

Mariusz Muszyński

Opieka dyplomatyczna i konsularna w prawie wspólnotowym raz jeszcze

Kwartalnik Prawa Publicznego 4/1, 299-313

2004

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 RAZ JESZCZE – POLEMICA

W artykule *Granice opieki konsularnej w prawie wspólnotowym – wybrane problemy dotyczące interpretacji i możliwości zastosowania decyzji 95/553/EC*¹, dr P. Czubik porusza kilka kluczowych wątków wykonywania opieki konsularnej przez państwo członkowskie UE nad obywatelami innego państwa członkowskiego, na podstawie decyzji Rady WE nr 95/553.

Ponieważ problem ten należy do moich zainteresowań badawczych, chciałbym niniejszym ustosunkować się do niektórych, zawartych w nim tez. Przy okazji chciałbym również wykazać, że znajdujące się tam oceny dotyczące mojego artykułu pt. *Opieka dyplomatyczna w prawie wspólnotowym*, opublikowanego w „Kwartalniku Prawa Publicznego” nr 3 z 2002 r. uważam za pochopte i zbyt daleko idące.

1. GRANICE OPIEKI DYPLMATYCZNEJ I KONSULARNEJ ORAZ UPRAWNIEN KONSULÓW

1.1. Przede wszystkim nie zgadzam się z podkreśleniem zmiennych relacji między służbą dyplomatyczną a konsularną, jako istotnego elementu dla ewolucji tej instytucji². W tej kwestii nie jest wcale ważna

* Dr Mariusz Muszyński – adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego Wydziału Prawa Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, radca – naczelnik wydziału w Departamencie Prawno-Traktatowym MSZ

¹ „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 4.

² Jako obszerny przypis nr 7. Ocena powołana za J. Sutorem, *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, Warszawa 2003.

płynność granic między jej „dyplomatyczną” a „konsularną” częścią. Dla rozważań nt. charakteru opieki wspólnotowej, zasadniczym elementem jest rozwój praw człowieka. Coraz trudniej bowiem rozdzielić ochronę praw człowieka od opieki dyplomatycznej i konsularnej. Z jednej strony, zarówno mechanizmy proceduralne, jak i rozszerzający się katalog praw podstawowych wpływają ograniczająco na kształt instytucji opieki i zawężają pole dla interwencji państwa. Często państwa same rezygnują z działań na tej płaszczyźnie, ufając rosnącemu katalogowi innych środków międzynarodowych. Na takiej koncepcji oparte jest np. stanowisko państwa niemieckiego odnośnie pozbawienia obywateli niemieckich praw własności przez Polskę po II wojnie światowej. Rząd niemiecki nie podnosi roszczeń w płaszczyźnie opieki dyplomatycznej, chociaż publicznie uznaje je za niezgodne z prawem międzynarodowym³. Weryfikację i realizacją tych roszczeń ma zapewnić procedura sądowa, włącznie z ewentualnym postępowaniem na forum międzynarodowym (Strasburg) i wspólnotowym (Luksemburg). Tym samym istnienie międzynarodowych i ponadpaństwowych gwarancji prawnych oraz procedur skarżenia państwa otwiera nowe ścieżki dochodzenia praw jednostki, które są *de facto* alternatywne dla opieki⁴.

Z drugiej strony, sam fakt zobowiązania państw do przestrzegania praw człowieka nie prowadzi jednak do rozszerzenia opieki dyplomatycznej w ten sposób, by można było wykonywać ją na rzecz wszystkich ludzi. Tylko tam, gdzie zezwalają na to umowy międzynarodowe, państwo może prowadzić działania na rzecz osób trzecich, nie posiadających jego obywatelstwa. Dlatego w punkcie tym ważną, aczkolwiek w tym aspekcie ciągle jeszcze nie przełomową i ukierunkowaną raczej do wewnątrz niż na zewnątrz UE, rolę odgrywają właśnie Traktat o UE i Traktat ustanawiający WE. Ich normy zobowiązują bowiem jedynie państwa członkowskie. Dla relacji zewnętrznych podstawę prawną stanowią ciągle obie konwencje wiedeńskie: o stosunkach dyplomatycznych oraz o stosunkach konsularnych, wymagające zgody państwa przyjmującego dla wykonywania opieki dyplomatycznej i konsularnej nad obywatelami państwa trzeciego, przekazanej w stosownej formule⁵.

³ Zob. stanowisko rzecznika rządu federalnego powołane przez berlińskiego korespondenta dziennika „Rzeczpospolita”. P. Jendroszczyk, *Wypędzeni przygotowują powrót*, „Rzeczpospolita” z 2.10.2003 r.

⁴ W przypadku, kiedy np. Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu nie uznałby praw jednostki skarżącej inne państwo, mało realna wydaje się następnie interwencja w ramach opieki dyplomatycznej podjęta przez państwo, którego jest ona obywatelem.

⁵ Zoda wyraźna państwa przyjmującego – w Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych (art. 46), oraz notyfikacja i brak sprzeciwu państwa przyjmującego – w Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych (art. 8).

Dlatego moim zdaniem należy ciągle dość wstrzemięźliwie odnosić się do wniosku jaki postawił M. Ruppert, który uznał tę formułę za „prawnomiędzynarodowe novum”⁶, chyba że rozpatrujemy to wyłącznie w obrębie prawa wspólnotowego.

1.2. Szczególne zdziwienie budzi u mnie ocena art. 13 ustawy o funkcjach konsulów RP, jaką wywiódł P. Czubik na marginesie rozważań nt. obowiązku zapewnienia opieki obcemu obywatelowi w świetle norm Traktatu ustanawiającego WE,. W rozdziale „Uprawnienia jednostki w świetle art. 20 TWE i decyzji 95/553/EC” czytamy: „(...) Teoretycznie więc, w świetle Traktatu, jeżeli państwo w danej sytuacji nie jest zobligowane do zapewnienia opieki własnemu obywatelowi, nie jest również zobligowane do zapewnienia opieki takiej obcemu obywatelowi UE”. W przypisie do tej tezy (nr 22) znajduje się odniesienie do rozwiązań zawartych w polskim prawie krajowym, w którym autor poddaje krytyce nowelizację art. 13 ustawy o funkcjach konsulów RP jako niezgodną z art. 36 Konstytucji RP w następujący sposób: „(...) mimo że art. 36 Konstytucji RP mówi o prawie obywatela polskiego do opieki ze strony RP w czasie jego pobytu za granicą, art. 13 ustawy o funkcjach konsulów RP z 13.2.1984 r. (Dz.U. z 2002 r., Nr 215, poz. 1823) regulujący kwestię kontaktu konsula z pozbawionym wolności obywatelem, wspomina jedynie o możliwości podejmowania stosownych działań przez konsula. Co ciekawe taka regulacja (na pierwszy rzut oka sprzeczna z Konstytucją) powstała w wyniku zmian wprowadzonych do ustawy w 2002 r. (unormowaniami ustawy z 27.7.2001 o służbie zagranicznej – Dz.U. z 2002 r., Nr 128, poz. 1403). Wcześniej z ustawy wynikał obowiązek podejmowania takich zadań (sic!). Zmianę wprowadzono prawdopodobnie, by nie zmuszać konsula do działania w sytuacji, gdy obywatel pozbawiony kontaktu sobie nie życzy. W efekcie nieumiejętnego ujęcia legislacyjnego powstała jednak regulacja, której zarówno zgodność z konstytucją jak i zgodność z prawem europejskim (...) jest wątpliwa”.

Również w „Podsumowaniu” znalazł się wniosek krytykujący art. 13, w którym wg P. Czubika „(...) dziwi niefortunna zmiana art. 13 ustawy o funkcjach konsulów. Artykuł ten przewiduje bowiem jedynie możliwość działania konsula w sytuacji bezpośrednio objętej również zakresem zastosowania omawianej decyzji” (95/553/WE – przyp. aut.). Dokonana tu ocena roli, jaką odgrywa art. 13 w ustawie o funkcjach

⁶ Por. M. Ruppert, *Diplomatischer und konsularischer Schutz zwischen Voelker- und Europarecht*, „Archiv des Voelkerrechts”, 1997, s. 476 i moja ocena w artykule *Opieka dyplomatyczna i konsularna w prawie wspólnotowym*, s. 165.

konsulów RP, jest nietrafna, co potwierdzają materiały z procesu legislacyjnego dotyczącego zmian w ustawie o funkcjach konsulów RP.

Zgodnie z Konwencją wiedeńską o stosunkach konsularnych, podstawę prawną umożliwiającą kontakt konsula z pozbawionym wolności obywatelem polskim stanowił będzie jej art. 36, pozwalający urzędnikowi konsularnemu na odwiedzanie „(...) obywatela państwa wysyłającego, który jest tymczasowo aresztowany lub pozbawiony wolności w jakikolwiek inny sposób (...), a także obywatela, który „(...) w ich okręgu bądź przebywa w więzieniu, bądź jest pozbawiony wolności w jakikolwiek inny sposób. (...)”. Norma ta nie ma charakteru bezwzględnego. Gwarantuje ona prawo konsula jedynie w granicach przesłanek wynikających z prawa krajowego państwa przyjmującego. W demokracjach zachodnioeuropejskich jest oparta o wolę jednostki. Jak trafnie zauważył dr P. Czubik, jeżeli osoba pozbawiona wolności nie życzy sobie wizyty konsula i może to uczynić na podstawie prawa państwa przyjmującego, konsul nie będzie on mógł skorzystać ze swego uprawnienia wynikającego z konwencji. Już w tym świetle nasuwa się wniosek, że stworzenie bezwzględnej normy krajowej o charakterze szczególnym, zobowiązującej konsula do odwiedzin obywatela polskiego, mijaloby się z celem. Postawiloby go bowiem w niezręcznej sytuacji wobec braku możliwości jej wykonania i w praktyce – ze względu na brak skutku eksterytorialnego ustawy – stworzyło normę martwą.

Norma konstytucyjna zawarta w art. 36 mówi jedynie, że każdy obywatel polski „(...) ma prawo do opieki ze strony państwa w trakcie pobytu za granicą”. Jest więc źródłem roszczeń subiektywnych. Tworzy (*a contrario*) obowiązek państwa, ale nie określa sposobu jego realizacji. Opieka ta może być bowiem wykonywana przez konsula **jedynie w granicach jego uprawnień** przyznanych prawem międzynarodowym, prawem państwa przyjmującego i wreszcie prawem polskim. Sposób wykonywania obowiązku konstytucyjnego określają akty niższej rangi, przede wszystkim ustawa o funkcjach konsulów RP (po stronie polskiej).

Ustawowym odzwierciedleniem konstytucyjnego obowiązku opieki, także w kontekście ewentualnych odwiedzin obywateli polskich pozbawionych wolności, nie jest wcale art. 13 ustawy o funkcjach konsulów RP, lecz częściowo art. 10 – zobowiązujący konsula m. in. do ochrony praw i interesów obywateli polskich, oraz art. 11 – nakazujący zapewnienie obywatelom polskim pomocy w realizacji praw przysługujących im zgodnie z prawem państwa przyjmującego oraz prawem i zwyczajami międzynarodowymi.

Sam art. 13 ustawy o funkcjach konsulów RP wiąże się z obowiązkiem wynikającym z konstytucji jedynie w swym zdaniu pierw-

szym: „Konsul czuwa, aby obywatele polscy zatrzymani, aresztowani lub w inny sposób pozbawieni wolności w państwie przyjmującym mieli zapewnioną ochronę prawną i traktowanie zgodne z prawem tego państwa oraz z prawem i zwyczajami międzynarodowymi.”

Jednak z żadnej z powoływanych norm ustawowych, ani nawet z normy konstytucyjnej nie wynika wcale, że obowiązek opieki (czuwania) ma być wykonywany przez regularne odwiedzanie osób pozbawionych wolności. Po pierwsze, sposób wykonania norm konstytucyjnych konkretyzuje zawsze ustawa. Po drugie, sprawowanie opieki nie tworzy roszczenia *stricte* dotyczącego odwiedzin konsula np. raz czy dwa razy w roku. Abstrahując od faktu, że w niektórych przypadkach byłoby to nawet nierealne⁷.

Zgodnie z konstytucją i ustawą, konsul ma jedynie obowiązek opiekować się obywatelami polskim. Jeżeli taki obywatel zażąda widzenia z konsulem, a konsul oceni, że w tym przypadku jedynym właściwym sposobem wykonania obowiązku opieki będzie bezpośrednie spotkanie z pozbawionym wolności obywatelem polskim, powinien takie spotkanie odbyć. Konsul może jednak uznać, że spotkanie nie jest konieczne i wystarczy np. korespondencyjna wymiana informacji. W ten sposób również wypełni konstytucyjno-ustawowy obowiązek opieki. Dopiero za ewentualną nietrafną decyzję ponosi odpowiedzialność. Także w sytuacji odwrotnej, kiedy konsul uzna, że dla właściwego wykonywania opieki konieczne jest spotkanie z odbywającym w państwie przyjmującym karę pozbawienia wolności obywatelem polskim, a jednocześnie dany obywatel polski nie skorzysta z prawa do odmowy, konsul powinien skorzystać z prawa przysługującego mu na podstawie art. 36 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych.

W ten sposób problem odwiedzin osób pozbawionych wolności wchodzi w zakres przedmiotowy wspomnianych norm z art. 10, art. 11, art. 12 oraz art. 13 zd. 1 ustawy o funkcjach konsulów jako jedna z alternatywnych form sprawowania opieki. Nie ma natomiast takiego ustawowego obowiązku o charakterze szczególnym, aczkolwiek polska praktyka konsularna wykazuje pewne tendencje do wykonywania opieki konsularnej również w taki sposób⁸.

⁷ W trakcie mojej pracy w Wydziale Konsularnym Ambasady RP w Berlinie, w okręgu konsularnym przebywało rocznie ok. 500 osób pozbawionych wolności, którzy zażądali od władz niemieckich przekazania takiej informacji placówce. Zakłada się, że o podobnej liczbie Wydział Konsularny nie posiadał informacji. Przy ograniczonej liczbie stanowisk konsularnych, w tym jednym stanowisku ds. opieki (*sic!*), gdyby normy krajowe nakładały bezpośrednio obowiązek odwiedzin, byłby on po prostu niewykonalny.

⁸ w przypadku dużej liczby osób pozbawionych wolności w danym okręgu konsularnym organizowane są spotkania grupowe.

Natomiast sam katalog działań wskazany w pkt 1–3 do art. 13 stanowi jedynie otwarty katalog norm szczególnych adresowanych do samego konsula i upoważniających go do określonego działania. Nie odzwierciedla on praw obywatela polskiego lecz uprawnienia konsula. Tym samym po 1.5.2004 r. nie będzie odzwierciedlał praw obywateli innych państw członkowskich UE. Jak wynika z dokumentów archiwalnych z procesu legislacyjnego, na podstawie tych norm ustawowych konsul ma po prostu prawo do określonego działania (słowo – może). Są to więc normy o charakterze kompetencyjnym w płaszczyźnie prawa polskiego. Uprawniają konsula do: zwracania się do sądów i innych organów państwa przyjmującego oraz gromadzenia i przerabiania informacji, a więc działań należących do sfery chronionej prawnie, dla podjęcia których urzędnicy potrzebują ustawowego umocowania (np. o przyczynach zatrzymania, aresztowania lub pozbawienia wolności w inny sposób, zarzutach stawianych tym obywatelom, itp.). Tworzą również w płaszczyźnie krajowej upoważnienie dla konsula do ewentualnych odwiedzin. Dlatego doszukiwanie się tu braku zgodności z konstytucją polską jest wnioskiem nietrafnym, w szczególności w kontekście poszukiwania w nim uprawnień dla innych obywateli UE.

1.3. Kolejnym punktem, który wymaga uściślenia, jest ocena roli konsula honorowego w wykonywaniu opieki na rzecz państwa trzeciego na podstawie decyzji 95/553/WE, jaka została przeprowadzona przez dr P. Czubika, tym bardziej że powiązana została z kierowanym w moją stronę zarzutem jednostronności w badaniu problemu, ze względu na oparcie o niemieckojęzyczny tekst decyzji Rady nr 95/553/WE i publikacje doktryny niemieckiej.

Jak słusznie zauważył dr Czubik, sama decyzja formalnie nie ogranicza możliwości wykonywania opieki konsularnej na rzecz obywatela innego państwa członkowskiego UE przez konsula honorowego. Jednak faktyczna istota zarzucanych rozbieżności językowych nie jest tak znacząca w praktyce, jak obawia się autor. Zresztą problem – co wynika potwierdza także dr P. Czubik – sprowadza się faktycznie do różnicy tekstowej w wersji angielskiej w stosunku do tekstu decyzji w innych językach. Dlatego w dalszych rozważaniach ograniczę się do porównania wersji angielskiej z niemiecką.

W art. 1 decyzji w języku angielskim tekst jest dość jednoznaczny. W tłumaczeniu na język polski brzmi: „Każdy obywatel UE jest uprawniony do opieki konsularnej ze strony przedstawicielstwa dyplomatycznego lub konsularnego każdego państwa członkowskiego, jeżeli na terytorium na którym się znajduje, jego własne państwo członkowskie lub inne państwo wykonujące za nie stałą reprezentację nie ma

dostępnego stałego przedstawicielstwa, lub dostępnego konsula honorowego właściwego dla tych spraw”.

Z kolei tekst niemiecki w przekładzie na język polski brzmi: „Każdy obywatel UE korzysta z opieki konsularnej każdego przedstawicielstwa dyplomatycznego lub konsularnego państwa członkowskiego, jeżeli na terytorium, na którym się znajduje, nie ma:

- ani dostępnego stałego przedstawicielstwa,
- ani dostępnego właściwego konsula honorowego, jego państwa członkowskiego lub innego państwa, które wykonuje stałą reprezentację za jego państwo członkowskie.”

Pierwszy wniosek jaki się nasuwa, to stwierdzenie różnicy w konstrukcji gramatycznej tekstów obu norm. Nie ma to jednak generalnego znaczenia dla treści merytorycznej. Zresztą całe rozważania dr. Czubika można uciąć przypominając, że w treści prawie każdego aktu wspólnotowego znajdują się mniejsze lub większe różnice wynikające z kwestii językowych. Nie skorzystam jednak z takiej możliwości, próbując przedstawić argumenty merytoryczne.

Kluczowym problemem rozważań jest ocena fragmentu sformułowania w wersji angielskiej – „(...) dostępnego konsula honorowego właściwego dla takich spraw” (*accessible Honorary Consul competent for such matters*) oraz w wersji niemieckiej – „(...) dostępnego właściwego konsula honorowego” (*einen erreichbaren zustaendigen Honorarkonsul*). Jak słusznie zauważa dr Czubik, w wersji angielskiej, nastąpiło ewidentne zawężenie do konsulów honorowych właściwych do takich spraw (a więc kompetentnych dla wykonywania opieki konsularnej).

Jednak już z jego oceną wersji niemieckojęzycznej, nie można zgodzić się. Pojęcie to nie oznacza wcale, że „(...) może być oczywiście rozumiane i interpretowane jako kompetentny rzeczowo, zobowiązany czy uprawniony, jednak interpretacja tych słów nie musi zyskiwać tak wyraźnego zabarwienia (...) trudno również jednoznacznie na podstawie tego tekstu uznać, że określenie to odnosi się wyłącznie do właściwości terytorialnej, a nie rzeczowej konsula (...).”

Zasady gramatyki języka niemieckiego wyraźnie określają sposób rozwiązywania takich konstrukcji językowych. Dlaczego w tym przypadku należałoby przestawić punkt ciężkości. Pojęcie „właściwy konsul” w języku niemieckim odnosi się do zdania „(...) jeżeli na terytorium, na którym się znajduje (...)”. Tak więc określa jednoznacznie właściwość terytorialną.

Idąc jednak tropem rozważań dr Czubika, podkreślić należy nie zauważony przez niego jeszcze jeden problem językowy, jakim jest różnica w treści (a więc interpretacji) słów „(...) in the place in wich he is located (...)” oraz „(...) in dem Hoheitsgebiet in dem er sich befindet

(...)”. Słowo „*place*” ma bowiem bardziej ogólny i co najmniej niejednoznaczna treść. Może, ale nie musi dotyczyć jedynie danego okręgu konsularnego, a nie obszaru całego państwa. Przeciwnie niemieckiego „*Hoheitsgebiet*”, które jest pojęciem pochodzącym z Ustawy Zasadniczej RFN, bezwzględnie oznacza terytorium państwowe. Jednak wydaje się, że treść taka – słowa *place/Hoheitsgebiet* – oznacza terytorium państwowe. Jest bowiem wyraźnie przeniesiona z normy traktatowej, a więc normy wyższego rzędu, która warunkuje i ogranicza możliwości interpretacyjne normy z decyzji Rady⁹.

Nie mogę się również oprzeć wrażeniu, że autor prowadząc badania teoretyczne wyolbrzymił problem różnic językowych, uznając że może on doprowadzić do rozbieżnej praktyki państw. Przede wszystkim wątpliwość w języku angielskim rozszerza jedynie prawa obywateli Wielkiej Brytanii. Teoretycznie mogą oni żądać opieki od przedstawicielstwa innego państwa członkowskiego, kiedy mają swojego konsula honorowego, a nie posiada on uprawnień do wykonywania opieki konsularnej. Obywatele niemieccy mogą zwracać się do innych przedstawicielstw dopiero jeżeli na terytorium państwa, na którym się znajdują nie ma konsula honorowego. Być może znajduje to rozwiązanie w fakcie, że – abstrahując od praktyki – niemiecka ustawa konsularna nadaje konsulom zawodowym i konsulom honorowym prawie identyczne uprawnienia?¹⁰

Uważam ponadto, że różnych problemów w przypadku innych aktów wspólnotowych, akurat ta kwestia sama rozwiązuje się w praktyce. Przecież konsul honorowy zasadniczo nie funkcjonuje samodzielnie. Zawsze podlega nadzorowi wykonywanemu przez konsula zawodowego lub (rzadziej) placówce dyplomatycznej. Okrąg konsularny konsula honorowego stanowi zawsze pewną część okręgu konsularnego konsula zawodowego¹¹. Nawet w sytuacji, kiedy uprawnienia konsula honorowego są tak ograniczone, że nie jest on w stanie zapewnić koniecznej opieki, podejmuje on działania w granicach swoich rzeczywistych kompetencji i informuje jednocześnie nadrzędnego konsula za-

⁹ Zob. treść art. 20 Traktatu ustanawiającego WE w języku polskim jako języku autentyczny.

¹⁰ Zob. Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse (Konsulargesetz) vom 11. September 1974 (BGBl. I, S. 2317) z późniejszymi zmianami. Tekst zob. www.auswaertiges-amt.de.

¹¹ Np. konsul honorowy RP w Dominikanie podlega konsulowi polskiemu w Kostaryce. Ambasador RP w Kostaryce jest akredytowany w Republice Dominikany, a terytorium Dominikany należy do okręgu konsula z Kostaryki (pracownik dyplomatyczny powołany do pełnienia funkcji konsularnych), mimo funkcjonowania tam polskiego konsulatu honorowego.

wodowego. Od strony technicznej ta współpraca może być podobna właśnie do pomocy udzielonej przez przedstawicielstwo konsularne innego państwa członkowskiego. Tak więc kluczowy elementem jest tutaj sama obecność konsula honorowego, nie ma natomiast znaczenia zakres jego kompetencji. Zresztą w praktyce państwa unikają raczej upoważniania własnych konsulów honorowych (jednak obywateli obcego państwa) do wykonywania czynności o charakterze władczym. Rozwiązanie wskazane w formie katalogu obligatoryjnych przypadków w art. 5 decyzji Rady nr 95/553/WE jest jedynie dowodem na pojawiającą się od pewnego czasu tendencję ewolucyjną tego zagadnienia.

2. ODWZOROWAĆ BY POLEMIZOWAĆ I POGŁĘBIAĆ

W drugiej części mojego opracowania pragnę odnieść się do elementów krytycznych podniesionych przez P. Czubika w stosunku do mojego artykułu.

2.1. Przede wszystkim jako zbyt powściągliwe i posiadające niezastuszenie pejoratywny wydźwięk uznaję stanowisko określające artykuł *Opieka dyplomatyczna i konsularna w prawie wspólnotowym* tylko jako próbę rozważań, które wyłącznie „(...) wzorowane były na (...)” literaturze obcojęzycznej¹². Jako oczywiste i naturalne traktuję oparcie koncepcji mojego artykułu na idei przyjętej w opracowaniu M. Rufferta pt. *Diplomatischer und konsularischer Schutz zwischen Voelker- und Europarecht*¹³, tj. zestawienia trzech płaszczyzn: prawa międzynarodowego publicznego, prawa wspólnotowego i prawa krajowego. Co więcej, kluczowe znaczenie tej pozycji dla moich rozważań podkreślałem wielokrotnie już przez sam fakt powoływania się na nią. Na 69 przypisów zawartych w artykule, 30 z nich ma charakter *stricte* źródłowy. Z pozostałych – aż 25% to przypisy odwołujące się do M. Rufferta. Jednak sam artykuł M. Rufferta posłużył mi nie tylko za źródło zwykłej „inspiracji”. Po lekturze interesującego procesu badawczego, uznałem za celowe zbadanie tego zagadnienia w podobnym zestawieniu przedmiotowym, w którym punktem odniesienia byłoby prawo polskie. Oczywiście pracując w znacznej części w tym samym obszarze badawczym, nie sposób uniknąć odniesienia do tych samych zagadnień (nie można

¹² Zob. komentarz P. Czubika zawarty w przypisie nr 9.

¹³ M. Ruffert – op.cit. s. 459.

przecież np. pominąć art. 20 Traktatu ustanawiającego WE, czy decyzji Rady nr 95/553/WE), co z kolei skutkuje potwierdzeniem wniosków poprzednika lub polemiką.

Pomijając całkowicie odrębne obszary prawa polskiego i prawa niemieckiego chciałbym podkreślić – szczególnie w dwóch pierwszych, wspólnych płaszczyznach badawczych – że niektóre oceny M. Rufferta spotkały się z moją krytyką. Na przykład w rozdziale „Relacja między normą traktatową a decyzją Rady 95/553/WE” można przeczytać „(...) Nie można natomiast zgodzić się z jednym z wniosków przedstawionych w przedmiotowej kwestii przez M. Rufferta, określającym ją (decyzję nr 95/553/WE-aut.) jako niezgodną z traktatem. Należy bowiem uznać, iż decyzja ta nie obejmuje po prostu całości przedmiot wykonywania opieki dyplomatycznej i konsularnej. (...)”¹⁴ Z kolei we wnioskach końcowych (rozdział „Podsumowanie”) znajdują się słowa – „(...) Nie można tu jednak mówić o wykonywaniu opieki dyplomatycznej i konsularnej przez organizację międzynarodową, co czyni M. Ruffert. 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 – obywatelstwo UE (...). Kryterium to ma charakter przesłanki wewnętrznej, a więc jest ważne jedynie dla Unii Europejskiej, a nie dla państw trzecich”¹⁵.

2.2. Przez mojego szanownego kolegę z Uniwersytetu Jagiellońskiego nie zostały także dostrzeżone starania, by zmienić punkt nacisku na problem badawczy oraz szerzej spojrzeć na istotę opieki dyplomatycznej i konsularnej w płaszczyźnie prawa międzynarodowego. Przecież – w przeciwieństwie do założeń M. Rufferta – im szerszy punkt odniesienia, tym dokładniejsze wnioski. Dlatego uznałem za potrzebne zrobienie syntetycznego, lecz całościowego *resumé* opieki dyplomatycznej w prawie międzynarodowym, przypominając m.in. orzecznictwo STSM (sprawa *Mavrommatis Palestine Concessions*), czy MTS (sprawa *Barcelona Traction*), sięgając przy tym również do pozycji polskich autorytetów prawa międzynarodowego (J. Gilas). Oczywiście nie unikam także powołania zagranicznych (niemieckich) przedstawicieli doktryny¹⁶,

¹⁴ M. Muszyński, op. cit. s. 154.

¹⁵ Op.cit., s. 165.

¹⁶ Pomijając takiego klasyka prawa międzynarodowego jakim jest prof. A. Verdross, należy wspomnieć, że szkoła niemiecka dopracowała się grupy profesorów, którzy chyba najdokładniej „rozpracowali” instytucję opieki dyplomatycznej. Należą do nich: K. Geck, B. Simma, O. Kimmich, itp. Pracując nad tym zagadnieniem w oparciu

sądzę jednak że wprowadziłem tym samym elementy rzucające nowe światło na instytucję opieki dyplomatycznej w prawie międzynarodowym tworząc warunki do ich porównania. W szczególności za taki uważam przytoczoną w rozdziale „Status jednostki w ramach instytucji opieki dyplomatycznej i konsularnej”, analizę ewolucji spojrzenia doktryny na aspekt zrzeczenia się przez państwo prawa do wykonywania opieki wobec własnych obywateli¹⁷. Praktyka ta, eksponowana od kilku lat przez sądy krajowe i międzynarodowe, ciągle nie jest dostrzegana przez polską doktrynę prawa międzynarodowego, stawia w nowym świetle pozycję prawną jednostki w kontekście jej roszczeń regresowych kierowanych do własnego państwa, a wynikających z tego tytułu. Tylko tak szerokie tło pozwala wyciągnąć odmienne wnioski i wyeksponować ocenę, że opieka wspólnotowa nie stanowi wcale nowej instytucji w prawie międzynarodowym.

2.3. Również w wąskiej perspektywie prawa UE trudno nie dostrzec zasadniczej różnicy metodologicznej między badaniami moimi a przeprowadzonymi przez M. Rufferta. Przede wszystkim inny jest już sam punkt wyjścia do badań. Ruffert postrzega problem jedynie w kontekście Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, przywołując bezpośrednio jego art. 20 (w starym ujęciu art. 8c)¹⁸. Natomiast w moim artykule podchodzę do problemu również od podstaw politycznych. Jak podkreślam w rozdziale „Podstawy prawne i zakres wspólnotowej opieki dyplomatycznej i konsularnej”, „(...) Generalną i – *de facto* – polityczną podstawę funkcjonowania wspólnotowej formuły opieki dyplomatycznej i konsularnej tworzy Traktat o UE w art. 20 (...)”¹⁹. Określa on bowiem formy współpracy politycznej państw członkowskich UE, z których jedną jest nakaz przyczyniania się do realizacji postanowień art. 20 Traktatu ustanawiającego WE. Właśnie uwzględnienie tej normy po-

o źródła niemieckie, nie sposób nie wspomnieć ich publikacji. Warto przy tym dodać, że do tak głębokich badań, jakie przeprowadzono w RFN, przyczyniła się właśnie Polska. Wiązało to się bowiem z brakiem aktywności państwa niemieckiego w płaszczyźnie międzynarodowej w aspekcie przejścia przez Polskę po II wojnie światowej majątków obywateli niemieckich na tzw. Ziemiach Odzyskanych. Mimo braku w Ustawie Zasadniczej RFN bezpośredniej normy stanowiącej podstawę do żądania przez obywateli RFN opieki dyplomatycznej, w doktrynie dominuje krytyczne stanowisko wobec praktyki państwa, uznające prawo obywateli do składania roszczeń o odszkodowania ze strony Skarbu Państwa ze względu na brak realizacji obowiązku opieki nad obywatelami za granicą.

¹⁷ M. Muszyński, *op.cit.*, s. 155 i 156.

¹⁸ Do czego ogranicza się również P. Czubik w swoim artykule.

¹⁹ M. Muszyński, *op.cit.* s. 148 i 149.

zwala na ocenę końcową, że decyzja Rady nr 95/553/WE nie jest sprzeczna z prawem wspólnotowym, lecz jedynie reguluje część zakresu przedmiotowego opieki dyplomatycznej i konsularnej. Można więc „(...) mówić jedynie o luce w przepisach lub częściowej regulacji”.²⁰ Ponieważ P. Czubik dostrzega tę opinię przywołując ją w swoim artykule (przypis nr 10), utwierdzam się w słuszności mojej koncepcji odnośnie do konieczności szerokiego spojrzenia na problem opieki wspólnotowej. Żałuję jednak, że nie podkreśla on tu dostatecznie różnicy między moim stanowiskiem a wnioskami M. Rufferta.

3. OCENA ZAGADNIENIA RAZ JESZCZE

Na zakończenie, chciałbym podzielić się kolejnymi refleksjami, odnoszącymi się do porównania instytucji opieki dyplomatycznej i konsularnej w prawie międzynarodowym publicznym z opieką wspólnotową, a powstałymi w efekcie kolejnych przemyśleń, do których zainspirował mnie swą krytyką P. Czubik.

Jak wiemy, Traktat ustanawiający WE nie powołuje nowej instytucji, lecz odsyła w kwestii treści wprowadzonej opieki wspólnotowej do prawa międzynarodowego publicznego, skąd ta instytucja pochodzi. Nie pozwala więc na jej jakiegokolwiek materialne kształtowanie przez państwa członkowskie. Jest to czytelne we wszystkich tekstach autentycznych traktatu. Jednak zbadanie obu instytucji w różnych płaszczyznach, prowadzi do ciekawych wniosków, zależnych od przyjętej przesłanki badawczej. Porównajmy więc instytucje opieki wspólnotowej z klasyczną, prawnomiędzynarodową opieką dyplomatyczną i konsularną w trzech płaszczyznach: jej charakteru materialnego, zakresu podejmowanych działań oraz wpływu na ich istotę praw człowieka.

Już patrząc na charakter porównywanych instytucji (czyli odpowiadając na pytanie, do katalogu czyich praw należy podniesienie roszczenia z tytułu opieki), dojdziemy do sprzecznych konkluzji. W prawie międzynarodowym, jest to prawo wyłącznie państwa²¹. Nie jest jednak

²⁰ Ibidem, s. 166.

²¹ Stanowisko opiera się na ciągle niezmienionej koncepcji STSM w sprawie *Marromatis* „(...) 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*. „(...) to jest elementarna zasada prawa międzynarodowego, która upoważnia Państwo do ochrony swoich obywateli

równocześnie jego obowiązkiem, chyba że w ten sposób podchodzi do opieki prawo państwowe. Co więcej, państwo nie jest ani związane zrzeczeniem się prawa przez jednostkę, ani żadnym katalogiem wyboru środków działania. Posiada pełną swobodę ich doboru, aczkolwiek muszą one pozostawać w granicach środków dopuszczalnych prawem międzynarodowym.

Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską stworzył natomiast w art. 20 traktatowe prawo jednostki do otrzymania pomocy²². Podmiotami uprawnionymi są obywatele UE w rozumieniu art. 17 TWE. *A contrario*, stworzył też obowiązek każdego państwa członkowskiego do udzielenia takiej pomocy obywatelom innych państw członkowskich. Powtarza go art. 1 decyzji Rady 553/95/WE w zakresie opieki konsularnej, określając równocześnie przesłanki jej udzielenia.

Do jeszcze szerszego wniosku dojdziemy, kiedy uwzględnimy Kartą Praw Podstawowych. Abstrahując od formalnego statusu Karty, jej zakresu, itp., przez przyjęcie w art. 46 KPP, instytucja opieki dyplomatycznej i konsularnej stała się wspólnotowym prawem podstawowym obywateli UE. Tym samym znacząco wpływa na charakter norm traktatowych. Potwierdza to ocena rzeczników generalnych i ETS, zgodnie z którą KPP stworzyła pisemny, „polityczny katalog praw podstawowych”²³, mimo braków formalnych. Zbierając w całość prawa podstawowe zawarte dotychczas w konstytucjach państw członkowskich UE oraz umowach międzynarodowych, a w szczególności Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, już jako zwykły katalog tych praw, Karta eksponuje je jako ogólne zasady prawa wspólnotowego, a tym samym wzmacnia ich rolę w europejskim porządku prawnym. Dlatego KPP jest zbiorem przywilejów identyfikującym prawa podstawowe²⁴.

Dyskusyjny jest także zakres opieki. W prawie międzynarodowym opieka dyplomatyczna i konsularna zdefiniowane są nie tylko przez konwencje wiedeńskie o stosunkach dyplomatycznych i o stosunkach konsularnych, ale i przez zwyczaj międzynarodowy i orzecznic-

poszkodowanych przez akty sprzeczne z prawem międzynarodowym, popełnione przez inne państwo, którzy nie mogą szukać satysfakcji na zwykłej drodze”.

²² 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 międzynarodowym.

²³ Dostosowany do upływu czasu, ewolucji prawa oraz pojawienia się nowych gałęzi nauki i technologii, oraz wprowadzający do grupy tzw. „praw człowieka” standardy ochrony danych osobowych, biotechnologii, ochrony środowiska, itp.

²⁴ Zob. szerzej, S. Hambura, M. Muszyński, *Karta Praw Podstawowych*, „Rzeczpospolita” z 26.8.2002 r.

two trybunałów. Zakres ten ulegał zmianom (ostatnio faktycznemu ograniczeniu) na przestrzeni wieków. Skala pozostałych możliwości jest jednak nadal znaczna. Do prowadzonych działań należy przede wszystkim interwencja dyplomatyczna, chociaż możemy tu znaleźć także do katalogu retorsji, represaliów: blokady kont, zajęcie majątku państwowego, embargo, itp. W 1970 r. MTS wypowiedział się, iż państwo może stosować w ramach opieki dyplomatycznej takie środki, i w takim zakresie, jakie uważa za stosowne, ponieważ działa na podstawie własnego prawa.

Poważny problem stanowi natomiast określenie zakresu opieki wspólnotowej. Z jednej strony uzależnione jest przecież od uzyskania zgody państwa trzeciego, z drugiej nie zostało do końca zdefiniowane w samej UE²⁵.

Także uznanie praw człowieka jako obiektu ochrony prawa międzynarodowego wpłynęło na kwestie opieki dyplomatycznej i konsularnej. W prawie międzynarodowym publicznym zawężyło faktyczne możliwości działania. Podniosło standard funkcjonowania państw, a także stworzyło samodzielną odpowiedzialność międzynarodową państwa.

Spowodowało również koncepcyjne trudności w rozdzieleniu ochrony praw człowieka od opieki dyplomatycznej. Różnic można dopatrzeć się wyłącznie w przesłance inicjującej działanie: opieka dyplomatyczna i konsularna ma za zadanie ochronę przez państwo własnych obywateli, a w przypadku praw człowieka zrezygnowano z jakiegokolwiek więzi między państwem a jednostką. Samo naruszenie praw jednostki powoduje odpowiedzialność. Razem stanowią one dwa uzupełniające się instrumenty chroniące jednostkę przed samowolnym działaniem państwa.

W przypadku opieki wspólnotowej, ewolucja praw człowieka (jako praw podstawowych) wpływa na jej kształt zupełnie odwrotnie – rozszerza jej zakres, ponieważ standard traktatowy jest oparty o zasadę równości niezależnie od obywatelstwa krajowego. Szczególny kontekst w tej kwestii ma wspomniany wcześniej art. 46 Karty Praw Podstawowych.

Opierając się na tych ocenach możemy wywieść wniosek, że jednoznaczne sklasyfikowanie instytucji opieki wspólnotowej jako nowej instytucji międzynarodowej nie jest jeszcze możliwe. Nie jest to także opieka ze strony organizacji międzynarodowej, za jaką chcieliby ją uważać niektórzy przedstawiciele doktryny²⁶. Jest ona ciągle oparta o klasyczne zasady możliwości sprawowania opieki przez państwo nad

²⁵ M. Muszyński, *op.cit.*, s. 165.

²⁶ Tak twierdzi właśnie M. Ruffert, *op.cit.*

obywatelami państwa trzeciego, chociaż w przypadku UE, państwa członkowskie są traktatowo zobowiązane do podjęcia wszelkich działań dla uzyskania zgody państw trzecich na jej sprawowanie.

Z drugiej strony, rozwija ona znacząco płaszczyznę wzajemnych zobowiązań państw, jakie wynikają z traktatowych obowiązków sprawowania opieki nad obywatelami drugiego państwa. Tworzy też, obok płaszczyzny międzynarodowej, nową formułę odpowiedzialności w płaszczyźnie wspólnotowej – odpowiedzialność wewnątrz organizacji międzynarodowej. Zmienia także znacząco charakter instytucji, przez stworzenie wspólnotowego prawa jednostki.

Prawo to przekroczyło nawet granice zwykłego prawa wynikającego z umowy międzynarodowej i stało się wspólnotowym prawem podstawowym. Ma więc charakter bezwzględny i stanowi podstawę do roszczenia o jego wykonanie. Wprawdzie formalnym warunkiem wykonywania opieki jest wcześniejsza zgoda państwa trzeciego, jednak podniesienie rangi instytucji do poziomu praw podstawowych może nawet stanowić podstawę do oceny, że jednostki nie interesuje, czy państwom członkowskim uda się uzyskać zgodę innych krajów na sprawowanie tam opieki. Również brak jednoznacznej definicji zakresu i treści materialnej opieki wspólnotowej, może spowodować problemy zarówno w płaszczyźnie międzynarodowej, jak i w relacjach wewnętrznych UE.

Na tej podstawie słuszna wydaje się ocena, że instytucja opieki wspólnotowej jest rozwiniętą instytucją opieki prawnomiędzynarodowej. Rozwinięcie to jest ukierunkowane jednak do wewnątrz UE. Tworzy standard wzajemnego związania między państwami członkowskimi oraz kształtuje prawo jednostki jako odzwierciedlenie obowiązku państwa.