

dr Joanna Markiewicz-Stanny

*Institut Politologii*  
*Uniwersytet Zielonogórski*

# Pomoc konsularna w kontekście standardów prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego

## 1. Uwagi wstępne

Problem pomocy konsularnej w kontekście praw człowieka był analizowany w orzecznictwie międzynarodowym głównie w związku z prawem do słusznego procesu i w powiązaniu z przestępstwami zagrożonymi karą śmierci. Zasadniczo wymienić tu trzeba szeroko już skomentowane orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (dalej również jako MTS) w sprawach *La Grand*<sup>1</sup>, *Avena*<sup>2</sup>, a także opinię doradczą Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako MTPC)<sup>3</sup>. Stopniowo jednak rośnie liczba orzeczeń, w których odmowa dostępu do konsula jest kwalifikowana jako element naruszenia również innych praw jednostki. Pierwszeństwo trzeba tu przyznać MTPC<sup>4</sup>, ale stosunkowo niedawno także Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej jako ETPC) orzekł o złamaniu prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5 europejskiej

---

<sup>1</sup> *La Grand (Germany v. United States of America)*, wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 21 czerwca 2001 roku.

<sup>2</sup> *Avena and others Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 31 marca 2004 roku.

<sup>3</sup> Advisory Opinion of the Inter-American Court on Human Rights on The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, OC-16/99, opinia doradcza MTPC z 1 października 1999 roku.

<sup>4</sup> *Nadege Dorzema i inni v. Republika Dominikany*, wyrok MTPC z 24 października 2012 roku, Series C 251; naruszenie art. 7 ust. 4. art. 8 ust. 1 i 2 w związku z art. 1 ust.1 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka – OAS Treaty Series No. 36 (dalej jako AKPC) w sprawie *Vélez Loor v. Panama*, wyrok MTPC z 23 listopada 2010 roku, Series C 218, par. 160; naruszenie art. 8 ust. 1 AKPC w sprawie *Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ekwador*, wyrok MTPC z 21 listopada 2007 roku, Series C 170, par. 164.

Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>5</sup>), polegającym między innymi na odmowie dostępu do konsula osobie przetrzymywanej w odosobnieniu w związku z podejrzeniem o terroryzm<sup>6</sup>.

Na początku rozważań istotne jest dokonanie rozróżnienia między kwalifikowaniem prawa dostępu do konsula jako prawa człowieka a identyfikacją określonych obowiązków w zakresie pomocy konsularnej, które można uznać za element realizacji i gwarantowania praw jednostki. Wydaje się, że diagnozowana i podnoszona w doktrynie „humanizacja” prawa konsularnego<sup>7</sup> w gruncie rzeczy świadczy nie tyle o konieczności wykreowania jakiegoś nowego prawa uzupełniającego katalog już istniejących, ile o potrzebie zaradzenia poważnym naruszeniom praw człowieka w stosunku do cudzoziemców. Dotyczy to w szczególności rozpowszechnionej praktyki łamania praw migrantów nieregularnych; w tym przypadku obserwowane są nie tylko próby utrudnienia dostępu do procedur udzielania ochrony międzynarodowej, lecz również w ogóle odcięcia od systemu sprawiedliwości poszczególnych państw<sup>8</sup>. Jednocześnie migranci w sytuacji nieregularnej, o ile uda im się znaleźć na terytorium państwa, są pozbawiani wolności rutynowo i automatycznie na czas nieoznaczony z naruszeniem zasad proporcjonalności i sądowej kontroli legalności detencji<sup>9</sup>. Nie można też pominąć naruszeń prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego w związku z *extraordinary renditions* osób podejrzanych o zaangażowanie w terroryzm<sup>10</sup>. Opisywane sytuacje nie mają charakteru przypadkowego czy incydentalnego, lecz raczej wpisują się w określone mechanizmy polityki poszczególnych państw. Świadczą one o istnieniu poważnego

<sup>5</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 roku, Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

<sup>6</sup> Por. *El-Masri v. Była Jugosłowiańska Republika Macedonii*, skarga 38630/09, wyrok ETPC z 13 grudnia 2012 roku, par. 236. Stan faktyczny w tej sprawie został zakwalifikowany przez ETPC jako wymuszone zaginięcie. Odzwierciedla on specyfikę środków tzw. wojny z terroryzmem, w ramach której pozbawia się wolności przez czas nieoznaczony w miejscach ukrytych, oficjalnie niewykazywanych. Jednocześnie sposób i warunki przetrzymywania skarżącego stanowiły w ocenie ETPC naruszenie zakazu nieludzkiego oraz poniżającego karania lub traktowania (art. 3 EKPC).

<sup>7</sup> Por. A.A. Cancado Trindade, *Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Interamerican Court of Human Rights on International Law and Practice*, Chinese Journal of International Law 2007, vol. 6, no. 1, s. 1–16. Interesująca analiza poglądów na temat opieki dyplomatycznej w kontekście sporu o jej humanizację i prawnoczułowieczy kierunek rozwoju tej instytucji zob. V. Pergantis, *Towards a 'Humanization' of diplomatic protection*, Zeitschriften für Öffentliche Recht 2006, vol. 66, s. 451–497.

<sup>8</sup> Najbardziej symptomatyczna w systemie europejskim jest sprawa *Hirsi Jamaa v. Włochy*, skarga nr 27765/09, wyrok ETPC z 23 lutego 2012, natomiast w systemie uniwersalnym egzemplifikację problemu stanowi sprawa *F.K.A.G et al. v. Australia*, Communication 2094/2011, CCPR/C/108/D/2094/2011, decyzja Komitetu Praw Człowieka z 20 sierpnia 2013 roku, par. 9.3.

<sup>9</sup> Por. Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants 2012, UN Doc. A/HRC/20/24.

<sup>10</sup> Szczegółowa analiza zagadnienia w perspektywie praw człowieka – zob. D. Weissbrodt, A. Bergquist, *Extraordinary Renditions: Human Rights Analysis*, Harvard Human Rights Journal 2006, vol. 19, s. 123–160.

napięcia pomiędzy deklarowanym poszanowaniem praw i godności jednostki ludzkiej a realnymi wyborami politycznymi, których dokonują rządy<sup>11</sup>.

Na tym tle zasadne wydaje się postrzeganie relacji, jaka zachodzi między ochroną praw człowieka a ochroną konsularną w kategoriach komplementarności. Oba zespoły norm pozostają w istotnym związku, który rozumiem jako konieczność ich współzastosowania na rzecz ochrony praw jednostki. Wydaje się jednak, że niezbędny jest pewien umiar w sprowadzaniu działań państw w stosunkach międzynarodowych wyłącznie do traktatów z zakresu praw człowieka. Stosunki dyplomatyczne i konsularne z całą sferą dyskrecjonalności wyborów państw w tym zakresie, a także nieoficjalnymi i niejawnymi sposobami komunikacji, mają potencjał ochronny właśnie ze względu na swą specyfikę. W państwach, gdzie lekceważy się prawa człowieka, zwłaszcza zaś elementy *habeas corpus*, ważniejszy od odwołań do traktatów praw jednostki może się okazać wpływ natury politycznej, jaki wyrzuci państwo pozbawionego wolności cudzoziemca na poziomie konsularnym, a w razie potrzeby dyplomatycznym<sup>12</sup>. Nie można też zapominać, że nie wszystkie państwa uznają kompetencje międzynarodowych trybunałów czy organów kontrolnych – w tym wypadku działania o charakterze ochronnym lub opiekuńczym mogą stanowić jedyny skuteczny środek zapewnienia na przykład wolności od tortur. Z drugiej strony prawa człowieka mają niezaprzeczalny walor w sytuacji, gdy cudzoziemiec nie chce lub nie może skorzystać z ochrony/opieki państwa własnego obywatelstwa, dotyczy to zwłaszcza osób poszukujących ochrony międzynarodowej.

Przedmiot niniejszego opracowania jest skoncentrowany na zagadnieniu związków między art. 36 ust. 1 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych<sup>13</sup> a prawem do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Głównie zatem będzie on dotyczyć działań konsularnych kwalifikowanych jako pomocowe. Ze względów praktycznych w tekście wystąpi również określenie „ochrona konsularna”, które obejmuje zarówno działania pomocowe (o charakterze prewencyjnym), jak i działania opiekuńcze konsulów w przypadkach naruszania praw obywateli państwa

---

<sup>11</sup> Wysoki Komisarz Praw Człowieka ONZ pisał wręcz o przepaści pomiędzy międzynarodowymi gwarancjami praw człowieka a rzeczywistością z nich korzystaniem przez cudzoziemców – por. *The Rights of Non-citizens*, Office of the United High Commissioner for Human Rights, New York–Geneva 2006, HR/PUB/06/11, s. 5.

<sup>12</sup> Przywołać tu można choćby rezolucję Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 1433 (2005), w której wezwano państwa członków do wzmoczenia wysiłków dyplomatycznych i konsularnych w celu zwolnienia z Guantanamo ich obywateli, osób o ich przynależności państwowej, a także ich *former residents*. W rezolucji wskazano, że prawa człowieka są zobowiązaniami *erga omnes* i państwa członkowskie powinny dążyć do przekonania USA, aby je respektowały. Lawfulness of detentions in Guantanamo Bay, rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 1433 (2005), Doc. 10497, report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights.

<sup>13</sup> Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych sporządzona w Wiedniu 24 kwietnia 1963 roku (Dz. U. z 1982 r. Nr 13, poz. 98, załącznik).

wysyłającego<sup>14</sup>. Niewątpliwie istotne jest także oddzielanie działań na poziomie konsularnym od sytuacji związanych z wykonywaniem opieki dyplomatycznej<sup>15</sup>.

## 2. Pomoc konsularna a prawa człowieka

Podstawowe znaczenie dla omawianych zagadnień ma art. 36 ust. 1 lit. b Konwencji wiedeńskiej. Treść tego przepisu jest rozbudowana i należy tu wyróżnić kilka elementów: pierwszym jest to prawo do bycia poinformowanym o pomocy konsularnej rozumiane jako (a) prawo do bycia poinformowanym *without delay* o przysługującym prawie do zawiadomienia placówki konsularnej, i (b) informacja o prawie do komunikowania się z tą placówką. Drugim elementem jest notyfikacja konsularna, a więc powiadomienie placówki konsularnej przez państwo pozbawiające cudzoziemca wolności, iż jest on pozbawiony wolności. Wskazane prawa indywidualne są powiązane z prawem państwa wysyłającego do ochrony swych obywateli. Ogólnie są one umocowane w art. 5 konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych<sup>16</sup>, ale w przypadku osób pozbawionych wolności istotne są rozwiązania szczegółowe przyjęte w art. 36 ust. 1 lit. a konwencji, który zawiera prawo państwa do porozumiewania się ze swoimi obywatelami i udawania się do nich. Zgodnie zaś z art. 36 ust. 1 lit. c konwencji urzędnicy konsularni mają prawo do odwiedzania obywatela, rozmawiania z nim oraz zapewnienia mu zastępstwa prawnego. Prawo odwiedzin dotyczy także osób odbywających karę.

W sprawie *La Grand* Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że cały ustęp 1 art. 36 stanowi „interrelated regime designed to facilitate implementation of the system consular protection”<sup>17</sup>. Choć w tym konkretnym wypadku MTS uznał, iż istnieje związek przyczynowy między naruszeniem art. 36 ust. 1 lit. b a naruszeniami art. 36 ust. 1 lit. a i c, jednak nie jest to związek, który zawsze może zaistnieć. Potwierdzeniem tego była już sprawa *Avena*, gdzie Trybunał

<sup>14</sup> Zob. m.in. uwagi P. Czubika, *Prawo dostępu do konsula*, Kraków 2011, s. 18–22; J. Sandorskiego, *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ochrona praw człowieka. Zagadnienia wybrane*, Poznań 2006, s. 41–48.

<sup>15</sup> Dotyczy to choćby możliwości realizowania funkcji konsularnych przez przedstawicieli dyplomatycznych zgodnie z art. 3 i 70 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych, a także art. 3b Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych (Dz. U. z 1965 r. Nr 37, poz. 232), por. także uwagi A.M.H. Vermeer-Kuenzli, *The Protection of Individuals by means of diplomatic protection. Diplomatic protection as a Human Rights instrument*, Doctoral thesis, Leiden University 2007, s. 80, <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/12538> (dostęp: 01.10.2014).

<sup>16</sup> Tu w punkcie a unormowana jest ochrona interesów państwa i jego obywateli w państwie wysyłającym w granicach dozwolonych przez prawo międzynarodowe. Następnie w punkcie e wymienia się pomoc i opiekę nad obywatelami, zarówno jednostkami, jak i osobami prawnymi państwa wysyłającego. W tym jednak przypadku nie ma wskazania na granie wyznaczone przez prawo międzynarodowe.

<sup>17</sup> Por. *La Grand*, par. 74; stanowisko Meksyku w sprawie *Avena*, par. 49.

rozpoznał odrębnie roszczenia naruszenia praw samych jednostek wynikające z art. 36 ust. 1 lit. b i uprawnienia państwa wynikające z art. 36 ust. 1 lit. a i c<sup>18</sup>.

W tym kontekście niezbędne jest wskazanie na obowiązki państwa przyjmującego. Państwo, które pozbawiło cudzoziemca wolności, ma poinformować samego cudzoziemca o możliwości kontaktu z urzędem konsularnym. Jest to obowiązek niezależny od obowiązku poinformowania państwa, którego cudzoziemiec jest obywatelem, że dana osoba jest pozbawiona wolności. Na tym tle należy stwierdzić, że choć konwencja wiedeńska warunkuje notyfikację uprzednią zgodą osoby zainteresowanej<sup>19</sup>, to jednak dość powszechna jest praktyka zawierania konwencji dwustronnych, gdzie z kolei zawiadomienie ma postać obligatoryjną<sup>20</sup>. Jeżeli przyjmujemy, iż mówimy o prawie indywidualnym do notyfikacji konsularnej, to automatyczne informowanie urzędu konsularnego o detencji jednostki nie powinno mieć miejsca. Zwłaszcza w przypadku uchodźców automatyczny kontakt z placówkami dyplomatycznymi i konsularnymi bez wyraźnej zgody cudzoziemca naraża zainteresowanych na oczywiste ryzyko<sup>21</sup>. W tej sytuacji powiadomienie konsulatu w związku z wykonaniem umowy dwustronnej potencjalnie generuje kolizję zobowiązań wynikających z takiego traktatu z ochroną praw jednostki. Jeśli taki konflikt rzeczywiście zaistnieje, należy postulować powstrzymanie się przez państwo od takiej notyfikacji<sup>22</sup>. Jak zauważa P. Czubik, pewnym rozwiązaniem byłoby wprowadzanie klauzul uchodźczych wyłączających osoby poszukujące ochrony międzynarodowej spod obowiązku notyfikacyjnego w samej konwencji wiedeńskiej bądź też w umowach dwustronnych<sup>23</sup>. Rozwiązanie takie niestety nie zostało przyjęte, tym niemniej problem nie ogranicza się tylko do uchodźców – w grupie tych, którzy nie życzą sobie notyfikacji, są nie tylko uchodźcy; są także cudzoziemcy, którzy po prostu chcą uniknąć przykrych konsekwencji ujawnienia informacji o pozbawieniu wolności w kraju pochodzenia. Wydaje się, że pewnym sygnałem ewentualnego rozwoju praktyki notyfikacji fakultatywnej jest treść dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa porozumiewania się z osobami trzecimi oraz organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności<sup>24</sup>. Mianowicie w jej art. 7 zobowiązuje się państwa członkowskie, aby zapewniły, „iż osoby podejrzane lub oskarżone niebędące ich obywatelami, a pozbawione wolności,

<sup>18</sup> Por. *Avena*, par. 71–73.

<sup>19</sup> Należy zauważyć, iż element fakultatywności został wprowadzony do konwencji niemal w ostatniej chwili, zważywszy na problem uchodźstwa z krajów socjalistycznych.

<sup>20</sup> Por. P. Czubik, *op. cit.*, s. 256.

<sup>21</sup> Por. UNHCR, *Refugee Protection and International Migration in the Americas: Trends, Protection Challenges and Responses*, grudzień 2009, s. 30.

<sup>22</sup> Tak też P. Czubik, *op. cit.*, s. 262.

<sup>23</sup> Por. *ibidem*, s. 260.

<sup>24</sup> Dyrektywa 2013/48, Dz. Urz. UE L 294 z 6 listopada 2013 roku.

miały prawo do tego, aby organy konsularne zostały powiadomione, a także miały prawo do porozumiewania się z nimi, o ile sobie tego życzą”. W przypadku dwóch lub kilku obywatelstw jednostka ma mieć prawo wyboru organów, które mają być powiadomione i z którymi chcą się porozumiewać.

Od strony praktycznej trzeba zauważyć, że nie zawsze państwo wie, jakiego obywatelstwa jest osoba pozbawiona wolności<sup>25</sup>, natomiast obowiązki wynikające z art. 36 konwencji wiedeńskiej generują konieczność przeprowadzenia takich ustaleń<sup>26</sup>. Jest to także obowiązek wynikający ze standardów praw człowieka. Międzyp amerykański Trybunał Praw Człowieka stwierdził naruszenie prawa do podmiotowości prawnej migrantów (przy powołaniu się przez państwo przyjmujące na brak ich identyfikacji), którym nie pozwolono się skontaktować z ambasadą Haiti (art. 3 AKPC)<sup>27</sup>. Brak dostępu do procedury weryfikującej tożsamość w systemie europejskim został zakwalifikowany jako naruszenie prawa do skutecznego środka odwoławczego (art. 13 EKPC)<sup>28</sup>, a także standardów związanych z ochroną przed zbiorowym wydalaniem (art. 4 IV Protokołu Dodatkowego do EKPC)<sup>29</sup>. Z tego względu nawet przy przyjęciu fakultatywnego charakteru notyfikacji kontakt z placówkami konsularnymi lub dyplomatycznymi bywa konieczny. Możliwe są zatem sytuacje, gdy co prawda dokonanie notyfikacji nie będzie zamiarem państwa przyjmującego, ale informacja o pozbawieniu wolności zostanie przekazana „przy okazji” w związku z ustaleniem tożsamości cudzoziemca. Należy dodać, iż zgodnie z wytycznymi UNHCR potrzeba identyfikacji, ustalenia lub weryfikacji obywatelstwa czy wieku cudzoziemca jest okolicznością uzasadniającą detencję migracyjną<sup>30</sup>.

Na dzień dzisiejszy przyjmuje się, że art. 36 ust. 1 lit. b konwencji wiedeńskiej kreuje prawo indywidualne, nie zaś prawo państwa<sup>31</sup>. Tym niemniej nie można stawiać znaku równości między prawem indywidualnym a prawem człowieka o przyrodzonym i niezbywalnym charakterze<sup>32</sup>. Jest symptomatyczne, że MTS powstrzymał się od rozstrzygnięcia, czy prawo dostępu do konsula jest prawem człowieka<sup>33</sup>, a w sprawie *Avena* nie powołał opinii doradczej Międzyp amerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie słusznego procesu. Niewątpliwie ten

<sup>25</sup> Dobrym przykładem jest stan faktyczny w sprawie *Suso Musa*, gdzie skarżący twierdził, iż pochodzi z Sierra Leone, natomiast władze konsularne nie potwierdziły tego faktu – por. *Suso Musa v. Malta*, skarga nr 42337/12, wyrok ETPC z 23 lipca 2013 roku, par. 22.

<sup>26</sup> Por. Advisory opinion, par. 94.

<sup>27</sup> Por. *Nadege Dorzema*, par. 150–178.

<sup>28</sup> Por. *Hirsi Jamaa*, par. 202.

<sup>29</sup> *Ibidem*, par. 185.

<sup>30</sup> Szczegółowe standardy w zakresie ustalania tożsamości uchodźców UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the detention of asylum seekers and Alternatives to Detention*, 2012, par. 26, <http://www.refworld.org/docid/503489533b8.html> (dostęp: 23.11.2013).

<sup>31</sup> Por. *La Grand*, par. 77.

<sup>32</sup> Por. O. Spiermann, *The La Grand Case and the Individual as a Subject of International Law*, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2003, vol. 58, issue 2, s. 211.

<sup>33</sup> *La Grand*, s. 64, par. 78, *Avena*, s. 60–61, par. 124.

ostatni trybunał zaprezentował stosownie do swej jurysdykcji pogląd *in favorem* zwolenników prawnoczułowieczego podejścia do analizowanych kwestii. MTPC stwierdził, że prawo do informacji o pomocy konsularnej “must be counted and recognized among minimum guarantees essential to providing foreign national the opportunity to adequately prepare their defense and receive a fair trial”<sup>34</sup>. Nie jest to jednak wciąż stwierdzenie, że prawo do bycia poinformowanym o pomocy konsularnej jest jakimś samodzielnym prawem jednostki<sup>35</sup>. Nawet jednak kwalifikacja prawa dostępu do konsula jako jednego z elementów gwarancji praw człowieka wymaga uzasadnienia, zwłaszcza że traktaty ogólne chroniące prawa człowieka milczą w tej kwestii<sup>36</sup>. Można wyjść poza samą ich literę, używając koncepcji żywego instrumentu znajdującą zastosowanie nie tylko w decyzjach Komitetu Praw Człowieka<sup>37</sup>, orzeczeniach ETPC<sup>38</sup> i MTPC<sup>39</sup>, ale także Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości<sup>40</sup>. Fundamentalny charakter ma tu założenie, że interpretacja traktatów powinna się odbywać w oparciu o realia dnia dzisiejszego. Powstaje pytanie, czy rzeczywiście doszło do takich zmian

<sup>34</sup> Istotne jest, że Trybunał wyraźnie stwierdził, iż pytanie Meksyku dotyczy odpowiedzi na pytanie, czy art. 36 Konwencji wiedeńskiej dotyczy praw człowieka – por. Advisory opinion, par. 82. Ponadto MTPC zwrócił także uwagę, że jego opinia dotyczy jednego tylko przepisu tego traktatu i jest to przepis o wyjątkowym charakterze w stosunku do pozostałych stipulacji konwencji konsularnej – por. Advisory opinion, par. 87.

<sup>35</sup> Z kolei w opinii zbieżnej sędzieja A.A. Cançado Trindade zaprezentował pogląd, iż prawo do informacji o pomocy konsularnej mieści się w *corpus iuris* praw człowieka. Swoje rozumowanie oparł przede wszystkim na dynamicznej interpretacji traktatów praw człowieka, a także odniósł się do czynnika czasowego, który może i powinien wpływać na treść oraz efektywność norm prawnych, por. *Concurring opinion of Judge A.A. Cançado Trindade*, par. 3.

<sup>36</sup> Mam tu na myśli Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych – Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167 (dalej jako MPPOiP), europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, amerykańską Konwencję praw człowieka, afrykańską Kartę praw człowieka i ludów – OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev.5 (dalej jako AKPCiL).

<sup>37</sup> Por. decyzja Komitetu Praw Człowieka z dnia 2 sierpnia 2002 roku w sprawie *Roger Judge v. Kanada*, 829/1998, U.N. Doc. 1998 CCP/C78/D/829/1998. Zob. także A. Mukherjee, *The ICCPR as a ‘Living instrument’: The Death penalty as Cruel, inhuman and Degrading Treatment*, Journal of Criminal Law 2004, vol. 68, issue 6, s. 507–519.

<sup>38</sup> Konstrukcja *living instrument* pozwoliła na przykład trybunałowi strasburskiemu przyjąć, że zakaz handlu ludźmi, aczkolwiek nie jest sformułowany wprost w tekście EKPC, to jednak jest objęty jej przedmiotem, por. *Rantsev v. Cypr i Rosja*, skarga nr 25965/04, wyrok ETPC z 2010 roku, par. 278–282.

<sup>39</sup> *Interpretacja Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka na podstawie art. 64 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka*, OC-10/89. Opinia doradcza Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 14 lipca 1989 roku, Series A No. 10, pkt. 37; *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nikaragua*, Wyrok Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 31 sierpnia 2001 roku, Series C No. 79, par. 146.

<sup>40</sup> Sprawa skutków prawnych obecności Afryki Południowej w Namibii (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*), opinia doradcza Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, ICJ Reports 1971, s. 31, pkt 53.

w sposobie funkcjonowania współczesnego państwa, a także społeczeństw. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że „retoryka prawnoczwolnicza” w kontekście art. 36 Konwencji wiedeńskiej została podjęta nie przez jednostki czy organy międzynarodowe, ale przez same państwa<sup>41</sup>. RFN w sprawie *La Grand* powoływała się na *travaux preparatoires*, a także deklarację Narodów Zjednoczonych w sprawie praw człowieka osób niebędących obywatelami państw, które zamieszkują<sup>42</sup>, wykazując, że prawo dostępu do konsula, jak też do informacji o tym prawie stanowi indywidualne prawa cudzoziemców i mogą być one rozumiane jako prawa człowieka cudzoziemców<sup>43</sup>. Z kolei w ramach postępowania o opinię doradczą przed MTPC siedem państw wskazywało na związek tego prawa z dostępem do gwarancji sądowych<sup>44</sup>, natomiast niektóre z nich także wskazywały na jego związki z prawem do życia<sup>45</sup>.

Międzypaństwowy Trybunał Praw Człowieka w opinii doradczej zwrócił uwagę, iż jest to także część międzynarodowego prawa karnego, a w tym: reguł przyjętych odnośnie do osób oczekujących na proces przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym do spraw zbrodni byłej Jugosławii<sup>46</sup>, również zbioru zasad mających na celu ochronę osób poddanych jakiegokolwiek formie aresztowania lub uwięzienia<sup>47</sup>; następnie jest to standard wpisany w regulę 37 Europejskich Reguł Więziennych<sup>48</sup>. Ponadto prawo do kontaktu i porozumiewania się z przedstawicie-

---

<sup>41</sup> W pewnym sensie otwarcie „puszki Pandory” miało miejsce jeszcze w latach 70., kiedy USA w sprawie zakładników w Teheranie rozpatrywanej przed MTS użyły argumentu naruszenia praw człowieka przez brak zapewnienia zakładnikom kontaktu z konsulem. USA powoływały się wtedy na treść Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka – par. 91 orzeczenia w sprawie zakładników – *Hostages (U.S. Diplomatic and Consular Staff) in Tebran Case*, ICJ Reports 1979, Pleadings, Oral Arguments, Documents, s. 174 – zob. także szersze uwagi, A.A. Cançado Trindade, *Humanization...*, s. 3–6.

<sup>42</sup> Por. *La Grand*, par. 75.

<sup>43</sup> Declaration on the Human Rights of individuals who are not national of the country in which they live, 13 grudnia 1985 roku, A/RES/40/144, art. 10.

<sup>44</sup> Meksyk, Kostaryka, Salvador, Gwatemala, Honduras, Paragwaj.

<sup>45</sup> Meksyk, Paragwaj, Republika Dominikany.

<sup>46</sup> Rules governing the detention of persons awaiting trial or appeal before the Tribunal or otherwise detained on the authority of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991; as amended on 17 November 1997; IT/38/REV7; Rule 65.

<sup>47</sup> Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment adopted by the United Nations General Assembly Resolution, 9 grudnia 1988 roku, A/RES/ 43/173, zasada 16.2.

<sup>48</sup> Zalecenie (Rec. 2006)2 Komitetu Ministrów Rady Europy do państw członkowskich w sprawie Europejskich Reguł Więziennych, przyjęte 11 stycznia 2006 roku. Zgodnie z regułą 37.1 więźniów obcokrajowców informuje się bezzwłocznie o prawie kontaktu na życzenie oraz otrzymania pomocy w kontaktowaniu się ze służbami dyplomatycznymi lub konsularnymi państwa. Zgodnie z regułą 37.2 w przypadku uchodźców, bezpaństwowców lub też więźniów obywateli państw, które nie mają w danym kraju przedstawicielstwa dyplomatycznego lub konsularnego stwarza się podobne ułatwienia w kontakcie z przedstawicielami państwa, które reprezentuje ich interesy, albo z każdym innym organem krajowym lub międzynarodowym, którego zadaniem jest bronić ich interesów.

lem własnego państwa jest umocowane w całym szeregu konwencji szczegółowych, a także w dokumentach *soft law*. Są to przede wszystkim konwencje powiązane z szeroko rozumianym zwalczaniem terroryzmu: Konwencja o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi<sup>49</sup>, Konwencja o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych<sup>50</sup>, Konwencja dotycząca zwalczania aktów terroryzmu nuklearnego<sup>51</sup>, Konwencja dotycząca zapobiegania i karania zbrodni wymierzonych przeciwko osobom podlegającym ochronie międzynarodowej, w tym przedstawicielom dyplomatycznym<sup>52</sup>, Konwencja dotycząca bezpieczeństwa personelu Organizacji Narodów Zjednoczonych i personelu współdziałającego<sup>53</sup>, Konwencja Rady Europy o zapobieganiu terroryzmowi<sup>54</sup>.

Następną grupę stanowią konwencje chroniące szczegółowe prawa człowieka, a w tym: Konwencja w sprawie zakazu tortur oraz innego poniżającego lub nieludzkiego karania lub traktowania<sup>55</sup>, Konwencja o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących i członków ich rodzin<sup>56</sup>, Protokół przeciwko przemytowi migrantów drogą lądową, morską i powietrzną uzupełniający Konwencję NZ dotyczącą międzynarodowej przestępczości zorganizowanej<sup>57</sup>, Konwencja w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem<sup>58</sup>.

W wymienionych traktatach łączy się pomoc konsularną z konwencją wiedeńską o stosunkach konsularnych<sup>59</sup> bądź ogólnie z „właściwym prawem międzynarodowym”<sup>60</sup>. Treść dokumentów *soft law* jest w tym zakresie podobna.

<sup>49</sup> Konwencja z 1970 roku, Dz. U. z 1972 r. Nr 25, poz. 181, art. 6 ust. 3.

<sup>50</sup> Konwencja z 1997 roku, Dz. U. z 2007 r. Nr 66, poz. 438, art. 7 ust. 3.

<sup>51</sup> Konwencja z 2005 roku, Dz. U. z 2010 r. Nr 112, poz. 740, art. 10 ust. 3 i 4.

<sup>52</sup> Konwencja z 1973 roku, RP nie jest jej stroną, UNTS, vol. 1035, s. 167, art. 6 ust. 2 lit. a, b.

<sup>53</sup> Konwencja z 1994 roku, Dz. U. z 2003 r. Nr 172, poz. 1671. W art. 17 ust. 2 lit. a stanowi, że każdy przypuszczalny sprawca będzie uprawniony do porozumiewania się z najbliższym właściwym przedstawicielem państwa lub państwa, które na prośbę tej osoby wyraziło chęć jej ochrony. Natomiast w literze b stanowi się o prawie do odwiedzin ze strony takiego przedstawiciela.

<sup>54</sup> Tzw. Konwencja Warszawska z 2005 roku, Dz. U. z 2008 r. Nr 161, poz. 998, art. 15 ust. 3. Zwraca uwagę, iż w jej tekście nie mówi się o pozbawieniu wolności, lecz o zastosowaniu środków gwarantujących obecność osoby dla celów oskarżenia lub ekstradycji.

<sup>55</sup> Konwencja z 1984 roku, Dz. U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378, art. 6 ust. 3.

<sup>56</sup> Konwencja z 1990 roku. Weszła w życie 1 czerwca 2003 r. RP nie jest stroną tej konwencji, art. 16 ust. 7 i art. 23.

<sup>57</sup> Protokół z 2000 roku, Dz. U. z 2005 r. Nr 18, poz. 162, art. 16 ust. 5.

<sup>58</sup> Konwencja z 2006 roku, art. 17 ust. 1 lit. d zobowiązuje strony do zagwarantowania cudzoziemcom prawa do porozumiewania się z jego władzami zgodnie z właściwym prawem międzynarodowym. Niestety jak na razie została ratyfikowana przez zaledwie trzydzieści trzy państwa (ostatnio nastąpiła ratyfikacja Litwy). RP jest od niedawna sygnatariuszem tej konwencji.

<sup>59</sup> Takich odwołań nie zawierają Konwencja Warszawska ani Konwencja w sprawie zakazu tortur.

<sup>60</sup> Por. m.in. tekst art. 16 konwencji o prawach pracowników migrujących: „zainteresowani są jak najszybciej informowani o powyższym prawie i prawach wynikających z traktatów, które je narzucają”.

W przeważającej mierze są one powiązane z problemem ochrony praw migrantów. W rezolucji Zgromadzenia Ogólnego NZ Ochrona Migrantów w paragrafie czwartym czytamy o potrzebie, aby wszystkie państwa chroniły w sposób pełny uniwersalne prawa człowieka migrantów, szczególnie kobiet i dzieci, niezależnie od ich statusu prawnego, „particularly with regard to assistance and protection, including those under Vienna Convention, regarding the rights to receive consular assistance from country of origin”<sup>61</sup>.

Trzeba też odnotować, że pomimo ewidentnej wstrzemięźliwości MTS Komisja Praw Człowieka<sup>62</sup> powołała się w preambule rezolucji 2002/62 na jego orzeczenie w sprawie *La Grand*, a także na opinię doradczą MTPC. Sformułowała w tej rezolucji obowiązek państw stron zapewnienia pełnego respektowania Konwencji wiedeńskiej w odniesieniu do praw migrantów, niezależnie od ich statusu, do komunikowania się z urzędnikami konsularnymi swojego państwa w sytuacji detencji i obowiązek państwa do poinformowania cudzoziemca przez państwo, na terytorium którego dochodzi do detencji, o przysługującym mu prawie<sup>63</sup>. Również w systemie międzyamerykańskim po wydaniu opinii doradczej sformułowano rezolucję dotyczącą praw człowieka wszystkich pracowników migrujących i ich rodzin<sup>64</sup>. Jest symptomatyczne, że następną rezolucja w tym samym przedmiocie została wydana po wyroku w sprawie *Avena*<sup>65</sup>. Interesującym przykładem praktyki organizacji wyspecjalizowanych są przyjęte wspólnie przez Międzynarodową Organizację Pracy i Międzynarodową Organizację Morską wytyczne dotyczące sprawiedliwego traktowania marynarzy w razie wypadków morskich<sup>66</sup>. Odrębną kwestią jest „europeizacja” prawa konsularnego w związku z pomocą konsularną *in favorem tertii* związaną z obywatelstwem UE<sup>67</sup>. Choć sama instytucja, a właściwie praktyczna jej realizacja nastęrcza trudności, to jednak w art. 23 TFUE<sup>68</sup>

<sup>61</sup> Por. A/RES/54/166, 24 lutego 2000 roku.

<sup>62</sup> Human Rights of Migrants, Res. 2002/62, E-CN\_4-RES-2002-62, pkt 6.

<sup>63</sup> Z kolei ogólne odesłanie do orzecznictwa MTS zawiera art. 7 lit. h rezolucji 2005/59, w którym jest mowa o przestrzegania praw osób w sytuacji zagrożenia karą śmierci i pełnego uwzględniania zobowiązań międzynarodowych, w szczególności tych, które wynikają z art. 36 Konwencji Wiedeńskiej, E-CN\_4-RES-2005-59.

<sup>64</sup> Por. The Human rights of All migrants Workers and their families, OEA/Ser.P/AG /RES. 1717 (XXX-O/00) 5 czerwca 2000 r.

<sup>65</sup> Por. AG/RES 2502 (XXXIX-O/09).

<sup>66</sup> Por. IMO/ILO Guidelines on fair treatment of seafarers in the event of maritime accidents, Resolution LEG3(91) adopted on 27 April 2006, Adoption of Guidelines on fair treatment of seafarers in the event of a maritime accident, Annex 2, tekst dostępny: <http://www.imo.org/Our-Work/Legal/JointIMOILOWorkingGroupsOnSeafarerIssues/Documents/LEG3%2891%29.pdf> (dostęp: 16.12.2013).

<sup>67</sup> Decision 95/533 EC of the Representatives of Governments of the Member States meeting within the Council of 19 December 1995 regarding protection for citizens of the European Union by diplomatic and consular representations, OJ L 314, 28.12.1995, s. 73–76.

<sup>68</sup> Wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE, 2012, C.326, 26.10.2012.

i art. 46 KPP UE<sup>69</sup> mamy do czynienia ze sformułowaniem indywidualnego prawa obywatela UE w tym zakresie<sup>70</sup>.

Na tej podstawie można przyjąć, że praktyka łączenia art. 36 konwencji wiedeńskiej z prawami człowieka wykazuje pewną tendencję wzrostową. Dzieje się to w ścisłym związku z koniecznością zapewnienia efektywnego korzystania z praw jednostki. Na poziomie formalnym cudzoziemcy korzystają w pełni z praw człowieka i tylko w niektórych aspektach zakres tych praw może być ograniczony podmiotowo do obywateli<sup>71</sup>. Od strony praktycznej natomiast odnotowuje się całe kompleksy naruszeń praw migrantów przez faktyczne ich pozbawienie lub brak informacji o tych prawach. Nie ma chyba współcześnie wątpliwości, że cudzoziemcy pozbawieni wolności znajdują się w trudniejszym położeniu niż obywatele danego państwa. W swej opinii zbieżnej sędzia A.A. Cançado Trindade zwrócił nawet uwagę na element pewnego braku czy też wyczerpania tego potencjału. Zważywszy iż prawa człowieka mają na celu ochronę podmiotu słabszego przed podmiotem silniejszym, a precyzyjniej – przed arbitralnością władzy państwowej, to cudzoziemiec w sytuacji pozbawienia wolności jest w takiej właśnie sytuacji<sup>72</sup>. Kontakt z konsulem i pomoc przez niego udzielona może skutecznie niwelować elementy tego specyficznego upośledzenia<sup>73</sup>. Z drugiej strony trzeba mieć na względzie, że znaczenie wspomagające i ochronne tej instytucji jest jednak ograniczone. W opinii doradczej MTPC wpisał **prawo do bycia poinformowanym** w prawo do słusznego procesu, natomiast nie sformułował obowiązku udzielenia pomocy konsularnej po stronie państwa pochodzenia<sup>74</sup>. Realny wymiar tej pomocy, a także jej uruchomienie, jest zatem w dużym stopniu zależne od woli państwa obywatelstwa, ponadto jest ona uwarunkowana ewentualnym istnieniem stosunków dyplomatycznych i konsularnych. Oczywiście nie są wykluczone działania państwa trzeciego w ramach działań pomocowych *in favorem tertii*, ale nie zmienia to zasadniczo zależności między wykonaniem prawa a wolą konkretnego państwa.

<sup>69</sup> Dz. Urz. UE 2012, C 326, s. 391, 26.10.2012.

<sup>70</sup> Por. P. Czubik, *op. cit.*, s. 330 i n. S. Battini, *Impact of EU Law and Globalization on Consular Assistance and Diplomatic Protection* [w:] E. Chiti, B.G. Matarella (red.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationship, Legal Issues and Comparison*, Berlin–Heidelberg 2011, s. 179.

<sup>71</sup> Zob. na tym tle komentarz ogólny Komitetu Praw Człowieka – The position of aliens under Covenant, 11/04/86 CCPR General Comment no. 15.

<sup>72</sup> Szczegółowo w systemie amerykańskim problem został zanalizowany w opinii doradczej nr 18 – por. Juridical Condition and the rights of undocumented migrants, Advisory Opinion OC-18, 17 września 2003 roku, Inter-Am-Ct.H.R. (Ser. A) No. 18/03. 2003, par. 128–172.

<sup>73</sup> Komitet przeciwko dyskryminacji rasowej wskazywał na dostęp do pomocy konsularnej jako jednego z elementów zapobiegających dyskryminacji rasowej osób poddanych procedurom sądowym – por. General Recommendation XXXI on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system, A/60/18, s. 98–108, par. 23.

<sup>74</sup> Por. Ch. Cerna, *The right to consular notification as a human right*, Suffolk Transnational Law Review 2008, vol. 31, no. 2, s. 419.

### 3. Pomoc konsularna a wolność i bezpieczeństwo osobiste

Tytułem pewnego porządku trzeba zwrócić uwagę, że prawo konsularne odnosi się ogólnie do pomocy cudzoziemcowi pozbawionemu wolności, natomiast standardy praw człowieka mają na celu ochronę przed pozbawieniem wolności o charakterze bezprawnym i arbitralnym. Jak słusznie zauważa się w literaturze, pomoc konsularna nie jest warunkiem *sine qua non* realizacji praw osób pozbawionych wolności<sup>75</sup>. Państwo, które pozbawiło cudzoziemca wolności, jest zobowiązane przestrzegać standardów wynikających z art. 9 MPPOiP, art. 5 EKPC<sup>76</sup>, art. 7 AKPC, art. 6 AKPCiL niezależnie od ewentualnych stosunków dyplomatycznych lub konsularnych z państwem obywatelstwa cudzoziemca. Nie wyklucza to sytuacji, że pozbawienie dostępu do konsula będzie stanowiło naruszenie prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, ale ocena, czy tak rzeczywiście było, jest zależna od konkretnego przypadku. Na przykład może być to jedna z przesłanek do ustalenia, iż doszło do arbitralnej detencji w postaci wymuszonego zaginięcia<sup>77</sup>, tak jak to miało miejsce w sprawie *El-Masri*<sup>78</sup>. W zasadzie ETPC w tym wyroku poświęcił dostępowi do konsula zaledwie jedno zdanie<sup>79</sup>, natomiast szersze są wypowiedzi Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w orzecznictwie powstałym po opinii doradczej w sprawie słusznego procesu. Dostęp do pomocy konsularnej jest tu łączony z prawem do słusznego procesu, ale też gwarancjami w zakresie wolności osobistej; jako minimum Trybunał wskazuje trzy elementy: 1) prawo do bycia poinformowanym o prawach wynikających z Konwencji wiedeńskiej, które musi być implementowane łącznie z prawem do poznania zarzutów, 2) prawo do komunikowania się urzędem konsularnym, 3) prawo do informacji o samej pomocy konsularnej<sup>80</sup>.

MTPC wyraźnie oddziela obowiązki państwa w zakresie poinformowania o możliwości skorzystania z pomocy konsularnej od samego powiadomienia urzędu konsularnego. Sam fakt powiadomienia państwa wysyłającego nie zwalnia od obowiązku poinformowania cudzoziemca o możliwości kontaktu z konsulem<sup>81</sup>.

Europejski Komitet do spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu kwalifikuje prawo do pomocy konsu-

<sup>75</sup> Por. A.M. Kuenzli, *op. cit.*, s. 137.

<sup>76</sup> Por. *Amuur v. Francja*, skarga nr 19776/92, wyrok ETPC z 25 czerwca 1996 roku, Reports III, par. 41; *Chabal*, par. 71; *Abdulaziz, Cabales, Bakallandi v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 9214/80, 9473/81, 9474/81, wyrok ETPC z 28 maja 1985 roku, par. 67–68.

<sup>77</sup> Por. decyzje Komitetu Praw Człowieka – 950/2000 *Sarma v. Sri Lanka*, par. 9.3; 1495/2006, *Madoui v. Algeria*, par. 7.6.

<sup>78</sup> Por. *El-Masri*, par. 240.

<sup>79</sup> Trzeba przyznać, że na tle całego kompleksu naruszeń, a także opresyjności położenia skarżącego, było to zasadne.

<sup>80</sup> Por. *Vélez Loor*, par. 153.

<sup>81</sup> Por. *ibidem*, par. 155.

larnej jako istotne prawo uzupełniające trzy podstawowe prawa w początkowej fazie detencji migrantów nieregularnych<sup>82</sup>. W kontekście sytuacji tej grupy walor pomocy konsularnej może pozornie wydawać się wątpliwy. Mianowicie wśród tych cudzoziemców występuje spory odsetek osób, które w obawie przed deportacją lub przesładowaniem często ukrywają, z jakiego państwa pochodzą, i rzeczywiście nie życzą sobie jakiegokolwiek kontaktu z jego władzami. Jednak nie wszyscy migranci nieregularni są uchodźcami i w sytuacji pozbawienia wolności kontakt z krajem obywatelstwa jest dla nich rzeczą naturalną. Należy zauważyć, że na przykład w związku z migracją zarobkową niektóre państwa rozbudowują służby konsularne w krajach, gdzie ich obywateli jest szczególnie dużo. Z założenia zwiększenie liczby placówek i personelu ma na celu ochronę grup najsłabszych, a więc kobiet i dzieci, a także ofiar handlu ludźmi i wszelkich form oszustw<sup>83</sup>. Na tym tle trzeba też dostrzegać, iż granica między migracją regularną a nieregularną jest bardzo płynna. W gruncie rzeczy każde najdrobniejsze uchybienie przepisom w zakresie pobytu lub wjazdu na terytorium państwa czyni sytuację cudzoziemca nieregularną lub też naraża go na taki zarzut. Przykładem może być poddanie detencji migracyjnej turystki, której w trakcie podróży powrotnej z wakacji został ukradziony dokument podróży, o czym powiadomiła odpowiednie władze i zostały na to wystawione oficjalne zaświadczenia<sup>84</sup>. Generalnie postępowanie władz migracyjnych jest dalekie od indywidualnej oceny zachowania cudzoziemca i w dużej mierze jest zdeterminowane krajem pochodzenia<sup>85</sup>. Fundamentalne znaczenie ma w tym wypadku problem zasadności zastosowania pozbawienia wolności. Orzecznictwo w systemie uniwersalnym i międzyamerykańskim stawia państwom poprzeczkę wysoko, jednoznacznie formułując wymóg, aby detencja cudzoziemców była niezbędna, tak jak to ma miejsce w przypadku obywateli. Ma to uzasadnienie w brzmieniu art. 9 MPPOiP, a także art. 7 AKPC, które ogólnie odnoszą się do wolności osobistej i nie zawierają odrębnych regulacji w odniesieniu do sytuacji cudzoziemców<sup>86</sup>. Natomiast na gruncie europejskim przesłanka

<sup>82</sup> Por. *20 Years of Combating Torture: 19-th General Report of the European Committee for The Prevention of Torture and inhuman and Degrading Treatment Or Punishment*, 1 August 2008 – 31 July 2009, Strasbourg 2009, s. 39.

<sup>83</sup> Por. ILO, *Protecting the rights of migrants workers: shared responsibility*, Genewa 2009, s. 11.

<sup>84</sup> Por. stan faktyczny w sprawie *Rusu v. Austria*. Skarżącej, obywatelce Rumunii, został ukradziony bagaż i dokumenty we Francji, kiedy wracała z podróży z Hiszpanii do Rumunii. Po uzyskaniu zaświadczenia o kradzieży kontynuowała podróż powrotną. Władze Węgier odmówiły jej wstępu na swoje terytorium i odesłały do Austrii, gdzie została poddana detencji migracyjnej – *Rusu v. Austria*, skarga nr 34082/02, wyrok ETPC z 2 października 2008 roku.

<sup>85</sup> Zob. H. Hintjens, R. Kumar, A. Pouri, *Pro-asylum Advocacy on the EU: Challenging the State of Exception* [w:] T.-D. Truong, D. Gasper (red.), *Transnational Migration and Human Security*, Berlin–Heidelberg 2011, s. 209–223.

<sup>86</sup> Por. uwagi Międzyparyskiej Komisji Praw Człowieka: *Jorge, José and Dante Peirano Basso (Uruguay)* Case 12.553 (Merits), Report No. 86/09, 6 sierpnia 2009 roku, par. 100; następnie stanowisko tejże: *Application to the Inter-American Court of Human Rights in the case of Oscar*

niezbędności co do zasady nie jest brana pod uwagę ze względu na specyfikę brzmienia art. 5 ust. 1 lit. f EKPC<sup>87</sup>. ETPC, odwołując się do literalnego brzmienia tego przepisu, przeprowadza wąski test arbitralności jedynie w oparciu o warunek wykonywania pozbawienia wolności w dobrej wierze (*in good faith*) i ścisłego powiązania z celem, a więc zapobieżeniem nieautoryzowanemu wjazdowi osoby na terytorium państwa<sup>88</sup>. Niejednokrotnie działania te stoją w rażącej sprzeczności ze standardami międzynarodowego prawa uchodźczego, które – choć wskazują sytuacje dopuszczające pozbawienie wolności uchodźców – to jednak wymagają, aby nawet w tych sytuacjach detencja była środkiem ostatecznym<sup>89</sup>.

Pomoc konsularna bywa jedynym wręcz sposobem realizacji praw jednostki, na przykład w przypadku, gdy dostęp do tłumacza i obrońcy jest uzależniony od poniesienia kosztów z tym związanych<sup>90</sup>. Podobnie rzecz się ma z gwarancjami związanymi z poinformowaniem w zrozumiałym języku, który powinien być prosty i wolny od terminów technicznych. Wymóg zrozumiałości dotyczy nie tylko doboru słów, ale też przedstawienia powodów zatrzymania w języku etnicznym, który zatrzymany cudzoziemiec rozumie<sup>91</sup>. Na tym tle formuluje się wymóg natychmiastowego (*promptly*) poinformowania o zarzutach<sup>92</sup>. Niejednokrotnie zdarza się, że migranci nie wiedzą, z jakiego powodu zostali poddani detencji, bo nie zostali o tym poinformowani. Zapytanie skierowane przez konsula w tej sprawie może przyczynić się do lepszego zrozumienia przez cudzoziemca jego sytuacji prawnej, a także dalszych konsekwencji określonych zachowań czy oświadczeń. W prawie polskim formuluje się obowiązek kierowania przez konsulów takich zapytań do

---

Barreto Leiva (Case 11.663) against the Bolivarian Republic of Venezuela, filed October 31, 2008, par. 143, a także późniejszy wyrok MTPC w tej sprawie z 17 października 2009 roku, par. 116.

<sup>87</sup> ETPC czyni jednak wyjątek, wskazując na ostateczny charakter pozbawienia wolności dzieci – por. *Popov v. Francja*, skargi nr 39472/07, 39474/07, wyrok ETPC z 19 stycznia 2012 roku, par. 91; niezbędność jest też brana pod uwagę, gdy taki wymóg wprowadza prawo krajowe – por. *Rusu*, par. 54.

<sup>88</sup> Por. *Saadi v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 13229/03, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29 stycznia 2008 roku, par. 74. Dodać należy, że w zdaniu częściowo odrębnym słusznie skrytykowano ten element uzasadnienia wyroku, gdzie ETPC uznał, iż warunek ścisłego powiązania z celem konwencyjnym został dopełniony w przypadku, gdy skarżący został poddany detencji po dwóch dniach przebywania na terytorium Zjednoczonego Królestwa w hotelu w ramach czasowego zezwolenia na pobyt – por. zdanie częściowo odrębne sędziów Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann i Hirvela, akapit 11 zdania częściowo odrębnego.

<sup>89</sup> Por. UNHCR, *Guidelines ...*, wytyczna 4.2, s. 21.

<sup>90</sup> Por. the report of the Special Rapporteur on torture to the General Assembly (A/57/173).

<sup>91</sup> Ciekawy przypadek roli konsula w komunikowaniu się z obywatelem państwa, który porozumiewał się tylko w narzeczu – por. C. Buys, S.D. Pollock, J. Navarette Pellicer, *Do unto Others: The Importance of Better Compliance with Consular Notification of Human rights*, Duke Journal of International and Comparative Law 2011, vol. 21, s. 472.

<sup>92</sup> Np. w sprawie *Saadi* ETPC uznał, że 76 godzin zwłoki w poinformowaniu skarżącego o powodach detencji zostało uznane za naruszenie art. 5 ust. 2 EKPC, por. także *Dbouba v. Turcja*, skarga 15916/09, wyrok ETPC z 13 lipca 2010 roku, par. 52–54.

państwa przyjmującego<sup>93</sup>. Tymczasem w opinii doradczej MTPC stwierdził, że z art. 36 Konwencji wiedeńskiej nie wynika obowiązek poinformowania o rodzaju zarzutów państwa wysyłającego. Podstawowym argumentem przeciwko takiemu obowiązkowi była ewentualność naruszenia prawa do prywatności osoby zainteresowanej<sup>94</sup>. Z drugiej jednak strony w swoim późniejszym orzecznictwie ten sam Trybunał wskazał, iż prawo dostępu do konsula powinno być realizowane w związku ze standardami, jakie kreuje art. 7 ust. 4 AKPC w zakresie poznania przyczyn pozbawienia wolności lub powiadomienia o zarzutach<sup>95</sup>. Biorąc pod uwagę powyższe, można wnioskować, iż w ocenie MTPC prawo do poznania zarzutów jest wyłącznym prawem cudzoziemca, który ewentualnie, o ile zechce, może być w tym przedmiocie wspomagany przez konsula. Wydaje się jednak, że sprawa jest złożona. Co bowiem w sytuacji, gdy konsul kieruje zapytanie w imieniu cudzoziemca, który jest niepełnosprawny intelektualnie? Co w sytuacji, gdy państwo nie precyzuje zarzutów, wskazując enigmatycznie na zagrożenie bezpieczeństwa państwa? Czy państwo przyjmujące nie ma obowiązku przekazać takiej informacji, uzasadniając to na dodatek prywatnością osoby pozbawionej wolności? Oczywiście, jeśli konsul interweniuje na rzecz cudzoziemca, który go zawiadamia, że nie zostały mu przedstawione zarzuty i doszło do naruszenia jego praw, to działania te należałoby już kwalifikować jako uruchomienie mechanizmów opiekuńczych.

Pomoc konsularna może odgrywać dużą rolę w zakresie realizacji przez jednostkę pozostałych gwarancji wolności i bezpieczeństwa osobistego. Standard uniwersalny (art. 9 ust. 3 MPPOiP)<sup>96</sup>, jak również standardy regionalne (art. 5 ust. 3 EKPC, art. 7 ust. 5 AKPC) wprowadzają wymogi kontroli sądowej związane z pozbawieniem wolności w związku z zarzutami karnymi. Cudzoziemcy niejednokrotnie są pozbawiani wolności w związku z podejrzeniem o popełnienie przestępstwa terroryzmu. Obserwowana jest tu tendencja do wyłączenia detencji ze względów bezpieczeństwa spod kontroli sądowej za pomocą ustawodawstwa antyterrorystycznego. Komitet Praw Człowieka wskazuje, iż detencja powiązana z problemami bezpieczeństwa narodowego podlega wszystkim elementom kontroli wynikającej z art. 9 ust. 1, a także pozostałym wymogom wskazanym w art. 9

<sup>93</sup> Por. art. 13 ust. 1 ustawy z 13 lutego 1984 roku o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej, tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 215, poz. 1283 ze zm.

<sup>94</sup> Por. Advisory opinion..., par. 100.

<sup>95</sup> *Vélez Loor*, par. 149–160.

<sup>96</sup> W ust. 3 czytamy: „(...) w przypadku zatrzymania lub aresztowania pod zarzutem popełnienia przestępstwa niezwłoczne postawienie przed sędzią lub innym urzędnikiem uprawnionym przez ustawę do wykonywania władzy sądowej, prawo do rozprawy w rozsądnym czasie lub zwolnienia. Nie będzie ogólną zasadą to, że osoby oczekujące na rozprawę pozostają w areszcie, ale ich zwolnienie może być uzależnione od gwarancji zapewniających ich stawiennictwo na rozprawę w każdej innej fazie postępowania sądowego oraz w razie potrzeby w celu wykonania wyroku”.

MPPOiP<sup>97</sup>. W przypadku migrantów istotne znaczenie ma rzeczywiste korzystanie z prawa do sądowego *review* pozbawienia wolności i zarządzenia zwolnienia, jeżeli takie pozbawienie wolności okaże się bezprawne (art. 9 ust. 4 MPPOiP, art. 5 ust. 4 EKPC, art. 7 ust. 6 AKPC)<sup>98</sup>.

Ponadto konsulowie, korzystając z prawa odwiedzin, mogą się upewnić, jakie standardy panują w miejscu pozbawienia wolności. Jest to niezwykle ważny element wobec faktu, że warunki panujące w centrach detencji były kwalifikowane jako naruszenie zakazu tortur oraz poniżającego i nieludzkiego traktowania<sup>99</sup>.

#### 4. Problem ewentualnych obowiązków państwa wysyłającego

Oczywiście sama informacja o pomocy konsularnej lub jej brak nie przesądza jeszcze o rzeczywistym udzieleniu takiej pomocy. Niewykluczone jest, że konsul dowie się o pozbawieniu wolności cudzoziemca z mediów i udzieli mu wszelkiego potrzebnego wsparcia niezależnie od czynności notyfikacyjnych. Możliwa jest jednak i sytuacja braku reakcji państwa, które zostało zawiadomione zarówno przez państwo, jak i przez cudzoziemca. W przypadku niektórych państw raczej jest tu bliżej do reguły niż wyjątku. I tu zaczyna się w ogóle problem, czy brak bądź też odmowa działań ze strony urzędu konsularnego może stanowić naruszenie praw człowieka. Zasadniczo tym, który pozbawia cudzoziemca wolności, jest państwo przyjmujące i to ono wykonuje jurysdykcję. Konsul udziela pomocy obywatelowi, którego sytuacja jest kształtowana w relacji do państwa przyjmującego. Ponadto pomoc konsularna musi być wykonywana w sposób nienaruszający praw państwa wysyłającego i z poszanowaniem zasady nieinterwencji zgodnie z art. 55 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych<sup>100</sup>. W sytuacji, w której konsul stwierdzi, że dochodzi do naruszeń praw osoby pozbawionej wolności, może podjąć działania zmierzające do uruchomienia mechanizmów opiekuńczych, które nie są tą klauzulą ograniczone. Tu jednak powstaje pytanie, czy interwencja na rzecz obywatela w sytuacji naruszeń jego praw człowieka jest prawem, czy też jednocześnie

<sup>97</sup> Prawo do sądowego *review* także wskazane np. IACHR, Report No. 86/09. Case 12.553 (Merits). *Jorge, José and Dante Peirano Basso (Uruguay)*, August 6, 2009, par. 104.

<sup>98</sup> Następnie art. 9 ust. 5 MPPOiP, art. 5 ust. 5 EKPC zawierają gwarancję, że każdy, kto został bezprawnie zatrzymany lub aresztowany, będzie miał prawo do odszkodowania, którego może dochodzić na drodze sądowej.

<sup>99</sup> *Mubilanzila Mayeka, and Kaniki Mitunga v. Belgia*, skarga nr 13178/03, wyrok ETPC z 12 października 2006 roku; *Muskhadzizyeva and others v. Belgia*, wyrok z ETPC z 12 stycznia 2009 roku. W obu orzeczeniach Trybunał uznał, że poza naruszeniem art. 5 EKPC doszło do naruszenia zakazu poniżającego i nieludzkiego traktowania ze względu na warunki detencji, które nie były dostosowane do potrzeb małoletnich. *Popov v. Francja*, skargi nr 39472/07, 39474/07, wyrok ETPC z 19 stycznia 2012 roku, par. 91. Warto zwrócić uwagę, że ETPC odwołał się tu do art. 37 Konwencji o prawach dziecka (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 126).

<sup>100</sup> Por. art. 55 ust. 1: wszystkie osoby korzystające z przywilejów i immunitetów powinny przestrzegać ustaw i przepisów państwa przyjmującego.

obowiązkiem państwa. Zagadnienie to łączy się w praktyce już z elementami wykonania ewentualnych działań na poziomie opieki dyplomatycznej.

Jak do tej pory roszczenia z tytułu praw człowieka skierowane do państwa wysyłającego co do sposobu wykonywania jego praw związanych z pomocą konsularną nie są przez ETPC uznawane za mieszczące się w zakresie zobowiązań konwencyjnych<sup>101</sup>. Taka linia orzecznicza utrzymuje się od dość dawna, zyskała też potwierdzenie w stosunkowo niedawnym orzeczeniu *M. i inni przeciwko Bułgarii i Włochom*<sup>102</sup>. Skarżące postawiły Bułgarii zarzut naruszenia art. 3 EKPC między innymi w związku z brakiem należytego wykonania pomocy konsularnej na terytorium Włoch<sup>103</sup>. Rząd w swoim stanowisku przed Trybunałem odpiął te zarzuty, wskazując, że naruszenie zakazu niehumanitarnego i poniżającego karania lub traktowania w zakresie braku realizacji obowiązków pozytywnych mogłoby zaistnieć tylko w sytuacji wydarzeń mających miejsce na terytorium Bułgarii<sup>104</sup>. ETPC, odnosząc się do tej kwestii, stwierdził, że Konwencja nie kreuje praw, które wymagałyby od strony obowiązku opieki dyplomatycznej ani też łączyłyby się z roszczeniami wynikającymi z prawa międzynarodowego do interwencji u władz innego państwa na ich rzecz. Wydaje się jednak, że wypowiedź Trybunału nie jest do końca adekwatna do zarzutu. Skarżącym w tym przypadku chodziło o nienależyte w ich ocenie wykonanie pomocy konsularnej, która została określona przez prawo krajowe, natomiast Trybunał odwołał się do opieki dyplomatycznej, ponieważ trochę uciekając od sedna sprawy. Jednocześnie jednak wskazał, że w jego ocenie rząd Bułgarii dopełnił swych powinności należycie<sup>105</sup>.

Stanowisko Trybunału odnośnie do prawa, a nie obowiązku wykonania pomocy konsularnej idzie w parze z treścią art. 7 ust. 2 dyrektywy 2013/48 UE<sup>106</sup>, który uzależnia prawo do odwiedzin ze strony swoich organów konsularnych, prawo do rozmowy i korespondencji z nimi, organizacji zastępstwa procesowego od wyrażenia zgody przez te organy, a podejrzani lub oskarżeni sobie tego życzą.

<sup>101</sup> Przywołać tu wypada decyzje wydane jeszcze przez Europejską Komisję Praw Człowieka: *Kapas v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 12822/87, decyzja Komisji z 9 grudnia 1987 roku, Decision and Reports (DR) 54, *L. v. Szwecja*, skarga nr 12920/87, decyzja Komisji 13 grudnia 1988 roku; *Dobberstein v. Niemcy*, skarga nr 25045/94, decyzja Komisji z 12 kwietnia 1996 roku.

<sup>102</sup> *M. i inni v. Bułgaria i Włochy*, skarga nr 40020/03, wyrok ETPC z 31 lipca 2012 roku, par. 124–128.

<sup>103</sup> W szczególności chodziło o dwudniową zwłokę w podjęciu czynności i reakcji na doniesienie ze strony jednej ze skarżących, że małoletnia osoba – obywatelka Bułgarii, jest więziona w prywatnym domu na terytorium Włoch. Ponadto władzom bułgarskim zarzucono brak ingerencji w wybór tłumacza, obrońcy z urzędu, a także brak reprezentacji w sądzie – por. par. 119 cytowanego orzeczenia.

<sup>104</sup> Por. *M. i inni*, par. 121. Rząd podkreślał także swoją natychmiastową reakcję i przekazanie stosownych informacji władzom włoskim, a także pozostawanie z nimi w kontakcie – na dowód przedstawiono Trybunałowi stosowną dokumentację.

<sup>105</sup> Skarżący odwołali się do art. 32 rozporządzenia Ministra Spraw Zagranicznych Bułgarii.

<sup>106</sup> Dz. Urz. UE L 294 z 6.11.2013, s. 1.

Wydaje się, że treść tej regulacji odzwierciedla też rzeczywisty pogląd państw europejskich na kwestię ich ewentualnych obowiązków w zakresie pomocy konsularnej własnym obywatelom<sup>107</sup>.

Dużo dalej idzie orzecznictwo Międzypaństwowej Komisji Praw Człowieka, który stwierdził, iż prawa cudzoziemca do pomocy konsularnej zobowiązują jego własne państwo do zapewnienia takiej pomocy. „Furthermore, the detainee has the right to seek consular assistance, which binds the State of which the detainee is a national to protect the rights of its nationals in a foreign country by providing consular protection. The visits of consular officials should be made with a view to facilitating ‘the protection of interests’ of the national detainee, especially those associated with ‘his defense before the courts’.”<sup>108</sup> Jednocześnie Trybunał uznał, że istnieje związek między wizytami konsula a prawem do wolności, ludzkiego traktowania i obrony<sup>109</sup>. Trybunał nie wyjaśnił szczegółowo, jakie są przesłanki jego rozumowania i jaka jest ich podstawa prawna. Można jedynie domniemywać, iż przyjął taki wniosek, rozumując w oparciu o konstrukcję zapewnienia efektywności korzystania z praw jednostki. Ten wyrok MTPC wydaje się odpowiadać nieco szerzej sformułowanym postulatami odnośnie do identyfikowania nie tylko prawa, ale też obowiązku państwa w zakresie ochrony i opieki nad obywatelami poza granicami państwa w związku z ochroną praw człowieka<sup>110</sup>. Obowiązek ten ma ograniczać sferę dyskrecjonalnych do tej pory wyborów państwa w sferze stosunków z innymi państwami. Niewątpliwie istnieje społeczne oczekiwanie, że rządy, deklarując poszanowanie praw człowieka na własnym terytorium i pod własną jurysdykcją, będą robiły co w ich mocy, aby zapewnić poszanowanie tych praw swoim obywatelom za granicą<sup>111</sup>.

## 5. Wnioski końcowe

Na tle powyższych rozważań można sformułować następujące wnioski. Pomoc konsularna, a także działania opiekuńcze konsulów są dziś traktowane jako ważny element wspomagający cudzoziemców w trudnej sytuacji pozbawienia wolności. W przypadku detencji stosowanej w ramach walki z terroryzmem oraz detencji migracyjnej działania te nabierają wręcz znaczenia fundamentalnego dla rzeczywistego korzystania przez cudzoziemca z praw człowieka. Trzeba jednak wyraźnie podkreślić, iż prawa związane z dostępem do konsula nie są wyodręb-

<sup>107</sup> Por. np. stanowisko Zjednoczonego Królestwa cytowane w S. Battini, *op.cit.*, s. 179.

<sup>108</sup> *Vélez Loor*, par. 158.

<sup>109</sup> *Ibidem*, par. 158.

<sup>110</sup> Joint Study on global practices in relation to secret detention, UN. Doc. A/HRC/13/42, 26 stycznia 2010 roku.

<sup>111</sup> Pojawia się tu konstrukcja *legitimate expectation* sformułowana w sprawie *Abbasi*. Szczegółowa analiza tej sprawy na tle innych zob. A.M.H. Vermeer-Kuenzli, *op.cit.*, s. 187–192.

niane w jakąś samodzielną kategorię, lecz raczej konsekwentnie są wpisywane w pewien kontekst, jakim jest właściwa realizacja praw cudzoziemców pozbawionych wolności, zarówno tych związanych z samą detencją, jak i z prawem do słusznego procesu czy też prawem do życia. Najczęściej też występują w ścisłym związku z Konwencją wiedeńską o stosunkach konsularnych lub też przez ogólniejsze odesłanie do prawa międzynarodowego wiążącego dane państwo. Subsydiarny charakter tej konstrukcji jest widoczny w przypadku bezpaństwowców czy uchodźców, gdzie zamiast prawa dostępu do konsula wskazuje się na prawo do kontaktu z Międzynarodowym Komitetem Czerwonego Krzyża, UNHCR lub innym organem międzynarodowym. Na tym tle można wnioskować o akcesoryjnym znaczeniu omawianej instytucji, której zasadniczą rolą jest zwiększenie efektywności realizacji praw człowieka cudzoziemców pozbawionych wolności, a także poprawa ich sytuacji, jeśli uwzględnimy zasadę równości traktowania. Zasadniczo nie budzi wątpliwości obowiązek państwa przyjmującego odnośnie do poinformowania cudzoziemca o możliwości skorzystania z pomocy konsularnej, która potencjalnie ma ogromne znaczenie dla rzeczywistego skorzystania z praw człowieka. Piszę „potencjalnie”, gdyż uprawnienie to nie jest skorelowane z obowiązkiem udzielenia pomocy. Natomiast nie można zaprzeczyć, że pewne próby kreowania takich obowiązków są podejmowane, podobnie jak to się czyni w kontekście opieki dyplomatycznej.