

Paweł Czubik

Aktywność konsularna w zakresie transgranicznego transportu zwłok - analiza podstawowych regulacji na tle działań podjętych po katastrofie smoleńskiej wobec wątpliwości co do zakazu otwierania trumien

Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego 5, 117-129

2014

Artykuł został 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.

MISCELLANEA

Paweł Czubik

Wydział Finansów Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie,
Instytut Europeistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie

**Aktywność konsularna
w zakresie transgranicznego transportu zwłok
– analiza podstawowych regulacji na tle działań
podjętych po katastrofie smoleńskiej
wobec wątpliwości co do zakazu
otwierania trumien**

Słowa kluczowe: międzynarodowy transport zwłok, funkcje konsularne, konwencje konsularne, katastrofa smoleńska 2010

1. Wstęp

W dniu 10 kwietnia 2010 r., po katastrofie smoleńskiej, strona rosyjska rozpoczęła procedury zabezpieczania i przygotowywania do transportu do Polski zwłok ofiar. Abstrahując od kwestii nieprofesjonalnych działań w tym zakresie, skutkujących *de facto* niszczeniem potencjalnych dowodów, urągającego standardom międzynarodowym sposobu dokonywania sekcji, braku zabezpieczenia materiału fotograficznego, czego efektem stały się niekontrolowane (lub kontrolowane jedynie przez rosyjskie służby specjalne?) jego przecieki na rosyjskie serwery etc., opinię publiczną zbulwersowały informacje o rzekomo przekazywanym rodzinom ofiar komunikacie precyzującym zakaz otwierania trumien po ich dostarczeniu do Polski. Istnieją rozbieżności co do osoby przekazującej ten komunikat (niewykluczone, że miał on kilka źródeł), pewne jest jednak, że dyspozycję taką rodziny ofiar usłyszały jeszcze w Moskwie, gdy przybyły na identyfikację ciał. Celem niniejszego tekstu jest ustalenie, czy tego typu zakaz mógł zostać wydany i czy był on zgodny z konsularnymi procedurami stosowanym w razie konieczności przewiezienia do kraju zwłok obywatela zmarłego zagranicą.

Niezależnie od tego, który z organów administracji zagranicznej bądź krajowej (działając zagranicą) wydał tego typu dyspozycję – jej złożenie można traktować wyłącznie w kategoriach aktywności konsularnej. Aktywność tego typu może być bowiem analizowana jako aktywność ściśle konsularna lub też jako wykonywanie funkcji konsularnych przez przedstawicieli dyplomatycznych lub członków misji specjalnej (w której skład niewątpliwie wchodziłi wszyscy wysłannicy polskiego rządu i organów administracji centralnej, którzy znaleźli się w Smoleńsku po katastrofie rządowego TU – 154 z prezydentem RP na pokładzie). Ewentualne dyspozycje i decyzje podejmowane przez przedstawiciela MSZ lub rządu (w ramach wysłanej misji specjalnej) mogą być analizowane w kontekście wykonywania funkcji konsularnych. Nie tyle bowiem istotny jest charakter organu, co zakres rzeczowy czynności.

2. Umowy konsularne a transport zwłok

Mimo że konsulowie od wieków są aktywnym organem administracji służb zagranicznych zajmującym się repatriacją szczątków doczesnych obywateli, wielostronne instrumenty prawa konsularnego ograniczają się w swojej treści jedynie do kwestii notyfikacyjnych. Jest kwestią absolutnie pewną, że obowiązek notyfikacyjny ze strony państwa przyjmującego ma charakter prawozwyczajowy – kwestia notyfikacyjna odzwierciedlona była w licznych konwencjach dwustronnych. Abstrahując od kwestii celowości takiej notyfikacji w starszych konwencjach (za jej dokonywaniem stały ewidentnie problemy związane z zabezpieczeniem masy spadkowej, a nawet realizacji spadków), jej wykonywanie było niewątpliwie już z pewnością w drugiej połowie XIX w. Co więcej, na bazie tej praktyki stworzona została norma bardzo silna, dochodząca do głosu również w sytuacjach szczególnych, np. braku nawiązanych stosunków konsularnych¹. Wyrażna norma konwencyjna w tym zakresie została odzwierciedlona w art. 37 pkt. (a) Konwencji wiedeńskiej stanowiącej: *Jeżeli właściwe władze państwa przyjmującego posiadają odpowiednie informacje, są obowiązane: a) w razie zgonu obywatela państwa wysyłającego niezwłocznie zawiadomić o tym urząd konsularny, w którego okręgu nastąpił zgon (...)*.

Podobną regulację przewiduje art. 17 Europejskiej konwencji o funkcjach konsulów², która co prawda nie wiąże strony polskiej ani rosyjskiej, którą jednakże uznać można za bardzo szczegółowe odzwierciedlenie prawa zwyczajowego w analizowanym zakresie. Przepis ten jednakże trudno uznać za rewolucyjny, a jego „otoczka normatywna” (art. 17–27) została zdecydowanie sporządzona dla zabezpieczenia praw majątkowych spadkobierców denata.

¹ Zał. do Dz.U. z dnia 17 maja 1982 r., nr 13, poz. 98.

² European Treaty Series 1967, No. 061.

Regulacje tego typu najczęściej odzwierciedlane są również w podobnym ujęciu w dwustronnych konwencjach konsularnych. Obowiązująca w relacjach Polski z Rosją dwustronna Konwencja konsularna z 1992 r.³ przewiduje klasyczne rozwiązania w tym zakresie – art. 39 określa obowiązki notyfikacyjne dotyczące zgonu obywatela (odnoszące się także do konieczności bezpłatnego przekazania konsulowi aktu zgonu)⁴, zaś art. 40–41 bardzo szczegółowo odnoszą się do zabezpieczenia i realizacji praw spadkowych. Polsko-rosyjska umowa o pomocy prawnej z 1996 r.⁵ do omawianych kwestii się natomiast nie odnosi⁶.

Jak niezbitnie wynika z powyższego, dokonywanie notyfikacji obywatelstwa konsulowi jest zawsze obligatoryjne w przypadku śmierci obywatela. Władze państwa przyjmującego powinny dokonać notyfikacji w jak najszybszym terminie. Oczywiście czas odgrywa istotną rolę w procesie dalszej aktywności konsularnej – szczególnie w związku z koniecznością zapewnienia transportu zwłok⁷.

Stwierdzenia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości ze sprawy *Diallo*⁸ sugerujące, iż notyfikacja konsularna powinna nastąpić również w sytuacjach oczywistych i których świadomość zaistnienia mają władze państwa wysyłającego, wydają się nietrafne (także w kontekście wspomnianej sprawy przeciwko *Kongo ze skargi Gwinei*). Nie mogą być także podnoszone w kontekście katastrofy smoleńskiej. Nie ulega wątpliwości, że strona rosyjska nie musiała dokonywać przekazywania jakichkolwiek informacji o ściśle konsularnym charakterze, informacje o smoleńskich ofiarach przekazywane były bezpośrednio polskiemu ambasadorowi, a potem przybyłym do Smoleńska przedstawicielom władzy najwyższej.

Wspomniane powyżej normy konwencyjne nie dotyczą jednakże szczegółowo kwestii aktywności konsularnej w zakresie transportu zwłok. Uznać należy jednak, że cała reszta wobec takiej treści norm konwencyjnych należy do prawa zwyczajowego, które zabezpiecza możliwość realnego skorzystania konsula z dokonanej przez państwo przyjmujące notyfikacji.

³ Dz.U. z 1995 r., Nr 140, poz. 687.

⁴ Notyfikacja w przypadku zgonów w wyniku wypadków komunikacyjnych ma swoje dodatkowe podstawy także w art. 43 ust. 4 Konwencji.

⁵ Dz.U. z 2002 r., Nr 83, poz. 750.

⁶ Natomiast odnosi się do szeregu kwestii pomocniczych np. przesyłania aktów stanu cywilnego (art. 16), ponadto daje ona podstawy pod wykonywanie szeregu wzajemnych czynności procesowych.

⁷ Choć istotnym celem notyfikacji na tle rozwiązań krajowego prawa konsularnego (zob. art. 26 ustawy o funkcjach konsułów, Tekst jedn. Dz.U. z 2002 r., Nr 215, poz. 1823) jest zgłoszenie zgonów do krajowych aktów stanu cywilnego. Konsul polski nie sporządza aktu stanu cywilnego, a jedynie pośredniczy w zgłoszeniu zgonu przesyłając do Urzędu Stanu Cywilnego sporządzony protokół zgonu.

⁸ Sprawa *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, ICJ Judgment of 30 November 2010, General List No. 103, par. 94.

3. Międzynarodowe regulacje traktatowe dotyczące transportu zwłok

Warto przy tym zwrócić uwagę na dwa istniejące instrumenty prawno-międzynarodowe odnoszące się do transportu zwłok. Obie istniejące regulacje wielostronne przewidują *de facto* liberalizację obrotu w tym zakresie poprzez wyeliminowanie konsula z procesu transferowego. Wydaje się, że w analizowanym kontekście mogą wynikać z nich pewne wskazówki dla zrozumienia roli konsula w procesie artykułowania zakazu co do otwierania trumien smoleńskich.

Konieczność bowiem wprowadzenia zakazu otwierania trumien, stanowiących przedmiot przewozu transgranicznego, wynika z regulacji art. 2 pkt 2 Konwencji berlińskiej⁹, zawartej jeszcze pod auspicjami Ligi Narodów w 1937 r. Uzyskanie zaświadczenia na okoliczność tego zakazu stanowić może podstawę dla wydania *laissez-passer*. W Konwencji strasburskiej (zawartej pod auspicjami Rady Europy w 1973 r.¹⁰) tego wymogu nie ma – pojawia się natomiast nakaz przyjęcia reguł państwa, z którego zwłoki są transportowane jako warunek dla wydania *laissez-passer* z tej Konwencji (art. 5 pkt (a)), oraz regulacja wskazująca na konieczność stosowania regulacji Konwencji berlińskiej, jeżeli jedno z państw tego zażąda, a oba państwa są stronami obu konwencji (art. 9 Konwencji strasburskiej). Polska nie jest stroną żadnej z konwencji. Trudno wskazać by zakaz ten miał charakter prawa zwyczajowego, biorąc pod uwagę, że w przypadku Konwencji berlińskiej nie jest ów zakaz nawet jej istotą, a co więcej nie został powtórzony w Konwencji strasburskiej, która większość regulacji berlińskich skopiowała. Należy spostrzec, że regulacje berlińskie dostosowane były do o wiele wcześniejszych warunków technicznych transportu – w chwili przyjmowania jej treści cywilny transport lotniczy był w powijakach, a także niezbyt imponujący był transport samochodowy – nie gwarantował ani szybkości, ani odpowiedniego zasięgu transportowego. Jedyne środki ogólnodostępne w transporcie transgranicznym była droga kolejowa i morska¹¹ – ta pierwsza gwarantowała spórą prędkość transportu, w okresie jednakże wysokich temperatur zewnętrznych nie gwarantowała jakichkolwiek technik schładzania ładunku, droga zaś morska czy rzeczna wiązała się ze sporym upływem czasu. W okresie przyjmowania Konwencji strasburskiej panowała już odmienna rzeczywistość. Transport zwłok odbywał się głównie w formule transportu lotniczego, co gwarantowało jego szybkość jak i odpowiednie warunki

⁹ *International agreement concerning the conveyance of corpses*, LNTS Vol. CLXXXIX, 1938, poz. 4391, s. 315–325. Ratyfikowało ją 6 państw świata (Francja, Egipt, Włochy, Niemcy, Czechy, Słowacja).

¹⁰ *Agreement on the Transfer of Corpses*, European Treaty Series 1973, No. 080. Stronami umowy są 23 państwa Rady Europy.

¹¹ Choć Konwencja berlińska wspomina już również o drodze lotniczej transportu.

temperaturowe. Tego typu norma nie miała już więc szczególnej racji bytu i nie znalazła się w Konwencji.

Należy jednak zauważyć, że – zgodnie z regulacjami Konwencji strasburskiej – jeżeli oba państwa zainteresowane transportem są jednocześnie stronami obu konwencji (co jest zdarzeniem ekstremalnie rzadkim w praktyce, konwencje łączą bowiem te nieznaczne grupki państw), na wniosek jednego z państw można stosować regulacje berlińskie jako bardziej konserwatywne. Może to dotyczyć zakazu otwierania trumien.

Omawiana norma nie może być przy tym uznana za tworzącą istotę Konwencji berlińskiej. Zarówno ona jak i konwencja strasburska odnoszą się przede wszystkim do zapewnienia jak największych uproszczeń stosowanych w procedurach poprzedzających transport – przede wszystkim poprzez wprowadzenie certyfikatu wystawianego w państwie pochodzenia, bezpośrednio akceptowanego w państwie przeznaczenia (w ten sposób dochodzi do wyjęcia kwestii związanych z transportem zwłok z zakresu zainteresowania służb konsularnych).

Z drugiej jednakże strony należy zwrócić uwagę na fakt, iż szereg sanitarnych regulacji krajowych pochodzi ewidentnie z tych właśnie konwencji i to niezależnie od uczestnictwa państwa w tych traktatach.

Jednakże bardzo trudno wyobrazić sobie, by reguły berlińskie czy strasburskie mogły być uznane za tworzące normy prawa zwyczajowego w omawianym zakresie. Choć oczywiście nie jest wykluczone stworzenie zwyczaju na bazie postanowień traktatowych, to jest to dalece wątpliwe by norma prawa zwyczajowego, mająca zasadniczo charakter „rozmyty”, mogła określać bardzo precyzyjne wymogi sanitarne.

Zasadne wydaje się pytanie, czy prawo zwyczajowe może być uznane za system normatywy, stojący za rzekomym zakazem otwierania trumien smoleńskich (abstrahując od faktu związania RP tego typu normami w relacjach wewnętrznych, wobec odpowiedniego brzmienia norm konstytucyjnych)? Z pewnością prawo zwyczajowe, nawet gdyby uznać zwyczajowoprawne podłoże działań państw w omawianej materii, nie jest na tyle precyzyjne – prawo to może zabezpieczać konkretny sanitarny cel, ale nie tworzy norm będących celem samym w sobie (tj. stosowanych bez ich teleologicznego uzasadnienia). Trudno wobec powyższego, nawet jeśli przyjąć, że zakaz taki może mieć jakieś podłoże zwyczajowo prawne, wyobrazić sobie, by mógł kategorycznie odnosić się do sytuacji mającej miejsce w związku z wydarzeniami z 10 kwietnia 2010 r. Coś, co może być dalece sensowne w kontekście długotrwałego, rejestrowanego lotniskowo transportu zwłok z rejonów egzotycznych w okresie wakacyjnym, nie może przesądzać analogicznej praktyki w przypadku masowego, bezpośredniego transportu, realizowanego wręcz natychmiast w warunkach specjalnych i w chłodnym jeszcze okresie przedwiosennym.

Niemniej jednak nie można wykluczyć, że zakaz ten stanowił konsekwencje zastosowania zwyczajnych procedur konsularnych do nadzwyczajnej

sytuacji, co wobec rozmiaru katastrofy i niechlujności władz rosyjskich (przy m.in. sporządzaniu dokumentacji sekcyjnych) wywołało skandale skutkujące ekshumacjami.

4. Materia prawa krajowego i praktyka konsularna

Warto przyjrzeć się analizowanej kwestii również w świetle polskiej praktyki konsularnej i prawa krajowego. Umieszczanie pieczęci konsularnych na trumnie lub urnie tak, by nie dać możliwości jej otwarcia – jest przedmiotem instrukcji konsularnych. Nie oznacza to braku możliwości otwarcia w kraju (choć z pewnością w wielu przypadkach byłoby to wskazane z przyczyn sanitarnych) lecz braku możliwości otwarcia przed przekroczeniem granicy. Państwa, z których terytorium dokonuje się transportu otwarcie to uniemożliwiają poprzez spawanie trumien etc. Jest to szczególnie uzasadnione w przypadku długotrwałego, wielogodzinnego transportu etc. Przykładowo w relacjach z USA i transporcie ze Stanów Zjednoczonych trumny są bardzo dokładnie zabezpieczane i plombowane przez władze państwa pochodzenia. W przypadku smoleńskim nie było to konieczne ze względów sanitarnych. Nie istniały więc formalne zakazy otwierania trumien. Z prawa krajowego – tj. ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych z 1959 r.¹² (wzorowanej na ustawie z 1932 r.¹³) wynika jedynie zakaz przewożenia lub przenoszenia otwartych trumien¹⁴, a nie ich otwarcia¹⁵. W wydanym na podstawie ustawy rozporządzeniu o przechowywaniu zwłok (obecnie z 2011¹⁶, w czasie katastrofy smoleńskiej nie obowiązywało żadne rozporządzenie w tej materii – poprzednie¹⁷ wygasło w roku 2008¹⁸) nie ma nic na ten temat. Z samej ustawy (art. 14 ust. 4 pkt 2) wynika jedynie konieczność zaświadczenia konsularnego¹⁹, natomiast rozporządzenie z 2007 r. w sprawie

¹² Tekst jedn. Dz.U. z 2011 nr 118 poz. 687.

¹³ Ustawa o chowaniu zmarłych i stwierdzaniu przyczyny zgonu (Dz.U. z 1932 r., Nr 35, poz. 359 z późn. zm.)

¹⁴ Zob. art. 12 ust. 2 ustawy stanowiący: *Przenoszenie lub przewożenie zwłok w otwartych trumnach jest wzbronione.*

¹⁵ Te zakazy (choć istotnie nieczytelne) pojawiają się w rozporządzeniach o czym dalej.

¹⁶ Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie sposobu przechowywania zwłok i szczątków (Dz.U. z 2011 nr 75 poz. 405).

¹⁷ Rozporządzenie Ministrów Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska oraz Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 20 października 1972 r. w sprawie urządzania cmentarzy, prowadzenia ksiąg cmentarnych oraz chowania zmarłych (Dz.U. z 1972 r., Nr 47, poz. 299, tekst jednolity Dz.U. z 2001 r. Nr 153, poz. 1783).

¹⁸ Na podstawie art. 44 ustawy z dnia 18 października 2006 r. o zmianie i uchyleniu niektórych upoważnień do wydawania aktów wykonawczych (Dz.U. z 2006 r., Nr 220, poz. 1600).

¹⁹ Ustawa ta stanowi w ust. 4: *Na sprowadzenie zwłok i szczątków z zagranicy w celu ich pochowania należy uzyskać: 1) pozwolenie starosty właściwego ze względu na miejsce, w którym zwłoki i szczątki mają być pochowane; pozwolenie jest wydawane po porozumieniu z właściwym państwowym powiatowym inspektorem sanitarnym; 2) zaświadczenie polskiego*

zezwoleń na transport zwłok²⁰, które miało być wydane zgodnie z ustawą w porozumieniu z MSZ²¹, raz, że zostało wydane samodzielnie przez MSZ, to jeszcze nic nt. zezwoleń²² vel zaświadczeń konsularnych nie stanowi.

Według art. 20 (a) rzeczony ustawy, do postępowania w sprawie sprowadzenia zwłok i szczątków z zagranicy, należącego do właściwości konsułów, stosuje się przepisy ustawy z dnia 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsułów Rzeczypospolitej Polskiej²³. W samej ustawie o funkcjach konsułów jednakże o samym transporcie zwłok nic nie ma, należy zakładać więc, że owo odwołanie dotyczy *sensu stricto* materii proceduralnej (która zresztą nie została uregulowana w tej ustawie²⁴).

Z wydanego, również na podstawie wyżej wspomnianej ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych z 1959 r., rozporządzenia w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi²⁵, którego *nota bene* paragraf 6 ust. 2 precyzuje ogólny zakaz otwierania trumien po złożeniu doń zwłok i przymocowaniu wieka trumny, którego zakres trudno jednoznacznie ustalić²⁶, w par. 8

konsula, wydane po przedstawieniu pozwolenia, o którym mowa w pkt 1, stwierdzające, że zwłoki i szczątki mogą być sprowadzone na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Ustęp 5. ustawy precyzuje: Pozwolenia i zaświadczenia są wydawane na wniosek osób, o których mowa w art. 10 ust. 1, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia złożenia wniosku o wydanie pozwolenia albo zaświadczenia. W przypadku zgonu na skutek choroby zakaźnej wymienionej w wykazie, o którym mowa w art. 9 ust. 3a, zezwoleń, o których mowa w ust. 1 i ust. 4 pkt 1, nie wydaje się przed upływem dwóch lat od dnia zgonu.

²⁰ Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie wydawania pozwoleń i zaświadczeń na przewóz zwłok i szczątków ludzkich (Dz.U. z 2007, nr 249, poz. 1866).

²¹ Ustawa w art. 14 ust. 7 stanowi: *Minister właściwy do spraw zdrowia w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zagranicznych określi, w drodze rozporządzenia, sposób i tryb wydawania pozwoleń i zaświadczeń, w szczególności: 1) szczegółowy sposób i tryb postępowania w sprawach wydawania pozwoleń oraz zaświadczeń, o których mowa w ust. 1-5, 2) wykaz dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwoleń oraz zaświadczeń, o których mowa w ust. 1-5, 3) wymagania sanitarno-techniczne, jakim powinien odpowiadać przewóz zwłok i szczątków uwzględniając konieczność ochrony życia i zdrowia ludzi oraz poszanowania zwłok i szczątków.*

²² Znamienną niekonsekwencją ustawodawczą jest określanie aktywności konsularnej w omawianej ustawie jako wydawanie *zaświadczeń* podczas, gdy praktyka konsularna posługuje się *zezwoleńiami* w tym zakresie (ten termin powielają też instrukcje resortowe).

²³ Tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 215, poz. 1823, z późn. zm.

²⁴ Ustawa w zakresie trybu postępowania przed konsulem odsyła do rozporządzenia, którego nie wydano (i prawdopodobnie nie zostanie ono wydane – materia jest to bowiem ewidentnie ustawowa). Formalnie nadal obowiązuje (choć od dawna już nie powinno obowiązywać) zarządzenie w sprawie szczegółowego trybu funkcjonowania przed konsulem (M.P. z 1985 r. Nr 35, poz. 233).

²⁵ Dz.U. z 2001 nr 153 poz. 1783.

²⁶ Wydaje się, że należy go interpretować w duchu § 11 ust. 3 tego rozporządzenia stanowiącego o chowaniu zwłok bez otwierania trumny po przewiezieniu ich na miejsce pochówku, co nie wyklucza czynności tego typu (sekcyjnych etc.) dokonywanych przed finalnym pochówkiem.

ust. 4 precyzuje, iż *Pochowanie sprowadzonych z zagranicy szczątków, o których mowa w ust. 1 pkt 1, następuje na podstawie zezwolenia, o którym mowa w art. 14 ust. 3 ustawy*²⁷.

Instrukcje konsularne wskazują na cały szereg obowiązków konsula dotyczących przekazywania informacji o zgonie, konstytuują także szereg dobrych praktyk w aktywności dotyczącej zabezpieczenia i transportu zwłok. I tak konsul powinien bezzwłocznie przesłać powziętą informację o zgonie obywatela do kraju. W praktyce informacje te są przekazywane do MSZ ale także bezpośrednio do rodziny obywatela w kraju, polskiego przedsiębiorstwa pogrzebowego etc. Szczegółne czynności konsul powinien podejmować w przypadku podejrzeń co do śmierci obywatela w wyniku przestępstwa (powinien wówczas przesłać do resortu sprawiedliwości informacje o przeprowadzonym w państwie przyjmującym dochodzeniu, protokoły sekcyjne itp.). W przypadku ewentualnych możliwości uzyskania odszkodowań z tytułu śmierci obywatela zagranicą konsul stosuje dodatkowe zabezpieczenia dowodów pomocnych przy podnoszeniu roszczeń. Rzeczy zmarłego na koszt spadkobierców przesyła się do kraju; jeżeli są one wartościowe lub mają szczególne znaczenie dowodowe przesyłka odbywa się pocztą dyplomatyczną²⁸. Przewóz zwłok z terytorium państwa obcego do Polski zgodnie z regulacjami instrukcyjnymi możliwy jest jedynie na podstawie zezwolenia terytorialnie właściwego polskiego konsulatu (tj. konsulatu na którego terytorium nastąpił zgon obywatela polskiego)²⁹. Zezwolenie takie jest wydawane po przedstawieniu karty zgonu (zasadniczo dokumentu wystawionego przez lekarza), odpisu aktu zgonu, zaświadczenia od władz sanitarnych o umieszczeniu zwłok w metalowej trumnie o odpowiednich parametrach chłonnych, następnie zalutowanej i włożonej do drewnianej skrzyni uniemożliwiającej jej poruszenie³⁰ (jeżeli państwo pochodzenia zwłok wymaga szczególnych, innych

²⁷ Widać tu ewidentny brak precyzji ustawodawcy art. 14 ust. 3 dotyczy bowiem sytuacji przewozu szczątków tranzytowo przez terytorium RP. Cyt. *Przewóz zwłok i szczątków przez terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może nastąpić po uzyskaniu zaświadczenia wydanego przez polskiego konsula w państwie, z którego przewóz ten ma nastąpić, stwierdzającego brak przeszkód do wwiezienia zwłok i szczątków na terytorium innego państwa*. Inną kwestią jest ewidentne mieszanie terminów *zaświadczenia* (jak widać w cytowanym przepisie) i *zezwoienia* (jaki występuje w przepisie, który doń odsyła).

²⁸ W przypadku smoleńskim przesyłką dyplomatyczną przesłano rzeczy ofiar katastrofy – najbardziej bulwersującej i jak dotychczas niewyjaśnionej jest w tym kontekście fakt nadpalenia dowodu (ministra Merty), który na fotografiach rzeczy osobistych zrobionych po wypadku i przesyłanych pocztą dyplomatyczną jest bez wątplenia nieuszkodzony (uszkodzenie musiało nastąpić w centrali MSZ).

²⁹ Regulacje w tym zakresie należy traktować jedynie instrukcyjnie (nie tworzą one obowiązków i praw obywateli RP), odstępstwo od nich jest także ewidentnie dopuszczalne w przypadku stanu faktycznego nimi nie objętego. Zezwolenia tego typu trudno było oczekiwać ze strony konsulatu RP w Smoleńsku, wobec przewiezienia zwłok do Moskwy (okręgu Wydziału Konsularnego Ambasady) i finalnego transportu do Polski realizowanego z Moskwy.

³⁰ *Nota bene* są to wymogi wzorowane na Konwencji berlińskiej.

środków ostrożności, należy przedłożyć zaświadczenie o ich zachowaniu), zezwolenia władz państwa przyjmującego na wywóz zwłok, zezwolenia właściwego organu administracji polskiej na przewóz zwłok do Polski. Jednocześnie konsul powinien ustalić tożsamość zwłok (z obowiązku tego oraz obowiązku sprawdzania zamknięcia trumny konsul jest zwalniany, jeżeli transport realizowany jest przez przedsiębiorstwo polskie). Technicznie sprawa rozwiązywana jest w taki sposób, że konsul wydaje zaświadczenie po tym, gdy ustali tożsamość zwłok, zezwoli na zalutowanie trumny i opieczętuje ją pieczęciami konsulatu³¹.

Należy więc stwierdzić, że w zakresie instrukcji konsularnych brak bezpośrednich imperatywnych wskazań, nakazujących dokonywanie jakichkolwiek czynności poza zakresem zabezpieczenia transportu zwłok, w szczególności czynności skutkujących w państwie wysyłającym, a polegających na formułowaniu zakazu otwierania trumien przed pochówkiem w kraju. Co więcej, konsul, w kontekście zaistniałych po katastrofie smoleńskiej zdarzeń, wydawał się na pierwszy rzut oka być obciążony obowiązkami w zakresie prawidłowości identyfikacji zwłok. Co prawda, w świetle istniejącej praktyki międzynarodowej nie powinno dochodzić do zamykania trumien wyłącznie w obecności konsula, który jedynie w razie braku jakichkolwiek wątpliwości co do tożsamości denata może zezwolić na zamknięcie transportowe. Na dowód dokonania tych czynności i wyłącznie wobec braku takich wątpliwości konsul umieszcza plomby na trumnach. Natomiast należy przypomnieć, że konsul nie ma nawet w świetle regulacji instrukcyjnych obowiązków w opisywanym zakresie identyfikacyjnym oraz sprawdzania zamknięcia trumny, jeżeli transport realizowany jest przez przedsiębiorstwo polskie. Z tego typu sytuacją mieliśmy do czynienia w przypadku transportu zwłok z Moskwy – tym samym trudno wskazać niedociągnięcia w aktywności służby konsularnej w tym zakresie.

W obliczu zdarzeń smoleńskich, wobec rozmiaru zjawiska i konieczności szybkiego transportu zwłok ofiar, zapewne odstąpiono od szeregu czynności, od których w warunkach nie tak ekstraordinaryjnych nie pozwolono by sobie odstąpić. Na efekty tego stanu rzeczy nie trzeba było czekać³². W sferze obowiązywania prawa polskiego natomiast analizowane kwestie są ewidentnie traktowane po macoszemu i niedoprecyzowane. Braki te niestety dość wyraźnie dały o sobie znać w przypadku przewozów smoleńskich.

Ministerstwo Spraw Zagranicznych nie poczuwa się do odpowiedzialności w zakresie błędów popełnionych przy identyfikacji i zabezpieczeniu prze-

³¹ Ponadto na poziomie instrukcyjnym uregulowano kwestię szczególnych aktywności konsularnych, związanych z przewozem ciał ofiar chorób zakaźnych, popiołów w urnach, szczątków ludzkich odłączonych od całości (w tym pozostałości zwłok wydobytych przy eks-humacji), oraz przewozów tranzytowych zwłok przez terytorium RP. Kwestie te nie znalazły zastosowania w przypadku transportów smoleńskich.

³² Odrębną kwestią jest w miejscu tym nieuzasadniony brak aktywności przedstawicieli prokuratury.

chowywania i transportu zwłok. W informacji przekazanej PAP w dniu 24 października 2012 r.³³ Mirosław Gajewski (p.o. zastępcy Dyrektora Generalnego Służby Zagranicznej MSZ) stwierdził, iż: *w świetle polskich przepisów konsul nie odpowiada za identyfikację ciała (...) zaś (...) do obowiązków konsula należy wyłącznie wystawienie niezbędnych dokumentów na transport zwłok do Polski*. Podkreślił, że *nie jest obowiązkiem konsula weryfikacja zawartości trumny (...) zaś (...) konsul nie posiada nawet takich uprawnień*. Reasumując stwierdził, że: *polska służba konsularna po katastrofie smoleńskiej sprawdziła się bardzo dobrze*³⁴. Rzeczywiście w świetle powyższych ustaleń trudno wskazywać bezpośrednie obowiązki konsularne w omawianym zakresie, natomiast na tle kwestii poruszonych w akapicie poniżej trudno także podzielać wyrażoną ocenę całkowitej aktywności konsularnej. W efekcie natomiast traumatycznych doświadczeń związanych z identyfikacją zwłok po katastrofie smoleńskiej poinformowano o utworzeniu tzw. specjalnej grupy wsparcia konsularnego w sytuacjach kryzysowych. Osoby wchodzące w skład tejże grupy będą szkolone m.in. w prosektoriach. Ich aktywność będzie miała charakter misji specjalnej – zasadniczo jej członkowie urzędować będą w centrali MSZ, w razie konieczności zaś misja będzie się konstituować i wysyłana będzie na miejsce tragedii służąc pomocą miejscowej polskiej służbie konsularnej. Niezależnie więc od braku formalnego obowiązku, polska służba konsularna zamierza więc w razie potrzeby (która oby nigdy nie nastąpiła) aktywnie uczestniczyć w transporcie, identyfikacji i zabezpieczaniu zwłok. Jest to zresztą filozofia zgodna z współczesnym rozumieniem ochrony konsularnej i związana z nim interpretacją art. 36 Konstytucji RP. Owa ochrona ma charakter w sporym stopniu dyskrejonalny³⁵, a samo prawo obywatela do ochrony być może nie jest postulatywne (jak prawo do pracy), lecz zakres jego wykonywania w dużym stopniu zależy od ustaleń konsula co do zasadności politycznej i faktycznej dokonywanych czynności³⁶.

Na tle pozostałych zdarzeń związanych z katastrofą smoleńską, a ujawnionych ponad dwa lata po tym, jak się wydarzyła, omawiane kwestie wydają się przy tym mało istotne. Wyciek zdjęć prezydenta Lecha Kaczyńskiego na stole sekcyjnym, zamiana zwłok b. prezydenta Ryszarda Kaczorowskiego pokazuje szereg dramatycznych zaniedbań, których dopuścili się służby zagraniczne RP i BOR. Jedynie nieliczne z nich można tłumaczyć brakiem stosownych regulacji o charakterze prawnym (bądź jedynie protokolarnym) w związku z nieprzygotowaniem polskiego prawa na zdarzenie skutkujące śmiercią Prezydenta RP podczas wizyty oficjalnej poza granicami państwa.

³³ Zob. depesza PAP pt. *Urzednicy szkolą się w prosektoriach*, z dnia 24 X 2012 r.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Zob. P. Czubik, *Prawo dostępu do konsula*, Kraków 2011, *passim*.

³⁶ Zob. orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie w sprawie *Piotr N. v. Skarb Państwa* („Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2009, z. 8, poz. 24, s. 28).

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z powszechnie przyjętymi zasadami kurtuazji i choć niepisаныmi, to oczywistymi wewnętrznymi regulacjami protokolarnymi ciało zarówno prezydenta, który zginął w czasie pełnienia obowiązków, jak i byłego prezydenta, zmarłego w czasie oficjalnej wizyty zagranicznej powinny podlegać przez cały czas przebywania ciała zagranicą kontroli przedstawicieli służb zagranicznych i BOR³⁷. Oczywiście masowa skala katastrofy, jak też wstrząs społeczny, jaki wywołała, nie pozwoliły zastosować właściwych środków identyfikacyjnych – uniemożliwiły to decyzje co do szybkiego transportu już rzekomo zidentyfikowanych³⁸ zwłok do kraju. W tym zakresie, w odróżnieniu od braku nadzoru nad ciałem prezydenta (czy prezydentów – biorąc pod uwagę prawdopodobny również brak nadzoru nad ciałem byłego prezydenta Kaczorowskiego), trudno jednoznacznie przypisać winę polskiej służbie konsularnej.

5. Wnioski

Trudno szczególnie dziwić się, że omawiana kwestia jest niedoprecyzowana na poziomie zarówno prawa krajowego jak i międzynarodowego. Jako materia szczególnie delikatna, nie do końca pożądana przez kodyfikatorów, choć wszyscy jesteśmy tylko śmiertelnym „cieniem i prochem”, jest w specyficzny sposób ignorowana. Postmodernizm współczesnego świata oddala myśl o śmierci, samego jej ościenia oddalić nie mogąc. Jest to bodaj jedyna kwestia

³⁷ Przedstawiciele MSZ tymczasem przyznali, że dzień po katastrofie w Smoleńsku (tj. 11 IV 2010), między godz. 5 a 12 w niedzielę ciało prezydenta Lecha Kaczyńskiego pozostawało bez jakiegokolwiek opieki konsularnej czy innych polskich służb, w tym Biura Ochrony Rządu. Jednocześnie w mediach podnoszono, że: w BOR nie ma procedur związanych z takimi sytuacjami, ale jest oczywistym, że BOR musi chronić najważniejsze osoby w państwie. Ciało prezydenta powinno być chronione, póki nie zostało sprowadzone do Polski. Tu nie potrzebne są opracowane procedury, potrzebny był odpowiedni rozkaz (...). Taki rozkaz powinien wydać szef BOR lub powinien zlecić to odpowiedni minister. Zob. komentarz płk Tomasz Grudzińskiego, byłego wiceszefa BOR (dla portalu stefczyk.info) z dnia 25 X 2012 w sprawie pozostawienia ciała prezydenta Lecha Kaczyńskiego Rosjanom. Grudziński podsumował aktywność MSZ bardzo surowo – cyt.: *Zachowanie MSZ w tej sprawie jest skandaliczne. To jest totalna degrengolada, hańba dla polskiego państwa i wstyd dla polskiego rządu (...), rządzą nami ludzie nieodpowiedzialni, którzy nie powinni piastować państwowych stanowisk (...), osoba odpowiedzialna za tę sytuację już dawno powinna podać się do dymisji (...)*. Wypowiedzi te wyraźnie kontrastują z cytowanymi powyżej wypowiedziami MSZ odnoszącymi się do aktywności służby konsularnej w Smoleńsku.

³⁸ Należy zauważyć, że identyfikacja odbywała się pośpiesznie i, na co wskazują pomyłki, głównie poprzez potwierdzenie rozpoznania przez członków rodziny (choć ABW dostarczyła stronie rosyjskiej materiał genetyczny niezbędny do identyfikacji). Tymczasem w świetle standardów Interpolu tego typu identyfikacja jest najmniej wiarygodna i zupełnie niezalecana wobec ofiar katastrof masowych, w przypadku których podstawową metodą powinno być badanie DNA, stosowane nawet wówczas, gdy inne sposoby rozpoznania wskazują jednoznacznie na tożsamość denata.

³⁹ Parliamentary questions E-000338/2012, 13 January 2012, Questions for written answer to the Commission (Rule 117).

transgranicznego przepływu, która nie została wyraźnie przyporządkowana jednej z unijnych swobód przepływu.

Unia Europejska nie po raz pierwszy staje przed tym problemem. W dniu 13 stycznia 2012 r. złożono zapytanie parlamentarne do Komisji (kolejne już w tym temacie)³⁹ – wskazujące na braki w analizowanym zakresie. Istnieją poważne wątpliwości co do kwalifikacji transportu zwłok w świetle europejskich swobód przepływu⁴⁰ (choć z punktu widzenia logiki ewidentne wydaje się kwalifikowanie tego transferu jako świadczenia usług), transport ten podlega szeregowi granicznych utrudnień formalnych, co sprawia również, że nieliczne firmy zajmujące się transportem zwłok podejmują się aktywności transgranicznej. Na poprzednie zapytanie z 2002 r., tej samej w zasadzie treści⁴¹, udzielona została odpowiedź⁴² w zasadzie nie na temat⁴³. Na złożone w bieżącym roku pytanie odpowiedź Komisji⁴⁴ ograniczała się w zasadzie do odesłania do odpowiedzi na pytanie z 2002 r. i stwierdzenie, że Komisja nie planuje działań harmonizacyjnych⁴⁵. Czyżby była to kwestia na tyle nieistotna, że Unia na poważnie nie chce się nią zająć? Z jednej strony u przyczyn takiego stanu rzeczy leży wspomniany wcześniej charakter samej materii, z drugiej zaś istniejące w państwach członkowskich lobby firm mających transgraniczne uprawnienia transportowe i korzystających ze skomplikowania procedur tego typu transportu. Na tym tle upatrują zagrożenia z liberalizacji usług w analizowanym zakresie, co przy braku determinacji Unii, skutkuje obserwowaną stagnacją.

⁴⁰ Por. zalecenia Parlamentu Europejskiego w tym zakresie: *European Parliament – Report on the adoption of measures concerning the repatriation of mortal remains (2003/2032(INI)), A5-0362/2003, 23 X 2003* (dostępny w dniu 1 czerwca 2007 r. pod adresem internetowym: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2003-0552+0+DOC+XML+V0//EN>).

⁴¹ Written Questions: E-0935, E-0210/02.

⁴² Zob. *Joint answer to Written Questions E-0923/02, E-0935/02, E-1122/02 and E-1133/02 given by Mr Bolkestein on behalf of the Commission(8 May 2002), OJ EC 12.12.2002, C 309 E/61*.

⁴³ Zaś na sugestię akcesji państw Unii Europejskiej do Konwencji strasburskiej pozytywnie odpowiedziały wówczas Litwa (2009 r.) i Czechy (2012). Ponadto stronami jest kilka innych państw Unii: Austria, Belgia, Cypr, Estonia, Finlandia, Francja, Grecja, Hiszpania, Holandia, Litwa, Luksemburg, Łotwa, Portugalia, Słowacja, Słowenia, Szwecja (ponadto w połowie lat 70. Konwencję podpisały Niemcy, nie została ona jednak ratyfikowana po dziś dzień przez to państwo), a spoza Unii: Andora, Islandia, Mołdawia, Norwegia, Szwajcaria, Turcja

⁴⁴ *Answer given by Mr Barnier on behalf of the Commission, 2 March 2012, E-000338/2012*.

⁴⁵ Cyt. *The Commission does not plan to propose any specific harmonisation measures nor to take any other steps on this subject in the immediate future*.

**CONSULAR ACTIVITY IN THE FIELD OF CROSS-BORDER
TRANSPORT OF CORPSES – AN ANALYSIS OF THE BASIC
REGULATION AGAINST THE ACTIONS TAKEN AFTER
THE SMOLENSK CRASH AND DOUBTS ABOUT THE BAN
ON OPENING COFFINS**

Key words: international transfer of corpses, consular functions, consular conventions, Smolensk crash 2010

Summary

After Smolensk crash government agents sent to family members of the victims information about the alleged ban on opening the coffin of the bodies of the victims. This article examines whether such a prohibition has any legal basis. This issue is resolved in the light of international law and national law. Poland does not involve any international treaties relating to the transport of the body, they are indeed very unpopular among the States Parties to be able to raise, that on that basis common custom law in that matter developed. The ban on opening coffin specifies only one of these treaties. Poland and the Russian Federation have not concluded any agreement in this area. The author also analyses the scope of consular functions relating to the transport of the body and the scale of the violations during events that took place April 10, 2010.