

dr Wojciech Burek

*Institut Europeistyki
Uniwersytet Jagielloński*

Czynności konsularne na rzecz uchodźcy w świetle Europejskiej konwencji o funkcjach konsularnych

1. Wprowadzenie

W 2011 roku, po 44 latach od przyjęcia, niespodziewanie weszła w życie Europejska konwencja o funkcjach konsularnych¹ (dalej jako Konwencja). Do jej wejścia w życie wymagane jest pięć ratyfikacji przez państwa członkowskie Rady Europy (art. 50). Mimo że w dniu jej przyjęcia, tj. 11 grudnia 1967 roku, podpisało ją pięć państw, to pierwsza ratyfikacja nastąpiła dopiero w 1976 roku (Norwegia), a kolejne w latach 80. ubiegłego wieku (Grecja, Portugalia Hiszpania). Wymagana do wejścia umowy w życie piąta ratyfikacja miała natomiast miejsce w 2011 roku. Na ten krok zdecydowała się Gruzja, która podpisała ją w 2010 roku, a ratyfikowała kilka miesięcy później. Mimo że sama Konwencja była stosowana tymczasowo przez państwa, które ją podpisały², to i tak jej formalne wejście w życie po tylu latach jest dużym zaskoczeniem.

Konwencja, opracowana zaledwie 4 lata po przyjęciu na forum ONZ Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych³ (dalej KWSK), była odpowiedzią państw Europy Zachodniej na dość lakoniczne ujęcie funkcji konsularnych w KWSK (art. 5). Konwencja w rozdziale piątym, zawierającym postanowienia ogólne, zamieszczonym bezpośrednio po rozdziałach dotyczących poszczególnych funkcji konsularnych, w dwóch artykułach odnosi się do specjalnej sytuacji uchodźców. Uchodźcom poświęcony jest również jeden z dwóch Protokołów do

¹ E.T.S. No. 61. Tłumaczenie na język polski (z istotnymi wadami translacyjnymi) jest dostępne na stronie internetowej biblioteki sejmowej. W dalszej części pracy będą czynione odwołania do tego tłumaczenia.

² P. Czubik, *Prawo dostępu do konsula*, Kraków 2011, s. 165 i literatura tam cytowana.

³ Dz. U. z 1982 r. Nr 13, poz. 98 załącznik.

Konwencji, przyjętych równocześnie z nią. Protokół dotyczący ochrony uchodźców⁴ nie wszedł jeszcze w życie, dotychczas został ratyfikowany przez trzy państwa (Norwegia, Portugalia, Gruzja). Do wejścia w życie, podobnie jak Konwencja, wymaga pięciu ratyfikacji. W odróżnieniu od Konwencji Protokół nie był i nie jest stosowany tymczasowo.

Specjalnych odwołań do sytuacji uchodźców nie ma zarówno w KWSK, jak i (poza kilkoma wyjątkami⁵) w dwustronnych umowach konsularnych. W związku z powyższym zakres regulacji czynności konsularnych na rzecz uchodźcy w Konwencji oraz Protokole do niej można uznać za wyjątkowy. W artykule omówione zostaną postanowienia dotyczące uchodźców, obu tych umów międzynarodowych oraz ich wzajemna relacja. Następnie uwaga zostanie zwrócona na podstawowe, z praktycznego punktu widzenia, zagadnienie z nimi związane – notyfikację konsularną w przypadku uchodźców. W zakończeniu podjęta będzie próba odpowiedzi na pytanie, czy regulacje dotyczące uchodźców zawarte w Konwencji oraz Protokole mogą być uznane za normy prawa zwyczajowego.

2. Analiza art. 47 i 48 Konwencji o funkcjach konsularnych

Treść analizowanych artykułów brzmi:

„Art. 47. Państwo przyjmujące nie będzie zobowiązane do uznania urzędnika konsularnego za uprawnionego do wykonywania funkcji konsularnych w imieniu obywatela Państwa wysyłającego lub występowania w jego imieniu bądź zajmowania się obywatelem Państwa wysyłającego, który stał się uchodźcą politycznym, czy to z przyczyn rasowych, narodowościowych, przekonań politycznych, czy religijnych.

Art. 48. W niniejszej Konwencji nic nie będzie naruszało specjalnego statusu i międzynarodowej ochrony przyznanej uchodźcom przez Strony Konwencji zgodnie z międzynarodowymi mechanizmami teraz czy w przyszłości”⁶.

Celem art. 47 jest przyznanie uprawnienia państwu przyjmującemu do wyłączenia kompetencji i możliwości działania urzędnika konsularnego państwa wysyłającego w stosunku do swojego obywatela, który stał się „uchodźcą polity-

⁴ E.T.S. No. 61a. Tłumaczenie na język polski dostępne na stronie internetowej biblioteki sejmowej.

⁵ Zob. P. Czubik, *op.cit.*, s. 262.

⁶ Wersja w języku angielskim:

“**Article 47** The receiving State shall not be obliged to recognise a consular officer as entitled to exercise consular functions on behalf of, or otherwise to act on behalf of or concern himself with, a national of the sending State who has become a political refugee whether for reasons of race, nationality, political opinion or religion.

Article 48 Nothing in the present Convention shall prejudice the special status and international protection accorded to refugees by the Parties to the Convention in conformity with international instruments, present or future”.

cznym, czy to z przyczyn rasowych, narodowościowych, przekonań politycznych, czy religijnych”, a w konsekwencji zapewnienie pewnej minimalnej ochrony „uchodźcom politycznym”. W raporcie wyjaśniającym do Konwencji⁷ wskazano, że użyte w nim pojęcie „uchodźca” jest szersze niż to, które wynika z art. 48, odsyłającego bezpośrednio do definicji uchodźcy zawartej w Konwencji genewskiej o statusie uchodźcy z 1951 roku⁸ (dalej Konwencja genewska) – art. 1 A par. 2 – oraz w Statucie Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców (UNHCR)⁹. Jednak mając na uwadze zawarte w tych dokumentach definicje, a w szczególności tę zawartą w Konwencji genewskiej¹⁰, można mieć wątpliwości, w jakim sensie pojęcie z art. 47 jest „szersze”. Co więcej, brak odwołania np. do wymienionej w niej „przynależności do określonej grupy społecznej” może sugerować, że w pewnych sytuacjach może być interpretowane zawężająco w stosunku do tej definicji. Nie jest jasne również, czy pojęcie to zawiera – występujące zarówno w Konwencji genewskiej, jak i Statucie UNHCR – odwołanie do „uzasadnionej obawy przed prześladowaniem”. Wątpliwości nie rozwiewają również uwagi wyjaśniające do art. 48. W raporcie wyjaśniającym wskazano, że przyjęto go na początku prac nad Konwencją, przy obecności przedstawiciela UNHCR, a sformułowanie „międzynarodowe mechanizmy” obejmuje również inne niż umowy dokumenty międzynarodowe¹¹.

Jaki jest w związku z tym zakres podmiotowy stosowania art. 47? Opierając się na raporcie wyjaśniającym, wskazującym, że definicja „uchodźcy” z art. 47 jest szersza niż definicje wynikające z innych dokumentów międzynarodowych, należy przyjąć, że uwzględni również osoby objęte tymi definicjami. Argument taki wzmacnia również interpretacja funkcjonalna art. 48 oraz standardów międzynarodowej ochrony uchodźców jako takich. Wydaje się, że ochrona uchodźców powinna obejmować również, w pewnych przypadkach, stosunki konsularne między państwem pochodzenia uchodźcy a państwem jego pobytu (przyjmującym z punktu widzenia prawa konsularnego). Opierając się na takiej interpretacji, art. 47 będzie miał zastosowanie zarówno do osób objętych międzynarodową ochroną, do jakiej odwołuje się art. 48, jak i do innych osób będących „uchodźcami politycznymi”. Tak więc z pewnością będą to osoby, które są uznane za uchodźców w oparciu o postanowienia Konwencji genewskiej oraz

⁷ Explanatory report, par. 207. Raport dostępny na stronie internetowej biura traktatowego Rady Europy – <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/061.htm> (dostęp: 15.02.2014).

⁸ Dz. U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515 ze zm.

⁹ Przyjęty Rezolucją 428 (V) Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 14 grudnia 1950 roku. Dostępny na stronie internetowej UNHCR – <http://www.unhcr.org/3b66c39e1.html> (dostęp: 19.02.2014).

¹⁰ Definicja w Statucie UNHCR (art. 6 A pkt. ii) nie zawiera m.in. odwołania do „przynależności do określonej grupy społecznej”.

¹¹ Explanatory report, par. 208–209.

Protokołu nowojorskiego z 1967 roku¹², który zlikwidował ograniczenie czasowe stosowania Konwencji genewskiej. Wydaje się, że będą nimi również osoby, które są w trakcie procedury uchodźczej. Przemawia za tym fakt, że jednym z elementów definicji uchodźcy jest niemożliwość lub niechęć do korzystania z ochrony państwa swojego pochodzenia. Tak więc jeszcze przed ostatecznym określeniem statusu osoby ubiegającej się o status uchodźcy należy objąć ją pewną ochroną. Zresztą uznanie za uchodźcę, zgodnie z art. 1 A pkt 2 Konwencji genewskiej, jak wskazuje UNHCR w swoim podręczniku dotyczącym procedur i kryteriów nadawania statusu uchodźcy, „nie sprawia (...), że ktoś staje się uchodźcą, lecz stwierdza, że nim jest”¹³. Dodatkowo tzw. klauzula ustania zawiera również punkt, że Konwencja genewska przestaje obowiązywać w stosunku do osoby, która „dobrowolnie zwróciła się (...) ponownie o ochronę państwa, którego jest obywatelem” (art. 1 C pkt 1). Przepis ten stosuje się do osób, którym przyznano status uchodźcy, jednak również do osób podlegających procedurze; dobrowolne zwrócenie się o ochronę do państwa pochodzenia przyniesie w wielu przypadkach negatywne konsekwencje, ponieważ będzie to potraktowane jako dowód, że ochrona innego państwa nie jest konieczna, a w konsekwencji niespełnione są przesłanki dla przyznania statusu uchodźcy. Wydaje się, że będą nimi także inne osoby, w stosunku do których, oprócz wyżej wskazanych, stosuje się zasadę zakazu wydalania lub zawracania (*non-refoulement*), uregulowaną w art. 33 ust. 1 Konwencji genewskiej¹⁴.

Sformułowanie „polityczni” z art. 47 może sugerować, że pojęcie to obejmuje również osoby, które uzyskały azyl „terytorialny”, który np. na gruncie prawa polskiego jest odrębną, od statusu uchodźcy, formą ochrony¹⁵. Pozostając na gruncie aktualnie (marzec 2014) obowiązującego prawa polskiego, można argumentować, że art. 47 mógłby mieć zastosowanie również do osób objętych ochroną uzupełniającą, ponieważ warunkiem jej uzyskania jest wykazanie (analogicznie jak w przypadku statusu uchodźcy), że ze względu na określone ryzyko osoba „nie może lub nie chce korzystać z ochrony kraju pochodzenia”¹⁶. Wydaje się, że brak chęci korzystania z ochrony państwa, z którego dana osoba ucieka, jest głównym

¹² Dz. U. z 1991 r. Nr 119, poz. 517.

¹³ *UNHCR Handbook*, par. 28. Polska wersja językowa dostępna na stronie: http://www.unhcr-centraleurope.org/_assets/files/content/resources/pdf_pl/legal_documents/Podrecznik-UNHCR-Zasady-i-tryb-ustalania-statusu-uchodzcy.pdf (dostęp: 22.02.2014).

¹⁴ Np. osoby, które są objęte procedura o uzyskanie subsydiarnej (odmiennej niż status uchodźcy) ochrony. Więcej na temat zakresu podmiotowego zasady *non-refoulement* – zob. A. Zimmermann, Art. 33 par. 1 [w:] A. Zimmermann, J. Dörschner, F. Machts (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*, Oxford 2011, s. 1369–1376.

¹⁵ Art. 56 Konstytucji RP (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), art. 90 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 680 ze zm.).

¹⁶ Art. 15 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP.

powodem wprowadzenia art. 47. Pomimo braku analogicznego sformułowania przy regulowaniu pobytu tolerowanego¹⁷, wydaje się, że również osoby posiadające zgodę na pobyt tolerowany byłyby objęte analizowanym przepisem Konwencji. Podobnie będzie z pobylem ze względów humanitarnych, który wprowadza nowa ustawa o cudzoziemcach z 2013 roku, która weszła w życie 1 maja 2014 roku¹⁸. Poszczególne państwa mają częściowo odmienne przepisy regulujące udzielanie cudzoziemcom ochrony na swoim terytorium. Jednak wspomniana wyżej ochrona uzupełniająca jest jedną z jej form, uregulowaną na poziomie UE w ramach wspólnej polityki azylowej, tak więc powyższe uwagi będą miały zastosowanie do tych trzech z pięciu państw stron Konwencji, które są członkami UE. Odrębną formą ochrony unijnej jest ochrona czasowa. Wydaje się jednak, że jej specyfika powoduje, iż osobą nią objęta nie w każdym przypadku może być uznana za „uchodźcę politycznego”¹⁹. Analogicznie jak w przypadku uchodźców, również osoby dopiero starające się o takie alternatywne formy ochrony (będące w trakcie procedury) są objęte zastosowaniem omawianego postanowienia.

Zakres przedmiotowy art. 47 wyznaczają sformułowania: „wykonywanie funkcji konsularnych”, „występowanie w imieniu” oraz „zajmowanie się” obywatelem państwa wysyłającego, który jest „uchodźcą”, oraz założenie, że państwo przyjmujące nie jest zobowiązane do uznawania urzędnika konsularnego jako uprawnionego do tych działań.

Wydaje się, że praktyczne zastosowanie tego przepisu będzie mocno ograniczone. Większość funkcji konsularnych jest wykonywana na wniosek osoby, która ma być nimi objęta, a nie z inicjatywy urzędnika konsularnego. Jeśli „uchodźca” sam wnioskuje o „zajmowanie się”, „występowanie w jego imieniu” oraz „wykonywanie funkcji konsularnych” przez konsula jego państwa pochodzenia, w wielu przypadkach będzie to sytuacja nieobjęta zastosowaniem analizowanego postanowienia. Nie wydaje się również, żeby to były przypadki częste w sytuacji, gdy istotą uchodźstwa jest szukanie ochrony w innym państwie, a dodatkowo zwrócenie się o pomoc do państwa pochodzenia może przynieść negatywne konsekwencje (np. klauzula ustania z art. 1 C pkt 1 Konwencji genewskiej). Warto jedynie zasygnalizować, że nie jest do końca jasne, kiedy ta przesłanka z klauzuli ustania będzie miała zastosowanie. Na przykład UNHCR w swoim podręczniku dotyczącym procedur i kryteriów nadawania statusu uchodźcy²⁰ wskazuje, że ma ona zastosowanie tylko wówczas, kiedy taka pomoc ze strony państwa pochodzenia

¹⁷ Art. 97 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP.

¹⁸ Dz. U. z 2013 r. poz. 1650 ze zm., art. 348.

¹⁹ Np. w przypadku wojny. Inaczej będzie natomiast w przypadku masowych naruszeń praw człowieka, za które odpowiadają władze państwa pochodzenia, a w szczególności w sytuacji, kiedy naruszenia praw człowieka są skierowane np. do grupy etnicznej, do której cudzoziemiec należy.

²⁰ *UNHCR Handbook*, par. 119.

rzeczywiście została udzielona²¹. W doktrynie wskazuje się, że uruchomienie tej klauzuli nie następuje w każdym przypadku zwrócenia się do państwa pochodzenia, a jedynie w tych przypadkach, kiedy „uchodźca” domaga się faktycznej ochrony²². Z tego punktu widzenia niektóre z czynności konsularnych być może nie powinny skutkować uchYLENIEM stosowania Konwencji genewskiej. Ciekawą sytuacją faktyczną może być konflikt pomiędzy państwem przyjmującym, które pragnie odmówić na podstawie art. 47 wykonywania czynności przez urzędnika konsularnego państwa wysyłającego, a decyzją samego „uchodźcy”, żeby wystąpić po pomoc do tego urzędnika. Wydaje się, że w tej sytuacji powinna zwyciężyć wola samego zainteresowanego.

Artykuł 47 będzie mógł być zastosowany zasadniczo jedynie w przypadku, kiedy to konsul państwa wysyłającego będzie domagał się wykonywania określonych czynności dotyczących „uchodźcy”. Tak będzie m.in. w przypadku wykonywania funkcji sądowych i administracyjnych, które np. na gruncie prawa polskiego konsul wykonuje w związku z wnioskiem sądu lub innego właściwego organu (m.in. doręczanie pism, przesłuchania stron)²³ czy też czynności z zakresu opieki nad „uchodźcą” lub kurateli nad nim lub nad jego mieniem²⁴. Nawet jednak w sytuacjach stosownych wniosków do państwa przyjmującego, dotyczących powyższych czynności, państwo to w świetle sformułowania z art. 47 Europejskiej konwencji o „niebyciu zobowiązany” jest jedynie uprawnione do odmowy. Może natomiast uwzględnić taki wniosek. Taki sposób regulacji jest prawidłowy, ponieważ Konwencja dotyczy jedynie stosunków konsularnych między państwami, tak więc nie powinna nakładać zobowiązań, które zasadniczo powinny wynikać z innych dziedzin prawa. Jednak istnienie pewnych ograniczeń tej swobody można wyprowadzić z art. 48, który mówi o nienaruszaniu statusu i międzynarodowej ochrony uchodźców, wynikających z innych „międzynarodowych mechanizmów”. Taka jest zresztą jedna z funkcji tego przepisu.

Skorzystanie przez państwo przyjmujące z „uprawnienia” zawartego w art. 47 może przynieść w pewnych przypadkach negatywne konsekwencje dla uchodźcy. Tak może być przede wszystkim w przypadku udzielenia zgody na wykonywanie czynności ochronnych nad „uchodźcą” zatrzymanym i pozbawionym wolności, a także – co jest z taką sytuacją bezpośrednio związane – nieodpowiedniego wykonywania własnych obowiązków wchodzących w zakres notyfikacji konsularnej. W tym kontekście można argumentować, że państwo przyjmujące jest jednak ograniczone. Wydaje się, że właśnie zagadnienie notyfikacji konsularnej

²¹ Więcej na temat interpretowania tej przesłanki ustania – zob. S. Kneebone, M. O’Sullivan, Article 1 C [w:] A. Zimmermann, J. Dörschner, F. Machts (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford 2011 s. 496–498.

²² B. Wierzbicki, *Uchodźcy w prawie międzynarodowym*, Warszawa 1993, s. 117.

²³ Art. 18 ustawy o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 215, poz. 1823 ze zm.).

²⁴ Art. 14 ustawy o funkcjach konsulów.

w kontekście analizowanych przepisów ma najistotniejsze znaczenie praktyczne i w związku z tym będzie omówione szerzej w dalszej części artykułu.

Drugi potencjalnie negatywny dla „uchodźcy” przypadek zastosowania art. 47 przez państwo przyjmujące będzie miał miejsce wówczas, kiedy państwo to odmówi wykonywania czynności konsularnych przez państwo wysyłające, a jednocześnie samo nie podejmie żadnych działań ochronnych w stosunku do „uchodźcy”. Konwencja, o czym już wspomniano, w związku z tym, że reguluje jedynie stosunki konsularne, nie wprowadza w tym zakresie żadnych obowiązków. Można je jednak wyprowadzić z regulacji międzynarodowych dotyczących ochrony osób, które z uzasadnionych przyczyn nie chcą lub nie mogą korzystać z ochrony swojego państwa pochodzenia (odesłanie z art. 48). Istnienie pewnych obowiązków w tym zakresie wydaje się konieczne, ponieważ w przeciwnej sytuacji osoba, która obawiając się negatywnych konsekwencji prawnych (np. klauzula ustania) i faktycznych (np. represje w stosunku do członków rodziny i innych osób znajdujących się pod jurysdykcją państwa obywatelstwa), nie wystąpiłaby o pomoc do urzędnika konsularnego państwa swojego obywatelstwa, mogłaby znaleźć się w swego rodzaju prawnej próżni. Szczegółowy zakres tych obowiązków nie jest jednak tematem niniejszego tekstu. Zagadnieniem wchodzących w zakres stosunków konsularnych jest natomiast możliwość wykonywania ochrony konsularnej *in favorem tertii* przez państwo przyjmujące, w sytuacji kiedy „uchodźca” opuści jego terytorium i znajdzie się w państwie trzecim. Sytuację tę reguluje Protokół dotyczący ochrony uchodźców.

3. Protokół dotyczący ochrony uchodźców

Protokół składa się z 8 artykułów. Artykuł 1 wskazuje zakres podmiotowy jego zastosowania przez wyraźne wskazanie, że dotyczy uchodźców w rozumieniu art. 48 Konwencji. Tak więc zgodnie z przytoczonymi wyżej wyjaśnieniami do art. 47 będzie miał węższe zastosowanie niż ten artykuł Konwencji. Postanowienia materialne Protokołu zawarte są w jego art. 2. Pozostałe artykuły (art. 3–8) dotyczą m.in. sposobu związywania się nim, zakazu składania zastrzeżeń, możliwości wypowiedzenia, roli depozytariusza, tak więc dotyczą kwestii, które w wielu bardziej rozbudowanych umowach międzynarodowych stanowią postanowienia końcowe. W związku z powyższym należy skupić uwagę przede wszystkim na art. 2, który brzmi:

„Art. 2. 1. Państwa sygnatariusze niniejszego Protokołu uznają prawo Umawiającej się Strony do odmowy uznania urzędnika konsularnego za uprawnionego do działania w imieniu obywatela swojego Państwa, który jest uchodźcą, bądź w inny sposób interesować się nim.

2. Urzędnik konsularny Państwa, gdzie ten uchodźca ma zwyczajowe miejsce zamieszkania, uprawniony jest do ochrony takiego uchodźcy oraz obrony jego praw i interesów zgodnie z Konwencją, w porozumieniu, kiedykolwiek jest to

możliwe, z Biurem Wysokiego Komisarza do Spraw Uchodźców lub jakąkolwiek inną agendą Narodów Zjednoczonych, która może się tym zająć”²⁵.

Na pierwszy rzut oka może się wydawać, że w ustępie pierwszym powtórzono jedynie normę zawartą w art. 47 Konwencji, z jednym ograniczeniem, tj. że ma zastosowanie, zgodnie z art. 1 Protokołu, jedynie do uchodźców w rozumieniu art. 48 Konwencji. Jednak analizując ten przepis w związku z treścią ustępu 2, należy wyciągnąć odmienny wniosek. Artykuł 47 dotyczy sytuacji, kiedy „uchodźca polityczny” przebywa w państwie przyjmującym i przyznaje temu państwu prawo do odmowy uznawania prawa urzędnika konsularnego państwa obywatelstwa tej osoby do m.in. wykonywania funkcji konsularnych w stosunku do niej. Natomiast art. 2 ust. 1 Protokołu ma zastosowanie do uchodźcy objętego ochroną przez państwo X, który znajduje się w państwie Y, w którym to państwie pewne czynności konsularne w stosunku do tej osoby chce wykonywać urzędnik konsularny państwa jej obywatelstwa (państwa Z). Tak więc, o ile w przypadku art. 47 Konwencji uprawnione było państwo X, to w przypadku tego przepisu jest nim państwo Y. W obu przypadkach państwem potencjalnie „poszkodowanym” (tym, któremu odmówiono wykonywania pewnych funkcji konsularnych) będzie państwo obywatelstwa uchodźcy, tj. państwo Z.

Ustęp 2 tego artykułu, jak wskazano w raporcie wyjaśniającym, „wypełnia lukę stworzoną przez” ust. 1²⁶. Urzędnik konsularny państwa, w którym uchodźca ma „zwyczajowe miejsce zamieszkania”, jest uprawniony do wykonywania ochrony *in favorem tertii*. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że przepis ten jest wyjątkiem od normy zwyczajowej, skodyfikowanej w art. 8 KWSK, wskazującej, że działania *in favorem tertii* wymagają zgody stosownego państwa (w tym przypadku byłoby to państwo obywatelstwa uchodźcy). Nie może dziwić sposób regulacji, który tak jak w przypadku redakcji art. 47 Konwencji, wskazuje, że urzędnik konsularny jest jedynie uprawniony „do ochrony takiego uchodźcy oraz obrony jego praw i interesów”. Protokół, podobnie jak Konwencja, reguluje stosunki konsularne, tak więc nie może zawierać postanowień zobowiązujących do podejmowania czynności wchodzących w tym przypadku w zakres standardów międzynarodowej ochrony uchodźców lub ewentualnie wynikających z prawa wewnętrznego dotyczącego udzielania cudzoziemcom ochrony przez dane państwo.

²⁵ Wersja w języku angielskim:

“**Article 2** 1. The States signatory to the present Protocol recognise the right of a Contracting Party to decline to admit a consular officer as being entitled to act on behalf of, or otherwise concern himself with, a national of his State who is a refugee.

2. The consular officer of the State where the refugee has his habitual residence shall be entitled to protect such a refugee and to defend his rights and interests in conformity with the Convention, in consultation, whenever possible, with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, or any other agency of the United Nations which may succeed it”.

²⁶ Explanatory report, par. 221. Zarówno do Konwencji, jak i jej dwóch Protokołów przyjęto wspólny raport wyjaśniający.

Wyjaśnienia wymaga natomiast sformułowanie, wskazujące, że uprawniony do ochrony jest urzędnik konsularny państwa, „gdzie ten uchodźca ma zwyczajowe miejsce zamieszkania”. W raporcie wyjaśniającym wskazano, że zdecydowano się na takie sformułowanie, odrzucając propozycje „stałe miejsce zamieszkania” oraz „państwo, gdzie uchodźca uzyskał status uchodźcy”. „Stale miejsce zamieszkania” odrzucono, żeby „nie wskazywać na stały zamiar pozostania w miejscu schronienia” przez uchodźcę. Drugą propozycję odrzucono, wskazując, że nie wszystkie państwa mają ustawodawstwo regulujące „status uchodźcy”²⁷. Powyższe wyjaśnienia nie pozwalają na jednoznaczne ustalenie, czy państwem uprawnionym do ochrony konsularnej będzie zawsze tylko państwo, które udzieliło uchodźcy ochrony, czy również, co może sugerować wykładnia literalna, państwo, które nie udzieliło uchodźcy ochrony, ale na którego terytorium ma „zwyczajowe miejsce zamieszkania”. Dokonując wykładni systemowej (odwołującej się do faktu, że państwo udzielając ochrony w pewnym sensie zastępuje państwo obywatelstwa cudzoziemca), a także patrząc z perspektywy państwa przyjmującego (możliwości obiektywnego ustalenia, które państwo ma podstawę prawną do udzielania ochrony konsularnej), należy interpretować ten przepis tak, że państwem uprawnionym jest jedynie państwo, które udzieliło uchodźcy ochrony, tj. przyznało status uchodźcy ewentualnie objęło procedurą o status uchodźcy²⁸ lub przyznało ochronę w związku z zasadą *non-refoulement*. W przypadku odmiennej interpretacji, na przykład takiej, że oba państwa (państwo, które przyznało ochronę, oraz państwo, w którym osoba ta ma „zwyczajowe miejsce zamieszkania”) posiadają takie uprawnienie, w sytuacji kiedy w państwie pobytu uchodźcy funkcjonowałyby ich urzędy konsularne, mogłoby dojść do zbiegu tych uprawnień. Jednak nawet w przypadku braku takiego konfliktu państwo przyjmujące, udzielając zgody na ochronę konsularną w stosunku do cudzoziemca wykonywaną przez urzędnika konsularnego państwa trzeciego (nie państwa obywatelstwa cudzoziemca), powinno opierać się na obiektywnym kryterium, a tym z pewnością będzie udokumentowany fakt objęcia ochroną cudzoziemca przez to państwo trzecie.

W dalszej części tego ustępu wskazano, że wykonywanie takich czynności ochronnych, o ile to możliwe, powinno odbywać się przy współpracy z biurem UNHCR lub innej stosownej agencji ONZ. W tym kontekście w raporcie wyjaśniającym wskazano, że w trakcie prac nad tekstem celowo zdecydowano się na określenie „kiedykolwiek jest możliwe”, mając na uwadze, że nie zawsze taki podmiot może być dostępny lub/i może mieć środki do współpracy²⁹.

²⁷ *Ibidem*, par. 222.

²⁸ Por. P. Czubik, *op. cit.*, s. 272. Zdaniem tego autora to właśnie ten aspekt był powodem użycia sformułowania „zwyczajowe miejsce zamieszkania”, zamiast „państwo, które udzieliło statusu uchodźcy”, tj. stosując pierwsze sformułowanie, zapewniono ochronę konsularną również osobom dopiero ubiegającym się o status uchodźcy.

²⁹ Explanatory report, par. 224.

4. Notyfikacja konsularna w przypadku uchodźcy pozbawionego wolności

Jak już wspomniano, wykonywanie funkcji ochronnych wobec uchodźcy pozbawionego wolności, a w konsekwencji także notyfikacja konsularna stanowi najistotniejsze, z praktycznego punktu widzenia, zagadnienie związane ze stosowaniem postanowień dotyczących uchodźców, jakie znalazły się w Konwencji oraz Protokole dotyczącym ochrony uchodźców.

Odsyłając do obszernych analiz dotyczących stosowania notyfikacji konsularnej w przypadku uchodźców i innych cudzoziemców objętych ochroną, przeprowadzonych przez P. Czubika³⁰, należy zwrócić uwagę jedynie na dwa zagadnienia.

Konwencja, w odróżnieniu od zasadniczo korzystniejszej z punktu widzenia uchodźców notyfikacji fakultatywnej zawartej w KWSK³¹, przewiduje notyfikację obligatoryjną (art. 6). Mając jednak na uwadze umiejscowienie art. 47 (rozdział 5 – postanowienia ogólne), art. 6 należy interpretować w świetle tego przepisu. Dodatkowo, zgadzając się z poglądami doktryny, wskazującymi, że pewna forma ochrony uchodźców w przypadku wykonywania notyfikacji ma charakter zwyczajowy³², należy argumentować, że w przypadku uchodźców państwo przyjmujące ma obowiązek zrezygnować z notyfikacji obligatoryjnej, wynikającej z art. 6, a w konsekwencji także odmówić (na podstawie art. 47 Konwencji) prawa udzielania ochrony konsularnej przez urzędnika konsularnego państwa pochodzenia uchodźcy pozbawionego wolności, w sytuacji kiedy wiedzę na temat zatrzymania zdobył z innych źródeł. Powyższe jest prawdziwe przede wszystkim w przypadku uchodźców, którym państwo przyznało status uchodźcy, a więc *de facto* zdecydowało o „zawieszeniu” więzi obywatelstwa uchodźcy z państwem pochodzenia oraz przejściu części ochrony nad nim. Jak wskazują P. Czubik i M. Kowalski, słabsze podstawy takiej argumentacji będą w sytuacji alternatywnych form ochrony³³, niemniej konieczność analogicznych działań ochronnych wydaje się oczywista.

³⁰ Zob. P. Czubik, *op. cit.*, s. 255–274, a także P. Czubik, M. Kowalski, *Pozbawienie wolności uchodźcy a problem notyfikacji konsularnej*, Państwo i Prawo 2005, z. 6, s. 81–90.

³¹ P. Czubik słusznie wskazuje na dwa problemy związane z regulacją w KWSK, gdzie co prawda wprowadzono notyfikację fakultatywną, ale jednocześnie nie odwołano się w żaden sposób do uchodźców. Po pierwsze, kwestie językowe i kulturowe, które mogą spowodować, że zapytany o ewentualny kontakt z konsulem państwa pochodzenia uchodźca może dość bezrefleksyjnie wyrazić zgodę, co w konsekwencji może np. uruchomić klauzulę ustania. Potencjalnie negatywne konsekwencje zwiększa dodatkowo stosowane w praktyce domniemanie (błędne w tej sytuacji) zgody przy wątpliwościach dotyczących wypowiedzi osoby pozbawionej wolności. Po drugie, w dwustronnych umowach konsularnych (będących *lex specialis* w stosunku do KWSK) zwykle pomija się regulowanie specjalnej sytuacji uchodźców w kontekście notyfikacji, przy jednoczesnym wprowadzaniu notyfikacji obligatoryjnej – P. Czubik, *op. cit.*, s. 260–261.

³² *Ibidem*, s. 263–265.

³³ P. Czubik, M. Kowalski, *op. cit.*, s. 85.

Konwencja nie daje odpowiedzi na pytanie, czy rezygnując w przypadku „uchodźców” z notyfikacji obligatoryjnej (art. 6), państwo przyjmujące ma obowiązek stosować notyfikację fakultatywną, czy też może zrezygnować z jakiegokolwiek informowania osoby pozbawionej wolności o możliwości kontaktu z konsulem jego państwa pochodzenia. Jeśli uznamy, że rezygnacja z notyfikacji obligatoryjnej dotyczy również osób będących w trakcie procedury uchodźczej, to wydaje się, że konieczna będzie notyfikacja fakultatywna. Za słusznością takiego wniosku przemawia fakt, że pewna grupa wniosków o status uchodźcy jest składana bez faktycznych podstaw do udzielenia jakiegokolwiek ochrony³⁴. W sytuacji takich wniosków brak informacji o możliwości skorzystania z pomocy konsula mógłby pogorszyć sytuację cudzoziemca pozbawionego wolności. Pomimo zastrzeżeń, jakie można wysunąć w stosunku do notyfikacji fakultatywnej w przypadku uchodźców³⁵, to jednak osoba bezpośrednio zainteresowana powinna podejmować ostateczną decyzję, czy chce, aby konsul państwa jej pochodzenia dowiedział się o sytuacji, w jakiej się znalazła.

Przechodząc do analizy postanowień Protokołu w świetle instytucji notyfikacji konsularnej oraz ewentualnej ochrony konsularnej uchodźcy pozbawionego wolności, należy zauważyć, że w tym kontekście nie tylko pojawia się zagadnienie charakteru notyfikacji konsularnej oraz umożliwienia wykonywania czynności ochronnych państwa obywatelstwa uchodźcy (art. 2 ust. 1), ale również analogiczne czynności w stosunku do państwa schronienia uchodźcy (art. 2 ust. 2). Odnośnie do pierwszego należy powtórzyć uwagi poczynione wyżej. Wydaje się, że w świetle celów, jakie ma spełniać ten przepis, specyfiki międzynarodowej ochrony uchodźców oraz co najmniej tworzącego się prawa zwyczajowego należy uznać, że państwo trzecie (państwo pobytu uchodźcy) powinno odstąpić od notyfikacji obligatoryjnej państwu obywatelstwa uchodźcy oraz odmówić wykonywania funkcji ochronnych przez to państwo, jeśli uchodźca nie wyraził na to zgody. Jeśli natomiast chodzi o państwo schronienia uchodźcy, to wydaje się, że powinno, po pierwsze, poinformować uchodźcę pozbawionego wolności o możliwości kontaktu z urzędnikiem konsularnym państwa schronienia oraz, po drugie, umożliwić taki kontakt, i to zarówno w przypadku kiedy uchodźca o to poprosi, jak i wówczas, kiedy konsul państwa schronienia podejmie takie czynności, działając w oparciu o niezależne źródło informacji. Ciekawy problem może się pojawić w sytuacji, kiedy urzędnik konsularny państwa schronienia będzie wyrażał chęć wykonywania funkcji ochronnych, a uchodźca pozbawiony wolności będzie wyraźnie się temu sprzeciwiał. Mając na uwadze, że celem Protokołu (wynikającym już z jego tytułu) jest ochrona uchodźcy, to państwo pobytu uchodźcy powinno kierować się wolą tej osoby.

³⁴ Na przykład wnioski Gruzinów, złożone w Polsce po zakończeniu wojny gruzińsko-rosyjskiej z 2008 roku, które w związku z ustaniem bezpośredniego zagrożenia zostały odrzucone.

³⁵ Zob. przypis 31.

5. Uwagi końcowe

Konwencja o funkcjach konsularnych i Protokół dotyczący ochrony uchodźców zawierają unikatowe regulacje dotyczące uchodźców. Na podstawie art. 47 Konwencji państwo przyjmujące ma prawo odmówić możliwości wykonywania funkcji konsularnych w stosunku do „uchodźcy politycznego” przez urzędnika konsularnego państwa jego obywatelstwa. W Protokole uregulowano sytuację, w której uchodźca znajduje się w państwie trzecim, tj. państwie, które nie udzieliło ochrony tej osobie. W świetle art. 2 Protokołu państwo trzecie z jednej strony ma prawo odmówić wykonywania funkcji konsularnych w stosunku do uchodźcy przez urzędnika konsularnego państwa obywatelstwa (ust. 1), a z drugiej powinno uznać uprawnienie państwa, które udzieliło uchodźcy schronienia, do wykonywania funkcji ochronnych w stosunku do tej osoby (ust. 2). Zarówno w przypadku Konwencji, jak i Protokołu pewnym problemem może być ustalenie zakresu podmiotowego stosowania tych przepisów. Wydaje się jednak, że należy przyjąć dość szeroki margines swobody, tj. obejmujący nie tylko osoby, które otrzymały status uchodźcy, ale również osoby w trakcie procedury uchodźczej oraz te objęte alternatywną ochroną.

W związku z faktem, że większość ochronnych funkcji konsularnych jest podejmowana na wniosek osoby zainteresowanej, szczególne znaczenie praktyczne tych przepisów ujawnia się (w przypadku Konwencji, która już weszła w życie, a wcześniej była stosowana tymczasowo) lub może się ujawnić (w przypadku Protokołu) w sytuacji pozbawienia wolności uchodźcy, a co za tym idzie sposobu wykonywania notyfikacji konsularnej oraz umożliwiania kontaktów urzędnika konsularnego z osobą pozbawioną wolności. W pełni uzasadniony wydaje się wniosek, że zarówno w przypadku objętym przepisem Konwencji, jak i przepisami Protokołu państwo pozbawiające wolności uchodźcę powinno stosować notyfikację fakultatywną i ewentualnie również uniemożliwić kontakt urzędnika konsularnego państwa obywatelstwa z uchodźcą.

Na koniec warto podjąć próbę odpowiedzi na pytanie, czy omawiane regulacje mogą być traktowane jako odzwierciedlające normy prawa zwyczajowego. W tym kontekście można powołać np. pogląd B. Wierzbickiego, który uważa, że państwo obywatelstwa osoby szukającej ochrony w innym państwie traci swoje uprawnienia ochronne i nie powinno podejmować takich czynności³⁶. W raporcie wyjaśniającym do Protokołu przywołano podobny pogląd wyrażony w trakcie negocjacji przez trzy państwa, które sprzeciwiały się wprowadzeniu art. 2 ust. 1, uznając, że prawo do odmowy możliwości wykonywania funkcji konsularnych przez urzędnika konsularnego państwa obywatelstwa uchodźcy jest dobrze ukształtowane w praktyce międzynarodowej, a uregulowanie tego w umowie międzynarodowej

³⁶ B. Wierzbicki, *op. cit.*, s. 104.

„jest zbędne, a nawet niebezpieczne”³⁷. Wniosek taki potwierdza również analiza stosowania i interpretowania przepisów dotyczących notyfikacji konsularnej. Wydaje się, że rzeczywiście uznaną praktyką międzynarodową jest przyznanie pewnego minimalnego zakresu zabezpieczenia interesu uchodźcy³⁸. Jednak w związku z wieloma wątpliwościami dotyczącymi zagadnień szczegółowych (np. zakres podmiotowy pojęcia „uchodźca”, zakres ochrony *in favorem tertii*³⁹) trudno traktować analizowane postanowienia jako w całości odzwierciedlające aktualną praktykę międzynarodową, a tym bardziej prawo zwyczajowe.

³⁷ Explanatory report, par. 223.

³⁸ Przykłady z praktyki wybranych państw – zob. P. Czubik, *op. cit.*, s. 263–264.

³⁹ W tym kontekście można odwołać się np. do par. 16 Załącznika do Konwencji genewskiej dotyczącego dokumentów podróży uchodźcy, w którym wyraźnie wskazano, że wydanie genewskiego dokumentu podróży nie uprawnia do ochrony ani nie daje prawa do takiej ochrony państwu wystawiającemu ten dokument.