wielkiej Izby) ETPC (o niedopuszczalności) z 12.12.2001 r., 52207/99, Banković i inni przeciwko Belgii i 16 innych państw, HUDOC, pkt 61.

17 Decyzja Wielkiej Izby ETPC (o niedopuszczalności) z 5.05.2020 r., 3599/18, M.N. i inni przeciwko Belgii, HUDOC, pkt 96–125, a zwłaszcza pkt 115–118.

18 Decyzja Wielkiej Izby ETPC (o niedopuszczalności) z 5.05.2020 r., 3599/18, M.N. i inni przeciwko Belgii, pkt 123.

19 Tak np. A-N. Reyhani, *Expelled from Humanity. Reflections on M.N. and Others v. Belgium*, <https://verfassungsblog.de/expelled-from-humanity/> (dostęp: 13.07.2023 r.). Autor zarzucił decyzji Wielkiej Izby podobieństwo do decyzji Portugalii z 1939 r. o odmowie udzielenia wiz osobom narodowości żydowskiej.

20 Tak np. M. Baumgärtel, *Reaching the Dead-End: M.N. and others and the question of humanitarian visas*, 7.05.2020 r., <https://strasbourgoobservers.com/2020/05/07/reaching-the-dead-end-m-n-and-others-and-the-question-of-humanitarian-visas/> (dostęp: 19.07.2023 r.). Autor wyraził pogląd, że w istocie inna decyzja Wielkiej Izby sprowadzałaby się do rozstrzygnięcia *political question*, bo nie było, w jego ocenie, wystarczających podstaw prawnych w europejskim prawie praw człowieka, aby przełamać zasadę, zgodnie z którą państwa samodzielnie decydują o prawie wjazdu i pobytu cudzoziemców.

21 Zob. V. Stoyanova, *M.N. and Others v Belgium: no ECHR protection from refoulement by issuing visas*, 12.05.2020 r., <https://www.ejiltalk.org/m-n-and-others-v-belgium-no-echr-protection-from-refoulement-by-issuing-visas/> (dostęp: 14.07.2023 r.), gdzie autorka uznała decyzję za „formalnie przekonującą i politycznie niezaskakującą”, a zarazem rozczarowującą z perspektywy rzetelności ochrony praw fundamentalnych, czyli tego, że system ten zawiódł w obliczu realnego ryzyka pozbawienia życia skarżących.

22 Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 7.07.2011 r., 55721/07, Al-Skeini i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, HUDOC.

23 C. Mallory, *A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights?*, „Questions of International Law” 2021, t. 82, s. 38.

24 Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 7.07.2011 r., 55721/07, Al-Skeini i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, pkt 131–142, zwłaszcza pkt 137–138.

(albo jego braku) jednostek, co do zasady na podstawie kryterium terytorialnego – prawa i wolności określone Konwencją i jej protokołami przysługują „każdemu”²⁵. Należy jednak rozważyć dalej, czy art. 10 Konwencji ma zastosowanie ekstraterytorialne, tj. w odniesieniu do wypowiedzi pochodzących spoza terytorium państw stron Konwencji.

Nie są, jak dotąd, dostępne orzeczenia, w których poruszona by została kwestia pozaterytorialnego skutku art. 10 Konwencji. Nie oznacza to jednak, że nie wchodzi on w grę. Wydaje się poza sporem, że państwo odpowiadałoby za naruszenia wolności wypowiedzi będące skutkiem ubocznym jego działań militarnych poza własnym terytorium, tyle że zwykle przecież, w przypadku działań militarnych, chodzi o naruszenia może nie tyle „poważniejsze”, ile dotyczące po prostu tych postanowień Konwencji, które mogą być naruszone bezpośrednio w wyniku takich działań, jak art. 2, 4 czy 5, co nie oznacza, że stwierdzenie naruszenia art. 10 Konwencji nie jest w takich okolicznościach możliwe – w sprawie 25781/94, Cypr przeciwko Turcji, Trybunał stwierdził wszak naruszenie wolności wypowiedzi przez Turcję, wynikające z „nadmiernej cenzury podręczników szkolnych”²⁶. Nie można też całkowicie wykluczyć ekstraterytorialnego zastosowania art. 10 Konwencji w wyniku zastosowania krajowych procedur podlegających zastosowaniu z mocy tegoż prawa w odniesieniu do zdarzeń spoza jego terytorium. Można sobie wyobrazić np. zastosowanie procedur dotyczących podsłuchów użytych wobec dziennikarzy znajdujących się na terytorium państwa trzeciego, gdzie w grę wchodziłoby naruszenie art. 10 Konwencji²⁷. Nie wydaje się natomiast możliwe stwierdzenie naruszenia art. 10 Konwencji w przypadku wyjątku dotyczącego pozaterytorialnego zastosowania Konwencji w sytuacji naruszeń powszechnego prawa międzynarodowego, do których doszłoby w następstwie decyzji państwa: nawet gdyby doszło do ryzyka naruszenia art. 10, trudno byłoby udowodnić związek przyczynowy pomiędzy decyzją państwa, np. o ekstradycji cudzoziemca do państwa trzeciego, a naruszeniem wolności słowa, a poza tym w takim przypadku ewentualne naruszenie np. art. 3 Konwencji czyniłoby zbędne rozważanie zarzutu naruszenia art. 10 Konwencji²⁸.

Jest natomiast niesporne, że art. 10 Konwencji co do zasady ma zastosowanie w przypadku imigrantów z państw trzecich, przebywających na terytoriach państw stron. Nie tylko korzystają oni z wolności słowa w aspekcie biernym i czynnym, ale można też rzec, że ich szczególna sytuacja, polegająca na odizolowaniu od państwa pochodzenia i potrzeby korzystania z jego

życia kulturalnego, może czynić imigrantów szczególnie chronionymi beneficjentami wolności wypowiedzi. Tak było w sprawie dotyczącej imigrantów z Iraku zamieszkujących w Szwecji, którym odebrano możliwość uczestnictwa w kulturze irackiej poprzez uniemożliwienie korzystania, drogą regulacji lokalnych, z talerza do odbioru telewizji satelitarnej, w czym Trybunał dopatrzył się naruszenia art. 10 Konwencji²⁹.

Rozważmy dalej, czy status imigranta może uzasadniać, zgodnie z art. 10 ust. 2 Konwencji, ograniczenie jego wolności wypowiedzi w którymkolwiek z jej aspektów. Nie mieliśmy dotychczas w praktyce Trybunału wyroku, który rozwijałby wykładnię Konwencji w tym aspekcie. W sprawie 15428/16, Szurovecz przeciwko Węgrom, dotyczącej ograniczenia dostępu dziennikarzowi do ośrodka dla azylantów i osób ubiegających się o ochronę międzynarodową, Trybunał zaakceptował dosyć szeroko zarysowany margines swobody państwa w określaniu warunków dostępu dziennikarza do imigrantów przebywających w ośrodkach azylowych, zarazem uznając, że doszło do naruszenia art. 10 Konwencji z uwagi na brak przekonującego wyważenia spornych interesów, którego dokonałby organ krajowy³⁰. W świetle tego rozumowania, jeżeli władze krajowe byłyby zdolne wykazać, że ograniczenie wolności wypowiedzi (również dotyczące bezpośrednio samych imigrantów, a nie dziennikarza pożądanego rozmowy z nimi) byłoby uzasadnione względami bezpieczeństwa czy porządku publicznego, nie można wykluczyć, że doszłoby do prawidłowego zastosowania klauzuli limitacyjnej z art. 10 ust. 2 Konwencji. Wskazuje na to szczególnie uwaga poczyniona przez Trybunał w pkt 70 wyroku, gdzie zauważono, że względy bezpieczeństwa osób umieszczonych w ośrodku nie mogły *in concreto* zadecydować o prawidłowości zastosowania klauzuli limitacyjnej, a to z tego względu, że władze krajowe w ogóle nie uzasadniły powołania się na tę przyczynę jej zastosowania. Teoretycznie więc jest możliwe prawidłowe zastosowanie klauzuli w takim przypadku, ale wymagałoby to przekonującego uzasadnienia.

Podsumowując, należy więc uznać, że sam imigracyjny status jednostki *per se* nie stanowi w żadnej mierze uzasadnienia dla ograniczenia jej wolności wypowiedzi, a art. 10 Konwencji ma w przypadku cudzoziemca (niezależnie od zgodności z prawem jego obecności na terytorium strony Konwencji) zastosowanie jak w każdej innej sprawie. Również ograniczenia wolności wypowiedzi cudzoziemca są poddane działaniu art. 10 ust. 2 Konwencji, niezależnie czy ograniczenie ma dotyczyć cudzoziemca, czy obywatela strony Konwencji, jak również czy cudzoziemiec dostał się na terytorium strony w sposób zgodny z prawem, czy też nie – jest indyferentne z punktu widzenia art. 10 Konwencji.

1.3. Znaczenie art. 16 Konwencji dla ograniczenia wolności wypowiedzi

Powyższy wniosek znajduje obecnie dodatkowe wsparcie w dokonanej przez Trybunał wykładni art. 16 Konwencji. Zgodnie z tym przepisem zagwarantowane między innymi w art. 10 Konwencji prawo do wolności wypowiedzi nie może

25 Na temat znaczenia wyrażenia *everyone* (fr. *toute personne*) użytego w art. 1 Konwencji zob. I. Popović, *For Whom the Bell of the European Convention on Human Rights Tolls? The Curious Case of Slovenia v. Croatia*, <https://www.ejiltalk.org/for-whom-the-bell-of-the-european-convention-on-human-rights-tolls-the-curious-case-of-slovenia-v-croatia/> (dostęp: 14.07.2023 r.).

26 Zob. wyrok Wielkiej Izby ETPC z 10.05.2001 r., 25781/94, Cypr przeciwko Turcji, HUDOC.

27 Por. wyrok Wielkiej Izby ETPC z 25.05.2021 r., sprawy połączone 58170/13, 62322/14 i 24960/15, Big Brother Watch i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, HUDOC, pkt 34 (w lit. n. wyliczenia podanego w tym punkcie częściowo rozbieżnej i częściowo zbieżnej opinii sędziego Pinto de Albuquerque).

28 Zob. np. wyrok ETPC z 6.10.2022 r., 37610/18, Liu przeciwko Polsce, HUDOC, pkt 106, w którym Trybunał uznał, że naruszenie art. 3 Konwencji, do którego doszłoby w wyniku ekstradycji do ChRL, powoduje zbędność zbadania zarzutu naruszenia art. 6 w postaci *flagrant denial of justice*, na które skarżący byłby narażony, znalazłszy się w Chinach.

29 Wyrok ETPC z 16.12.2008 r., 23883/06, Khurshid Mustafa i Tarzibachi przeciwko Szwecji.

30 Wyrok ETPC z 8.10.2019 r., 15428/16, Szurovecz przeciwko Węgrom, HUDOC, pkt 66 i 76.

być uznane „za wyłączające prawo Wysokiej Układającej się Strony do ograniczenia działalności politycznej cudzoziemców”. Przepis ten stanowi wyjątek od zasady terytorialności, a jednocześnie od zakazu dyskryminacji w dostępie do praw i wolności chronionych Konwencją z uwagi na „pochodzenie narodowe”³¹. Chodzi przy tym wyłącznie o sferę „działalności politycznej” cudzoziemców, a nie o jakąkolwiek sferę ich aktywności dotyczącej – interesującej nas tu – wolności wypowiedzi (a więc np. o działalność polegającą na rozpowszechnianiu wypowiedzi komercyjnych, akademickich czy artystycznych).

Próba zastosowania tego przepisu została zdyskwalifikowana w sprawach połączonych 15773/89 i 15774/89, *Piermont przeciwko Francji*, z uwagi na obywatelstwo UE i status członkini Parlamentu Europejskiego, które posiadała skarżąca³². Orzeczenie to znalazłoby się więc poza zakresem prowadzonych tu rozważań³³, gdyby nie częściowo rozbieżna opinia czworga sędziów (wyrok w tej części zdecydowano większością 5 głosów „za” wobec 4 głosów „przeciw”), w której skrytykowano co do zasady i co do braku uzasadnienia stanowisko większości, zgodnie z którym status skarżącej jako obywatelki UE i posłanki do PE miał zdecydować o braku zastosowania art. 16 Konwencji, a zarazem podkreślono, że przepis ten nie daje stronom nieograniczonego prawa do wprowadzania restrykcji dotyczących korzystania z wolności wypowiedzi, a biorąc pod uwagę „umiędzynarodowienie aktywności politycznej”, należy ustalać „przedmiot i cel art. 16 w kontekście art. 10 ust. 2” Konwencji. Innymi słowy, jak się wydaje, autorzy dysentu opowiedzieli się za restryktywną wykładnią art. 16 Konwencji, przebiegającą zasadniczo zgodnie z regułami interpretacji klauzuli limitacyjnej. Podejście to, zauważmy, wzbudza pewne wątpliwości (choć słabsze, niż pozbawione pogłębionego wyjaśnienia zdyskwalifikowanie zastosowania art. 16 w odniesieniu do posłów do PE), gdyż wydaje się, że skoro u zarania Konwencji przyjęto podejście zakładające „restryktywne pojmowanie pozycji cudzoziemców w prawie międzynarodowym”³⁴, to kierowanie wykładni art. 16 Konwencji na tory reguł interpretacyjnych wypracowanych na płaszczyźnie art. 10 Konwencji wydaje się rozwiązaniem ryzykownym.

Jednak ostateczne „uśmiercenie” znaczenia art. 16 Konwencji (a także znaczenia koncepcji różnicowania statusu cudzoziemców i własnych obywateli na gruncie art. 10 Konwencji) drogą wykładni dokonało się w szeroko komentowanym³⁵ wyroku Wielkiej Izby w sprawie 27510/08, *Perinçek przeciwko Szwajcarii*³⁶. Skarżący, obywatel turecki, został skazany przez sąd szwajcarski za negowanie ludobójstwa Ormian dokonanego

przez Imperium Otomańskie. Jedną z linii obrony szwajcarskiego rządu w tej sprawie było powołanie się na art. 16 Konwencji. W reakcji na ten argument Trybunał przypomniał, że już Europejska Komisja Praw Człowieka w swoim raporcie w sprawach połączonych 15773/89 i 15774/89, *Piermont przeciwko Francji*, uznała ten przepis za oparty na „przestarzałym rozumieniu prawa międzynarodowego”, a „niepohamowane poleganie na nim w ograniczaniu możliwości korzystania przez cudzoziemców z prawa do wolności wypowiedzi byłoby sprzeczne z orzeczeniami Trybunału w sprawach, w których uznano, że cudzoziemcy są uprawnieni do korzystania z tego prawa bez jakiegokolwiek sugestii, że mogłoby ono zostać ograniczone przez odniesienie do Artykułu 16”. Trybunał przypomniał w tym względzie wyroki w sprawach 31276/05, *Women on Waves przeciwko Portugalii*³⁷, i 2933/03, *Cox przeciwko Turcji*, w których istotnie nie rozważano w ogóle zastosowania art. 16 Konwencji. Co więcej, w tej ostatniej sprawie podkreślono, że „nie można dokonać rozróżnienia między chronioną wolnością wypowiedzi obywateli własnych i cudzoziemców”³⁸. Ta argumentacja Trybunału jest o tyle jednak wątpliwa, że w żadnej z tych spraw rządy nie podniosły argumentu opartego na art. 16 Konwencji (inaczej niż w sprawie 27510/08, *Perinçek przeciwko Szwajcarii*), a w pierwszej z nich skarżącymi były: jedno stowarzyszenie „cudzoziemskie” (prawa niderlandzkiego), ale też dwa stowarzyszenia krajowe, tj. portugalskie. Niemniej przywoławszy te wyroki, Wielka Izba uznała, że klauzule limitacyjne muszą być interpretowane zwięźdząco (na dowód czego Wielka Izba powołała trzy wyroki interpretujące art. 10 ust. 2 Konwencji: 17851/91, *Vogt przeciwko Niemcom*³⁹, 69698/01, *Stoll przeciwko Szwajcarii*⁴⁰, i 25390/94, *Rekvényi przeciwko Węgrom*⁴¹, jak należy rozumieć, zrównując tym samym art. 16 Konwencji co do znaczenia z klauzulą limitacyjną z art. 10 ust. 2 Konwencji) i uznała w konsekwencji, że „art. 16 powinien być interpretowany jako zdolny jedynie do zezwalania na ograniczenia działań, które bezpośrednio wpływają na proces polityczny”⁴², co jej zdaniem nie miało miejsca w materialnej sprawie. Nie przeszkodziło to zresztą Wielkiej Izbie w powołaniu tego samego argumentu rządu szwajcarskiego na jego niekorzyść w ten sposób, że wytknięto mu niekonsekwencję w jednoczesnej próbie usprawiedliwienia skazania skarżącego za pomocą odwołania się do sytuacji politycznej w Turcji, bo przecież przywołując art. 16 Konwencji, rząd pokazał, że „chodziło mu głównie o wewnętrzny kontekst polityczny”⁴³. Stanowisko Wielkiej Izby w omawianym tu zakresie nie zostało zaatakowane w opiniach rozbieżnych.

Z powyższego wynika zatem, że podobnie jak w wielu innych sprawach, to, co było istotą krytyki mniejszości w opinii

31 L. Garlicki [w:] *Konwencja...*, art. 16.

32 Wyrok ETPC z 27.04.1995 r., sprawy połączone 15773/89 i 15774/89, *Piermont przeciwko Francji*, HUDOC, pkt 60–64.

33 Zob. krytyczne uwagi do tego wyroku autorstwa I.C. Kamińskiego, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, rozdz. III.8.

34 L. Garlicki [w:] *Konwencja...*, art. 16, nb 2.

35 Zob. m.in. U. Belavusau, *Guest Commentary on Grand Chamber Judgment Perinçek v Switzerland*, <https://www.echrblog.com/2015/11/guest-commentary-on-grand-chamber.html> (dostęp: 14.07.2023 r.); U. Belavusau, *Perinçek v. Switzerland (Eur. Ct. H.R.)*, „International Legal Materials” 2016/4, s. 627–719; LL. Daniele, *Disputing the Indisputable. Genocide Denial and Freedom of Expression in the Perinçek v. Switzerland (Grand Chamber) Judgement of the European Court of Human Rights*, „Nottingham Law Journal” 2016, t. 25, s. 141–152; Ch.L. Giannopoulos, *La Grande Chambre en quête d'un nouveau modus operandi? Liberté d'expression et histoire (Art. 10 CEDH)*, <https://journals.openedition.org/revdh/1727> (dostęp: 14.07.2023 r.).

36 Wyrok (Wielkiej Izby) ETPC z 15.10.2015 r., 27510/08, *Perinçek przeciwko Szwajcarii*, HUDOC.

37 Wyrok ETPC z 3.02.2009 r., 31276/05, *Women on Waves i in. przeciwko Portugalii*, HUDOC, pkt 28–44.

38 Wyrok ETPC z 20.05.2010 r., 2933/03, *Cox przeciwko Turcji*, HUDOC, pkt 31.

39 Wyrok (Wielkiej Izby) ETPC z 26.09.1995 r., 17851/91, *Vogt przeciwko Niemcom*, HUDOC.

40 Wyrok (Wielkiej Izby) ETPC z 10.12.2007 r., 69698/01, *Stoll przeciwko Szwajcarii*, HUDOC.

41 Wyrok (Wielkiej Izby) ETPC z 20.05.1999 r., 25390/94, *Rekvényi przeciwko Węgrom*, HUDOC.

42 Wyrok (Wielkiej Izby) ETPC z 15.10.2015 r., 27510/08, *Perinçek przeciwko Szwajcarii*, pkt 116–123.

43 Wyrok (Wielkiej Izby) ETPC z 15.10.2015 r., 27510/08, *Perinçek przeciwko Szwajcarii*, pkt 245.

rozbieżnej we wcześniejszym wyroku w sprawach połączonych 15773/89 i 15774/89, *Piermont*, stało się ostatecznie stanowiskiem większości w sprawie 27510/08, *Perinçek przeciwko Szwajcarii*: art. 16 Konwencji musi być interpretowany zwięźajaco, zgodnie ze standardami wykładni klauzul limitacyjnych (w interesującym nas zakresie chodzi o art. 10 ust. 2 Konwencji), a jego praktyczne znaczenie polega na możliwości usprawiedliwienia (przy spełnieniu wszystkich przesłanek stosowania klauzuli limitacyjnej, w tym testu „naglącej potrzeby społecznej”) jedynie ograniczeń stanowiących reakcję na takie „działania” cudzoziemca, które „bezpośrednio wpływają na proces polityczny w danym państwie”. Analizowany przepis w żadnej mierze nie daje więc *carte blanche* do ekspulsji czy innych restrykcji wobec cudzoziemców w sytuacji, gdy po prostu zabierają oni głos w dyskursie politycznym. Na przykładzie sprawy 27510/08, *Perinçek przeciwko Szwajcarii*, widać, że sam fakt, iż skarżący zabierał przeciw głos w dyskursie politycznym, nie stanowił uzasadnienia dla zastosowania art. 16 Konwencji.

2. Wolność wypowiedzi imigrantów na gruncie Pierwszej Poprawki

Zgodnie z Pierwszą Poprawką Kongres nie może stanowić prawa dotyczącego ustanawiania religii lub zakazującego jej swobodnego praktykowania; lub ograniczania wolności słowa lub prasy; lub prawa ludzi (ang. *the people*) do pokojowych zgromadzeń i składania petycji do rządu o naprawienie krzywd⁴⁴. Przepis ten *verba legis* zdaje się nie rozróżniać zastosowania przyznanej nim m.in. wolności słowa i prasy w zależności od posiadania obywatelstwa Stanów Zjednoczonych albo jego braku. Jednak jego wykładnia w odniesieniu do cudzoziemców nie daje im w praktyce takiej gwarancji wolności słowa, jak to jest w przypadku obywateli Stanów Zjednoczonych.

2.1. Zasadniczy brak sądowej kontroli konstytucyjności ograniczeń wolności słowa wobec cudzoziemców niebędących „legalnymi” rezydentami Stanów Zjednoczonych

Odnosząc się do tego, czy cudzoziemiec podlegający wydaleniu z terytorium USA pozostaje pod ochroną Pierwszej Poprawki, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (SCOTUS) już w sprawie *Turner przeciwko Williams* (1904 r.) wskazał, że „oczywiście prawdą jest, że jeśli cudzoziemcowi nie pozwolono wjechać do tego kraju lub, który wjechał doń niezgodnie z prawem, zostaje wydalony, w rzeczywistości jest on odcięty od wyzwania religii, przemawiania, publikowania lub składania petycji w tym kraju – ale to tylko z powodu jego wykluczenia z tegoż kraju. Nie staje się on jednym z tych, którym nasza Konstytucja zapewnia te prawa, dokonując próby wjazdu zabronionej przez prawo. Odwoływanie się do Konstytucji oznacza przyznanie, że jest to państwo rządzone przez to najwyższe prawo, a ponieważ zgodnie z nią została określona władza wydalania (cudzoziemców), to ci, którzy podlegają wydaleniu, nie mogą dochodzić praw co do zasady przyznanych

w państwie, do którego nie należą jako obywatele albo w inny sposób”⁴⁵.

Podobnie w sprawie *Harisiades przeciwko Shaughnessy* SCOTUS uznał Pierwszą Poprawkę za niemającą zastosowania do cudzoziemca, co do którego zdecydowano o deportacji z uwagi na głoszenie przezeń poglądów komunistycznych⁴⁶. W sprawie tej nie zajął jednak tak jednoznacznego stanowiska, jak w sprawie *Turner przeciwko Williams*⁴⁷.

W sprawie *Verdugo-Urquidez*, rozważając zakres zastosowania Czwartej Poprawki (dotyczącej warunków legalności przeszukania i odebrania rzeczy), SCOTUS zauważył, że na poziomie tekstualnym „naród (ang. *the people*) chroniony Czwartą Poprawką oraz Pierwszą i Drugą Poprawką, dla którego prawa i władza są zastrzeżone w Poprawce Dziewiątej i Dziesiątej, odnosi się do klasy osób, które są częścią społeczności narodowej lub które w inny sposób nawiązały wystarczający związek z tym krajem, aby można je było uznać za część tej społeczności”⁴⁸. Zauważmy, że zajmując stanowisko wykluczające zastosowanie konstytucyjnej ochrony wobec cudzoziemców przebywających w USA nielegalnie, SCOTUS niemal milcząco zanegował swoje wcześniejsze stanowisko z wyroku *I.N.S. przeciwko Lopez-Mendoza*, w którym zasugerował przynależność takich osób do „narodu” w rozumieniu Czwartej Poprawki⁴⁹ – w piśmiennictwie zarzucono mu zresztą pewną manipulację polegającą na potraktowaniu omawianej kwestii jako jedynie „incydentalnej” w sprawie *Lopez-Mendoza*⁵⁰.

W tym samym kierunku co w sprawie *Verdugo-Urquidez*, SCOTUS wypowiedział się też wcześniej w sprawie *Kleindienst przeciwko Mandel*, dotyczącej uniemożliwienia przez Prokuratora Generalnego wjazdu do USA zaproszonemu przez amerykańską społeczność akademicką belgijskiemu dziennikarzowi głoszącemu poglądy marksistowskie, rozważając zarzut naruszenia Pierwszej Poprawki w jej pasywnym aspekcie, tj. w zakresie prawa jego niedoszłych amerykańskich słuchaczy do wysłuchania poglądów żurnalisty – zdaniem Sądu Najwyższego, skoro Kongres powierzył władzę decydowania o dopuszczalności wjazdu cudzoziemców egzekutywie, to gdy ta „korzysta z tej władzy w sposób negatywny na podstawie, na pierwszy rzut oka, uzasadnionego i przytoczonego w dobrej wierze powodu, sądy nie będą ani analizować korzystania z tej swobody uznania, ani kontrolować jej poprzez zestawienie podanego uzasadnienia z wynikającymi z Pierwszej Poprawki interesami tych, którzy szukają osobistego kontaktu ze skarżącym. To, czy Pierwsza Poprawka lub inne podstawy mogą być dostępne dla podważenia (sposobu) skorzystania przez egzekutywę ze swobody uznania, dla którego

45 Wyrok SCOTUS z 16.05.1904 r., *Turner przeciwko Williams*, 194 U.S. 279 (1904), s. 292.

46 Wyrok SCOTUS z 10.03.1952 r., *Harisiades przeciwko Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 581 (1952).

47 Zob. K.N. Moore, *Madison Lecture. Aliens and the Constitution*, „New York University Law Review” 2013/3, s. 853.

48 Wyrok SCOTUS z 28.02.1990 r., *United States przeciwko Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990), s. 265.

49 Wyrok SCOTUS z 5.07.1984 r., *I.N.S. przeciwko Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032 (1984), s. 1045, gdzie Sędzia O’Connor, autorka opinii większości, zauważyła, że: „Respondents contend that retention of the exclusionary rule is necessary to safeguard the Fourth Amendment rights of ethnic Americans, particularly the Hispanic-Americans lawfully in this country. We recognize that respondents raise here *legitimate and important concerns* [wyróż. – M.G.]”.

50 M.J. Tricarico, *How Sufficient Is the „Sufficient Connection Test” in Granting Fourth Amendment Protections to Nonresident Aliens?: United States v. Verdugo-Urquidez*, „St. John’s Law Review” 1990/3, s. 634–635.

44 Pierwsza Poprawka do Konstytucji Stanów Zjednoczonych z 15.12.1791 r.: „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

nie przedstawiono żadnego uzasadnienia, jest kwestią, do której ani nie odnosimy się, ani nie rozstrzygamy w tej sprawie⁵¹.

Rozwijając tę tezę w sprawie Trump przeciwko Hawaii, SCOTUS podkreślił, że sądowa ingerencja w swobodę decydowania o warunkach wjazdu cudzoziemców jest ograniczona (ang. *highly constrained*) do krańcowych przypadków, kiedy rząd nie przedstawi żadnego, choćby tylko na pierwszy rzut oka przekonującego uzasadnienia przyjętej regulacji, tym samym uznając, że podstawy do takiej ingerencji nie zachodzą w przypadku wskazania przez rząd wśród państw, z których cudzoziemcy są objęci zakazem wjazdu, kilku takich, w których religią państwową jest Islam (w czym skarżący upatrywali naruszenia Pierwszej Poprawki w zakresie, w jakim chroni ona neutralność państwa wobec wyznań)⁵². To rozstrzygnięcie zostaje tu przy tym przywołane jedynie z uwagi na sposób ujęcia sądowej oceny granic dopuszczalności ingerencji w swobodę władzy politycznej, bo samo orzeczenie dotyczyło materialnie innego zakresu Pierwszej Poprawki.

Z drugiej jednak strony, w sprawie Bridges przeciwko Wixon, dotyczącej deportacji cudzoziemca oskarżonego o związki z partią komunistyczną, SCOTUS zauważył, że „wolność słowa i prasy przysługuje cudzoziemcom zamieszkującym w tym państwie”⁵³. Podobnie w sprawie Kwong Hai Chew przeciwko Colding, SCOTUS podkreślił brak rozróżnienia sytuacji cudzoziemców i obywateli USA na gruncie Pierwszej i Piątej Poprawki oraz klauzuli rzetelnego procesu wyrażonej w Czternastej Poprawce⁵⁴. Tyle że w obu tych sprawach chodziło o cudzoziemców legalnie przebywających już na terytorium USA.

Wynika z tego, że o ile cudzoziemiec zamieszkujący zgodnie z prawem w Stanach Zjednoczonych co zasady korzysta z gwarancji udzielanej przez Pierwszą Poprawkę (bo wykazuje „wystarczający związek” z USA), o tyle gwarancja ta co do zasady nie przysługuje cudzoziemcom starającym się o wjazd na terytorium tego państwa czy też podlegającym wydaleni. Status takich osób na gruncie Pierwszej Poprawki jest niejako konsekwencją pozostawienia decyzji o prawie wjazdu i pobytu cudzoziemców władzom politycznym państwa: skoro władzom tym przysługuje w tym zakresie szeroka swoboda uznania, to mieści się w jej granicach także decydowanie o zakresie korzystania przez cudzoziemców z wolności słowa, a ochrona wynikająca z Pierwszej Poprawki jest zasadniczo wyłączona w przypadku takich osób.

2.2. Sytuacja cudzoziemców „nieudokumentowanych” na gruncie Pierwszej Poprawki (w zakresie wolności słowa)

Powstaje wobec tego pytanie, czy cudzoziemiec pozostający na terytorium Stanów Zjednoczonych w sposób „nieudokumentowany” albo też usiłujący dostać się na to terytorium, w praktyce korzysta w jakimś zakresie z wolności słowa. Wszak w sprawie Zadvydas przeciwko Davis SCOTUS zauważył, że z momentem zjawienia się cudzoziemca na terytorium Stanów Zjednoczonych

np. klauzula rzetelnego procesu (*Due Process Clause*) ma doń zastosowanie niezależnie od legalności sposobu, w jaki do tego doszło, a „kompetencja władzy ustawodawczej i egzekutywy podlega odtąd ograniczeniom konstytucyjnym”⁵⁵. Innymi słowy, czym są te „krańcowe przypadki”, o których Sąd Najwyższy wspominał w sprawach Kleindienst i Trump przeciwko Hawaii.

Problem ten jest intensywnie i od długiego czasu rozważany w piśmiennictwie amerykańskim, w którym zwracano uwagę na brak możliwości powołania się na Pierwszą Poprawkę przez cudzoziemców, którym odmówiono wjazdu na terytorium USA z uwagi na głoszone przez nich poglądy i ograniczoną kontrolę sądową w przypadku skarg obywateli USA poszkodowanych taką odmową wjazdu udzieloną cudzoziemcowi⁵⁶, jak również na silnie ograniczoną kontrolę konstytucyjną wobec potencjalnie naruszających Pierwszą Poprawkę działań władzy wykonawczej w odniesieniu do cudzoziemców przebywających już w Stanach Zjednoczonych w sposób zalegalizowany (co jest związane z rozumieniem Konstytucji USA jako swoistej „umowy stron będących obywatelami Stanów Zjednoczonych”)⁵⁷, krytykując to podejście jako oparte na konstytucyjnie niedopuszczalnym rozróżnieniu wynikającym ze statusu obywatelskiego⁵⁸, a także zauważając stopniową (i składną logiczną, biorąc pod uwagę zmiany technologiczne) dekonstrukcję terytorialistycznego podejścia do zastosowania Pierwszej Poprawki⁵⁹.

Ożywioną dyskusję amerykańskiego piśmiennictwa wywołała ostatnio sprawa Pineda Cruz przeciwko Thompson⁶⁰, dotycząca skargi przeciwko represjom, jakim poddano kobiety przebywające z dziećmi w przeznaczonym dla imigrantów oczekujących (przez kilka lat) na rozpatrzenie wniosków azylowych ośrodka detencyjnym hrabstwa Karnes w Teksasie. Represje były reakcją na zorganizowany przez nie protest przeciwko warunkom panującym w ośrodku. Represje te polegały na poddaniu ich izolacji i zwolnieniu z pracy, dzięki której mogły zarabiać. Sprawa nie została ostatecznie rozstrzygnięta merytorycznie z uwagi na cofnięcie skargi przez stronę powodową i umorzenie postępowania. Niemniej w toku postępowania pozwana strona rządowa (departament sprawiedliwości rządu federalnego) lansowała m.in. pogląd, że skarżące nie są objęte ochroną wynikającą z Pierwszej Poprawki, bo nie zachodzi w ich przypadku „wystarczający związek” (ang. *sufficient connection*) ze Stanami Zjednoczonymi. Podkreśliły, że chodziło o osoby przebywające przez dłuższy czas w Stanach Zjednoczonych i „skazane” na przebywanie w tym sensie, że proces

51 Wyrok SCOTUS z 19.06.1972 r., Kleindienst, Attorney General, et al. przeciwko Mandell et al., 408 U.S. 753 (1972), s. 770.

52 Wyrok SCOTUS z 26.06.2018 r., Trump przeciwko Hawaii, 585 U.S. (2018), opinia Sędziego Roberts, pkt IV.C.: „our inquiry into matters of entry and national security is highly constrained” oraz „That standard of review considers whether the entry policy is plausibly related to the Government’s stated objective to protect the country and improve vetting processes”.

53 Wyrok SCOTUS z 18.06.1945 r., Bridges przeciwko Wixon, 326 U.S. 135 (1945), s. 148.

54 Wyrok SCOTUS z 9.02.1953 r., Kwong Hai Chew przeciwko Colding, 344 U.S. 590 (1953), przypis 5.

55 Wyrok SCOTUS z 28.06.2001 r., Zadvydas przeciwko Davis, 533 U.S. 678 (2001), s. 695. Stanowisko to osłabił jednak zdecydowanie wyrok SCOTUS z 25.06.2020 r., Department of Homeland Security przeciwko Thuraissigiam, 591 US (2020), s. 36, w którym Sąd zauważył, że osoba zatrzymana bezpośrednio po nielegalnym wtargnięciu na terytorium USA nie może być uznana za taką, która „dokonała wjazdu” (*effected an entry*) i w konsekwencji nie korzysta ona z konstytucyjnej ochrony *Due Process Clause*.

56 S.J. Burr, *Immigration and the First Amendment*, „California Law Review” 1985/6, s. 1889–1928.

57 C.E. Pellegrino, *A Generously Fluctuating Scale of Rights: Resident Aliens and First Amendment Free Speech Protections*, 46 „SMU Law Review” 1992/1, s. 225–261.

58 H.R. Henthorne, *Resident Aliens and the First Amendment: The Need for Judicial Recognition of Full Free Speech and Association Rights*, „Catholic University Law Review” 1990/2, s. 595–637.

59 T. Zick, *Territoriality and the First Amendment: Free Speech At – And Beyond – Our Borders*, „Notre Dame Law Review” 2010/4, s. 1543–1628; T. Zick, *The First Amendment in Trans-Border Perspective: Toward a More Cosmopolitan Orientation*, „Boston College Law Review” 2011/3, s. 941–1025.

60 Sąd Okręgowy dla Zachodniego Teksasu z siedzibą w San Antonio, Class Action Complaint at 2, Pineda Cruz przeciwko Thompson, No. 5:15-cv-00326-XR (W.D. Tex. dismissed Apr. 23, 2015).

rozpatrywania wniosków azylowych trwa kilka lat. Co więcej, nie były to osoby, które dopiero chciałyby znaleźć się w USA albo które znalazły się na terytorium tego państwa z naruszeniem prawa, lecz osoby, które złożyły zgodnie z prawem wnioski azylowe i czekały na ich rozpatrzenie. Zdaniem rządu amerykańskiego osoby w takiej sytuacji nie wykazują na tyle wystarczających związków z tym państwem, aby korzystać z dobrodziejstwa Pierwszej Poprawki. Stanowisko Departamentu Sprawiedliwości zostało silnie skrytykowane przez doktrynę⁶¹, niemniej wskazuje ono, że ostatnie słowo w sprawie znaczenia „wystarczającego związku”, jako czynnika uruchamiającego ochronę udzielaną przez Pierwszą Poprawkę, nie zostało jeszcze powiedziane.

3. Konkluzje i propozycja wyjaśnienia przyczyn różnicy podejścia ETPC i SCOTUS

Zauważalna różnica podejścia ETPC i SCOTUS do kwestii zakresu ochrony wolności wypowiedzi migrantów jest dość prosto wytłumaczalna. Wynika ona, w odniesieniu do Stanów Zjednoczonych, z kluczowego znaczenia uwarunkowań konstytucyjnych związanych z zakresem stosowania Pierwszej Poprawki oraz z podziałem władzy, a z drugiej strony, w przypadku systemu konwencyjnego, braku zasadniczego znaczenia takich uwarunkowań w odniesieniu do kontroli korzystania przez państwa strony z klauzuli limitacyjnej wynikającej z art. 10 ust. 2 Konwencji.

Gdy chodzi o Stany Zjednoczone, władza decydowania o warunkach dopuszczenia cudzoziemców na terytorium tego państwa została zgodnie z Konstytucją powierzona przez Kongres władzy wykonawczej. Skoro tak, to sposób korzystania z tak powierzonej władzy pozostaje co do zasady poza kontrolą sprawowaną przez Sąd Najwyższy i sądy federalne⁶². Wyjątki dotyczą przypadków krańcowych, a cudzoziemcy usiłujący dopiero dostać się na terytorium Stanów Zjednoczonych albo objęci nakazem jego opuszczenia zasadniczo nie korzystają z ochrony udzielanej przez Pierwszą Poprawkę. Jest to przy tym, podkreślny, aktualny stan wykładni konstytucyjnej. Nawet w przypadku cudzoziemców przebywających zgodnie z prawem na terytorium Stanów Zjednoczonych, lecz niewykazujących „wystarczającego związku” z tym państwem, Pierwsza Poprawka nie ma zasadniczo zastosowania. Orzecznictwo amerykańskie nie dostarcza natomiast usystematyzowanej odpowiedzi na pytanie o to, czym jest „wystarczający związek” (i czy w tym pojęciu mieści się np. chęć zrealizowania przez cudzoziemca „amerykańskiego marzenia” poprzez złożenie wniosku o azyl w tym państwie i wieloletnie przebywanie w nim w oczekiwaniu na rozpatrzenie takiego wniosku), ani też o to, czym są „krańcowe przypadki”, w których mogłoby dojść do ingerencji sądownictwa federalnego w sposób korzystania przez egzekutywę z władzy dyskrecjonalnej w zakresie decydowania o prawie wjazdu i pobytu cudzoziemców, a w ślad za tym, o korzystaniu przez nich z wolności słowa. Jest to o tyle istotne, że w ujęciu amerykańskim korzystanie z tej wolności przez imigranta może wręcz uzasadniać jego deportację, co wydaje się trudne do obrony na gruncie europejskim.

61 Zob. np. S. Chasworth, *Shut Up. You Don't Even Go Her. * An Examination of First Amendment Rights for Noncitizens*, „Journal of Civil Rights and Economic Development” 2018/2, s. 137–164; M. Kagan, *Do Immigrants Have Freedom of Speech?*, „California Law Review Circuit” 2015, t. 6, s. 84–97 – z interesującą argumentacją opartą na wyroku SCOTUS z 21.01.2010 r., *Citizens United przeciwko FEC*, 558 U.S. 310 (2010), w którym wykluczono rozróżnienie oparte na statusie autora wypowiedzi.

62 Wyrok SCOTUS z 16.01.1950 r., *Knauff przeciwko Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1950), s. 543.

Z perspektywy Konwencji status cudzoziemski, jako taki, nie powoduje zróżnicowania intensywności gwarancji udzielanej wolności wypowiedzi z mocy art. 10 Konwencji. Status ten może dopiero implikować okoliczności uzasadniające zastosowanie klauzuli limitacyjnej, ale będzie to podlegało tym samym regułom, co w przypadku obywateli państw stron Konwencji. Orzecznictwo ETPC doprowadziło także do istotnej redukcji (jeśli nie niemalże „anihilacji”) znaczenia art. 16 Konwencji.

Podsumowując, należy podkreślić, że różnica podejścia istniejąca pomiędzy ETPC i SCOTUS nie wynika w żadnej mierze ze słabszego przywiązania tego ostatniego do wolności słowa czy też z większej predylekcji ku akceptowaniu dyskryminacyjnego traktowania cudzoziemców, lecz z uwarunkowań ustrojowych, a ściślej: z rozgraniczenia zakresów sprawowanej w Stanach Zjednoczonych władzy pomiędzy tamtejszym sądownictwem oraz władzami politycznymi: legislatywą i egzekutywą. Upraszczające porównania tych dwóch systemów prawnych i struktur konstytucyjnych, które można niekiedy napotkać⁶³, mogą wynikać z niedostrzeżenia tej zasadniczej różnicy.

Abstract

dr Marcin Górski, professor of the University of Lodz

The author is a professor at the Department of European Constitutional Law, University of Lodz, Poland, a member of the Centre for Migration Law Research of the Polish Academy of Sciences, a visiting professor at the University of Chandigarh, India (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7658-5947>).

Immigrants' Freedom of Expression: European and American Perspectives

Keywords: *freedom of expression, ECHR, First Amendment, migrants*

In the light of the case law of the European Court of Human Rights, the right of immigrants to exercise freedom of expression in states parties to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms does not appear to give rise to doubts. The exercise of freedom of expression does not, in principle, depend on the 'legality' or 'illegality' of a person's stay in a European country, because according to Article 1 Convention, the rights and freedoms defined it are guaranteed to anyone within the jurisdiction of a State Party. Meanwhile, in the United States, the application of the First Amendment to 'undocumented' immigrants is no longer obvious. A number of arguments are cited in support of the thesis that freedom of speech, guaranteed by the First Amendment, is refused not only to foreign actors attempting to direct their statements from abroad to US citizens, but also to 'undocumented' immigrants already staying in the US territory. Of course, such an interpretation of the First Amendment has sometimes attracted criticism from US dogmatics and has also sometimes been challenged by the federal courts. The purpose of this article is to present a European (ECtHR) and an American (Supreme Court of the US, SCOTUS) perspective on the right of 'illegal' immigrants to exercise their freedom of expression and to explain the reasons for this difference in positions.

63 Zob. np. pkt 5 („Konkluzje”) opinii rozbieżnej sędziogo K. Wojtyczka do wyroku (Wielkiej Izby) ETPC z 17.01.2023 r., sprawy połączone 40792/10, 30538/14 i 43439/14, *Fedotova i in. przeciwko Rosji*, HUDOC.

Bibliografia/References

- Baumgärtel M., *Reaching the Dead-End: M.N. and others and the question of humanitarian visas*, <https://strasbourgobservers.com/2020/05/07/reaching-the-dead-end-m-n-and-others-and-the-question-of-humanitarian-visas/> (dostęp: 19.07.2023 r.).
- Belavusau U., *Guest Commentary on Grand Chamber Judgment Perinçek v Switzerland*, <https://www.echrblog.com/2015/11/guest-commentary-on-grand-chamber.html> (dostęp: 14.07.2023 r.).
- Belavusau U., *Perinçek v. Switzerland (Eur. Ct. H.R.)*, „International Legal Materials” 2016/4.
- Burr S.J., *Immigration and the First Amendment*, „California Law Review” 1985/6.
- Chasworth S., *Shut Up. You Don't Even Go Her.* An Examination of First Amendment Rights for Noncitizens*, „Journal of Civil Rights and Economic Development” 2018/2.
- Daniele L.L., *Disputing the Indisputable. Genocide Denial and Freedom of Expression in the Perinçek v. Switzerland (Grand Chamber) Judgement of the European Court of Human Rights*, „Nottingham Law Journal” 2016, t. 25.
- Frankowski S., Goldman R., Łętowska E., *Sąd Najwyższy USA. Prawa i wolności obywatelskie*, Warszawa 1997.
- Garlicki L. [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1, Komentarz do artykułów 1–18, red. L. Garlicki, Warszawa 2010.
- Giannopoulos Ch.L., *La Grande Chambre en quête d'un nouveau modus operandi? Liberté d'expression et histoire (Art. 10 CEDH)*, <https://journals.openedition.org/revdh/1727> (dostęp: 14.07.2023 r.).
- Henthorne H.R., *Resident Aliens and the First Amendment: The Need for Judicial Recognition of Full Free Speech and Association Rights*, „Catholic University Law Review” 1990/2.
- Kagan M., *Do Immigrants Have Freedom of Speech?*, „California Law Review Circuit” 2015, t. 6.
- Kamiński I.C., *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010.
- Mallory C., *A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights?*, „Questions of International Law” 2021, t. 82.
- Moore K.N., *Madison Lecture. Aliens and the Constitution*, „New York University Law Review” 2013/3.
- Pellegrino C.E., *A Generously Fluctuating Scale of Rights: Resident Aliens and First Amendment Free Speech Protections*, 46 „SMU Law Review” 1992/1.
- Popović I., *For Whom the Bell of the European Convention on Human Rights Tolls? The Curious Case of Slovenia v. Croatia*, <https://www.ejiltalk.org/for-whom-the-bell-of-the-european-convention-on-human-rights-tolls-the-curious-case-of-slovenia-v-croatia/> (dostęp: 14.07.2023 r.).
- Reyhani A-N., *Expelled from Humanity. Reflections on M.N. and Others v. Belgium*, <https://verfassungsblog.de/expelled-from-humanity/> (dostęp: 13.07.2023 r.).
- Stoyanova V., *M.N. and Others v Belgium: no ECHR protection from refoulement by issuing visas*, 12.05.2020 r., <https://www.ejiltalk.org/m-n-and-others-v-belgium-no-echr-protection-from-refoulement-by-issuing-visas/> (dostęp: 14.07.2023 r.).
- Tricarico M.J., *How Sufficient Is the „Sufficient Connection Test” in Granting Fourth Amendment Protections to Nonresident Aliens?: United States v. Verdugo-Urquidez*, „St. John's Law Review” 1990/3.
- Zick T., *Territoriality and the First Amendment: Free Speech At – And Beyond – Our Borders*, „Notre Dame Law Review” 2010/4.
- Zick T., *The First Amendment in Trans-Border Perspective: Toward a More Cosmopolitan Orientation*, „Boston College Law Review” 2011/3.

REKLAMA

Całe prawo w jednym miejscu **Prawo.pl**

Serwis
Prawo.pl to:

aktualne
informacje
prawne

wywiady, opinie
i komentarze
ekspertów

najnowsze
wyroki polskich
i unijnych sądów

zespół
doświadczonych
dziennikarzy

 Wolters Kluwer

LEX