

Mariusz Muszyński

Opieka dyplomatyczna i konsularna w prawie wspólnotowym

Kwartalnik Prawa Publicznego 2/3, 143-167

2002

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Mariusz Muszyński**

OPIEKA DYPLMATYCZNA I KONSULARNA W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM

1. WSTĘP

Relacja prawa wspólnotowego i prawa międzynarodowego stanowiła jeden z problemów już od początku procesu integracji europejskiej¹ Jednak jeszcze bardziej kwestia ta skomplikowała się po utworzeniu Unii Europejskiej (1992 r.). Powołując UE, państwa europejskie wróciły bowiem do klasycznych metod współpracy w ramach prawa międzynarodowego publicznego, czym wzmocniły jego rolę w zjednoczonej Europie i umożliwiły szersze spojrzenie na kwestię integracji.

Wraz z utworzeniem UE powstał szereg nowych instytucji prawnych, wśród których istotną rolę odgrywa obywatelstwo Unii. Mimo, że stanowi ono jeden z bardziej znaczących kroków w procesie integracji oraz podkreśla ukierunkowanie tożsamości Unii na zewnątrz², w polskiej doktrynie prawa nie poświęcono mu szczególnej uwagi. Dlatego przedmiotem niniejszego omówienia będzie analiza jednego z praw

* Dr Mariusz Muszyński – Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Warszawa

¹ Wprawdzie początkowo – w wyroku w sprawie *Gend en Loos* z 1962 r. – ETS uznał, iż prawo wspólnotowe stanowi „nowy porządek prawa międzynarodowego”, jednak już dwa lata później – w sprawie *F. Costa v. ENEL* – podkreślił, iż w odróżnieniu od zwykłych traktatów międzynarodowych Traktat o EWG ustanowił własny porządek prawny zintegrowany z systemami prawnymi państw członkowskich”. Także w opinii na temat systemu kontroli sądowej w projekcie umowy o utworzeniu Europejskiej Obszaru Gospodarczego z 14.12.1991 r. ETS potwierdził, że traktaty wspólnotowe stworzyły nowy porządek prawny. Poglądy ETS popiera jednoznacznie Parlament Europejski. Zob. szerzej C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe*, Warszawa 2000, s. 302.

² C. Closa, *The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union*, CLM Rev. 1992, nr 29, s. 1150.

wynikających z obywatelstwa Unii, a mianowicie indywidualnego prawa obywatela UE do opieki dyplomatycznej i konsularnej. Wykazanie podobieństw i różnic, związków i odrębności, między instytucją opieki dyplomatycznej i konsularnej utworzonej przez art. 20 Traktatu ustanawiającego WE (TWE), a klasyczną opieką wynikającą z prawa międzynarodowego publicznego, pozwoli odpowiedzieć na pytanie, w jakim stopniu wspólnotowa opieka dyplomatyczna i konsularna została inkorporowana z prawa międzynarodowego do TWE. Pokaże również, jak daleko w tym szczególnym przypadku normy prawa międzynarodowego publicznego wkraczają w prawo wspólnotowe, czy są przez prawo wspólnotowe modyfikowane oraz jakie skutki mają te zmiany dla Polski jako (przyszłego) państwa członkowskiego w świetle konstytucyjnej gwarancji opieki i obowiązującej ustawy o funkcjach konsulów RP.

2. POJĘCIE OPIEKI DYPLMATYCZNEJ I KONSULARNEJ W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM PUBLICZNYM

Istnienie prawa państwa do ochrony własnych obywateli jest bezsporne i potwierdzone zarówno przez doktrynę prawa jak i orzecznictwo. Jeszcze w 1758 r. Vattel podkreślał – „(...) *kto źle traktuje obywatela, ten narusza prawa państwa jako opiekuna tego obywatela. Państwo ma prawo pomścić bezprawie uczynione obywatelowi i zmusić naruszającego do zadośćuczynienia lub go ukarać, ponieważ w przeciwnym razie obywatel nie osiągnąłby głównego celu przypisywanego społeczności obywatelskiej, jakim jest bezpieczeństwo*”³.

Znalazło to potwierdzenie także w nowożytnych pracach z dziedziny prawa międzynarodowego publicznego. A. Verdross, zdefiniował opiekę dyplomatyczną jako pomoc udzielaną obywatelowi przez państwo w przypadku, kiedy inne państwo, sprzecznie z prawem międzynarodowym, naruszyło jego prawa (delikt międzynarodowy), a przez to naruszenie obywatel doznał szkody⁴. Działanie w ramach wykonywanej opieki musi być zgodne z prawem międzynarodowym. W praktyce polega ono na negocjowaniu z państwem, które popełniło delikt. Możliwe jest jednak przeprowadzenie działań o charakterze represyjnym: blokada majątku, sankcje ekonomiczne, itp.⁵

³ E. de Vattel, *Le droit des gens*, t. II, rozdz. VI, par. 71 [w:] W. Euler, *Klassiker des Volkerrechts t. III*, Hamburg 1959, s. 217.

⁴ Zob. A. Verdross, B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, Berlin 1984, s. 613 i n.

⁵ Należy dalej nadmienić, że pytanie, czy opieka dyplomatyczna w swojej prewencyjnej postaci obejmuje również prawo państwa do zbrojnej ochrony swych obywa-

Korzenie opieki dyplomatycznej znajdują się w zwyczaju międzynarodowym, który został potwierdzony w orzecznictwie trybunałów międzynarodowych. W okresie międzywojennym (1924) Stały Trybunał Spraw Międzynarodowych (STSM) podkreślił istnienie prawa państwa od ochrony obywateli jako zasady prawa międzynarodowego⁶. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) potwierdził to w sprawie Barcelona Traction⁷. W 2 połowie XX w., w procesie kodyfikacyjnym prawa dyplomatycznego, wprowadzono do Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych z 18.4.1961 r.⁸ normy prawne regulujące kwestię wykonywania opieki za pośrednictwem organów zagranicznych państwa (ambasady). Na początku lat 90-tych Międzynarodowa Komisja Prawa przygotowała także kompleksowy projekt konwencji w tej sprawie⁹, jednak nie spotkał on się ze szczególnym zainteresowaniem państw.

Główne znaczenie dla możliwości wykonywania opieki dyplomatycznej posiada przesłanka obywatelstwa. Tylko w ramach ochrony własnych obywateli, państwo może występować przeciwko innemu państwu zgodnie z prawem międzynarodowym i bez wyraźnej podstawy umownej. Obywatelstwo jako fundament opieki musi istnieć nie tylko w momencie naruszania prawa jednostki, ale i w chwili podnoszenia roszczenia przez państwo. Między tymi punktami musi istnieć ciągłość obywatelstwa¹⁰. Podkreślił to STSM w 1939 r., kiedy wywiódł, iż z braku umowy, to właśnie obywatelstwo jest podstawą dla państwa do podejmowania działań w ramach opieki dyplomatycznej¹¹. Po II wojnie światowej potwierdził to także MTS¹².

Wykonywanie opieki dyplomatycznej komplikuje się jednak w przypadku posiadania przez chronioną jednostkę podwójnego oby-

teli za granicą. Z uwagi na zakaz przemocy zawarty w art. 2 ust. 2 Statutu ONZ wydaje się słusznym, iż trzeba temu raczej zaprzeczyć. Dlatego akcje sił specjalnych w celu uwalniania zakładników nie należą do działań w ramach opieki dyplomatycznej. Zob. A. Verdross, B. Simma, *ibidem*; M. Schröder, *Die Geiselfreiung von Entebbe – ein Völkerrechtlicher Akt Israels?*, JZ 1977, s. 420.

⁶ Sprawa *Mavrommatis Palestine Concessions*, CPJI 1924, Nr. 2, s. 6 i n.

⁷ ICJ Reports 1970, s. 4 i n.

⁸ Zob. Dz.U. z 1965 r. Nr 37 poz. 232. Chodzi tu w szczególności o art. 3 ust. 1 lit. b dotyczący ochrony interesów obywateli w państwie przyjmującym oraz art. 46 dotyczący warunkowej, czasowej ochrony interesów obywateli państwa trzeciego w państwie przyjmującym.

⁹ Zob. strona internetowa ONZ.

¹⁰ G. Leight, *Nationality and Diplomatic Protection*, ICLQ 1971, nr 20, s. 456 i n.

¹¹ Zob. sprawę *Panevezys-Saldutikis Railway*, CPJI Ser. A/B No.76 (1939), s. 4 i n.

¹² W sprawie *Nottebohm*, zob. ICJ Reports 1955, s. 4 i n. oraz w sprawie *Barcelona Traction* – zob. ICJ Reports 1970, s. 4 i n.

watelstwa lub wielu obywatelstw, a szczególnie, jeżeli wśród posiadanych obywatelstw dana jednostka ma obywatelstwo państwa popełniającego delikt międzynarodowy. Dla tego ostatniego przypadku, jak pisze J. Gilas¹³, wypracowano w orzecznictwie zasadę efektywności. Zgodnie z nią, aby z tytułu obywatelstwa przysługiwała jednostce ochrona dyplomatyczna, więź łącząca ją z państwem podejmującym interwencje musi być skuteczna. Przejawia się to, np. przez stałe zamieszkanie w takim państwie, sprawowanie urzędu, płacenie podatków, itp.

Doktryna prawa międzynarodowego używa natomiast dość rzadko pojęcia opieka konsularna. Jest ono raczej stosowane w praktyce, przez pracowników konsulatów. Opieka konsularna ma zasadniczo charakter prewencyjny. Polega na ochronie obywateli zamieszkałych za granicą przez placówki konsularne ich państwa.

Początkowo podstawy do wykonywania opieki konsularnej stanowił zwyczaj międzynarodowy, uzupełniany następnie przez umowy dwustronne. Od momentu kodyfikacji prawa konsularnego w Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych z 24.4.1963 r.¹⁴, znalazła ona swe źródło również w umowie wielostronnej. Zgodnie z art. 5 lit. a oraz lit. e Konwencji wiedeńskiej, do zadań przedstawicielstw konsularnych należy „ochrona w państwie przyjmującym interesów państwa wysyłającego oraz jego obywateli, zarówno osób fizycznych, jak i prawnych, w granicach dozwolonych przez prawo międzynarodowe (...)” oraz „udzielaniu pomocy i opieki obywatelom państwa wysyłającego, zarówno osobom fizycznym, jak i prawnym”.

Ta kompetencja jest uzupełniona innymi rodzajami zadań, polegającymi m.in. na wydawaniu paszportów i dokumentów podróży obywatelom państwa wysyłającego, jak również wiz lub odpowiednich dokumentów uprawniających cudzoziemców do wjazdu na terytorium państwa wysyłającego; działaniu w charakterze notariusza i urzędnika stanu cywilnego; ochronie interesów obywateli państwa wysyłającego w sprawach spadkowych, ochronie interesów małoletnich; wykonywaniu rekwizycji sądowych; wykonywaniu praw nadzoru i inspekcji w odniesieniu do statków morskich i rzecznych posiadających przynależność

¹³ J. Gilas, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Toruń 1995, s. 265. Powołuje sprawę rodzin de Brissoti oraz de Hammer zawisłą przed amerykańsko-wenezuelską komisją odszkodowawczą (1885) oraz sprawę Canavero zawisłą przed peruwiańsko-włoskim trybunałem arbitrażowym (1912). Ostatecznie zasada efektywności utrwaliła się w orzeczeniu MTS w sprawie *Nottebohm* (1955).

¹⁴ Dz.U. z 1982 r. Nr 13 poz. 98. Chodzi w szczególności o art. 5 lit. a) dotyczący ochrony interesów własnych obywateli w państwie przyjmującym oraz art. 8 dotyczący wykonywania funkcji konsularnych na rzecz państwa trzeciego.

państwową państwa wysyłającego oraz statków powietrznych zarejestrowanych w tym państwie, jak również w stosunku do ich załóg, przewidzianych przez ustawy i inne przepisy państwa wysyłającego, itd.¹⁵

Zarówno opieka dyplomatyczna jak i konsularna jest wykonywana w głównej mierze przez państwo za pośrednictwem ambasad i konsulatów. Jednak, w zależności od potrzeb, mogą uczestniczyć w niej jednak także organy krajowe, np. parlament, prezydent, rząd, ministerstwo spraw zagranicznych i inne. W szczególności organy krajowe podejmują wspomniane wcześniej działania o charakterze represyjnym.

Od zakończenia II wojnie światowej rola obu form opieki, a w szczególności opieki dyplomatycznej, ulega stopniowemu przeobrażeniu. Wiąże się to z rosnącą samodzielnością jednostek w prawie międzynarodowym i uznaniem praw człowieka jako obiektu ochrony prawa międzynarodowego. Przyjmowane, traktatowe zobowiązania w tej dziedzinie podnoszą standard normatywny i same mogą spowodować odpowiedzialność międzynarodową państwa z pominięciem kwestii opieki dyplomatycznej¹⁶.

Także koncepcyjnie coraz trudniej jest rozdzielić ochronę praw człowieka od opieki dyplomatycznej. Różnicy można dopatrzeć się w jedynie w tym, iż w ramach opieki dyplomatycznej państwo chroni własnych obywateli, a w przypadku praw człowieka zrezygnowano z jakiegokolwiek więzi między państwem a jednostką. Samo naruszenie praw jednostki powoduje odpowiedzialność, także, jeżeli chodzi o działanie państwa w stosunku do własnych obywateli. Dlatego z jednej strony opieka dyplomatyczna może być traktowana jako element szeroko rozumianej ochrony praw człowieka, a z drugiej – rozwój praw człowieka powoduje zawężanie tradycyjnego obszaru swobody decyzji, jaka może podejmować państwo w kwestii opieki nad własnymi obywatelami¹⁷. Razem stanowią one dwa uzupełniające się instrumenty chroniące jednostkę przed samowolnym działaniem państwa¹⁸. Jednak sam fakt, iż państwa są zobowiązane do przestrzegania praw podstawowych¹⁹, nie prowadzi do rozszerzenia prawa opieki dyplomatycznej w ten sposób, iż można by prowadzić ją na rzecz wszystkich ludzi. Tylko tam, gdzie

¹⁵ Zob. szerzej art. 5 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych, sporządzonej w Wiedniu 24.4.1963 r. (Dz.U. z 1982 Nr 13 poz. 98).

¹⁶ E. Klein, *Diplomatischer Schutz im Hinblick auf Konfiskationen deutschen Vermögens durch Polen*, Bonn 1992 r., s. 20.

¹⁷ C. Tomuschat, *Human Rights in a World-Wide Framework. Some Current Issues*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 1985, nr 45, s. 546 i n.

¹⁸ E. Klein, op. cit.

¹⁹ Zob. art. 55 oraz art. 56 Statutu ONZ.

pozwalają na to umowy międzynarodowe²⁰, państwo może prowadzić działania na rzecz osób trzecich, nie posiadających jego obywatelstwa²¹.

3. PODSTAWY PRAWNE I ZAKRES WSPÓLNOTOWEJ OPIEKI DYPLOMATYCZNEJ I KONSULARNEJ

Korzenie idei ukształtowania opieki wspólnotowej tkwią w nie-dalekiej historii. Stanowią pochodną planów politycznych państw europejskich dotyczących utworzenia wspólnych misji dyplomatycznych, które realizowałyby wspólnie również zadania z zakresu opieki dyplomatycznej i konsularnej.

Oficjalną propozycję nałożenia na Unię Europejską obowiązku opieki dyplomatycznej przedstawił rząd hiszpański w memorandum z 21.2.1991 r. w sprawie obywatelstwa europejskiego. Jednak zawarta tam koncepcja dotycząca powołania odrębnej, wspólnotowej instytucji opieki nie znalazła szerszego poparcia²². W zamian uzgodniono przyjęcie do prawa wspólnotowego, wprost z prawa międzynarodowego publicznego, regulacji dotyczącej szczególnej formy opieki dyplomatycznej i konsularnej – opieki nad osobami nie posiadającymi obywatelstwa państwowego – przy wykonywaniu której, obok warunków traktatowych, muszą być przestrzegane odpowiednie normy prawa międzynarodowego.

Rozwiązanie to stanowi nie tylko realizację założeń politycznych, ale ma dla UE doniosłe znaczenie praktyczne. Zgodnie z 2. Raportem Komisji o obywatelstwie UE z 27.5.1999 r., ciągle jeszcze w znacznej ilości państw nie wszystkie państwa UE posiadają przedstawicielstwa dyplomatyczne i konsularne, a w 17 krajach reprezentowane są tylko po dwa państwa.

Generalną i – *de facto* – polityczną podstawę funkcjonowania wspólnotowej formuły opieki dyplomatycznej i konsularnej tworzy Traktat o UE w art. 20. Treść jego brzmi:

²⁰ Zob. np. art. 33 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka (Dz.U. z 1993, Nr 61 poz. 284), czy art. 41 Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz.U. z 1977 Nr 38 poz. 167).

²¹ W. Rudolf, *Die Ausübung des diplomatischen Schutzes für Deutsche* [w:] J. Korkot, K. Skubiszewski, *Staatsangehörigkeit, Soziale Grundrechte, Wirtschaftliche Zusammenarbeit nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Polen*, Referate des Rechtskollegiums 1974, s. 67 i n.

²² Tekst memorandum, zob. E. Marias, *European Citizenship*, Londyn 1994, s. 141 i n.

Przedstawicielstwa dyplomatyczne i konsularne państw członkowskich oraz delegacje Komisji w państwach trzecich i na konferencjach międzynarodowych, jak również ich przedstawicielstwa w organizacjach międzynarodowych uzgadniają działania w celu zagwarantowania utrzymania i realizacji wspólnych stanowisk i wspólnych działań podjętych przez Radę.

*Współpracę intensyfikują przez wymianę informacji, wypracowanie wspólnych ocen i przyczynianie się do realizacji postanowień zawartych w art. 20 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*²³.

Celem tej normy jest rozszerzenie współpracy państw w ramach Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa²⁴. W interesującym nas zakresie kluczowe sformułowanie znajduje się w akapicie 2. Określa on formy współpracy, z których jedną jest nakaz przyczyniania się do realizacji postanowień art. 20 Traktatu ustanawiającego WE.

Bezpośrednią podstawą dla funkcjonowania instytucji wspólnotowej opieki dyplomatycznej i konsularnej jest natomiast art. 20 Traktatu ustanawiającego WE. Jego treść brzmi:

*Każdy obywatel Unii przebywający na terytorium państwa trzeciego, w którym państwo członkowskie, którego obywatelstwo posiada, nie jest reprezentowane, ma prawo do ochrony dyplomatycznej i konsularnej ze strony każdego innego państwa członkowskiego, na takich samych warunkach jak obywatele tego państwa. Państwa członkowskie uzgadniają niezbędne reguły i podejmują międzynarodowe negocjacje konieczne dla realizowania tej ochrony*²⁵.

Artykuł nie stanowi normy materialnej i nie jest przeniesieniem kompetencji państw członkowskich na UE. Podkreśla tylko jedno z praw wynikających z posiadania obywatelstwa EU – traktatowe prawo do otrzymania pomocy. Podmiotami uprawnionymi są w pierwszym rzędzie obywatele UE w rozumieniu art. 17 TWE. Norma ta jest również stosowana w stosunku do osób prawnych z siedzibą w jednym z państw członkowskich. Jest to bezsporne, ponieważ wykonywanie opieki dyplomatycznej i konsularnej w stosunku do osób prawnych jest uznane w prawie międzynarodowym²⁶.

²³ Tłumaczenie z języka niemieckiego [w:] S. Hambura, M. Muszyński, *Traktat o Unii Europejskiej z komentarzem*, Bielsko-Biała 2001, s. 29.

²⁴ Tworzy trzy płaszczyzny współpracy: w państwach trzecich, na konferencjach międzynarodowych oraz w organizacjach międzynarodowych.

²⁵ Tłumaczenie z języka niemieckiego [w:] S. Hambura, M. Muszyński, op. cit., s. 26.

²⁶ I. Seidl-Hohenveldern, *Der diplomatische Schutz für juristische Personen i Aktionäre* [w:] G. Ress, T. Stein, *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht*, Berlin 1996, s. 115 i n.

Przy interpretacji *a contrario*, tworzy też obowiązek państw członkowskich do udzielenia pomocy obywatelom innych państw członkowskich. Nie powołuje jednak nowej instytucji, lecz odsyła w kwestii treści opieki do prawa międzynarodowego publicznego, skąd obie formy opieki pochodzą²⁷. Nie stanowi więc również traktatowego uprawnienia dla państw członkowskich do jakiegokolwiek materialnego ograniczenia tego prawa²⁸. Obejmuje natomiast każdy przypadek opieki dyplomatycznej i konsularnej wykonywanej przez placówki dyplomatyczne i konsularne. Jest to czytelne we wszystkich wersjach tekstów autentycznych traktatów. Brzmienie artykułu pozwala jednak poznać, iż opieka ma być gwarantowana na zasadzie zakazu dyskryminacji ze względu na obywatelstwo, czyli w standardzie przewidzianym dla własnych obywateli. Odpowiada to koncepcyjnie celowi utworzenia obywatelstwa UE.

Z powyższego wynika, że oba terminy mogą być interpretowane tylko w granicach prawa międzynarodowego publicznego, które stanowić musi generalne ramy tych instytucji. Powstaje więc zasadniczy problem związany z prawem do wykonywania opieki. Jak wiadomo, podstawowym warunkiem dopuszczającym występowanie z interwencją w ramach opieki dyplomatycznej i konsularnej jest istnienie więzi obywatelstwa między państwem a poszkodowaną jednostką (tzw. legitymacja aktywna). Instytucja obywatelstwa UE nie odpowiada jednak obywatelstwu krajowemu²⁹. Dlatego zdanie drugie art. 20 TWE nakłada na państwa członkowskie WE obowiązek podjęcia negocjacji międzynarodowych w kwestii umożliwienia wykonywania opieki wspólnotowej. Wiąże się to z faktem, iż prawo międzynarodowe dopuszcza na zasadzie wyjątku od zasady istnienia więzi obywatelstwa wykonywanie opieki nad obywatelami danego państwa przez państwo trzecie³⁰.

²⁷ M. Ruffert, *Diplomatischer und konsularischer Schutz zwischen Völker- und Europarecht*, „Archiv des Völkerrechts” 1997, s. 563 i n.

²⁸ T. Stein, *Die Regelung des diplomatischen Schutzes im Vertrag über die Europäische Union* [w:] G. Ress, T. Stein, op. cit., s. 97.

²⁹ Zob. szerzej nt. obywatelstwa UE: J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego*, Toruń 1996, s. 193.

³⁰ Potwierdza to art. 46 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych, który reguluje techniczne aspekty takiej działalności. Zgodnie z jego treścią państwo wysyłające może, za uprzednią zgodą państwa przyjmującego, i na prośbę państwa trzeciego nie reprezentowanego w państwie przyjmującym, podjąć się czasowej ochrony interesów tego państwa trzeciego i jego obywateli. Także art. 8 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych mówi: po odpowiedniej notyfikacji państwu przyjmującemu i w braku jego sprzeciwu urząd konsularny państwa wysyłającego może wykonywać w państwie przyjmującym funkcje konsularne na rzecz państwa trzeciego.

Problem stanowi natomiast określenie zakresu opieki wspólnotowej. Czy art. 20 TWE obejmuje opiekę dyplomatyczną i konsularną w pełnej formie, odpowiadającej zakresem instytucji prawnomiędzynarodowej? Czy w kraju, w którym nie ma np. hiszpańskiego przedstawicielstwa, przedstawicielstwo niemieckie byłoby właściwe do podniesienia roszczeń o odszkodowanie za działania tego państwa, w wyniku jakiego obywatele hiszpańscy ponieśliby szkody? Czy RFN mogłaby wystąpić ze skargą do trybunału międzynarodowego, czy też zastosować retorsje lub represalia? Czy istnieje „prawnomiędzynarodowa odpowiedzialność za wszystkich obywateli Unii”? Odpowiedź na to pytanie możliwa jest dopiero na podstawie interpretacji tekstu normy, co w zasadzie należy do zadań Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS). Jednak ETS takiej interpretacji nie dokonał.

Z kolei w doktrynie istnieją na temat normy z art. 20 sporne stanowiska. Powoływany już przeze mnie już wcześniej M. Ruffert dokonując wykładni językowej stwierdził, iż wersje angielska i francuska nie wspominają o „opiece dyplomatycznej”, lecz o ochronie (*protection*) wykonywanej przez odpowiednie organy dyplomatyczne i konsularne (*authorities / autorités*), co – jego zdaniem – oznacza różnorodność treści tych instytucji³¹. Stwierdził on, iż interpretację tą wspiera wykładnia historyczna, zgodnie z którą całość opieki dyplomatycznej i konsularnej była treścią propozycji hiszpańskiej, jaka nie znalazła uznania pozostałych państw członkowskich³².

Zarzutom językowym przeciwstawiona jest natomiast wykładnia literalna dokonana w oparciu o art. 314 Traktatu ustanawiającego WE oraz art. 53 Traktatu o UE oraz art. 33 ust. 3 Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów. Ten sposób interpretacji normy – ze względu na konieczność rokowań międzynarodowych – wskazuje na szerokie znaczenie art. 20 TWE, odpowiadające instytucji opieki dyplomatycznej i konsularnej znanej z prawa międzynarodowego publicznego. Jeżeli obowiązek ten sprowadzałby się do wykonywania zwykłych zadań jedynie z zakresu opieki konsularnej, to na podstawie art. 8 Wiedeńskiej konwencji o stosunkach konsularnych, dla realizacji tych zadań nie potrzebne byłyby negocjacje, lecz zwykła notyfikacja. Nie rozstrzygnięty pozostaje jednak problem, czy pod pojęciem „międzynarodowe negocjacje” nie kryje się także notyfikacja.

³¹ M. Ruffert, op. cit.

³² Zob. C. B. J. Piernas, *La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea*, „Revista de las Instituciones Europea” 1993, nr 20, s. 18.

4. WYKONANIE NORMY TRAKTATOWEJ

Zdanie drugie art. 20 TWE nakłada także na państwa członkowskie WE obowiązek uzgodnienia niezbędnych reguł wykonywanej opieki. Został on zrealizowany w dwóch etapach. Jeszcze przed wejściem w życie traktatu z Maastricht, w ramach Europejskiej Współpracy Politycznej, państwa członkowskie uzgodniły wytyczne dla placówek dyplomatycznych i konsularnych w sprawie ochrony nie reprezentowanych obywateli WE przez przedstawicielstwa państw członkowskich w krajach trzecich. Wytyczne ograniczały możliwość udzielenia pomocy do przypadków nagłych, wykluczały możliwość udzielania pomocy przez konsulów honorowych oraz określały zobowiązanie przyrzeczenia zwrotu kosztów³³. Były notyfikowane wszystkim państwom trzecim.

Po wejściu w życie traktatu z Maastricht, 19.12.1995 r., wydano decyzję Rady nr 95/553/ WE w sprawie ochrony obywateli UE przez przedstawicielstwa dyplomatyczne i konsularne³⁴. Akt ten należy do tzw. decyzji niewłaściwych Rady. Zastąpił on polityczne wytyczne³⁵.

Zgodnie z preambułą decyzji, jej celem jest wypełnienie zobowiązania z art. 20 TWE³⁶. W art. 1 tworzy ona obowiązek udzielania opieki konsularnej. Samo pojęcie (zakres) tej opieki definiuje natomiast art. 5. Jego ust. 1 określa obowiązkowe przypadki, w których państwo członkowskie musi udzielić pomocy obywatelowi UE. Są to m. in.: przypadek śmierci, ciężkiego wypadku lub choroby, zatrzymanie i aresztowanie, pomoc ofiarom przestępstw, itp. Ust. 2 rozszerza możliwość udzielenia pomocy na inne, nie wspomniane w ust. 1 przypadki, ale nie tworzy bezwzględnego obowiązku, lecz pozostawia to do decyzji urzędnika (formuła „możliwość udzielenia pomocy”)

Opieka na podstawie decyzji Rady jest jednak udzielania pod określonymi w decyzji warunkami. Są to:

- brak stałego przedstawicielstwa lub konsula honorowego państwa, którego obywatelstwo dana osoba posiada, lub innego państwa, wykonującego reprezentację za dany kraj,

³³ M. Ruffert, op. cit., s. 466 i n.

³⁴ Abl. EG 1995 L 314/73.

³⁵ 25.6.1996 r. przyjęto też egulację dotyczącą wystawiania powrotnych dokumentów podróży.

³⁶ W oryginale art. 8c TWE. Przyjęto ją jeszcze przed zmianami amsterdamskimi.

- obowiązek udowodnienia posiadania obywatelstwa UE przez przedłożenie paszportu lub dowodu osobistego. W przypadku ich zagubienia posiadanie obywatelstwa UE można także udowodnić w inny sposób lub może sprawdzić to sam urząd (np. przy pomocy najbliższej położonego właściwego przedstawicielstwa państwa, którego obywatelstwo podaje).

Art. 3 decyzji potwierdza panującą w UE zasadę równości, aczkolwiek zaznacza, że wszelka pomoc ze skutkami finansowymi może być udzielona dopiero za zgodą ministerstwa spraw zagranicznych kraju, którego obywatelstwo wnioskodawca posiada. Wnioskodawca musi zobowiązać się też do zwrotu pożyczki, chyba że MSZ jego państwa wyraźnie z tego zrezygnuje. Państwo, którego obywatelstwo dana osoba posiada, jest zobowiązane do zwrotu środków finansowych na wniosek państwa udzielającego pomocy.

5. RELACJE MIĘDZY NORMĄ TRAKTOWĄ A DECYZJĄ RADY NR 95/553/WE

Wynik porównania zakresów tych norm, tj. art. 20 TWE oraz decyzji Rady wykazuje zadziwiające różnice. Przede wszystkim wydaje się prowadzić do wniosku, iż tworząc koncepcję ograniczonej opieki konsularnej decyzja wyklucza udzielenie pomocy w ramach opieki dyplomatycznej, którą obejmuje natomiast wyraźnie norma traktatowa.

Powstaje więc pytanie, w jaki sposób obie normy kształtują instytucję wspólnotowej opieki dyplomatycznej i konsularnej? Z jednej strony decyzja niewłaściwa nie powinna być sprzeczna z traktatem ponieważ służy doprecyzowaniu i wykonaniu jego normy gwarancyjnej. Z drugiej, nie należy ona jednak do tzw. prawa wtórnego WE. Określa natomiast zakładaną praktykę grupy państw. Zgodnie z art. 31 ust. 3 lit. b Wiedeńskiej Konwencji o prawie traktatów, przy interpretacji łącznie z kontekstem traktatu należy brać pod uwagę „każdą późniejszą praktykę stosowania traktatu, ustanawiającą porozumienie stron co do jego interpretacji”. Na podstawie tej zasady, a także ze względu na dość luźne relacje obu norm można dokonać interpretacji odwrotnej, czyli określić normę traktatową przez praktykę państw członkowskich UE odzwierciedloną w decyzji. Nie wszyscy przedstawiciele doktryny zgadzają się jednak z taką formułą interpretacji. Jak twierdzi M. Ruffert, zwykle rozszerzenie w ust. 2 art. 5 decyzji Rady, umożliwiające udzielenie pomocy (przesłanka – może) nie wystarczy dla przyjęcia szerokiej

wykładni. Natomiast interpretacja wąska nie uwzględnia wystarczająco istoty prawa wspólnotowego³⁷ i prowadziłyby do zawężenia znaczenia normy traktatowej.

Ponieważ decyzja 95/553/WE nie jest aktem prawa wspólnotowego, nie podlega wykładni ETS. Dlatego brak jest jej oficjalnej interpretacji. W tej sytuacji, w oparciu o stwierdzenie, iż art. 20 TWE obejmuje całą gamę działań uznanych w prawie międzynarodowym za należące do instytucji opieki dyplomatycznej i konsularnej, naturalnym będzie wniosek, że decyzja reguluje tylko część zakresu normy traktatowej, ponieważ art. 1 decyzji Rady pomija opiekę dyplomatyczną. Nie można się natomiast zgodzić z jednym z wniosków przedstawionych w przedmiotowej kwestii przez M. Rufferta³⁸, określającym ją jako niezgodną z traktatem. Należy bowiem uznać, iż decyzja ta nie obejmuje po prostu całości przedmiotu wykonywania wspólnotowej opieki dyplomatycznej i konsularnej. Dotyczy ona jedynie opieki konsularnej. Problem powstaje jednak przy próbie znalezienia innych aktów regulujących pozostałą część instytucji opieki (opiekę dyplomatyczną). Czy można uznać, iż jest ona oparta bezpośrednio o prawo międzynarodowe publiczne? Na to pytanie można odpowiedzieć pozytywnie dzięki normie z art. 20 Traktatu o UE nakazującej państwom współpracę w ramach polityki zagranicznej. Dzięki niej państwa mogą podjąć wszystkie działania jakie zgodnie ze zwyczajem międzynarodowym lub na podstawie zawartych umów należą do zakresu działań przedstawicielstwa zagranicznego w sprawach opieki dyplomatycznej. Działanie takie wobec obywateli innego państwa członkowskiego wymaga jedynie uznania przez kraj przyjmujący.

6. STATUS JEDNOSTKI W RAMACH INSTYTUCJI OPIEKI DYPLOMATYCZNEJ I KONSULARNEJ

Ocena statusu jednostki sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy jednostce przysługuje w stosunku do państwa roszczenie o wykonanie opieki (dyplomatycznej i konsularnej)? Należy tu rozróżnić trzy płaszczyzny oceny: prawo międzynarodowe, prawo wspólnotowe i prawo wewnętrzne.

³⁷ Szerzej zob. M. Ruffert, op. cit., s. 466 i n.

³⁸ „Z tego punktu widzenia ograniczenia nałożone w decyzji Rady są sprzeczne z prawem wspólnotowym, jak dalece nie odpowiadają treści normy traktatowej. Nie jest zgodne z prawem wspólnotowym ograniczanie udzielenia pomocy wyłącznie do przypadków koniecznych.” Ibidem.

6.1. ROSZCZENIA JEDNOSTKI O WYKONANIE OPIEKI W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM PUBLICZNYM

Jak wypowiedział się w 1924 r. STSM w sprawie *Mavrommatisa*³⁹, podejmując działania interwencyjne państwo korzysta na płaszczyźnie międzynarodowej ze swojego prawa, które jest naruszane przez działanie na szkodę jego obywateli. W 1970 r. potwierdził to MTS podkreślając, iż państwo może stosować w ramach opieki dyplomatycznej takie środki, i w takim zakresie, jakie uważa za stosowne. Jeżeli osoby, w których interesie państwo działa, uważają, iż ich prawa nie są odpowiednio chronione, nie mogą dochodzić ich lepszego wykonania na płaszczyźnie prawa międzynarodowego⁴⁰. Naturalną płaszczyzną działania jednostki wobec państwa, które ich zdaniem nie dopełnia swych obowiązków, jest prawo krajowe⁴¹.

To pozornie jednoznaczne stanowisko tworzy jednak problem ze względu na konsekwencje prawnomiędzynarodowego dysponowania indywidualnymi roszczeniami obywatela. Czy decyzja państwa, podjęta w ramach wykonywanej opieki dyplomatycznej, o rezygnacji z roszczeń w imieniu obywateli, wiąże także samych zainteresowanych i czy stwarza obowiązek odszkodowawczy dla państwa? Przecież sama osoba zainteresowana nie posiada w praktyce żadnego wpływu na prowadzone w jej sprawie rokowania państw, bo państwo jest uprawnione do podjęcia samodzielnej decyzji i działania w interesie obywatela, ale we własnym imieniu.

W doktrynie oraz praktyce są reprezentowane w tej kwestii dwa sprzeczne stanowiska. Pierwsze z nich buduje całkowity rozdział prywatnoprawnych i prawnomiędzynarodowych roszczeń, a rezygnacja z jednych nie skutkuje utratą drugich praw. W ten sposób wypowie-

³⁹ „(...) ujmując się za swoimi (obywatelami) i uruchamiając na ich rzecz działanie dyplomatyczne lub sądowe międzynarodowe, takie państwo każe respektować swe prawo, wymuszając poszanowanie prawa w osobie jego obywateli.” Na to rozstrzygnięcie wskazał następnie MTS w sprawie *Nottebohm*: „o jest elementarna zasada prawa międzynarodowego, która upoważnia Państwo do ochrony swoich obywateli poszkodowanych przez akty sprzeczne z prawem międzynarodowym, popełnione przez inne państwo, którzy nie mogą szukać satysfakcji na zwykłej drodze. Zob. szerzej: W.K. Geck, *Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 1956, nr 17.

⁴⁰ *Barcelona Traction*, ICJ Reports 1970, s. 44.

⁴¹ Szczególne znaczenie posiada to przy gwarancji opieki konsularnej. Zob. szerzej: E. Klein, *Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflicht*, DÖV 1977, nr 19, s. 704.

dział się austriacki Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu nr B 214/92-11-G21/92-11 z 25.6.1992 r. Podstawę do wydania takiej opinii stanowiła skarga na art. 7 zawartej przez Austrię umowę o odszkodowaniu globalnym z NRD. Zarzut brzmiał: państwo nie ma prawa w imieniu obywateli zrzekać się roszczeń dotyczących restytucji własności. Stanowisko to zaprezentował również rząd polski w przypadku roszczeń robotników przymusowych w polsko-niemieckim porozumieniu z 16.10.1991 r. w sprawie utworzenia Polsko-Niemieckiej Fundacji „Pojednanie”⁴². W umowie tej uznano, że sprawy stanowiące jej przedmiot są uznane za całkowicie uregulowane, a rząd polski nie będzie wnosił związanych z nimi żadnych roszczeń. Jednocześnie jednak wyraźnie stwierdzono, iż oba rządy są zgodne, że nie stanowi to ograniczenia praw obywateli obu państw. Formuła ta potwierdza więc wyraźnie, że roszczenia indywidualne pozostały nienaruszone. Taka klauzula umożliwiła następnie państwu polskiemu polityczną koordynację podnoszonych indywidualnych roszczeń Polaków.

Przeciwnie stanowisko uznaje, że roszczenia indywidualne i państwowe są identyczne. Opieka dyplomatyczna kompensuje natomiast wyłącznie brakujący element podmiotowości prawnej osób fizycznych – element procesowy. Roszczenie indywidualne staje się przedmiotem porozumienia międzynarodowego. Przez to rezygnacja państwa w prawie międzynarodowym skutkuje anulowaniem roszczeń indywidualnych. Na miejsce roszczenia indywidualnego wstępuje roszczenie do całości lub części odszkodowania z sumy jaką otrzymało państwo na podstawie ewentualnej umowy odszkodowawczej. Stanowisko to jest podstawą teoretyczną zarówno dla (zawetowanego) polskiego, jak i niemieckiego rozwiązania przyjętego w ustawach dotyczących zwrotu majątków znacjonalizowanych (w PRL i w NRD).

Koncepcja identyczności roszczeń traci obecnie na znaczeniu w związku z wzrostem roli praw człowieka i uznaniem podmiotowości jednostki w tej dziedzinie oraz możliwością skarżenia państw na forum trybunałów międzynarodowych.

6.2. ROSZCZENIA JEDNOSTKI O OPIEKĘ W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM

Jeszcze bardziej skomplikowana jest ocena tego problemu z punktu widzenia prawa wspólnotowego. Z jednej strony ustaliliśmy, iż instytu-

⁴² Tzw. układ Kastrup-Żabiński.

cja wspólnotowej opieki dyplomatycznej i konsularnej jest niczym innym, niż zaadoptowaną na potrzeby integracji instytucją prawa międzynarodowego publicznego. Jako norma Traktatu ustanawiającego WE weszła ona jednak również do prawa wspólnotowego. Już stosując zwykłą interpretację językową widać, że art. 20 Traktatu ustanawiającego WE formułuje prawo każdego obywatela Unii do opieki ze strony innego państwa członkowskiego, aczkolwiek w ramach granicy nałożonej prawem międzynarodowym, czyli za zgodą zainteresowanego państwa trzeciego. Sformułowanie takie tworzy wyraźnie prawo każdego obywatela UE do wystąpienia z roszczeniem o opiekę, jeżeli w danym państwie trzecim nie ma jego przedstawicielstwa.

Oceniając przepis, nie można pominąć także jego wykładni funkcjonalnej i teleologicznej. Prawo wspólnotowe ma za zadanie zagwarantowanie określonych praw i gwarantuje określoną pozycję prawną jednostek dla efektywności ich wykonania⁴³. Tak dalece można mówić o subiektywnej indywidualizacji prawa wspólnotowego. Aby opieka dyplomatyczna i konsularna była efektywna jako część instytucji obywatelstwa UE, potrzebuje ona jej ukształtowania jako prawa indywidualnego. Zorientowanie jej na narodowe mechanizmy ochrony byłoby sprzeczne z zasadą *effet utile* prawa wspólnotowego. Także stosowanie wykładni systemowej tylko potwierdza dokonaną ocenę. Poza tym normę umieszczono w rozdziale dotyczącym obywatelstwa UE. Ta część traktatu ma za zadanie wsparcie „tożsamości europejskiej” przez zagwarantowanie wszystkim obywatelom państw członkowskich tych samych praw⁴⁴.

Norma wiąże się również ze specjalnym statusem jaki został nadany prawom człowieka przez art. 6 TUE. Gwarancja tych praw⁴⁵, jaką zapewnia Unia oznacza nie tylko rezygnację z ich naruszania, ale przyczyniania się do wspierania tych wartości i zapewnienia, by nie były one naruszane z innej strony⁴⁶. Zobowiązuje to nie tylko Wspólnotę, ale i państwa, występujące tu jako adresaci obowiązku wynikającego z normy, do aktywnego działania w przypadku potrzeby ochrony tych praw.

Dodatkowo należy przypomnieć, iż zasadniczo normy TWE nie mają charakteru *self-executing*⁴⁷. Muszą być wykonane przez akty pra-

⁴³ J. Masing, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, Kolonia 1997.

⁴⁴ M. Ruffert, op. cit., s. 472.

⁴⁵ Jako tzw. prawa podstawowe.

⁴⁶ Porównaj orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN: BVerfGE 7, 198 (204 ff); BVerfGE 21, 362 (372).

⁴⁷ Są wyjątki: zob. np. art. 45 TWE.

wa wtórnego. W tym przypadku obowiązek określenia reguł działania jest wyraźnie wskazany i (częściowo) wykonany przez decyzję 95/553/WE, która jednak sama nie jest zaskarżalna. Prawo wspólnotowe dopuszcza natomiast bezpośrednio powoływanie się na normę traktatową przeciwko państwu, jeżeli zaniedba ono obowiązek wydania aktu wykonawczego.

Powstaje więc pytanie, jaki jest zakres roszczenia jednostki na podstawie prawa wspólnotowego? Nie można na pewno uznać, iż roszczenie ma zakres nieograniczony. Należy raczej stwierdzić, iż przedmiotem roszczenia może być jedynie zaniechanie udzielenia opieki. TWE nie reguluje bowiem prawnomiędzynarodowej treści tego prawa. Wspólnota wstępuje jedynie w obowiązki przyznane w prawie międzynarodowym państwu. Norma pozytywna wyraźnie zobowiązuje każde państwo członkowskie tylko do udzielenia opieki. W istocie chodzi bowiem o wykonanie formalnej zasady równości. Jeżeli szukający opieki obywatel państwa członkowskiego UE będzie potraktowany tak samo jak obywatele własnego państwa przez misję dyplomatyczną, obowiązek traktatowy będzie wykonany⁴⁸.

W ślad za tym należałoby więc uznać prawo jednostki do odszkodowania, jeżeli w wyniku braku pomocy takiego państwa doznała szkody. Stanowi to przeciwieństwo do panującego stanowiska w prawie międzynarodowym publicznym, gdzie błędna decyzja co do wykonania opieki dyplomatycznej lub jej brak, nie prowadzą bezpośrednio do żadnego roszczenia odszkodowawczego⁴⁹.

6.3. ROSZCZENIA JEDNOSTKI O OPIEKĘ NA PODSTAWIE PRAWA WEWNĘTRZNEGO

Jeszcze bardziej skomplikowana jest kwestia roszczenia obywatela jednego państwa członkowskiego UE w stosunku do innego państwa członkowskiego w myśl jego prawa wewnętrznego z tytułu zaniechania lub złego wykonania opieki dyplomatycznej lub konsularnej.

Sam obowiązek państwa do opieki nad obywatelami wynika z tradycyjnego, prawnomiędzynarodowego i pochodzącego z obywatelstwa

⁴⁸ M. Ruffert, op. cit., s. 470.

⁴⁹ Najwyżej wiążą się z odpowiedzialnością z tytułu szkód poczynionych przez urzędnika w ramach wykonywanych obowiązków – zob. E. Klein, op. cit. Inaczej K. Oberthuer, *Recht der deutschen Staatsbürger auf diplomatische und konsularische Schutz*, Kolonia 1965.

stosunku wzajemnej lojalności i ochrony⁵⁰. Wiele państw traktuje ponadto obowiązek ochrony jako obowiązek moralny⁵¹. Jego charakter i zakres kształtują prawa podstawowe zagwarantowane przez państwo w konstytucji i pole działania organów państwa⁵². Wiąże się to z koniecznością indywidualnego potraktowania porządku prawnego każdego państwa członkowskiego i rozważeniem, czy dopuszcza on podniesienie tego rodzaju roszczenia⁵³. Spójrzmy przykładowo na rozwiązanie tego problemu w Niemczech.

Chociaż jeszcze w konstytucji Republiki Weimarskiej znajdowały się bezpośrednie gwarancje opieki obywateli za granicą⁵⁴, Ustawa Zasadnicza RFN (UZ) takiej normy nie zawiera. Doktryna wywodzi jednak gwarancje opieki z konstytucyjnej ochrony praw podstawowych, a w szczególności z art.1 UZ dotyczącego ochrony godności ludzkiej. Jest on bowiem traktowany nie tylko jedno z praw podstawowych, ale jako fundament dla funkcjonowania całego systemu ochrony praw podstawowych. W tej formie prawo to zostało uznane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego RFN⁵⁵.

Zakres obowiązku ochrony praw podstawowych jest kształtowany polem działania organów państwa. Żadne z tych praw nie zawiera bowiem wskazówek dla działania państwa, w skutek czego obowiązek ten jest interpretowane jedynie jako roszczenie obywateli o pełne wykonywanie tej ochrony w ramach działalności państwowej. Jednak sam zakres działania należy do swobodnej oceny państwa. Ta swoboda podejmowania decyzji o zakresie opieki jest widoczna również w niemieckiej ustawie konsularnej.

Należy jednak podkreślić, iż w doktrynie niemieckiej istnieją również o wiele dalej idące koncepcje, według których błędna decyzja o wy-

⁵⁰ Podkreślił to Sąd Najwyższy USA w wyroku w sprawie *Luria v. USA* w 1913 r. stwierdzając, iż: „(...) obywatelstwo jest członkostwem w społeczności politycznej i implikuje obowiązek opieki ze strony społeczności”. Zob. J Kenston, *International Law*, New York 1936, s. 138.

⁵¹ W. K. Geck, *Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht*, ZaöRV 1956–57, nr 17, s. 513.

⁵² Spór, czy prawa podstawowe stanowią wystarczającą podstawą był przedmiotem badań doktryny niemieckiej. Zajmowały się tym problemem takie osoby jak Dürig, von Mangoldt-Klein, von Nipperdey, Jellinek, Oppenheimer, Lauterpacht, i inni. Przedstawiony przez: W. K. Geck, op. cit.

⁵³ W RFN prawo to jest norma wyinterpretowane przez doktrynę z obowiązku ochrony przez państwo praw podstawowych i w tej formie znalazło się w orzecznictwie TK RFN. Zob. szerzej: W. K. Geck, op. cit, s. 476; E. Klein, op. cit.

⁵⁴ Zob. art. 112 konstytucji.

⁵⁵ W. K. Geck, op. cit., s. 476.

konaniu opieki dyplomatycznej lub jej odmowa, implikują nawet roszczenie odszkodowawcze⁵⁶. Wiąże się to z prawem obywatela do oczekiwania, by decyzja nt. udzielenia lub odmowy udzielenia opieki dyplomatycznej lub konsularnej była bezbłędna. Czy zgodnie ze wspólnotową zasadą równości, takie roszczenie na podstawie prawa wewnętrznego może przysługiwać obywatelom UE nie posiadającym obywatelstwa niemieckiego? Wydaje się to raczej niemożliwe. Z jednej strony problem możliwości podnoszenia roszczenia nie jest wyjaśniony ostatecznie w RFN nawet wobec własnych obywateli. Z drugiej strony, nie ma wystarczającej, bezpośredniej więzi między organami jednego państwa, a obywatelem innego państwa członkowskiego UE. Roszczenie, tak jak i prawo stanowiące jego podstawę, można więc będzie podnosić tylko w trybie naruszenia prawa wspólnotowego.

7. PROBLEM WYKONYWANIA OPIEKI Z PUNKTU WIDZENIA POLSKIEGO PRAWA KRAJOWEGO

Wprawdzie Polska nie jest członkiem UE, jednak aktualnie trwa proces dostosowywania prawa do standardów unijnych. Dlatego na potrzeby niniejszego artykułu dokonajmy krótkiej oceny polskiego porządku prawnego w przedmiotowym kontekście. W ramach badania należy skupić się na dwóch aktach prawnych: konstytucji i nowej ustawie o funkcjach konsulów.

7.1. KONSTYTUCYJNY WYMIAR OPIEKI NAD OBYWATELAMI PAŃSTWA

W Polsce, podobnie jak w RFN, godność jest uznana za źródło wolności i praw człowieka, a jej ochronę za obowiązek władz⁵⁷. Same prawa podstawowe także nie zawierają żadnych wskazówek działania dla państwa. W skutek czego, tworzą one jedynie generalne roszczenie obywateli polskich o pełne wykonywanie ochrony w ramach działalności państwowej.

Istnienie roszczenia o opiekę potwierdza natomiast art. 36 konstytucji. Zgodnie z nim, każdy obywatel ma prawo do opieki ze strony

⁵⁶ K. Oberthuer, op. cit.; E. Klein, op. cit.

⁵⁷ Zob. art. 30 Konstytucji RP.

państwa w trakcie pobytu za granicą. Tym samym norma ta wzmacnia i ukierunkowuje ochronę praw podstawowych na zewnątrz państwa. Jest ona umieszczona w rozdziale Wolności, Prawa i Obowiązki (podrozdział – Zasady Ogólne), co wzmacnia rolę gwarancji oraz wskazuje na jej wpływ na całość praw i wolności zagwarantowanych konstytucją (wykładnia systemowa). *A contrario* – tworzy obowiązek państwa do wykonywania opieki nad obywatelami za granicą.

Z powyższego należy więc wywieść, iż obywatel może żądać, by w przypadku naruszenia jego praw zabezpieczonych prawem międzynarodowym, zagwarantować mu ochronę za granicą. W pierwszej linii zobligowani są do tego MSZ, rząd i parlament. Instytucje te oceniają jednak, jak można pomóc jednostce uwzględniając przy tym interesy ogółu obywateli, których opieka wykonywana wobec jednostki nie może naruszać. W ramach takiej decyzji możliwe jest nie tylko ograniczenie, ale i odmowa działania⁵⁸. Sposób i zakres działania organów państwa określają normy rangi ustawy, w tym w szczególności ustawa o funkcjach konsulów.

7.2. USTAWA O FUNKCJACH KONSULÓW

10.5.2002 r. weszła w życie ustawa z 27.7.2001 r. o służbie zagranicznej⁵⁹, która – nowelizując ustawę z 13.2.1984 r. o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej⁶⁰ – wprowadza pewne zmiany w dotychczasowych, gwarantujących szeroką opiekę konsularną, zasadach funkcjonowania urzędów konsularnych.

Zgodnie z art. 10 pkt. 1 ustawy o funkcjach konsulów, konsul *chroni prawa i interesy obywateli polskich*. Z kolei na podstawie art. 11 „zapewnia pomoc obywatelom polskim w realizacji praw przysługujących im zgodnie z prawem państwa przyjmującego oraz prawem i zwyczajami międzynarodowymi”. Podstawą działania konsula jest przejęta z prawa międzynarodowego publicznego, a powtórzona w art. 36 konstytucji, przesłanka obywatelstwa. Obie normy stanowią generalny obowiązek udzielania pomocy o charakterze opieki konsularnej. W dalszych przepisach ustawy, zawarte są kolejne wskazówki dotyczące wykonywania opieki, częściowo jako obowiązki konkretne, a częściowo pozwalające na działania w sposób zależny od decyzji konsula.

⁵⁸ W doktrynie szwajcarskiej była nawet koncepcja o wyszczególnieniu, w jakich przypadkach można odmówić. Przedstawiona została w trakcie posiedzenia federalnego parlamentu jesień 1954. Zob. W. K. Geck, op. cit., s. 504.

⁵⁹ Dz. U. Nr 128, poz. 1403.

⁶⁰ Dz.U. z 1984, Nr 9, poz. 34

Szczególnie godne zwrócenia uwagi w kontekście niniejszego, krótkiego omówienia są:

- 1) zawarty w art. 15 – przy czytaniu normy *a contrario* – zakaz zajmowania się na terytorium państwa przyjmującego sprawami spadkowymi przysługującymi innym podmiotom niż Skarb Państwa⁶¹,
- 2) znajdujące się w art. 12 uzależnienie zastępowanie lub zapewnianie zastępstwa obywateli polskich przed sądami i innymi urzędami państwa przyjmującego, a więc prowadzenia działań należących przecież do klasycznych zadań z zakresu opieki konsularnej, od zgody ministra spraw zagranicznych⁶².

Bardzo ciekawa jest relacja obu przepisów. Norma z art. 12 ma charakter ogólny i dotyczy wszelkich czynności niezbędnych dla ochrony praw i interesów obywateli polskich. Norma z art. 15 dotyczy wąskiego zakresu – działania w sprawach spadkowych (*lex specialis*). Powstaje pytanie, czy ta konstrukcja wyłącza możliwość dalszego prowadzenia spraw spadkowych, także w sytuacji, gdy w ocenie konsula okoliczności danej sprawy przemawiają za aktywnością w ramach opieki konsularnej? Jeżeli zastosujemy wykładnię gramatyczną, zdecydowanie tak. Wymaga ona bowiem czytania ustawy zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali*. Jeżeli zastosujemy wykładnię historyczną, znów dojdziemy do wniosku, iż norma miała wyeliminować aktywność konsula w sprawach spadkowych obywateli. Jednak z punktu widzenia celu ustawy, jakim jest uregulowanie funkcjonowania konsulów polskich, a więc prowadzenia opieki konsularnej, taka wykładnia byłaby natomiast zawężająca w stosunku do normy z art. 36 konstytucji RP. Tym samym norma byłaby niezgodna z konstytucją. Dlatego z tego ostatniego powodu należy uznać, iż art. 15 nie ma charakteru *lex specialis* w stosunku do art. 12 ustawy, a równoległy charakter generalny i jest tylko techniczną niezręcznością ustawodawcy. Potwierdza jedno z zadań przedstawicielstw zagranicznych wynikające wprost z prawa międzynarodowego – reprezentowania interesów państwa wysyłającego w państwie przyjmującym w sprawach spadkowych. Dlatego zastępstwo obywateli polskich przed sądami i innymi organami państwa przyjmującego w celu ochrony ich praw i interesów w trybie wskazanym w art. 12 ust. 2 ustawy musi obejmować także ciągle działanie w sprawach spadkowych obywateli.

⁶¹ Treść art. 15 brzmi: konsul wykonuje czynności dotyczące zabezpieczenia i realizacji spadków lub innych należności przysługujących Skarbowi Państwa.

⁶² Treść art. 12 brzmi:

1. Konsul, o ile nie zabrania tego prawo państwa przyjmującego, z urzędu podejmuje przed sądami lub innymi władzami tego państwa czynności niezbędne dla

Ustawa konsularna wprowadza również w art. 9 zapis ograniczający swój zakres podmiotowy definiując w nim pojęcie obywateli polskich⁶³. W przypadkach wskazanych tam artykułów pojęcie obywatela polskiego odnosi się wyłącznie do osób fizycznych. Budzi to pewne obawy, szczególnie w związku z wyłączeniem w stosunku do osób prawnych i instytucji określonej w art. 12 możliwości reprezentowania ich przed sądami i innymi organami państwa przyjmującego. Zgodnie z prawem międzynarodowym opieka dyplomatyczna i konsularna dotyczy nie tylko osób fizycznych, ale i prawnych. W tej sytuacji ustawa nie zawęży wprawdzie prawa do opieki konsularnej wynikającego z norm międzynarodowych⁶⁴, nie wyłącza też możliwości działania konsula z punktu widzenia jego legitymacji wobec państwa przyjmującego. Brakuje natomiast wyraźnej podstawy krajowej do podejmowania takich czynności, co może spowodować problemy prawne np. w związku z ewentualnymi kosztami finansowymi działania na rzecz osób prawnych, czy też podstawy do występowania o zgodę na taką reprezentację do ministra spraw zagranicznych. W tym przypadku nie jest nawet możliwa rozszerzająca i przychylna interpretacja normy z art. 12, ze względu na wyraźny zapis art. 9 ustawy. Brak ten powinien zostać poddany nowelizacji, ponieważ – od strony prawa krajowego – może wyłączyć działanie konsula w przypadkach uzasadnionych, np. reprezentacji przez konsula przed sądami państwa przyjmującego polskich instytucji wyższej użyteczności w sprawach spadkowych, których środki mogłyby być przeznaczone na działalność programową tych instytucji w Polsce, a wynajęcie innego pełnomocnika (miejscowego adwokata) obniżyłoby

ochrony praw i interesów obywateli polskich, jeżeli z powodu nieobecności lub innej ważnej przyczyny nie mogą oni w odpowiednim czasie bronić swoich praw i interesów ani nie ustanowili pełnomocników. O podjęciu tych czynności konsul zawiadamia niezwłocznie osobę zainteresowaną.

2. Konsul, za zgodą ministra właściwego do spraw zagranicznych i na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, może zastępować lub zapewniać zastępstwo obywateli polskich przed sądami i innymi organami państwa przyjmującego w celu ochrony praw i interesów reprezentowanych osób, o ile nie zabrania tego prawo państwa przyjmującego.
3. Przyjęcie pełnomocnictwa konsul może uzależnić od dostarczenia dokumentów oraz wskazania innych dowodów i okoliczności potwierdzających istnienie wymagających ochrony praw i interesów obywatela polskiego, a ponadto od złożenia na piśmie zobowiązania do pokrycia poniesionych kosztów.

⁶³ Art. 9. Ilekroć w ustawie jest mowa o obywatelach polskich, odnosi się to, z wyłączeniem przepisów art. 11–13, 16, 23–26, odpowiednio do osób prawnych, instytucji i innych polskich jednostek organizacyjnych.

⁶⁴ Zob. np. art. 5 lit. a Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych w związku z treścią art. 10 pkt 1 ustawy.

masę spadkową Wyłączenie takie jest podstawą do zaskarżenia ustawy w trybie krajowym jako niezgodnej z konstytucją.

Z punktu widzenia praw obywateli polskich do opieki dyplomatycznej, ważnym elementem jest zawarty w art. 12 ust. 2 ustawy, obowiązek uzyskania zgody ministra spraw zagranicznych na zastępstwo przez konsula obywateli polskich przed sądami i innymi organami państwa przyjmującego w celu obrony ich praw i interesów⁶⁵. Ma on wprowadzić charakter techniczny i jako taki ważny jedynie w relacji między konsulem, a jego zwierzchnikiem w Polsce, jakim jest minister spraw zagranicznych. Z jego brzmienia nie można też wyprowadzić uprawnień obywateli polskich do żądania wyrażenia przez ministra spraw zagranicznych zgody na reprezentowanie przez konsula ich interesów przed sądami i innymi organami państwa urzędowania. Uprawnienie takie wynika jednak wprost z prawa międzynarodowego i konstytucji RP. Dlatego iluzoryczne byłoby stwierdzenie, że przyjęta procedura nie pociąga za sobą żadnych możliwości zaskarżenia w przypadku braku zgody ministra. Brak formy decyzji administracyjnej nie oznacza braku kontroli prawnej takiego działania. Odbyna się ona w dwóch aspektach:

- 1) na etapie decyzji konsula o wystąpieniu lub nie wystąpieniu o taką zgodę do ministra spraw zagranicznych, procedura ewentualnych środków zaskarżenia regulowana jest zarządzeniem Ministra Spraw Zagranicznych z 4.11.1985 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania przed konsulem⁶⁶,
- 2) z kolei nie wyrażenie zgody przez ministra spraw zagranicznych podlegać będzie ocenie z punktu widzenia sprawdzenie słuszności podjętej decyzji. Chodzi tu o ważne prawo obywatelskie – bezbłądność decyzji urzędnika podejmowaną w ramach swobody podejmowania decyzji. W tej sytuacji możliwe będzie roszczenie o odszkodowanie w przypadku braku zasadności do odmowy. Zgodnie z prawem międzynarodowym trudno jest uzasadnić odmowę udzie-

⁶⁵ Procedura wewnętrzna MSZ przewiduje kierowanie wniosków o wyrażenie takiej zgody należy kierować na ręce dyrektora Departamentu Konsularnego i Polonii. Do wniosku winno być załączone omówienie najważniejszych dokumentów oraz innych wskazanych dowodów i okoliczności potwierdzających istnienie roszczenia majątkowego obywatela polskiego oraz potwierdzenie złożenia na piśmie zapewnienia udzielenia pełnomocnictwa dla konsula, jak i zobowiązania obywatela do pokrycia poniesionych kosztów prowadzenia sprawy. Treść wniosku powinna odzwierciedlać przede wszystkim własną ocenę konsula wskazującą na motywy, jakimi kierował się występując z wnioskiem. Nie sposób jest zdefiniować katalogu przyczyn, które przemawiałyby za przyjęciem przez konsula danej sprawy do realizacji.

⁶⁶ Treść zob. M.P. Nr 35, poz. 233.

lenia opieki obywatelowi za granicą. Jedynym skutecznym argumentem jest interes publiczny.

Oceniając zakres wykonywania opieki na podstawie ustawy konsularnej należy także pamiętać, iż uprawnienia konsula są również dodatkowo ograniczone w innych płaszczyznach. Poza ramami prawnymi ustanowionymi przez państwo wysyłające, działa on nie tylko w ramach prawa miejscowego, które dla wielu form aktywności przewiduje określone kryteria zawodowe (np. uprawnienia adwokata), ale i w przestrzeni własnego okręgu konsularnego. Z tych powodów nie można więc mówić o nieograniczonym roszczeniu obywatela polskiego do opieki konsularnej.

8. PODSUMOWANIE

Wprowadzenie instytucji wspólnotowej opieki dyplomatycznej i konsularnej nie spowoduje żadnych zmian w prawie międzynarodowym publicznym. Nie tworzy bowiem żadnej nowej instytucji, ale inkorporuje na potrzeby Unii Europejskiej instytucje już istniejące. Nie można jednak mówić tu o wykonywaniu opieki dyplomatycznej i konsularnej przez organizację międzynarodową, co czyni M. Ruffert⁶⁷. Mamy tu bowiem ciągle do czynienia z klasycznym wykonywaniem opieki nad obywatelami jednego państwa przez inne państwo. Jako kryterium tej opieki zostało tu wprowadzone traktatem jedynie dodatkowe kryterium tej opieki – obywatelstwo UE – które faktycznie nie jest przecież instytucją obywatelstwa, lecz traktatową więzią łączącą obywateli niektórych państw, opartą o obywatelstwo krajowe. Kryterium to ma charakter przesłanki wewnętrznej, a więc jest ważne jedynie dla Unii Europejskiej, a nie dla państw trzecich. Właśnie ze względu na kluczowy element obywatelstwa UE nie można również zgodzić się z koncepcją, iż powszechność takiego rozwiązania wpłynie na ukształtowanie zwyczaju międzynarodowego. Prawo wspólnotowe jako wewnętrzne prawo organizacji międzynarodowej może kształtować prawo międzynarodowe tylko w ograniczonym zakresie.

Należy też odpowiedzieć na pytanie, czy (traktatowa) opieka wspólnotowa obejmuje opiekę dyplomatyczną i konsularną w rozumieniu prawa międzynarodowego w całości? Nie można się tu zgodzić ze stanowiskiem ani zwolenników, ani przeciwników takiej oceny. Unia przejęła na

⁶⁷ M. Ruffert, op. cit.

swe potrzeby instytucję z prawa międzynarodowego i musi uwzględniać jej wszystkie ograniczenia. Dlatego realizowanie opieki dyplomatycznej i konsularnej może odbywać się dopiero po notyfikacji i braku odmowy (opieka konsularna) lub notyfikacji i zgodzie państwa trzeciego (opieka dyplomatyczna). Dopiero realizacja tych warunków „ożywi” normę wspólnotową. Pozwoli to na ewentualne dochodzenie roszczenia zgodnie z przepisami TWE. Zakres roszczenia będzie zależny od dwóch kryteriów:

- 1) zakresu możliwego działania państwa, które z kolei będzie zależne od charakteru zgody państwa trzeciego,
- 2) od obowiązków państwa wynikających z prawa wewnętrznego w stosunku do jego obywateli.

Dlatego celnie jest określona ta kwestia przez M. Rufferta jako obszar niepewny⁶⁸.

Nakaz z art. 20 TWE nie jest jednak do końca wykonany. Decyzja 95/553/WE z 19.12.1995 r. reguluje bowiem tylko część zakresu normy traktatowej. Trudno mówić jednak o sprzeczności tych przepisów⁶⁹. Decyzja jest tzw. decyzją niewłaściwą Rady i nie należy do prawa wspólnotowego, lecz stanowi wspólne działanie państw członkowskich. Art. 20 TWE zdanie 2 tworzy uprawnienie nie dla Rady, lecz całości państw członkowskich. To właśnie te państwa, a nie Rada, są *de facto* podmiotem wydającym przedmiotową decyzję. Nie jest możliwe także stwierdzenie tej sprzeczności przez ETS w ramach art. 230 TWE. Dlatego należy tu raczej mówić o częściowej luce w przepisach lub częściowej regulacji. Można to błyskawicznie uregulować przyjmując decyzję uzupełniającą. Do tego czasu zasady postępowania państw określać będzie prawo międzynarodowe publiczne i prawo wewnętrzne każdego z nich. Problem polega natomiast na tym, iż w ustawodawstwach państw członkowskich brak jest norm regulujących świadczenie opieki konsularnej obywatelom innych państw członkowskich. Ustawy konsularne dotyczą własnych obywateli. Także polska ustawa konsularna wyraźnie wskazuje podmioty uprawnione występowania o opiekę konsularną do konsulów polskich. Są nimi obywatele polscy. Na rzecz cudzoziemców konsul polski może działać tylko w niektórych przypadkach. Działania te nie mają jednak charakteru opieki konsularnej, lecz czysto prawny np. wystawianie zaświadczenia, udzielanie wiz, itp. W dobie dostosowywania prawa polskiego do standardów UE, powoduje to potrzebę przygotowań do przyjęcia regulacji stanowiącej podstawę dla ewentualnego działania konsula polskiego na rzecz innego obywatela UE.

⁶⁸ M. Ruffert, op. cit.

⁶⁹ Zob. wcześniej, pkt 5.

W świetle obu aktów polskich powstaje pytanie, jaki charakter ma konstytucyjna gwarancja opieki, a przede wszystkim, czy bezpośrednio konstytucyjna obejmuje oba rodzaje opieki, tj. dyplomatyczną i konsularną? Nie jest to łatwe. Umieszczenie tej gwarancji w podrozdziale „zasady ogólne” rozdziału „Wolności, Prawa i Obowiązki” sugeruje jej szeroki charakter. Z treści samej normy wynika jednak, iż konstytucja konkretyzuje opiekę niejako „przeciwko zagranicy”. Należałoby więc interpretować ją nie samodzielnie, lecz w związku z ustawą konsularną, co pozwala z kolei na wniosek, iż dotyczy wyłącznie opieki konsularnej. Tak wąska interpretacja powoduje jednak potrzebę znalezienia podstawy prawnej dla opieki dyplomatycznej. Także w polskim przypadku podstawą tą będą konstytucyjne prawa podstawowe. Gwarancja praw podstawowych, jaką zapewnia państwo oznacza nie tylko rezygnację z ich naruszania przez państwo, ale i wspierania zawartych w nich wartości oraz zapewnienia, by nie były one naruszane z innej strony. W tym świetle ograniczenia administracyjne ustawy konsularnej należałoby skrytykować.

Szczególną rolę w ramach gwarancji opieki dyplomatycznej i konsularnej odgrywa rząd polski i ministerstwo spraw zagranicznych, jako organy powołane do realizowania tej opieki. Powstaje więc pytanie, czy w prawie polskim istnieją możliwości dochodzenia roszczenia o opiekę dyplomatyczną i konsularną? Na to pytanie należy z pewną ostrożnością odpowiedzieć pozytywnie. Opieki konsularnej można dochodzić w trybie przewidzianym w ustawie o funkcjach konsulów i jej aktach wykonawczych. Wydaje się również, że powinny tu wchodzić w grę tryb generalny dochodzenia roszczeń obywatela w związku z działaniem organów państwa, np. skarga konstytucyjna (art. 79 konstytucji), czy roszczenie o odszkodowanie od skarbu państwa ze względu na niezgodne z prawem działanie władzy państwowej (art. 77 konstytucji). Ze względu na swój prawnomiędzynarodowy charakter, dyskusyjne jest natomiast istnienie roszczenia o wykonanie opieki dyplomatycznej. W kwestii roszczenia indywidualnego sytuacja nie ulegnie zmianie także po przystąpieniu Polski do UE.