

Jan Sandorski

Adwokat a opieka dyplomatyczna

Palestra 30/1(337), 15-24

1986

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.

mozbytem", przy czym jest to umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej (art. 393 k.c.).¹⁶ „Polmozbyt” zobowiązuje się do spełnienia świadczenia, czyli dostarczenia samochodu kupującemu, na którego przechodzą wraz z wydaniem samochodu (z chwilą świadczenia) wszelkie uprawnienia z tytułu rękojmi i gwarancji przysługujące PKO wobec „Polmozbytu”.

Podobna sytuacja zachodzi w razie wygrania samochodu na loterii fantowej lub innej loterii, organizowanej przez Toto-lotek, gry liczbowe lub innych organizatorów.¹⁷ Osoby te mogą zawrzeć z „Polmozbytem” umowę o świadczenie samochodu na rzecz osoby trzeciej — wygrywającego. Mogą one też być same właścicielami samochodu; wtedy są zobowiązane do wydania samochodu i przeniesienia własności na rzecz wygrywającego.

Prezesa NBP z dn. 19.VII.1983 r. w sprawie rodzajów wkładów oszczędnościowych, wydawanych na nie dowodów oraz zasad otwierania i prowadzenia rachunków tych wkładów (M.P. Nr 29, poz. 157). Wkład oszczędnościowy na księżeczce samochodowej bądź w postaci premiowanego bonu samochodowego ulega dziedziczeniu, podobnie jak związane z tym oczekiwanie prawne (ekspektatywa) wygrania premii (samochodu). SN w orzecz. z dn. 19.X.1984 r. II CR 296/84 (NP nr 9/1985 z krytyczną glosą M. Bączyka) uznał, że nie dotyczy to sytuacji, gdy spadkobiercą jest osoba zagraniczna. Wówczas przedmiotem dziedziczenia jest jedynie nominalna wartość bonu, a nie premia w postaci samochodu, wygrana po otwarciu spadku. Stanowisko SN w obecnym stanie prawnym, przy braku odpowiednich ograniczeń w prawie dewizowym z 1983 r. (Dz. U. Nr 63, poz. 228), budzić musi wątpliwość.

¹⁶ Por. J. Krause, l.c.

¹⁷ Gry losowe mogą być prowadzone wyłącznie przez j.g.u. oraz na podstawie zezwolenia Ministra Finansów. Podstawę prawną gier losowych o wygrane pieniądze lub rzeczowe stanowi ustawa z dn. 20.V.1976 r. o grach losowych i totalizatorach (Dz. U. Nr 19, poz. 122; zm.: Dz. U. z 1982 r. Nr 7, poz. 54) i rozporz. Ministra Finansów z dn. 24.V.1976 r. w sprawie szczególnych zasad prowadzenia gier losowych i totalizatorów (Dz. U. Nr 26, poz. 154; zm.: Dz. U. z 1980 r. Nr 15, poz. 53 i Dz. U. z 1985 r. Nr 49, poz. 260).

JAN SANDORSKI

ADWOKAT A OPIEKA DYPLOMATYCZNA

I. Wstęp

Niejednokrotnie klientem adwokata jest osoba legitymująca się obcym paszportem. Skala problemów, z jakimi może się ona zjawiać w zespole adwokackim, jest nader szeroka: od banalnych pytań o sposób ustalenia zdolności do zawarcia małżeństwa w związku z faktem poznania atrakcyjnej Polki — do skomplikowanych kwestii prawnych wynikających z postawienia przed sądem pod zarzutem popełnienia ciężkiej zbrodni. Cudzoziemiec przebywający na obcej ziemi, nie obznajmiony z miejscowymi warunkami, nie znający języka widzi w adwokacie przyjaciela, doradcę i opiekuna, bo z reguły znajomość naszego prawa przez cudzoziemca jest żadna lub prawie żadna.

Istnieją normy prawne, których przestrzeganie jest wymagane na całym świecie, istnieją też i takie, których funkcjonowanie w społeczeństwie trudno się domyślić osobie przyjeżdżającej z zagranicy.

Cudzoziemcy powołują się niejednokrotnie w procesie karnym na niezajomość przepisów naszego prawa, wynikającą z odmiennych w ich państwie rozwiązań prawnych, a także z różnic pomiędzy systemami norm etyczno-moralnych. Do zadań obrońcy należy więc zwrócenie uwagi sądu na takie okoliczności, jak np. niekaralność za dany czyn w kraju ojczystym lub trudność w dostosowaniu się do norm obowiązujących w państwie goszczącym cudzoziemca.

W literaturze znaleźć można poglądy podważające zasadność zasady *ignorantia iuris nocet*. W trakcie dyskusji nad konwencją o odpowiedzialności państw za szkody wyrządzone cudzoziemcom niektórzy członkowie Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ wyrażali już w 1957 roku pogląd, że cudzoziemcy nie powinni być karani za czyny, które nie są przestępstwami w ich państwach ojczystych.¹ W praktyce wymaga się jednak z reguły od obcokrajowców, by zapoznawali się z przepisami obowiązującymi w państwie gościny. Nie jest to nieraz łatwe zarówno ze względu na barierę językową, jak i na kłopoty z dostępem do aktów prawnych. Byłem kiedyś aresztowany w Kamerunie za to, że przypadkowo sfotografowałem fragment trybuny, na której następnego dnia miał zasiąść miejscowy prezydent (i dyktator) Abidjo. Mój czyn okazał się przestępstwem przeciwko rządowi, nie posiadałem bowiem odpowiedniego zezwolenia, które powinienem był uzyskać z Ministerstwa Informacji. Moja sytuacja była nie do pozazdroszczenia, zwłaszcza że w Kamerunie nie ma żadnych polskich placówek konsularnych i dyplomatycznych. Tłumaczenie, że obowiązek posiadania zezwolenia nie był promulgowany w sposób dostępny dla cudzoziemca, nikogo nie przekonywał. Tylko nieodporności przedstawicieli miejscowej władzy na bakszysz zawdzięczam, że ominęły mnie dalsze przykre konsekwencje mego czynu.

W nauce niejednokrotnie starano się ulżyć doli cudzoziemca postulując, by zwolnić go od obowiązku znajomości wszystkich przepisów policyjnych i porządkowych, tym bardziej że przecież istnieje ich w świecie niebotyczna ilość. Raz tylko spotkałem się z sytuacją, kiedy postulat ten został w praktyce uwzględniony. Miało to miejsce na angielskiej granicy celnej. Celnicy odstąpili od konfiskaty przemycanego przez obywatela PRL alkoholu i ograniczyli się do przyjęcia w depozyt, kiedy dowiedzieli się, że obywatel ten nie miał intencji przemytniczych, nie znał angielskich przepisów i po raz pierwszy lądował na wyspie. Ku wielkiemu zdziwieniu Polaka okazał się ładunek alkoholu został mu wręczony w chwili, kiedy opuszczał Wielką Brytanię.

Nie wszędzie władze są tak wyrozumiałe. Nie tylko więc należy do zadań adwokata pomaganie cudzoziemcom, gdy ci naruszają obowiązujące przepisy, ale także oświecanie ich w kwestiach prawnych w celu uchronienia przed dokuczliwymi skutkami zasady *ignorantia iuris nocet*. Znacznie bowiem wygodniej działać profilaktycznie, niż później w procesie starać się udowodnić, iż od tej zasady istnieją wyjątki dotyczące, przykładowo rzecz biorąc, przestępstw nieumyślnych bądź też popełnionych na tle prawa dewizowego lub celnego.

Istotne znaczenie dla interesów prawnych cudzoziemca może mieć współpraca adwokata z placówką konsularną lub placówką dyplomatyczną działającą w ramach opieki dyplomatycznej. Może bowiem tak się zdarzyć, że do adwokata zwróci się nie sam znajdujący się w tarapatkach cudzoziemiec, ale przedstawiciel konsularny lub dyplomatyczny państwa, którego cudzoziemiec jest obywatelem. Polska ustawa

¹ F. Garcia A m a d o r: Second Report on the Responsibility of the State for Injuries caused on its territory to the Person or Property of Aliens, Y.I.L.C., t. 2, 1957, s.113.

o funkcjach konsułów Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 13 lutego 1984 roku² głosi, że „konsul z urzędu zastępuje lub zapewnia zastępstwo obywateli polskich przed sądami i innymi organami państwa przyjmującego w celu ochrony praw i interesów tych obywateli, jeżeli z powodu ich nieobecności lub z innych przyczyn nie mogą oni w odpowiednim czasie bronić osobiście swych praw i interesów ani nie ustanowili pełnomocników” (art. 12). W artykule 14 ustawy mowa jest o tym, że „konsul czuwa, aby obywatele polscy zatrzymani, aresztowani lub pozbawieni wolności w inny sposób w państwie przyjmującym mieli zapewnioną ochronę prawną i traktowanie zgodnie z prawem tego państwa oraz z prawem i zwyczajami międzynarodowymi”. Jednym z podstawowych elementów tej ochrony prawnej jest zagwarantowanie prawa do obrony przy pomocy mającego odpowiednie kwalifikacje obrońcy procesowego. Analogiczne do ustawy polskiej o funkcjach konsułów przepisy prawa wewnętrznego znajdują się także w ustawodawstwie wszystkich państw należących do społeczności międzynarodowej.

Nawiązanie kontaktu między występującą w obronie praw swego obywatela placówką konsularną bądź dyplomatyczną a adwokatem może być także efektem inicjatywy adwokackiej. Obrońca, widząc daremność swych wysiłków zmierzających do zapewnienia poszanowania interesów klienta, może się zwrócić o pomoc do ambasady, poselstwa lub konsulatu.

W przedstawionych okolicznościach mamy do czynienia ze stykiem działalności adwokata z działaniami władzy państwa obcego, realizującej prawo do opieki dyplomatycznej nad swoim obywatelem. Adwokat jako pełnomocnik cudzoziemca powinien się orientować, kiedy może skorzystać w imieniu klienta z dobrodziejstw opieki. Tej kwestii poświęcone są dalsze rozważania.

II. Zasada wyczerpania toku instancji

Na wstępie należy stwierdzić, iż adwokat jako pełnomocnik cudzoziemca nie może się ubiegać w jego imieniu o pomoc państwa w ramach opieki dyplomatycznej, dopóki nie zostanie wyczerpany tzw. tok instancji. Konstatacja ta wymaga szerszego wyjaśnienia z uwzględnieniem różnicy między opieką konsularną a opieką dyplomatyczną.

W literaturze przedmiotu panuje powszechne przekonanie, iż przed wyczerpaniem toku instancji państwo nie może podjąć formalnych kroków zmierzających do wystąpienia z roszczeniem o naprawienie szkody wyrządzonej jego obywatelowi. Zasada prawa międzynarodowego dotycząca wyczerpania toku instancji (*the rule of the exhaustion of local remedies*) jest powszechnie akceptowana, a jej podstawa prawna została wyjaśniona przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 31 marca 1959 r. w sprawie Interhandlu.³ W wyroku tym Trybunał stwierdził, że zasada wyczerpania toku instancji przed wszczęciem postępowania międzynarodowego jest głęboko zakorzenioną zasadą zwyczajowego prawa międzynarodowego. Jest ona ogólnie przestrzegana w wypadkach, gdy państwo przejmuje sprawę swego obywatela, którego prawa zostały naruszone w innym państwie z pogwałceniem prawa międzynarodowego.

Zasada wyczerpania toku instancji ma tradycje sięgające daleko w przeszłość.

² Dz. U. Nr 9, poz. 34.

³ I.C.J. Reports 1959, s. 27.

Już w 1793 roku powoływał się na nią Tomasz Jefferson w trakcie swoich polemik z przedstawicielami Wielkiej Brytanii. Wyraził on wówczas pogląd, że zanim poszkodowany cudzoziemiec zwróci się o pomoc do swego kraju, powinien dolożyć należytych starań, by zaznać sprawiedliwości ze strony zwykłych sądów danego kraju.⁴

W doktrynie prawa międzynarodowego nagminnie wyrażany jest pogląd, że konieczność wyczerpania toku instancji jest nie kwestionowaną zasadą zwyczajowego prawa międzynarodowego.⁵ Także sędziowie trybunałów międzynarodowych byli w tej mierze zgodni. Sędzia M. O. Hudson w odrębnej opinii dołączonej do wyroku w sprawie Kolei Poniewież — Saldutiskiz⁶ podkreślił wagę zasady prawa międzynarodowego głoszącej, że należy najpierw wyczerpać wszystkie środki pozostające do dyspozycji w państwie przed zgłoszeniem roszczenia międzynarodowego dotyczącego szkód poniesionych przez cudzoziemca.⁶ Podobne stanowisko zajął sędzia Cordova w związku ze sprawą Interhandlu. Stwierdził on, że państwo nie może wykonywać opieki dyplomatycznej i uciekać się do jakiegokolwiek procedury odszkodowawczej, dopóki jego obywatel nie wyczerpie miejscowych środków pozostających w jego zasięgu w państwie, którego działanie przyniosło mu szkodę. Jedynie J.H.W. Verzijl — autor raportu przedstawionego Instytutowi Prawa Międzynarodowego w 1956 r. — próbował pomniejszać znaczenie tej zasady i czynił z niej regułę o charakterze politycznym.⁷ Instytut odrzucił jednak jego stanowisko i przyjął rezolucję odbiegającą od poglądu Verzijla.⁸

Zasada wyczerpania toku instancji znalazła swój wyraz w szeregu umów dwu- i wielostronnych. Już w 1902 r. została ona ujęta *expressis verbis* w Konwencji o prawach cudzoziemców, podpisanej na zwołanej do Meksyku drugiej Międzynarodowej Konferencji Państw Amerykańskich. W art. 4 Konwencji o odpowiedzialności państw, której projekt został przedstawiony Haskiej Konferencji Kodyfikacyjnej w 1929 r., mowa była o tym, że „międzynarodowa odpowiedzialność państw z tytułu odszkodowania za szkody wyrządzone cudzoziemcowi nie może mieć miejsca dopóty, dopóki nie zostaną wyczerpane środki dostępne poszkodowanej osobie zgodnie z prawem wewnętrznym danego państwa.”⁹ Z podobnymi sformułowaniami można się spotkać w art. 7 Paktu bogotańskiego z 1948 r.¹⁰ oraz w art. 31 zrewidowanego Aktu w sprawie pokojowego rozstrzygnięcia sporów międzynarodowych z 1939 r.¹¹

Stanowiska państw w kwestii zasady wyczerpania toku instancji ujawniły się w odpowiedziach na pytania postawione przez Ligę Narodów w związku z przygotowaniem przez nią Konwencji o odpowiedzialności państw oraz w komentarzach do projektu Deklaracji praw i obowiązków państwa, przygotowanego przez Komisję Prawa Międzynarodowego ONZ. Nie było państwa, które by w takich czy innych słowach nie wyraziło poglądu, że opieka i interwencja dyplomatyczna może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy wyczerpano możliwości odwoławcze za-

⁴ J. B. Moore: *Digest of International Law*, Waszyngton 1906, t. VI, s. 259.

⁵ T. Haesler: *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals*, Leyden 1968, s. 75.

⁶ P.C.I.J., Seria A/B, nr 76, s. 47.

⁷ AIDI 1954, (45 I), 1956 (46 I).

⁸ *Annuaire de I.D.I.*, 1956, s. 315.

⁹ J. S. E. Fawcett: *The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure?*, B.Y.I.L., 1954, t. 31, s. 453.

¹⁰ L. Gelberg: *Prawo międzynarodowe i historia dyplomatyczna*, Warszawa 1960, t. III, s. 307.

¹¹ C. H. P. Law: *The Local Remedies Rule in International Law*, Paryż 1961, s. 18.

pewnione przez miejscowe sądy lub gdy nastąpiła odmowa wymiaru sprawiedliwości. Dyskusja nad zasadą wyczerpania miała także miejsce w związku z opracowywaniem przez Komisję Prawa Międzynarodowego projektu Konwencji o stosunkach konsularnych.¹²

Miejscowe środki odwoławcze, których wykorzystania domaga się zasada wyczerpania toku instancji, muszą spełniać pewne warunki. Podkreśla się w doktrynie, że powinny one być dostępne, efektywne i adekwatne.¹³ Można powiedzieć, że jeśli osoba poszkodowana otrzyma adekwatne, a więc proporcjonalne do szkody odszkodowanie, dzięki temu, iż dostępny był dla niej wymiar sprawiedliwości, to nie istnieją podstawy, by taka osoba korzystała z opieki dyplomatycznej. W przeciwnym razie władza pełniąca opiekę dyplomatyczną może przenieść sprawę na płaszczyznę międzynarodową w celu uzyskania pełnego zaspokojenia roszczeń swego obywatela.

Może się tak zdarzyć, że ze względów technicznych środki miejscowe mogą być nieosiągalne, nieskuteczne, nieadekwatne lub oczywiście bezskuteczne. W takich okolicznościach wyczerpanie toku instancji będzie niemożliwe. Jakże mogą być przychylny takiego stanu rzeczy? Przede wszystkim może mieć miejsce zło, wyraźnie tendencyjne, ksenofobiczne funkcjonowanie miejscowego wymiaru sprawiedliwości. Na listę przyczyn należy także wciągnąć pewne kwestie proceduralne, które, przykładowo rzecz biorąc, uniemożliwiają złożenie odwołania od decyzji niższej instancji do wyższej instancji ze względu na krótki termin odwoławczy.

Obowiązek wyczerpania toku instancji nie może być zachowany wówczas, gdy nie istnieją efektywne środki odwoławcze dostępne dla poszkodowanego. Ciężar udowodnienia takiego stanu rzeczy spoczywa na barkach państwa, które wkracza na drogę opieki dyplomatycznej. Zarzuty związane z odmową wymiaru sprawiedliwości bądź też z niemożliwością wyczerpania toku instancji wskutek działań państwa goszczącego cudzoziemca wysuwa jego państwo macierzyste w momencie, gdy podejmuje kroki zmierzające do przeniesienia sporu z płaszczyzny wewnętrznej na płaszczyznę międzynarodową. Istotną rolę odegrać może w tym momencie pełnomocnik cudzoziemca uwikłanego w spór z państwem goszczącym. Jego ocena prawna sporu będzie miała istotne znaczenie dla decyzji o podjęciu kroków w ramach opieki dyplomatycznej przez państwo macierzyste cudzoziemca.

III. Pojęcie opieki dyplomatycznej

Zarówno w Konwencji wiedeńskiej z 1961 r. o stosunkach dyplomatycznych, jak i w Konwencji wiedeńskiej z 1963 r. o stosunkach konsularnych nie ma definicji opieki dyplomatycznej. Nie ma też gdzie indziej normatywnej definicji tego pojęcia. Chcąc je określić, należy sięgnąć po definicje doktrynalne, które różnią się jednak dość istotnie między sobą.

Najpopularniejsza jest definicja opieki dyplomatycznej sformułowana przez E. M. Borcharda w 1915 r.¹⁴ Borchard pisał, że opieka dyplomatyczna to prawo powoływane jedynie wówczas, kiedy państwo rezydencji cudzoziemca nie postępuje zgodnie ze standardami międzynarodowymi. Ta definicja może być uznana za kła-

¹² UN, Report of the International Law Commission, A/3859, Nowy Jork 1968, Aneka, s. 37.

¹³ F. Przetacznik: The Protection of Individual Persons in Traditional International Law, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 21, 1971, s. 109.

¹⁴ E. M. Borchard: The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims, Nowy Jork, 1915, s. 28.

syczną. Idea Borcharda znalazła swoje odbicie w pierwszym raporcie dotyczącym międzynarodowej odpowiedzialności państw, przygotowanym przez F. V. Garcię Amadora na użytek Komisji Prawa Międzynarodowego.¹⁵ Definicja opracowana przez Garcję Amadora brzmi następująco: „Prawo opieki dyplomatycznej uznaje się za prawo państwa do domagania się od innych państw, by te traktowały osoby i własność obywateli państwa w sposób określony przez prawo międzynarodowe”. Podobnie brzmi definicja opracowana przez E. J. S. Castrena. Píše on, że opieka dyplomatyczna oznacza, iż państwo jest uprawnione do interwencji za pomocą kanałów dyplomatycznych i konsularnych na rzecz swoich obywateli wtedy, gdy nie są oni traktowani przez państwo swego pobytu zgodnie z zasadami prawa międzynarodowego oraz porozumieniami wiążącymi to państwo.¹⁶ Także Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej, wydając wyrok w sprawie Mavrommatisa, określili pojęcie prawa opieki dyplomatycznej. Trybunał stwierdził mianowicie, że „jest elementarną zasadą prawa międzynarodowego, iż państwo jest uprawnione do opieki nad swoimi obywatelami, jeśli zostali oni poszkodowani czynami sprzecznymi z prawem międzynarodowym, popełnionymi przez inne państwo, od którego nie byli oni w stanie uzyskać zaspokojenia swych roszczeń za pomocą zwykłych środków postępowania.¹⁷

Pogląd Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej znalazł potwierdzenie w wyroku Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Nottebohm*.¹⁸ Nieco inaczej definiuje omawiane pojęcie angielski prawnik L. Oppenheim.¹⁹ Traktuje on prawo do opieki dyplomatycznej jako interwencję podjętą zgodnie z prawem, której druga strona musi się poddać.

Mając na względzie wszystkie przedstawione wyżej definicje można stwierdzić, że opiekę dyplomatyczną nad obywatelami należy traktować jako prawo państwa do domagania się od innego państwa przestrzegania prawa jego obywateli w sposób zgodny z prawem. Głównym celem tej opieki jest zapewnienie respektowania prawa obcych obywateli. Opieka ta może być pełniona tylko wówczas, gdy zostały wyczerpane dostępne obywatelom środki miejscowe.

IV. Opieka dyplomatyczna jako prawo państwa

Jednostka na obecnym etapie rozwoju prawa międzynarodowego nie może dochodzić swoich praw przeciwko obcemu państwu na gruncie międzynarodowym. Tę tezę potwierdzają nie tylko wspomniane już wyżej wyroki Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej i Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, lecz także praktyka państw.

Ciekawe światło na tę kwestię rzuca sprawa, jaka się toczyła przed Szwajcarskim Trybunałem Federalnym pomiędzy obywatelem szwajcarskim Gschwindem a Konfederacją Szwajcarską. W sprawie tej pewien obywatel szwajcarski wystąpił z pozwem o odszkodowanie przeciwko Konfederacji Szwajcarskiej, ponieważ jej rząd odmówił podjęcia akcji dyplomatycznej przeciwko Wielkiej Brytanii. Gschwind wystąpił z roszczeniem przeciwko temu rządowi. Rozpatrując sprawę Szwaj-

¹⁵ Yearbook of the International Law Commission 1956, t. II, dok. A/CN. 4/ser. A/Add. 1, s. 200.

¹⁶ E. J. S. Castren: Some Considerations upon the Conception, Development and Importance of Diplomatic Protection, *Jahrbuch für Internationales Recht*, 1962, s. 37.

¹⁷ P.C.I.J., Series A, 1924, Nr 2, s. 12.

¹⁸ I.C.J. Reports, 1955, s. 24.

¹⁹ L. Oppenheim: *International Law*, Londyn 1958, t. I, s. 309.

carski Trybunał Federalny stwierdza, że pomiędzy powodem (obywatelem) a pozwanym (Konfederacją Szwajcarską) nie istnieje stosunek kontraktowy. Dalej Trybunał stwierdził, że opieka dyplomatyczna w związku ze szkodami, poniesionymi przez obywateli z winy władz obcego państwa z pogwałceniem zasad prawa międzynarodowego, jest nie tylko pozostającym pod rządami prawa międzynarodowego prawem państwa ojczystego, przysługującym wobec obcego państwa. Z punktu widzenia prawa konstytucyjnego opieka dyplomatyczna jest w zasadzie również obowiązkiem administracyjnym wobec obywateli, którzy ponieśli szkody. Jest to obowiązek ustanowiony w interesie narodu jako całości, który ma prawo oczekiwać, że obce państwa będą traktowały jego członków zgodnie z prawem międzynarodowym. Jednakże to nie poszkodowany obywatel określa w prośbie skierowanej do władz sposób postępowania państwa w danej sprawie. Fakt, że miało miejsce naruszenie praw obywatela sprzeczne z prawem międzynarodowym, nie daje mu prawa do pomocy ze strony Konfederacji w sposób przez niego określony.²⁰

W doktrynie prawa międzynarodowego panuje powszechne przekonanie, że państwo w zależności i od swego uznania pełni opiekę dyplomatyczną lub też nie pełni jej nawet wówczas, gdy jest to sprzeczne z wolą jednostki. Cytowany już wyżej E. M. Borchard jest zdania, że państwo jest w pełni suwerenne, jeśli chodzi o stosowanie swoich praw. Tak więc jeśli obywatel zwraca się do swojego rządu z prośbą o zażądanie od obcej władzy odszkodowania w jego imieniu, to dobrowolnie przekształca swoje roszczenie w przedmiot negocjacji międzynarodowych, które pozostają poza jego kontrolą, i w związku z tym faktem musi podporządkować się rozstrzygnięciu, jakie wynegocjował jego rząd.²¹

Podobne stanowisko zajmuje P. Weis. Pisze on, że „skoro zgodnie z tradycyjną teorią, jednostki nie posiadają praw pod rządami prawa międzynarodowego, a w szczególności nie w stosunku do własnego państwa (...), to państwo ma pełną swobodę w wykonywaniu prawa opieki dyplomatycznej lub jego zaniechaniu”. Taka jest sytuacja w świetle prawa międzynarodowego, co nie wyklucza możliwości, że obywatele mogą mieć prawo do opieki dyplomatycznej na mocy prawa wewnętrznego.²² Z powyższych rozważań wynika, że całkowicie należy do uznania państwa to, czy ze względów politycznych bądź prawnych podejmie ono czy nie podejmie działania w ramach opieki dyplomatycznej. Niejednokrotnie małe państwa rezygnują z podjęcia działań w ramach opieki dyplomatycznej w obawie o wytworzenie kłopotliwej sytuacji w stosunkach z silniejszymi partnerami. Wydaje się jednak, że także wśród równych sobie partnerów może wystąpić niechęć do podejmowania kroków w ramach opieki dyplomatycznej ze względów natury politycznej. Ze zjawiskiem tym możemy się spotkać obserwując stosunki między państwami socjalistycznymi. Niezwykle rzadko zdarza się, by występowały one przeciwko sobie z roszczeniami korzystając z mechanizmów opieki dyplomatycznej.

V. Uwagi końcowe

Na tle dotychczasowych rozważań można podjąć próbę sformułowania pewnych ogólnych konstrukcji dotyczących omawianej problematyki.

1. Państwa wykonują opiekę dyplomatyczną zarówno za pomocą kanałów dyplomatycznych jak i konsularnych. Opieka dyplomatyczna polega przede wszystkim

²⁰ Sprawa Geschwinda znajduje się w: H. Lauterpacht: *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1931/32, s. 243.

²¹ E. M. Borchard: *op. cit.*, s. 357-358.

²² P. Weis: *Nationality and Statelessness*, Londyn 1956, s. 36.

na stałej kontroli — poprzez placówki dyplomatyczne i konsularne — sposobu traktowania ich obywateli przebywających na terytorium państwa goszczącego, a ponadto na występowaniu z roszczeniami w razie poniesienia przez obywateli szkód majątkowych.

- Istnieje zasadnicza różnica pomiędzy interwencją dyplomatyczną a interwencją konsularną. Zgłoszenie roszczeń przy wykorzystaniu kanałów konsularnych polega na skierowaniu tych roszczeń do władz miejscowych, a więc do organów, w których nie podejmuje się decyzji ostatecznej. Zazwyczaj umowy konsularne zapewniają konsulom prawo kierowania do władz miejscowych w ich okręgach protestów przeciwko naruszeniom prawa międzynarodowego oraz przeciwko naruszeniom praw ich obywateli. Wynika z tego, że działalność konsulatów ma głównie charakter prewencyjny, a więc zmierza do przeciwdziałania niekorzystnym dla cudzoziemców decyzjom ostatecznym. Najczęściej działanie konsułów ogranicza się do spraw indywidualnych, natomiast poważne naruszenie prawa międzynarodowego spotyka się z reakcją przedstawicieli dyplomatycznych, którzy mają wówczas do czynienia z władzami najwyższymi państwa.

Zadaniem konsula jest zwrócenie uwagi miejscowym władzom, działającym w jego okręgu, na fakt, że prawa obywateli jego państwa zostały naruszone ze względu na pogwałcenie umów międzynarodowych lub też postanowień ustawodawstwa wewnętrznego, obowiązującego w miejscu ich pobytu. Jak z tego wynika, władze konsularne nie są zobowiązane do tego, by zwlekać z interwencją aż do chwili wyczerpania toku instancji. Konsul ma prawo zwracania się nie tylko do władz miejscowych, lecz także do ministerstwa, czy nawet rządu. Jego poczynania nie przenoszą jednak sprawy na szczebel międzypaństwowy, jeżeli oprócz konsulatu w państwie przyjmującym funkcjonuje przedstawicielstwo dyplomatyczne państwa wysyłającego. Przedstawiciel konsularny jest więc urzędnikiem, którego zadaniem jest świadczenie pomocy i opieki obywatelom znajdującym się w trudnej sytuacji na obcym terytorium. Obywatele ci mogą zrezygnować z dochodzenia swoich roszczeń i wówczas kończy się automatycznie działanie konsulatu w obronie ich interesów.

Działanie przedstawicielstwa dyplomatycznego w ramach opieki dyplomatycznej ma odmienny charakter niż działanie przedstawicielstwa konsularnego. Przenosi ono sprawę na płaszczyznę międzynarodową i inicjuje procedurę, która może doprowadzić do sporu międzynarodowego. Jeżeli państwo przyjmujące odmawia spełnienia żądań przedstawicielstwa dyplomatycznego zgłoszonych w ramach opieki dyplomatycznej, to wówczas rodzi się spór, który powinien być rozstrzygnięty za pomocą jednego ze sposobów pokojowego rozstrzygania sporów, głównie w drodze rokowań bezpośrednich.

Działając w ramach opieki dyplomatycznej, państwo realizuje własne prawo do wymuszenia na innym państwie przestrzegania prawa międzynarodowego, które zostało naruszone w chwili pogwałcenia praw człowieka lub w chwili odmowy wymierzenia sprawiedliwości.

- Do instytucji opieki dyplomatycznej zgłaszano wiele zastrzeżeń. Na warszawskiej sesji Instytutu Prawa Międzynarodowego w 1965 r. wyrażono pogląd, że opieka dyplomatyczna jest instytucją przeszłości, a nie przyszłości, gdyby bowiem istniała rzeczywista ochrona praw człowieka, to stałaby się ona instytucją zbędną.²³

W literaturze przedmiotu spotkać się można także z opiniami, że opieka dyplomatyczna jest reliktem przeszłości wywodzącym się z obowiązku, jaki miało

²³ Taki był pogląd C. W. Jenkinsa: *Annuaire de I.D.I.* t. 51, 1965, cz. II, s. 251.

plemie, by pomścić swego członka. Ponadto pisze się, że opieka dyplomatyczna jest środkiem nacisku politycznego i że z reguły państwo mocniejsze wygrywa spór. Wiele głosów sprzeciwu wiąże się z niechęcią do nadawania cudzoziemcom szczególnej pozycji prawnej, której nie mają obywatele własnego państwa, a także bezpaństwowcy. Sądzić można, że krytycyzm ten nie pozbawiony jest przesady, aczkolwiek trudno zaprzeczyć, że silniejsze państwo łatwiej realizuje opiekę dyplomatyczną niż państwo słabsze.

4. Można wyrazić przypuszczenie, że wraz z rozwojem mechanizmów prawnomiędzynarodowych chroniących prawa człowieka opieka dyplomatyczna będzie traciła na znaczeniu. Jednakże w obecnym stanie rzeczy jednostka rzadko kiedy może skutecznie chronić swoje uprawnienia poprzez składane petycje lub skargi do organów międzynarodowych. Jeżeli już to czyni, to nie wobec państwa, na którego terytorium przebywa w charakterze cudzoziemca, lecz wobec państwa, którego jest obywatelem. Międzynarodowe traktaty o ochronie praw człowieka nie wyeliminowały więc opieki dyplomatycznej. W dzisiejszych czasach należy opiekę dyplomatyczną uznać za jeden z podstawowych środków gwarantujących przestrzeganie praw cudzoziemców na obcym terytorium, a więc za instytucję stanowiącą istotny element międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka.
5. Adwokat, który reprezentuje cudzoziemca przed organami bądź sądami państwowymi, musi pamiętać, że na każdym etapie sprawy korzystać może z pomocy placówki konsularnej, która interweniuje w obronie cudzoziemca pod warunkiem uznania go za swego obywatela. Zarówno w praktyce jak i w doktrynie prawa międzynarodowego utrzymuje się, że istnieje więź na tle obywatelstwa między jednostką a państwem, która to więź jest podstawą do wykonywania przez państwo zarówno opieki konsularnej jak i dyplomatycznej nad jednostką. W praktyce międzynarodowej rodziły się różnorodne problemy wynikające z faktu, że opieka konsularna i dyplomatyczna są instytucjami prawa międzynarodowego, natomiast obywatelstwo, które stwarza podstawę do rozłożenia opieki, jest instytucją podlegającą prawu wewnętrznemu. W opinii doradczej z 1923 r. w sprawie ustaw o obywatelstwie w Tunisie i Maroku Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej wyjaśnił na życzenie Rady Ligi Narodów, że „w obecnym stanie prawa międzynarodowego kwestie obywatelstwa są, zdaniem Trybunału, w zasadzie w sferze zastrzeżonej dla jurysdykcji państwowej”.²⁴ Trybunał podkreślił jednak, że państwo może być ograniczone zobowiązaniami międzynarodowymi, które zaciągnęło wobec innych państw. Nawiązując do tego punktu widzenia, projekt harwardzki Konwencji o obywatelstwie z 1929 r. stwierdzał, że „w świetle prawa międzynarodowego kompetencja państwa nie jest nieograniczona”.²⁵ W ten sposób zarysowana została koncepcja ograniczenia — w drodze traktatowej — kompetencji wewnętrznej państw w dziedzinie obywatelstwa. Warto przyjrzeć się tej koncepcji na tle Konwencji haskiej o obywatelstwie z 1930 r.

Konwencja haska w sprawie niektórych zagadnień dotyczących kolizji ustaw o obywatelstwie stwierdziła w preambule, że w powszechnym interesie społeczności międzynarodowej leży zapewnienie, by wszyscy jej członkowie uznali, że każda osoba powinna mieć jedno i tylko jedno obywatelstwo.²⁶ Artykuł 1 tej Konwencji głosił: „Do każdego państwa należy określenie na mocy własnego

²⁴ Nationality Decrees in Tunis and Morocco, P.C.I.J., 1923, Seria B, Nr 4.

²⁵ American Journal of International Law (Supp.), 1929, t. 23, s. 24.

²⁶ League of Nations Treaty Series, t. 179, s. 89.

prawa, kto jest jego obywatelem". W tym samym artykule figurowało jednak następujące zdanie: „Prawo to będzie uznane przez inne państwa w tak dalekim stopniu, w jakim jest ono zgodne z konwencjami międzynarodowymi, zwyczajem międzynarodowym i powszechnie uznanymi zasadami prawa dotyczącymi obywatelstwa”. W ten sposób uległo pewnemu ograniczeniu prawo określone w pierwszej części artykułu. Artykuł 3 Konwencji nawiązywał do kwestii obywatelstwa wielokrotnego (*multiple nationality*) i stwierdza, że „osoba mająca dwa lub więcej obywatelstw może być traktowana jako obywatel każdego państwa, którego obywatelstwo posiada”. Konsekwencją ustanowienia powyższej normy było przyjęcie w art. 4 następującej zasady: „Państwo nie może pełnić opieki dyplomatycznej nad swoim obywatelem w stosunku do państwa, którego obywatelstwo ma także ta osoba”.

Artykuł nadawał państwu trzeciemu, zgodnie z występującą w prawie międzynarodowym zasadą *master nationality rule*, prawo do traktowania osoby, mającej kilka obywatelstw, tak jakby miała ona tylko jedno obywatelstwo. Za kryterium obywatelstwa wiodącego (*master nationality*) uznano miejsce pobytu „zwyczajowe i główne” (*habitually and principally resident*) danej osoby bądź fakt najściślejszego powiązania. W ten sposób zasada opieki dyplomatycznej na bazie obywatelstwa uległa na mocy postanowień Konwencji pewnemu rozmyciu. Po pierwsze — opieki dyplomatycznej nie można stosować wobec osób mających wielokrotne obywatelstwo w stosunkach pomiędzy państwami, których obywatelstwo ta osoba posiada; po drugie — osoby mające wielokrotne obywatelstwo mogą korzystać w państwie trzecim z opieki dyplomatycznej tylko jednego państwa, czyli państwa, którego obywatelstwo jest „wiodące”.

Korzystanie z pomocy placówki konsularnej lub dyplomatycznej uzależnione jest także od stanowiska władz miejscowych, które mogą zaprzeczyć temu, że dana osoba jest cudzym obywatelem, uznając ją zarazem za własnego obywatela bądź odmawiając prawa do wykonywania opieki obcemu przedstawicielstwu konsularnemu lub dyplomatycznemu. Głośna i dobrze znana prawnikom sprawa *Nottebohm* jest najlepszą ilustracją tego, jak zagmatwane mogą być kwestie prawne na tym tle występujące. Adwokat kwestie te musi znać, aby mógł skutecznie działać na rzecz klienta.

Jeżeli, zdaniem adwokata, nastąpiło pogwałcenie praw człowieka bądź odmowa wymiaru sprawiedliwości, to powinien on w imieniu swego klienta podjąć kroki zmierzające do uruchomienia mechanizmu opieki dyplomatycznej pamiętając, że jest ona uzależniona od dyskrejonalnej decyzji państwa macierzystego. Kategorie natomiast powinien domagać się pomocy w ramach opieki konsularnej, przysługującej jego klientowi z mocy zarówno prawa międzynarodowego jak i częstokroć ustawodawstwa wewnętrznego.