

Tackling irregular forms of migration. Irregular migrants in the European Union – do they enjoy the rights contained in the UN Migrant Workers Convention?

Ve své disertační práci se doktorandka věnovala rozsáhlé a stále aktuální problematice. Situace nelegálních či neregulérních migrantů v státech EU vyvolává v současné době celou řadu důležitých právních otázek, které si zasluhují podrobnější rozbor. Doktorandka se rozhodla nahlížet na problém nelegálního přistěhovalectví z hlediska srovnání aktuální úpravy EU a úpravy obsažené v Úmluvě OSN o ochraně práv všech migrujících pracovníků a členů jejich rodin (CMW). V názvu práce si položila konkrétní otázku, zda práva obsažená v CMW jsou nelegálním migrantům garantována také v právu EU. Ačkoli se může toto vymezení na první pohled jevit pro účely disertační práce jako příliš úzké, obsahuje implicitně řadu komplexních aspektů. Daná otázka je proto nepochybně vhodným tématem disertační práce na právnické fakultě.

Formální aspekty

Doktorandka čerpala z přiměřeně rozsáhlého seznamu vědecké literatury v angličtině a z malé části také v češtině. Pro účely analýzy používala poměrně úzký výběr relevantní judikatury SDEU a ESLP. Autorka však nevzala na vědomí českou odbornou literaturu věnovanou konkrétně CMW, relevantním právním nástrojům EU či problematice tzv. regularizace. Velká část práce zřejmě vznikla v zahraničí a zpracování stanovisek zahraničních autorů lze na jedné straně jednoznačně uvítat. Přesto je, na straně druhé, třeba položit otázku, zda by pro účely studie o migračním právu, která byla odevzdána na PFUK v Praze, nebylo možné jednoduše zadat do katalogu knihovny zdejší fakulty heslo „migrace“ a vzít na vědomí literaturu psanou na dané téma v češtině alespoň za posledních 5 let.

Práce autorky s poznámkovým aparátem je poněkud nestandardní. Autorka zvolila způsob citace, který se výrazně odchyľuje od standardů doporučených např. na stránkách knihovny PFUK a na diplomových seminářích. I zde hraje zřejmě roli, že doktorandka psala svoji práci v zahraničí. Ale ani v zahraničních právnických publikacích (tzn. zejména v monografiích a vědeckých časopisech o lidských právech či o migračním právu) není zvolený způsob nijak obvyklý. Nevýhoda zvolené metody spočívá nejen ve své neobvyklosti, ale v tom, že nenabízí možnost upřesnění argumentů více autorů v poznámkách pod čarou. Orientace čtenáře je tím ztížena.

Poznámky pod čarou by měly zásadně končit tečkou. V tak rozsáhlé vědecké práci by měly být očíslovány všechny kapitoly a podkapitoly. Před případnou publikací doporučuje oponent důkladnou jazykovou korekturu práce ze strany rodilého mluvčího či odborníka na právní angličtinu.

Přes určité výhrady považuji formální požadavky kladené na tento druh práce vcelku za splněné.

Struktura práce a obsah

Kromě úvodu a závěru je práce členěna na 4 hlavní kapitoly. V úvodní kapitole doktorandka velmi stručně představila některé informace o problematice nelegální či neregulérní migrace. Také přesněji vymezila cíl práce, který spočívá ve zjištění, zda a v jaké míře úprava práv nelegálních migrantů v CMW překračuje stávající úpravu této otázky v právu EU. Jako pracovní hypotézu autorka předpokládala, že rozsah některých práv podle CMW bude širší než v právu EU. Formulace cíle je podle názoru oponenta jednoznačně podařena a umožňovala by jasnou linii zkoumání a přehlednou strukturu práce.

Bohužel studie v některých ohledech nedodrhuje, co by bylo možné po slibném úvodu očekávat. Povrchní je analýza CMW v druhé kapitole práce. Místo podrobného rozboru jednotlivých ustanovení, jejich geneze a popř. jejich aktuální interpretace se autorka omezila na příliš průhlednou politickou polemikou se stanovisky těch členských států EU, které považují přístup k CMW s ohledem na již platné lidskoprávní závazky za nadbytečný. Na osmi stránkách (str. 33-41) zmiňuje doktorandka některé argumenty členských států a orgánů EU v této věci a porovnává je se stručnou kritikou obsaženou ve vybrané odborné literatuře. Ze skutečnosti, že různé členské státy mají na CMW různé pohledy dovozuje autorka poněkud nelogicky, že tvrzení členských států nejsou „moc objektivní, ale subjektivní“ (str. 38). To, že autorka kritiku jen přebírá bez vlastní reflexe, naznačuje shrnutí „argumentů“ na str. 40-41 („conclusion“), které reprodukuje jen dlouhou citaci z dokumentu výboru OSN zřízeného v souvislosti s CMW. Není jasné, proč autorka považuje tento pramen bez výhrady za „objektivní“. Obohacením dané kapitoly by byl podrobnější rozbor dokumentů orgánů EU. Autorka např. konstatuje, že jedním z nejdůležitějších dokumentů EU (soft law) je v této souvislosti stanovisko Hospodářského a sociálního výboru EU z roku 2004. Avšak dále už nepředstavuje jediný argument či informaci v něm obsaženou.

Iritující je také vstup do třetí kapitoly věnované aspektům mezinárodní ochrany lidských práv. Hned v první podkapitole uvádí jako referenční dokumenty např. Ženevskou

úmluvu z roku 1951 a Palermský protokol pro boj proti obchodu s lidmi, které mají poměrně jasnou lidskoprávní dimenzi. Spornější bude návaznost na lidská práva ovšem v případě tzv. GATS. Pokud autorka považovala za nutné uvést liberalizaci přeshraničního poskytování služeb v rámci GATS jako důležitou součást universálního migračního práva, měla přínos této úpravy pro oblast ochrany nelegálních migrantů podrobněji vysvětlit (str. 43).

V kontextu mezinárodní ochrany lidských práv vychází autorka výlučně ze smluvních standardů. Otázka obyčejové ochrany legálních a nelegálních migrantů není vůbec zmíněna. Podle oponenta se přitom jedná ale o klíčový problém týkající se samotné CMW. Lze totiž vycházet z toho, že některé universální (popř. také regionální) lidskoprávní standardy získaly obyčejový základ a jsou proto závazné také pro státy, které příslušné mezinárodní úmluvy neratifikovaly. Pro účely studie by bylo vhodné vysvětlit, zda obyčejové standardy obsahuje také CMW a popř. které části úpravy CMW takový základ nemají.

Autorka by měla na závěr kapitoly konkretizovat, zda státy mají prostor pro uvážení při výběru smluvních závazků, ke kterým přistupují. Minimálně zavádějící je věta na str. 81: „*All this protection provided in international law should be translated to the national legislation of EU Member States*“. Oponent vychází z toho, že o konzistenci a logické ucelenosti mezinárodního systému ochrany lidských práv není třeba dělat si nemístné iluze. Proces tzv. international standard-setting zahrnuje potřebné a pokrokové prvky stejně jako místy nadbytečný aktivismus a nákladnou duplicitu některých nástrojů.

Velmi negativní je pohled autorky na relevantní legislativu EU. S některými kritickými argumenty týkajícími se migračního práva EU lze jistě souhlasit. Ve čtvrté kapitole však postrádám do určité míry červenou niť analýzy. Klíčové nástroje EU týkající se legální migrace jsou nejprve jen stručně představeny v rozsahu několika vět (str. 94-97). V následující části autorka pak zcela správně konstatuje, že nástroje proti nelegální migraci v právu EU převažují nad úpravou legální migrace. Z nevysvětlených důvodů však považuje jen některé z těchto nástrojů za relevantní pro účely práce („*the few important instruments*“, str. 97). Jaké jsou další nástroje a proč je autorka nepovažuje za relevantní? Bylo by vhodné, kdyby očíslovala následující podkapitoly a usilovala o transparentnější systematiku. To se týká také rozboru problematiky tzv. regularizace, o které pojednává část 4.7 (str. 109-119).

Doktorandka kritizuje ve čtvrté kapitole tzv. kriminalizaci migrantů v právu EU (např. str. 99). Není však zcela zřejmé proč na jiném místě (tzn. ve svém pojednání o mezinárodní ochraně lidských práv) nástroje na kriminalizaci obchodu s lidmi považovala za pozitivní krok. Odlišné hodnocení příslušné úpravy OSN a EU naráží na skutečnost, že citovaná úprava EU

vychází z velké části z transformace standardů OSN do práva EU. Dále je třeba položit otázku, zda podle autorky je koncepce trestního postihu převaděčství a zaměstnávání nelegálních migrantů v rozporu s mezinárodními standardy na ochranu lidských práv. Vidí zde konkrétní styčné body s úpravou obsaženou v CMW?

Nelze souhlasit se závěrem autorky, že právo EU neobsahuje explicitní právní základ pro lidská práva nelegálních migrantů (str. 119). Podle čl. 51 Listiny základních práv EU, o které autorka pojednává na jiném místě, musí být veškerá sekundární legislativa EU v souladu s lidskými právy a svobodami uvedenými v Listině. Jak interpretuje autorka dále např. preambuli „kriminalizační“ směrnice proti zaměstnavatelům nelegálních migrantů (směrnice 2009/52/ES), podle níž „tato směrnice dodržuje základní práva a ctí zásady uznávané zejména Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod a Listinou základních práv Evropské unie“? Podle bodu 37 preambule směrnice by měla být směrnice především uplatňována s řádným dodržováním svobody podnikání, rovnosti před zákonem a zákazu diskriminace, práva na účinnou právní ochranu a spravedlivý proces a zásady zákonnosti a přiměřenosti trestných činů a trestů v souladu s články 16, 20, 21, 47 a 49 Listiny.

Nepřehledná je komparatistika provedená v páté kapitole práce. Kapitola by měla vedle sebe postavit reflexi práv podle CMW v právu EU a v právu mezinárodním, přičemž z pohledu cíle práce by bylo užitečnější omezit srovnání na CMW a právo EU. Kromě citace vybraných ustanovení primárního práva EU by bylo vhodné vzít v potaz také aplikaci a výklad relevantních ustanovení v judikatuře SDEU či národních soudů.

Závěry v šesté části práce jsou zformulovány přehledným způsobem, ale vzhledem k některým nedostatkům argumentace ne zcela přesvědčivě. Je samozřejmě na autorce, aby samostatně posoudila spolehlivost určitých pramenů. Sluší ovšem dodat, že nepopíratelná dávka zaujatosti některých představitelů oboru mezinárodního migračního práva, který se postupně emancipuje od obecných standardů mezinárodního práva a dokonce od některých standardů ochrany lidských práv, jednak poškozuje důvěryhodnost určitého typu studií a jednak snižuje relevanci jejich argumentů v politickém a společenském diskurzu. Je to zcela legitimní volba tam, kde dotyčný autor vystupuje otevřeně jako advokát zastupující zájmy legálních či nelegálních migrantů nebo jako zástupce nevládní organizace. Z pohledu odborné právní analýzy je však třeba vyžadovat vyváženější postup a schopnost kriticky reflektovat také stanoviska nevládních institucí. Podle názoru oponenta by bylo žádoucí v rámci disertační práce opustit zavedené černobílé vidění.

Doporučuji pro tyto účely následující úvahy. Autorka na začátku některých kapitol

uvádí krátké citace, které jako vytržené z kontextu do samotného rozboru nijak nezapadají, ale jako „malá dávka adrenalinu“ mají čtenáři zřejmě pomoci udržovat během četby určitou úroveň emoce (viz např. naprosto nevhodné srovnání mezi brazilským kuřetem a brazilskou občankou vdanou za Španěla na str. 107). Na str. 82 autorka v tomto duchu uvádí výrok bavorského ministra vnitra G. Becksteina z roku 2000, ve kterém navrhuje rozlišovat mezi cizinci, kteří zneužívají „nás“, a cizinci, kteří „nám“ mohou být užiteční. Vzhledem k tomu, že se při jednostranném černobílém vidění autor tohoto výroku odsuzuje sám a že ministr vnitra je navíc zřejmě již z titulu svého postavení přirozeným nepřítelem všech ochránců práv migrantů, doktorandka k této citaci nepovažovala za nutné doplnit komentář. Nebylo by však na místě před jakýmkoli závěrem hledat a zvážit také argumenty zástupců státní moci? Pokud naprostá většina legálních a nelegálních migrantů zvolí svoji zemi pobytu (destinace) podle ekonomických kritérií, musí být opravdu zvrácený přístup státu, který recipročně vychází ze stejných kritérií? Je stát v tomto smyslu jen abstraktní entitou, která podle ideologie lidských práv má sloužit jako dobrodinec všem bez rozdílu, nebo naopak komplexní sociální konstrukcí, která vychází v první řadě ze společenské smlouvy občanů? A pokud naopak odmítáme představy kontraktualistů o roli a fungování státu: kdo bude místo oslabeného státu zbaveného společenské akceptace chránit lidská práva včetně práv migrantů?

Autorka v rámci svých dřívějších publikací již potvrdila schopnost zformulovat a řešit relevantní vědecké otázky v oblasti ochrany lidských práv. Též již různými způsoby těžila ze svých profesních zkušeností získaných v nevládním sektoru. Nezpochybnitelná je angažovanost a „zapálenost“ autorky pro otázky migrace a lidských práv migrantů. Na těchto základech postavila svoji disertační práci, která představuje nesporně další pokrok v přístupu autorky ke komplexní právní problematice. Vcelku pozitivně se do kvality studie promítají také zkušenosti ze zahraničních studijních pobytů absolvovaných v rámci jak diplomového tak i doktorského studia. Podle názoru oponenta je výsledek práce v tomto směru dostačující a vyhovuje základním kritériím kladeným na tento druh vědecké studie. Oponent však současně lituje, že si doktorandka nezískala pro účely své vědecké analýzy větší odstup od ideologických pozic hojně zastoupených v publikacích na tzv. migrační právo. Předložená práce na řadě míst nabízela možnosti důkladnější reflexe problematiky ve světle obecného mezinárodního práva a je škoda, že jich autorka přes svůj nesporný talent nedokázala v plné míře využít.

Závěr

Doktorandka předložila studii, která může v některých částech obohatit českou odbornou literaturu. Přes výhrady týkající se jak formálních, tak i obsahových aspektů považuji práci za způsobilou k obhajobě. Doktorandka by však měla ve své obhajobě reagovat na námitky obsažené v posudku a dále vyjádřit se k následujícím otázkám:

1. Autorka na str. 66 pojednává nejasným způsobem o závazném charakteru rozsudků ESLP. Jak souvisí otázka případného přímého efektu se samotnou závazností rozsudků ESLP? Jak interpretuje autorka ustanovení čl. 46 odst. 1 EÚLP, podle něhož se smluvní strany zavázaly, že se budou řídit konečnými rozsudky ESLP ve všech sporech, jichž jsou stranami?
2. Autorka zmiňuje zvláštní zranitelnost dětí nelegálních migrantů (např. str. 163). Jak přistupuje k této problematice Úmluva OSN o právech dítěte?

V Praze, dne 12. října 2012

Doc. Harald Christian Scheu

Opinion on the doctoral thesis of Karolína Babická

Tackling irregular forms of migration. Irregular migrants in the European Union – do they enjoy the rights contained in the UN Migrant Workers Convention?

In her doctoral dissertation the author deals with a complex and up to date issue. The situation of illegal or irregular migrants in the EU, at present, leads to a number of important legal questions that deserve more detailed analysis. The author decided to look at the problem of illegal immigration from the perspective of a comparison between the current EU legislation and the rules contained in the UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (CMW). In the name of the thesis the author formulated the specific question whether the rights contained in the CMW are guaranteed to illegal migrants also under EU law. Although this restriction may at first glance appear to be too narrow for the purposes of a dissertation, the topic implicitly contains a number of complex problems. The issue in question is therefore undoubtedly an appropriate topic for a dissertation at a faculty of law.

Formal aspects

The author uses a reasonably extensive list of scientific literature in English and to a small degree also in Czech language. For the purpose of her analysis she also used a relatively narrow selection of ECJ and ECtHR case law. The author, however, did not take note of Czech literature specifically dedicated to the CMW, relevant legal instruments of the EU or the issue of the so-called regularization. Much of the work probably was developed during studies abroad and, on the one hand, the study of foreign authors may be clearly welcomed. Yet, on the other hand, we must ask ourselves whether for the purposes of the thesis on migration law, which was submitted at the Law Faculty in Prague, it was not possible to simply enter the term “migration” into the Faculty’s library catalog and take note of the literature which has been published on the subject in Czech language at least in the course of the past 5 years. Before any publications I further recommend a thorough proofreading by a native speaker or an expert in legal English.

Despite some reservations I consider that formal requirements for this kind of study have been met.

Structure and content of the work

In addition to the introduction and the conclusion, the paper is divided into four main chapters. In the introduction the author very briefly presented some information on the issue of illegal or irregular migration. She, also, more accurately defined the aim of the study, which is to determine whether and to what extent the rights of illegal migrants laid down in the CMW exceed the current regulation of this issue in EU law. As a working hypothesis the author assumed that the scope of certain rights under the CMW will be broader than in EU law. The formulation of the objective is clear and well done and allows for a clear line of analysis and a transparent structure of the work.

Unfortunately, the study in some respects does not comply with what could be expected after a promising beginning. The analysis of the CMW in the second chapter of the thesis is superficial. Instead of providing a detailed investigation into individual provisions of the CMW, their genesis and maybe their current interpretation, the author limited the scope of the study to a political polemic with the views of those EU Member States that consider access to the CMW with respect to already existing human rights obligations as unnecessary. On eight pages (pp. 33-41) the author mentions some arguments of Member States and EU institutions and compares them with a brief criticism contained in the selected literature. From the fact that different Member States have different views on the CMW the author concludes somewhat illogically, that the claims of the Member States are "rather not very objective, but subjective" (p. 38). The fact that the author only quotes criticism without proper reflection is confirmed by the "conclusion" on page 40-41, which reproduces a long quote from a document of the UN Committee which has been established in connection with the CMW. It is not clear why the author considers this source without reservation as "objective". The chapter could have been enriched by a more detailed analysis of the EU institution documents. The author notes that one of the most important EU documents (soft law) in this context is the opinion of the Economic and Social Committee of the EU which was issued in 2004. But then she does not present a single argument or information contained therein.

In the context of international human rights protection the author bases her considerations exclusively on treaty standards. The issue of customary protection of legal and illegal migrants is not even mentioned. According to my opinion this is, however, a key problem concerning

the CMW itself. It can be assumed that some universal (and also regional) human rights standards have gained a customary basis and, therefore, they are binding also for those States which have not ratified the relevant international conventions. For the purposes of the study it would be appropriate to clarify whether customary standards are included in the CMW or which parts of the CMW do not have such a basis.

In the fourth chapter the author criticizes the criminalization of migrants in EU law (see e.g. at page 99). But it is not entirely clear why elsewhere (i.e. in her treatise on the international protection of human rights) she considered international instruments adopted in order to criminalize the trafficking in human beings as a positive step. A different evaluation of the relevant UN and EU regulations is problematic as to the fact that the analyzed norms implement UN standards into EU law. It is also necessary to ask whether according to the author the criminal punishment of the facilitation of illegal migration and of the illegal employment of migrants is a violation of international human rights standards. Does she find any specific points of reference in the CMW?

The comparative analysis made in the fifth chapter of the thesis is somehow confusing. The chapter should offer a comparison of rights contained in the CMW, under EU law and international law. In terms of the objectives of the study, it would be more useful to limit the comparison to the levels of the CMW and EU law. In addition to the selected provisions of primary EU law, it would be appropriate to take into account also the application and interpretation of the relevant provisions in the case law of the ECJ and national courts.

The conclusions in the sixth part of the study are formulated in a transparent manner, but due to some shortcomings the argument are not entirely convincing. It is, of course, upon the author herself to independently assess the reliability of certain sources. In general, the bias which is undeniably part of some literature on international migration law hurts the credibility of a certain type of studies as well as it reduces the relevance of the arguments of some migration lawyers in the political and social discourse. This bias can be considered as a perfectly legitimate choice, where the authors concerned act openly as attorneys representing the interests of legal and illegal migrants or as representatives of non-governmental organizations in this field. From the perspective of a scientific legal analysis, it is, however, necessary to require a balanced approach and the ability to critically reflect on the opinions of

non-governmental institutions. According to my view it would be desirable to abandon the black and white vision of migration law in the context of a doctoral thesis.

In her previous publications the author has confirmed her ability to formulate and solve relevant scientific questions in the field of human rights law. In different ways she has also profited from their professional experiences in the non-governmental sector. Her commitment to migration issues and the human rights of migrants is unquestionable. On these fundamentals the author built her dissertation, which means a further progress in her approach to complex legal issues. The quality of the study is also positively affected by the author's experience gained during studies abroad. According to the opponent the result of the thesis is sufficient and meets the basic criteria laid down for this kind of scientific study. But at the same time I regret that the author, for the purpose of her scientific analysis, did not abandon certain ideological positions which are already abundantly represented in publications on migration law. The study in question, at a number of places, offered the option for a thorough reflection of complex issues in the light of public international law and it is a pity that the author, despite her undoubted talent, did not fully use this option.

Conclusion

The author presented a study that may in some parts enrich Czech literature on migration law. Despite some reservations concerning both formal and material aspects I consider the study to be eligible for defense. The author should, however, in her defense respond to the objections contained in this opinion and answer the following questions:

1. At page 66 the author discusses the binding character of ECtHR judgments. How is the question of the possible direct effect of the ECtHR judgments connected to the issue whether the ECHR is legally binding? How does the author interpret Article 46, paragraph 1 of the ECHR, according to which the Contracting Parties undertake to abide by the final judgments of the ECtHR in any case to which they are parties?
2. The author mentions the special vulnerability of children of illegal immigrants (e.g. at page 163). Does the UN Convention on the Rights of the Child deal with this problem?

Prague, 12 October 2012

Doc. Harald Christian Scheu