



Ewolucja immunitetów

mających swoje źródło w prawie
międzynarodowym



**pod redakcją
Izabeli Skomerskiej-Muchowskiej**



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

Ewolucja immunitetów



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

Ewolucja immunitetów

mających swoje źródło w prawie
międzynarodowym

pod redakcją
Izabeli Skomerskiej-Muchowskiej



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

ŁÓDŹ 2014

Izabela Skomerska-Muchowska – Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji
Katedra Europejskiego Prawa Konstytucyjnego, 90-232 Łódź, ul. Kopcińskiego 8/12

RECENZENT

Jerzy Kranz

REDAKTOR WYDAWNICTWA UŁ

Bogusława Kwiatkowska

SKŁAD I ŁAMANIE

AGENT PR

PROJEKT OKŁADKI

czartart.com: Magdalena Muszyńska, Izabela Surdykowska-Jurek

Zdjęcia wykorzystane na okładce:

© Brian Jackson – Fotolia.com

© Alex White – Fotolia.com

© Copyright by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2014

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
Wydanie I. W. 06576.14.0.K

ISBN 978-83-7969-407-5

ISBN (ebook) 978-83-7969-769-4

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-131 Łódź, Lindleya 8
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. (42) 665 58 63, faks (42) 665 58 62

Spis treści

<i>Izabela Skomerska-Muchowska</i> – Wprowadzenie do problematyki ewolucji immunitetów mających swoje źródło w prawie międzynarodowym	7
<i>Marcin Kalduński</i> – Immunitet państwa. Nowe tendencje i wyzwania	15
<i>Christophe Swinarski</i> – Kadr normatywny immunitetu jurysdykcyjnego państwa w prawie międzynarodowym (w kontekście Europejskiej Konwencji Praw Człowieka)	37
<i>Anna Wyrozumska</i> – Rozróżnienie immunitetu państwa oraz immunitetów dyplomatycznych	53
<i>Michał Balcerzak</i> – Immunitety międzynarodowe w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	75
<i>Ireneusz C. Kamiński</i> – Immunitet jurysdykcyjny państwa między klasycznym prawem międzynarodowym a prawem praw człowieka – uwagi na kanwie wyroku Al-Adsani przeciwko Wielkiej Brytanii	93
<i>Piotr Grzebyk</i> – Zatrudnianie pracowników w placówkach państw obcych na terenie Polski – zagadnienie immunitetu jurysdykcyjnego w sprawach cywilnych	105
<i>Jerzy Menkes</i> – Immunitet jurysdykcyjny organizacji międzynarodowej – immunitet jurysdykcyjny państwa: kierunki wektorów	123
<i>Władysław Czapliński</i> – Immunitet wysokich funkcjonariuszy państwa w orzecznictwie MTS	153
<i>Jacek Skrzydło</i> – Immunitet państwa a immunitet przedstawiciela państwa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych	163
<i>Tomasz Ostropolski</i> – Immunitet personalny najwyższych funkcjonariuszy państwa – problemy najnowszej praktyki	169
<i>Karolina Wierczyńska</i> – Immunitet urzędującej głowy państwa – kilka uwag na marginesie spraw toczących się przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym	189
Wykaz skrótów	207

Izabela Skomerska-Muchowska

Wprowadzenie do problematyki ewolucji immunitetów mających swoje źródło w prawie międzynarodowym

Problematyka immunitetów mających swoje źródło w prawie międzynarodowym jest jednym z najszerzej dyskutowanych zagadnień w doktrynie zarówno prawa międzynarodowego, jak i poszczególnych dziedzin prawa krajowego, w ramach których immunitety te są realizowane¹. Niniejsza publikacja poświęcona jest zachodzącym obecnie zmianom, jakim poddawane są różne postaci immunitetów (w szczególności immunitet państwa, funkcjonariuszy państwa, immunitety dyplomatyczne oraz immunitet organizacji międzynarodowych). Założeniem autorów jest udzielenie odpowiedzi na ogólne, ale niezwykle ważne pytanie: w jakim stopniu i zakresie immunitety muszą pozostać niewzruszalne w interesie

¹ Należy wskazać przede wszystkim: H. Lauterpacht, *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, BYIL 1951, vol. 28; X. Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge 2012; J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Haga 1997; H. Fox, *The Law of the State Immunity*, Oxford 2008; J. W. Dellapenna, *Foreign State Immunity in Europe*, 5 N.Y. INT'L L. REV. 51, 61 (1992); A. Wyrozumska, *Polskie sądy wobec immunitetu państwa obcego*, PiP 2000, z. 3; Ch. Tomuschat, *The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law” 2011, vol. 44; S. Knuchel, *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*, „Northwestern Journal of International Human Rights” 2011, vol. 9; A. Orakhelashvili, *State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong*, EJIL 2008, vol. 18, no. 5; L. M. Caplan, *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, AJIL 2003, vol. 97; I. Wuerth, *International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case*, „Melbourne Journal of International Law” 2012, vol. 13; M. Wasiński, *Immunitet państwa a jurysdykcja terytorialna (na tle orzeczenia SN w sprawie Natoniewski v. RFN)*, PiP 2012, z. 10; A. Wyrozumska, *Zajęcie i egzekucja z konta bankowego ambasady*, PiP 2012, z. 10; P. Grzegorzczak, *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010.

utrzymania porządku międzynarodowego i zapewnienia sprawnego funkcjonowania państwa lub organizacji międzynarodowej w stosunkach międzynarodowych, w jakim zaś powinny być ograniczone, np. w interesie ochrony jednostki, w tym ochrony jej praw podstawowych.

Najwięcej kontrowersji i problemów praktycznych budzi obecnie immunitet państwa. Jest on koncepcją prawa międzynarodowego wywodzącą się z zasady *par in parem non habet imperium*, zgodnie z którą państwo, bez swojej zgody, nie może podlegać jurysdykcji innego państwa. Obecnie nie ulega wątpliwości, że immunitet państwa znajduje podstawę prawną nie tylko w ogólnych zasadach prawa międzynarodowego, ale przede wszystkim w normach zwyczajowych tego prawa. Rozwój stosunków międzynarodowych i coraz dalej idąca aktywność państw w sferach tradycyjnie regulowanych prawem prywatnym spowodowały, że koncepcja absolutnego immunitetu została wyparta przez teorię ograniczonego immunitetu państwa. Zgodnie z tą ostatnią państwo korzysta z immunitetu w zakresie działań władczych (*iure imperii*), ale nie w zakresie działań prywatnoprawnych (*iure gestionis*). Od lat 70. XX w. teoria ograniczonego immunitetu znalazła swój wyraz zarówno w aktach prawa międzynarodowego, jak i krajowego. Mimo stosunkowo powszechnej praktyki potwierdzającej istnienie normy zwyczajowej, stanowiącej podstawę odmowy uznania immunitetu w odniesieniu do działań *de iure gestionis*, zakres tej normy nadal budzi szereg wątpliwości. W szczególności są one widoczne w praktyce sądów krajowych, która wykazuje istotne rozbieżności w interpretacji pojęcia czynności *de iure imperii* i *de iure gestionis*. W niektórych przypadkach szeroka interpretacja działań prywatnoprawnych państwa prowadzi do wyłączenia immunitetu w odniesieniu do działań, które dotychczas traktowane były jako wykonywanie władztwa publicznego².

Obok wyjątku opartego na prywatnoprawnym charakterze czynności w XX w. pojawiła się koncepcja wyłączenia immunitetu w zakresie odpowiedzialności deliktowej państwa za czyny popełnione w całości lub części na terytorium państwa forum, na którym sprawca szkody był obecny (tzw. *tort exception*)³. Zgodnie z wyjaśnieniami Komisji Prawa Międzynarodowego wyłączenie immunitetu w takiej sytuacji stanowi wyjątek od ogólnej zasady immunitetu państwa w zakresie odpowiedzialności deliktowej i odpowiedzialności cywilnej wynikającej z działań lub zaniechań, które spowodowały uszkodzenie ciała osoby fizycznej lub szkodę w jej własności. Immunitet jurysdykcyjny w sprawach cywilnych ma swoje źródło i przyczynę w zapewnieniu stabilności prawa międzynarodowego

² Zob. M. Kałduński, *Immunitet państwa. Nowe tendencje i wyzwania*, s. 9 i nast.

³ Znajduje to potwierdzenie w art. 11 Konwencji Bazylejskiej, który wyłącza powołanie się przez pozwane państwo na immunitet jurysdykcyjny w sprawach o zadośćuczynienie za uszkodzenie ciała lub naprawienie szkody wyrządzonej w mieniu, jeżeli uszkodzenie to lub szkoda wynikły wskutek zdarzeń, które miały miejsce na terytorium państwa sądu orzekającego, a sprawca był obecny na tym terytorium, kiedy doszło do tych zdarzeń. Podobne rozwiązania przewidziano w art. 12 konwencji Narodów Zjednoczonych o immunitecie państwa.

i ochronie dobrych stosunków między państwami. Oznacza to, że pojawiający się wyjątek powinien być interpretowany wąsko. Będzie on miał zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do szkód materialnych. Działanie lub zaniechanie będące przyczyną szkody musi mieć miejsce w całości lub części na terytorium państwa forum, a sprawca musi być tam obecny. Charakter aktu stanowiącego przyczynę szkody (*de iure imperium, de iure gestionis*) pozostaje przy tym bez znaczenia. *Tort exception* będzie miał zatem zastosowanie m.in. do działań sił zbrojnych państwa na terytorium innego państwa. Prawem właściwym dla określenia istnienia i zakresu odpowiedzialności jest *lex delicti commissi*. Uzasadnieniem dla ograniczenia immunitetu państwa w opisanych sytuacjach jest konieczność zapewnienia jednostkom środków ochrony prawnej i dostępu do wymiaru sprawiedliwości w sytuacji doznania szkody na osobie lub szkody materialnej. Nadal jednak wątpliwe pozostaje zastosowanie *tort exception* do szkód powstałych wskutek konfliktu zbrojnego⁴.

Również rozwój prawa międzynarodowego, w szczególności zmiana statusu jednostki, w tym wzmocnienie międzynarodowej ochrony praw człowieka, oraz coraz szersza akceptacja norm peremptoryjnych (*ius cogens*) w prawie międzynarodowym są uznawane za czynniki ograniczające możliwość powoływania się przez państwo na immunitet. Zgodnie z art. 53 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. normą peremptoryjną jest taka norma powszechnego prawa międzynarodowego, która została przyjęta i uznana przez międzynarodową społeczność państw jako całość za normę, od której żadne odstępstwo nie jest dozwolone i która może być zmieniona jedynie przez późniejszą normę postępowania prawa międzynarodowego o tym samym charakterze. Katalog norm uznanych powszechnie za *ius cogens* pozostaje nadal wąski i obejmuje zakaz agresji, ludobójstwa, niewolnictwa, dyskryminacji rasowej, zbrodni przeciwko ludzkości i tortur oraz prawo do samostanowienia⁵. Są to materialne reguły postępowania, które zakazują zachowań niemożliwych do zaakceptowania ze względu na zagrożenie,

⁴ A. Gattini, *To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals' Claims for War Damage*, JIICJ 2003, vol. 1; idem, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, JIICJ 2005, vol. 3; M. Panezi, *Sovereign Immunity and Violations of Jus Cogens Norms*, *Revue hellénique de droit international* 56 (2003), s. 200; E. Castorina, E. Raffiotta, *Jurisdictional Immunity of a Sovereign State in Italy: FRG vs. Italian Republic*; P. Franzina, *State Immunity in Respect of Serious Violations of Human Rights: the Case Law of the Italian Supreme Court in the Eve of its Appraisal by the ICJ*, [w:] W. Czapliński, B. Łukańko, *Problemy prawne w stosunkach polsko-niemieckich u progu XXI wieku*, Warszawa 2009, odpowiednio s.112 i 118; P. Da Sena, F. Da Vittor, *State Immunity and Human Rights: the Italian Supreme Court Decision in the Ferrini case*, EJIL 16 (2005), s. 89; A. Ciampi, *The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case Relating to the Second World War, The Civitella Case*, JIICJ 7 (2009), s. 597.

⁵ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001), United Nations 2008, s. 112; A. Wyrozumska, *Zajęcie i egzekucja z konta bankowego ambasady* (w niniejszym tomie).

jakie stwarzają dla państw, ich narodów oraz podstawowych wartości człowieka⁶. Naruszenie tych norm powoduje bezprawność i w konsekwencji nielegalność sytuacji powstałych w skutek naruszenia. Trudno jednak na podstawie praktyki i opinii doktryny uznać, że naruszenie międzynarodowych norm *ius cogens* może samo w sobie pozbawiać państwo immunitetu. Oznaczałoby to bowiem znaczne rozszerzenie zakresu skutku norm *ius cogens*⁷. Jako normy prawa materialnego nie określają one i nie determinują reguł proceduralnych dochodzenia roszczeń na płaszczyźnie prawa krajowego. Tymczasem immunitet państwa jest normą proceduralną uniemożliwiającą prowadzenie postępowania przeciwko państwu⁸. Choć jego źródło stanowi zasada suwerennej równości państw, pozostaje on środkiem proceduralnym mającym na celu zapewnienie jej ochrony⁹.

Immunitet państwa, podobnie jak inne immunitety mające swoje źródło w prawie międzynarodowym, coraz częściej jest konfrontowany z prawami człowieka¹⁰, w szczególności z prawem do sądu. Jako norma blokująca postępowania

⁶ *Ibidem*, s. 85.

⁷ Zob. art. 53 Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów z 1960 r. Zob. też m.in. orzeczenia: Międzynarodowego Trybunału Karnego d.s. byłej Jugosławii z dnia 10 grudnia 1998 r. w sprawie IT-95-17/1-T, *Prosecutor v. Furundzija*, ILM, vol. 38, no. 2 (March 1999), s. 317, i Brytyjskiej Izby Lordów w sprawie *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, ILR, vol. 119.

⁸ Odmienne: Ch. Swinarski, *Kadr normatywny immunitetu jurysdykcyjnego państwa w prawie międzynarodowym (w kontekście Europejskiej Konwencji Praw Człowieka)*, (w niniejszym tomie) który uznaje immunitet państwa za normę materialną.

⁹ Por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2010 r., w sprawie Winicjusza Natoniewskiego, sygn. akt CSK 465/09, w którym Sąd, dowołując się do poglądów doktryny, stwierdził, że „nie może być mowy o sprzeczności między normami przyznającymi państwu immunitet a normami *iuris cogens*, ponieważ chodzi o dwa różne rodzaje norm. Pierwsze mają charakter procesowy, a drugie materialnoprawny, dlatego nie można wywodzić z normy zakazującej tortur nakazu uchylenia immunitetu państwa w sprawach o zadośćuczynienie za tortury, podobnie jak nie można z normy statuującej immunitet wyprowadzić sensownie normy zezwalającej na stosowanie tortur. Materialna norma prawa międzynarodowego publicznego, nie gwarantując możliwości jej sankcjonowania przed zagranicznym sądem krajowym, nie może tym samym kolidować z normą dotyczącą immunitetu państwa, która to sankcjonowanie uniemożliwia. Odrębność, z jednej strony, materialnych gwarancji w dziedzinie praw człowieka, a z drugiej, procesowego obowiązku udzielenia ochrony w sferze tych praw, daje się uzasadnić założeniami prawa międzynarodowego publicznego, respektującymi suwerenność poszczególnych państw. Immunitet państwa, choć stoi na przeszkodzie zbadaniu legalności postępowania państwa przed sądami zagranicznymi, nie wyklucza załatwienia sporu z udziałem państwa metodami typowymi dla prawa międzynarodowego publicznego”. Zob. też powołane w wyroku orzecznictwo ETPC i sądów krajowych oraz wyrok MTS z dnia 14 lutego 2002 r. w sprawie Kongo przeciwko Belgii. W wyroku tym Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości potwierdził oparty na prawie zwyczajowym immunitet osób sprawujących najwyższe funkcje państwowe i nie dopatrzył się na obecnym etapie rozwoju tego prawa wyjątku od wskazanego immunitetu.

¹⁰ Ch. Swinarski, *Kadr normatywny immunitetu jurysdykcyjnego państwa w prawie międzynarodowym...*; M. Balcerzak, *Immunitety w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, s. 67 i nast.

nie przeciwko innemu państwu, niewątpliwie ogranicza on prawo gwarantowane w art. 6 EKPC. Europejski Trybunał Praw Człowieka, rozstrzygając sprawy, w których kwestionowana jest zgodność stosowania norm o immunitacie z Konwencją, odwołuje się do obowiązujących w tym zakresie norm zwyczajowych powszechnego prawa międzynarodowego, a jego stanowisko uwzględnia funkcję immunitetu w prawie międzynarodowym¹¹. Jednocześnie praktyka Trybunału potwierdza rozwój norm zwyczajowych ograniczających immunitet państwa, zwłaszcza w stosunkach zatrudnienia w placówkach konsularnych i dyplomatycznych państw¹². Ograniczenia te jednak nie wynikają wprost z Konwencji, ale ze zwyczajowego prawa międzynarodowego, a państwa strony Konwencji są zobowiązane je stosować, aby zapewnić poszanowanie praw gwarantowanych Konwencją. Postulaty relatywizacji immunitetu i przyjęcia jego autonomicznego znaczenia na gruncie ETPC nie znajdują odzwierciedlenia w praktyce orzeczniczej Trybunału. Immunitet państwa jako instytucja powszechnego prawa międzynarodowego może pełnić swoją funkcję jedynie, jeśli właśnie w ten sposób określony jest jego charakter normatywny. Nadanie mu autonomicznego charakteru na gruncie wyodrębnionego reżimu traktatowego podważałoby samą istotę prawa i porządku międzynarodowego. Europejski Trybunał Praw Człowieka wydaje się właściwie postrzegać swoją rolę nie tylko jako sądu praw człowieka, ale również międzynarodowego trybunału rozstrzygającego o zobowiązaniach państw, w niektórych przypadkach również wynikających z powszechnego prawa międzynarodowego, w zgodzie z tym prawem.

Immunitet państwa opiera się na normach zwyczajowych powszechnego prawa międzynarodowego, które częściowo znalazły swój wyraz w Konwencji ONZ o immunitacie państwa i jego własności z 2004 r. Konwencja ta, powstała m.in. w wyniku prac Komisji Prawa Międzynarodowego, stanowi w znacznej mierze kodyfikację obowiązującego prawa międzynarodowego, a w pewnym zakresie stanowi element kształtowania się nowych norm. Choć nie weszła ona jeszcze w życie, jak zauważają Autorzy, jest ona powoływana przez sądy jako wyraz prawa zwyczajowego.

Zwyczajowy charakter norm regulujących immunitet państwa powoduje, że szczególne znaczenie przy rozstrzygnięciu istnienia i zakresu immunitetu państwa w konkretnych sprawach ma dialog sędziowski z innymi sądami, w tym sądami międzynarodowymi. Uwzględnianie praktyki sądów innych jurysdykcji, zarówno afirmatywne, jak i krytyczne, ma istotne znaczenie dla rozwoju prawa o immunitacie państwa. Postulat kierowany przez Autorów niniejszej publikacji do sędziów krajowych podkreśla ich rolę jako nie tylko organów stosujących prawo międzynarodowe, ale również je współkształtujących.

¹¹ Zob. I. C. Kamiński, *Immunitet jurysdykcyjny państwa między klasycznym prawem międzynarodowym a prawem praw człowieka – uwagi na kanwie wyroku Al-Adsani przeciwko Wielkiej Brytanii* (w niniejszym tomie).

¹² Zob. M. Balcerzk, *op. cit.*, I. C. Kamiński, *op. cit.*

W praktyce występuje szereg problemów dotyczących rozróżnienia poszczególnych rodzajów immunitetów, zwłaszcza immunitetu państwa i immunitetów dyplomatycznych. W praktyce polskiej, mimo że teoretycznie immunitety te w oczywisty sposób różnią się co do przedmiotu i zakresu, sądy mają niekiedy trudności w dokonaniu rozróżnienia w konkretnej sprawie. Szczególnie problematyczne sprawy dotyczą przedstawicieli dyplomatycznych lub pomieszczeń misji dyplomatycznych (placówek konsularnych), ich majątku, zatrudnienia w placówkach dyplomatycznych i konsularnych. Misje dyplomatyczne, placówki konsularne i inne misje nie korzystają z odrębnej od państwa wysyłającego osobowości prawnej. Było to podkreślane w orzecznictwie polskim i innych państw europejskich w sprawach wnoszonych przeciwko przedstawicielom dyplomatycznym, ambasadom, konsulatom itp. W konsekwencji czasami uznawano, że pozwanym jest w istocie państwo lub też odrzucano pozew, często błędnie przyjmując, że zastosowanie mają immunitety dyplomatyczne¹³. Mimo kodyfikacji prawa zwyczajowego dokonanej w art. 11 Konwencji o immunitecie państwa i jego własności, kwestie dotyczące stosunków zatrudnienia nadal stanowią problematyczny obszar dla praktyki krajowej¹⁴.

Rozwój prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych prowadzi do rozszerzania zakresu podmiotowego immunitetów. Obok immunitetów przysługujących państwu i jego funkcjonariuszom coraz istotniejszy staje się problem immunitetów organizacji międzynarodowych¹⁵. Inaczej niż w przypadku państw, trudno znaleźć w prawie międzynarodowym materialną podstawę (analogiczną do zasady suwerennej równości państw) do uznania immunitetu organizacji międzynarodowych za immamentną normę powszechnego prawa międzynarodowego. Wytworzenie się norm powszechnego prawa międzynarodowego w tej dziedzinie również napotyka trudności wynikające m.in. z funkcjonalnego charakteru organizacji międzynarodowych, którego konsekwencją jest niejednorodność kategorii organizacji międzynarodowych. Problematyczny jest również zakres immunitetu i dopuszczalne wyjątki – czy immunitet organizacji powinien mieć charakter absolutny, czy dopuszczalne są wyjątki, a jeśli tak, to czy ich zakres powinien być analogiczny do przesłanek wyłączenia immunitetu państwa, czy też powinien odzwierciedlać specyfikę tych podmiotów prawa międzynarodowego i obejmować jedynie działania związane z realizacją funkcji i celów danej organizacji międzynarodowej.

Jednym z rozwiązań problemów związanych ze stosowaniem w praktyce immunitetu jest przyjęcie ustawy krajowej, tak jak to ma miejsce na przykład w Sta-

¹³ A. Wyrozumska, *Rozróżnienie immunitetu państwa oraz immunitetów dyplomatycznych*, s. 44 i nast.

¹⁴ P. Grzebyk, *Zatrudnianie pracowników w placówkach państw obcych na terenie Polski – zagadnienie immunitetu jurysdykcyjnego w sprawach cywilnych* (w niniejszym tomie).

¹⁵ J. Menkes, *Immunitet jurysdykcyjny organizacji międzynarodowej – immunitet jurysdykcyjny państwa: kierunki wektorów* (w niniejszym tomie).

nach Zjednoczonych¹⁶. Praktyka amerykańska wskazuje jednak, że nadal aktualny pozostaje problem rozróżnienia immunitetu państwa i immunitetu personalnego najwyższych urzędników. Warto zauważyć w tym kontekście istotny wpływ, jaki na orzecznictwo sądów amerykańskich wywierają stanowiska prezentowane przez rząd amerykański w kwestii istnienia i zakresu immunitetów przysługujących najwyższym przedstawicielom państw obcych.

Problemy dotyczące stosowania immunitetów personalnych najwyższych urzędników państwa pojawiły się w ostatnim czasie również w praktyce międzynarodowej. Wiążą się one przede wszystkim z uznaniem istnienia czynów zakazanych przez prawo międzynarodowe – przestępstw międzynarodowych oraz w konsekwencji z działalnością trybunałów *ad hoc* do spraw byłej Jugosławii i Rwandy, utworzeniem Międzynarodowego Trybunału Karnego, a także szeregiem postępowań przeciwko głowom państw i innym osobistościom toczących się przed sądami krajowymi (m.in. sprawą Pinocheta przed angielską Izbą Lordów). Podstawowy problem stanowi odpowiedź na pytanie, czy w sytuacji, gdy odpowiedzialność karna jednostek za zbrodnie przeciwko prawu międzynarodowemu nie budzi wątpliwości, możliwe jest utrzymanie ochrony najwyższych urzędników państwowych przez przyznanie im immunitetu. Zagadnienie to stało się przedmiotem rozstrzygnięć zarówno MTS¹⁷, jak i międzynarodowych trybunałów karnych¹⁸. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości wydaje się chronić interesy państw przez restrykcyjne podejście do wyłączenia immunitetu ich najwyższych funkcjonariuszy. Jednocześnie jednak dostrzega, że w przypadku międzynarodowych trybunałów karnych kwestia immunitetu została uregulowana w ich statutach, które jednak ustanawiają reżim specjalny i nie mogą być uznawane za przejaw tworzenia się norm powszechnego prawa międzynarodowego (w konsekwencji MTS uznaje te postanowienia za irrelevantne). W istocie postanowienia dotyczące wyłączenia immunitetów mogą być interpretowane jako zrzeczenie się przez państwa-strony immunitetu w zakresie objętym jurysdykcją trybunałów karnych.

Ograniczenia immunitetów mających swoje źródło w prawie międzynarodowym wynikają z ewolucji prawa międzynarodowego. Wydaje się jednak, że teza o erozji suwerenności państw, a co za tym idzie ochrony gwarantowanej przez prawo międzynarodowe w postaci immunitetów, jest nieuzasadniona. Ostrożność, z jaką podchodzą do ograniczeń immunitetów sądy międzynarodowe, w szczególności MTS, dowodzi, że podstawowa zasada, na której opiera się prawo

¹⁶ J. Skrzydło, *Immunitet państwa a immunitet przedstawiciela państwa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych* (w niniejszym tomie).

¹⁷ W. Czapliński, *Immunitet wysokich funkcjonariuszy państwa w orzecznictwie MTS* (w niniejszym tomie); T. Ostropolski, *Immunitet personalny najwyższych funkcjonariuszy państwa – problemy najnowszej praktyki* (w niniejszym tomie).

¹⁸ K. Wierczyńska, *Immunitet urzędującej głowy państwa przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym – uwagi na marginesie sprawy Omara Bashira* (w niniejszym tomie).

międzynarodowe – zasada równej suwerenności państw – pozostaje niezmienną. Jej ograniczenia są dopuszczalne w zakresie koniecznym dla ochrony podstawowych wartości, na których opiera się prawo międzynarodowe, nie mogą jednak prowadzić do naruszenia jej istoty.

Opracowanie obejmuje stan prawny na dzień 30 marca 2011 r.

Marcin Kałduński

Immunitet państwa. Nowe tendencje i wyzwania

Prawo międzynarodowe podlega ciągłemu rozwojowi i ewolucji. Odnosi się to m.in. do tak podstawowych instytucji prawa międzynarodowego jak immunitet państwa. Najnowsze orzecznictwo sądów krajowych daje podstawę do badania tej instytucji oraz wykazywania ewolucji i rozwoju prawa międzynarodowego. Przykładem tego jest wyrok polskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Natoniewskiego* z 2010 r.¹ Oczywiście nie można zapominać przy tym o pozostałej praktyce państw, na którą składają się działania władz ustawodawczych i wykonawczych. To i inne orzeczenia, jak również pozostałe elementy praktyki państw, stanowią asumpt do zbadania najnowszych tendencji w prawie o immunitecie państw, a co zatem idzie, wyzwań leżących przed prawem międzynarodowym.

Przegląd praktyki państw skłania ku postawieniu pewnych tez, z którymi można się co prawda nie zgodzić, ale trudno przy tym odmówić występowania pewnych faktów w praktyce państw. Poniższe tezy stanowią efekt badań autora nad immunitetem państwa, przy czym nie oznacza to, że każda z poniżej postawionych tez jest zgodna z jego własnym poglądem w sprawie. Na wstępie należy również podkreślić, że prawo o immunitecie państwa to zespół norm międzynarodowego prawa zwyczajowego, zgodnie z którym działalność państwa *de iure imperii* zasadniczo nie może podlegać regulacji lub badaniu przez organy państwa obcego. Państwo nie może być również wzywane przed organy innego państwa w sprawach dotyczących swojej działalności władczej. Immunitet państwa oznacza zespół norm prawa międzynarodowego, mimo że niektóre państwa²,

¹ *Winicjusz N. przeciwko Republika Federalna Niemiec – Federalny Urząd Kanclerski w Berlinie*, Polska, Sąd Najwyższy, sygn. akt CSK 465/09, postanowienie z 29 października 2010 r., zwana dalej *Winicjusz N. przeciwko Niemcy*.

² *Memorial of the Federal Republic of Germany, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, 12 czerwca 2009 r., I.C.J. Pleadings, Oral Arguments, Documents 2012, par. 47–48. Zgodnie ze stanowiskiem Niemiec: „[s]overeign immunity is a fundamental principle of the present-day international legal order”.

jak również sądy³ oraz przedstawiciele nauki uważają immunitet państwa nawet za zasadę prawa międzynarodowego⁴. Immunitet państwa należy domniemywać, co oznacza, że strona przeciwna musi wykazać, że w danej sprawie taki immunitet państwu nie przysługuje⁵. Zasada ogólna prawa o immunitecie państw stanowi, że państwu przysługuje immunitet w zakresie działalności władczej.

1. Pierwsza uwaga ma charakter bardziej metodologiczny niż merytoryczny. Z dosyć dużą łatwością można zauważyć, że literatura przedmiotu opiera się przede wszystkim na orzecznictwie sądów krajowych z niewielkim uwzględnieniem działalności władzy ustawodawczej i władzy wykonawczej⁶. Należy stwierdzić, że sądy nie tworzą prawa, a ich orzecznictwo jest elementem praktyki i stąd oparcie się jedynie na orzecznictwie nie jest odpowiednim sposobem badania zagadnienia immunitetu państwa w pozytywnym prawie międzynarodowym⁷. Co więcej, zakres badanej praktyki ogranicza się głównie do kilku państw, przede wszystkim USA, Zjednoczonego Królestwa oraz państw Zachodniej Europy, pomijając przy tym praktykę i stanowisko innych podmiotów prawa międzynarodowego. Takie badania mają charakter selektywny, a niezauważenie praktyki pozostałych państw, jakkolwiek trudno dostępnej lub skąpej, może stanowić poważny

³ *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*, ETPCz, skarga nr 59021/00, wyrok z 12 grudnia 2002 r.

⁴ X. Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge 2012, s. 1.

⁵ Por. art. 15 Europejskiej konwencji o immunitecie państwa z 16 maja 1972 r.; art. 6 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 23 ust. 1 pkt c Konwencji Narodów Zjednoczonych o immunitecie jurysdykcyjnym państw i ich mienia z 2 grudnia 2004 r. Jednolite w tym zakresie jest również orzecznictwo. Przykładowo: *Case against the Foreign Minister*, Austria, Sąd Najwyższy, sygn. akt 4 Ob 97/01w, wyrok z 14 maja 2001 r., „Austrian Review of International and European Law” 2001, t. 6, s. 288; *Governor of Pitcairn and Associated Islands v. Sutton*, Nowa Zelandia, Sąd Apelacyjny, wyrok z 30 listopada 1994 r., [1995] NZLR, t. 1, s. 438; ILR, t. 104, s. 525; *Rex v. Compania Pervana de Vapores, SA*, USA, Sąd Apelacyjny, Trzeci Okręg, wyrok z 17 września 1981 r., F.2d, t. 660, s. 72, 74, ILR, t. 72, s. 93; *Saudi Arabia v. Nelson*, USA, Sąd Najwyższy, wyrok z 23 marca 1993 r., US, t. 507, s. 355, ILR, t. 100, s. 550; *Permanent Mission of India to the United Nations v. City of New York*, USA, Sąd Najwyższy, wyrok z 14 czerwca 2007 r., US, t. 551, s. 197; *I Congreso del Partido*, Zjednoczone Królestwo, Izba Lordów, wyrok z 16 lipca 1981 r., 1981, [1983] AC, t. 1, s. 260; *Svenska Petroleum Exploration AB v. Government of the Republic of Lithuania*, (No. 2), Zjednoczone Królestwo, Sąd Apelacyjny, wyrok z 13 listopada 2006 r., [2006] EWCA Civ 1529, Lloyd’s Rep., t. 1, s. 193, par. 113. Tak też wypowiada się X. Yang, uznając, że: „immunity is always the starting assumption in a case against a foreign State. That is to say, a sovereign State is always presumed immune from the legal proceedings in a foreign national court unless the contrary can be proven”. X. Yang, *op. cit.*, s. 460, 37–41.

⁶ I. Brownlie, *Contemporary Problems Concerning Immunity of States. Preliminary Report*, ADI 62-I (1987), s. 16, par. 9, który przestrzega przed pokładaniem zbyt dużej wiary w orzecznictwie krajowym. Autor wskazuje, że poglądy prezentowane przez sądy mogą być sprzeczne ze stanowiskiem władz wykonawczych i ustawodawczych, co powoduje, że orzecznictwo nie jest najlepszym przykładem praktyki państw. Zob. H. Fox, *The Law of the State Immunity*, Oxford 2008, s. 20.

⁷ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, wyrok z 3 lutego 2012 r., I.C.J. Reports 2012, par. 55, 77.

zarzut metodologiczny oraz prowadzić do błędnych tez i wniosków badawczych. Nie można bronić się argumentem, że orzecznictwo sądów państw rozwiniętych jest najbardziej nowoczesne i odpowiada wymogom obecnych stosunków międzynarodowych, a z tego względu należy mu nadać prymat i odpowiednią rangę w procesie ustalania treści normy zwyczajowej dotyczącej immunitetu państwa. Niezależnie od jakości i celności orzeczeń judykatury państw rozwiniętych należy stwierdzić, że ustalenie treści normy zwyczajowej powinno brać pod uwagę praktykę wszystkich państw, gdyż wszystkie państwa są podmiotami prawa międzynarodowego i powinny mieć jednakowy wpływ na kształtowanie się tego prawa.

2. W zakresie prawa o immunitacie państwa od dłuższego czasu istnieje silny trend, znajdujący mocne poparcie w orzecznictwie krajowym i literaturze przedmiotu, w ramach którego obowiązujące prawo o immunitacie państwa opiera się na restryktywnej teorii immunitetu. Znalazło to swoje potwierdzenie w trakcie prac Komisji Prawa Międzynarodowego i przyjmowania Konwencji Narodów Zjednoczonych o immunitacie jurysdykcyjnym państw i ich własności⁸. Wypowiedzi państw na VI Komitecie Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych wskazują na silne poparcie tej teorii, a tym samym *opinio iuris*, co do istnienia w tym zakresie odpowiedniej normy powszechnego prawa międzynarodowego.

3. Prawo o immunitacie państw cechuje się jeszcze inną tendencją. Cały czas przyjmuje się, by zasadą był immunitet państwa, podczas gdy wyjątkiem – jego brak. Istnieje jednak w tym zakresie pewna uwidaczniająca się od czasu do czasu tendencja na rzecz przełamania tej zasady i wprowadzenia tezy przeciwnej, co wykaże również cytowane niżej orzecznictwo. Przykładowo, taki trend można zauważyć w prawie pracy i odpowiednim przepisie zaprojektowanym przez KPM. Artykuł 11 wspomnianej wyżej Konwencji stanowi w ustępie pierwszym, że państwo nie może powoływać się na immunitet jurysdykcyjny przed sądem innego państwa, który byłby kompetentny w postępowaniu dotyczącym umowy o pracę pomiędzy państwem i jednostką za pracę wykonaną lub do wykonania w całości lub części na terytorium tego innego państwa. Dopiero ustęp drugi wymienia przypadki, w których immunitet będzie obowiązywać i w których państwo będzie mogło się na niego skutecznie powołać (np. pracownik został zatrudniony, by pełnić konkretne funkcje w toku wykonywania władzy rządowej). Z tego wynika, że być może w przyszłości będzie tak, że immunitet stanie się wyjątkiem, a zasadą jego brak. Taka sytuacja mogłaby zaistnieć nie tylko w sprawach cywilnych, łącznie ze sprawami z zakresu prawa pracy, ale także w przypadkach, gdy państwu pozwanemu zarzuca się naruszenie norm peremptoryjnych prawa międzynarodowego. W takich przypadkach powstaje przed prawem międzynarodowym wyzwanie w zakresie dotyczącym jurysdykcji. Chodzi tu o doprowadzanie do eliminacji

⁸ *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* adopted by the General Assembly of the United Nations on 2 December 2004. Zob. General Assembly resolution 59/38, annex, *Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49. (A/59/49)*.

pewnego chaosu jurysdykcyjnego, który mógłby powstać, gdyby skarżący mógł wybierać forum sądowe dla rozstrzygnięcia swej sprawy (jurysdykcja konkurencyjna). Na problem ten wskazują niektórzy autorzy w różnym kontekście, który zawsze odnosi się do immunitetu⁹. W takich sytuacjach dochodziłoby do pewnego negatywnego zjawiska, które należałoby określić jako *disruptive jurisdiction shopping*. W tym kontekście dużą rolę odegrać może właściwe umiejscowienie i zastosowanie doktryny *forum non conveniens*, zgodnie z którą należy poszukiwać innego, bardziej odpowiedniego forum, gdzie rozstrzygnięcie sprawy lepiej przysłuży się interesom stron i celom sprawiedliwości¹⁰.

4. Poprzedni akapit wiąże się z kolejną uwagą. Prawo o immunitacie państw jest w podobnych przypadkach odmiennie stosowane przez poszczególne sądy krajowe. Oznacza to, że praktyka interpretowania i stosowania norm międzynarodowych nie jest zharmonizowana pomiędzy poszczególnymi porządkami krajowymi. Niektóre krajowe porządki prawne bardziej tradycyjnie, klasycznie podchodzą do zagadnienia immunitetu państwa, inne stosują podejście bardziej restryktywne i ograniczające immunitet. Dzieje się tak szczególnie w przypadkach spornych, w których badana przez sądy działalność państwa pozostaje na pograniczu działań publicznych i prywatnoprawnych. Zasadnicza i klasyczna zasada prawa międzynarodowego przyjmuje, że w takich wątpliwych przypadkach należy opowiedzieć się za zasadą podstawową, jaką jest obecnie immunitet państwa. Przedstawiona poniżej praktyka sądowa dowodzi jednak, że nie zawsze sędziowie kierują się powyższą regułą.

5. Na tle dotychczasowych spostrzeżeń w przedmiocie immunitetu państwa warto również wskazać, że w kontekście podziału działań państwa na akta *de iure imperii* i *de iure gestionis* istnieje pewna tendencja, by wprowadzić trzecią kategorię działań państwa i w których państwo nie mogłoby się zasłaniać immunitetem. Inaczej rzecz biorąc, na pewne sprawy patrzy się nie przez pryzmat pozwanego podmiotu, ale przez treść skargi i sedno sprawy (nie *ad personam*, lecz *ad rem*). W ten sposób swoista kategoryzacja sprawy (*ad rem*) decyduje o przyznaniu bądź odmowie przyznania immunitetu. Ten punkt spojrzenia na immunitet państwa może być odnotowany w przypadkach, w których powód wnosi sprawę przeciwko państwu z tytułu naruszenia norm *ius cogens*. W takich przypadkach niektóre sądy odmawiają państwu przysługującego mu immunitetu, argumentując to tak czy inaczej czynnikami wyższego rzędu wywodzącymi się z norm dotyczących ochrony praw człowieka lub konstrukcji normy *ius cogens*¹¹.

6. W kontekście podstawowej zasady – immunitetu państwa – oraz wyjątku – braku immunitetu – istnieje tendencja do rozszerzającego interpretowania i stosowania wyjątków od immunitetu. Ta tendencja do „rozpychania się wyjątków” jest szczególnie obecna w zachodnich systemach prawnych. Znow przykładem

⁹ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford 2003, s. 330.

¹⁰ H. Fox, *op. cit.*, s. 28.

¹¹ Zob. szerzej uwagi w pkt. 8 oraz cytowane tam orzecznictwo sądów włoskich i greckich.

mogą służyć sprawy z zakresu prawa pracy, ale nie jest to jedyna dziedzina, w której opisywana tendencja jest widoczna. Innym przykładem są sprawy, w których działanie państwa ma charakter „mieszany”, tj. pewne działanie ma zabarwienie *de iure imperii* i *de iure gestionis*.

Przykłady w tym zakresie mogą stanowić dwie sprawy: *Parlement Belge*¹² oraz *Wine Box*¹³. Pierwsza sprawa dotyczyła statku pocztowego króla belgijskiego, prowadzonego przez oficerów królewskiej floty belgijskiej. Statek kursował między Ostend i Dover, a oprócz poczty przewoził także towary oraz pasażerów i ich bagaż. Zgodnie z art. VI belgijsko-brytyjskiej konwencji pocztowej z 1876 r. statki pocztowe były traktowane jak statki wojenne. *Parlement Belge* spowodował kolizję w porcie w Dover i z tego powodu skarżący wniósł roszczenie odszkodowawcze za szkody poniesione w związku z tym zdarzeniem. Sąd I instancji nie uznał możliwości powołania się przez Belgię na immunitet (the Admiralty Court, Sir Robert Phillimore), podczas gdy Sąd Apelacyjny zmienił jego decyzję i uznał immunitet Belgii. Sąd stwierdził, że statek belgijski niezależnie od konwencji był objęty ogólną zasadą immunitetu jurysdykcyjnego przyznanego statkom publicznym, które doznawały uszczerbku wskutek częściowego użytkowania statku dla celów przewozu osób i towarów (*de iure gestionis*). Orzeczenie dotyczyło kilku zagadnień i opierało się bardziej na absolutnej teorii immunitetu. Stało się również precedensem dla sądów brytyjskich aż do lat siedemdziesiątych XX w. Rozważając kwestię użytkowania statku do celów handlowych, sąd brytyjski odwołał się do analogii suwerena lub ambasadora, którzy nie tracą immunitetu z racji podjęcia handlu. Stwierdził ponadto, że sam fakt częściowego użycia statku dla celów handlowych nie powoduje uchylenia immunitetu¹⁴.

Druga sprawa była przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego Nowej Zelandii. Podobnie jak w pierwszej sprawie, stan faktyczny obejmował działalność publiczną i prywatną państwa. Sprawa dotyczyła rzekomego oszustwa podatkowego dokonanego przez firmy nowozelandzkie przy pomocy Wysp Cooka, które obejmowało sprzedaż skryptów dłużnych (*promissory notes*) oraz przyznanie kredytu podatkowego. Władze nowozelandzkie zażądały od urzędu kontroli finansowej Wysp Cooka znajdującego się na ich terytorium wydania dokumentów, a urząd powołał się na immunitet państwa, uzasadniając to tym, że udzielenie kredytu podatkowego jest działalnością rządową, która jest objęta immunitetem.

¹² *The Parlement Belge*, Zjednoczone Królestwo, Sąd Apelacyjny (1879–90), V Prob. Div. 197, The Court of Appeal (Brett, James, Baggally LJJ).

¹³ *Controller and Auditor-General v. Sir Ronald Davison*, Nowa Zelandia, Sąd Apelacyjny (CA 226/95), wyrok z 16 lutego 1996 r., [1996], NZLR, t. 2, s. 289; ILM, t. 36, s. 721.

¹⁴ Przyjmowano niekiedy wówczas, że „a sovereign can claim immunity for vessels owned by him even if they are admittedly being used wholly or substantially for trading purposes”, co odnotowuje brytyjski Judicial Committee of the Privy Council (Lord Cross of Chelsea), *The Philippine Admiral*, Zjednoczone Królestwo, 5 listopada 1975 r., [1977] AC, s. 373; [1976] All ER, t. 1, s. 78; ILR, t. 64, s. 98. Zob. również: H. Fox, *op. cit.*, s. 215.

Dwóch sędziów uznało racje Wysp Cooka, stwierdzając, że wykonywanie władzy podatkowej jest działalnością rządową, a wydawanie certyfikatu stwierdzającego uiszczenie podatków jest integralnym elementem stosowania ustawodawstwa podatkowego i działalnością publiczną państwa. Każde działanie władz Nowej Zelandii badające powyższą działalność Wysp Cooka naruszałoby uprawnienia suwerenne państwa.

Większość składu orzekającego uznała jednak, że przedmiot sprawy ma silne zabarwienie handlowe (*strong commercial flavour*) oraz dotyczy transakcji handlowej, dzięki której rząd Wysp Cooka zamierzał osiągnąć i osiągnął zysk handlowy. Z tego powodu powyższe działania państwa nie podlegają ochronie przez immunitet. Jeden z sędziów uznał mieszany charakter działalności państwa i stwierdził, że choć samo przyznanie kredytu podatkowego jest aktem, który może dokonać tylko państwo, to jednak kupno i sprzedaż skryptów dłużnych jest działalnością, którą może wykonywać każdy obywatel. W związku z tym badane transakcje jako całość mogą być nazwane sprzedażą kredytów podatkowych i z tego względu nie można mieć wątpliwości, że należy wyłączyć zastosowanie doktryny suwerenności.

Inny z sędziów (Thomas J.), pozostających w większości, badając mieszany charakter czynności Wysp Cooka, odwołał się do metody balansowej (*balancing test*), którą scharakteryzował w następujący sposób:

[u]nder this approach, no single criterion or test for determining whether the claim of a foreign State for sovereign immunity should be granted would be adopted. Rather, regard would be had to all relevant factors in the light of any criteria which are applicable in the circumstances. When the criteria are in conflict it will be necessary to balance one against the other in reaching a decision as to whether or not sovereign immunity is applicable¹⁵.

Metoda przyjęta przez sędziego polega na tym, by dokonać oceny wszystkich elementów występujących w sprawie (*de iure imperii* i *de iure gestionis*) i ustalić, które mają charakter przeważający i którym należy przyznać pierwszeństwo. Tym samym dokonuje się zrównania działalności publicznoprawnej i prywatnoprawnej państwa, stosując kryterium ilościowe (proporcjonalne) decydujące o tym, czy immunitet państwu przysługuje czy też nie. O istnieniu immunitetu nie decyduje tu treść czy jakość działalności publicznoprawnej państwa, lecz jej stosunek procentowy do czynników prywatnoprawnych. Metoda ta budzi jednak wątpliwości. Jej istota, tak jak w omawianej sprawie, może się sprowadzać do wykazania istnienia elementów działań *de iure gestionis* i nadania im charakteru wiodącego w celu oceny istnienia immunitetu w danym przypadku. W sprawie nowozelandzkiej wyraźnie chodziło o kompetencje podatkowe państwa, lecz sąd spojrział na sprawę

¹⁵ *Controller and Auditor-General v. Sir Ronald Davison*, Nowa Zelandia, Sąd Apelacyjny (CA 226/95), wyrok z 16 luty 1996 r., [1996], NZLR, t. 2, s. 279; ILM, t. 36, s. 721.

przez pryzmat „handlowej działalności (podatkowej)”, by odmówić uznania immunitetu. Niniejsza sprawa dowodzi również, że istnieje opisana wyżej tendencja do ograniczania immunitetu, które – jak może się niekiedy wydawać – współgra i harmonizuje się z tendencją do odmawiania immunitetu w przypadku naruszenia norm peremptoryjnych prawa międzynarodowego.

W niniejszej sprawie padła jeszcze jedna ciekawa uwaga sędziego Thomasa, którą można uogólnić i odnieść do wszystkich podobnych spraw rozstrzyganych przez sądy krajowe:

[t]he uncertainty of international law and practice, the lack of uniformity between States, the breadth of the exceptions to the doctrine of sovereign immunity, the significance of the classification of the activity adopted by the court, the test applied in determining the outcome of a claim to sovereign immunity, and the other factors which I have discussed above already confer a substantial measure of flexibility on the courts when faced with a claim to sovereign immunity. Once this flexibility is openly accepted, however, it becomes possible to articulate more precisely the factors and considerations which should result in a claim to sovereign immunity being granted or refused¹⁶.

Sędzia przyznaje zatem, że w przypadku rzekomej niepewności co do prawa międzynarodowego powstaje istotny stopień elastyczności, w której sąd powinien wskazać na czynniki czy rozważania przeważające na rzecz lub przeczące istnieniu w danej sprawie immunitetu państwa. Wydaje się natomiast prawidłowym stwierdzenie, że w przypadku takich wątpliwości powinna znaleźć zastosowanie ogólna zasada immunitetu państwa. Odmienne zdanie przyjęte przez sędziego nowozelandzkiego świadczy zatem również przeciwko szerokiemu ujmowaniu zakresu immunitetu państwa. Ta swoiście rozumiana swoboda sędziowska ma zapewne działać w sposób obiektywny na rzecz lepszego i precyzyjniejszego wyjaśnienia, kiedy immunitet państwa powinien być uznany przez organy państwa forum. Decydować ma o tym zatem także poczucie sprawiedliwości sędziowskiej. Obecnie takie poczucie sprawiedliwości sędziowskiej nie traktuje państwa jako suwerena, lecz jako kolejny, zwykły podmiot stosunków prawnych w danym systemie prawnym. Trudno się zatem dziwić, że następuje erozja immunitetu państwa, jeżeli decyzja o jego przyznaniu zależy od poczucia sprawiedliwości sędziowskiej. Problem poważniejszy stanowi kwestia, czy powyższe podejście jest zgodne z podstawową zasadą prawa międzynarodowego, zgodnie z którą działalność *de iure imperii* podlega immunitetowi państw, czego nie można powiedzieć o działalności *de iure gestionis*. Wydaje się, że obronienie pozycji sędziego nowozelandzkiego jest bardzo trudne, jeżeli w ogóle możliwe. W istocie, to raczej takie stanowisko powoduje ową „niepewność prawa międzynarodowego i praktyki” niż sama decyzja, która tę niepewność ma niwelować. Niezależnie od tego, orzeczenie – w porównaniu z poprzednią decyzją sądu brytyjskiego – świadczy o tym, że następuje

¹⁶ *Ibidem*.

pewne przesunięcie na rzecz szerokiego interpretowania kategorii działań *de iure gestionis* i w tym kierunku idzie tendencja w orzecznictwie krajów rozwiniętych w zakresie immunitetu państwa, co zresztą odpowiada podobnej tendencji wykazywanej niekiedy, a dotyczącej naruszenia norm *ius cogens*, by w takich przypadkach odmawiać możliwości powołania się na immunitet państwa. Oznacza to, że w przypadku działalności mieszanej państwa należy spodziewać się, że sądy raczej będą odmawiać immunitetu niż dopuszczać jego skuteczne powołanie. Ten trend można uogólnić i wskazać, że w przypadkach wątpliwych, dotyczących podziału na działalność publicznoprawną i prywatnoprawną pierwszeństwo będzie przyznawać się tej ostatniej. Jest zatem zaprzeczenie tezy ze sprawy brytyjskiej i stwierdzenie, że sam fakt mieszanego charakteru badanych czynności nie powoduje przyznania immunitetu.

Podobny przypadek badania działalności mieszanej miał miejsce w przypadku nacjonalizacji w Zairze i sprawy *Biocare* rozpatrywanej przez sąd belgijski¹⁷. W tym przypadku sąd uznał, że choć program „zairanizacji” (nacjonalizacji) własności w Zairze był niewątpliwie aktem suwerennym, do którego ma zastosowanie immunitet jurysdykcyjny, to jednak procedura przyjęta przez agencję powołaną przez Zair do uzyskania odszkodowania w imieniu jednostek, których mienie zostało objęte wywłaszczeniem, stanowi zwykłą działalność handlową, a ta nie jest objęta immunitetem¹⁸. Trudno zgodzić się ze stanowiskiem sądu belgijskiego. Prawo międzynarodowe jednoznacznie potwierdza prawo państwa do dokonania nacjonalizacji, a jako jeden z warunków jej legalności stawia wypłatę odpowiedniego odszkodowania. Działania nacjonalizacyjne państwa są oczywiście działaniami władczymi i obejmują one również element wypłaty odszkodowania. Stąd też kwestie odszkodowawcze naturalnie wchodzą w skład działalności publicznej państwa i nie stanowią jego działalności handlowej.

W ramach prób dokonania podziału działalności państwa na działania *de iure imperii* i *de iure gestionis* stosuje się różne metody i testy¹⁹. W przypadkach wątpliwych i spornych stosunkowo nieczęsto zdarza się w państwach zachodnich, by udzielać immunitetu. Przykładem tego jest sprawa zawisła przed kanadyjskim Sądem Najwyższym²⁰. W tym przypadku chodziło o immunitet państwa w odniesieniu do działań polegających na zatrudnieniu handlarzy w bazie wojskowej Stanów Zjednoczonych, które zostały przez sąd uznane za objęte immunitetem.

¹⁷ *Biocare v. Gecamines and Republic of Zaire*, Luksemburg, Sąd Cywilny Brukseli, II Izba, 1989 r., ILR, t. 115, s. 415.

¹⁸ Zob. również sprawę *Weltover*, w której sąd amerykański stwierdził, że wydanie obligacji przez państwo i późniejsze ograniczenia w ich spłacie z powodu braku rezerw walutowych nie stanowią dłużej działalności publicznoprawnej. *Republic of Argentina v. Weltover*, USA, Sąd Najwyższy, wyrok z 12 czerwca 1992 r., US, t. 504, s. 607 (1992); ILR, t. 100, s. 509.

¹⁹ Zob. szerzej: H. Fox, *op. cit.*, s. 502–523.

²⁰ *In re the Canada Labour Code*, Kanada, Sąd Najwyższy, wyrok z 1992 r., DLR (4th), t. 991, s. 440, 467. Zob. H. Fox, *Employment Contracts as an Exception to State Immunity: Is All Public Service Immune?*, BYIL 1995, t. 66, s. 118.

Zdaniem sędziów działalność taka ma „hybrydowy charakter”. Większość składu orzekającego uznała również, że USA muszą mieć nieskrępowaną władzę do zarządzania i kontrolowania bazy, podczas gdy dwóch sędziów podkreślało fakt, że umowa o pracę zawierała standardowe warunki pracy i płacy. Wydaje się, że element wojskowy przeważał w niniejszej sprawie, chociaż trudno z pewnością stwierdzić, by tak samo orzekły inne sądy krajowe (m.in. Włoch czy Grecji).

Erozję immunitetu można również prześledzić na kanwie sprawy *Weltover* rozstrzyganej przez amerykański Sąd Najwyższy²¹. Najwyższa instancja sądowa USA zmieniła poprzednią linię orzeczniczą, stwierdzając, że emisja przez państwo obligacji i późniejsze wprowadzenie ograniczeń w ich spłacie z powodu braku rezerw dewizowych nie jest już aktem władzy suwerennej, lecz odnosi się do działalności gospodarczej i stąd nie podlega immunitetowi. Dotychczasowa linia orzecznicza stała na stanowisku, że pożyczki publiczne, w tym obligacje, należy traktować jako działalność publiczną państwa. To wskazuje na przesuwanie linii podziału działań państwa na *de iure imperii* i *de iure gestionis* dalej w kierunku jego głębszej erozji instytucji immunitetu państwa. Podobnie rzecz się ma w przypadku deliktów prawa prywatnego, gdzie od stosunkowo dawna odmawia się państwu możliwości zasłonięcia się immunitetem. W najbardziej znanej sprawie, dotyczącej roszczenia cywilnoprawnego z tytułu wypadku samochodowego austriacki Sąd Najwyższy stwierdził, że poprzez korzystanie z samochodu oraz użytkowanie dróg publicznych pozwane państwo wkroczyło w sferę, w której poruszają się także jednostki. Wynikałoby z tego, że każda, codzienna i zwyczajna działalność państwa nie jest objęta immunitetem, nawet jeśli miała czy była związana z wykonywaniem władztwa publicznego. W tej płaszczyźnie strony są względem siebie równe i nie ma mowy o podporządkowaniu czy zwierzchnictwie²². Ta też decyzja stała się podstawą do wpisania odpowiedniego wyjątku do Europejskiej konwencji o immunitecie państwa z 1972 r.²³

Omówione wyżej sprawy dają podstawę do zauważania pewnej tendencji, zgodnie z którą w sytuacjach, w których można odnaleźć pierwiastek prywatnoprawny, w sprawach zawisłych przed sądem krajowym przeciwko obcemu państwu, istnieje coraz większe prawdopodobieństwo odmówienia immunitetu i oddalenia zarzutu braku jurysdykcji. Taki stan istnieje obecnie i występuje w zachodnich porządkach prawnych. Przykładem może służyć sprawa *NV Cabolent* z 1968 r. w Holandii²⁴, *International Association* z 1981 r. w USA²⁵, *Re Prejudgment*

²¹ *Republic of Argentina v. Weltover*, USA, Sąd Najwyższy, wyrok z 12 czerwca 1992 r., US, t. 504, s. 607 (1992); ILR, t. 100, s. 509.

²² *Holubek v. The Government of the United States*, Austria, Sąd Najwyższy, wyrok z 10 lutego 1961 r., ILR, t. 40, s. 73.

²³ Artykuł 4. Zob. również brytyjską ustawę o immunitecie państwa (UK SIA), sekcja 3(1)b.

²⁴ *NV Cabolent v. National Iranian Oil Co.*, Holandia, Sąd Apelacyjny, wyrok z 28 listopada 1968 r., ILR, t. 47, s. 138.

²⁵ *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. OPEC*, USA, Sąd Apelacyjny, 9. Okręg, 6 czerwca 1981 r., Fed. Supp., t. 649, s. 1354.

Garnishment z 1983 r. w Niemczech²⁶ i francuska sprawa *Eurodif* z 1982 r.²⁷ Tendencja ta ujawnia się również w sprawach z zakresu prawa pracy. Pojawiają się także głosy, by wprowadzić podział *de iure imperii* i *de iure gestionis* w przypadku spraw z zakresu prawa administracyjnego, w których również występuje pewien element prywatny (czy może szczególny interes jednostki). Ian Brownlie postuluje wyłączenie spod immunitetu tych spraw, które są oparte na dobrej wierze i zaufaniu, czyli spraw, w których występują uzasadnione oczekiwania (*legitimate expectations*)²⁸. Problemem w takich sprawach pozostanie jednak zawsze kwestia jurysdykcji, co zauważa nawet sam autor. Co więcej, koncepcja uzasadnionych oczekiwań nie występuje we wszystkich porządkach prawnych. Należy również zauważyć, że powyższe tezy są wybitnie wnioskami *de lege ferenda* nieodzwierciedlającymi współczesnego prawa międzynarodowego. Trudno poza tym dopatrzeć się większego sensu takich zmian w zakresie prawa o immunitacie państw i interesów (wartości), które mają one reprezentować oraz chronić.

7. Mając na uwadze powyższe, a w szczególności sprawę *Wine Box*, należy podnieść jedną krytyczną uwagę dotyczącą sądowego stosowania immunitetu. W przypadkach spornych lub w przypadkach o dużej nośności politycznej (np. sprawa *Pinocheta*), za głosem niektórych przedstawicieli doktryny sądy krajowe niefrasobliwie stosują prawo o immunitacie państw w taki sposób, by zwiężając ujmować jego zakres lub w ogóle odmawiać jego przyznania, względnie rozszerzając interpretować jego wyjątki, albo jeszcze tworzyć nowe teorie dotychczas niestosowane w tym zakresie. W takich sytuacjach dochodzi do arbitralności w procesie decyzyjnym. W ten wątpliwy sposób powstają tendencje i postulaty (twierdzenia) o istnieniu nowych norm w prawie międzynarodowym. Wtóruje temu część autorów, którzy, komentując wyrok, popierają przyjęcie rozwiązań ograniczających immunitet albo wskazują na nowe, dalej idące propozycje rozstrzygnięcia danego przypadku. Proces taki można dosyć łatwo stwierdzić na niektórych przykładach z praktyki, m.in. odmawiania immunitetu w przypadku stawiania zarzutu o poważnym naruszeniu praw człowieka albo tezie o możliwości zrzeczenia się immunitetu przez państwo *sub silentio*²⁹. Należy również uznać, że niektóre procesy pojawiające się od stosunkowo niedługo czasu w prawie międzynarodowym są także dowodem na istnienie takiej tendencji. Chodzić tu będzie o immunitet (byłych) głów państwa oraz zarzut naruszenia norm *ius cogens* lub poważnego naruszenia praw człowieka lub międzynarodowego prawa humanitarnego.

²⁶ *Re Prejudgement Garnishment against National Iranian Oil Co.*, Niemcy, Federalny Trybunał Konstytucyjny, wyrok z 12 kwietnia 1983 r., ILM, t. 22, s. 1279, AJIL 1983, t. 77, s. 159–160.

²⁷ *Islamic Republic of Iran v. Eurodif*, Francja, Sąd Apelacyjny w Paryżu, wyrok z 21 kwietnia 1982 r., ILR, t. 65, s. 93. W sprawie tej orzekał również Sąd Kasacyjny, wyrok z 14 marca 1984 r., ILR, t. 77, s. 513.

²⁸ I. Brownlie, *op. cit.*, s. 330.

²⁹ Zob. stanowisko Lorda Goffa, *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International Intervening) (No 3)*, Zjednoczone Królestwo, Izba Lordów, 1999 r., ILR, t. 119, s. 135.

Jako źródło tego stanu rzeczy (jak również nowego proponowanego prawa) podaje się kilka przyczyn³⁰. Hazel Fox stwierdza, że stoi za tym rozwój prawa międzynarodowego, tj. przejście z układu bilateralnego praw i obowiązków do układu hierarchicznego, który przyznaje pewnym normom status norm wyższego rzędu (*ius cogens*). Drugą przyczyną jest wprowadzenie odpowiedzialności jednostek na podstawie prawa międzynarodowego za określone zbrodnie międzynarodowe, do czego przyczynił się również Statut MTK z 1998 r., podczas gdy trzecią przesłanką jest uznanie pozycji jednostki w prawie międzynarodowym, która może być poszkodowana przez naruszenie tego prawa i uprawniona do wynikających z tego tytułu reparacji. Dodaje się również do tego argument praw człowieka (normy wyższego rzędu, zmiana aksjologii prawa międzynarodowego rzutuje na istnienie i treść pozostałych norm). Czasami podnosi się również, że naruszenie norm peremptoryjnych powoduje utratę prawa do powoływania się na immunitet ze względu na nadużycie prawa (brak dobrej wiary)³¹. Argument ten jest wątpliwy, także z tego powodu, że przyjmuje jako swą podstawę zasadę ogólną prawa, a tu pojawia się niedający się uniknąć problem relacji takich zasad do podstawowych źródeł prawa międzynarodowego, jakimi są traktaty i zwyczaj. Bezzasadność tego argumentu słusznie zauważył polski Sąd Najwyższy, który uznał, że odwołanie się do zasad ogólnych prawa wchodzi w grę tylko w razie luki w prawie traktatowym lub zwyczajowym³².

W przypadku tego typu sytuacji należy zauważyć jedną niekorzystną tendencję. Otóż część autorów, jak i sądy krajowe, a nawet niektóre sądy międzynarodowe, ze stosunkowo dużą łatwością ustalają istnienie norm *ius cogens* oraz przyjęty przez społeczność międzynarodową system wartości i podstaw aksjologicznych prawa międzynarodowego, a następnie dokonują twórczej adaptacji własnego poglądu w sprawie, tworząc przy tym odpowiednie teorie, które stanowią często kalkę tez proponowanych w doktrynie³³. Trudno czasem też nie odnieść wrażenia,

³⁰ H. Fox, *op. cit.*, s. 139. Zob. również: M. Muszyński, *Państwo w prawie międzynarodowym. Istota, rodzaje i atrybuty*, Bielsko-Biała 2011, s. 206–207.

³¹ Tzw. koncepcja „obezwładnienia” immunitetu państwa wskutek postępowania państwa w sposób oczywiście sprzeczny z prawem międzynarodowym. J. Kokott, *Mißbrauch und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei gravierenden Völkerrechtsverstößen*, [w:] U. Beyerlin et al. (red.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin 1995, s. 135–152; J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague 1997, s. 192. Zob. również M. Muszyński, *op. cit.*, s. 207 wraz z cytowaną tam literaturą.

³² *Winicjusz N. przeciwko Niemcy*, s. 23.

³³ Tak w odniesieniu do sprawy *Pinochet R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International Intervening) (No. 1)*, Zjednoczone Królestwo, Izba Lordów, 25 listopada 1998 r., [2000] AC, t. 1, s. 61, ILR, t. 119, s. 49; *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International Intervening) (No. 2)*, Zjednoczone Królestwo, Izba Lordów, 15 stycznia 1999 r., AC [2000], t. 1, s. 119, ILR, t. 199, s. 111; *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International Intervening) (No. 3)*, Zjednoczone Królestwo, Izba Lordów, 24 marca 1999 r., [2000] AC, t. 1, s. 147, ILR, t. 119, s. 135.

że zaakcentowane przez sądy wartości oraz wskazane normy *ius cogens* mają charakter częściowy z pominięciem innych wartości i zasad przyjętych w prawie międzynarodowym. Ta tendencja może budzić zastrzeżenia natury merytorycznej i metodologicznej. Wątpliwe jest również wyodrębnienie odrębnej kategorii spraw przedstawionych powyżej w pkt 5. Problem jednak pojawia się za każdym razem na nowo, gdy zwolennicy takiego podejścia do immunitetu państwa powołują się na prawa człowieka i (rzekome) normy *ius cogens*, dzięki którym uzyskują (przynajmniej ich zdaniem) silne argumenty na rzecz jurysdykcji państwa forum i odmowy przyznania immunitetu. Niektóre składy orzecznicze przychylają się do takich argumentów i wówczas w taki sposób mówi się o zmianie istniejącego prawa międzynarodowego.

Ten proces kontestacji immunitetu na gruncie naruszeń praw człowieka lub międzynarodowego prawa humanitarnego rozpoczął się w sprawie *Pinocheta* (ew. można również widzieć ten problem od listu Tate'a i późniejszego orzecznictwa sądów amerykańskich)³⁴, która stała się punktem zwrotnym w badaniu immunitetu państwa oraz orzecznictwie sądów zachodnich. Od tego momentu zaczęto w niektórych sprawach postrzegać zagadnienie immunitetu przez pryzmat norm *ius cogens*, jak również praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego.

Sprawa *Pinocheta* stanowiła wyłom w (dotychczasowym) rozumieniu immunitetu oraz czynności władczych i oficjalnych państwa (*official acts*)³⁵. Rzekome czyny przestępcze będące przedmiotem ścigania były dokonane w toku pełnienia funkcji przez Augusto Pinocheta jako głowy państwa. Do 1999 r. przyjmowano, że immunitet byłej głowy państwa nie obejmuje sytuacji, w których chodzi o działalność prywatną, działalność w okresie poza sprawowaniem funkcji głowy państwa oraz w sytuacjach, kiedy państwo zrzekło się immunitetu (w traktacie (np. art. 27 ust. 2 Statutu Rzymskiego)³⁶) lub w odniesieniu do danego przypadku). Tymczasem w omawianej sprawie poszczególni lordowie doszli do wniosku, że immunitetu można się również zrzec *sub silentio* (dorozumianie), gdy zarzucany czyn jest sprzeczny z normą *ius cogens*, lub przyjmując, że dokonanie zbrodni międzynarodowej nie może uchodzić za oficjalną funkcję państwa, a zatem nie może to też

³⁴ Zob. wyroki cytowane w przypisach od 40 do 47.

³⁵ A. Watts, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, RCADI 1994, t. 247, s. 56, stwierdza przy omawianiu aktów oficjalnych, że „[t]he critical test would seem to be whether the conduct was engaged in under the colour of or in ostensible exercise of the Head of State's public authority. Z kolei Justice Collins zauważył, że „there is ... no justification for reading any limitation based on the nature of crimes committed into the immunity which exists”. *In the Matter of an Application for a Writ of Habeas Corpus ad Subjicendum. Re: Augusto Pinochet Duarte*, Zjednoczone Królestwo, High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, 28 listopada 1998 r., ILM, t. 38, s. 86, par. 80.

³⁶ Warto dodać na marginesie pewną uwagę dotyczącą tego przepisu. Mianowicie, przyjęcie takiego rozwiązania można traktować za uznanie przez państwa, że brakuje w tym zakresie odpowiedniej normy zwyczajowej i stąd koniecznym było wprowadzenie odmiennego rozwiązania w traktacie, które wypierałoby stosowanie normy powszechnego prawa międzynarodowego.

stanowić oficjalnego aktu wykonywanego w ramach funkcji głowy państwa. W taki sposób wysnuto wniosek, że w przypadku oficjalnych funkcji państwa nastąpiło zrzeczenie się immunitetu lub że działalność sprzeczna z prawem międzynarodowym była działalnością *de iure gestionis* niechronioną przez immunitet państwa³⁷. Stanowisko Izby Lordów cechuje selektywny wybór metod badawczych (oraz praktyki państw) i przyjęcie tylko takich argumentów, które prowadzą do uchylecia immunitetu. Stanowi to przejaw aktywizmu sędziowskiego noszącego cechy prawotwórcze oraz indywidualnego stanowienia prawa w miejsce stosowania i interpretacji istniejącego prawa. W tym też przypadku prawo międzynarodowe zostało zastąpione przez indywidualne wyobrażenie o tym, jakie to prawo powinno być, a ponieważ prawo międzynarodowe przewiduje w takich sytuacjach immunitet, co jest rzekomo sprzeczne z podstawowymi prawami człowieka i dopuszcza bezkarność sprawcy, to należy wprowadzić taką argumentację, zgodnie z którą immunitet nie stanowi przeszkody do rozstrzygnięcia spraw, gdzie zarzuca się naruszenie praw człowieka lub międzynarodowego prawa humanitarnego.

Stanowisko Izby Lordów można jeszcze łączyć z pewnym wyjątkiem od immunitetu państwa, który nie został poruszony w sprawie *Pinocheta*³⁸. Od dość długiego czasu próbuje się przyjąć w prawie międzynarodowym szeroko ujmowany wyjątek od immunitetu, zgodnie z którym szkody na zdrowiu i ciele spowodowane przez państwo nie będą objęte immunitetem. Tak sformułowany wyjątek można łączyć z tzw. *tort exception*. Wyjątek taki wpisał do swej rezolucji Instytut Prawa Międzynarodowego już w 1891 r.³⁹ Znajduje się on również w art. 12 Konwencji Narodów Zjednoczonych z 2004 r. Odwoływano się do niego szczególnie przed sądami amerykańskimi (*Letelier v. Chile*⁴⁰, *Liu v. China*⁴¹, *Frolova v. U.S.S.R.*⁴², *Von Dardel v. U.S.S.R.*⁴³, *Argentina v. Ameralda Hess Shipping*⁴⁴, *Nelson v. Saudi*

³⁷ Jak się wydaje, przeciwnie i krytycznie względem Izby Lordów wypowiedział się MTS. *Arrest Warrant of 1 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, wyrok z 14 lutego 2002 r., I.C.J. Reports 2002, par. 61.

³⁸ Być może z tego względu, że dotyczy on immunitetu państwa, a nie immunitetu głowy państwa.

³⁹ Instytut Prawa Międzynarodowego, *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers* (art. 4 ust. 6), Hamburg, 1891.

⁴⁰ *Letelier v. Chile*, USA, Sąd Okręgowy Kolumbii, wyrok z 11 marca 1980 r., Fed. Supp., t. 488, s. 665, ILR, t. 63, s. 388; *Letelier v. Chile*, USA, Sąd Apelacyjny, 20 listopada 1984 r., 2. okręg, F. 2d, t. 748, s. 790, ILR, t. 79, s. 561.

⁴¹ *Liu v. Republic of China*, USA, Sąd Apelacyjny, 9. okręg, wyrok z 29 grudnia 1989 r., Fed. 2d, t. 892, s. 1419.

⁴² *Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*, USA, Sąd Apelacyjny, 7. okręg, wyrok z 1 maja 1985 r., Fed. 2d, t. 761, s. 370.

⁴³ *Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics*, USA, Sąd Okręgowy Kolumbii, wyrok z 15 października 1985 r., Fed. Supp., t. 623, s. 246.

⁴⁴ *Argentine Republic v. Ameralda Hess Shipping*, USA, Sąd Najwyższy, wyrok z 23 stycznia 1989 r., U.S., t. 488, s. 428, ILR, t. 81, s. 658.

*Arabia*⁴⁵, *Siderman de Blake v. Argentina*⁴⁶, *Hugo Princz v. Germany*⁴⁷). Poważne odejście od immunitetu państwa i potwierdzenie powyższej tendencji nastąpiło w orzeczeniach sądów greckich⁴⁸ i włoskich⁴⁹, które jednak należy ocenić krytycznie, czego dokonał również polski Sąd Najwyższy w cytowanej wcześniej sprawie *Winicjusza Natoniewskiego*⁵⁰. Podobne sprawy toczą się również w Kanadzie, gdzie wkrótce swoje stanowisko wyrazi tamtejszy Sąd Najwyższy w sprawie *Kazemi v. Iran*⁵¹. Rozumowanie sądów przełamujące immunitet państwa polega ogólnie na tym, że najwyższą wartością pozostaje ochrona prawa człowieka, a normy prawne stojące w konflikcie muszą przed tymi wartościami ustąpić. Stąd każda instytucja prawa międzynarodowego (np. *ius cogens*, zrzeczenie się *sub silentio*) jest korzystna i znajduje zastosowanie w sprawie, jeżeli służy wypełnieniu tych wartości. Ponadto waga (ciężar) przestępstw, jak również miejsce ich popełnienia (*lex loci delicti commissi*) decydują o możliwości nieprzyznania immunitetu. Wśród takich argumentów pozostaje wiele wątpliwości natury merytorycznej i metodologicznej. Między innymi, dokonuje się próby wykazania zrzeczenia się immunitetu państwa, podczas gdy fakty i prawo na to nie wskazują⁵². Uznaje się działania państwa *de iure imperii* jako akty *de iure gestionis*. Traktuje się niektóre prawa człowieka jako normy *ius cogens*, chociaż nie wyjaśnia się tego w pełni i przekonywająco⁵³ i przy czym nie zastanawia się chociażby nad pytaniem, czy zasada suwerennej równości państw, z której wywodzi się immunitet państwa⁵⁴,

⁴⁵ *Nelson v. Saudi Arabia*, USA, Sąd Apelacyjny, 11. okręg, wyrok z 21 lutego 1991 r., Fed. 2d, t. 923, s. 1528, ILR, t. 88, s. 189, zmieniony przez Sąd Najwyższy, wyrok z 23 marca 1993 r., US, t. 507, s. 349, ILR, t. 100, s. 544.

⁴⁶ *Siderman de Blake v. Argentina*, USA, Sąd Apelacyjny, 11. okręg, wyrok z 22 maja 1992 r., Fed. 2d, t. 965, s. 688.

⁴⁷ *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*, USA, Sąd Apelacyjny dla Okręgu Kolumbia, wyrok z 1 lipca 1994 r., F 3d, t. 26, s. 1166, ILR, t. 103, s. 604.

⁴⁸ *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Sąd Najwyższy (Areios Pagos), sprawa nr 11/2000, 4 maja 2000, wyciąg opublikowany w 95 AJIL (2001), s. 198.

⁴⁹ *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Sąd Kasacyjny, wyrok nr 5044, 11 marca 2004 r., 87 *Revista diritto internazionale* (2004) 539; 128 ILR 659.

⁵⁰ *Winicjusz N. v. Niemcy*, s. 28.

⁵¹ Zob. *Kazemi (Estate of) v. Islamic Republic of Iran*, wyrok z 25 stycznia 2011 r., Kanada, Wyższy Sąd (Superior Court), Okręg Montrealu, 2011 QCCS 196; *Islamic Republic of Iran v. Hashemi*, Kanada, Sąd Apelacyjny, Prowincja Quebec, wyrok z 15 sierpnia 2012 r., QCCA, t. 2012, s. 1449 (Sąd Apelacyjny w dużej mierze oparł się na wyroku MTS z 2012 r.).

⁵² Raczej należy przyjąć, że zrzeczenie się immunitetu musi być wyraźne (w traktacie albo w konkretnej sprawie) albo nastąpić w sposób dorozumiany, to jest w sposób, w którym państwo nie składa protestu i przystępuje merytorycznie do sprawy bez próby powołania się na immunitet.

⁵³ Zob. sprawa *Furundžija* i problematyczne uzasadnienie dla zakazu tortur jako normy *ius cogens*. *Prosecutor v. Furundžija*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, Case No. IT-95-17/1-T, 2002, wyrok z 10 grudnia 1998 r., par. 153–154. Również MTS trafnie uznał zakaz tortur za normę peremptoryjną prawa międzynarodowego. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, wyrok z 20 lipca 2012 r., I.C.J. Reports 2012, par. 99.

⁵⁴ *Jurisdictional Immunities of the State...*, par. 57.

stanowi podstawową zasadę prawa międzynarodowego i jest normą *ius cogens*. Prowadzi to do tworzenia normy, zgodnie z którą nie można zasłaniać się immunitetem, gdy państwu zarzuca się naruszenie podstawowych praw człowieka. W tym zakresie brakuje praktyki i *opinio iuris*, by wykazać choćby częściowo istnienie takiej normy, na co trafnie zwrócił uwagę MTS⁵⁵. Tworzy się ją bardziej na zasadzie ważenia argumentów i podkreślania istoty i ważkości tez wyprowadzanych z praw człowieka. Przeciwnie, można również wykazywać, że państwa niechętnie zmniejszają zakres stosowania immunitetu, negatywnie odbierają powyższe wyroki oraz domagają się wyraźnego zrzeczenia się immunitetu, o czym stanowić może zachowanie się Chile, Hiszpanii i Wielkiej Brytanii po zakończeniu sprawy *Pinocheta*, czy przyjęcie art. 27 ust. 2 Statutu Rzymskiego⁵⁶. Te argumenty są pomijane w wypowiedziach sądów i doktryny⁵⁷.

Tendencje na rzecz zwężającego ujęcia immunitetu państwa zastopował – przynajmniej na pewien czas – Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, wydając w 2012 r. wyrok w głośnej sprawie niemiecko-włoskiej⁵⁸. Niemcy wniosły sprawę do Trybunału przeciwko Włochom, ponieważ sądy tego ostatniego państwa nie uwzględniły immunitetu Niemiec w postępowaniach cywilnych wytoczonych przez obywateli greckich i włoskich. Spory te dotyczyły poważnych naruszeń prawa międzynarodowego w latach 1943–1945, gdy Niemcy okupowały Grecję i Włochy⁵⁹. W ocenie państwa skarżącego prawem właściwym w zakresie immunitetu państwa było prawo obowiązujące w momencie popełnienia zarzucanych czynów (1943–1945), podczas gdy zdaniem Włoch prawem właściwym było prawo obowiązujące w momencie orzekania sądów włoskich (2004–2008). Trybunał przyjął stanowisko włoskie i wskazał, że istotny jest czas, w którym postępowanie sądów włoskich miało miejsce. Co więcej, MTS stanął na stanowisku, że immunitet państwa ma zasadniczo charakter proceduralny, reguluje wykonywanie jurysdykcji w odniesieniu do danego postępowania i jest całkowicie różny od prawa materialnego, które stwierdza, czy dane postępowanie było zgodnie z prawem czy też nie⁶⁰.

Mając na uwadze powyższe i odnosząc się do argumentu włoskiego, że obce państwo nie może zasłaniać się immunitetem w przypadku dokonania deliktu (*tort exception*), MTS stwierdził, że prawo międzynarodowe przyznaje w dalszym ciągu immunitet w przypadku działań władczych powodujących śmierć,

⁵⁵ *Ibidem*, par. 77.

⁵⁶ Co pomija konsekwentnie literatura przedmiotu w swych opracowaniach na temat immunitetu. Zob. również uwaga zawarta w przypisie 36.

⁵⁷ Przeciwnie, wydaje się, że polski Sąd Najwyższy w cytowanej sprawie szeroko uwzględnił poglądy doktryny i dotychczasowe orzecznictwo, zauważając przeciwne tendencje oraz linie orzecznicze i argumentacyjne.

⁵⁸ *Jurisdictional Immunities of the State...*

⁵⁹ *Ibidem*, par. 21, 94.

⁶⁰ *Ibidem*, par. 58, 77–78. Zob. również: *Arrest Warrant of 1 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, wyrok z 14 lutego 2002 r., I.C.J. Reports 2002, par. 60.

szkodę na osobie lub mieniu dokonaną przez siły zbrojne lub inne organy państwa w toku konfliktu zbrojnego, nawet jeśli te akty miały miejsce na terytorium państwa forum⁶¹.

W dalszej kolejności Włochy oparły swoją obronę na opisanych wyżej tendencjach w zakresie immunitetu państwa i podnosiły, że odmowa przyznania Niemcom immunitetu była uzasadniona szczególnym charakterem aktów stanowiących sedno roszczenia oraz okolicznościami, w których roszczenia te zostały złożone. Po pierwsze, Włochy były zdania, że akty te stanowiły poważne naruszenie zasad prawa międzynarodowego mających zastosowanie w przypadku konfliktu zbrojnego i stanowiły zbrodnie wojenne oraz zbrodnie przeciwko ludzkości. Po drugie, akty te stanowiły naruszenie norm peremptoryjnych. Wreszcie po trzecie, zdaniem Włoch skarżący nie dysponowali innymi sposobami dochodzenia roszczenia, a sąd jurysdykcja sądów włoskich była konieczna jako środek ostateczny (*last resort*)⁶².

MTS w pierwszym miejscu wytknęła błąd logiczny w rozumowaniu dotyczącym wpływu ciężaru naruszenia na immunitet państwa, który można również z powodzeniem odnieść do norm imperatywnych. Ponieważ immunitet ma charakter wstępny i decyduje o wykonywaniu suwerenności terytorialnej przez państwo, sąd krajowy musi zbadać, czy immunitet znajduje zastosowanie w sprawie zanim (jeśli w ogóle) przejdzie do badania merytorycznej skargi. Jeżeli immunitet ma zależeć od ciężaru naruszenia praw człowieka lub prawa konfliktów zbrojnych, to wówczas sąd musiałby zbadać roszczenie merytorycznie w celu stwierdzenia, czy państwo ma jurysdykcję do rozpoznania sprawy. W ten sposób immunitet państwa mógłby zostać zanegowany przez umiejętne sformułowanie roszczenia⁶³. Pomimo wagi tego argumentu Trybunał zdecydował się na zbadanie prawa zwyczajowego, by potwierdzić, że nie rozwinęło się ono do punktu, w którym państwo nie jest uprawnione do immunitetu w przypadku poważnych naruszeń praw człowieka lub prawa konfliktów zbrojnych⁶⁴.

Przechodząc do norm *ius cogens*, MTS zaznaczył na wstępie, że argument ten opiera się na założeniu o istnieniu konfliktu między normą peremptoryjną i normą prawa zwyczajowego nakazującą przyznanie immunitetu. Zdaniem Trybunału takiego konfliktu jednak nie ma, ponieważ nawet zakładając, że normy zakazujące mordowania ludności cywilnej, deportacji osób do pracy przymusowej oraz deportacji jeńców wojennych stanowi normy *ius cogens*, to te normy i normy dotyczące immunitetu państwa dotyczą innych kwestii, albowiem te ostatnie mają charakter proceduralny i nie zajmują się odpowiedzią na pytanie, czy postępowanie państwa obcego było zgodne z prawem czy też nie⁶⁵.

⁶¹ *Ibidem*, par. 77.

⁶² *Ibidem*, par. 80.

⁶³ *Ibidem*, par. 82.

⁶⁴ *Ibidem*, par. 83–91.

⁶⁵ *Ibidem*, par. 93–97. Trybunał powołał się w tej mierze również na orzeczenia sądów krajowych oraz ETPCz. *Jones v. Saudi Arabia*, Izba Lordów, wyrok z 14 czerwca 2006 r., [2007] AC, t. 1, s. 270 ; ILR, t. 129, s. 629; *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, Kanada, Sąd Apelacyjny

W ostatnim miejscu MTS nie przychylił się do stanowiska Włoch, zgodnie z którym rzekome niedociągnięcia w niemieckich przepisach dotyczących reparacji dla włoskich ofiar uprawniają włoskie sądy do pozbawienia Niemiec immunitetu. W ocenie Trybunału nie można odnaleźć żadnej podstawy w praktyce państw, z której wywodzi się zwyczaj, by prawo międzynarodowe nadawało uprawnienie państwu do immunitetu w zależności od istnienia efektywnego alternatywnego środka zabezpieczającego dochodzenie roszczeń (*redress*)⁶⁶.

Przedstawione stanowisko MTS w zakresie immunitetu państwa stanowi autoratywne odrzucenie argumentów opierających się na normach *ius cogens*, poważnym naruszeniu praw człowieka lub prawa konfliktów zbrojnych oraz założeniu o braku forum do rozpoznania sprawy i uzyskania odszkodowania. Orzeczenie MTS jest już cytowane i powielane przez sądy krajowe i międzynarodowe, a przykładem tego jest wyrok Sądu Apelacyjnego Quebecu⁶⁷ oraz wyrok ETPCz w sprawie *Jonesa*⁶⁸. Jest również komentowane przez literaturę przedmiotu⁶⁹. Przyjęcie proceduralnego charakteru norm o immunitecie państw rozwiązało niewygodny dla Trybunału problem ewentualnego konfliktu między tymi normami a normami bezwzględnie obowiązującymi, ponieważ obydwa zbiory norm dotyczą

Ontario, wyrok z 30 czerwca 2004 r., DLR, 4. seria, t. 243, s. 406, ILR, t. 128, s. 586; *Winicjusz N. przeciwko Niemcy*; sprawa nr Up-13/99, Słowenia, Sąd Konstytucyjny, decyzja z 8 marca 2001 r.; *Fang v. Jiang*, Nowa Zelandia, High Court, wyrok z 21 grudnia 2006 r., [2007] NZAR, s. 420, ILR, t. 141, s. 702; *Margellos v. Federal Republic of Germany*, Grecja, Specjalny Sąd Najwyższy (*Anotato Eidiko Dikastirio*), sygn. akt 6/2002, wyrok z 17 września 2002 r., ILR, t. 129, s. 525; *Al-Adsani v. United Kingdom*, ETPCz, skarga nr 35763/97, wyrok z 21 listopada 2001 r.; *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*, ETPCz, skarga nr 59021/00, wyrok z 12 grudnia 2002 r.

⁶⁶ *Ibidem*, par. 101.

⁶⁷ *Islamic Republic of Iran v. Hashemi*, Kanada, Sąd Apelacyjny, Prowincja Quebec, wyrok z 15 sierpnia 2012 r., QCCA, t. 2012, s. 1449, par. 46–55. W jego ocenie: „judgment of the ICJ provides a *conclusive refutation* of the arguments against jurisdictional immunity which several parties in this case based on customary international law and on a *jus cogens* protection of human rights” [kursywa dodana przez autora].

⁶⁸ *Jones and Others v. The United Kingdom*, ETPCz, skargi nr 34356/06 i 40528/06, wyrok z 14 stycznia 2014 r., par. 88–94, 198, Zdaniem ETPCz: „the recent judgment of the International Court of Justice in *Germany v. Italy*... must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law”.

⁶⁹ A. Nollkaemper, *International Adjudication of Global Public Goods: The Intersection of Substance and Procedure*, EJIL 2012, t. 23, nr 3, s. 773 (bezwiednie przyjmuje za MTS proceduralny charakter immunitetu); A. Orakhelashvili, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, AJIL 2012, t. 106, s. 609–616 (dyskutuje w kontekście wyroku podział działań państwa na działania *de iure imperii* i *de iure gestionis* oraz krytykuje MTS za „klasyczne” podejście do immunitetu (w tym uznania działań niemieckich za akta *de iure imperii* objęte immunitetem) i stwierdzenia naruszenia prawa międzynarodowego przez Włochy). Na kanwie wyroku MTS oraz ujęcia immunitetu państwa w ramach prawa proceduralnego H. Fox i Ph. Webb proponują trzeci model immunitetu (*procedural exclusionary plea*) obok modeli opartych na absolutnej i restryktywnej teorii immunitetu, w którym podział na prawo materialne i proceduralne jest stosowany w celu ograniczenia zakresu immunitetu i jego wpływu na kwestie prawa materialnego. H. Fox, Ph. Webb, *The Law of State Immunity*, Oxford 2013, s. 25–48.

odmiennych kwestii⁷⁰. Lektura orzeczenia sprawia wrażenie, że MTS wybrał jedną z łatwiejszych dróg dla rozstrzygnięcia tego problemu. Ponadto wydaje się, że przyjęcie materialnoprawnego charakteru immunitetu państwa nie będzie powodować, że immunitet będzie sprzeczny z normami mającymi status norm *ius cogens*⁷¹. Immunitet nie zezwala na dokonywanie naruszeń praw człowieka czy prawa konfliktów zbrojnych, w tym norm o charakterze peremptoryjnym. Treścią prawa o immunitecie państw nie jest zgoda na dokonywanie czynów sprzecznych z prawami człowieka lub międzynarodowym prawem humanitarnym czy też jakakolwiek legalizacja takiego postępowania. Immunitet państwa pochodzi od podstawowej zasady suwerennej równości i jego celem jest ochrona suwerenności państw i zachowanie między nimi przyjaznych stosunków. Każde państwo posiada suwerenny immunitet. Należy przyjąć, że jest to prawo do immunitetu, którego esencją jest niepodleganie władzy innego państwa i którego – tak jak każde inne prawo – państwo może się zrzec. Oznacza to konieczność przyjęcia istotnej konstatacji, mianowicie, że państwo posiada prawo, a prawu temu odpowiada obowiązek drugiego państwa do poszanowania immunitetu w drodze ograniczenia wykonywania suwerenności terytorialnej. Źródłem tego zobowiązania jest prawo zwyczajowe. Co istotne, do tego ostatniego wniosku doszedł również sam Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości⁷².

8. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że w zakresie podziału działań państwa na akty *de iure imperii* i *de iure gestionis* istnieje jedno istotne wyzwanie przed prawem międzynarodowym: wyznaczenie obiektywnego i przejrzystego standardu definiującego taki podział. Takie zadanie ma na celu doprowadzenie do harmonizacji, przewidywalności i jednolitości prawa o immunitecie państw w zakresie jego stosowania na płaszczyźnie międzynarodowej i w poszczególnych porządkach krajowych. Nie jest rzeczą nową stwierdzenie, że sądy krajowe w sposób niespójny stosują immunitet państwa, co prowadzi do rozbieżnych decyzji w podobnych (takich samych) sprawach. Należy w zasadzie zauważyć, że immunitet państwa jest instytucją zwyczajowego prawa międzynarodowego i w prawie międzynarodowym powinno istnieć jednolite rozumienie immunitetu państw, a tymczasem może się wydawać, że istnieje ich więcej⁷³. W taki spo-

⁷⁰ *Jurisdictional Immunities of the State...*, par. 93.

⁷¹ Por. C. Tomuschat, *Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes – Concluding Remarks*, [w:] C. Tomuschat, J.-M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden 2006, s. 433.

⁷² *Jurisdictional Immunities of the State...*, par. 56, 106. Tym samym MTS zaprzeczył sam sobie, stwierdzając, że immunitet państwa ma charakter proceduralny, podczas gdy przyznaje on prawa i obowiązki, a zatem decyduje o legalności postępowania podmiotu prawa, co odpowiada definicji prawa materialnego przyjętej przez Trybunał.

⁷³ Zob. cytowaną wyżej wypowiedź sędziego nowozelandzkiego. Można opowiedzieć się za tezą, że taki stan rzeczy jest spowodowany niejasnością i wątpliwościami wywołanymi konkretną sprawą, jak również odmienną regulacją krajową w każdym państwie, która ma wpływ na decyzje sędziowskie.

sób idąc za stanowiskiem sądów krajowych, należałoby przyjąć, że istnieje wiele norm, które wiążą poszczególne państwa we wzajemnych relacjach. Wydaje się jednak na podstawie praktyki sądowej, że orzecznictwo krajowe nie ujmuje tego problemu w ten sposób i zauważa jedną normę, która być może jest odmiennie (błędnie) stosowana przez sądy obce⁷⁴. Na tym poziomie mamy do czynienia z jakby kryptofragmentacją prawa międzynarodowego⁷⁵, która polega na tym, że:

1) istnieją odmiennie normy w ramach prawa o immunitecie państw (poziom powszechnego i partykularnego prawa międzynarodowego, gdzie występuje wiele norm regulujących te same kwestie i różne jest też związanie się tymi normami przez państwa), albo

2) istnieje jedna norma⁷⁶, lecz jest ona odmiennie interpretowana i stosowana, a to prowadzi z kolei do zjawiska wielości interpretacyjnej. W takiej sytuacji może dojść do naruszenia prawa międzynarodowego w wyniku błędnego zastosowania jego normy.

Wyzwanie przed prawem międzynarodowym polega na zapobieżeniu, powstrzymaniu lub zmianie takiego stanu rzeczy i doprowadzeniu do harmonizacji. W tym aspekcie należy wyróżnić następujące płaszczyzny, w ramach których można realizować właściwe rozwiązanie dla prawa międzynarodowego:

1) poziom międzypaństwowy – przyjmowanie odpowiedniego stanowiska co do praktyki (*opinio iuris*) i kształtowanie odpowiedniej praktyki, m.in. przez zaprojektowanie i późniejsze przyjęcie Konwencji Narodów Zjednoczonych o immunitecie państwa i ich własności;

2) poziom sądowy – krajowe i międzynarodowe organy sądowe powinny nawiązywać do powszechnie akceptowanych wyroków w zakresie immunitetu państwa, jak również nowych wyroków, przy czym w wypadku tych ostatnich powinny również dokonać analizy, w jaki sposób te orzeczenia zostały przyjęte przez państwa, a w drugim rzędzie (jeżeli w ogóle) przez literaturę przedmiotu. Organów sądowe nie powinny przy tym lekceważyć praktyki i *opinio iuris* państw reprezentowane przez władzę wykonawczą i ustawodawczą;

3) poziom doktrynalny – wreszcie należy podkreślić tradycyjną rolę doktryny, jaką jest wskazywanie ścieżek, rozwiązań; dokonywanie krytyki i aprobaty poszczególnych decyzji sądowych, *ergo*: prowadzenie do harmonizacji i jednolitości (stosowania) prawa międzynarodowego w jego najlepszym kształcie.

9. Kolejną tezą jest stwierdzenie, że immunitet międzynarodowy rozwija się nierównomiernie w swych poszczególnych odmianach. Jeżeli przyjąć, że głównymi rodzajami immunitetu jest immunitet państwa, głowy państwa i immunitet

⁷⁴ Zob. przykładowo stanowisko polskiego Sądu Najwyższego *Winicjusz N. przeciwko Niemcy*. Zob. też orzecznictwo sądów włoskich (m.in. sprawa *Ferrini*).

⁷⁵ Podobny pogląd przyjmuje również X. Yang, *op. cit.*, s. 22.

⁷⁶ Przykładowo zasada ogólna prawa o immunitecie państwa, zgodnie z którą immunitet przysługuje w zakresie działalności *de iure imperii* i nie przysługuje w zakresie działalności *de iure gestionis*.

dyplomatyczny, to należy stwierdzić, że najbardziej niezmienny czy odporny na postulatory zmian pozostaje ten ostatni rodzaj immunitetu. Wymiar klasyczny immunitetu dyplomatycznego utrzymuje się do dnia dzisiejszego, ponieważ został on ujęty (skodyfikowany) w prawie traktatowym, podczas gdy pozostałe rodzaje są uregulowane przez powszechne prawo międzynarodowe. To wskazuje na jeden interesujący aspekt w kontekście teorii źródeł prawa międzynarodowego: prawo zwyczajowe jest bardziej podatne i łatwiejsze do zmiany, podczas gdy prawo traktatowe pozostaje niewzruszone i tym samym bardziej odporne na późniejszą modyfikację. W ten sposób immunitet dyplomatyczny utrzymuje się w zasadniczo niezmiennym kształcie (jest to jeden z czynników), a takiej samej tezy nie można utrzymać w stosunku do immunitetu państwa, który ciągle podlega ewolucji i dalszym zmianom.

10. Prawo międzynarodowe ma jeszcze jeden cel przed sobą. Chodzi tutaj mianowicie o pogodzenie pewnych podstawowych wartości i ich umiejętnę wyważenie. Sędziowie Higgins, Kooijmans and Buergenthal wypowiedzieli się w tym kontekście następująco:

[w]e wish to point out, however, that the frequently expressed conviction of the international community that perpetrators of grave and inhuman international crimes should not go unpunished does not *ipso facto* mean that immunities are unavailable whenever impunity would be the outcome. The nature of such crimes and the circumstances under which they are committed, usually by making use of the State apparatus, makes it less than easy to find a convincing argument for shielding the alleged perpetrator by granting him or her immunity from criminal process. But immunities serve other purposes which have their own intrinsic value ... *International law seeks the accommodation of this value with the fight against impunity, and not the triumph of one norm over the other.* A State may exercise the criminal jurisdiction which it has under international law, but in doing so it is subject to other legal obligations, whether they pertain to the non-exercise of power in the territory of another State or to the required respect for the law of diplomatic relations or, as in the present case, to the procedural immunities of State officials⁷⁷.

W interesującym nas zakresie chodzi o wartości wyrażane przez prawa człowieka oraz suwerenną równość państw. Zadaniem sądów krajowych nie jest przyznanie jednej wartości pierwszeństwa nad drugą, lecz ich prawidłowe zinterpretowanie i pogodzenie, mimo iż może to być niezgodne z własną opinią sędziów, a wyrok godzący te wartości zostanie następnie skrytykowany przez niektóre

⁷⁷ *Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, Arrest Warrant of 1 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, wyrok z 14 luty 2002 r., ICJ Reports 2002, par. 79 [kursywa dodana przez autora]. W tym też tonie zasadnie wypowiada się H. Fox, stwierdzając, że: „[t]here is a great gulf in comprehension between the narrow single interest pursuit of the protection of human rights by activists and the preservation of a coherent international legal order which international lawyers endeavours to build. To aim to remedy one injustice without regard to its effect on the whole system may result in anarchy and greater total injustice.” H. Fox, *op. cit.*, 590.

środowiska. Chodzi zatem o interpretowanie i stosowanie prawa międzynarodowego, a nie jego jednostronną zmianę. Należy wskazać, że właśnie wyrażanie odmiennych wartości w prawie międzynarodowym przyczynia się do poszukiwania nowych ścieżek jego rozwoju i rozstrzygania sporów międzynarodowych. Warto również odnotować, że sądy krajowe mogą poruszać się pewnymi ścieżkami wytyczanymi przez MTS. Sprawy *nakazu aresztowania i immunitetu jurysdykcyjnego państwa* są bardzo interesujące, a wywody Trybunału mogą stanowić świetny materiał poznawczy dla prawników krajowych i międzynarodowych. Tymczasem pierwsza ze spraw pozostaje niedoceniona w praktyce, co być może przynosi negatywne skutki.

11. Konkludując powyższe rozważania, możemy postawić następujące tezy w zakresie tendencji i wyzwań w prawie o immunitacie państw:

a. istnieje konieczność zwiększenia przewidywalności prawa międzynarodowego na poziomie krajowym. Przysłużyć się temu powinny w szczególności Konwencja Narodów Zjednoczonych z 2004 r. oraz wyrok MTS z 2012 r.;

b. doprecyzowania wymagają zasady, według których nastąpi rozdzielenie działalności publicznej i prywatnej państwa;

c. należy odwrócić niekorzystne praktyki w zakresie immunitetu państwa, które traktują działalność publiczną jako działalność *de iure gestionis* (np. obligacje państwowe, nacjonalizacja);

d. sądownictwo i doktryna powinna dążyć do harmonizacji praktyki państwowej, co dotyczy również samych państw; ich rolą jest także hamowanie zbyt daleko idących tendencji;

e. w procesie ustalania norm w zakresie immunitetu państwa należy położyć silny akcent na praktykę pozasądową, jak również praktykę państw innych niż zachodnioeuropejskie (włączając w to Amerykę Północną);

f. w kontekście immunitetu istnieje ważny problem jurysdykcji państwa, co również wymaga rozwiązania podstawowych kwestii, a niektórych z nich najlepiej w drodze konwencyjnej;

g. zarówno pojęcie immunitetu, jak i jurysdykcji wymaga jasnego i przejrzystego wyłożenia przez organy stosujące prawo międzynarodowe; zasady działania tych instytucji są często niewłaściwie rozumiane na gruncie krajowym;

h. sędziowie krajowi mogą nie być czasami przygotowani do orzekania na podstawie prawa międzynarodowego. To rodzi konieczność zwrócenia szczególnej uwagi na wykład prawa międzynarodowego na szczeblu uniwersyteckim i w ramach szkolenia do wykonywania zawodu sędziego.

*Christophe Swinarski**

Kadr normatywny immunitetu jurysdykcyjnego państwa w prawie międzynarodowym (w kontekście Europejskiej Konwencji Praw Człowieka)

Na cóż czekamy, zebrani na rynku?

Dziś mają przyjść barbarzyńcy.

Dlaczego taka beczynność w senacie?

Senatorowie siedzą – czemuż praw nie uchwalą?

(...)

Czemu retorzy świetni nie przychodzą, jak zwykle,

by wygłaszać oracje, które ułożyli?

Dlatego że dziś mają przyjść barbarzyńcy,

a ich nudzą deklamacje i przemowy.

(...)

Wszyscy do domu wracają zamyśleni.

(...)

I ktoś, co właśnie wrócił od granicy,

mówi że już nie ma żadnych barbarzyńców.

Bez barbarzyńców – cóż pocniemy teraz? Ci ludzie byli
jakimś rozwiązaniem.

Konstandinos Kawafis, *Ekdota Poiemata*,
tłum. Zygmunt Kubiak, 1904

* Konsultant międzynarodowy ds. prawa humanitarnego i praw człowieka, *visiting professor* Uniwersytetu La Plata (Argentyna), b. doradca prawny Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża (MKCK). Autor dziękuje Panu dr. Michałowi Balcerzakowi i Panu mgr. Maciejowi Żenkiewiczowi z WPiA Uniwersytetu Mikołaja Kopernika za cenną pomoc w przygotowaniu tego tekstu.

1. Uwagi wstępne

Ponawiając wyrazy wdzięczności za przywilej zaproszenia do udziału w tej Konferencji Grupy Polskiej Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego, chciałbym pogratulować Organizatorom szczęśliwej, bo precyzyjnej definicji jej tematu. Propozycja dyskusji o immunitetach „mających swoje źródło w prawie międzynarodowym” pozwala jasno określić ramy naszego spotkania, a szczególnie miejsce, jakie winna w nim zająć kwestia immunitetu jurysdykcyjnego państwa w perspektywie prawa publicznego – temat, który nierzadko prowadzi do nieporozumień pojęciowych i pochopnych wniosków, przede wszystkim – jak się wydaje – z dwóch powodów.

Pierwszym z nich i niewątpliwie najważniejszym są rozbieżności co do koncepcji państwa pod kątem jego suwerenności i wynikająca z nich niejednorodność określania obszaru jego podmiotowości w porządku prawnym innego państwa, ze wszystkimi konsekwencjami w dziedzinach, w których pojawiają się zagadnienia stosunku prawa międzynarodowego do prawa wewnętrznego.

Drugim, związanym z poprzednim, zdaje się być traktowanie immunitetu państwa jako problemu zwłaszcza procesowego, pojawiającego się w momencie kolizji interesów prawnych podmiotów pochodzących ze zróżnicowanych formalnie porządków prawnych, a nie jako konstrukcji (*instituto proprio iure*) prawa międzynarodowego. Aby uniknąć wynikających z tych powodów komplikacji merytorycznych i metodologicznych, chciałbym ograniczyć moje uwagi do określenia miejsca immunitetu jurysdykcji państwa w aktualnej topografii prawa międzynarodowego, nie wchodząc – bardziej niż okaże się to niezbędne – w związane z tematem kontrowersje¹.

Kwestia uzasadnienia immunitetu państwa w prawie międzynarodowym pojawia się tam od zarania jego wyodrębnienia jako systemu normatywnego ze względu – słowami Komisji Prawa Międzynarodowego – iż „(...) dotyczy ona Państw w dwojaki sposób: z jednej strony jako suwerenów terytorialnych w wykonywaniu władzy nad wszystkimi elementami swego terytorium i z drugiej, jako obcych suwerenów, kiedy są ścigane przez inne podmioty, osoby fizyczne przed sądami lub organami administracyjnymi innego Państwa, którego kompetencja terytorialna rozszerza się na sprawy dotyczące państw obcych”². Taki punkt wyjścia wiąże istnienie immunitetu państwa niemal wyłącznie z jego suwerennością terytorialną, nie uwzględniając innych pojęć prawa międzynarodowego.

¹ Zob. np. uwagi A. Wyrozumskiej, *Polskie sądy wobec immunitetu państwa obcego*, PiP 2000, z. 649, s. 25.

² *Annuaire de la Commission du Droit International* ACIDI, 1978, vol. II, cz. II, rozdz. 13, s. 171 (tłum. autora).

Tym niemniej już w 1950 r. Sir Hersch Lauterpacht mógł stwierdzić, że „prawo międzynarodowe, które tak znakomicie nalegało na szacunek należny jednemu suwerennemu Państwu przez drugie, odtąd przyznaje suwerenne prawa człowiekowi. Bo podstawowe prawa człowieka są nadrzędne wobec prawa suwerennego państwa”³. Nic więc dziwnego, że w obecnie obowiązującym prawie międzynarodowym zasadnicze zmiany strukturalne społeczności międzynarodowej i ich skutki co do natury prawnej immunitetu państwa musiały doprowadzić do różnic w pojmowaniu jego natury i obszaru obowiązywania⁴.

2. Kadr prawa zwyczajowego

Konfiguracja semantyczna immunitetu państwa jest zawarta w ogólnej definicji immunitetu⁵, jako: „wolności jednego od władzy lub kontroli prawnej drugiego co do jakiegoś stosunku prawnego”⁶. W zwyczaju międzynarodowym pojawia się od początku jako prawna konsekwencja zasady suwerennej równości państw (*par in parem non habet imperium*) i jako taka została przyjęta w orzecznictwie

³ H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Stevens, London 1950, s. 70 (tłum. autora). Zob. idem, *The Grotian Tradition of International Law*, BYIL 1946, vol. 23, s. 1–53; idem, *The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man*, Transactions of the Grotius Society, 1943, vol. 29, s. 21–31.

⁴ Zob. np. *dictum* lorda Bingham: „A State is either immune or it is not. There is no halfway and no scope for discretion”; zob. *dictum* lorda Milletta: „(...) State immunity is not a self-imposed restriction of its courts (...) chosen as a matter of discretion, relax or abandon. It is imposed by international law (podkr. C. S.) without any discrimination between the State or another”, odpowiednio pkt 33 i pkt 101 w wyroku United Kingdom House of Lords (UKHL) 26, 2007, w sprawie *James Mitchell v. Ministry of Interior of Kingdom of Saudi Arabia & Lt. Col Abdul Aziz*, obecnie przed ETPC (skarga nr 34356/06 I 40528/06), również A. Orakhelashvili, *State Immunity & Hierarchy of Norms: Why The Lords got it wrong*, EJIL 2008, vol. 18, s. 955.

⁵ Zob. ogólnie *inter alia*: J. Bröhmer, *State Immunity and the violation of Human Rights*, The Hague 1997; L. Caffisch, *Immunités de juridiction et respect des droits de l'homme*, [w:] L. Boisson de Chazournes & V. Gowlland-Debbas (red.), *L'ordre juridique international en quête d'équité et d'universalité*, Liber Amicorum Geoges Abi Saab, La Haye, Londres, Boston 2001; J. Candrian, *L'immunité des Etats face aux Droits de l'Homme et à la protection des biens culturels*, Zurich, Bâle, Genève 2005; M. Cosnard, *La soumission des États aux tribunaux internes (Face à la théorie des immunités des États)*, Publications de RGDIP, Pédone 1996; E. Denza, *Diplomatic Law. A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, wyd. 3, Oxford 2008; I. Pingel-Lenuzza, *Les immunités des états en droit international*, Bruxelles 1998.

⁶ S. Hohfeld, *Jural Opposites*, London 2001, s. 51: „an immunity is one's freedom from the legal power and control of another as regards some legal relations”; także H. Fox, *The Law of State Immunity*, wyd. 2, Oxford 2008, s. 47–51; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford 1989; O. Schachter, *The Decline of Nation-State and its Implications for International Law*, „Columbia Journal of Transnational Law” 1997, vol. 36, s. 22.

prawa wewnętrznego. W prawie zwyczajowym należy ona do jego korpusu normatywnego, a nie tylko zwykłej *comitas gentium*⁷. Jej pojmowanie w tym prawie ewoluowało wraz z przekształceniami percepcji konceptu suwerenności i jej konsekwencji.

W trakcie tej ewolucji immunitety prawa międzynarodowego różnie poszukiwały swego uzasadnienia normatywnego (*ratio legis* lub *rationale* według terminologii anglosaskiej), bo „jeśli prawo międzynarodowe istnieje, dynamika suwerenności państwowej może być wyrażana w terminach prawnych i, jako że państwa są między „sobą równe jako podmioty prawa, suwerenność wyraża w najwyższym stopniu ich stosunek do innych państw (i do międzynarodowych organizacji rządowych) określony tak, jakim go określa prawo”⁸.

Jest więc zrozumiałe, że zwyczajowa konstrukcja immunitetów państwa przechodziła te same fazy legitymacji normatywnej co sam koncept suwerenności: od ponadnaturalnego pochodzenia władzy z jej absolutnym immunitetem osobistym i ogólnym (*king can do no wrong*), poprzez koncepcję patrymonialną (władca jako wyłączny właściciel państwa posiada *suprema potestas*) i koncepcję eksterytorialności jako główne uzasadnienie immunitetu suwerennego państwa, wykluczające jakąkolwiek interwencję organów innego państwa, tzn. w formie immunitetu absolutnego.

Zgodzić się tu trzeba, że to relacja między ewoluującym podejściem do konsekwencji suwerenności absolutnej w stosunkach międzynarodowych a potrzebą delimitacji i zrównoważenia konfliktów między suwerennościami jest przyczyną przeobrażeń w konstrukcji państwowego immunitetu jurysdykcyjnego⁹. Owa relacja między rozwijającą się i coraz to bardziej wielopłaszczyznową działalnością państwa w obrocie międzynarodowym leży w każdym razie u podłoża coraz szerszego przyjmowania jako zasady ograniczonego (*restrictive*) charakteru tego immunitetu.

Jako *modus operandi* tej ewolucji (praktycznie synchronicznej z przechodzeniem od koncepcji suwerenności absolutnej do koncepcji suwerenności

⁷ Choć *comitas gentium* może być uważana za integralną część zwyczaju międzynarodowego, a nawet wręcz za synonim prawa międzynarodowego; zob. np. J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ochrona praw człowieka*, Poznań 2006, s. 314.

⁸ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, wyd. 6, Oxford 2003, s. 287; także zob. np. *Dicta* lordów Browne-Wilkinsona i Huttona w sprawie *Pinocheta III*, s. 14 i s. 62–63; orzeczenie Sędziego Marshalla w sprawie *The Schooner Exchange v. McFadden & others* z 1812, 11 US (7 Cranch) 116; wyrok Sądu Apelacyjnego Paryża z 1894 w sprawie *Ville de Genève v. małżonkowie Civry* (sukcesja Księstwa Brunszwiku), „*Journal de Droit International Privé*” 1894, s. 1032.

⁹ Zob. M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, Helsinki 1989, s. 933; Choć zdaniem I. Brownlie problem równowagi między konfliktami suwerenności nie daje się sprowadzić do dychotomii „absolutny” v. „ograniczony immunitet”, zob. I. Brownlie, *op. cit.*, s. 326.

funkcjonalnej) pojawiła się konieczność rozróżnienia między państwem działającym *de iure negotii* a państwem w zakresie jego działalności *de iure imperii*. Działanie w stosunkach międzynarodowych państwa handlującego (*état commerçant*) wzrosło tak znacznie, iż klasyczny moduł normatywny prawa międzynarodowego stał się, operatywnie i normatywnie, nieprzydatny do rozwiązywania powstających problemów za pomocą klasycznych konceptów struktury stosunków międzynarodowych¹⁰. Nie od rzeczy jest tu zauważyć, że i w tej dziedzinie ewolucja od zasad absolutnego do restrykcyjnego konceptu immunitetu państwa odbywała się sposobem stopniowego przystosowania jego funkcji do zadań osiągnięcia w prawie koniecznej skuteczności, a więc na zasadach kryterium efektywności, które już Grocjusz uważał za podstawowe¹¹.

Często przywoływanym dowodem na konceptualnie wykształcony zwyczajowy charakter immunitetu jurysdykcji jest tzw. *Tate Letter* (z 19 maja 1952 r.), w którym ówczesny Doradca Prawny Departamentu Stanu w liście do amerykańskiego wiceministra sprawiedliwości oznajmia że Departament będzie stosował odtąd w tej dziedzinie zasady immunitetu ograniczonego (*restrictive*), uważając ją za zgodną z obowiązującym prawem międzynarodowym, w miejsce uprzedniej, opartej na doktrynie Sędziego Marshalla (z wyroku *The Schooner Exchange v. McFaddon & others*)¹². Przekonanie, iż *l'Etat étranger ne jouit de l'immunité juridictionnelle que pour certains actes dits de puissance publique*¹³, tzn. konstrukcja restryktywnego (lub relatywnego) immunitetu jurysdykcyjnego państwa uformowała się więc już w międzynarodowym prawie zwyczajowym.

¹⁰ Choć wzrost obrotu międzynarodowego *iure negotii* był już oczywisty od końca XIX w., niewątpliwie znaczny wpływ na tę ewolucję miały konsekwencje Rewolucji Październikowej i wprowadzenia monopolu handlu zagranicznego przez państwo sowieckie.

¹¹ H. Grotius, *De Jure belli ac pacis, Libri Tres*, [w:] J. B. Scott (ed.), *The Classics of International Law*, Księga III, rozdz. XVI, sekcja XXIX, Oxford 1925, s. 428.

¹² Zob. US Department of State Bulletin 26, 1952, s. 984–985; J. Tate mówi o *concepts* i *theory* immunitetu jurysdykcji, stwierdzając, że *restrictive theory* jest uznana w prawie (*recognized*) jako ograniczająca ten immunitet do *acta iure imperii*. Departament Stanu zaczął od tego czasu formułować tzw. *suggestions of immunity* dla sądów amerykańskich. Wreszcie przyjęty w 1976 r. *Foreign Sovereign Immunities Act* potwierdził kompetencje Departamentu Stanu w tej dziedzinie. Trzeba tu zauważyć, że proces uznania konceptu odbywa się w obrębie prawa materialnego, a nie procesowego, jak dotychczas. Zob. *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute Publications 1987, vol. I; także G. Ress, *The Changing Relationship Between State Immunity and Human Rights*, [w:] M. da Salvia i M. E. Villiger (eds.), *The Birth of European Human Rights, Liber Amicorum Carl Aage Norgaard*, Baden-Baden, 1998; W. Habscheid, *Die Staaten Immunität Erkenntnis und Vollstreckungsverfahren*, [w:] W. Habscheid & al. (eds.), *Freiheit und Zwang, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger*, Bern 1989, s. 213.

¹³ J. F. Lalive, *L'immunité de juridiction des états et des organisations internationales*, [w:] RCADI 1953, vol. 84, t. III, s. 285; skądinąd autor uważa, że nie istnieje żadna norma zwyczajowa lub traktatowa nakazująca państwom uznanie immunitetu jurysdykcyjnego państwa w prawie międzynarodowym, *ibidem*, s. 251.

3. Kadr traktatowy

Pierwszym tekstem, który zajmuje się immunitetem jurysdykcyjnym państwa jest rezolucja Instytutu Prawa Międzynarodowego z 1891 r.¹⁴ (oczywiście bez efektów traktatowych). Natomiast pierwszym traktatem tematycznym jest Konwencja w sprawie ujednoczenia zasad dotyczących immunitetu państwowych, zawarta w Brukseli (10 kwietnia 1926 r.) i Protokół Dodatkowy do niej z 19 maja 1934 r. Poza jasnym odróżnieniem statków funkcjonujących *ex ius imperii*, do których ogranicza się zakres immunitetu Konwencji, zawiera ona także klauzulę wzajemności (art. 6).

Konwencja Europejska zawarta w Bazylei w ramach Rady Europy reprezentuje następny, nader istotny etap prawa traktatowego dla ustalenia jego elementów normatywnych, niezależnie od jej zakresu formalnego obowiązywania¹⁵, przede wszystkim ze względu na poszukiwanie w niej synergii z ustawodawstwem i orzecznictwem prawa wewnętrznego.

Obie Konwencje powołują się na zwyczajowe pochodzenie restryktywnej konstrukcji immunitetu, opartej na rozróżnieniu aktów państwa *iure imperii* i *iure negotii*. Obydwie przyjmują za punkt wyjścia klasyczny koncept suwerenności państwa, a nie skutki podmiotowości międzynarodowej człowieka, które doprowadzają do sytuacji, szczególnie w relacji procesowej, w której osoba pozywająca państwo napotyka przeszkody z tytułu rewindykacji suwerennego immunitetu tego ostatniego. Jednak podejście procesowe do skutków immunitetu doprowadziło także – jak się wydaje – do umocowania zasady jego charakteru restryktywnego w wyniku „serii współzależnych prądów analizy prawnej”¹⁶.

Warto zauważyć, że autorzy Konwencji Bazylejskiej byli świadomi, iż chodzi tu nie tylko o międzynarodowy środek procesowy. Świadectwem tego jest Protokół Dodatkowy do tej Konwencji z 1972 r. powołujący Trybunał Europejski ds. Immunitetu Państwa z kompetencją materialną (a nie wyłącznie kasacyjną) do orzekania o sporach w sprawach interpretacji i stosowania Konwencji (kompetencja trybunału jest fakultatywna, jest on dostępny dla osób prywatnych, został utworzony 22 maja 1985 r., a jego funkcje są sprawowane przez ETPC (na zasadach przez niego ustanowionych)¹⁷.

¹⁴ *Projet de règlement international sur la competence des tribunaux dans le proces contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers*, (11 IX 1891), Session de Hamburg, szczególnie art. 4. i 5., [w:] *Résolutions de l'Institut de Droit International 1873–1956*, s. 14–16.

¹⁵ Zob. tekst w A. Dickinson, R. Lindsay, J. Loonam, *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford 2004, s. 1–9; np. Polska przystąpiła do Konwencji Brukselskiej 8 I 1936, wypowiedziała ją 17 III 1952 i przystąpiła do niej ponownie 16 VII 1976 r. Konwencję Bazylejską ratyfikowało tylko 7 państw, obecnie członków UE i Szwajcaria.

¹⁶ Zob. H. Fox, *op. cit.*, s. 41–99.

¹⁷ P. Trooboff, *Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles*, RCADI 1986, vol. 200, s. 266–268; także I. Pingel-Lenuzza, *op. cit.*, s. 3.

Dalszy rozwój prawa traktatowego dokonywał się w ramach przekazania Komisji Prawa Międzynarodowego zagadnienia immunitetu państwa do kodyfikacji, a więc w celu jego ogólnoprawnej, normatywnej instytucjonalizacji.

Już w czasach Ligi Narodów (1928) uważano to zagadnienie za dojrzałe do takiej kodyfikacji¹⁸, znajdowało się ono także pomiędzy czternastoma oryginalnymi przedmiotami do kodyfikacji w agendzie Komisji, która jednak dopiero w 1978 r. wpisała go na swoją wokandę¹⁹. Pierwszy *Projekt artykułów o immunitetach jurysdykcyjnych Państw i ich dóbr* został przyjęty w 1986 r., przedłożony rządowi do obserwacji i sfinalizowany w 1991 r. wraz z rekomendacją zwołania rządowej konferencji kodyfikacyjnej. Projekt ten nie został jednak przyjęty przez ZO ONZ, które odesłało go do dalszego opracowania i komentarzy państw, powołując grupę roboczą VI Komisji w celu ich głębszego przestudiowania. Konsultacje trwały (w różnych gremiach, łącznie z ponownym odesłaniem projektu do KPM) przez następnych lat piętnaście, tak że dopiero w 2004 r. projekt został ostatecznie przyjęty przez ZO ONZ (2 grudnia 2004 r.) (Konwencja wchodzi w życie po trzydziestej ratyfikacji)²⁰.

Cały ten międzynarodowy proces legislacyjny, z jego trudnościami, meandrami procedury i powikłaniami politycznymi koncentrował się wokół definicji granic pojęcia suwerenności *iure imperii* (wraz z organicznie z tym związanym zagadnieniem stosowania egzekucji), rozróżnienie między *ius imperii* a *ius gestionis* – a więc restrykcja immunitetu absolutnego państwa – będąc od początku projektu powszechnie przyjęta.

Można więc twierdzić, że prawo traktatowe uznaje immunitet jurysdykcyjny państwa za:

- a) funkcjonalnie ograniczony pod względem jego skutków;
- b) relatywny pod kątem charakteru typu działalności państwa (*iure imperii* lub *negotii*);
- c) posiadający charakter normatywno-materialny, a nie tylko procesowy; i
- d) organicznie związany z pojęciem suwerenności państwa i jego interpretacjami.

Konfiguracja kadru traktatowego immunitetu byłaby niepełna, gdyby pominąć fakt, że ograniczanie zakresu suwerenności *iure imperii* dokonywało się w prawie międzynarodowym pod presją całej ewolucji związanej z rozwojem pozycji normatywnej człowieka jako pełnoprawnego podmiotu tego prawa i spowodowanych przez ten rozwój zmian w ładzie międzynarodowym (w sensie politycznym) i w jego normatywnym porządku (*ordre public international*). Traktaty praw

¹⁸ Zob. *Additional Protocol to the European Convention on State Immunity*, [w:] A. Dickinson, R. Lindsay, J. Loonam, *op. cit.*, s. 31–36 i komentarz do Konwencji i Protokołu, s. 37–70; zob. I. Pingel-Lenuzza, *op. cit.*, s. 256.

¹⁹ Zob. Rezolucja ZO ONZ 32/151 z 19 XII 1977 I ACIDI, 1978, vol. II, s.169–171.

²⁰ Zob. *La Commission du Droit International et son œuvre*, ONU, New York 2005, wyd. 6, vol. II, s. 177–186; zob. Rezolucja ZO ONZ 59/38 z 2 XII 2004.

człowieka odegrały bez wątpienia w tym procesie kluczową rolę, ale – choć nie należy to *stricto sensu* do tematu naszej dyskusji – nie sposób pominąć wpływu, jaki wywarł na konstrukcję immunitetu państwa rozwój międzynarodowego systemu sankcji karnej dla państwa i jego organów oraz jego konsekwencje we wspólnym zakresie odpowiedzialności państw²¹. Wychodząc z przepisów normatywnych prawa humanitarnego, rozwijał się on ku radykalnej przebudowie obszaru „odpowiedzialności państwa w prawie międzynarodowym, by poprzez rozwój praw człowieka doprowadzić do ustaleń traktatowych, sfinalizowanych w Statucie Rzymskim z 17 lipca 1998 r. Mimo że proces ten nie należy bezpośrednio do głównego nurtu określania treści normatywnej immunitetu jurysdykcji, jego wpływ jest istotną częścią kadru traktatowego tego immunitetu (dotyczy to również *de maiori ad minus* traktatów poprzedzających zasady normatywy Statutu Rzymskiego – takich jak Konwencje Haskie z 1899 i 1907, Konwencje Genewskie *etc.*).

Kontrowersja co do natury, zakresu i funkcji normatywnej tego procesu znajduje się w centrum debaty o roli i funkcji całego prawa międzynarodowego; „(...) this is hardly a surprise since the classic Westphalian model of international society was constructed precisely in order to minimize the opportunities for States to be legitimately (podkr. C. S.) interested in questions concerning the treatment by the State of its own nationals (...) this is quite obvious from the conceptualization of an entire body of substantive law concerning the treatment of aliens abroad. International law has traditionally (podkr. C. S.) been all about boundaries²²”.

Nie ma tu żadnego powodu do zdziwienia wobec tendencji przeobrażeń normatywnych spowodowanych pełnoprawną podmiotowością człowieka ani też wobec frontalnej ofensywy adwersarza wartości i wpływu traktatów prawnoczerwonych w formowaniu ogólnych konstrukcji prawa międzynarodowego, a więc tego że: „(...) the Court must take into account any relevant rules of international law (podkr. C. S.) when examining questions concerning its jurisdiction and, consequently determining State responsibility in conformity with the governing principles of international law, although must remain mindful of the Conventions special character as human rights treaty²³”.

²¹ T. Rensmann, *Staaten-Immunität und Völkerrechtswidrige Hoheitsakte*, Praxis des Internationalen Privat – Verfahrensrechts 1998, vol. 18, s. 44–48; w odniesieniu do prawa humanitarnego R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, 2002, s. 43–50; zasadniczy związek normatywny w rozwoju tzw. międzynarodowego prawa karnego z tematem immunitetu zasadza się w tym, że „(...) on intending to elude the question, the treatment dispensed to the central chapter of the law of international responsibility of the State will keep on juridically unconvincing and conceptually incomplete (...) postponing the construction and consolidation of true role of law (...) and (...) of the right to law” (podkr. C. S.); A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind*, Leiden, Boston 2010, s. 390.

²² M. D. Evans, *State Responsibility and the European Convention on Human Rights: Role and Realm*, [w:] M. Fitzmaurice, D. Sarooshi (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford 2004, s. 140–160.

²³ ETPC, *Bankovic v. Belgii & others* (GC), decyzja z dnia 12 grudnia 2001 r., pkt 57.

4. Kadr jurysprudencyjno-doktrynalny

Uwagi co do kontrowersji wokół wpływu praw człowieka na uregulowania traktatowe prowadzą do kilku obserwacji o wpływie orzecznictwa i doktryny na konceptualizację normatywną immunitetu jurysdykcyjnego. Coraz częściej obecnie wyprowadzanie ogólnych konceptów prawa międzynarodowego odbywa się drogą poszukiwania ich zakresu i substancji w orzecznictwie międzynarodowym. W aktualnej strukturze społeczności międzynarodowej, przy wzroście ilości i kompetencji międzynarodowych organów sądowych jest to normalne, jeśli nie nieuniknione. Niemniej niezależnie od formalnej dogmatyki źródeł prawa międzynarodowego (art. 38 Statutu MTS), trzeba pamiętać, że tak jurysprudencja jak i doktryna mają za główne zadanie stosowanie i interpretację prawa międzynarodowego jako uformowanego *lex lata*. Nie ulega wątpliwości, że oba te, formalnie subsydiarne, źródła uczestniczą dziś, merytorycznie i w żwawo wzrastający sposób, w konstrukcji i dynamice rozwoju prawa międzynarodowego, a więc w definicji treści normatywnej współczesnego międzynarodowego *ordre public*²⁴.

W przypadku definicji immunitetu jurysdykcyjnego państwa, rola ta jest ważna i wyraźna. Niemniej nawet wybiórczy przegląd orzecznictwa międzynarodowego w ramach naszego spotkania wydaje się zbędny wobec bogactwa programu Konferencji w tym zakresie²⁵. Ograniczę się zatem do kilku uwag dotyczących pewnych aspektów sądowej metody konstruowania zawartości i zakresu immunitetu.

Pierwsza odnosi się do różnic między strukturalnym i systemicznym podejściem krajowych porządków prawnych do zasięgu skutków immunitetu jurysdykcyjnego państwa i odpowiednich pozycji procesowych jednostki. Miejsce i wpływ prawa międzynarodowego tak w porządku konstytucyjno-ustawodawczym państwa, jak i w jego rozumieniu i używaniu przez wewnętrzne organy sądownicze i administracyjne²⁶ oraz różnorodność europejskich systemów prawnych

²⁴ Zob. *inter alia* uwagi A. A. Cançado Trindade, *op. cit.*, s. 123–126; „(...) judicial decisions as source of international law are bound to increase its importance (...)”, *ibidem*, s. 124; i dalej „European and Inter-American Court of Human Rights (...) have indeed contributed to the creation of an international „ordre public” based upon the respect of human rights (...). They both helped to achieve the aptitude of international law to regulate efficiently relations (...) opposing States to individuals (...)”, *passim*, s. 124.

²⁵ Zob. *inter alia* referaty dr. M. Balcerzaka, dr. I. Kamińskiego, mec. R. Nowosielskiego oraz komunikaty dr E. Salkiewicz-Munnerlyn i dr K. Wierczyńskiej w niniejszej publikacji.

²⁶ Zob. np. H. Suchocka, *Aktualne zagrożenia dla realizacji praw człowieka w Polsce*, [w:] R. Wieruszewski, R. Hliwa (red.), *Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka standard prawny i jego realizacja*, Poznań 2002. „Nie jest zatem wystarczające przeniesienie (...) formalnie określonej instytucji do danego porządku prawnego, aby ona skutecznie funkcjonowała, ale trzeba także odpowiednio do tego zmienić niejako otoczenie czasami prawne, a czasami, co wydaje się znacznie trudniejsze, faktyczne i mentalnościowe, aby dana instytucja spełniała pozytywną rolę i rzeczywiście gwarantowała, zapewniała realizację prawa” (podkr. C. S.), *ibidem*, s. 47, także uwagi w dyskusji C. Swinarski, *ibidem*, s. 75–76.

mogą być powodem nie zawsze spójnego traktowania zagadnienia immunitetu przez organy krajowe nim trafią one przed Trybunał strasburski.

Trudniej może spostrzegalnym, lecz istotnym aspektem jest „ideologia” sędziów, gdy idzie o koncept suwerenności w pojmowaniu norm prawa człowieka w procesie adekwatnej harmonizacji obu wartości w danym orzeczeniu, a cóż dopiero w całym orzecznictwie²⁷. System selekcji sędziów ETPC nie daje pełnych gwarancji, że te funkcjonalne, a czasem metaprawne aspekty, nie przeniosą się na strasburskie forum, odzwierciedlając się w jego jurysprudencji.

Wymienić tu jeszcze można problemy wynikające z ewentualnych różnic między orzecznictwem międzynarodowym, amerykańskim (IACHR) i europejskim (ETPC), a także między każdym z nich, i orzecznictwem MTS, które również mogą przyczyniać się do niespójności normatywnej konstrukcji tego immunitetu²⁸.

Instytucjonalizacja normatywna immunitetu – jak w niewielu innych dziedzinach prawa międzynarodowego – znajduje się na czułym „styku” między pragmatycznym zaangażowaniem prawa wewnętrznego w zapewnienie najlepszej ochrony swego ładu prawnego a wzrastającym wpływem – żeby nie powiedzieć stałą presją – prawa międzynarodowego na ten ład. Nie należy się więc zbyt dziwić kontrowersjom i niespójnościom wynikającym w procesie konceptualizacji konstrukcji międzynarodowej immunitetu jurysdykcyjnego w jurysprudencji jako uprzywilejowanego źródła, gdzie ostatecznym, nie zawsze wspólnym punktem wyjścia pozostaje definicja normatywna suwerenności państwa.

Na tym etapie uwag można twierdzić, że w świetle źródeł prawa międzynarodowego proces konceptualizacji osiągnął poziom, na którym immunitet jurysdykcyjny państwa można scharakteryzować jako konstrukcję współczesnego prawa wytworzoną w celu właściwego funkcjonowania, na warunkach określonych przez obowiązujące przepisy międzynarodowego porządku publicznego (*ordre public*); jest ona:

- funkcjonalna, jako instrument działania tego porządku,
- efektywna, bo pełnoprawnie obowiązująca i skutkująca,
- relatywna, bo zależna od interpretacji innych norm prawa międzynarodowego i
- restrykcyjna w odniesieniu do wykonywania przez państwo uprawnień suwerenności.

²⁷ Zob. np. uwagi M. Koskenniemi, *The Ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference*, [w:] Y. Daudet (ed.), *Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference*, Leiden, London 2008, „(...) if international adjudication still sounds like ‘ideology’ this is not necessarily pejorative but indicates the close relationship of that institutional project to a number of associated ideas about the nature of the international political world (...)”.

²⁸ Zob. A. A. Cançado Trindade, *op. cit.*; Autor uważa, że poza ich pełnym udziałem w konstytucji „ordre public”, *ibidem*, s. 588, „(...) permissible restrictions (limitations and derogations) to the exercise are to be restrictively interpreted”, *passim*, note 76. Zob. również szerzej A. A. Cançado Trindade, *Approximations and Convergences in the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights*, [w:] G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss (eds.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruxelles 2005, s. 101–138.

5. Kadr hermeneutyczno-instytucjonalny

Taka strategiczna pozycja immunitetu jurysdykcyjnego w normatywnej topografii dzisiejszego prawa międzynarodowego ściśle wiąże jej profil z ogólną debatą o strukturze i funkcjach prawa w stosunkach międzynarodowych. Jak wiadomo kształtują się w tej debacie trzy stanowiska (*approaches*):

– stanowisko „unitarne” głoszące jedność (*unity, unicité*), tzn. istnienie jednego, powszechnego systemu normatywnego zawierającego wszystkie obowiązujące normy regulujące społeczność międzynarodową (z różną mocą i zakresem obowiązywania przez rozróżnienia między *hard law* i *soft law* lub norm regionalnych od uniwersalnych)²⁹;

– stanowisko „pluralistyczne”, dla którego stosunki międzynarodowe rządzą się różnymi zespołami norm rozmaitego pochodzenia i mocy obowiązywania³⁰;

– stanowisko „fragmentarystyczne”, oparte na tezie, że obok ogólnego systemu normatywnego prawa międzynarodowego, istnieją podsystemy specyficznie z tym prawem związane, ale zawierające – każdy z nich – właściwe sobie zasady i rozwiązania normatywne³¹.

Pojęcie międzynarodowego porządku prawnego, jego treści normatywnej i współczynników jego dynamiki umiejscawiają się bardzo różnie dla protagonistów i przeciwników takiego czy innego stanowiska, wpływając w istotny sposób na praktykę i koncepcje pochodzenia źródeł prawa międzynarodowego³². Współzależność tej debaty teoretyczno-prawnej od procesów globalizacji i mondializacji

²⁹ Zob. np. *inter alia* A. Zimmermann, R. Hofmann (eds.), *Unity and Diversity in International Law*, Berlin 2006; Ogólnie P. M. Dupuy, *L'Unité de l'ordre juridique international*, RCADI 2002, vol. 297.

³⁰ Zob. *inter alia* A. Fisher-Lescano, G. Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, „Michigan Journal of International Law” 2004, vol. 25, s. 999–1046; B. Simma, D. Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes and the International Law*, 17 EJIL 2006, s. 483–529; S. Ratner, *Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law*, 102 AJIL 2008, nr 3, s. 475–528; również M. Balcerzak, *Międzynarodowa ochrona praw człowieka a pluralizm prawny – wybrane aspekty*; M. Kałduński, *Prawo międzynarodowe – fragmentacja systemu*, [w:] D. Bunikowski, K. Dobrzeński (red.), *Pluralizm prawny – tradycja, transformacje, wyzwania*, Toruń 2009, odpowiednio s. 77–98 i 303–330.

³¹ Zob. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission finalized by M. Koskenniemi, UN Doc. A/CN/L.GP2 z 13 IV 2006 r. Najbardziej aktualny i kompletny przegląd implikacji normatywnych omawianej debaty (dalej: M. Koskenniemi, *Report...*).

³² Zob. M. Koskenniemi, *General Principles and Equity: General principles: reflections on constructivist thinking in international law*, [w:] M. Koskenniemi (ed.), *Sources of International Law*, Aldershot, Burlington, Singapore, Sydney 2000; zob. także R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1977.

stosunków międzynarodowych jest oczywista³³. Każde ze stanowisk prowadzi do zróżnicowanych wniosków o pochodzeniu, zawartości i funkcji konstrukcji normatywnych prawa pozytywnego z nich wynikających.

Immunitet jurysdykcyjny państwa znajduje się *par excellence* w tematyce debaty nie tylko jako konstrukcja skutkująca na „styku” prawa wewnętrznego, ale także w obszarze różnych, mniej lub bardziej uformowanych „podsystemów” międzynarodowych, takich jak prawa człowieka i prawo europejskie, do których należą normy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Nie wchodząc tu w kwestię komponentów europejskiego systemu praw człowieka, na który składałyby się z kolei różne podsystemy normatywne (tzn. system Rady Europy, Wspólnot Europejskich i Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie) i który posiadałby własną autonomię funkcjonalną³⁴, nie sposób w tych rozważaniach pominąć wpływu debaty na umiejscowienie na mapie normatywnej immunitetu jurysdykcyjnego państwa. Zasadniczym wydaje się tu być koncept międzynarodowego porządku publicznego, (*ordre public*) jako że miejsce na tej mapie konstrukcji immunitetu zależy przede wszystkim od odpowiedzi na dwa współzależne pytania, a mianowicie:

– czy prawo międzynarodowe zawiera osobny, specyficzny porządek praw człowieka, różny od porządku praw państwa (*inter-state law*)?

– czy prawo europejskie praw człowieka wypada uważać za autonomiczny (*self-contained*) podsystem międzynarodowy?

Koncept międzynarodowego porządku publicznego w prawie międzynarodowym (*ordre public*) kształtuje się w poszukiwaniu naczelnej jego racji bytu (*ultimo ratio legis*). Instytucjonalizacja praw człowieka w tym prawie definiuje – wraz z konceptami *jus cogens* i obowiązkami *erga omnes* – jego obecną funkcję normatywną³⁵. Instytucjonalizacja ta określa zatem zakres pozytywnego prawa społeczności międzynarodowej³⁶, który jest uważany za główny motor procesu ewolucji prawa międzynarodowego od stosunków wzajemności jego podmiotów w kierunku „systemu opartego na interesie społeczności” i na obiektywnych

³³ Zob. *inter alia* P. S. Berman, *The Globalization of International Law*, Andershot 2005; także analiza R. Lipschutz, C. Fogel, *Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation*, [w:] R. B. Hall, T. Biersteker (eds.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge 2002, s. 115–140.

³⁴ Zob. np. C. Mik, *Koncepcja normatywna europejskiego prawa praw człowieka*, Toruń 1994, s. 178–180.

³⁵ Zob. D. Evrigenis, *Institutionalisation des droits de l'Homme et droit universel*, [w:] *Internationales Colloquium über Menschenrechte, Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen*, Berlin 1966.

³⁶ Co do obligacji *erga omnes* można stwierdzić, iż „(...) as it becomes accepted that individuals also have rights *erga omnes* and that obligations *erga omnes* are incumbent upon them, there remains no cogent reason for proceeding to the determination of the juridical consequences of those obligations on a strictly *inter-state* basis”; zob. A. A. Cançado Trindade, *op. cit.*, s. 325.

stosunkach normatywnych („objective normative relationship”)³⁷. Mimo dalej trwających sporów wokół tych konceptów, można dziś twierdzić, że uwarunkowały one istotnie praktykę międzynarodową, a koncept obowiązywania *erga omnes* już się w niej na dobre zakorzenił. Jeśli ogólny porządek społeczności międzynarodowej opiera się na uznaniu integralnego w nim pełnego uczestnictwa praw człowieka, negatywna odpowiedź na pierwsze pytanie potwierdza w tym porządku pełną jego podmiotowość na ogólnych zasadach prawa międzynarodowego, jak też wynikające z niej normatywne rozwiązania³⁸.

W perspektywie systemu Konwencji Europejskiej uprawnienia człowieka w postępowaniu przeciw państwu w wyniku naruszenia jego praw odpowiadają obowiązki do ograniczenia zakresu zwolnienia od odpowiedzialności tego ostatniego już na pierwotnej zasadzie immunitetu jurysdykcyjnego (*par in parem non habet iudicium*). Inaczej zostałyby naruszone fundamentalne zasady całego prawa: zasada równości stron i zasada dobrej wiary³⁹. W takim razie przejście od konstrukcji immunitetu absolutnego do immunitetu restryktywnego nie opiera się tylko na funkcjonalnym ograniczeniu protekcji suwerennego państwa w wyniku rozróżnienia *ius imperium* od *ius gestionis*, ale także wynika z podstaw ogólnego porządku prawnego gwarantujących równą protekcję wszystkim jego podmiotom.

Poszukiwanie odpowiedzi na drugie pytanie i jej konsekwencji dla charakteru normatywnego immunitetu jurysdykcyjnego, prowadzi do refleksji związanych z prawną definicją konceptu międzynarodowego podsystemu autonomicznego („self-contained system”).

Otóż, system taki, poza ograniczeniami wynikającymi z norm *iuris cogentis*, nie powinien zawierać norm:

- odbiegających od uprawnień na korzyść stron trzecich, w tym jednostek i organów pozarządowych (*non state*);
- odbiegających od zobowiązań prawa ogólnego, jeśli są one natury „*erga omnes*” i mają organiczny lub współzależny charakter, włącznie z takimi, co do których praktyka wytworzyła „uzasadnione przekonanie że nie można ich uchylać” (*legitimate expectation of non derogation*);
- odbiegających od przepisów traktatów o charakterze prawa publicznego lub konstytucyjnych traktatów organizacji międzynarodowych⁴⁰.

³⁷ Zob. T. Meron, *International Law in the Age of Human Rights*, RCADI 2003, vol. 301, s. 275.

³⁸ Zob. *inter alia* Ch. Tomuschat, *Die Internationale Gemeinschaft*, Archiv des Völkerrechts (1995), vol. 33; A. Orakhelashvili, *State Immunity and International Public Order*, GYIL 2002, vol. 45, s. 227.

³⁹ Zob. analiza R. Kolb, *La maxime „nemo ex propria turpitudine commodum capere potest” en droit international public*, „Revue belge de droit international” 2006, s. 84 i nast.

⁴⁰ Zob. M. Koskeniemi, *Report...*, s. 83.

Według tych kryteriów, wypada stwierdzić, że system Konwencji Europejskiej „is not and has not been conceived as a self-contained regime, in the sense that recourse to general law would have been prevented”. W stosunku do EKPC, konkluzja ta w znacznej mierze opiera się na przesłance, iż „imposing disproportionate restrictions on the right to access to the court as embodied in art. 6(1)”⁴¹ byłoby niezgodne z zasadami ogólnego prawa międzynarodowego, bowiem „(...) Just as the right of access to court is an inherent part of the fair trial guarantee in that article, so some restriction on access must likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the State immunity (...)” (podkr. C. S.)⁴².

Warto zwrócić tu znów uwagę na podkreślenie materialnej (a nie tylko procesowej) natury immunitetu państwowego jako elementu rangi gwarancji prawidłowego procesu.

Nie wydaje się, że zachodzi potrzeba szczegółowej analizy innych stanowisk, by poprawnie ułożyć konstrukcję normatywną immunitetu jurysdykcyjnego na mapie topograficznej prawa międzynarodowego.

Co do charakteru regionalnego systemu europejskiego ochrony praw człowieka w zakresie relacji do przepisów ogólnego prawa międzynarodowego, nie dotyczy on raczej „regionalnych wyzwań” (*regional challenges*) wynikających z relatywizmu kulturowego czy odrębnych tradycji prawnych, ale przede wszystkim efektywnej realizacji tych przepisów ((...) *in terms of implementation*). „This would mean understanding regional variety not in term of exceptions but of the varying, context – sensitive implementation and application of shared standards”⁴³.

W odniesieniu do immunitetu jego „regionalny” charakter wyływałby więc bardziej zorzecznictwa ETPC i jego skutków niż z odrębnej konfiguracji normatywnej, choć można się zastanawiać, czy kontekst tego orzecznictwa rzeczywiście odpowiada równomiernie w stosunku do wszystkich państw, kryteriom regionalizmu prawnego, chociażby ze względu na różnorodność w unormowaniu i interpretacji funkcji immunitetu państwa w prawach wewnętrznych⁴⁴.

⁴¹ Zob. *ibidem*, s. 12. Także uwagi M. Kałduński, *Pewne uwagi na temat sprawy Kadi w kontekście fragmentaryzacji prawa międzynarodowego*, [w:] D. Bunikowski, K. Dobrzeński (red.), *op. cit.*, s. 325–327.

⁴² Zob. A. A. Cançado Trindade, *op. cit.*, s. 126; szerzej A. de la Pradelle, *Maitres et doctrines du droit des gens*, wyd. 2, Paris 1950.

⁴³ Zob. A. Hurrell, *Power, Principles and Prudence: Protecting Human Rights in a Deeply Divided World*, [w:] T. Dunner, N. J. Wheeler (eds.), *Human Rights in Global Politics*, Cambridge 1999, s. 294–297.

⁴⁴ Zob. O. Schindler, *Regional International Law*, [w:] R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, t. IV, Amsterdam 2000, s. 101–165; także uwagi T. Jasudowicz, *Determinanty międzynarodowo chronionej substancji praw człowieka w systemie uniwersalnym i europejskim*, [w:] T. Jasudowicz, C. Mik, *O prawach człowieka: W podwójną rocznicę paktów: W hołdzie A. Michalskiej*, Toruń 1996, s. 87–114.

Chociaż ujęcia hermeneutyczno-doktrynalne konstrukcji immunitetu mogą się wydawać drugorzędne w stosunku z dogmatycznym podejściem do źródeł prawa międzynarodowego (w sensie art. 38 Statutu MTS) wypada wziąć pod uwagę, że „(...) while international judges and arbiters have remained aware of the self-limitations inherent to their functions and representatives of States have only and invariably beheld their own interests in rather uncompromising way – doctrine has retained its creative function”. Co więcej „(...) It is to be bear in mind that doctrine is not limited to the teachings of individual authors but comprises the relevant work emanated from collegiate organs within international organizations (...) international academic institutions and associations (...)”⁴⁵.

Wreszcie, poszukiwanie istotnych elementów dla wykształcenia się tej konstrukcji w obszarze kryteriów *ex aequo et bono* wydaje się bezprzedmiotowe ze względu na ich ograniczoną funkcję normatywną, a także dlatego że „(...) international tribunals have often joined references to a simultaneous invocation of custom, or of treaties, or of general principles of law or of earlier judicial and arbitral decisions”⁴⁶, także ich rola ogranicza się do odpowiedniej adaptacji orzecznictwa do okoliczności konkretnego przypadku.

6. Propozycja konkluzji

Taki, z natury rzeczy pobieżny przegląd powstawania i rozwoju konstrukcji immunitetu jurysdykcyjnego wydaje się pozwalać jednak na ogólne określenie granic jej miejsca („topos”), jej natury i funkcji normatywnych na mapie współczesnego prawa międzynarodowego:

– Jest ona tam organicznie związana z konceptem suwerenności państwa, tzn. z jego przesłankami, rolą i skutkowaniem w ogólnym zakresie prawa, jako jeden z najistotniejszych paradygmatów;

– Niezależnie od swej funkcji procesowej konstrukcja ta posiada własną, prawnomiędzynarodową treść materialną, jako normatywna zasada regulacyjna w harmonizacji tego prawa⁴⁷;

– Treść ta wykształciła się już w prawie zwyczajowym, została utwierdzona przez traktaty i potwierdzona w orzecznictwie i doktrynie, niezależnie, choć niewątpliwie w związku z jej zawartością normatywną w prawach wewnętrznych;

⁴⁵ A. A. Cançado Trindade, *op. cit.*, s. 126.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 127; Ch. De Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public*, Paris, 1972, s. 9; szerzej zob. M. Akehurst, *Equity and General Principles*, ICLQ 1976, vol. 25, s. 801–813.

⁴⁷ Zob. Aneks do M. Koskenniemi, *Report...*, Dok A/CN4/L.682/Add. I pkt. 43, „(...) Irrespective of the special status or the designation („fundamental”) enjoyed by some norms (...) conflicts between rules of international law should be resolved in accordance with the principle of harmonization (...) [and] interpreted as compatible to extent possible”, s. 15.

– Obecne miejsce topograficzne tej konstrukcji jest uwarunkowane – żeby nie powiedzieć uzależnione – od umiejscowienia podstawowych pojęć organizujących *corpus iuris* prawa międzynarodowego, i w pierwszym rzędzie od uwzględnienia pełnej podmiotowości człowieka w międzynarodowym porządku publicznym („ordre public”) wraz z uznaniem w nim mocy obowiązującej norm *iuris cogentis i erga omnes* jako podstaw tego konceptu;

– Jej ewolucja w porządku prawnym nie tylko potwierdza i umacnia takie umiejscowienie, ale nadaje jej podstawowe znaczenie jako nieodzownemu korelatowi tego porządku, precyzując, obok jego naczelných i fundamentalnych zasad (takich jak zasada równości czy zasada dobrej wiary) jego *modus operandi*, jako taką można zaliczyć do ogólnych zasad prawa międzynarodowego⁴⁸;

– Pojmowana jako zasada autonomiczna powszechnego prawa międzynarodowego, jej ewentualnie rozbieżne artykulacje w różnych podsystemach międzynarodowych wynikają ze specyficznych dla nich wymogów efektywnej implementacji⁴⁹.

Wydaje się więc, że immunitet jurysdykcyjny państwa w kontekście Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jest uregulowany normami powszechnego prawa międzynarodowego na ogólnych warunkach obowiązujących przepisów tego prawa tak, aby zapewnić odpowiednią ochronę wszystkim jego podmiotom.

Krytyka i zastrzeżenia przeciwników takiego ujęcia profilu normatywnego konstrukcji zasadza się z reguły w argumentacji w obronie tradycyjnego konceptu suwerenności państwa, przed mniej lub bardziej rzeczywistymi zagrożeniami ze strony heterodoksyjnych „barbarzyńców”, których chyba „(...) nie ma już na granicy”⁵⁰.

⁴⁸ Zob. Deklaracja Zasad Prawa Międzynarodowego Dotyczących Przyjaznych Stosunków i Współdziałania Państw zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych (rezolucja ZO ONZ 2625, XXV z 24 X 1970 roku), szczególnie zasada siódma: „good faith in compliance with international obligations”. Zob. także G. Fitzmaurice, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, RCADI 1957, s. 1–223; co do zasady dobrej wiary *sub specie*: „The principle of the duty of international cooperation is indeed related to that of bona fides, one can in fact find express support in international case-law for the principle of the duty of international cooperation in good faith. Principles of international law constitute altogether the pillars of international legal system itself”. – A. A. Cançado Trindade, *International Law...*, s. 79–80; zob. także Dissenting Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade w sprawie: Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy), ICJ, 6 VII 2010 r, pkt. 124–153. „States may if they so wish, waive claims as to their own rights. But they cannot waive claims for reparation of rights (...) that are not theirs. Any purported waiver to this effect would be against the international „ordre public”, is a breach of jus cogens”, pkt 178.

⁴⁹ Zob. Aneks do M. Koskenniemi, *Report...*, par. 9: „The application of the special law does not normally extinguish the relevant general law which will remain valid and applicable”.

⁵⁰ Zob. motto *supra*.

Anna Wyrozumska

Rozróżnienie immunitetu państwa oraz immunitetów dyplomatycznych

Z prawa międzynarodowego wywodzą się różnego rodzaju zwolnienia od jurysdykcji lub egzekucji państwa forum, tj. immunitety, przysługujące państwu lub ukonstytuowanym przez nie organizacjom międzynarodowym. Prawa te przysługują różnym podmiotom, mają różny zakres i skutki. Wziąwszy pod uwagę częste w praktyce mylenie immunitetów¹, celowe wydaje się przypomnienie na wstępie ich głównych rodzajów. Najczęściej jednak mylony jest immunitet państwa i immunitety dyplomatyczne. Niniejszy artykuł poświęcimy wskazaniu zasadniczych różnic i podobieństw między tymi dwoma kategoriami oraz problemów pojawiających się przy ich stosowaniu. Rozważania te opieramy na praktyce polskich sądów². Pojęcie immunitetu, jakie stosujemy w niniejszym artykule, oznacza prawo niepodlegania jurysdykcji lub egzekucji państwa forum.

¹ Przykładowo w sprawie *Marta M. przeciwko Konsulatowi Generalnemu Republiki Federalnej Niemiec* (postanowienie z 18 marca 1998 r. I PKN 26/98, OSNAP 1999/5/172) w K. o uznanie wypowiedzenia umowy o pracę za bezskuteczne Sąd Najwyższy, a także sądy rozpatrujące tę sprawę wcześniej, miał trudności z rozróżnieniem immunitetu państwa, immunitetów konsularnych i dyplomatycznych. Sąd błędnie uznał, że skoro umowa o pracę dotycząca zatrudnienia w dziale wizowym konsulatu (biurze administracyjnym konsulatu) została zawarta przez konsula generalnego, jest on pracodawcą, co więcej, korzysta z immunitetu dyplomatycznego wynikającego z Konwencji o stosunkach dyplomatycznych z 1961 r. Sąd odwołał się co prawda najpierw do Konwencji o stosunkach konsularnych z 1963 r., ale dalej z niewiadomych przyczyn oparł się na Konwencji z 1961 r. Stwierdził nawet wyraźnie, że „Wyłączenie sporów ze stosunku pracy, w których pracodawcą jest konsul działający jako przedstawiciel państwa wysyłającego, z immunitetu od jurysdykcji państwa przyjmującego godziłoby niewątpliwie w istotę immunitetu dyplomatycznego”.

² Zob. A. Wyrozumska, *Polskie sądy wobec immunitetu państwa obcego*, PiP 2000, z. 3; P. Grzegorzcyk, *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010.

1. Rodzaje immunitetów wywodzących się z prawa międzynarodowego

Jedną z najstarszych zasad prawa międzynarodowego, którą znali z pewnością już starożytni Grecy i Rzymianie, jest zasada nietykalności **przedstawicieli dyplomatycznych** obcego państwa, w tym niepodlegania jakiegokolwiek formie zatrzymania lub aresztu. Dopiero jednak w XVI w. zaczął kształtować się immunitet jurysdykcyjny przedstawicieli dyplomatycznych; pełny w przypadku jurysdykcji karnej, ograniczony w przypadku jurysdykcji w sprawach cywilnych³. Immunitety dyplomatyczne przysługujące misji dyplomatycznej i osobom z nią związanym, reguluje Konwencja wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych z 1961 r. W latach 60. niektóre z postanowień tej Konwencji mogły być uważane za postępowy rozwój prawa międzynarodowego. Konwencja kształtowała jednak konsekwentnie praktykę państw.

Od immunitetów dyplomatycznych odróżnić trzeba przede wszystkim immunitety najwyższych przedstawicieli państwa w stosunkach międzynarodowych tj.: **głowy państwa, premiera oraz ministra spraw zagranicznych**. Praktyka sądowa w odniesieniu do tych osób nie jest zbyt bogata, niemniej należy odnotować przede wszystkim orzeczenie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie nakazu aresztowania z 11 kwietnia 2000 r., Kongo przeciwko Belgii. W sprawie tej MTS podkreślił, że osoby te korzystają z absolutnego immunitetu jurysdykcyjnego przysługującego im *ratione personae* podczas wykonywania funkcji⁴.

Z przywileju niepodlegania jurysdykcji państwa forum korzystają także **placówki konsularne i osoby z nimi związane**. Kwestie te reguluje m.in. art. 43 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych z 1963 r., który stanowi, że funkcjonariusze konsularni i pracownicy konsularni nie podlegają jurysdykcji władz sądowych i administracyjnych państwa przyjmującego w odniesieniu do czynności wykonywanych w związku z pełnieniem funkcji konsularnych. Immunitet konsularny przysługuje zatem w stosunku do czynności wykonywanych w związku z pełnieniem funkcji konsularnych.

Podobnie z immunitetu ograniczonego do wykonywanych funkcji korzystają osoby uczestniczące w **misjach specjalnych**⁵, **misjach przy organizacjach międzynarodowych**⁶, **delegacjach do organizacji lub organów międzynarodowych, na konferencjach międzynarodowych oraz osoby z nimi związane**⁷.

³ R. van Alebeek, *Immunity, Diplomatic*, [w:] *Max Planck Encyclopedia of International Law*, online edition, red. R. Wolfrum.

⁴ Sprawa nakazu aresztowania z 11 kwietnia 2000 r. *Kongo v. Belgii*, ICJ Reports 2002, pkt 54.

⁵ Zob. np. Konwencja wiedeńska o misjach specjalnych z 1969 r.

⁶ Zob. np. Konwencja wiedeńska o reprezentacji państw w ich stosunkach z organizacjami międzynarodowymi o charakterze powszechnym z 1975 r.

⁷ Zob. w ten sposób np. art. 3 Konwencji NZ o immunitetach jurysdykcyjnych państw i ich własności z 2004 r.

Od przysługujących państwu immunitetów związanych z określonymi osobami wykonującymi w jego imieniu różne funkcje odróżnić trzeba **immunitet państwa**. Immunitet ten jako zasada prawa międzynarodowego ukształtował się dopiero w początkach XIX w. Do tego czasu dominowała wskazana wyżej w ogólnych zarysach konstrukcja immunitetów personalnych związanych początkowo z osobą obcego suwerena lub jego przedstawicielami dyplomatycznymi. Po raz pierwszy odwołał się do immunitetu państwa w 1812 r. sędzia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych – Marshall – w sprawie *The Schooner Exchange v. M'Fadden'owi* i innym. W swojej opinii sędzia Marshall podkreślił z jednej strony wyłączny i absolutny charakter jurysdykcji państwa w obrębie swojego terytorium, z drugiej strony wskazał na konieczność opartych na zgodzie wyjątków z uwagi na poszanowanie innej, równej i niezależnej „suwerenności”. Zgoda ta „może być w pewnych przypadkach testowana przez wspólną praktykę (*common usage*), i wspólną opinię z niej wyrastającą” (*consent may, in some instances, be tested by common usage, and by common opinion, growing out of that usage*). Prawo zwyczajowe w tej dziedzinie rozwijały następnie sądy krajowe, przede wszystkim Stanów Zjednoczonych i Zjednoczonego Królestwa, a także Francji, Belgii, Austrii itp. Początkowo dominowała w praktyce koncepcja całkowitego niepodlegania obcego państwa jurysdykcji państwa forum (immunitet absolutny). W miarę jednak rozwoju przede wszystkim stosunków handlowych, praktyka dopuściła szereg wyjątków. Tendencję tę oddaje najpełniej Konwencja NZ o immunitetach jurysdykcyjnych państw i ich własności z 2004 r. (immunitet państwa ma zgodnie z Konwencją charakter ograniczony).

Immunitet państwa odróżnić trzeba nie tylko od np. immunitetów dyplomatycznych, ale także od immunitetu sił zbrojnych państwa. Immunitet **sił zbrojnych państwa obcego** regulowany jest często umowami dwustronnymi lub wielostronnymi (np. tzw. NATO SOFA, tj. Umową między Państwami-Stronami Traktatu Północnoatlantyckiego dotyczącą statusu ich sił zbrojnych, sporządzoną w Londynie dnia 19 czerwca 1951 r.), a także np. rezolucjami ONZ lub ustawami krajowymi. Nie ma zatem powszechnej umowy międzynarodowej regulującej te kwestie.

Z immunitetów korzystają obok państw także **organizacje międzynarodowe i ich funkcjonariusze**. Zakres tych immunitetów regulowany jest często w umowach konstytuujących te organizacje lub w odrębnych umowach zawieranych z państwami członkowskimi⁸. W tym zakresie warto odnotować orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka uznające immunitet organizacji międzynarodowej w sprawie *Waite i Kennedy v. Niemcom* z 1999⁹. W sprawie tej skarżący wszczęli postępowanie przed sądami niemieckimi przeciwko Europejskiej Agencji Przestrzeni Kosmicznej (European Space Agency). Chodziło o ustalenie ich statusu jako pracowników tej organizacji. Postępowanie zostało umorzone

⁸ Zob. np. Konwencja o przywilejach i immunitetach Narodów Zjednoczonych z 1946 r.

⁹ [1999] I ECHR Reports 393.

z uwagi na immunitet jurysdykcyjny wynikający z Konwencji z 1975 r. konstytuującej tę organizację. Trybunał badał, czy tego typu ograniczenie prawa do sądu jest zgodne z art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Trybunał nie stwierdził naruszenia Konwencji. Podkreślił przy tym m.in., że przyznanie organizacjom międzynarodowym przywilejów i immunitetów stanowi podstawowy środek zapewniania właściwego funkcjonowania takich organizacji wolnego od jednostronnej ingerencji poszczególnych rządów i stąd jego cel jest uprawniony.

Najważniejsze umowy międzynarodowe, odnoszące się do różnego typu immunitetów podkreślają odmiennosc ich reżimów prawnych poprzez postanowienia, takie jak np. art. 3 Konwencji NZ z 2004 r. dotyczącej immunitetu państwa. Przepis ten wskazuje m.in., że Konwencja nie narusza przywilejów i immunitetów, z których korzystają państwa, w odniesieniu do wykonywania funkcji misji dyplomatycznych, placówek konsularnych, misji przy organizacjach międzynarodowych lub delegacji do organów międzynarodowych organizacji lub konferencji międzynarodowych oraz osób z nimi związanych. Konwencja nie narusza także przywilejów i immunitetów przyznanych przez prawo międzynarodowe głowom państw *ratione personae*, a także przyznanych państwom w odniesieniu do samolotów powietrznych lub obiektów kosmicznych stanowiących własność lub użytkowanych (*operated*) przez państwa. Podobnie Europejska konwencja o immunitacie państwa podpisana w Bazylei w 1972 r. w art. 32 stwierdza, że „żadne postanowienie niniejszej konwencji nie narusza przywilejów i immunitetów związanych z wykonywaniem funkcji misji dyplomatycznych i urzędów konsularnych, a także osób, które są z nimi związane”. W komentarzu do Konwencji wyjaśniono, że „te przywileje i immunitety **odpowiadają innym potrzebom** aniżeli te, które usprawiedliwiają niniejszą konwencję” oraz że „**nie naruszają ich one ani bezpośrednio, ani pośrednio**”.

Zwolnienia od jurysdykcji państwa forum dotyczyć mogą postępowania sądowego lub fazy egzekucji wyroku. Dlatego wyróżnić trzeba immunitety jurysdykcyjny i egzekucyjny.

2. Immunitet państwa a immunitety dyplomatyczne

Immunitet państwa i immunitety dyplomatyczne łączy z pewnością jedna istotna wspólna cecha, a mianowicie obydwa rodzaje immunitetów stanowią atrybut państwa. Konsekwencją tego jest to, że zarówno immunitetu państwa, jak i immunitetów dyplomatycznych może zrzec się tylko państwo (zob. np. art. 7 Konwencji NZ z 2004 r., art. 32 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych z 1961 r.). Immunitet państwa oraz immunitety dyplomatyczne łączy ta sama terminologia i niektóre skutki, są to jednak różne reżimy prawne.

Zauważył to świetnie polski Sąd Najwyższy w wyroku z 14 grudnia 1948 r. w sprawie *Aldona S. v. Wielkiej Brytanii*¹⁰: „Jeżeli istnieje pewna zbieżność w niektórych skutkach dla immunitetów, tłumaczy się ona przypadkową koincydencją pewnych konsekwencji tych immunitetów; to jednak, że z odmiennych przyczyn mogą wynikać podobne skutki, nie daje podstawy do podciągnięcia zasadniczo odmiennego immunitetu obcego państwa pod przepisy kodeksu postępowania cywilnego, dotyczące immunitetów dyplomatycznych, mianowicie pod przepisy art. 5 tego kodeksu. Przy rozstrzyganiu przeto kwestii, dotyczących immunitetu sądowego państw obcych, należy oprzeć się bezpośrednio na ogólnych zasadach, powszechnie przyjętych w obrocie międzynarodowym”.

Immunitety państwa i dyplomatyczne różnią się także co do podmiotów, do których mają zastosowanie. Immunitet państwa odnosi się do wszelkich organów i jednostek organizacyjnych państwa obcego, immunitety dyplomatyczne odnoszą się do misji dyplomatycznej państwa wysyłającego oraz osób związanych z nią. Widać tu jednak wspólny zakres obu rodzajów immunitetu, misja dyplomatyczna stanowi jednostkę organizacyjną państwa obcego, objęta jest ona zarówno immunitetem państwa, jak i immunitetami dyplomatycznymi. Misja dyplomatyczna w ramach prawa dyplomatycznego korzysta jednak li tylko z nietykalności pomieszczeń, archiwów itp. Natomiast gdy chodzi np. o działania lub zaniechania przedstawicieli dyplomatycznych, to w konkretnym przypadku mogą oni korzystać z ochrony immunitetu dyplomatycznego (immunitet ten przysługuje *ratione personae*). Oznacza to np. zwolnienie dyplomaty od jurysdykcji państwa forum. Skoro jednak to samo działanie lub zaniechanie dyplomaty może zostać przypisane państwu, to postępowanie w państwie forum może zostać wszczęte przeciwko państwu. Wówczas zastosowanie ma reżim prawny immunitetu państwa, który przewiduje szereg ograniczeń na rzecz jurysdykcji państwa forum.

Nie jest trudno o pomyłkę zwłaszcza, gdy przyjmiemy pogląd, że immunitet państwa ma charakter absolutny. Przykładem jest uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 26 września 1990 r.¹¹ w sprawie *z powództwa Andrzeja B. i Wiesława B. przeciwko Centrum Techniki Samochodowej w W.* o zapłatę (Centrum to stanowiło jednostkę przedstawicielstwa handlowego stanowiącego z kolei część Ambasady ZSRR). Sąd Najwyższy pomylił podstawy i zakresy immunitetu państwa i immunitetów dyplomatycznych. Słusznie wnosił, że sprawa ma związek z immunitetem państwa, ale podstawę prawną dla tego immunitetu widział w Konwencji o stosunkach dyplomatycznych. Zdaniem Sądu, przedstawicielstwo dyplomatyczne obcego państwa korzysta z immunitetu od jurysdykcji państwa przyjmującego. Ta zasada „uznana i respektowana przez cywilizowaną społeczność międzynarodową utrwalona została m.in. w art. 31 ust. 1 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych”. Trzeba tu podkreślić, że art. 31 ust. 1

¹⁰ Sprawa C 635/48. Zob. PiP 1949, nr 4, s. 119 i nast.

¹¹ III PZP 9/90, OSNC 1991/2–3/17.

odnosi się jedynie do immunitetu jurysdykcyjnego przedstawiciela dyplomatycznego (a więc immunitetu przysługującego *ratione personae*). Sąd wyjaśnił dalej, że „podstawową przesłanką uzasadniającą wyłączenie przedstawicielstwa dyplomatycznego od jurysdykcji sądów polskich jest suwerenność państwa wysyłającego, albowiem istnieje oczywisty i niezaprzeczalny związek między immunitetem jurysdykcyjnym państwa a przywilejami i immunitetami jego organów. Żadne suwerenne i niepodległe państwo jako podmiot prawa międzynarodowego nie jest podporządkowane prawu innego państwa”.

Immunitetom, o których tu mowa, przyświeca jednak zupełnie różny cel. Podczas gdy celem immunitetu państwa jest ochrona suwerenności państwa przez zwolnienie od jurysdykcji państwa forum aktów państwa obcego podejmowanych w wykonywaniu jego funkcji władczych wyrażona paremią *par in parem non habet imperium*, celem immunitetów dyplomatycznych jest jedynie umożliwienie wykonywania funkcji dyplomatycznych bez jakichkolwiek przeszkód, a zatem nieprzeszkadzanie – *ne impediatur legatio*. Świetnie dostrzegał tę różnicę polski Sąd Najwyższy w wyroku z 14 grudnia 1948 r. w sprawie *Aldona S. przeciwko Wielkiej Brytanii*¹², odmawiając możliwości zastosowania przepisów k.p.c. z 1932 r. odnoszących się do cudzoziemców (art. 4) lub osób korzystających z immunitetów dyplomatycznych (art. 5) do pozwanego państwa. Sąd słusznie podkreślił, że podstawa prawna immunitetu przedstawiciela dyplomatycznego jest inna aniżeli podstawa prawna immunitetu państwa. Podstawą immunitetu przedstawicieli dyplomatycznych jest zasada swobody wykonywania ich funkcji – *ne impediatur legatio*, natomiast podstawą immunitetu państw obcych jest „demokratyczna zasada ich równości bez względu na ich wielkość i powagę, w konsekwencji wyłączająca jurysdykcję jednego państwa nad innym (*par in parem non habet iudicium*)”.

Inne są również źródła obu rodzajów immunitetów. Immunitet państwa ma swoją podstawę głównie w prawie zwyczajowym oraz w umowach międzynarodowych, takich jak np. Europejska konwencja o immunitacie państwa z 1972 r. czy Konwencja NZ o immunitetach jurysdykcyjnych państw i ich własności z 2004 r. Pamiętać jednak należy, że umowy międzynarodowe wiążą tylko strony. Pierwsza z Konwencji weszła w życie w 1976 r., ma niewielki zasięg, wiąże bowiem zaledwie 8 państw. Druga z Konwencji, która z założenia miała mieć charakter powszechny, nie weszła jeszcze w życie, podpisało ją 28 państw (Polska Konwencji nawet nie podpisała), 11 państw ją ratyfikowało. Ciągłe zatem immunitet państwa opiera się przede wszystkim na prawie zwyczajowym.

Podstawą immunitetów dyplomatycznych jest natomiast Konwencja wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych z 1961 r., która weszła w życie w 1964 r., wiąże obecnie aż 187 państw, a ponadto odzwierciedla prawo zwyczajowe.

¹² Sprawa C 635/48. Zob. PiP 1949, nr 4, s. 119 i nast.

Omawiane immunitety różni jednak głównie ich zakres. Immunitet państwa opiera się na rozróżnieniu *acta de iure gestionis* oraz *acta de iure imperii*. Przy czym chroni on tylko te ostatnie czynności. Immunitety dyplomatyczne przysługują natomiast *rationne personae* w odniesieniu do wszelkich działań podejmowanych w imieniu państwa wysyłającego, bez względu na naturę aktu, którego dotyczą¹³. Dotyczą także własności misji. Nie są rządzone podziałem czynności na *de iure imperii* i *de iure gestionis*.

W konsekwencji, po pierwsze, czynność dokonana przez przedstawiciela dyplomatycznego może być przedmiotem postępowania przeciwko państwu, natomiast może nie być możliwe postępowanie przeciwko przedstawicielowi dyplomatycznemu.

Po drugie, państwo nie korzysta z immunitetu w stosunku do czynności *de iure gestionis*, ale gdy czynności takiej dokonuje przedstawiciel dyplomatyczny, może on korzystać z ochrony immunitetu dyplomatycznego, a ściśle – dyplomata dokonujący takiej czynności korzysta z immunitetu.

Po trzecie, immunitet dyplomatyczny w stosunku do czynności urzędowych nie jest zaledwie refleksem immunitetu państwa wysyłającego, lecz ma swoją niezależną podstawę w specjalnym statusie dyplomaty¹⁴.

¹³ Podkreślić trzeba, że zgodnie z art. 31 Konwencji wiedeńskiej z 1961 r. immunitety dyplomatyczne przysługują państwu i nie obejmują czynności prywatnych przedstawiciela dyplomatycznego. Artykuł 31 stanowi:

„1. Przedstawiciel dyplomatyczny korzysta z immunitetu od jurysdykcji karnej państwa przyjmującego. Korzysta on również z immunitetu od jurysdykcji cywilnej i administracyjnej tegoż państwa, z wyjątkiem:

a) powództw z zakresu prawa rzeczowego dotyczących prywatnego mienia nieruchomości położonego na terytorium państwa przyjmującego, chyba że posiada on je w imieniu państwa wysyłającego dla celów misji;

b) powództw dotyczących spadkobrania, w których przedstawiciel dyplomatyczny występuje jako wykonawca testamentu, administrator, spadkobierca lub zapisobierca w charakterze osoby prywatnej, a nie w imieniu państwa wysyłającego;

c) powództw dotyczących wszelkiego rodzaju zawodowej lub handlowej działalności wykonywanej przez przedstawiciela dyplomatycznego w państwie przyjmującym poza jego funkcjami urzędowymi.

2. Przedstawiciel dyplomatyczny nie jest obowiązany do składania zeznań w charakterze świadka.

3. W stosunku do przedstawiciela dyplomatycznego nie mogą być przedsięwzięte żadne środki egzekucyjne, z wyjątkiem przypadków przewidzianych w punktach (a), (b) i (c) ustępu 1 niniejszego artykułu, z zastrzeżeniem jednak, że odnośne środki mogą być przedsięwzięte bez naruszania nietykalności jego osoby lub rezydencji.

4. Immunitet przedstawiciela dyplomatycznego od jurysdykcji państwa przyjmującego nie uchyla w stosunku do niego jurysdykcji państwa wysyłającego”.

¹⁴ W ten sposób np. niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny w wyroku z 10 czerwca 1997 r. [D/16].

3. Odróżnianie immunitetów w praktyce

Niektóre polskie sądy dość wcześnie zaczęły odróżniać immunitet państwa od immunitetów dyplomatycznych czy konsularnych. Pomijamy okres międzywojenny przykładowo w postanowieniu z 26 marca 1958 r. w sprawie wniesionej przeciwko Konsulatowi Francuskiemu w Krakowie¹⁵ Sąd Najwyższy podkreślił, że „powodowie pozywają Konsulat Francuski w Krakowie (nie Konsula osobiście), a więc Republikę Francuską”, a to wysuwa na plan pierwszy zagadnienie, czy obce państwo podlega jurysdykcji sądów polskich. W sprawie *Marii B.-L. przeciwko Instytutowi Kultury Austriackiej w Warszawie* o przywrócenie do pracy (wyrok z 25 marca 1987 r.) Sąd Najwyższy odrzucił możliwość zastosowania przepisów k.p.c. dotyczących immunitetów dyplomatycznych (art. 1111 ust. 1 pkt. 1 i 2) do instytucji rządowej państwa obcego – Instytutu Kultury Austriackiej, którego dyrektorem był jednocześnie radca kulturalny Ambasady Austrii w Polsce, rozważał natomiast postawioną przed nim kwestię w świetle immunitetu państwa.

Pamiętamy, że w uchwale składu siedmiu sędziów SN z 26 września 1990 r.¹⁶ Sąd Najwyższy nie bardzo radził sobie z immunitetem państwa. W latach 90. trzeba zatem odnotować orzeczenia sądów niższych, które wyraźnie dystansowały się od stanowiska zajętego przez Sąd Najwyższy. W postanowieniu z 23 września 1998 r. w sprawie *Aleksander G. przeciwko Ambasadzie Portugalii*¹⁷ o zapłatę czynszu za najem nieruchomości Sąd Rejonowy odrzucił stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z 1990 r. i oparł się na konstrukcji immunitetu państwa, który, jego zdaniem, wywodzony być powinien z zasady suwerenności państw, ich wzajemnej równości i niezależności, co znajduje podstawę w umowach międzynarodowych i przyjętych zwyczajach. Podobnie w postanowieniu z 2 października 1997 r. w sprawie *Katarzyna J. przeciwko Ambasadzie Chile*¹⁸ Sąd Rejonowy uznał, że pozew skierowany przeciwko placówce dyplomatycznej obcego państwa faktycznie jest pozew skierowanym przeciwko innemu państwu, chodzi zatem o immunitet państwa. Sąd uznał co prawda, że immunitet ten ma charakter immunitetu absolutnego, gdyż zgodnie z tradycją międzynarodową przyjmuje się, iż „równy w stosunku do równego nie ma władzy, ani jurysdykcji”¹⁹.

Za swego rodzaju przełom trzeba uznać, aczkolwiek lakoniczne, postanowienie Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2000 r.²⁰ w sprawie *M. K. przeciwko Ambasadzie Chile* o uznanie bezskuteczności wypowiedzenia umowy o pracę. Sąd odrzucił

¹⁵ 2 CR 172/56, OSP 1959, poz. 160.

¹⁶ III PZP 9/90, OSNC 1991/2–3/17.

¹⁷ Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, sygn. III C 309/98.

¹⁸ Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi, sygn. VIII P 727/97.

¹⁹ Do prawa zwyczajowego odwołał się sąd również w sprawach VIII P 2398/98 *Miroslawa N. przeciwko Ambasada Stanów Zjednoczonych Meksyku*; III C 309/98 *Aleksander G. przeciwko Ambasada Portugalii*, w mniej wyraźny sposób w sprawie II C 9888/97.

²⁰ I PKN 562/99, OSNP 2000, Nr 19, poz. 723.

wyraźnie możliwość zastosowania immunitetów dyplomatycznych, a konstrukcję immunitetu państwa osadził w prawie zwyczajowym. Odszedł przy tym od immunitetu absolutnego. Sąd podkreślił, że immunitet państwa przysługuje jedynie w odniesieniu do czynności *de iure imperii*, a nie do czynności *de iure gestionis*, do której to kategorii należą działania państwa w charakterze pracodawcy. Niestety niewiele później Sąd Najwyższy aczkolwiek oparł się na rozróżnieniu czynności *de iure gestionis* i uznał polską jurysdykcję, utożsamiał nawet pojęcie immunitetu państwa z suwerennością, to jednak błędnie stwierdził, że immunitet państwa jest chroniony Konwencją o stosunkach dyplomatycznych (wyrok SN z 13 listopada 2003 r.²¹).

Prawdziwym przełomem jest natomiast bez wątpienia wyrok Sądu Najwyższego z 29 października 2010 r. IV CSK 465/09 w sprawie *W. Natoniewski przeciwko Republice Federalnej Niemiec* stanowiący najbardziej pełną wypowiedź Sądu w kwestiach immunitetu państwa. Sąd Najwyższy podkreślił wagę kwestii przysługiwania stronie pozwanej, jako państwu, immunitetu jurysdykcyjnego, tj. „kwestii ziszczenia się w sprawie przesłanki negatywnej jurysdykcji krajowej w postaci braku wspomnianego immunitetu (zwolnienia spod jurysdykcji krajowej, nie wyrażonego w art. 1111 i 1112 k.p.c., lecz wynikającego z powszechnie przyjętego zwyczaju międzynarodowego)”. Sąd dodał przy tym, że „(t)reść zwyczajowej normy prawa międzynarodowego publicznego statuującej immunitet jurysdykcyjny państwa należy ustalać według kryteriów, które zgodnie z art. 38 ust. 1 lit. b statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości²² decydują o istnieniu prawa zwyczajowego jako źródła prawa międzynarodowego publicznego. Kryteriami tymi są: powszechna praktyka oraz poczucie obowiązku prawnego stosowania się do określonego sposobu postępowania. Materiał do ustaleń w tym względzie stanowią w szczególności postanowienia konwencji bazylejskiej i konwencji Narodów Zjednoczonych, orzecznictwo sądów międzynarodowych, rozstrzygnięcia sądów krajowych, teksty zagranicznych aktów prawnych oraz wypowiedzi piśmiennictwa”. Następnie Sąd dokonał wnikliwej analizy wspomnianych wyżej źródeł.

4. Problemy z określeniem pozwanego

Jednym z częstych problemów związanych z orzekaniem w sprawach dotyczących immunitetu państwa, a jednocześnie odnoszących się do przedstawicieli dyplomatycznych lub placówek dyplomatycznych jest kwestia prawidłowego wskazania pozwanego. W cytowanych wyżej orzeczeniach z 1958 r., 1987 r.,

²¹ W sprawie z powództwa *Marii Rotwand* przeciwko Skarbowi Państwa – Wojewodzie Mazowieckiemu, Skarbowi Państwa – Prezydentowi miasta stołecznego Warszawa, Miastu Stołecznemu Warszawie oraz Skarbowi Federacji Rosyjskiej – Ambasadzie Federacji Rosyjskiej o ustalenie nieważności umowy cywilnoprawnej (I CK 380/02).

²² Dz. U. z 1947 nr 23, poz. 90 ze zm.

a także w uchwale z 1990 r. Sądy nie miały trudności z uznaniem, że pozew skierowany przeciwko Konsulatowi czy Ambasadzie jest w istocie pozwem skierowanym przeciwko państwu i kontynuowaniem postępowania.

Wątpliwości pojawiły się natomiast np. w sprawie z powództwa *Aleksandra G. przeciwko Ambasadzie Portugalii* (postanowienie z 23 września 1998 r.²³). Sąd Rejonowy drobiazgowo przeanalizował *ius standi in iudicio* państwa obcego i uznał, że misja dyplomatyczna nie ma odrębnej od państwa osobowości prawnej, „należy przyjmować zatem albo osobowość prawną fiskusa, albo osobowość prawną samego państwa”.

Postanowienie Sądu Najwyższego z 2007 r.²⁴ jasno pokazuje obecne podejście, pozew nie może być skierowany przeciwko Ambasadzie, powinien być skierowany przeciwko państwu lub przeciwko Skarbowi Państwa. Co więcej, w opinii Sądu, na podstawie obowiązujących przepisów prawa polskiego niedopuszczalne jest usunięcie lub uzupełnienie tego braku.

Sąd Najwyższy, orzekając w postępowaniu kasacyjnym, uznał praktykę polegającą na uznawaniu, że pozew skierowany przeciwko Konsulatowi czy Ambasadzie jest w istocie pozwem skierowanym przeciwko państwu za niewłaściwą, stwierdzając, że „Ambasada państwa obcego w Polsce nie ma zdolności sądowej”²⁵. Powódka po raz pierwszy wszczęła postępowanie przeciwko Ambasadzie w 2004 r., domagając się zasądzenia od Ambasady kwot z tytułu odszkodowania za zniszczenie wynajmowanej na potrzeby strony pozwanej nieruchomości oraz z tytułu przedwczesnego wypowiedzenia umowy najmu. Sąd pierwszej instancji pozew odrzucił, sąd drugiej instancji uznał w rozpoznawanej sprawie istnienie jurysdykcji sądów polskich, przyjął jednak, że pozwana Ambasada nie ma zdolności sądowej, a pozew powinien być skierowany przeciwko Skarbowi Królestwa N. – Ambasadzie Królestwa N. Stwierdził przy tym, że brak zdolności procesowej nie może być usunięty, gdyż nie jest spełniony warunek tożsamości między Ambasadą a Skarbem Królestwa N. W postępowaniu kasacyjnym Sąd Najwyższy potwierdził, że pozew nie może być skierowany przeciwko Ambasadzie, powinien być skierowany w zasadzie przeciwko państwu lub przeciwko Skarbowi Państwa Królestwa N. Niedopuszczalne jest jednak usunięcie lub uzupełnienie tego braku na podstawie obowiązujących przepisów prawa polskiego. „Nie ma także podstaw do uznania – jak uczynił Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 26 marca 1958 r. – że powód, wskazując jako stronę pozwaną Ambasadę, pozwał w istocie państwo wysyłające, już bowiem w samym pozwie, sporządzonym przez profesjonalnego pełnomocnika, podkreślono wyraźnie wolę (zamiar) pozwania Ambasady N. (...)” Orzeczenie

²³ Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, sygn. III C 309/98.

²⁴ Postanowienie w postępowaniu kasacyjnym z 25 maja 2007 r. I CSK 6/07 w sprawie powództwa Eugenii C. przeciwko Ambasadzie Królestwa N. w W. o zapłatę.

²⁵ *Ibidem*.

opiera się na prawie polskim oraz na prawie międzynarodowym. Sąd jednak nie do końca wykorzystuje prawo międzynarodowe. Jego wypowiedź ogranicza się do nieudokumentowanych, ogólnych stwierdzeń, np. że w literaturze z zakresu prawa międzynarodowego dominuje pogląd, że misje dyplomatyczne nie mają osobowości prawnej w prawie wewnętrznym państwa przyjmującego i nie są uprawnione do wszczynania postępowania procesowego. W zdolność sądową wyposażone są natomiast „państwa obce jako zagraniczne osoby prawne, działające w postępowaniu cywilnym przez swoje organy”. Dalej Sąd Najwyższy dochodzi do wniosku, że „[m]isja dyplomatyczna – chociaż ma pewną strukturę organizacyjną – nie może być uznana za podmiot odrębny od państwa wysyłającego”. Nie przenosi tego jednak na grunt prawa polskiego, konkludując na podstawie przepisów prawa cywilnego (k.c. i k.p.c.), że Ambasada stanowi jedynie „organ państwa wysyłającego działający za granicą”, i nie posiada zdolności sądowej w Polsce.

W sprawie będącej przedmiotem orzeczenia z 13 listopada 2003 r.²⁶ pozew był, zdaniem sądu, prawidłowo skierowany przeciwko Skarbowi Państwa – Ambasadzie. Podobnie pozew był, w opinii sądu, prawidłowo skierowany w kolejnej sprawie dotyczącej tych samych nieruchomości²⁷. Sąd Najwyższy²⁸ usiłował także określić w tej sprawie status Przedstawicielstwa Handlowego ZSRR w Warszawie. Sąd stwierdził, że „stanowiło (ono) organ państwa ZSRR działający za granicą”, mogło zawrzeć umowę cywilnoprawną o zamianie nieruchomości. Oczywiście wadliwością było natomiast, zdaniem Sądu, wpisanie w księdze wieczystej Ambasady ZSRR, a nie państwa ZSRR jako podmiotu własności nieruchomości. „Ambasada jako stała misja dyplomatyczna stanowi organ zagraniczny państwa bezpośrednio go reprezentujący w stosunkach z innymi państwami. Ambasada nie posiada osobowości prawnej w prawie wewnętrznym państwa przyjmującego, jednak podejmuje czynności (z niewielkimi wyjątkami) w imieniu i na rzecz państwa wysyłającego. Także w tym zakresie istniał zwyczaj i utrwalona praktyka obrotu prawnego”.

A zatem sądy polskie uznały w efekcie, że przedstawicielstwo dyplomatyczne nie ma żadnej odrębnej od państwa wysyłającego osobowości prawnej. Każde postępowanie przeciwko przedstawicielstwu dyplomatycznemu jest postępowaniem przeciwko państwu. Wymaga to jednak właściwego sformułowania strony pozwanej i nie może być domniemane z samej istoty przedstawicielstwa dyplomatycznego.

²⁶ Sprawa z powództwa Marii Rotwand przeciwko Skarbowi Państwa – Wojewodzie Mazowieckiemu, Skarbowi Państwa – Prezydentowi miasta stołecznego Warszawa, Miastu Stołecznemu Warszawie oraz Skarbowi Federacji Rosyjskiej – Ambasadzie Federacji Rosyjskiej o ustalenie nieważności umowy cywilnoprawnej (I CK 380/02).

²⁷ Wyrok z 14 czerwca 2004 r. (IA1707/03).

²⁸ J.w. (I CK 380/02).

5. Ochrona majątku misji dyplomatycznej – rozróźnienie immunitetu od jurysdykcji i od egzekucji

Majątek misji dyplomatycznej, taki jak nieruchomości wykorzystywane na cele dyplomatyczne, urzędzenia, środki transportu, rachunki bankowe itp., podlega szczególnej ochronie. Ochrona ta nie obejmuje jednak wszelkich aspektów korzystania z majątku państwa wysyłającego w celu wykonywania funkcji dyplomatycznych. Immunitet państwa i immunitet dyplomatyczny stosowane są tu symultanicznie.

Prawo dyplomatyczne gwarantuje nieruchomościom wykorzystywanym na cele dyplomatyczne, urządzeniom czy środkom transportu, jedynie nietykalność. Art. 22 ust. 3 Konwencji wiedeńskiej z 1961 r. stanowi, że „Pomieszczenia misji, ich urzędzenia i inne przedmioty, które się w nich znajdują, oraz środki transportu misji nie podlegają rewizji, rekwizycji, zajęciu lub egzekucji”. Nie wyklucza to możliwości wykonywania jurysdykcji przez państwo przyjmujące w odniesieniu do kwestii związanych np. ze statusem prawnym nieruchomości czy zakupem środków transportu. Jurysdykcję państwa przyjmującego, np. w odniesieniu do nieruchomości²⁹ wykorzystywanych na cele dyplomatyczne, potwierdza piśmiennictwo oraz praktyka państw³⁰, przede wszystkim zaś Konwencja NZ z 2004 r. Art. 13 Konwencji stwierdza, że immunitet państwa nie obejmuje spraw dotyczących własności, posiadania lub korzystania z nieruchomości położonej na terytorium państwa przyjmującego (podobnie art. 9 Konwencji bazylejskiej z 1972 r.).

Konwencja dotycząca immunitetu państwa jest zgodna z Konwencją wiedeńską z 1961 r. bowiem dalej wyłącza możliwość stosowania środków egzekucji w stosunku do majątku wykorzystywanego na cele dyplomatyczne (art. 21 w związku z art. 19 c). Art. 21 dotyczy majątku (*property*), „włączając każdy rachunek bankowy, który jest używany lub przeznaczony do użycia (*intended for use*) w związku z wykonywaniem funkcji misji dyplomatycznej państwa lub jego placówki konsularnej, misji specjalnych, misji przy organizacjach międzynarodowych lub delegacji do organów organizacji międzynarodowych lub na konferencje międzynarodowe”.

²⁹ Przypomnieć można np., że L. Ehrlich (Prawo Narodów, wyd. 3, Kraków, bez daty wyd., s. 98–99) np. stwierdzał, że poprzez nabycie nieruchomości położonej na terytorium innego państwa w drodze kontraktu prywatnoprawnego, a nie umową międzynarodową, państwo nabywające poddaje się orzecznictwu sądów państwa terytorialnego (*forum rei sitae*), „ponieważ państwo nie może drugiego państwa pozbawić wbrew jego woli władzy nad jego terytorium, co by nastąpiło, gdyby państwo aktem prywatnoprawnym, nie wymagającym zgody tego drugiego państwa, mogło nie tylko nabyć nieruchomość, ale tym samym usunąć ją spod władzy państwa, na którego obszarze ona leży”.

³⁰ Np. w wyroku z 30 października 1962 r. (BvM 1/60) niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny stwierdził, że nie ma normy prawa międzynarodowego, która zabraniałaby sądom krajowym orzekać w sprawach przeciwko państwu obcemu dotyczących własności gruntu, na którym znajdują się budynki ambasady.

Prawidłowo zatem Sąd Najwyższy rozpatrywał sprawę dotyczącą ustalenia nieważności umowy cywilnoprawnej dotyczącej nieruchomości rzekomo wykorzystywanych na cele dyplomatyczne w kategoriach immunitetu państwa, a nie immunitetu dyplomatycznego. Sąd uznał swoją jurysdykcję³¹, stwierdzając, że państwo radzieckie, jako strona umowy zamiany nieruchomości z dnia 8 października 1960 r., nie działało jako podmiot stosunków dyplomatycznych, lecz jako podmiot prawa prywatnego (*acta iure gestionis*), któremu nie przysługuje immunitet jurysdykcyjny. Dalej zauważył, że „Przedmiot niniejszej sprawy jest ocena ważności i skuteczności tamtej umowy z punktu widzenia cywilnoprawnego, o czym może rozstrzygnąć jedynie sąd cywilny. Z samej istoty takiej sprawy, w której chodzi o przesądzenie stanu prawnego nieruchomości wynika, że zapadły w niej wyrok nie może w żaden sposób naruszać suwerenności obcego państwa (immunitetu państwa), chronionego Konwencją Wiedeńską o stosunkach dyplomatycznych z dnia 18 kwietnia 1961 r. (...), ani immunitetu dyplomatycznego, przysługującego placówce dyplomatycznej i przedstawicielom dyplomatycznym. Tym samym powoływanie się przez pozwany Skarb Państwa Federacji Rosyjskiej na chroniący Ambasadę immunitet dyplomatyczny i jurysdykcyjny jest nietrafne”. Pomijając mylne określenie źródła immunitetu państwa w Konwencji z 1961 r., orzeczenie trafnie rozróżnia zakres immunitetu jurysdykcyjnego. W związku z powyższą sprawą w wyroku zaocznym z 24 września 2007 r.³² w sprawie z powództwa Skarbu Państwa – Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy przeciwko Skarbowi Państwa Federacji Rosyjskiej – Ambasadorowi Federacji Rosyjskiej w Rzeczypospolitej Polskiej, Sąd Okręgowy w Warszawie nakazał pozwanemu oraz „wszystkim osobom prawa swoje od niego wywodzącym”, wydanie przedmiotowych nieruchomości, a także zasądził zwrot kosztów postępowania. Orzeczenie to mieści się w dopuszczalnych granicach immunitetu jurysdykcyjnego. Inną kwestią jest kwestia egzekucji.

Sprawa ta ukazuje jeszcze jeden istotny problem prawny. Powstaje na jej gruncie pytanie, czy sądy lub inne organy państwa przyjmującego mają prawo weryfikować sposób korzystania z nieruchomości przez państwo, w tym czy samo stwierdzenie strony pozwanej, że nieruchomość wykorzystywana jest na cele dyplomatyczne jest ostateczne. W przypadku opisywanej nieruchomości pomimo stwierdzenia państwa wysyłającego, że budynki są wykorzystywane na cele dyplomatyczne, nieruchomość jest faktycznie opuszczona i zaniedbana, co więcej nie jest na żadne cele wykorzystywana przez państwo wysyłające.

Gdy chodzi o immunitet egzekucyjny, stanowiska zarówno doktryny, jak i praktyki poszczególnych państw są podzielone³³. Podczas gdy jeszcze niedawno uważano, że immunitet egzekucyjny ma charakter absolutny, dominuje obecnie

³¹ Wyrok SN z 13 listopada 2003 r. (I CK 380/02).

³² II C 1306/06.

³³ H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford 2002, s. 368 i nast.; I. Pingel-Lenuzza, *Les immunités des États en droit international*, Bruxelles 1998, s. 360 i nast., G. M. Badr, *State Immunity*, The Hague, Boston, Lancaster 1984, s. 107 i nast.; s. 129 i nast.

pogląd, że również i ten immunitet ma charakter ograniczony (w ten sposób np. Konwencja ONZ z 2007 r., art. 19 i n.). Immunitet egzekucyjny nie ma zastosowania do majątku wykorzystywanego na cele komercyjne. Podkreśla się jednak immunitet egzekucyjny własności misji dyplomatycznej³⁴. Innymi słowy, immunitet egzekucyjny chroni jedynie majątek wykorzystywany na cele publiczne, w tym dyplomatyczne. Tak więc, gdy nieruchomość przestaje być używana na cele dyplomatyczne, państwo obce nie może korzystać z immunitetu egzekucyjnego w stosunku do tej własności³⁵. Tak np. Niemiecki Federalny Sąd Najwyższy w wyroku z 26 września 1969 r. w sprawie ambasady węgierskiej stwierdził, że gdy nieruchomość przestała być używana na cele dyplomatyczne, immunitet egzekucyjny automatycznie wygasa³⁶. Podobnie szwajcarski Trybunał Federalny uznał, że jeśli własność nie ma określonego przeznaczenia, zajęcie jej jest dozwolone³⁷.

Warto także zauważyć, że europejska Konwencja o immunitacie państwa z 1972 r. nie zawiera przepisu o immunitacie egzekucyjnym³⁸, a opiera się na założeniu, że państwa powinny się porozumieć co do wykonania wyroku. Art. 20 Konwencji zobowiązuje państwo stronę do wykonania ostatecznego wyroku wydanego przeciwko temu państwu przez inną stronę Konwencji.

Interesujące jest w tym kontekście podejście Szwajcarii. Szwajcaria nie różni immunitetu jurysdykcyjnego i egzekucyjnego. Uznaje natomiast, że wykonanie wyroku jest naturalną konsekwencją jego wydania. Dopuszcza zatem wykonanie wyroku polegającego na zajęciu majątku państwa obcego, w związku z transakcją prywatnoprawną, o ile roszczenie ma ścisły jurysdykcyjny związek z państwem forum, a majątek nie jest używany na cele misji dyplomatycznej lub inne cele publiczne państwa obcego³⁹. W obecnym stanie prawa międzynarodowego takie rozwiązanie jest w pełni dopuszczalne. Tendencja sądów krajowych do ograniczania immunitetu egzekucyjnego ma także swoje logiczne uzasadnienie. Jeśli pozwala się skarżącemu na wniesienie sprawy, rozpatruje się ją co do meritum, naraża się go na wszelkie niedogodności i koszty związane z postępowaniem, to nielogiczne jest odmówienie mu środka prawnego, gdy wygra sprawę⁴⁰.

³⁴ Np. art. 21 Konwencji ONZ z 2007 r.

³⁵ W ten sposób wyraźnie D. Chamlongrasdr, *Foreign State Immunity and Arbitration*, London 2007, s. 300.

³⁶ 65 ILR, s. 110, 113, cytuję za D. Chamlongrasdr, *op. cit.*, s. 300.

³⁷ *United Arab Republic v. Dane X.*, wyrok z 10 lutego 1960 r., 65 ILR 385, 392, podaje za D. Chamlongrasdr, *op. cit.*, s. 26, por. s. 42–43, 269.

³⁸ Powody wyjaśnia m.in. G. M. Badr, *op. cit.*, s. 129 i nast.

³⁹ Zob. orzeczenie Trybunału Federalnego *Kingdom of Greece v. Julius Bar and Co.*, wyrok z 6 czerwca 1956 r., ATF 82 (1956) 75, 23 ILR 195, i inne cytowane przez H. Fox, *op. cit.*, s. 374–378.

⁴⁰ Zob. J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague, Boston, London 1997, s. 23.

I. Brownlie wskazuje dobitnie, że silne argumenty przemawiają za zasadą, że jeśli państwo może wykonywać jurysdykcję i wydać orzeczenie, to możliwa jest także egzekucja wyroku (*there are strong considerations of principle which militate in favor of the view that, if there is a competence of the municipal legal system in order to exercise jurisdiction and to render a judgment, enforcement jurisdiction in respect of that judgment should also be exercisable*)⁴¹. Ten sam autor podkreśla dalej, że praktyka sądowa przyjmuje obecnie stanowisko, że kryteria kompetencji sądów krajowych są co do zasady takie same, gdy chodzi o wykonanie wyroku/egzekucję i jurysdykcję⁴².

Konkludując, immunitet jurysdykcyjny nie przysługuje w odniesieniu do własności czy posiadania nieruchomości i spraw z nią związanych (kontrakty dotyczące dostarczania energii elektrycznej, gazu, usług itp.), o ile wykonywanie jurysdykcji państwa forum nie zakłóca działania misji, natomiast działa immunitet egzekucyjny. Immunitet egzekucyjny dotyczy ściśle majątku niezbędnego do wykonywania celów dyplomatycznych czy konsularnych.

6. Kontrakty zatrudnienia

Innym obszarem, w którym immunitet państwa „miesza się” z immunitetami dyplomatycznymi czy konsularnymi są sprawy związane z kontraktami zatrudnienia w ambasadach lub placówkach konsularnych. Kwestie zatrudnienia w placówkach dyplomatycznych lub konsularnych nie są uregulowane w Konwencjach wiedeńskich z 1961 r. lub 1963 r. Gdy chodzi o immunitet państwa, niektóre z tych kontraktów, jako *acta de iure gestionis*, podlegają jurysdykcji państwa forum. Praktyka państw europejskich najczęściej opiera się na rozróżnieniu charakteru wykonywanych czynności w ramach danego stosunku pracy. Wyrazem tej praktyki jest orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 marca 2010 r. w sprawie 15869/02 *Cudak v. Litwie*, dotyczące molestowania Litwinki zatrudnionej w polskiej ambasadzie w Wilnie przez jednego z pracowników tej ambasady. ETPC uznał, że sądy litewskie, przyznając Polsce immunitet państwa w tej sprawie, nie zachowały rozsądnego stosunku proporcjonalności, przekroczyły zakres swobody uznania i w ten sposób naruszyły istotę prawa do sądu skarżącej. Podstawą do takiej sentencji było uznanie, że współcześnie immunitet państwa nie przysługuje w odniesieniu do czynności *de iure gestionis*, tj. kwestii zatrudnienia (w tym zwolnienia z pracy) na stanowisku niezwiązanym z wykonywaniem funkcji władczych w ambasadzie. Trybunał podkreślił zresztą,

⁴¹ I. Brownlie, *op. cit.*, s. 342.

⁴² *Ibidem*, s. 343, zob. cytowane orzeczenia przypis 117.

że nie chodzi nawet o to, czy skarżąca wykonująca funkcje sekretarskie i telefonistki miała dostęp do pewnych dokumentów czy poufnych rozmów podczas wykonywania swoich obowiązków, lecz o fakt, że podstawą sporu jest zwolnienie z pracy w związku z molestowaniem seksualnym. Takie akty z trudem mogą być uważane za godzące w interesy bezpieczeństwa Polski (pkt. 72–74). Trybunał oparł się na art. 11 Konwencji NZ z 2004 r., przyjmując, że wyraża on obecnie prawo zwyczajowe w tej dziedzinie.

W latach 90. Sądy polskie w ogóle nie kwalifikowały spraw dotyczących zatrudnienia w ambasadach jako spraw z zakresu immunitetu państwa. W sprawie *Sławomir S. przeciwko Ambasadzie ChRL* o wynagrodzenie za okres wypowiedzenia oraz zasądzenie wyrównania na poczet ubezpieczenia społecznego, Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi w postanowieniu z 27 kwietnia 1998 r. odrzucił pozew, ponieważ w opinii sądu, zgodnie z art. 1111 k.p.c. nie mogą być pozywani przed sądy polskie uwierzytelnieni w RP szefowie przedstawicielstw dyplomatycznych państw obcych, osoby należące do personelu dyplomatycznego oraz inne osoby korzystające z immunitetów dyplomatycznych. Rozumowanie sądu jest typowe – ponieważ osoby te wchodziły w skład misji, jednostek uprawnionych do reprezentowania państwa, w tym do dokonywania czynności procesowych i występowania przed sądem, to jurysdykcji sądów polskich nie podlega również sama misja⁴³. Podobnie Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi w postanowieniu z 14 kwietnia 1993 r. w sprawie *Barbary J. przeciwko Ambasadzie Królestwa Belgii o przywrócenie do pracy*⁴⁴ stwierdził brak jurysdykcji krajowej na podstawie art. 1111 ust. 1 pkt. 1 k.p.c., choć pozwana była ambasada. W sprawie *Marii K. przeciwko Ambasadorowi Republiki Austrii* o przywrócenie do pracy i zasądzenie wynagrodzenia⁴⁵ sąd ustalił co prawda, że Maria K. zatrudniona była na podstawie umowy o pracę w ambasadzie, pełniąc swoje obowiązki w rezydencji ambasadora, stwierdził jednak, że zgodnie z Konwencją z 1961 r. zarówno ambasada, jak i ambasador korzystają z immunitetu dyplomatycznego. „Zatrudnienie powódki przez urząd Ambasadora powoduje, że zgodnie z art. 1111 § 1 sprawa wyłączona jest spod jurysdykcji krajowej”.

Dopiero cytowane wyżej postanowienie SN z 11 stycznia 2000 r.⁴⁶ w sprawie *M. K. przeciwko Ambasadzie Republiki Chile* o uznanie bezskuteczności wypowiedzenia umowy o pracę opiera się na immunitecie państwa, a nie immunitecie dyplomatycznym, i w konsekwencji dopuszcza jurysdykcję polskiego sądu na tej podstawie, że stosunki pracy stanowią czynności o charakterze prywatnoprawnym (*de iure gestionis*). Orzeczenie nie wchodzi jednak w zawiłości charakteru stosunku pracy w tej konkretnej sprawie.

⁴³ VII P 564/98.

⁴⁴ VII P 226/93.

⁴⁵ Postanowienie z 30.5.1996 r., sygn. VII P 572/96.

⁴⁶ I PKN 562/99, OSNP 2000, Nr 19, poz. 723.

7. Wyrok zaoczny i problemy z doręczaniem wyroków

Postępowania w sprawach dotyczących obcych przedstawicielstw dyplomatycznych czy konsularnych lub w innych sprawach dotyczących immunitetu państwa często prowadzone są pod nieobecność przedstawicieli pozwanego państwa. W ten sposób bywa demonstrowane przekonanie, że państwo korzysta w danej sprawie z immunitetu. Pojawia się więc kwestia np. skutecznego doręczenia wyroku państwu obcemu. Konwencja wiedeńska z 1961 r. nie normuje tych kwestii. Natomiast normuje je art. 22 Konwencji NZ z 2004 r., który postanawia, że w braku umowy lub specjalnych uzgodnień między stronami, doręczenie powinno nastąpić kanałami dyplomatycznymi, tj. poprzez przekazanie przez przedstawiciela dyplomatycznego państwa przyjmującego ministerstwu spraw zagranicznych państwa wysyłającego. Art. 22 dodaje, że doręczenie może nastąpić także „wszelkimi innymi sposobami zaakceptowanymi przez zainteresowane państwo, jeśli nie są zakazane przez państwo forum”. Art. 22 jest rezultatem kompromisu i udaną próbą sformułowania najbardziej racjonalnego sposobu doręczenia. Niekiedy jednak sądy mogą mieć trudności z określeniem prawidłowego sposobu doręczenia o czym świadczy chociażby przypadek wyroku zaocznego Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2007 r. wzywającego Federację Rosyjską do wydania nieruchomości⁴⁷ oraz dotyczący w istocie tej samej sprawy (powiązanej nieruchomości) wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r.⁴⁸ Początkowo sąd uznawał, że specjalne doręczenie wyroku nie jest konieczne, skoro strona rosyjska uczestniczyła do pewnego momentu w postępowaniach sądowych. Zresztą w postanowieniu z 17 czerwca 2009 r. dotyczącym sprostowania błędu pisarskiego we wcześniejszym wyroku⁴⁹ Sąd odnotował „prawidłowe doręczenie odpisu pozwu z załącznikami oraz zawiadomienia i pouczenia (zwrotne potwierdzenie odbioru k. 180). Później jednak uznano, że wyroki dotyczące wydania nieruchomości powinny zostać doręczone zgodnie z prawem międzynarodowym, tj. zgodnie z Konwencją haską z dnia 15 listopada 1965 r. o doręczaniu za granicą dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych lub handlowych, sporządzonej w Hadze dnia 15 listopada 1965 r.”⁵⁰

Doręczanie pozwów w sprawach związanych z immunitetem państwa na podstawie Konwencji haskiej nie jest najlepszym rozwiązaniem. Konwencja haska nie dotyczy bowiem państw, z założenia dotyczy sporów między osobami fizycznymi lub prawnymi w sprawach cywilnych. Państwa często zatem nie przyjmują do wiadomości dokumentów przedstawionych im zgodnie z Konwencją. Tak zresztą jak miało to miejsce w przypadku sprawy *Natoniewskiego*. Z faktów opisywanych

⁴⁷ II C 1306/06.

⁴⁸ IC 1909/05.

⁴⁹ I C 1909/05.

⁵⁰ Dz. U. z 2000 r. nr 87, poz. 968.

w orzeczeniu wynika, że Sąd Apelacyjny podjął próbę doręczenia postanowienia z dnia 13 maja 2008 r. i skargi kasacyjnej powoda na to postanowienie w trybie określonym przepisami Konwencji haskiej, lecz próba ta się nie powiodła. Strona niemiecka odmówiła przyjęcia dokumentów ze względu na pozostawanie sprawy, zgodnie z opinią organów niemieckich, poza przedmiotowymi granicami zastosowania konwencji, określonymi w art. 1 ust. 1. Dokumenty sądowe dostarczono następnie drogą dyplomatyczną opisaną w konwencji NZ z 2004 r.⁵¹ Ministerstwo Spraw Zagranicznych RFN zachowało się w typowy w takich sprawach sposób, zwróciło dokumenty wraz z notą informującą, że dokonane doręczenie narusza immunitet jurysdykcyjny Republiki Federalnej Niemiec, gdyż sprawa dotyczy działań *de iure imperium*, czyli działań władczych państwa.

Sąd Najwyższy, oceniając tę sytuację, słusznie zauważył, że kwestia doręczenia nie jest uregulowana ani w wiążących Polskę umowach międzynarodowych, ani w prawie polskim. Poszukiwał zatem własnych rozwiązań, opartych na praktyce międzynarodowej i uznał, że doręczenie drogą dyplomatyczną stronie pozwanej odpowiednich postanowień Sądu Apelacyjnego było skutecznie dokonane z chwilą otrzymania przesyłki przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych Republiki Federalnej Niemiec. Zdaniem Sądu: „zajęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby uzależnienie kontynuowania postępowania sądowego od decyzji pozwanego państwa, a tego nie można zaakceptować, ponieważ współcześnie ochrona immunitetowa przed sądem zagranicznym jest udzielana państwom (...) nie we wszystkich sprawach, a jedynie w określonej ich kategorii. Przekazanie pozwanemu państwu przesyłki w omawiany sposób w pełni przy tym urzeczywistnia cele instytucji doręczenia w postępowaniu cywilnym. W świetle prawa międzynarodowego publicznego, ministrowi spraw zagranicznych przysługuje ogólna kompetencja do reprezentowania państwa w stosunkach z zagranicą (por. art. 7 ust. 2 lit. a Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, sporządzonej dnia 23 maja 1969 r. (Dz. U. z 1990 r. nr 74, poz. 439). Przekazanie przesyłki ministerstwu spraw zagranicznych zapewnia zatem państwu pozwanemu uzyskanie wiedzy o toczącym się postępowaniu i podjęcie obrony swych praw. Wymaga podkreślenia, że doręczanie pism sądowych i procesowych państwu pozwanemu drogą dyplomatyczną jest szeroko akceptowane w praktyce międzynarodowej, czego potwierdzeniem są nie tylko powołane wyżej umowy międzynarodowe dotyczące immunitetu państwa (konwencja bazylejska i konwencja Narodów Zjednoczonych), ale i przepisy ustaw krajowych (np. art. 12 ust. 1 brytyjskiej ustawy o immunitecie państwa z 1978 r. – załącznik nr 12 do pisma Ministerstwa Sprawiedliwości z 26.2.2010 r., art. 24 australijskiej ustawy o immunitecie państwa z 1985 r. – załącznik nr 15 do pisma

⁵¹ Sąd Najwyższy słusznie także uznał próbę dostarczenia dokumentów sądowych na podstawie rozporządzenia nr 1348/00 za nieprawidłową, gdyż ma ono zastosowanie tylko w sprawach cywilnych i handlowych (art. 1 ust. 1).

Ministerstwa Sprawiedliwości z 26.2.2010 r., oraz art. 13 ust. 1 południowoafrykańskiej ustawy o immunitecie państw z 1981 r. – pkt II pisma Ministerstwa Sprawiedliwości z 26.2.2010 r.)”.

Sąd Najwyższy uznał w tej sprawie, że niektóre dokumenty sądowe nie zostały jednak właściwie doręczone stronie pozwanej, ale nie stworzyło to podstaw do przyjęcia, że strona pozwana została z tego powodu pozbawiona możliwości obrony swych praw w rozumieniu art. 379 pkt 5 k.p.c. Sąd uwzględnił przy tym zachowanie strony pozwanej w sprawie i stwierdził, że z noty dyplomatycznej Ministerstwa Spraw Zagranicznych Republiki Federalnej Niemiec „wynika jednoznacznie, że w takich sprawach jak niniejsza samo już doręczenie pozwanemu państwu pism sądowych i procesowych jest traktowane przez Republikę Federalną Niemiec jako naruszenie immunitetu jurysdykcyjnego państwa. Treść tej noty pozwala przyjąć z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że gdyby nawet Sąd Okręgowy dokonał doręczenia drogą dyplomatyczną, wysłana przesyłka zostałaaby zwrócona, a strona pozwana nie wzięłaby udziału w postępowaniu”. Stwierdzenia te pozwoliły Sądowi na kontynuowanie postępowania i rozstrzygnięcie w kwestii istnienia immunitetu państwa.

8. Zrzeczenie się immunitetu

Inną kwestią związaną z odróżnieniem immunitetów dyplomatycznych i immunitetu państwa jest kwestia zrzeczenia się immunitetu. Art. 32 Konwencji wiedeńskiej z 1961 r. wskazuje, że:

„1. Państwo wysyłające może zrzec się immunitetu jurysdykcyjnego swoich przedstawicieli dyplomatycznych oraz osób korzystających z immunitetu na podstawie artykułu 37.

2. Zrzeczenie się powinno być zawsze wyraźne.

3. Jeżeli przedstawiciel dyplomatyczny lub osoba korzystająca z immunitetu jurysdykcyjnego na podstawie artykułu 37 wszczyna postępowanie, nie będzie już dopuszczalne powoływanie się na immunitet jurysdykcyjny w stosunku do powództw wzajemnych bezpośrednio związanych z powództwem głównym.

4. Zrzeczenie się immunitetu jurysdykcyjnego w postępowaniu cywilnym lub administracyjnym nie jest uważane za domniemane zrzeczenie się immunitetu w stosunku do wykonania wyroku, co wymaga oddzielnego zrzeczenia się”.

Przepis ten jasno wskazuje, że dyplomata sam nie może zrzec się immunitetu, zrzeczenie musi być dokonane przez państwo czy w imieniu państwa. Ponadto zrzeczenie się przez państwo immunitetu jurysdykcyjnego w takich sprawach nie oznacza zrzeczenia się immunitetu egzekucyjnego.

Zgodnie z kolei z przepisami odnoszącymi się do immunitetu państwa, zrzeczenie się immunitetu państwa zarówno jurysdykcyjnego, jak i egzekucyjnego (muszą one być osobne) może nastąpić m.in. w traktacie, notą dyplomatyczną, w pisemnym kontrakcie, w drodze oświadczenia złożonego przed sądem lub poprzez rzeczywiste poddanie się postępowaniu sądowemu (np. art. 7 Konwencji NZ z 2004 r.). A zatem, rozwiązania dotyczące zrzeczenia się immunitetów są podobne.

Sądy polskie kilka razy zajmowały się tymi kwestiami, między innymi w postanowieniu z 23 września 1998 r. w sprawie *Aleksander G. przeciwko Ambasadzie Portugalii* Sąd zauważył, że zrzeczenie się immunitetu uruchamia procedurę krajową oraz że może ono nastąpić poprzez zawarcie odpowiedniej klauzuli prorogacyjnej w kontrakcie cywilnoprawnym, w tym przypadku była to umowa najmu, w której strony wskazały, iż w przypadku sporu właściwym do jego rozpoznania będzie sąd rejonowy dla m/st. Warszawy⁵². Ponieważ jednak powód wszedł w uprawnienia wynajmującego (wierzyciela) na skutek umowy cesji, której najemca, Ambasada Portugalii, nie była stroną, przeto klauzula prorogacyjna zawarta w umowie najmu nie mogła w tej konkretnej sprawie wywołać skutków prawnych wobec najemcy; procesowe uprawnienie do pozywania przed sąd krajowy nabyte drogą umowy było bowiem, w opinii sądu, niezbywalne.

Inna z kolei kwestia związana ze zrzeczeniem się immunitetu państwa rozważana była w orzeczeniu z 29 października 2010 r. w sprawie *Natoniewskiego*⁵³. Sąd Najwyższy odniósł się w nim bowiem do pojawiających się w doktrynie poglądów usiłujących usprawiedliwić jurysdykcję państwa forum m.in. w stosunku do działań państwa obcego stanowiących poważne naruszenia praw człowieka (np. zbrodnie wojenne, tortury), a także norm o charakterze *ius cogens*. Sąd odwołał się do praktyki międzynarodowej i podzielił opinię sądów innych państw, które zakwestionowały zasadność poglądów o domyślnym zrzeczeniu się immunitetu przez państwo w tego typu przypadkach. Zrzeczenie to miałoby być skutkiem bądź działania państwa w sposób sprzeczny z normami imperatywnymi, bądź skutkiem przystąpienia przez państwo do umowy międzynarodowej dotyczącej ochrony praw człowieka. Sąd Najwyższy podkreślił, że „Koncepcja pierwsza opiera się na całkowicie dowolnym założeniu – nie uwzględnia tego, że rezygnacja przez państwo z immunitetu musi, tak jak złożenie każdego innego oświadczenia woli, nastąpić w sposób dostatecznie wyraźny, drugą zaś koncepcję trudno

⁵² A. Grabiński wniósł pozew o zapłatę czynszu za najem nieruchomości przeciwko Ambasadzie Portugalii zajmującej pomieszczenia biurowe na podstawie umowy najmu zawartej z Przedsiębiorstwem „Dipservice” w Warszawie, po którym na mocy umowy cesji z 25.3.1996 r. powód przejął uprawnienia wynajmującego. Zdaniem powoda najemca – Ambasada Portugalii – opuszczając nieruchomość pozostawiła ją w złym stanie technicznym, co na podstawie § 4 umowy najmu skutkuje powstaniem roszczenia o zwrot kosztów remontu i o czynsz za czas jego trwania, nie dłuższy jednak niż jeden miesiąc.

⁵³ IV CSK 465/09.

pogodzić z wymaganiami prawa traktatów w zakresie odnoszącym się do przystąpienia państwa do umowy międzynarodowej”. Sąd słusznie dalej zauważył, że teza o domyślnym zrzeczeniu się immunitetu nie znajduje poparcia w praktyce międzynarodowej, przywołał przy tym orzeczenie włoskiego sądu z 11 marca 2004 r. w sprawie *Ferrini v. Republice Federalnej Niemiec*, amerykańskiego sądu apelacyjnego z 1 lipca 1994 r. w sprawie *Hugo Princz v. Republice Federalnej Niemiec*, wyrok z 8 kwietnia 1997 r. w sprawie *Hirsz v. Republice Federalnej Niemiec i Izraelowi*, wyrok z 26 listopada 1996 r. oraz z 10 lutego 1997 r. w sprawie *Smith v. Libii*, dotyczącym katastrofy lotniczej nad Lockerbie.

9. Wnioski

Teoretyczne rozróżnienie immunitetu państwa i immunitetów dyplomatycznych nie jest skomplikowane. W praktyce jednak sądy mają trudności w rozpoznaniu tych różnic i zastosowaniu właściwej formuły do konkretnej sytuacji. Najtrudniejszymi przypadkami wydają się być dla sądów sprawy dotyczące przedstawicieli dyplomatycznych lub pomieszczeń misji dyplomatycznych (placówek konsularnych), ich majątku, zatrudnienia w misjach lub konsulatach itp. Misje dyplomatyczne, placówki konsularne i inne misje nie korzystają z odrębnej od państwa wysyłającego osobowości prawnej. Było to podkreślane i w orzecnictwie polskim i innych państw europejskich, w sprawach wnoszonych przeciwko przedstawicielom dyplomatycznym, ambasadom, konsulatom itp. W konsekwencji czasami uznawano, że pozwanym jest w istocie państwo, lub też odrzucano pozew, często błędnie przyjmując, że zastosowanie mają immunitety dyplomatyczne. Ostatnie orzeczenia, w szczególności orzeczenie w sprawie *Natoniewskiego*, pokazują, że polskie sądy zaczynają coraz lepiej radzić sobie z problemami immunitetu państwa.

Michał Balcerzak

Immunitety międzynarodowe w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

1. Uwagi wstępne

Celem niniejszego opracowania jest wskazanie najważniejszych problemów poruszonych w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: Trybunał, ETPC) na tle immunitetów wynikających ze zwyczajowych lub traktatowych norm prawa międzynarodowego publicznego, a także sformułowanie tez i ocen związanych z kierunkami rozwoju orzecznictwa strasburskiego w tej dziedzinie. W związku z powyższym poza spektrum zainteresowania znalazły się sprawy dotyczące immunitetów regulowanych prawem krajowym, w tym np. immunitetu parlamentarnego. Na marginesie można natomiast wspomnieć, że ETPC miał okazję zajmować się także tego typu immunitetami¹.

Problematyka immunitetów regulowanych prawem międzynarodowym, w tym zwłaszcza immunitet państw i organizacji międzynarodowych, wzbudza od wielu lat zainteresowanie doktryny². W ostatniej dekadzie dyskusji doktrynalnej sprzyja m.in. skodyfikowanie norm dotyczących immunitetu państwa w Konwencji ONZ w sprawie immunitetów jurysdykcyjnych państw i ich mienia

¹ Zob. M. Kloth, *Immunities and the right of access to court under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Boston–Leiden 2010, s. 186–197. Zob. także M. Balcerzak, *O immunitacie parlamentarnym i granicach wolności wypowiedzi – uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie A. v. Zjednoczonemu Królestwu z 17.12.2002 r.*, KPP 2003, nr 2, s. 209–223.

² Zob. m.in. H. Fox, *The law of state immunity*, wyd. 2, Oxford 2008, wraz z zawartą tam literaturą przedmiotu, a także J. Finke, *Sovereign immunity: rule, comity or something else?*, EJIL 2010, vol. 21, no. 4, s. 853–881.

z 2.12.2004 r.³, a także rozstrzygnięcia sądów międzynarodowych dotyczące tej problematyki, z wiodącym wyrokiem Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *immunitetów jurysdykcyjnych państwa (RFN v. Włochom)*⁴. Jednym z najbardziej ożywionych nurtów tej debaty są studia i glosy poświęcone rozstrzygnięciom ETPC z początku XXI w., jak i z okresu późniejszego – chodzi tu o trzy orzeczenia tego Trybunału z 21.11.2001 r., z których niewątpliwie najwięcej krytyki (ale także głosów aprobatywnych) wywołał wyrok w sprawie *Al-Adsani v. Zjednoczonemu Królestwu*⁵. Dyskusja na temat zasadności obowiązywania immunitetu państwa dla ochrony przed roszczeniami ofiar tortur wydaje się wciąż aktualna, mimo potwierdzenia tez z wyroku *Al-Adsani* w wyroku *Jones i inni v. Zjednoczonemu Królestwu*⁶.

Wśród powodów, dla których tematyka immunitetów w orzecznictwie ETPC zasługuje na uwagę, należy wymienić nie tylko frapujące kwestie związane z potencjalnym ograniczaniem prawa dostępu do sądu przez zastosowanie immunitetów, lecz także ewentualny wpływ rozstrzygnięć ETPC na rozwój prawa międzynarodowego regulującego kwestie immunitetu państwa. W mniejszym stopniu dotyczy to innych rodzajów immunitetów regulowanych prawem międzynarodowym z uwagi na fakt, że polem największej aktywności judykacyjnej ETPC zdaje się być obszar *law of state immunity*⁷.

³ *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their property*, rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 59/38, tekst dostępny na stronie <http://treaties.un.org>.

⁴ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, wyrok MTS z 3.2.2012 r. Zob. na ten temat M. Kałduński, *The Law of State Immunity in the Case concerning "Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)"*, „The Law and Practice of International Courts and Tribunals” 2014, vol. 13, issue 1, s. 54–102 oraz R. van Alebeek, *Jurisdictional Immunities of the State: (Germany v. Italy): On Rights Outcomes and Wrong Terms*, „German Yearbook of International Law” 2012, vol. 55, s. 281–218.

⁵ Zob. na temat tego wyroku m.in.: H. Tigroudja, *La Cour européenne des droits de l'homme et les immunités juridictionnelles d'États: observations sous les arrêts McElhinney, Fogarty et Al-Adsani contre Royaume-Uni du 21 novembre 2001*, RBDI 2001, vol. 34, issue 2, s. 526–548; C. J. Tams, *Schwierigkeiten mit dem Ius Cogens, Anmerkungen zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Al-Adsani Gegen Vereinigtes Königreich vom 21. November 2001*, Archiv des Völkerrecht 2002, vol. 40, issue 3, s. 331–349; X. Yang, *State immunity in the European Court of Human Rights: reaffirmations and misconceptions*, BJIL 2003, s. 333–408; L. M. Caplan, *State immunity, human rights, and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory*, AJIL 2003, vol. 97, no. 4, s. 741–781; E. Voyiakis, *Access to court v. state immunity*, ICLQ 2003, vol. 52, s. 297–332; H. Fox, *State immunity and the international crime of torture*, EHRLR 2006, issue 2, s. 142–157; K. Parlett, *Immunity in civil proceedings for torture: the emerging exception*, EHRLR 2006, issue 1, s. 49–66; L. McGregor, *Torture and state immunity: deflecting impunity, distorting sovereignty*, EJIL 2007, vol. 18, no. 5, s. 903–919; E. Bates, *State immunity for torture*, HRLR 2007, vol. 7, no. 4, s. 651–680; A. Orakhelashvili, *State immunity and international public order revisited*, GJIL 2006, vol. 49, s. 327–365.

⁶ Wyrok ETPC z 14.1.2014 r. (skargi nr 34356/06 i 40528/06).

⁷ Zob. M. Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford 2010, s. 283–313.

Tytułem wstępu warto przypomnieć, że wprawdzie jurysdykcja ETPC obejmuje sprawy dotyczące interpretacji i stosowania Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r. (dalej: Konwencja, EKPC) wraz z jej protokołami (por. art. 32 ust. 1 EKPC), to jednak – przynajmniej z formalnego punktu widzenia – sędziowie ETPC są także sędziami Europejskiego Trybunału ds. Immunitetu Państwa (*European Tribunal on matters of State Immunity*). Jest to „zapomniana” instytucja, ukonstytuowana na mocy Protokołu dodatkowego do Europejskiej konwencji o immunitecie państwa z 16.5.1972 r. (Konwencja bazylejska)⁸. Trybunał ds. Immunitetu nie miał nigdy okazji orzekać, co należy łączyć m.in. z niewielką liczbą państw-stron Konwencji bazylejskiej (8), jak i Protokołu dodatkowego (6). Inicjatywa powołania takiego organu mogła wynikać z przewidywań państw członkowskich Rady Europy co do pojawienia się sporów na tle tej Konwencji, jednak rzeczywistość podważyła potrzebę funkcjonowania wyspecjalizowanego trybunału zajmującego się immunitetem państwa.

EKPC nie zawiera postanowień odnoszących się wprost do immunitetów regulowanych prawem międzynarodowym – wyjątkiem jest tu art. 51 Konwencji, ale dotyczy on immunitetu sędziów ETPC i nie ma nic wspólnego z zakresem zobowiązań państw-stron wobec podmiotów chronionych. *Gros* spraw rozstrzyganych przez ETPC w kontekście immunitetów ma związek z kwestią dopuszczalności ograniczenia prawa do sądu, stanowiącego element prawa do rzetelnego procesu (art. 6 ust. 1 EKPC) wskutek działania immunitetu.

W orzecznictwie ETPC można wyróżnić co najmniej kilka wiodących problemów związanych z funkcjonowaniem immunitetu jurysdykcyjnego. Należą do nich:

a) problem dopuszczalności formalnej powództw wnoszonych przez pracowników misji dyplomatycznych przed sądami państwa przyjmującego;

b) problem odpowiedzialności państwa-strony EKPC w przypadku skutecznego powołania się przez państwo pozwane na immunitet jurysdykcyjny przed sądem państwa obcego, w sytuacji, gdy stawiane zarzuty dotyczą zakazu tortur (art. 3 EKPC) lub innych naruszeń praw człowieka o szczególnie poważnym charakterze (*serious violations of human rights*);

c) problem skuteczności powoływania się przez państwo pozwane na immunitet jurysdykcyjny w związku z wyrządzeniem szkody na osobie wskutek działania sił zbrojnych (*personal injury exception*).

Niniejsze opracowanie ma na celu analizę wskazanych wyżej problemów. Warto jednak wskazać, że w orzecznictwie ETPC obecne są także przykłady rozstrzygnięć dotyczących innych rodzajów immunitetu, tj. immunitetu egzekucyjnego państwa⁹ oraz immunitetu organizacji międzynarodowych¹⁰.

⁸ European Treaty Series No. 074A, art. 3.

⁹ Zob. decyzje ETPC z 12.12.2002 r. w sprawie *Kaloageropoulou i inni v. Grecji i RFN*, z 4.3.2005 r. w sprawie *Manoilescu i Dobrescu v. Rumunii i Rosji* oraz z 27 lipca 2007 r. w sprawie *Hirschhorn v. Rumunii*. Zob. także M. Kloth, *op. cit.*, s. 88–105.

¹⁰ Zob. wyrok ETPC w sprawie *Waite and Kennedy v. RFN* oraz *Beer and Regan v. RFN* z 18 lutego 1999 r.

W odniesieniu do ostatniego z immunitetów, stanowisko dopuszczające ograniczenie prawa dostępu do sądu w związku z działaniem immunitetu jurysdykcyjnego organizacji międzynarodowej – wyrażone przez Trybunał w sprawach przeciwko RFN z 1999 r. – wydaje się aktualne i nie było przedmiotem kontestacji w doktrynie, aczkolwiek zasadne są głosy przypominające o konieczności zapewnienia skarżącym (powodom) adekwatnych i efektywnych metod alternatywnego rozpatrzenia sporu z organizacją międzynarodową¹¹.

2. Kilka uwag o immunitacie głowy państwa i wysokich funkcjonariuszy państwowych w orzeczeniach ETPC

Przed omówieniem problematyki immunitetu jurysdykcyjnego państwa, warto poczynić kilka uwag odnośnie do orzecznictwa ETPC dotyczącego immunitetu głowy państwa oraz – w szerszym kontekście – immunitetu wysokich funkcjonariuszy państwowych. Co do zasady są to kwestie, które mogłyby zostać omówione łącznie, jednak dla czytelności wywodu należy najpierw poruszyć temat immunitetu głowy państwa. Kwestia ta wystąpiła między innymi na kanwie sprawy *Association SOS Attentats and Béatrix de Boëry v. Francji*¹², dotyczącej powództwa przeciwko pułkownikowi Muammarowi al-Kaddafiemu w związku z zamachem terrorystycznym na samolot linii PanAm w 1992 r. ETPC nie rozpoznał tej sprawy co do meritum z uwagi na ugodę, do jakiej doszło pomiędzy rodzinami ofiar a *Gaddafi International Foundation for Charity Association*. Stanowisko co do obowiązywania immunitetu głowy państwa w tej sprawie wyraził jedynie rząd brytyjski interweniujący jako strona trzecia. W opinii interwenienta, powołującego się m.in. na wyrok MTS w sprawie *Kongo v. Belgii*¹³, przywódca Libii objęty był immunitetem jurysdykcyjnym wobec powództw cywilnoprawnych i zarzuty w kontekście art. 6 ust. 1 EKPC nie miały umocowania w związku z brakiem zastosowania tego postanowienia do przedmiotowej sprawy¹⁴.

¹¹ Zob. A. Reinisch, U. A. Weber, *In the shadow of Waite and Kennedy: the jurisdictional immunity of international organizations, the individual's right of access to the courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement*, IOLR 2004, vol. 1, s. 59–110. Zob. także artykuł Prof. J. Menkesa nt. immunitetu organizacji międzynarodowych w niniejszym zbiorze.

¹² Zob. decyzję Wielkiej Izby z 4.10.2006 r. Zob. także M. Kloth, *op. cit.*, s. 110–114.

¹³ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, wyrok MTS z 14.2.2002 r.

¹⁴ Por. pkt 26 i 27 wyroku ETPC w sprawie *Association SOS Attentats and Béatrix de Boëry*.

Problematyka immunitetu głowy państwa wobec jurysdykcji karnej pojawiła się w tle skargi Saddama Husseina przeciwko 21 państwom-stronom EKPC¹⁵, jednak Trybunał jednogłośnie uznał ją za niedopuszczalną z uwagi na brak jurysdykcji państw-stron w rozumieniu art. 1 EKPC. Można jedynie domniemywać, że gdyby doszło do rozpatrywania sprawy co do meritum, kwestia immunitetu Husseina jako byłego prezydenta Iraku mogłaby mieć pewne znaczenie, podobnie jak zagadnienie dopuszczalności przekazania b. prezydenta Iraku do osądzenia w jurysdykcji, w której stosuje się karę śmierci. Jak wiadomo, decyzje państw koalicji antyreżimowej w tamtym czasie oraz orzeczenie sądu irackiego w sprawie Husseina czynią rozważania na ten temat bezprzedmiotowymi.

Pośredniego związku z problematyką immunitetu głowy państwa można dopatrywać się w wyroku ETPC w sprawie *Streletz, Kessler i Krenz przeciwko RFN*¹⁶, dotyczącej zarzutów naruszenia zasady *lex retro non agit* wobec osób ukaranych po zjednoczeniu Niemiec z tytułu odpowiedzialności za rozkaz strzelania do osób podejmujących ucieczkę z NRD przez mur berliński¹⁷. Jeden ze skarżących w tej sprawie – Egon Krenz – był przez kilka miesięcy przewodniczącym Rady Państwa NRD, co może rodzić pytania o zakres przysługującego mu z tego tytułu immunitetu. Jednakże problem ten nie został poruszony przez strony postępowania przed ETPC, a zakres kognicji Trybunału ograniczał się do rozpoznania zarzutów na tle art. 7 EKPC.

Jeśli chodzi o immunitet funkcjonariuszy państwowych przed jurysdykcją sądów państw obcych, to należy odnotować wspomniany już i wiodący w tym zakresie wyrok ETPC w sprawie *Jones i inni v. Zjednoczonemu Królestwu*. O ile w odniesieniu do problematyki immunitetu państwa wyrok ten został w całości oparty na tezach rozstrzygnięcia *Al-Adsani* z 2001 r. oraz wyroku MTS w sprawie *RFN v. Włochom*, o tyle rozstrzygając zarzuty naruszenia prawa do sądu w związku z oddaleniem przez sądy brytyjskie powództwa cywilnoprawnego przeciwko ministrowi spraw wewnętrznych Arabii Saudyjskiej i innym funkcjonariuszom państwowym, Izba Trybunału dokonała „samodzielnej” oceny istniejących norm prawa międzynarodowego publicznego i sądowej praktyki państw w tej dziedzinie.

Dla ustalenia istniejących norm dotyczących immunitetu funkcjonariuszy państwowych w prawie międzynarodowym Trybunał powołał się między innymi na prace Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ, a konkretnie na drugi raport specjalnego sprawozdawcy Romana A. Kolodkina¹⁸, podkreślając powszechne

¹⁵ Skarga nr 23276/04. Decyzja ETPC o niedopuszczalności z 14.3.2006 r.

¹⁶ Wyrok ETPC z 22.3.2001 r.

¹⁷ Por. na ten temat J. Zajadło, *Odpowiedzialność za mur. Procesy strzelców przy murze berlińskim*, Gdańsk 2003, 2007, *passim*.

¹⁸ R. A. Kolodkin, *Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 10 June 2010, sygn. A/CN.4/631. Kolejne raporty na ten temat (w latach 2011–2014) były przedstawiane na forum Komisji Prawa Międzynarodowego przez nową sprawozdawczynię: C. E. Hernández.

uznanie istnienia immunitetu funkcjonariuszy jako normy ogólnej, od której dopuszczalne są wyjątki na zasadzie norm szczególnych lub normy prawa zwyczajowego¹⁹. Trybunał odnotował, że jednostki korzystają z immunitetu *ratione materiae* tylko wówczas, gdy zaskarżone działania zostały podjęte w ramach ich obowiązków urzędowych, co potwierdza między innymi brzmienie art. 2 ust. 1 (b) iv Konwencji ONZ w sprawie immunitetów jurysdykcyjnych państw i ich mienia²⁰. Ustalony w wyroku *Al-Adsani* i potwierdzony w wyroku *Jones* brak normy wyłączającej immunitet państwa w przypadku naruszenia norm o charakterze *ius cogens* (tzw. *ius cogens exception*) nie przesądza – zdaniem Trybunału – o braku jakichkolwiek wyjątków od normy dotyczącej immunitetu funkcjonariuszy państwowych²¹. Dla rozstrzygnięcia tej kwestii Trybunał wykorzystał szereg źródeł: po pierwsze, odwołał się do definicji tortur z Konwencji ONZ przeciwko torturom z 1984 r.²², która uznaje tortury za akty „popełnione przez urzędnika publicznego lub inną osobę działającą w tym charakterze”. Kwestia „urzędowego charakteru” tortur i wpływu takiej definicji na zagadnienie wyjątku od immunitetu funkcjonariusza/urzędnika państwowego była już przedmiotem rozważań w orzeczeniach krajowych, w tym przez brytyjską Izbę Lordów w sprawie *Jones i Mitchell*. Wprawdzie brytyjski sąd apelacyjny rozstrzygający tę sprawę zakwestionował wymóg „urzędowego” działania sprawcy tortur dla wypełnienia ich definicji, jednakże Izba Lordów jednogłośnie uznała, że ten punkt widzenia wywodzi się przede wszystkim z wyroków sądów amerykańskich i nie stanowi głównego nurtu w innych jurysdykcjach. W świetle obowiązującego prawa międzynarodowego tortury są zatem aktem „urzędowym”. Ponadto trudno z przekonaniem stwierdzić – mimo progresywnej interpretacji Komitetu Przeciwko Torturom – że Konwencja ONZ z 1984 r. uchyliła normy dotyczące immunitetu funkcjonariuszy państwa i *de facto* wprowadziła zasadę uniwersalnej jurysdykcji cywilnoprawnej²³.

Po drugie, Trybunał przypomniał normy dotyczące przypisania aktu państwu, sformułowane w Artykułach Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państwa za akt międzynarodowo bezprawny²⁴, które nie stają na przeszkodzie, aby niezależnie od odpowiedzialności państwa egzekwować

¹⁹ Por. pkt 202 wyroku ETPC w sprawie *Jones*.

²⁰ W brzmieniu: *Dla celów niniejszej Konwencji (...) „Państwo” oznacza (...) przedstawicieli tego państwa działających w tym charakterze* (tłum. autora).

²¹ Por. pkt 205 wyroku ETPC w sprawie *Jones*.

²² Konwencja ONZ w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjęta rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 39/46 z dnia 10.12.1984 r.

²³ Zob. pkt 208 wyroku ETPC w sprawie *Jones* oraz art. 14 Konwencji ONZ z 1984 r. (obowiązek zapewnienia ofierze tortur zadośćuczynienia i prawa do odszkodowania w systemie prawnym państwa-strony).

²⁴ Zob. *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, przyjęte na 53. sesji KPM i przedłożone Zgromadzeniu Ogólnemu ONZ (załącznik do rezolucji nr 53/83 z 12.12.2001 r.).

odpowiedzialność indywidualną sprawcy aktu, zwłaszcza w przypadku tortur. Zatem nawet jeżeli dla celów prawa o odpowiedzialności (a konkretnie przypisania) ustalony zostanie „urzędowy” charakter aktu państwa, nie stanowi to samo w sobie argumentu rozstrzygającego kwestię przyznania temu państwu immunitetu²⁵.

Po trzecie, Trybunał odnotował, że prawo o odpowiedzialności państwa nie poświęca zbyt wiele uwagi dopuszczalności uchylenia immunitetu funkcjonariuszy państwowych w przypadku popełnienia tortur: żadnych wskazówek na ten temat nie zawiera ani Konwencja bazylejska, ani Konwencja ONZ z 2004 r. Można jedynie stwierdzić, że trwa na ten temat wymiana poglądów, a osiągnięcie konsensu jest wciąż dalekie. Nie ma także wystarczających dowodów krajowej praktyki sądowej: powództwa cywilnoprawne przeciwko funkcjonariuszom państw obcych w związku ze stosowaniem tortur są nieliczne, a wśród zapadłych orzeczeń krajowych dominują stanowiska powściągliwe wobec uchylenia immunitetu w takich przypadkach. Także w sądach amerykańskich, które mają więcej okazji do rozpatrywania takich powództw²⁶, brak jednoznacznej linii orzeczniczej.

W świetle powyższego Trybunał uznał, że „mimo pojawiającego się wsparcia na rzecz szczególnej reguły lub wyjątku w prawie międzynarodowym publicznym w sprawach dotyczących cywilnoprawnych powództw z tytułu tortur przeciwko funkcjonariuszom państw obcych, większość argumentów (...) świadczy o tym, że prawo państwa do immunitetu nie może być obchodzone poprzez pozywanie w zastępstwie ich urzędników lub funkcjonariuszy. (...) Praktyka państw w tym zakresie jest płynna, obejmując zarówno przypadki uznania, jak i odmowy uznania immunitetu *ratione materiae* (...)”²⁷.

W konkluzji Trybunał nie stwierdził naruszenia art. 6 Konwencji w związku z przyznaniem przez sądy brytyjskie immunitetu funkcjonariuszom państwa obcego, pozwanym przez skarżących w sprawie *Jones i inni*. Wyrok kończy się jednak znamienym sformułowaniem: „w świetle zachodzących obecnie zmian w tej dziedzinie prawa międzynarodowego (tj. prawa o immunitetach – przyp. M. B.), jest to kwestia, która musi być poddawana przeglądowi (ang. *be kept under review*) przez Układające się Strony”²⁸.

Wyrok ETPC w sprawie *Jones* należy uznać za odzwierciedlający aktualny stan prawa międzynarodowego publicznego w dziedzinie immunitetu funkcjonariuszy państwowych. Na aprobatę zasługuje szerokie spektrum analizy dokonanej przez Trybunał dla stwierdzenia, czy „wyjątek *ius cogens*” został wystarczająco ugruntowany w praktyce krajowej oraz instrumentach międzynarodowych. Negatywny wynik tej analizy nie pozostawiał wątpliwości co do rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji. Podobnie jak w przypadku orzekania

²⁵ Por. pkt 207 wyroku ETPC w sprawie *Jones*.

²⁶ Zob. obszerny przegląd praktyki sądów amerykańskich w pkt 116–125 wyroku ETPC w sprawie *Jones*.

²⁷ Zob. pkt 213 wyroku ETPC w sprawie *Jones*.

²⁸ *Ibidem*.

o immunitecie państwa, także w przypadku immunitetu funkcjonariuszy państwowych ETPC zachował się powściągliwie, nie decydując się na przekroczenie granicy prawotwórstwa sądowego. Z perspektywy humanitarnego wymiaru EKPC i efektywności ścigania sprawców tortur wyrok w sprawie *Jones* może być rozczarowujący, jednak nie należy tracić z pola widzenia dyskusji na temat „wyjątku *ius cogens*”, która być może doprowadzi do ewolucji stanowiska sądów krajowych w tej materii. Dopiero wówczas będzie można oczekiwać rewizji stanowiska ETPC ze spraw *Al-Adsani* i *Jones*.

Na kanwie wyводу Trybunału dotyczącego immunitetu funkcjonariuszy państwowych (w sprawie *Jones*) warto poczynić jeszcze jedną uwagę: otóż bardzo znamienne jest wielokrotne powoływanie się przez Trybunał na trwające prace Komisji Prawa Międzynarodowego dotyczące immunitetu urzędników państwowych w zakresie jurysdykcji karnej. Jakkolwiek samo odnotowanie tych prac jest całkowicie zrozumiałe, o tyle można się zastanawiać, na ile autorytatywnie można traktować pojedyncze raporty specjalnych sprawozdawców, które nie są przecież stanowiskami całej Komisji, a raczej odzwierciedlają prywatne poglądy doktrynalne. Trybunał z dużą atencją odnosił się do drugiego raportu R. A. Kolodkina; odnotował także raporty C. E. Hernandez. Końcowy wynik prac KPM nad tym zagadnieniem – który może, ale nie musi być zbieżny z poglądami R. A. Kolodkina lub C. E. Hernandez – będzie niewątpliwie istotny dla dalszego rozwoju prawa o immunitecie państwa. Trudno byłoby jednak spodziewać się, że Komisja Prawa Międzynarodowego dokona przełomu i jednoznacznie stwierdzi istnienie „wyjątku *ius cogens*”, zwłaszcza wobec braku ugruntowanej praktyki sądów krajowych i międzynarodowych. Z punktu widzenia rozwoju prawa o immunitecie w kierunku uznania „wyjątku *ius cogens*” wyrok ETPC nie zawiera żadnych wyraźnych akcentów, które mogłyby być wykorzystane w pracach KPM przez zwolenników ustalenia takiego wyjątku jako normy prawa międzynarodowego.

3. Powództwa wnoszone przez pracowników misji dyplomatycznej do sądów państwa przyjmującego

Stanowisko ETPC w kwestii realizacji prawa do rzetelnego procesu przez pracowników misji dyplomatycznej zostało wyrażone w dwóch wiodących precedensach: *Fogarty v. Zjednoczonemu Królestwu* z 21.11.2001 r. oraz *Cudak v. Litwie* z 23.3.2010 r. Obie sprawy dotyczyły nieudanej próby pozwania przez byłe pracownice misji dyplomatycznych swojego pracodawcy (tj. państwa wysyłającego w sądach państwa przyjmującego), przy czym w sprawie *Fogarty* sedno sporu polegało na odmowie zatrudnienia skarżącej, natomiast w sprawie

Cudak – roszczeniach związanych ze zwolnieniem skarżącej z pracy. W pierwszej sprawie ETPC nie stwierdził naruszenia Konwencji, natomiast w drugiej – uznał, że doszło do naruszenia art. 6 ust 1 EKPC.

Należy przypomnieć, że wprowadzie prawo dostępu do sądu jako element prawa do rzetelnego procesu nie ma charakteru absolutnego, jednak ETPC bardzo wnikliwie przygląda się zarzutom związanym z uniemożliwieniem skierowania sporu przez skarżącego na drogę sądową. Wywiedzenie prawa dostępu do sądu nastąpiło na wczesnym etapie rozwoju orzecznictwa strasburskiego – w wyroku *Golder v. Zjednoczonemu Królestwu*²⁹. U podstaw rozumowania organów kontrolnych Konwencji znajdowało się słuszne skądinąd przekonanie, że dostęp do sądu warunkuje korzystanie z pozostałych elementów prawa do rzetelnego procesu, zatem bez efektywnego dostępu do drogi sądowej prawo zagwarantowane w art. 6 ust. 1 EKPC staje się iluzoryczne. Konwencja nie wprowadza domniemania drogi sądowej ani powszechnego prawa do sądu w każdej sprawie – zakres przedmiotowy tej gwarancji ograniczony jest do tzw. płaszczyzny cywilnej i karnej³⁰. Pierwsza z nich dotyczy „praw i obowiązków o charakterze cywilnym” – twórcy Konwencji użyli tu niezbyt fortunnego sformułowania, którego interpretacja nie należy do najłatwiejszych. Nie ulega jednak wątpliwości, że Trybunał stosuje rozszerzającą wykładnię *civil rights and obligations*, która powoduje, że spory pracownicze zasadniczo wchodzą w zakres tego pojęcia, z pewnymi wyjątkami.

Jeden z wyjątków uznanych przez Trybunał za uzasadniający ograniczenie prawa gwarantowanego art. 6 ust. 1 EKPC dotyczył powództw wnoszonych przez urzędników publicznych w odniesieniu do rekrutacji, przebiegu kariery zawodowej i zwolnienia ze służby. Linia orzecznicza ETPC w tej materii została najpierw zmodyfikowana wyrokiem *Pellegrin v. Francji* (brak zastosowania art. 6 ust. 1 do sporów pracowniczych w administracji publicznej), a następnie w zasadzie zastąpiona wyrokiem *Vilho Eskelinen v. Finlandii*³¹, zgodnie z którym należy domniemywać zastosowalność art. 6 do tego typu sporów³². Trybunał nie sformułował natomiast żadnej odrębnej koncepcji obowiązywania prawa do rzetelnego procesu w sporach pracowników misji dyplomatycznych z byłym lub obecnym pracodawcą. Jest to zrozumiałe, bowiem w tego typu sytuacjach konieczne jest uwzględnienie obowiązujących reguł prawa międzynarodowego w dziedzinie immunitetu jurysdykcyjnego.

Warto przypomnieć, że w orzecznictwie ETPC nigdy nie zakwestionowało potrzeby funkcjonowania immunitetów jako takich oraz konieczności uwzględniania przez Trybunał norm prawa międzynarodowego w tym zakresie.

²⁹ Wyrok z 21.2.1975 r.

³⁰ Por. P. Hofmański, A. Wróbel, *Artykuł 6. Prawo do rzetelnego procesu*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 250 i nast.

³¹ Wyroki – odpowiednio – z 8.12.1999 r. i 19.4.2007 r.

³² Zob. P. Hofmański, A. Wróbel, *op. cit.*, s. 269.

W związku z tym odosobnione jest stanowisko sędziego L. Loucaidesa, wyrażone w opinii odrębnej do wyroku *McElhinney v. Irlandii* (a także w innych wyrokach), zdaniem którego: „(...) Europejska konwencja praw człowieka stanowi *lex specialis*. Ogólne zasady prawa międzynarodowego nie są zawarte w Konwencji, z wyjątkiem odniesień wyraźnych, np. w art. 15, art. 35 ust. 1 oraz art. 53 EKPC oraz art. 1 Protokołu nr 1. Dlatego należy niechętnie podchodzić do ograniczeń praw konwencyjnych wywodzonych z zasad prawa międzynarodowego, takich jak zasady dotyczące immunitetów, które nie są nawet częścią norm o charakterze *ius cogens* (tłum. autora)”.

Powyższe stanowisko ilustruje niebezpieczną tendencję polegającą na próbie zdystansowania Konwencji od powszechnego prawa międzynarodowego. Tymczasem nie ma podstaw ani powodów, aby postrzegać normy ETPC jako obowiązujące autonomicznie i bez należytego uwzględnienia innych norm systemu prawa międzynarodowego. W sferze ocen prawnopolitycznych tego typu stanowiska obrazują aktywizm sędziowski oraz zjawisko określone niegdyś przez A. Pellet jako *human rightism* (we francuskiej wersji: *droit-de-l'hommeisme*)³³.

Wypowiadając się na temat dopuszczalności ograniczeń prawa do sądu w przypadku powołania się przez państwo pozwane na immunitet jurysdykcyjny, Trybunał dokonuje oceny ingerencji państwa w sferę prawa do rzetelnego procesu, posługując się ugruntowanym orzecznictwem. Należy tu wskazać test sformułowany w sprawie *Ashingdane v. Zjednoczonemu Królestwu*³⁴ i konsekwentnie stosowany w późniejszych wyrokach. Trybunał stwierdził wówczas, że ingerencja (czyli limitacja prawa dostępu do sądu) nie może ograniczać jednostce dostępu do sądu w taki sposób (lub do takiego stopnia), że nadwyreżona jest sama istota tego prawa (*ang. (...) that the very essence of the right is impaired*)³⁵. Ponadto ograniczenie nie będzie zgodne z art. 6 ust. 1 EKPC, gdy nie zmierza do uzasadnionego celu oraz gdy nie ma rozsądnego związku proporcjonalności między użytymi środkami a zamierzonym celem³⁶.

W przypadku oceny ingerencji państwa w prawo do sądu polegającej na odmowie rozpoznania przez sąd krajowy powództwa pracownika misji dyplomatycznej w związku z powołaniem się przez państwo pozwane na immunitet jurysdykcyjny, istotne są następujące postulaty:

- ETPC powinien każdorazowo przeprowadzić gruntowne badanie normy prawa międzynarodowego, która obowiązuje w danym przypadku;
- konieczne jest właściwe scharakteryzowanie rzeczywistego charakteru czynności wykonywanych przez pracownika misji dyplomatycznej oraz rozstrzygnięcie, czy należą one do sfery *de iure imperii* czy też *de iure gestionis*.

³³ Gilberto Amado Memorial Lecture, 18.7.2000 r. oraz *idem*, «Human rightism» and international law, IYIL 2000, vol. 10, s. 3–16.

³⁴ Wyrok z 28.5.1985 r.

³⁵ *Ibidem*, pkt 57 wyroku.

³⁶ Zob. na ten temat M. Kloth, *op. cit.*, s. 13–18.

W wyżej wymienionych orzeczeniach *Fogarty* i *Cudak* można odnotować tendencję do ograniczania zakresu stosowania immunitetu państwa w sprawach związanych ze sporami pracowniczymi. Mimo że Trybunał w orzeczeniu *Cudak* podkreślił konieczność rozróżnienia *rationes decidendi* tego wyroku od sprawy *Fogarty*, to jednak oba te orzeczenia dotyczą oceny ingerencji w prawo dostępu do sądu obecnego lub byłego pracownika misji dyplomatycznej.

Niezależnie od poważnych zastrzeżeń dotyczących metodologii wywodzenia norm zwyczajowego prawa międzynarodowego przez ETPC w wyroku *Cudak*³⁷, stanowisko wyrażone w sprawie litewskiej świadczy o dynamicznej interpretacji przez ETPC norm prawa międzynarodowego dotyczących immunitetu państwa oraz promowania „podejścia *pro-victim*”. Jednak niewątpliwie zachowuje aktualność teza z wyroku *Fogarty*, że rekrutacja pracowników misji dyplomatycznej należy do *imperium* państwa i nie można tu wskazać tendencji do osłabienia immunitetu jurysdykcyjnego w przypadku ewentualnych sporów³⁸. Wręcz przeciwnie, art. 11 Konwencji ONZ w sprawie immunitetów jurysdykcyjnych państw i ich mienia, który Trybunał zdaje się uznawać za wyraz prawa zwyczajowego, wyraźnie przewiduje możliwość powołania się na immunitet w takich przypadkach. Spory związane z zakończeniem stosunku pracy w misji dyplomatycznej nie zostały wprost ujęte w powyższym postanowieniu, ale nie oznacza to, aby państwa w każdym przypadku podlegały jurysdykcji sądów państwa przyjmującego. Podstawowym i decydującym kryterium pozostaje (a przynajmniej powinien pozostać) zakres czynności wykonywanych przez danego pracownika³⁹.

W odniesieniu do dotychczasowych rozstrzygnięć ETPC dotyczących sporów pracowników misji dyplomatycznych na tle immunitetu jurysdykcyjnego państwa można postawić następujące wnioski:

– ETPC jest gotów uznać Konwencję ONZ z 2004 r. za wiodący punkt odniesienia przy rekonstrukcji norm zwyczajowego prawa międzynarodowego

³⁷ Zob. M. Balcerzak, M. Kałduński, *Immunitet jurysdykcyjny państwa – glosa do wyroku ETPCz z 23.03.2010 r. w sprawie Cudak v. Litwa*, EPS 2010, nr 11, s. 40–44. Zastrzeżenia te dotyczą dość powierzchownego – zdaniem autorów – przeglądu praktyki państw przy ustalaniu przez ETPCz istnienia norm prawa zwyczajowego. Problem metodologii ustalania prawa zwyczajowego przez Trybunał porusza I. Ziemele w: *Customary international law in the case law of the European Court of Human Rights: the method*, „Law and Practice of International Courts and Tribunals” 2013, nr 12(2), s. 243–252.

³⁸ Por. pkt 38 wyroku *Fogarty*: *Questions relating to the recruitment of staff to missions and embassies may by their very nature involve sensitive and confidential issues, related, inter alia, to the diplomatic and organisational policy of a foreign State. The Court is not aware of any trend in international law towards a relaxation of the rule of State immunity as regards issues of recruitment to foreign missions.* (...).

³⁹ Por. art. 11 ust. a) Konwencji ONZ – *functions closely related to the exercise of governmental authority*. Argumentem autorów glosy krytycznej do wyroku *Cudak* było zaniechanie przez ETPCz ustalenia faktycznego zakresu obowiązków skarżącej w ambasadzie RP w Wilnie – M. Balcerzak, M. Kałduński, *op. cit.*, s. 42.

o immunitacie państwa, przy czym analiza wyroku w sprawie *Cudak v. Litwie* skłania do wyrażenia obawy, że ETPC zbyt łatwo uznaje normy tej konwencji jako odzwierciedlające prawo zwyczajowe;

– w sytuacji, gdy zakres obowiązków pracownika wnoszącego powództwo przeciwko misji dyplomatycznej/państwu wysyłającemu nie ma zdecydowanie charakteru *de iure imperii*, należy spodziewać się, że wątpliwości w tym względzie przemawiają za niedopuszczalnością ograniczania drogi sądowej, czyli będą skutkowały stwierdzeniem naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC.

Powyższe tezy znajdują swoje potwierdzenie w wyrokach Trybunału w sprawach: *Sabeh el Leil v. Francji*⁴⁰ (oddalenie przez sądy francuskie powództwa księgowego ambasady Kuwejtowi przeciwko Kuwejtowi; naruszenie art. 6 ust. 1 EKPC w związku z brakiem proporcjonalności i uznanie immunitetu państwa, mimo iż tło faktyczne nie dotyczyło aktów *de iure imperii*) oraz *Wallishauser v. Austrii*⁴¹ (oddalenie przez sądy austriackie roszczeń pracownicy ambasady USA przeciwko Stanom Zjednoczonym; naruszenie art. 6 ust. 1 w związku z uznaniem immunitetu państwa pozwanego).

4. Problem odpowiedzialności państwa-strony EKPC w przypadku skutecznego powołania się przez państwo pozwane przed sądami państwa-strony na immunitet w związku z zarzutami tortur (art. 3 EKPC) lub innych naruszeń praw człowieka o szczególnie poważnym charakterze (*serious violations of human rights*)

Kolejny i być może najgłośniejszy z problemów, jakimi zajmował się ETPC w związku z immunitetem jurysdykcyjnym państwa, dotyczy sytuacji, gdy sądy państwa-strony EKPC odmówiły rozpoznania powództwa przeciwko państwu oskarżanemu o stosowanie tortur. Problem ten stanął na wokandzie ETPC we wspomnianej już sprawie *Al-Adsani v. Zjednoczonemu Królestwu* i został rozstrzygnięty jednym głosem (9 do 8) na korzyść państwa pozwanego (tj. brak naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC)⁴².

Większość składu ETPC wyraziła wówczas następującą tezę: „(...) The Court, while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, does not accordingly find it established that there is yet

⁴⁰ Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29.06.2011 r. (jednogłośnie).

⁴¹ Wyrok ETPC z 17.07.2012 r.

⁴² Na temat stanu faktycznego i oceny tego wyroku zob. M. Balcerzak, *Immunitet państw...*, s. 127 i nast.

acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State (...)” (podkreślenie M. B.)⁴³.

Większość ocen wyrażonych w doktrynie odnosi się krytycznie do tego rozstrzygnięcia, zarzucając mu zbytnią powściągliwość. Zarysowany w wyroku *Al-Adsani* problem wiąże się z podstawowym pytaniem: jak daleko sięgają obowiązki państw-stron EKPC w związku z działaniami naruszającymi standardy konwencyjne, których nie można przypisać bezpośrednio państwu-stronie? Wprawdzie kluczowy problem dotyczy nie tyle art. 3, co art. 6 ust. 1 Konwencji, niemniej, niezależnie od formalnej klasyfikacji prawnej, trzeba zauważyć, że w wymiarze globalnym nie jest to jedynie spór o dopuszczalność ograniczeń prawa do sądu, lecz spór o zakres obowiązków państwa w sferze proceduralnej ochrony przed torturami.

Powyzsze zagadnienie było już przedmiotem rozstrzygnięć ETPC – m.in. w sprawie *Soering v. Zjednoczemu Królestwu*⁴⁴ na tle dopuszczalności ekstradycji do USA i narażenie skarżącego na karę śmierci (problem *death row*). W tym przypadku ETPC wypracował koncepcję ofiary potencjalnej i zapobiegł dokonaniu ekstradycji. W sensie formalnym wyrok *Soering* stanowił rozszerzenie zakresu odpowiedzialności z tytułu Konwencji w celu zagwarantowania, że działanie państwa-strony nie doprowadzi do nieuchronnego naruszenia standardów konwencyjnych. Natomiast sytuacja w sprawie *Al-Adsani* była zgoła odmienna – chodziło bowiem o ustalenie, czy zobowiązania związane z zakazem tortur nakładają na państwo-stronę obowiązek nieuznawania immunitetu jurysdykcyjnego państwa pozwanego, gdy przedmiotem powództwa są tortury?

Wyrok ETPC w sprawie *Al-Adsani* nieznacznie tylko przechylił szalę na rzecz zwolenników powściągliwości sędziowskiej, zarysowując mocną pozycję progresywnej mniejszości, której troską było głównie – choć nie wyłącznie – zapewnienie „maksymalnej skuteczności” normie *ius cogens*⁴⁵. Można w związku z tym postawić pytanie, czy rzeczywiście funkcje i zastosowanie immunitetu państwa powinno zejść na plan dalszy w sytuacji „zderzenia” z peremptoryjnym charakterem zakazu tortur w prawie międzynarodowym? Odpowiedź na to pytanie nie jest oczywista. Charakter *iuris cogens* zakazu tortur nie może oznaczać wyłączenia obowiązywania innych norm prawa międzynarodowego (w literaturze można spotkać się z koncepcją „przełamania” innych norm przez normy *iuris cogens* – teza ta wydaje się raczej karkołomna). Jak pisze Hazel Fox: „immunitet państwa nie kłóci się z zakazem zawartym w normie *ius cogens*, lecz przekierowuje

⁴³ Zob. pkt 66 wyroku ETPC w sprawie *Al-Adsani*.

⁴⁴ Wyrok z 7.7.1989 r.

⁴⁵ Por. zdanie odrębne do wyroku *Al-Adsani* sędziów Rozakisa i Cafilischa (wsparte przez czterech innych sędziów).

(*divert*) ewentualne naruszenie tego zakazu w stronę innej metody rozstrzygnięcia sporu [niż sąd państwa forum]⁴⁶. Istotnie, teoria „zderzenia” zakazu tortur oraz norm dotyczących immunitetu państwa nie jest przekonująca⁴⁷.

Jedną z metod „przekierowania sporu” może być instytucja opieki dyplomatycznej – przy świadomości, że jest ona niedoskonała i w zasadzie zależna od woli państwa obywatelstwa. Można tu nawiązać do sygnalizowanej w doktrynie potrzeby rozwinięcia opieki dyplomatycznej w formie uprawnienia jednostki⁴⁸, aczkolwiek teza ta jak dotąd nie znajduje wyraźnego potwierdzenia w praktyce państw. Ponadto można postawić pytanie, czy opieka dyplomatyczna może być uznana za efektywny środek, skoro *de facto* jest uzależniona od tego, jakie obywatelstwo posiada ofiara oraz czy państwo obywatelstwa gotowe jest wystąpić z roszczeniami w sferze międzypaństwowej.

Jak już wspomniano, tezy z wyroku *Al-Adsani* zostały co do zasady potwierdzone w wyroku *Jones i inni v. Zjednoczonemu Królestwu*, w której tło faktyczne także dotyczyło poddania skarżącego torturom z rąk funkcjonariuszy Arabii Saudyjskiej. W odniesieniu do argumentacji prawnej skarżący w sprawie *Jones* twierdzili między innymi, że:

- rozwój prawa i praktyki międzynarodowej świadczy o odrzuceniu immunitetu jurysdykcyjnego państwa w przypadku tortur;
- tortury nie mogą być aktem wykonywania suwerenności objętym immunitetem;
- Komisja Prawa Międzynarodowego pozostawiła otwartą kwestię uchylenia immunitetu w przypadku zarzutu tortur;
- wyrok *Al-Adsani* błędnie opierał się na krajowych rozstrzygnięciach przy ustalaniu norm prawa międzynarodowego;
- niezasadne są obawy, że zmiana stanowiska ETPCz spowodowałaby masowe wnoszenie skarg przeciwko państwom obcym z uwagi na doktrynę *forum non conveniens*⁴⁹.

Jak wiadomo, próba odwrócenia precedensu ze sprawy *Al-Adsani* nie powiodła się, czego można było się spodziewać w związku z brakiem przekazania jurysdykcji w sprawie *Jones* do Wielkiej Izby Trybunału. Rozstrzygając

⁴⁶ H. Fox, *op. cit.*, s. 525.

⁴⁷ Por. J. Finke, *op. cit.*, s. 869 i nast. Autor m.in. wywodzi, posługując się dworokinowskim odróżnieniem zasad od reguł, iż problematykę immunitetu państwa należy postrzegać w kategoriach zasady (*principle*), a nie reguły/normy, co przynajmniej na płaszczyźnie konceptualnej pozwala uniknąć „sprzeczności” immunitetu państwa z normą zakazującą tortur o peremptoryjnym charakterze.

⁴⁸ J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ochrona praw człowieka*, Poznań 2006, *passim*.

⁴⁹ Zob. pkt 33–34 („complaints”) zestawienia faktów i pytań do rządu pozwanego w tzw. komunikacji sprawy stronie rządowej z 18.9.2009 r. Dokument dostępny na stronie internetowej EKPC (*Communicated cases collection*).

problem odwrócenia precedensu, Izba uznała, iż: „W sprawie *Al-Adsani* decydującą kwestią przy ocenie proporcjonalności środka było to, czy zasady immunitetu zastosowane przez sądy krajowe odzwierciedlały ogólnie uznane zasady prawa międzynarodowego publicznego w dziedzinie immunitetu państwa. (...) Chociaż Trybunał nie jest formalnie związany wcześniejszymi precedensami, w interesie pewności prawnej, przewidywalności oraz równości wobec prawa nie powinien bez ważnych powodów odchodzić od precedensów ustalonych w poprzednich sprawach (...). W przypadku gdy dany precedens jest stosunkowo niedawnym i kompleksowym (ang. *comprehensive*) wyrokiem Wielkiej Izby, tak jak w niniejszej sprawie, Izba, która nie jest gotowa podążyć za ustalonym precedensem, powinna zaproponować przekazanie sprawy do Wielkiej Izby. Żadna ze stron w niniejszej sprawie nie zwróciła się o jej przekazanie do Wielkiej Izby, a w każdym razie to do Izby należy decyzja, czy uwzględnić tego rodzaju wnioski (...). Zważywszy na precedens ustanowiony w sprawie *Al-Adsani* oraz szczegółowe zbadanie w tym wyroku właściwych kwestii prawnych z odniesieniem do orzecznictwa tego Trybunału oraz prawa międzynarodowego, Trybunał nie uznaje za zasadne przekazywanie niniejszej sprawy do Wielkiej Izby (...)”⁵⁰.

Oceniając tendencje w prawie o immunitecie państwa, jakie mogły pojawić się pomiędzy wydaniem wyroku w sprawie *Al-Adsani* (2001 r.) a rozstrzygnięciem sprawy *Jones* przed sądami brytyjskimi (2006 r.), ETPC postanowił nie przedstawiać własnej oceny, lecz oprzeć się w całości na stanowisku MTS w sprawie *immunitetów jurysdykcyjnych państwa*. Zdaniem ETPC wyrok MTS w sprawie niemiecko-włoskiej należy traktować jako *autorytatywny w odniesieniu do treści zwyczajowego prawa międzynarodowego*, a zatem w czasie jego wydawania (luty 2012 r.) *nie wykształcił się jeszcze wyjątek ius cogens od immunitetu państwa*⁵¹.

Rozstrzygnięcie sprawy *Jones i inni* w zakresie immunitetu państwa można potraktować jako klasyczny przykład zastosowania rozumowania *per rationem decidendi*, z podkreśleniem wiodącego charakteru ustaleń MTS co do treści prawa międzynarodowego publicznego dotyczącego immunitetu państwa. Wyrok ten nie jest zaskoczeniem, zwłaszcza że orzecznictwo sądów krajowych już po wydaniu wyroku *Al-Adsani* nie upoważniało do stawiania tezy o radykalnej zmianie stanowiska, pociągającego ze sobą umocnienie „wyjątku *ius cogens*”. Jednak podobnie jak w przypadku prawa o immunitecie funkcjonariuszy państwa, nie można wykluczać ewolucji w tej dziedzinie wraz z okresowym weryfikowaniem precedensu *Al-Adsani* stosownie do rozwoju prawa międzynarodowego.

⁵⁰ Zob. pkt 194–195 wyroku ETPC w sprawie *Jones*.

⁵¹ Zob. *ibidem*, pkt 198.

5. Problem skuteczności powoływania się przez państwo pozwane na immunitet w związku z wyrządzeniem szkody na osobie wskutek działania sił zbrojnych

W wyroku *McElhinney v. Irlandii* z 21.11.2001 r. Wielka Izba uznała (stosunkiem głosów 12 do 5) brak naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji z tytułu odmowy rozpoznania powództwa skarżącego przeciwko Zjednoczonemu Królestwu w sądach irlandzkich w związku z incydem, do jakiego doszło na granicy Irlandii i Irlandii Północnej. Skarżący wywodził, że funkcjonariusz brytyjskiej służby granicznej użył broni już na terytorium Irlandii, powodując bezpośrednie zagrożenie życia. Powództwo skarżącego przeciwko funkcjonariuszowi oraz *British Secretary of State for Northern Ireland* zostało oddalone przez sądy irlandzkie, gdyż brytyjski sekretarz stanu podniósł kwestię immunitetu jurysdykcyjnego Zjednoczonego Królestwa, podkreślając także, że skarżący może przedstawić swoje roszczenia przed sądami Irlandii Północnej (argument *forum non conveniens*).

ETPC stwierdził, że w prawie międzynarodowym istnieje tendencja do ograniczania immunitetu państwa w stosunku do szkód na osobie wyrządzonych działaniem lub zaniechaniem państwa forum, lecz praktyka międzynarodowa w tej dziedzinie nie ma charakteru powszechnego, a ponadto dotyczy ona przede wszystkim szkód „pospolitych” (ETPC posłużył się odniesieniem do „szkód podlegających ubezpieczeniu”, np. wypadki drogowe), a nie szkód wyrządzonych w wyniku aktów należących do sfery suwerenności państwa. Działania sił zbrojnych niewątpliwie należą do tej drugiej kategorii i dotyczą drażliwych kwestii związanych ze stosunkami dyplomatycznymi oraz bezpieczeństwem państwowym. W konkluzji Trybunał uznał, że ze względu na brak normy wyłączającej możliwość powoływania się przez państwo na immunitet w przypadku szkód wyrządzonych działaniami wojennymi, ingerencja w prawo do sądu nie była sprzeczna z obowiązującym prawem międzynarodowym⁵².

Omawiając problem odpowiedzialności państwa przed sądami krajowymi z tytułu deliktu wyrządzonego działaniem sił zbrojnych, warto wspomnieć na marginesie o postanowieniu polskiego Sądu Najwyższego z 29 października 2010 r.⁵³, oddalającym skargę kasacyjną w sprawie Winicjusza Natoniewskiego przeciwko Republice Federalnej Niemiec – Federalnemu Urzędowi Kanclerskiemu. Sprawa dotyczy pacyfikacji przez niemieckie siły zbrojne wsi Szczecin na Lubelszczyźnie w 1944 r., w wyniku której skarżący jako 6-letnie dziecko został dotkliwie poparzony. Orzekające w sprawie sądy stwierdziły brak jurysdykcji krajowej. SN oddalił skargę kasacyjną, stwierdzając m.in., iż „(...) obecnie

⁵² Por. pkt 38 wyroku w sprawie *McElhinney*.

⁵³ Sygn. akt IV CSK 465/09, <http://www.sn.pl>

nie istnieje prawnomiędzynarodowy obowiązek przyznania obcemu państwu immunitetu w sprawach o roszczenia z czynów niedozwolonych, jeżeli działanie sprawcze miało miejsce w państwie sądu i sprawca w chwili tego działania znajdował się na obszarze państwa sądu⁵⁴.

Jednak po gruntownej analizie norm prawa międzynarodowego dotyczących immunitetu państwa, a także poglądów doktryny i praktyki państw, SN uznał, że „brak dostatecznych podstaw do stwierdzenia wyjątku wyłączającego spod immunitetu państwa sprawy o roszczenia z objętych działaniami zbrojnymi czynów niedozwolonych popełnionych na terytorium państwa sądu orzekającego, które były wynikiem naruszenia praw człowieka⁵⁵”.

Za prawdopodobne należy uznać wniesienie skargi przez W. Natoniewskiego do ETPC w związku z zarzutami na tle art. 6 ust. 1 Konwencji, aczkolwiek wyrok MTS w sprawie niemiecko-włoskiej nie napawa optymizmem co do szans jej powodzenia. Sprawa W. Natoniewskiego ma wyraźne konotacje ze sprawami toczącymi się przed włoskimi i greckimi sądami, w których podnoszono roszczenia przeciwko Republice Federalnej Niemiec z tytułu działań wojsk niemieckich w trakcie II wojny światowej. Można uznać, że wniesienie skargi przez W. Natoniewskiego byłoby dla ETPC dobrą okazją dla wyrażenia opinii co do aktualnych tendencji ograniczających działanie immunitetu jurysdykcyjnego państwa w związku z wyrządzeniem szkody na osobie wskutek działania sił zbrojnych.

Skądinąd uzasadnienie postanowienia polskiego Sądu Najwyższego z 29 października 2010 r. nie daje podstaw do jego zasadniczej kontestacji z perspektywy prawa międzynarodowego publicznego, w tym interpretacji i zastosowania reguł wyrażonych w dotychczasowym orzecznictwie strasburskim (licznie przywoływanych przez SN). Skarżący miał jednak prawo do przedstawienia przed ETPC zarzutu ograniczenia prawa dostępu do sądu niezgodnego z art. 6 ust. 1 Konwencji, wskazując – podobnie jak skarżący w sprawie *Jones i inni* – potrzebę ponownego przewartościowania tez zawartych m.in. w wyroku *Al-Adsani*, czy też uzasadniając swoje racje interpretacją EKPC jako *living instrument*.

6. Podsumowanie

Orzecznictwo ETPC dotyczące immunitetu jurysdykcyjnego państwa charakteryzuje się powściągliwością sędziowską i uwzględnia funkcje tego immunitetu w prawie międzynarodowym. Dotyczy to w szczególności trzech precedensowych rozstrzygnięć ETPC dotyczących immunitetu z 2001 r. Obecnie należy

⁵⁴ Por. s. 15 uzasadnienia postanowienia SN.

⁵⁵ Por. *ibidem*, s. 28.

odnotować jednak dążenie do ograniczania mocy immunitetu w sprawach pracowników misji dyplomatycznych (orzeczenie w sprawie *Cudak v. Litwie*) oraz nieudaną próbę podważenia *rationes decidendi* wyroku w sprawie *Al-Adsani v. Zjednoczonemu Królestwu* w związku ze sprawą *Jones i inni* rozstrzygniętą przez ETPC w 2014 r.

Zauważalne są wśród części doktryny, a także organizacji pozarządowych i niektórych sędziów ETPC, tendencje do relatywizacji znaczenia immunitetu państwa w szerszym kontekście, tzn. postulowanie „odrębności” norm Konwencji od reżimu powszechnego prawa międzynarodowego. Jest to tendencja niebezpieczna i prowadzić może do dalszej fragmentaryzacji porządku prawnomiędzynarodowego. Naturalnie nie można pomijać konsekwencji peremptoryjnego charakteru niektórych (nielicznych) norm chroniących prawa człowieka (zakaz tortur, zakaz niewolnictwa i poddaństwa), jednak nie należy zapominać o konieczności interpretacji tych norm w symbiozie z innymi uznanymi normami prawa międzynarodowego.

Dynamika zmian w prawie o immunitecie państwa powinna być postrzegana jako funkcja ewolucji suwerenności. Immunitet można i należy uznać za jedną z konsekwencji suwerenności państwa – nie bez powodu w doktrynie używa się pojęcia *principle of sovereign immunity*. Rozwój praktyki państw odnośnie do immunitetu pozostaje zatem w ścisłym związku z przeobrażeniami koncepcji suwerenności w prawie i stosunkach międzynarodowych.

Niezmiernie istotne jest harmonizowanie stanowisk dotyczących immunitetu państwa w rozstrzygnięciach sądów międzynarodowych. Dotychczas ETPC wykazywał gotowość uwzględniania wyroków MTS w sprawach bezpośrednio związanych z normami powszechnego prawa międzynarodowego. Należy odnotować, że – jak dotąd – orzeczenia ETPC i MTS dotyczące immunitetu są ze sobą spójne. Zmiany w prawie o immunitecie państwa oraz jego funkcjonariuszy – jeśli nastąpią – powinny być ugruntowane najpierw w orzecznictwie sądów krajowych oraz analizach doktrynalnych, takich jak raporty i projekty Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ. Kreatywność sądów międzynarodowych nie może zastępować działalności prawotwórczej państw. Dotyczy to także prawa o immunitecie państwa.

Ireneusz C. Kamiński

Immunitet jurysdykcyjny państwa między klasycznym prawem międzynarodowym a prawem praw człowieka – uwagi na kanwie wyroku Al-Adsani przeciwko Wielkiej Brytanii

Wyrok w sprawie *Al-Adsani v. Wielkiej Brytanii*, wydany 21 listopada 2001 r. przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej jako Trybunał) stwierdzał, że uzasadniona immunitetem jurysdykcyjnym państwa odmowa rozpoznania przez brytyjski sąd pozwu o zadośćuczynienie, wniesionego przeciwko Kuwejtowi przez ofiarę tortur, nie naruszała prawa do sądu, które stanowi element art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej jako Konwencja) gwarantującego prawo do rzetelnego procesu sądowego¹. Trybunał w Strasburgu wyrokował jako Wielka Izba, a orzeczenie zapadło graniczną większością dziewięciu głosów do ośmiu. Do wyroku zostały dołączone trzy zdania odrębne i dwa zbieżne, które identyfikują odmienne „scenariusze orzecznicze” niż podejście użyte w uzasadnieniu wyroku.

1. Okoliczności sprawy

Sulaiman Al-Adsani, z zawodu pilot lotniczy, posiadający podwójne obywatelstwo kuwejckie i brytyjskie, był członkiem ruchu oporu po zajęciu Kuwejtu przez Irak w 1991 r. W okresie okupacji trafiły do niego kasety wideo przedstawiające udział w aktach seksualnych jednego z szejków spokrewnionych z emirem Kuwejtu. Materiał był następnie kopiowany i rozpowszechniany, za co szejek obwiniał Al-Adsaniego.

¹ Skarga nr 35763/97, ECHR 2001-XI.

Po wyzwoleniu Kuwejt szejka i dwaj towarzyszący mu uzbrojeni mężczyźni dostali się do domu Al-Adsaniego, pobili go i wywieźli rządowym samochodem do więzienia. Tam zatrzymany był wielokrotnie bity. Zwolniono go po podpisaniu oświadczenia o przyznaniu się do winy. Kilka dni później Al-Adsani ponownie został porwany przez szejka i przewieziony do pałacu należącego do brata emira Kuwejt. Na miejscu wielokrotnie podtapiano go w basenie, w którym pływały ludzkie zwłoki. Wreszcie wepchnięto do niewielkiego pokoju, gdzie szejka podpałił materace nasączone ropą. Al-Adsani doznał ciężkich oparzeń jednej czwartej ciała, wymagających kilkutygodniowego leczenia w Kuwejcie i Wielkiej Brytanii. Cierpiał też na psychologiczne następstwa zdarzeń. Dodatkowo grożono mu, by nie ujawniał tragicznych faktów.

2. Postępowanie sądowe w Wielkiej Brytanii

W sierpniu 1992 r. Al-Adsani zainicjował w Anglii przeciwko szejkowi i rządowi Kuwejt postępowanie cywilne w sprawie zadośćuczynienia za cierpienia fizyczne i psychiczne spowodowane przez tortury oraz w związku z późniejszymi groźbami. W grudniu 1992 r. sąd wydał zaoczny wyrok przeciwko szejkowi. Postępowanie to zostało jednak wznowione, gdy Al-Adsani rozszerzył krąg pozwanych o dwie inne osoby. Pozew został im doręczony; ale analogicznie nie postąpiono w odniesieniu do rządu kuwejckiego (postanowienie Sądu Wyższego – High Court).

Od odmowy doręczenia pozwu rządowi Kuwejt Al-Adsani wniósł zażalenie do Sądu Apelacyjnego. Ten uznał, że na odpowiedzialność rządu wskazują następujące okoliczności:

- a) Al-Adsani był przetrzymywany w państwowym więzieniu;
- b) przewożono go środkami transportu należącymi do rządu;
- c) torturom poddali go funkcjonariusze państwowi.

Następnie Sąd Apelacyjny orzekł, że zidentyfikowane powyżej fakty nie tylko uprawdopodobniały istnienie roszczenia, ale i wskazywały, że zgodnie z regułami prawa międzynarodowego rządowi Kuwejt nie przysługiwał immunitet jurysdykcyjny. Formalnie podstawą takiego rozstrzygnięcia była ustawa o immunitacie państwa z 1978 r. Przewidywała ona, że immunitet jurysdykcyjny nie chroni państwa m.in. wtedy, gdy postępowanie sądowe dotyczy śmierci lub szkód na osobie odniesionych w następstwie działań lub zaniechań mających miejsce na terytorium Zjednoczonego Królestwa (art. 5 [a]).

Podczas postępowania przed Sądem Wyższym rząd Kuwejt domagał się odrzucenia pozwu jako niedopuszczalnego ze względu na immunitet

jurysdykcyjny państwa. Sędziowie byli gotowi przyjąć, że fakty wskazywały na odpowiedzialność kuwejskiego rządu za akty, które na mocy prawa międzynarodowego stanowiły tortury. Ale prawo międzynarodowe może posłużyć jedynie do wyjaśniania luk lub dwuznaczności występujących w prawie stanowionym. Jeśli jednak brzmienie ustawy było jednoznaczne, ustawa miała pierwszeństwo wobec prawa międzynarodowego. Ustawa o immunitacie państwa z 1978 r. przyznawała państwom obcym immunitet w odniesieniu do aktów popełnionych poza terytorium Zjednoczonego Królestwa, ustawiając wobec takiej reguły pewne szczególne wyjątki. Tych wyjątków nie można wszakże rozszerzać, odwołując się np. do konstrukcji dorozumianych wyjątków (*implied exceptions*). Gdy chodzi natomiast o groźby formułowane wobec Al-Adsaniego już w Wielkiej Brytanii, powodowi nie udało się wykazać, że rząd Kuwejtu odpowiadał za te działania.

Orzeczenie Sądu Wyższego zostało podtrzymane przez Sąd Apelacyjny². Lord Stuart-Smith stwierdził, że Al-Adsani stara się przekonać, iż precyzyjną redakcją ustawy o immunitacie państwa (generalnie istniejący immunitet i ściśle rozumiane wyjątki wobec niego) winno zastąpić założenie, iż państwo korzysta z immunitetu jurysdykcyjnego tylko wówczas, gdy jego działanie nie narusza prawa międzynarodowego. Sąd nie jest uprawniony do takiej wykładni nawet wtedy, jeśli państwo narusza bezwzględnie obowiązujące normy prawa międzynarodowego, jak np. zakaz tortur. Gdyby ustawodawca chciał rozszerzyć wyjątki na naruszenia norm *iuris cogentis*, znalazłoby to odzwierciedlenie w redakcji ustawy o immunitacie państwa (już w 1978 r. Wielka Brytania była związana wieloma aktami prawa międzynarodowego dotyczącymi tortur). Dodatkowo propozycji Al-Adsaniego nie wspierało orzecznictwo sądów w innych krajach.

W stanowisku Lorda Stuart-Smitha znalazł się również następujący *passus*: „Już chwilowa refleksja pokazuje, jak poważne następstwa musiałoby rodzić stanowisko powoda. Sądy w Wielkiej Brytanii są otwarte dla każdej osoby, która poszukuje ich pomocy, niezależnie od tego, czy jest to obywatel brytyjski, czy też obcy. Olbrzymia liczba ludzi przybywa do tego kraju każdego roku, szukając chronienia i azylu; wielu z nich twierdzi, że poddano ich torturom w miejscu, skąd pochodzą. Część z tych zarzutów jest uzasadniona, inne budzą wątpliwości. Na osobach, które odpowiadają za weryfikację, czy wnioskodawcy są prawdziwymi uciekinierami, spoczywa trudne zadanie, ale przynajmniej znają one tło i okoliczności towarzyszące składanym wnioskom. Sądy byłyby w odmiennej sytuacji. Jest mało prawdopodobne, by obce państwa poddały się jurysdykcji sądu w Zjednoczonym Królestwie i w takiej sytuacji sąd nie miałby możliwości zwerifikowania zarzutów oraz ustalenia faktów”.

² *Al Adsani v. Government of Kuwait and Others*, ILR, t. 107, s. 536 i nast.

3. Wyrok Trybunału

Trybunał musiał na początku rozstrzygnąć, co decydowało o zastosowaniu art. 6 Konwencji, czy roszczenie Al-Adsaniego stanowiło „prawo o charakterze cywilnym”. Władze brytyjskie argumentowały, dokonując „proceduralizacji” tego zagadnienia, że jakiegokolwiek materialne uprawnienie skarżącego nie istniało („było znoszone”) ze względu na immunitet jurysdykcyjny państwa. Inaczej mówiąc, nie jest relewantne, jaki charakter miało roszczenie, bo eliminował je immunitet. Trybunał odrzucił jednak takie stanowisko, uznając, że immunitet stanowił jedynie procesową przeszkodę w dochodzeniu uprawnienia, którego kwalifikacji należy dokonać samodzielnie. Gdyby taka przeszkoda nie wystąpiła, np. w następstwie zrzeczenia się przez państwo immunitetu, sąd przeprowadziłby rozprawę, a po niej wydał wyrok (pkt 48).

Al-Adsani występował z żądaniem zadośćuczynienia finansowego, które było konsekwencją tortur, a więc czynu, który w angielskim systemie prawnym jest kwalifikowany jako delikt. Te dwa elementy powodowały, że w tle sprawy znajdował się „poważny i rzeczywisty spór dotyczący praw o cywilnym charakterze” (pkt 49).

W zasadniczej części wyroku Trybunał przypomniał, że cechy postępowania decydujące o jego rzetelności (bezzstronność, publiczność, szybkość) byłyby bezprzedmiotowe, jeśli nie istniałby wstępny dla nich warunek w postaci dostępu do sądu³. Prawo dostępu do sądu nie jest jednak absolutne, ale równocześnie wszelkie ograniczenia tego prawa muszą spełniać wymogi określone w strasburskim orzecznictwie. Po pierwsze, ograniczenie nie może wpływać na prawo do sądu w taki sposób lub w takim stopniu, by dotyczyć, a tym bardziej unicestwiać istotę tego prawa. Po drugie, ograniczenie musi służyć obronie uzasadnionego celu. Po trzecie, musi istnieć relacja proporcjonalności między stosowanym środkiem a celem ograniczenia⁴.

Strasburscy sędziowie wskazali, że konstrukcja immunitetu jurysdykcyjnego państwa wynika, jako konsekwencja prawa międzynarodowego, z zasady *par in parem non habet imperium* i ma zagwarantować, że jedno państwo nie jest poddawane jurysdykcji innego. Immunitet w postępowaniach cywilnych ma zatem gwarantować zachowanie dobrych relacji między państwami, szanując ich suwerenność (pkt 54). Wskazuje to na realizację wymogu celowości ingerencji.

Przechodząc do analizy proporcjonalności, Trybunał podkreślił, że art. 6 Konwencji nie może być interpretowany samodzielnie, lecz z uwzględnieniem innych mających zastosowanie reguł prawa międzynarodowego⁵. W przypadku

³ Uzasadnienie takiego związku w *Golder v. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 4451/70, wyrok z 21 lutego 1975 r. (skład plenarny), Series A. 18, pkt 28–36.

⁴ *Waite i Kennedy v. Niemcom*, skarga nr 26083/94, wyrok z 18 lutego 1999 r. (Wielka Izba), pkt 59.

⁵ W tym kontekście wskazano na art. 31 ust. 3 (c) Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. Polski tekst w Dz. U. z 1990 r. nr 74, poz. 439.

Al-Adsaniego oznaczało to dokonywanie wykładni prawa do sądu w harmonii z m.in. regułami dotyczącymi immunitetu państwa. Po sformułowaniu takiej dyrektywy Trybunał przechodzi do „mocnej” obserwacji, iż środki podjęte przez państwo-stronę Konwencji w wykonaniu powszechnie uznanych reguł prawa międzynarodowego, związanych z immunitetem państwa nie mogą być „co do zasady” uważane za nieproporcjonalne ograniczenie prawa zapisanego art. 6 Konwencji⁶.

W dalszej części wyroku Trybunał poddaje dokładniejszej analizie reguły prawa międzynarodowego. Angielska ustawa o immunitecie państwa koresponduje z opracowaną w ramach Rady Europy Europejską Konwencją o immunitecie państwa z 1972 r. (Konwencja bazylejska)⁷. Chociaż ten traktat międzynarodowy wprowadza szereg ograniczeń w stosunku do tradycyjnego absolutnie rozumianego immunitetu państwa (jeśli fakty powodujące szkodę na osobie lub mieniu miały miejsce w państwie forum i sprawca szkody znajdował się na tym terytorium w czasie wystąpienia faktów), to jednak zachowuje go w odniesieniu do pozostałego obszaru postępowań cywilnych. Al-Adsani uważał jednak, że dokonująca się ewolucja powinna być analizowana z uwzględnieniem faktu, że w tle roszczeń cywilnoprawnych związanych z torturami znajduje się zakaz tortur, który ma rangę powszechnie obowiązującej normy prawa międzynarodowego. Taka norma ma pierwszeństwo wobec innych norm prawa międzynarodowego, które nie posiadają cechy *iusuris cogentis*.

Podczas badania wskazanego powyżej argumentu Al-Adsaniego Trybunał przyznał, że zakazy zawarte w art. 3 Konwencji, które mają absolutny charakter i nie dopuszczają jakichkolwiek wyjątków, wyrażają jedną z fundamentalnych wartości demokratycznego społeczeństwa. Szczególną rangę posiada zakaz tortur rozumianych jako umyślne nieludzkie traktowanie powodujące bardzo poważne i okrutne cierpienia⁸. Równocześnie w prawie międzynarodowym ulega utrwaleniu rosnące uznanie wyjątkowego znaczenia zakazu tortur. Zawiera go art. 5 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. W kompleksowy sposób tematyka ta została podjęta w Konwencji NZ z 10 grudnia 1984 r. w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania (dalej jako Konwencja NZ w sprawie zakazu tortur lub Konwencja NZ)⁹. Ten dokument prawny nakazuje, by państwo-strona podjęło skuteczne kroki ustawodawcze, administracyjne, sądowe oraz inne w celu zapobieżenia stosowaniu tortur na całym terytorium znajdującym się pod jego jurysdykcją (art. 2) i by wszelkie akty

⁶ Trybunał wprost nazywa „pewne ograniczenia” nieodłącznymi (*inherent*), identyfikując spośród nich „ograniczenia powszechnie uznawane przez wspólnotę narodów jako część doktryny immunitetu państwa” (pkt 56).

⁷ Konwencja weszła w życie 11 czerwca 1976 r. o związaniu się nią przez trzy państwa. W czasie wydawania wyroku Al-Adsani stronami Konwencji było osiem państw, a kolejne ją podpisało. Ten stan nie uległ zmianie do dzisiaj.

⁸ Np. *Aksoy v. Turcji*, skarga nr 21987/93, wyrok z 18 grudnia 1996 r., RJD 1996-VI, pkt 63.

⁹ Polski tekst Dz. U. z 1989 r. nr 63, poz. 378.

tortur stanowiły przestępstwa w rozumieniu jego prawa karnego (art. 4). Jednocześnie w pewnych orzeczeniach sądowych uznano, że zakaz tortur uzyskał status normy *iuris cogentis*, a przez to posiada w prawie międzynarodowym wyższą hierarchicznie rangę niż prawo traktatów i „zwykłe” prawo zwyczajowe¹⁰.

Pomimo takiego statusu zakazu tortur we współczesnym prawie międzynarodowym Trybunał postanowił odróżnić przypadek odpowiedzialności karnej jednostki i odpowiedzialności cywilnej państwa, w kontekście której pojawia się kwestia immunitetu jurysdykcyjnego. Zdaniem strasburskich sędziów prawo i orzecznictwo nie uzasadniają poglądu, by państwo nie korzystało już dzisiaj z immunitetu w postępowaniach cywilnych, gdy w innym państwie zarzuca mu się akty tortur. Zauważono co prawda ograniczenia immunitetu, jakich istnienie Izba Lordów konstatowała w wyroku wydanym w sprawie Pinocheta oraz zmiany wprowadzone w 1996 r. w amerykańskiej ustawie federalnej o immunitetach państw obcych, ale równocześnie okoliczności te uznawano za niewystarczające dla przyjęcia tezy o wyłonieniu się jednoznacznej normy podważającej dotychczasowe tradycyjne ujęcie immunitetu. Co więcej, absolutne rozumienie immunitetu znajdowało odzwierciedlenie w orzecznictwie sądowym.

Trybunał identyfikował zmianę zachodzącą w prawie międzynarodowym, ale jego zdaniem polegała ona jedynie na przyznaniu zakazowi tortur szczególnej rangi w hierarchii norm prawnych, bez równoczesnego (na razie) wyłonienia się równoległej normy, która skutkowałaby podważeniem immunitetu państwa w postępowaniach cywilnych związanych z odpowiedzialnością za dopuszczenie się aktu tortur.

4. Zdania sędziowskie dołączone do wyroku

4.1. Zdania równoległe

Słoweński sędzia Boštjan Zupančič, zgadzając się z argumentacją zawartą w wyroku, postanowił dodatkowo wskazać na „osłabioną redakcję” tych przepisów Konwencji NZ w sprawie zakazu tortur, które dotyczyły jurysdykcji państwa lub współpracy państw. Miało to oznaczać, że obok jednoznacznego obowiązku uznania za przestępstwo i ścigania czynów popełnionych na obszarze objętym jurysdykcją danego państwa-strony, w Konwencji NZ znalazły się też postanowienia ustanawiające jedynie pewną możliwość prawną. Art. 9 mówi więc tylko

¹⁰ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)* [2000] 1 AC 147; *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/I-T, ILM, t. 38, s. 317.

o tym, że państwa „udzielają sobie wzajemnie możliwie najpełniejszej pomocy we wszelkich postępowaniach karnych dotyczących przestępstw określonych w artykule 4, łącznie z przekazywaniem wszystkich, będących w ich dyspozycji, dowodów, niezbędnych dla celów postępowania” (ust. 1). Ta współpraca będzie się odbywała zgodnie z umowami o wzajemnej pomocy prawnej, zawartymi między państwami (ust. 2). Tym samym Konwencja NZ nie ustanawiała własnego, specyficznego reżimu współpracy prawnej w celu wykonania jej postanowień. Inną ilustrację miał stanowić art. 5 Konwencji NZ, który określa, że państwo-strona „podejmuje środki niezbędne dla ustanowienia swojej właściwości w odniesieniu do przestępstw wymienionych w artykule 4 w następujących wypadkach:

a) gdy przestępstwa zostały popełnione na terytorium podlegającym jego jurysdykcji lub na pokładzie statku powietrznego bądź morskiego, zarejestrowanego w tym państwie,

b) gdy domniemany sprawca przestępstwa jest obywatelem tego państwa,

c) gdy ofiara jest obywatelem tego państwa, a państwo to uzna to za celowe”.

Sędzia Zupančič zauważa więc uderzający kontrast między – z jednej strony – celami Konwencji NZ i jednoznacznym potępieniem czynów, do których ta konwencja się odnosi, a z drugiej strony – „słabymi” regułami w sprawie jurysdykcji. Zdaniem sędziego, twórcy Konwencji NZ zrobili wszystko, co było możliwe, by tortury oraz inne akty były ścigane, ale równocześnie mieli świadomość, że istnieją praktyczne ograniczenia w realizacji celów Konwencji NZ. „Złagodzone” postanowienia dotyczące jurysdykcji wcale więc nie wynikały z istnienia jurysdykcyjnego immunitetu państwa, lecz z „realistycznych, praktycznych względów”. Taki związek faktów i prawa wyraża paremia *ex factis ius oritur*.

„Realistyczne stanowisko” pobrzmiewa także w zdaniu zbieżnym, którego autorem był fiński sędzia Matti Pellonpää (do którego przyłączył się Brytyjczyk Nicolas Bratza). Ów realizm ma kilka aspektów. Po pierwsze, sędzia nawiązuje do poglądu wyrażonego w wyroku angielskiego Sądu Apelacyjnego (przez Lorda Stuart-Smitha), iż przyjęcie stanowiska Al-Adsaniego musiałyby skutkować w Wielkiej Brytanii, jako kraju licznej imigracji, możliwością inicjowania postępowań przez wielu azylantów, którzy twierdzą, że w kraju pochodzenia poddano ich torturom. Mogłoby to wpłynąć negatywnie na brytyjską politykę imigracyjną i gotowość kraju do przyjmowania uciekinierów.

Po drugie, stwierdzenie przez Trybunał w sprawie *Al-Adsaniego*, że doszło do złamania art. 6 Konwencji, musiałyby skutkować dalszymi następstwami prawnymi. Art. 6 wymaga bowiem, by orzeczenia krajowych sądów były wykonywane. Tymczasem wyroki, zapewne zaoczne, zapadające przeciwko państwu w związku z zarzutem stosowania tortur, natrafiałyby na barierę immunitetu egzekucyjnego państwa. Podważenie immunitetu jurysdykcyjnego musiałyby więc prowadzić do zakwestionowania immunitetu egzekucyjnego. Oba immunitety mają bowiem rangę „zwykłych” reguł prawa międzynarodowego, które

musiałyby ustąpić w konfrontacji z nadrzędną wobec nich normą *iuris cogentis* zabraniającą tortur. Państwo Konwencji musiałoby podjąć działania w celu wykonania wyroku zasądzonego na rzecz ofiary tortur zadośćuczynienie finansowe, przede wszystkim przez zajęcie majątku państwa, przeciwko któremu zapadł wyrok. W sposób oczywisty miałyby to negatywne następstwa dla stosunków między państwami i zachowania reżimu prawnego pozwalającego na istnienie relacji międzynarodowych (jego częścią są reguły dotyczące immunitetu państwa), niezbędnego także dla sukcesywnego eliminowania tortur. Podważenie immunitetu jurysdykcyjnego państwa oznaczałoby Pyrrusowe zwycięstwo, bo albo wyrok napotykałby na przeszkodę immunitetu egzekucyjnego (nie podlegałby wykonaniu)¹¹, albo czynności podjęte w celu wykonania wyroku musiałyby negatywnie wpływać na stosunki międzypaństwowe. Podejmując decyzję o wykładni prawa, Trybunał winien brać pod uwagę konsekwencje takiej wykładni. Nie powinien natomiast traktować Konwencji jako specyficznego reżimu prawnego, oderwanego od innych norm (reżimów prawnych) istniejących w ramach prawa międzynarodowego.

4.2. Zdania odrębne

Najpełniej pogląd mniejszości wyraża zdanie odrębne autorstwa Nicolasa Rozakisa i Luciusa Cafilischa (do których przyłączyli się sędziowie Luzius Wildhaber, Jean-Paul Costa, Ireneu Cabral Barreto i Nina Vajić). Główny zarzut formułowany wobec wyroku jest związany z niewyprowadzeniem przez orzekającą większość konsekwencji z faktu, że zakaz tortur ma rangę normy *iuris cogentis*, zajmując szczególne miejsce w hierarchicznie uporządkowanym systemie prawa międzynarodowego. W przypadku konfliktu normy *iuris cogentis* z normą niemającą takiej cechy, ta ostatnia musi ustąpić. Reguły dotyczące immunitetu państwa nie mają statusu norm bezwzględnie obowiązujących. Sąd krajowy winien je zatem pominąć, gdy są przywoływane jako formalna przeszkoda w dostępie do sądu. Tymczasem orzekająca większość nie kwestionuje decyzji krajowych sądów, uznając, że pomimo szczególnego statusu zakazu tortur współczesne prawo międzynarodowe nie zaakceptowało jeszcze, by państwu nie przysługiwał immunitet jurysdykcyjny, jeśli przedmiotem postępowania jest popełnienie przez państwo (jego funkcjonariuszy) czynu stanowiącego akt tortur. Co więcej, większość dyferencjuje przypadek postępowania karnego (gdzie immunitet „ustępuje” przed regułą *iuris cogentis*) i postępowania cywilnego (tu państwu ciągle przysługuje ochrona).

¹¹ Sędzia wskazuje tu na reguły istniejące w USA, gdzie dopuszczono (poprawka do U.S. Foreign Sovereign Immunity Act) pominięcie immunitetu państwa w pewnych kategoriach postępowań.

Wspomnianemu powyżej odróżnieniu mniejszość Trybunału stawia dwa zarzuty. Po pierwsze, nigdy nie pojawiło się ono w wyrokach angielskich sądów. Sądy skoncentrowały się na immunitacie państwa i stosowaniu ustawy z 1978 r., a równocześnie odmówiły zakazowi tortur cechy normy bezwzględnie obowiązującej. Mniejszość wskazała, że podczas lektury wyroku Sądu Apelacyjnego (stanowisko Lorda Stuart-Smitha) ma się wrażenie, że gdyby zakaz tortur zakwalifikowano jako normę *iuris cogentis*, Sąd uznałby, że immunitet jurysdykcyjny nie ma zastosowania w sprawie Al-Adsaniego. Po drugie, rozróżnienie skutków zakazu tortur w postępowaniu karnym i cywilnym nie jest spójne z „podstawową istotą działania reguł *iuris cogentis*”. Konsekwencje prawne wynikające ze szczególnej rangi pewnej normy prawa międzynarodowego winny być ustalane jednolicie i niezależnie od charakteru postępowania krajowego. Natomiast państwo naruszające normę *iuris cogentis* nie może się chronić, przywołując normę niemającą cechy *iuris cogentis*.

W indywidualnym zdaniu odrębnym sędziego Luigi Ferrari Bravo napisał natomiast, że uzyskanie przez zakaz tortur cechy normy *iuris cogentis* oznacza, iż każde państwo ma obowiązek przyczynienia się do ukarania sprawcy tortur. Tymczasem sądy krajowe uznały, co potwierdził wyrok Trybunału, że z takiego obowiązku zwalniało istnienie immunitetu jurysdykcyjnego, bo nie wykształciła się jeszcze norma prawa międzynarodowego, która nakazywałaby pominięcie immunitetu państwa. Trybunał utracił „niezwykłą możliwość”, by wydać „odważny wyrok”, oznaczający „czytelne i mocne potępienie każdego aktu tortur”.

W drugim zdaniu indywidualnym cypryjski sędzia Loukis Loucaides poparł stanowisko mniejszości (opinię odrębną Nicolasa Rozakisa i Luciusa Cafilischa), dodając jedynie, że uzasadnienie reguły prawa międzynarodowego mówiącej o pociągnięciu do odpowiedzialności prawnej za akty tortur ma zastosowanie nie tylko do postępowań karnych, ale i cywilnych. Ale sędzia dodaje też własny, oryginalny wątek prawny. Jego zdaniem każdy immunitet, niezależnie od tego, czy ma on źródło w prawie międzynarodowym czy też krajowym, jeśli jest stosowany przez sąd „blankietowo”, blokując postępowanie, pozostaje w sprzeczności z Konwencją, bo oznacza nieproporcjonalne ograniczenie prawa do sądu¹². Inaczej mówiąc, Konwencja jako akt ochrony praw człowieka wymaga przyjęcia konkretnej perspektywy, nakazującej rozważenie (równoważenie) konfliktowych interesów: z jednej strony związanych z danym immunitetem, a z drugiej dotyczących danego roszczenia prawnego. Absolutnie i formalistycznie traktowany immunitet takiego równoważenia nie dopuszcza.

¹² Sędzia Loucaides identycznym spojrzeniem kierował się w innych sprawach dotyczących immunitetów: *McElhinney v. Irlandii*, skarga nr 31253/96, *Fogarty v. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 37112/97, oba wyroki z 21 listopada 2001 r. (Wielka Izba), ECHR 2001-XI; *A. v. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 35373/97, wyrok z 17 grudnia 2002 r., ECHR 2002-X.

5. Podsumowanie

Wyrok w sprawie Al-Adsani zapadł tylko jednym głosem większości. Gdyby głosowanie zakończyło się odmienną konkluzją, powstałby niezwykle ważny, a nawet przełomowy wyrok, który nie tylko określiłby orzecznictwo Trybunału w kolejnych, podobnych sprawach, ale musiałby wywrzeć wpływ na praktykę prawną w krajach Rady Europy. Zapewne zostałyby też zauważony przez inne trybunały międzynarodowe i sądy krajowe.

Powstaje pytanie, czy i kiedy Trybunał byłby gotów odejść od argumentacji przyjętej w wyroku Al-Adsani, a więc dokonać przełamania (*overruling*) tego orzeczenia. Należy pamiętać, że większość nie kwestionowała, że zakaz tortur zajmuje szczególne miejsce w hierarchii norm prawa międzynarodowego; nie zgadzała się natomiast, by bezwzględnie obowiązujący charakter zakazu skutkował samodzielnie i automatycznie nakazem pominięcia innych reguł prawa międzynarodowego, które nie posiadają analogicznej rangi. Sędziowie tworzący większość uważali, że w prawie międzynarodowym nie ma jeszcze dostatecznego przyzwolenia dla propozycji, by państwo nie mogło korzystać z immunitetu jurysdykcyjnego w postępowaniach cywilnych wytoczonych jemu w innych krajach w związku z zarzutem stosowania tortur (pkt 66). „Ważność” zastosowanej argumentacji jest więc uzależniona od dalszego trwania konstатовanego stanu prawnego. Jeśli natomiast w prawie międzynarodowym powstanie „dostateczne przyzwolenie” na wykluczenie immunitetu państwa, będzie to uprawniało do odejścia od wyroku Al-Adsani. Warto podkreślić, że warunkowa argumentacja wyroku nie jest wystarczająca dla autorów dwóch opinii zbieżnych. Ich zdaniem, dla podjętej analizy prawnej kluczowe są „realistyczne względy”, a więc istnienie „powściągliwych” reguł na temat jurysdykcji, zawartych w Konwencji NZ w sprawie zakazu tortur (Zupančič), bądź groźba uruchomienia swoistego scenariusza „równi pochyłej”, prowadzącego do erozji międzynarodowoprawnego mechanizmu współpracy suwerennych państw.

Utrzymanie konkluzji wyroku Al-Adsani uzależnione okazuje się od tego, jak Trybunał będzie rozumiał parametry „dostatecznego przyzwolenia” na wykluczenie immunitetu państwa. 18 września 2009 r. Trybunał postanowił zakomunikować rządowi brytyjskiemu dwie skargi podobne do skargi Al-Adsaniego, a dotyczące stosowania przez służby Arabii Saudyjskiej tortur wobec obywateli brytyjskich: *Jones v. Wielkiej Brytanii* oraz *Mitchell i inni v. Wielkiej Brytanii*¹³. Ofiary działań wystąpiły do sądów z roszczeniem cywilnoprawnym przeciwko rządowi saudyjskiemu oraz konkretnym funkcjonariuszom; do rozpoznania spraw nie doszło ze względu na immunitet państwa. Czy zatem decyzja o zakomuni-

¹³ Odpowiednio skargi nr 34356/06 i 40528/06.

kowaniu skarg oznacza, że po wyroku *Al-Adsani* w prawie międzynarodowym dokonała się zmiana, która nie pozwalała już na odrzucenie skarg jako w oczywisty sposób nieuzasadnionych (art. 35 ust. 3 [a])?

W dokumencie związanym z zakomunikowaniem skarg Trybunał zauważa brak jednoznacznego stanowiska prawnego w sprawie istnienia immunitetu państwa jako przeszkody procesowej. Poza judykataми znanymi już w roku 2001, przybyły orzeczenia, które tak potwierdzały funkcjonowanie immunitetu (kanadyjski wyrok z 2004 r. w sprawie *Bouzari v. Iranowi*), jak i go odrzucały (głośny włoski wyrok *Ferrini v. Niemcom* z 2004 r.¹⁴, amerykański wyrok w sprawie *Sosa v. Alvarez-Machain* z 2004 r.¹⁵). W dokumencie komunikacyjnym wskazywano też na zdanie odrębne sędziów Rosalyn Higgins, Pietera H. Kooijmansa i Thomasa Buergenthala, dołączone do wyroku Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 14 lutego 2002 r. w sprawie *Demokratyczna Republika Konga v. Belgii* (sprawa *nakazu aresztowania*). Napisano w nim, że we współczesnym prawie międzynarodowym utrwała się pogląd, iż poważne zbrodnie prawa międzynarodowego nie mogą być uważane za „akty urzędowe”, gdyż nie stanowią wykonania „zwykłej funkcji państwa”.

Zasadniczo jednak w zakomunikowanych skargach skarżący nie tyle argumentują, że ukształtowaniu uległa już reguła prawna, która pozbawiałaby ochrony immunitetu działania państwa stanowiące zbrodnie prawa międzynarodowego, lecz że immunitet chroni tylko państwo w związku z realizacją przez nie urzędowych funkcji. Nie obejmuje natomiast aktu tortur. Równocześnie wskazywano, że akceptacja poglądu o braku immunitetu nie musi prowadzić do lawiny roszczeń wnoszonych do sądów cywilnych, gdyż ich dopuszczalność będzie poddana weryfikacji na podstawie zasady *forum non conveniens*. Nie istnieje też żaden związek między zawężeniem immunitetu jurysdykcyjnego a koniecznością zakwestionowania immunitetu egzekucyjnego. Odwoływano się wreszcie do absolutnego charakteru immunitetu, którego nie można pogodzić z wymogiem proporcjonalności, kontrolującym dopuszczalność ograniczeń prawa do sądu.

Zakomunikowanie dwóch brytyjskich skarg oznacza, że Trybunał postanowił „przetestować” wyrok *Al-Adsani* i byłby gotowy do zmiany wyrażonego w nim przyzwolenia. Można oczekiwać, że do tego postępowania przystąpią jako trzecia strona inne państwa, bo orzeczenie będzie miało niezwykle ważne konsekwencje prawne.

¹⁴ Sprawa dotyczyła roszczenia wniesionego przeciwko Niemcom w związku ze zbrodniami wojennymi popełnionymi w latach 1944–1945. Rozstrzygnięcia włoskich sądów spowodowały pozwanie Włoch przez Niemcy do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (23 grudnia 2008 r.). Z wnioskiem przyłączenia się do tej sprawy po stronie Włoch wystąpiła 13 stycznia 2011 r. Grecja.

¹⁵ 542 U.S. 692 (2004). W wyroku znalazło się zdanie równoległe sędziego Breyera, który pisał, że w świetle akceptacji dla uniwersalnej jurysdykcji w sprawach karnych zgoda na uniwersalną jurysdykcję dotyczącą czynów niedozwolonych nie zagrażałaby regułom międzynarodowej kurtuazji (*comity*).

Piotr Grzebyk

Zatrudnianie pracowników w placówkach państw obcych na terenie Polski – zagadnienie immunitetu jurysdykcyjnego w sprawach cywilnych

1. Wstęp

Można bronić poglądu, że stosunki pracy mają szczególne znaczenie w procesie kształtowania się reguł immunitetu jurysdykcyjnego w prawie międzynarodowym. Sprawy pracownicze stanowią bowiem pokaźną grupę spraw cywilnych, w których występuje kwestia immunitetu państwa lub jego przedstawicieli. W Polsce zagadnienie to dotyczy przede wszystkim zatrudniania pracowników w placówkach państw obcych na terytorium RP. W literaturze było ono przedmiotem zainteresowania głównie nauki prawa międzynarodowego publicznego i prawa procesowego¹. Uwzględnienie „perspektywy” prawa pracy

¹ Zob. przede wszystkim J. Ciszewski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 18 marca 1998 r.*, *Palestra* 1999, nr 9–10, s. 202; J. Skrzydło, *Glosa od postanowienia SN z 18 marca 1998 r.*, I PKN 26/98, *PiP* 1999, nr 10, s. 108; J. Ciszewski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2000 r.*, I PKN 562/99, *OSP* 2000, nr 11, poz. 175, s. 581 oraz odpowiednie części następujących opracowań: J. Sutor, *Immunitet dyplomatyczny i immunitet państwa*, *PS* 2008, nr 4, s. 81 i nast.; K. J. Gruszczyński, *Immunitet jurysdykcyjny państwa w orzecznictwie sądów krajowych i międzynarodowych*, *Zeszyty Naukowe Zakładu Europeistyki Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie* 2009, nr 1, s. 57 i nast.; J. Ciszewski, *Immunitet jurysdykcyjny państw obcych*, *SM* 2000, nr 1–2, s. 123 i nast.; A. Wyrozumska, *Polskie sądy wobec immunitetu państwa obcego*, *PiP* 2000, nr 3, s. 24; J. Sutor, *Kwestia immunitetu państwa w kontekście Konwencji ONZ z 2004 r. o immunitetach jurysdykcyjnych państw i ich własności*, [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *Prawo międzynarodowe, europejskie i krajowe – granice i wspólne*

może uzupełnić dyskusję nad kształtem immunitetu jurysdykcyjnego wynikającego z prawa międzynarodowego.

Opracowanie koncentruje się na trzech wybranych orzeczeniach Izby Pracy Sądu Najwyższego, które dotyczą immunitetu jurysdykcyjnego pracodawcy. W opinii autora ogniskuje się w nich kilka kwestii o charakterze podstawowym.

2. Orzecznictwo Sądu Najwyższego

W tezie uchwały z 26 września 1990 r., III PZP 9/90² Sąd Najwyższy stwierdził, że Centrum Techniki Samochodowej, jako komórka organizacyjna Przedstawicielstwa Handlowego Ambasady ZSRR w Rzeczypospolitej Polskiej, nie podlega jurysdykcji sądów polskich. W sprawie powodowie – pracownicy – wytoczyli powództwo przeciwko wspomnianej komórce, wskazując ją jako pracodawcę. W opinii Sądu Najwyższego w istocie pozwano przedstawicielstwo dyplomatyczne obcego państwa korzystające z immunitetu od jurysdykcji (cywilnej, administracyjnej) państwa przyjmującego. Sąd uznał w ten sposób, że pracodawcą jest ambasada ZSRR, choć wprost tego nie stwierdził. W uzasadnieniu nie do końca precyzyjnie określono pozycję procesową pozwanego. Z jednej strony, Sąd Najwyższy uznał, że „Centrum jako jednostka organizacyjna Przedstawicielstwa Handlowego ZSRR nie miało jurysdykcji krajowej (chodziło zapewne o zdolność sądową – przyp. P. G.) w rozumieniu art. 64 § 1 k.p.c. i nie mogło występować w tej sprawie jako strona pozwana”, natomiast z drugiej strony, przemilczano kwestię zdolności sądowej ambasady, którą uznano za pozwanego pracodawcę. W dalszej części uzasadnienia wskazano, że wyłączenie przedstawicielstwa dyplomatycznego z jurysdykcji sądów polskich wynika z suwerenności państwa wysyłającego. Istnieje bowiem oczywisty i niezaprzeczalny związek między immunitetem jurysdykcyjnym państwa a przywilejami i immunitetami jego organów. Immunitet państwa powiązano więc wprost z art. 31 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych z 1961 r., który traktuje przecież jedynie o immunitecie jurysdykcyjnym przedstawiciela dyplomatycznego. Z uchwały wynika również, że przyjęto koncepcję immunitetu absolutnego, przez co rozumie się możliwość powoływania się na niego niezależnie od rodzaju podejmowanej przez państwo działalności³.

obszary, Katowice 2009, s. 557 i nast. W polskiej literaturze prawa pracy stosunkowo mało uwagi poświęcono zagadnieniu stosunków pracy w placówkach obcych państw na terenie Polski. Właściwie wszelkie uwagi w tym zakresie prezentowane są przy okazji komentarzy do art. 6 k.p., który dotyczy prawa właściwego. Zob. przykładowo K. Rączka w: *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 31; W. Muszałski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 17; E. Chmielek-Łubińska w: B. Wagner (red.) *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 29.

² OSNC 1991, nr 2–3, poz. 17.

³ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 236, M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 377 i nast.

Podobne tezy i sposób argumentacji zaprezentowano w postanowieniu Sądu Najwyższego z 18 marca 1998 r., I PKN 26/98, gdzie stwierdzono, że korzystanie przez przedstawiciela dyplomatycznego z immunitetu od jurysdykcji cywilnej i administracyjnej państwa przyjmującego obejmuje także placówkę dyplomatyczną, będącą pracodawcą. W sprawie powódka domagała się uznania wypowiedzenia umowy o pracę dokonanego przez pozwaną Konsulat Generalny Republiki Federalnej Niemiec w Krakowie za bezskuteczne. Sąd Najwyższy w pierwszej kolejności rozstrzygnął, kto był pracodawcą powódki w rozumieniu prawa materialnego. W uzasadnieniu czytamy, że „nie jest trafny pogląd wnoszący kasację, że pracodawcą powódki nie był Konsul Generalny Republiki Federalnej Niemiec w Krakowie, lecz biuro administracyjne Konsulatu. W szczególności stwierdzenie, że Konsul podpisał z powódką umowę o pracę, nawiązując stosunek pracy z biurem administracyjnym Konsulatu jest dowolne i nie poparte żadną argumentacją tym bardziej, że z umowy o pracę wynika niezbicie, że pracodawcą powódki jest Konsul Generalny Republiki Federalnej Niemiec w Krakowie, a tylko zakres obowiązków powódki obejmował, zgodnie z § 2 umowy o pracę „wszystkie czynności w dziale wizowym placówki”. Sąd uznał więc, inaczej niż w uchwale z 26 września 1990 r., że pracodawcą nie jest urząd obcego państwa (ewentualnie obce państwo), lecz urzędnik państwowy – konsul⁴. Wydaje się, że takie stanowisko, gdy chodzi o logikę wyводу, uzasadniało stwierdzenie, iż pozew skierowany przeciwko konsulowi nie powinien być rozpoznany z racji immunitetu konsularnego (art. 43 Konwencji o stosunkach konsularnych z 1963 r.⁵). Sąd Najwyższy w tym postanowieniu, bardziej kategorycznie niż w uchwale z 26 września 1990 r., powiązał kwestię właściwości sądów polskich do rozpoznawania spraw pracowniczych przeciwko obcemu państwu z kategorią immunitetu jurysdykcyjnego konsula. Charakterystyczny jest tu pogląd Sądu: „nawet gdyby uznać, że pracodawcą powódki było biuro administracyjne Konsulatu Generalnego Republiki Federalnej Niemiec w K., to brak jest podstaw do uznania, jak twierdzi powódka, że biuro to nie korzysta z immunitetu konsularnego od jurysdykcji sądów polskich”. W mojej opinii, powyższy cytat świadczy o tym, że w postanowieniu Sądu Najwyższego z 18 marca 1998 r., I PKN 26/98 zaprezentowano stanowisko nie tylko, że immunitet konsularny rozciąga się na biuro konsularne, lecz, co bardziej znaczące, że z immunitetu konsularnego (dyplomatycznego) wynikać może immunitet państwa obcego⁶. Ponieważ za pracodawcę uznano osobę fizyczną, w praktyce nie było potrzeby badania zdolności sądowej pozwanego.

⁴ Takie stanowisko jest w pewnym zakresie niezrozumiałe w kontekście „tezy” opublikowanej w OSNP 1999, nr 5, poz. 172, gdzie twierdzi się przecieź, że to placówka jest pracodawcą „(...) placówkę dyplomatyczną, będącą pracodawcą”.

⁵ W uzasadnieniu błędnie jednak wskazywano na art. 31 Konwencji o stosunkach dyplomatycznych z 1961 r.

⁶ Takie pomieszanie pojęć trafnie spotkało się krytyką. Zob. np. J. Ciszewski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 18 marca 1998 r.*, *Palestra* 1999, nr 9–10, s. 207.

Kolejnym orzeczeniem jest postanowienie Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2000 r., I PKN 562/99⁷, w którym stwierdzono, że polskim sądom pracy przysługuje jurysdykcja krajowa w sprawie z powództwa obywatela polskiego przeciwko ambasadzie państwa obcego o uznanie bezskuteczności wypowiedzenia umowy o pracę (przywrócenie do pracy). W sprawie powód wniósł przeciwko ambasadzie obcego państwa w Warszawie pozew o uznanie bezskuteczności wypowiedzenia umowy o pracę. Sąd Najwyższy przyjął przede wszystkim, że pracodawcą powoda była ambasada. Jednocześnie pozwanie ambasady potraktowano jako pozwanie państwa, skoro w dalszej części uzasadnienia odnoszono się do immunitetu państwa obcego. Przyjęto, choć nie wprost, że pozwana ambasada ma zdolność sądową. Sąd Najwyższy podkreślił, że kodeks postępowania cywilnego nie reguluje immunitetu jurysdykcyjnego państwa oraz że immunitet ten dotyczyć może tylko działań państwa w wykonaniu aktów władzy publicznej (*acta de iure imperii*), a nie działań w zakresie obrotu cywilnoprawnego (handlowego) (*acta de iure gestionis*). Ambasada z kolei, występując w sprawie jako pracodawca, uczestniczy w obrocie cywilnoprawnym. W ten sposób uznano, że w tym przypadku nie ma możliwości powołania się na immunitet jurysdykcyjny państwa. Opowiedziano się w ten sposób za tzw. ograniczonym immunitetem państwa⁸. W nawiązaniu do wcześniejszego postanowienia Sądu Najwyższego z 18 marca 1998 r. podkreślono, że nie ma podstaw do przyjęcia, iż na ambasadę rozciąga się immunitet dyplomatyczny ambasadora jako przedstawiciela dyplomatycznego.

Na tle powyższych orzeczeń pojawiają się cztery zasadnicze kwestie wymagające rozstrzygnięcia: po pierwsze, kto jest pozwanym; po drugie, czy pozwanego można uznać w świetle prawa właściwego jako pracodawcę osób świadczących pracę na rzecz placówki państwa wysyłającego; po trzecie czy pozwanemu przysługuje immunitet i jaki jest jego rodzaj i wreszcie po czwarte, czy pozwany posiada zdolność sądową.

3. Prawidłowe wskazanie pozwanego

Należy pamiętać, że w procesie cywilnym pozwanym jest podmiot, który w pozwie został wskazany jako ten, przeciwko któremu kieruje się roszczenie. Jego prawidłowe określenie ma znaczenie przede wszystkim w kontekście prawa materialnego, którego reguły określają, czy dochodzone roszczenie jest zasadne i może być wyegzekwowane od wskazanego w pozwie i orzeczeniu podmiotu. Przypomnieć również należy, że to pozwanemu może ewentualnie przysługiwać

⁷ OSP 2000, nr 11, poz. 175.

⁸ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 237; M. N. Shaw, *op. cit.*, s. 379 i nast.

immunitet i sąd zobowiązany jest badać, czy zachodzi wyjątek od właściwości sądowej (jurysdykcyjnej) państwa⁹ w stosunku do wskazanej w pozwie strony¹⁰.

W stanie faktycznym rozstrzyganym w uchwale z 26 września 1990 r. pozwano komórkę organizacyjną przedstawicielstwa handlowego, co Sąd Najwyższy potraktował jako pozwanie przedstawicielstwa obcego państwa. W przypadku postanowienia z 18 marca 1998 r. pracownica pozwała konsulat, a w orzeczeniu w istocie stwierdzono, że pozwanym jest konsul¹¹. Wreszcie w stanie faktycznym, który był podstawą dla postanowienia z 11 stycznia 2000 r. pozwano ambasadę, co nie przeszkodziło w uznaniu, że właściwie to pozwanym jest państwo obce¹².

Uchwałę z 1990 r. i postanowienie z 2000 r. można traktować jako próbę uwzględnienia postulatu, że w przypadku podmiotów o złożonej strukturze (tak ma być w przypadku „strony państwowej”) możliwe jest, aby jako pozwanego sąd oznaczył państwo obce, gdy uwzględniając wszelkie okoliczności sprawy, uda się ustalić, że powód w istocie od początku postępowania zamierzał dochodzić roszczeń od państwa, a wskazanie jako pozwanego ambasady wynikało z braku rozzeznania w strukturze pozwanego¹³. Natomiast w postanowieniu z 1998 r. Sąd w swobodny sposób zmienił oznaczenie strony postępowania¹⁴.

Można się zgodzić z poglądem, że wskazanie w pozwie misji dyplomatycznej stanowi w istocie wytoczenie powództwa przeciwko obcemu państwu¹⁵. Trzeba jednak pamiętać, że takie rozwiązanie jest odstępstwem od reguły w polskim

⁹ P. Grzegorzcyk, *Reżim procesowy immunitetu państwa w postępowaniu cywilnym*, PS 2010, nr 1, s. 23.

¹⁰ Wydaje się, że nie zauważa tego J. Sutor, *Immunitet dyplomatyczny i immunitet państwa*, PS 2008, nr 4, s. 93.

¹¹ Nie stwierdzono tego wprost, wskazuje na to uzasadnienie. Gdyby badać sprawę tak jak wskazano w pozwie, należało rozpoznać sprawę w określonych granicach podmiotowych i badać ewentualnie istnienie „immunitetu konsulatu”.

¹² Nie stwierdzono tego wprost, wskazuje na to uzasadnienie. Gdyby badać sprawę tak jak wskazano w pozwie, należało rozpoznać sprawę w określonych granicach podmiotowych i badać ewentualnie istnienie „immunitetu ambasady”.

¹³ P. Grzegorzcyk, *op. cit.*, s. 506 i orzecznictwo w przypisie 1659.

¹⁴ Podobnie J. Ciszewski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 18 marca 1998 r.*, Palestra 1999, nr 9–10, s. 203.

¹⁵ Zob. zwłaszcza postanowienie Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi z 2 października 1997, VIII P 727/97, cyt. za A. Wyrozumską, *op. cit.*, s. 34, 36–37; P. Grzegorzcyk, *op. cit.*, s. 500. Taki pogląd dodatkowo można oprzeć na treści art. 2 ust. 1 lit. b konwencji Narodów Zjednoczonych o immunitetach jurysdykcyjnych państw i ich własności z 2004 r., który definiuje pojęcie państwa dla potrzeb stosowania tej umowy. United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf (20.09.2010). Wydaje się odmiennie J. Sutor, *Immunitet dyplomatyczny i immunitet państwa*, PS 2008, nr 4, s. 92. Wskazana konwencja nie weszła jeszcze w życie. Zob. na temat konwencji np. J. Sutor, *Kwestia immunitetu państwa w kontekście Konwencji ONZ z 2004 r. o immunitetach jurysdykcyjnych państw i ich własności*, [w:] *Prawo międzynarodowe, europejskie i krajowe – granice i wspólne obszary*, Katowice 2009, s. 557 i nast.; J. Ciszewski w: T. Erciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. 5, Warszawa 2010, s. 273.

prawie, według której, nawet istnienie tzw. pracodawcy wewnętrznego lub złożonego nie zwalnia pracownika z prawidłowego oznaczenia strony postępowania¹⁶. Co jednak bardziej istotne, pogląd ten nie wyjaśnia, w jakim zakresie podobną „zmianę” podmiotu postępowania można zastosować w przypadku pozwania konsula lub przedstawiciela dyplomatycznego państwa obcego. Często bowiem zdarza się, że pozew kierowany jest nie przeciwko państwu, ale przeciw samemu funkcjonariuszowi (*the particular officer*), który zawierał umowę (uczestniczył w jej zawieraniu)¹⁷.

Konkludując, należy stwierdzić, że to powód decyduje przeciwko komu toczy się postępowanie. Sąd rozpoznaje sprawę w tych granicach podmiotowych. Praktyka wskazuje, że w przypadku pracowników wykonujących pracę na rzecz misji w Polsce pozwanym będzie najczęściej przedstawiciel państwa (ambasador, konsul) albo jego organ (ambasada, konsulat), co w tym drugim przypadku, jeśli okoliczności sprawy na to pozwalają, należy traktować jako pozwanie państwa obcego.

4. Pracodawca osób świadczących pracę na rzecz placówki – państwo, jego organ czy przedstawiciel?

Prawidłowe określenie pozwanego pozostaje w ścisłym związku przede wszystkim z relacjami materialnoprawnymi. Jeśli pozwie się podmiot, który nie korzysta z immunitetu, ale nie jest pracodawcą, to sądy polskie sprawę rozpoznają, ale pozew oddalają. Z kolei pozwanie podmiotu, któremu prawo materialne nakazuje spełnić świadczenie ze stosunku pracy, może być ograniczone przez przysługujący immunitet. Konieczna jest więc odpowiedź na pytanie, kogo pracownik świadczący pracę na rzecz misji powinien pozwać. Innymi słowy, jaki podmiot może być w świetle prawa właściwego uznany za pracodawcę i zobligowany orzeczeniem do spełnienia świadczenia.

Analizowane trzy orzeczenia sugerują, że pracodawcą osób świadczących pracę na rzecz placówek innych państw w Polsce może być organ państwa (np. am-

¹⁶ Zob. przykładowo wyroki SN z 2 grudnia 2009 r. I PK 109/09, niepubl. i z 7 kwietnia 2010 r., II PK 287/09, niepubl.

¹⁷ „it is now common practice to sue the ambassador as well as his sending state in a national court” E. Denza, *Interaction between State and Diplomatic Immunity*, s. 111, materiały z konferencji *The Law and Politics of Foreign Sovereign Immunity* z 10 kwietnia 2010 r., <http://www.asil.org/events/am08post/agendafull.html> (20.09.2010). Zob. także R. Garnett, *State immunity in employment matters*, „International and Comparative Law Quarterly” 1997, s. 104; R. L. Garnett, *The Perils of Working for a Foreign Government: Foreign Sovereign Immunity and Employment*, „California Western International Law Journal” 1998, vol. 29, s. 170; J. Sutor, *op. cit.*, s. 572.

basada – uchwała z 26 września 1990 r., postanowienie z 11 stycznia 2000 r.) albo jego przedstawiciel (konsul – postanowienie z 18 marca 1998 r.). Co ciekawe, państwo nie pojawia się w tym przypadku jako pracodawca¹⁸.

4.1. Autonomiczna definicja pracodawcy

Do ustalenia pozostaje, jakie prawo jest właściwe dla określenia, kto jest pracodawcą. W sprawie, która nie wykazuje elementu międzynarodowego, ustalenie, jaki podmiot (jednostka) jest pracodawcą w rozumieniu prawa procesowego (art. 460 k.p.c.) zależy co do zasady od materialnego prawa pracy. W przypadku prawa polskiego jest to art. 3 k.p.¹⁹ Element obcy w danej sprawie nakazuje kilkietapowe jej rozpoznanie. Po pierwsze, ustalić należy ewentualne wyłączenia władzy sądowej danego państwa (immunitety), po drugie, ustalić trzeba, czy w sprawie istnieje jurysdykcja krajowa (kwestie *stricte* procesowe), po trzecie, konieczne jest określenie prawa właściwego (zagadnienie kolizyjnoprawne) i po czwarte, można na podstawie prawa właściwego ocenić zasadność żądania. Dopiero na tym czwartym etapie możliwe jest stosowanie prawa polskiego również dla celów określenia podmiotu zatrudniającego.

Dopóki nie odpowie się na pytanie, czy sądy polskie mają kompetencję do rozstrzygnięcia sprawy, nie można zastosować polskich norm kolizyjnych i prawa materialnego. Tym samym, na etapie ustalania władzy sądowej i jurysdykcji krajowej nie powinno się co do zasady stosować polskiego prawa materialnego (ewentualnie kolizyjnego) po to, aby ustalić, jaki podmiot jest pracodawcą w rozumieniu przepisów procesowych. Rozumienie pracodawcy na potrzeby przepisów międzynarodowego postępowania cywilnego, prawa prywatnego międzynarodowego i prawa pracy może być bowiem różne. Dobrym przykładem jest rozstrzygnięta przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej sprawa *Glaxosmithkline v. Rouard*²⁰, w której posłużono się pojęciem „współpracodawcy”

¹⁸ Pogląd ten opiera się z pewnością na treści art. 6 k.p., który traktował o stosunku pracy pomiędzy pracownikiem a przedstawicielstwem, misją lub inną placówką państwa obcego lub instytucji międzynarodowej, działającymi na obszarze RP. Nie bez znaczenia było również, że w polskim prawie pracy państwo nie jest pracodawcą.

¹⁹ System polski wskazuje również, że pojęcia materialnoprawne mogą być modyfikowane przez regulacje procesowe. Art. 476 § 5 pkt 1 k.p.c. rozszerza bowiem podmiotowo pojęcia pracownika. Zastosowanie art. 3 k.p. w przypadku pracowników zatrudnionych w misjach obcych państw komplikuje dodatkowo określenie pracodawcy. Stosując wyłącznie art. 3 k.p., teoretycznie możliwe jest uznanie za pracodawcę nie państwa, lecz konsulatu albo ambasady. Taki zresztą pogląd reprezentowany jest w orzecznictwie Sądu Najwyższego – postanowienia z 11 stycznia 2000 r., I PKN 562/99, OSP 2000, nr 11, poz. 175.

²⁰ Wyrok z 22 maja 2008 r. w sprawie C-462/06 *Glaxosmithkline i Laboratoires Glaxosmithkline v. Jean-Pierre Rouard*, Zb. Orz. 2008, s. I-03965.

na potrzeby prawa procesowego (art. 6 ust. 1 rozporządzenia 44/2001²¹), co nie musi się koniecznie przekładać na traktowanie dwóch pozwanych podmiotów jako pracodawców w rozumieniu art. 3 k.p. TS UE nie stwierdził tego wprost, ale nie powinno budzić wątpliwości, że ze wskazanego orzeczenia wynika, iż na etapie ustalania władzy jurysdykcyjnej i jurysdykcji krajowej pojęcie „pracodawcy” powinno podlegać wykładni autonomicznej²² na gruncie prawa europejskiego. Powyższej prawidłowości nie zaznaczono w uzasadnieniach postanowień Sądu Najwyższego z 18 marca 1998 r. i 11 stycznia 2000 r. i w glosach do tych orzeczeń. Wydaje się więc, że nieprecyzyjnie posługiwano się argumentacją odwołującą się do treści art. 6 § 2 k.p.²³ Co więcej, przywiązanie wyłącznie do prawa polskiego doprowadziło do dyskusyjnego stwierdzenia, że pracodawcą jest ambasada (również urząd konsularny)²⁴.

Reguły wykładni autonomicznej wykluczają możliwość odwoływania się na potrzeby rozumienia interpretowanych pojęć wyłącznie do jednego systemu krajowego, w szczególności państwa forum. W przypadku pracowników placówek obcych państw wydaje się, że wykładnia autonomiczna w większym stopniu powinna odwoływać się do zwyczajów i umów międzynarodowych dotyczących placówek obcych państw i ich przedstawicieli. W tym kontekście należy wskazać, że w prawach krajowych regułą jest, aby osoby zatrudnione na rzecz placówek krajów wysyłających traktować jako zatrudnionych bezpośrednio przez państwo. Potwierdzają to regulacje międzynarodowe, które, gdy chodzi o wykonywanie pracy na rzecz misji, zakładają, że to państwo jest w takim przypadku zatrudniającym. Dotyczy to dwóch aktów. Pierwszym jest europejska konwencja o immunitacie państwa z 16 maja 1972 r. (*European Convention on State Immunity*²⁵), której art. 5. poświęcony jest szeroko rozumianej umowie o pracę²⁶. Przepis,

²¹ Rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych. Tekst w jęz. polskim: Dz. Urz. UE, polskie wydanie specjalne z 2004 r., rozdz. 19, t. 4, s. 42; Dz. Urz. UE 2001, L 12, s. 1. Zob. obecnie Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych. Dz. Urz. UE 2012, L 351, s. 1.

²² Na temat autonomicznej wykładni w prawie wspólnotowym zob. np. A. Kalisz w: A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Warszawa 2010, s. 330.

²³ Zob. J. Ciszewski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 18 marca 1998 r.*, Palestra 1999, nr 9–10, s. 203.

²⁴ Mimo że z perspektywy prawa polskiego za pracodawcę teoretycznie można byłoby uznać urząd konsularny czy ambasadę (art. 3 k.p. przewiduje, że pracodawcą jest każda jednostka organizacyjna, choćby nie posiadała osobowości prawnej, jeżeli zatrudnia pracowników).

²⁵ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/074.htm> (20.09.2010). Konwencja obowiązuje w ośmiu państwach: w Austrii, Belgii, na Cyprze, w Niemczech, Luksemburgu, Holandii, Szwajcarii i Wielkiej Brytanii. Polska nie ratyfikowała tej umowy, <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=074&CM=0&DF=&CL=ENG> (20.09.2010).

²⁶ Explanatory Report, pkt 30, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/074.htm> (20.09.2010).

ustanawiając reguły powoływania się na immunitet państwa, wyraźnie stwierdza, że chodzi o postępowania dotyczące umowy o pracę pomiędzy państwem a osobą fizyczną (*the proceedings relate to a contract of employment between the State and an individual*). Drugim jest Konwencja Narodów Zjednoczonych o immunitetach jurysdykcyjnych państw i ich własności z 2004 r. Jej art. 11 podobnie jak art. 5 konwencji z Bazylei stanowi, że przepis znajduje zastosowanie w przypadku postępowań dotyczących umowy o pracę pomiędzy państwem a osobą fizyczną (*a proceeding which relates to a contract of employment between the State and an individual*).

Prawo międzynarodowe publiczne nie daje podstaw do twierdzenia, że pracodawcą (stroną umowy o pracę) może być ambasada, konsulat lub jakakolwiek misja państwa w innym kraju. Są to organy państwa wysyłającego, które nie mają osobowości w państwie przyjmującym i nie mogą stawać w jego sądach, a bezpośrednio odpowiedzialność za działania tych organów ponosi państwo wysyłające²⁷. Zasady tej nie powinny zmieniać regulacje krajowe, w tym prawa polskiego, które nie przewiduje, aby pracodawcą był Skarb Państwa²⁸.

4.2. Znaczenie immunitetu dyplomatycznego i konsularnego

W tym miejscu należy przeanalizować pogląd dopuszczający istnienie stosunku pracy z przedstawicielem obcego państwa²⁹. Na podstawie postanowienia z 18 marca 1998 r., w którym pracodawcą miał być konsul, można dojść do wniosku, że w opinii Sądu Najwyższego, konsul, angażując do pracy pracownika, może występować w trzech wyłączających się rolach. Po pierwsze, jako osoba zupełnie prywatna (*a contrario* 43 ust. 1 konwencji o stosunkach konsularnych). Po drugie, jako podmiot wykonujący tzw. „czynności urzędowe”³⁰ w swoim imieniu, przez co należy rozumieć zawarcie stosunku pracy, którego stroną jest konsul jako osoba fizyczna. Po trzecie wreszcie, konsul występować może w roli podmiotu wykonującego czynności urzędowe w imieniu państwa, przez co w tym

²⁷ J. Sutor, *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, Warszawa 2003, s. 61; A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 32, J. Sutor, *Immunitet dyplomatyczny i immunitet państwa*, PS 2008, nr 4, s. 84.

²⁸ G. Goździewicz, T. Zieliński w: L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 40.

²⁹ W literaturze nie wyklucza się bowiem, aby przedstawiciel państwa (np. konsul lub ambasador) mógł być pracodawcą i w konsekwencji ewentualnym pozwanym. P. Grzegorzczak, *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa, 2010, s. 60. Wydaje się, że dopuszcza to również J. Sutor, *op. cit.*, s. 87, 88. Autorzy nie wskazują jednak, czy przedstawiciel państwa może być pracodawcą dla służby domowej czy również dla pracowników świadczących pracę na rzecz misji.

³⁰ S. Sawicki, *Przywileje i immunitety konsularne*, Wrocław 1989, s. 132; S. Sawicki, *Zakres czynności urzędowych objętych konsularnym immunitetem jurysdykcyjnym*, Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych 1977, nr 16, s. 118.

przypadku należy rozumieć zawarcie stosunku pracy w imieniu państwa. Konsul działa wówczas jedynie jako przedstawiciel pracodawcy (najlepiej jego rolę ukazuje w kontekście prawa polskiego art. 3¹ k.p.³¹).

Powyższy podział, jak i wynikające z niego stanowisko, że funkcjonariusz państwa, któremu przysługuje immunitet jurysdykcyjny (konsularny albo dyplomatyczny), może być stroną umowy o pracę, są nieprecyzyjne. Głównym błędem w takim rozumowaniu jest rozstrzygnięcie o kompetencji do zawierania umów (np. bycia stroną stosunków zobowiązaniowych) na podstawie przyznanego uprawnienia o charakterze procesowym. Są to dwie choć funkcjonalnie ze sobą związane, jednak kategorycznie zupełnie odrębne kwestie. Nietrafny jest pogląd, że z przepisów dotyczących immunitetów w sprawach cywilnych z konwencji o stosunkach dyplomatycznych czy konsularnych wynika samoistnie kompetencja do zawierania umów o pracę we własnym imieniu³². Funkcjonariusz państwa działa w imieniu właściwego pracodawcy (państwa obcego) i nie jest stroną umowy o pracę osób świadczących pracę na rzecz misji³³. Wprawdzie można podnosić, że sama konstrukcja immunitetu np. konsularnego wskazuje na to, że właśnie urzędnik lub pracownik konsularny jest stroną umowy (zob. w szczególności art. 43 ust. 2 lit a konwencji o stosunkach konsularnych). Podnosić można bowiem, że gdyby było inaczej, immunitet konsularny nie byłby w ogóle potrzebny³⁴ – stroną wszystkich umów, jakie zawiera konsul w wykonywaniu swoich funkcji, byłoby reprezentowane przez niego państwo³⁵. Jako kontrargument dla takiego stanowiska wystarczy podnieść, że funkcja immunitetu jurysdykcyjnego przedstawiciela obcego państwa realizuje się również w tym, aby nawet gdy powodowi, któremu wydawać się może, że ten właśnie przedstawiciel jest jego dłużnikiem, nie mógł go mocą jednostronnej decyzji procesowej uwikłać w postępowanie sądowe³⁶.

Poglądu, że stroną stosunku pracy osób świadczących pracę na rzecz misji jest wyłącznie państwo nie zmienia również treść art. 1 lit. h konwencji o stosunkach dyplomatycznych („prywatny służący” oznacza osobę zatrudnioną w służ-

³¹ Zob. J. Ciszewski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 18 marca 1998 r.*, Palestra 1999, nr 9–10, s. 203.

³² Choć z art. 31 ust. 1 lit a i b konwencji o stosunkach dyplomatycznych oraz art. 43 ust. 2 lit a konwencji o stosunkach konsularnych wynika, że twórcy umów zakładali, iż stroną niektórych stosunków prawnych jest przedstawiciel państwa.

³³ J. Skrzydło, *op. cit.*, s. 111.

³⁴ Do podobnego wniosku choć w innym kontekście dochodzi A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 31.

³⁵ „Odcinkami działalności konsula wyjętymi spod jurysdykcji państwa przyjmującego są wyłącznie tylko te, które są wypływem jego działalności jako organu państwa wysyłającego. Wykonanie bowiem jurysdykcji z ich powodu nad konsulem byłoby wykonywaniem jurysdykcji nie nad osobą konsula, ale nad państwem wysyłającym, które działa przez konsula jako przez swój organ i byłoby zatem oczywistym złamaniem zasady prawa narodów, głoszącej *par in parem non habet iudicium*. W. Namysłowski, *System prawa konsularnego*, Warszawa 1949, s. 142.

³⁶ Zob. trafnie J. Sutor, *op. cit.*, s. 83.

bie domowej członka misji, która nie jest pracownikiem państwa wysyłającego). Z przepisu tego można nawet, choć jedynie za pomocą argumentacji *a contrario*, wnioskować, że w innych niż wymieniona w art. 1 lit h sytuacjach pracownik związany jest stosunkiem pracy z państwem obcym, a nie jego przedstawicielem.

Poglądu powyższego nie zmieniają również uwagi przedstawione przy okazji komentarzy do art. 5. konwencji z 1972 r. (*Explanatory Report*). Stwierdzono tam że „w odniesieniu do umów o pracę z misjami dyplomatycznymi lub urzędami konsularnymi art. 32 powinien być wzięty pod uwagę”³⁷. Art. 32 stanowi, że „żadne z postanowień niniejszej Konwencji nie będzie wywierało wpływu na przywileje i immunitety odnoszące się do wykonywania funkcji misji dyplomatycznych i urzędów konsularnych oraz związanych z nimi osób”. W uzasadnieniu do cytowanego przepisu stwierdzono z kolei, że przywileje i immunitety dyplomatyczne oraz konsularne zostały już uregulowane przez normy prawa międzynarodowego; w dwóch konwencjach wiedeńskich i umowach dwustronnych. Podstawy do ich regulowania były inne niż te leżące u podstaw konwencji bazylejskiej. W związku z tym, konwencja o immunitacie państw w żaden sposób nie może naruszać bezpośrednio ani pośrednio immunitetów dyplomatycznych i konsularnych. W przypadku kolizji konwencji bazylejskiej i wspomnianych umów dotyczących przywilejów i immunitetów przedstawicieli państw, te drugie powinny mieć pierwszeństwo³⁸. Taką samą regułą „kolizyjną” zawiera art. 3 ust. 1 konwencji z 2004 r. Przepisy te, jak trafnie podniesiono w literaturze, należy interpretować jako dodatkową gwarancję immunitetu jurysdykcyjnego przysługującego osobom (a nie państwu) oraz gwarancję nienaruszalności mienia misji³⁹.

Konkludując, wydaje się, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego aktualnym poglądem jest traktowanie organu albo przedstawiciela państwa obcego jako pracodawcy osób świadczących pracę w misji. Stanowisko to jest nieprecyzyjne. Za pracodawcę i w konsekwencji ewentualnego pozwanego powinno być uznane państwo obce, a nie jego organ działający za granicą. Wprawdzie powoduje to wątpliwości interpretacyjne związane z wynikającą z polskiego prawa pracy zasadą, że pracodawcą nie jest państwo lecz jego organy. Więcej korzyści płynie jednak z modyfikacji tej reguły i dopuszczenia, aby wyjątkowo państwo obce było stroną stosunku pracy. Przedstawiciel państwa będzie podmiotem samodzielnie zatrudniającym osoby fizyczne w przypadku służby domowej. Powoływanie się wyłącznie na prawo krajowe (kolizyjne i materialne) w celu określenia pracodawcy na etapie ustalania immunitetu nie jest poprawne.

³⁷ „As regards contracts of employment with diplomatic missions or consular posts, Article 32 shall also be taken into account”. *Explanatory Report*, pkt 30, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/074.htm> (20.09.2010).

³⁸ *Explanatory Report*, pkt 30, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/074.htm> (20.09.2010).

³⁹ J. Skrzydło, *op. cit.*, s. 112.

5. Immunitet państwa

Należy określić, w jakim zakresie państwo może powoływać się na immunitet jurysdykcyjny przed sądami polskimi w sprawach pracowniczych. Punktem wyjścia jest przypomnienie, że immunitet jurysdykcyjny państwa obcego nie jest uregulowany w ustawodawstwie polskim⁴⁰. Wydaje się, że również w orzecznictwie nie wypracowano jeszcze jednolitych reguł w tym przedmiocie, co odnosi się w szczególności do spraw dotyczących stosunków pracy osób wykonujących pracę na rzecz misji państw obcych w Polsce.

Sąd polski, przed który wniesiono pozew przeciwko pracodawcy – obcemu państwu – musi wydać rozstrzygnięcie. Może, najkrócej rzecz ujmując, orzec o odrzuceniu pozwu ze względu na brak władzy jurysdykcyjnej sądów polskich, kiedy stwierdzi immunitet państwa albo merytorycznie rozpoznać sprawę, gdy ustali brak immunitetu.

W celu ustalenia istnienia immunitetu sądy polskie nie mogą powoływać się na normy stanowione. Konieczne więc będzie powołanie się na normę prawa zwyczajowego (art. 9 Konstytucji)⁴¹. Z pewnością nie będzie to zadanie łatwe dla sądów niższych instancji.

W literaturze zagranicznej podnosi się, że analiza regulacji ustawowych i orzecznictwa państw obcych pozwala wyróżnić cztery metody, według których rozstrzyga się, czy w sporze dotyczącym umowy o pracę możliwe jest powoływanie się przez państwo na immunitet jurysdykcyjny⁴². Każda z tych metod jest rozwinięciem znanego podziału na czynności *iure imperii* i *iure gestionis*⁴³. Bez wątplenia praktyka sądów obcych państw przyczynia się do tworzenia zwyczaju międzynarodowego w tym zakresie. Pierwsza metoda polega na ocenie kontekstu lub umiejscowienia stosunku pracy (*context or location of the employment*). Jako przykład podaje się zatrudnienie właśnie w ambasadzie, niezależnie od stanowiska i podejmowanych obowiązków. W takim przypadku, jakkolwiek ingerencja w działalność obcego państwa w postępowaniu sądowym naruszałaby jego suwerenność⁴⁴. Druga metoda sprowadza się do ustalenia statusu i obowiązków pracownika. Odróżnia się więc pracowników, którzy wykonują funkcje ściśle

⁴⁰ J. Ciszewski, *Immunitet jurysdykcyjny państw obcych*, SM 2000, nr 1–2, s. 129.

⁴¹ Za związaniem RP również zwyczajami międzynarodowymi jednoznacznie B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 81; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2001, s. 148; W. Skrzydło, S. Grabowska, S. Grabowski (red.), *Konstytucja RP. Komentarz encyklopedyczny*, Warszawa 2009, s. 757. Zob. jednak P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji RP*, Warszawa 2008, s. 34.

⁴² R. L. Garnett, *The Perils of Working for a Foreign Government: Foreign Sovereign Immunity and Employment*, California Western International Law Journal 1998, vol. 29, s. 135 i nast.

⁴³ R. Garnett, *State immunity in employment matters*, ICLQ 1997, s. 83.

⁴⁴ R. L. Garnett, *The Perils...*, s. 135. Przykładowo sprawa *Ferdman v. Consulate Gen. of Isr.*, No. 98 C 1555, 1998 WL 120230.

związane z wykonywaniem władzy państwa od tych, których obowiązki można sprowadzić do czynności niezwiązanych z wykonywaniem władzy publicznej⁴⁵, które to obowiązki nie różnią się co do zasady od tych podejmowanych przez pracowników w prywatnych przedsiębiorstwach⁴⁶. Trzeci sposób odnosi się do ustalenia terytorialnego powiązania pracownika i umowy o pracę z państwem forum (*territorial connection*). W istocie chodzi jednak o minimalne terytorialne powiązanie skargi (*claim*) z państwem forum⁴⁷. Wreszcie czwarta metoda dotyczy analizy samego powództwa wniesionego w sprawie i odpowiedzi na pytanie, czy środek ten nie spowoduje nadmiernego wkroczenia we władzę suwerennego państwa (*isolation and characterization of the particular claim*). Jako przykład sprawy, w której państwu przysługuje immunitet podaje się taką, w której konieczne dla oceny wniesionego przez pracownika środka są ustalenia dotyczące działań służb bezpieczeństwa państwa. Zastrzec należy, że wskazane metody wzajemnie nie wykluczają się i często uzupełniają się w orzecznictwie i ustawodawstwie krajowym⁴⁸.

Na kształtowanie polskiego orzecznictwa w sprawach pracowniczych, w których pozwanym jest państwo obce, mogą również pomocniczo mieć wpływ przepisy wskazanych wyżej konwencji; bazylejskiej z 1972 r. i Narodów Zjednoczonych z 2004 r.⁴⁹ Wprawdzie Polska nie jest stroną tych umów⁵⁰, jednak ich regulacje, o ile stanowią część zwyczajowego prawa międzynarodowego, są w stosunku do niej wiążące⁵¹. Można nawet stwierdzić, że przepisy tych konwencji dotyczące umów o pracę są rozwinięciem i doprecyzowaniem opisanych wyżej czterech metod. W tym kontekście na uwagę zasługuje w szczególności pogląd Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawie *Cudak v. Litwie* (skarga nr 15869/02)⁵². Obywatelka Litwy była pracownikiem polskiej ambasady w Wilnie. Wykonywała prace sekretarskie. Była również operatorką centrali telefonicznej. Po rozwiązaniu umowy przez pracodawcę pozwała polskie państwo przed sąd litewski, domagając się odszkodowania za nieuzasadnione zwolnienie. Rząd polski podniósł, że w sprawie przysługuje mu immunitet jurysdykcyjny. Sądy litewskie, w tym Sąd Najwyższy uznały na tej podstawie brak swojej jurysdykcji w sprawie. Powódka wniosła sprawę do ETPCz, zarzucając

⁴⁵ W literaturze określa się je jako *routine, purely „operational” duties*. R. L. Garnett, *op. cit.*, s. 135.

⁴⁶ Sprawa *Holden v. Canadian Consulate*, 92 F.3d 918 (9th Cir. 1996).

⁴⁷ R. L. Garnett, *op. cit.*, s. 135.

⁴⁸ R. Garnett, *State immunity...*, s. 85.

⁴⁹ Tak też J. Ciszewski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 18 marca 1998 r.*, *Palestra* 1999, nr 9–10, s. 206. Odmienne J. Sutor, *op. cit.*, s. 94.

⁵⁰ Konwencja obowiązuje w ośmiu państwach: w Austrii, Belgii, na Cyprze, w Niemczech, Luksemburgu, Holandii, Szwajcarii i Wielkiej Brytanii, <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=074&CM=0&DF=&CL=ENG> (20.09.2010).

⁵¹ Zob. A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 40.

⁵² Omówienie sprawy np. w: EHRLR 2010, nr 4, s. 435–438.

naruszenie art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Trybunał podkreślił, że Litwa nie głosowała przeciwko Konwencji z 2004 r. Poza tym, powołując się na reguły prawa publicznego międzynarodowego, podkreślił, że nawet jeśli państwo nie ratyfikuje danej umowy, może ono być związane przez niektóre z jej postanowień, jeśli ich treść odzwierciedla zwyczajowe prawo międzynarodowe. Trybunał za taki przepis uznał właśnie art. 11 Konwencji z 2004 r.⁵³ Przypomniano również, że już w sprawie *Fogarty v. Wielkiej Brytanii* (skarga nr 37112/97)⁵⁴ r. zaznaczono, że w międzynarodowym i porównawczym prawie daje się zauważyć tendencję do ograniczania immunitetu państwa w sprawach ze stosunku pracy.

Artykuł 11 Konwencji z 2004 r. poświęcony jest umowie o pracę⁵⁵. Przepis stanowi, że w sprawach dotyczących umów o pracę (*proceeding which relates to a contract of employment*), jeśli państwa inaczej nie postanowiły, państwo nie może powoływać się na immunitet jurysdykcyjny przed sądem innego państwa, który byłby właściwy do rozpoznania sprawy, jeżeli praca była lub miała być wykonana w całości lub części na terytorium państwa forum (art. 11 ust. 1 konwencji). Reguła ta nie obowiązuje w przypadku, gdy: a) pracownik został zatrudniony do wykonywania szczególnych funkcji w wykonywaniu rządowego urzędu⁵⁶; b) pracownik jest: i) przedstawicielem dyplomatycznym w rozumieniu konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych, ii) urzędnikiem konsularnym w rozumieniu konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych, iii) członkiem personelu dyplomatycznego misji stałej przy organizacji międzynarodowej lub misji specjalnej, lub jest zatrudniony do reprezentowania państwa na międzynarodowej konferencji, iv) jakkolwiek inną osobą, której przysługuje immunitet dyplomatyczny; c) przedmiot postępowania dotyczy zatrudnienia, przedłużenia zatrudnie-

⁵³ Krytycznie w tym przedmiocie M. Balcerzak, M. Kałduński, *Immunitet jurysdykcyjny państwa – glosa do wyroku ETPCZ z 23.03.2010 r. w sprawie Cudak v. Litwa*, EPS2010, nr 11, s. 42.

⁵⁴ W sprawie pracownica była zatrudniona w ambasadzie USA w Londynie. W 1995 r. została zwolniona i pozwała pracodawcę przed sądem w Londynie, zarzucając dyskryminację ze względu na płeć. Ostatecznie przyznano jej odszkodowanie, jednak w trakcie postępowania została zatrudniona na jeden rok w innej jednostce ambasady. Po upływie tego okresu jej aplikacja na kolejne stanowisko została odrzucona. Pracownica wniosła przez sąd brytyjski pozew, ponownie zarzucając dyskryminację. Tym razem rząd USA podniósł, że państwu przysługuje immunitet. Trybunał w Strasburgu zaznaczył, że stosowanie doktryny immunitetu również w stosunkach pracy jest ograniczane. Mimo pewnych różnic w praktyce orzeczniczej państw, doktryna pełnego immunitetu państwa dotyczy jednak zatrudniania w ambasadzie. Ponadto podkreślono, że postępowanie w sprawie dotyczyło dyskryminacji w procesie rekrutacji, a nie zobowiązań z istniejącego stosunku pracy (*contractual rights of a current employment*). Szerzej zob. przykładowo omówienie tej sprawy przez M. Emberlanda w AJIL 2002, vol. 96, issue 3, s. 699 i nast.

⁵⁵ Zob. ogólnie w tym zakresie np. E. K. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Heidelberg 2005, s. 307.

⁵⁶ Np. prywatne sekretarki, tłumacze. Zob. A. Watts, *The International Law Commission 1949–1998*, vol. III, Final Draft Articles and other Materials, Oxford 1999, s. 2064.

nia lub przywrócenia do pracy⁵⁷; d) przedmiot postępowania dotyczy zwolnienia lub zakończenia zatrudnienia, a w opinii określonego w przepisie organu państwa to postępowanie mogłoby naruszyć interesy bezpieczeństwa tego państwa; e) w chwili wszczęcia postępowania pracownik jest obywatelem zatrudniającego państwa, chyba że ma on miejsce zamieszkania w państwie forum; f) strony uzgodniły na piśmie inaczej, chyba że zgodnie z prawem państwa forum, sądom tego państwa przysługuje jurysdykcja wyłączna⁵⁸.

Z kolei w Konwencji z 1972 r. umowie o pracę poświęcony jest art. 5. Zgodnie z nim państwo nie może powoływać się na immunitet, jeżeli postępowanie dotyczy umowy o pracę zawartej przez to państwo, jeżeli praca ma być wykonywana na terytorium państwa forum (art. 5 ust. 1 konwencji). Od tej zasady przewidziano kilka wyjątków. Nie stosuje się jej, gdy: a) pracownik w chwili wszczęcia postępowania ma obywatelstwo zatrudniającego państwa; b) w chwili zawierania umowy pracownik nie miał obywatelstwa państwa forum ani nie miał tam miejsca zamieszkania; c) strony na piśmie postanowiły inaczej, chyba że zgodnie z prawem państwa forum, sądy tego państwa mają w sprawie wyłączną jurysdykcję (art. 5 ust. 2 konwencji)⁵⁹. W uzasadnieniu do konwencji wyjaśniono ogólnie, że wyodrębnienie umowy o pracę od innych umów (zob. art. 4 Konwencji z 1972 r.) wynika z tego, iż w niektórych przypadkach usprawiedliwione jest przyznanie pozwanemu państwu immunitetu. W szczególności dotyczyć to ma sytuacji opisanych w punktach a–c. W tych bowiem przypadkach powiązania pomiędzy pracownikiem i zatrudniającym państwem są co do zasady bliższe niż te pomiędzy pracownikiem i państwem forum⁶⁰. W konwencji tej przyjęto więc także regułę, zgodnie z którą powoływanie się przez państwo na swój immunitet w stosunkach pracy nie jest uzasadnione.

Ponadto, nawet uznając wątpliwości dotyczące charakteru art. 11 konwencji z 2004 r.⁶¹ i art. 5 konwencji bazylejskiej, można zasadnie twierdzić, że przepisy te potwierdzają tendencje do ograniczania immunitetu państwa w sprawach pracowniczych. Okoliczność ta stanowi poważny argument za tym, aby w tym samym kierunku rozwijać polską praktykę orzeczniczą⁶², przez co sądy polskie współuczestniczyłyby w tworzeniu prawa zwyczajowego⁶³.

⁵⁷ Co nie dotyczy dochodzenia samego odszkodowania w wymienionych typach spraw pracowniczych. Tak A. Watts, *op. cit.*, s. 2066.

⁵⁸ Tłumaczenie własne. Podobnie przetłumaczył J. Ciszewski w: T. Erciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. 5, Warszawa 2010, s. 274.

⁵⁹ Poza zakresem niniejszego opracowania pozostaje art. 5 ust. 3 konwencji.

⁶⁰ Explanatory Report, pkt 30, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/074.htm> (20.09.2010).

⁶¹ M. Balcerzak, M. Kałduński, *op. cit.*, s. 42.

⁶² Podobnie J. Ciszewski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 18 marca 1998 r.*, *Palestra* 1999, nr 9–10, s. 206.

⁶³ A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 41, przypis 50.

Konkludując, art. 11 Konwencji z 2004 r. oraz art. 5 konwencji bazylejskiej powinny być pomocniczo stosowane przez sądy polskie w celu ustalenia immunitetu państwa obcego. Nawet przy braku akceptacji poglądu, że wskazane przepisy odzwierciedlają zwyczaj międzynarodowy, reguły z nich wynikające powinny stanowić pomocniczą podstawę orzekania przez sądy polskie.

6. Zdolność sądowa pracodawcy

Na zakończenie należy poczynić uwagę na temat zdolności sądowej pracodawcy pracowników świadczących pracę na rzecz misji, od której zależy skuteczne pozwanie przed sądami polskimi podmiotu zatrudniającego⁶⁴. W analizowanych trzech orzeczeniach Sądu Najwyższego zagadnienie to nie było szerzej omawiane⁶⁵, choć przyjęcie, że pozwanym jest właśnie misja państwa, wymagałoby podjęcia tej kwestii. Wydaje się, że Sąd Najwyższy przyjął po prostu, że misji przysługuje zdolność sądowa na podstawie art. 460 k.p.c. Jeśli jednak uzna się, że pracodawcą jest państwo, a nie ambasada (konsulat), to zagadnienie zdolności sądowej nie rodzi wątpliwości w stosowaniu prawa, ponieważ państwo obce jako zagraniczna osoba prawna wyposażona jest w zdolność sądową i działa w postępowaniu cywilnym przez swoje organy⁶⁶. Jest to dodatkowy argument potwierdzający trafność poglądu, że pracodawcą pracowników świadczących pracę na rzecz misji jest państwo, a nie urząd (konsulat, ambasada).

7. Wnioski

Poniżej znajdują się najważniejsze wnioski z niniejszego opracowania:

1. Powód decyduje, przeciwko komu toczy się postępowanie. Sąd rozpoznaje sprawę w tych granicach podmiotowych. Praktyka wskazuje, że w przypadku pracowników wykonujących pracę na rzecz misji w Polsce pozwanym będzie

⁶⁴ Na uwagę zasługuje orzeczenie sądu czeskiego, który uznał, że ambasada nie jest osobą fizyczną ani prawną i nie ma zdolności prawnej do przystąpienia do sprawy. Sprawa cytowana przez K. J. Gruszczyński, *op. cit.*, s. 62, przypis 5.

⁶⁵ Zob. jednak postanowienie Sądu Najwyższego z 25 maja 2007 r., I CSK 6/07, OSNC 2008, nr 7–8, poz. 90, gdzie stwierdzono, że ambasada państwa obcego w Polsce nie ma zdolności sądowej.

⁶⁶ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 25 maja 2007 r., I CSK 6/07, OSNC 2008, nr 7–8, poz. 90, P. Grzegorzcyk, *op. cit.*, s. 495.

najczęściej przedstawiciel państwa (ambasador, konsul) albo jego organ (ambasada, konsul), co w tym drugim przypadku, jeśli okoliczności sprawy na to pozwalają, należy traktować jako pozwanie państwa obcego.

2. Z orzeczeń Sądu Najwyższego wynika, że pracodawcą osób świadczących pracę na rzecz placówek innych państw w Polsce może być organ państwa albo jego przedstawiciel.

3. W przypadku stosunków pracy osób świadczących pracę na rzecz misji pojęcie pracodawcy należy wyklądać zgodnie z regułami wykładni autonomicznej, która w dużym stopniu powinna odwoływać się do zwyczajów i umów międzynarodowych. Powoływanie się wyłącznie na prawo krajowe (kolizyjne i materialne) nie jest poprawne. W związku z tym, pracodawcą pracowników zatrudnionych w misji obcego państwa jest państwo. W szczególności, błędny jest pogląd, aby to ambasada, konsul lub jakakolwiek misja była pracodawcą. Wprawdzie powoduje to wątpliwości interpretacyjne związane z wynikającą z polskiego prawa pracy zasadą, że pracodawcą nie jest państwo, lecz jego organy, jednak więcej korzyści płynie z modyfikacji tej reguły i dopuszczenia, aby wyjątkowo państwo obce było stroną stosunku pracy. Przedstawiciel państwa będzie podmiotem samodzielnie zatrudniającym osoby fizyczne w przypadku służby domowej.

4. Dla rozstrzygnięcia, czy w sprawie pracowniczej możliwe jest powołanie się przez państwo na immunitet jurysdykcyjny, pomocne mogą być cztery metody. Pierwsza dotyczy oceny kontekstu lub umiejscowienia stosunku pracy. Druga sprowadza się do ustalenia statusu i obowiązków pracownika. Trzecia odnosi się do ustalenia terytorialnego powiązania pracownika i umowy o pracę z państwem forum. Wreszcie czwarta dotyczy analizy samego powództwa i ustalenia, czy środek ten nie spowoduje nadmiernego wkroczenia we władzę suwerennego państwa.

5. Art. 11 konwencji z 2004 r. oraz art. 5 konwencji bazylejskiej powinny być pomocniczo stosowane przez sądy polskie w celu ustalenia istnienia immunitetu państwa obcego. Nawet przy braku akceptacji dla poglądu, że ich treść odzwierciedla zwyczaj międzynarodowy, reguły z tych przepisów powinny stanowić podstawę dla praktyki orzeczniczej sądów polskich.

Jerzy Menkes

Immunitet jurysdykcyjny organizacji międzynarodowej – immunitet jurysdykcyjny państwa: kierunki wektorów

1. Obszar badania

Immunitety jurysdykcyjne podmiotów prawa międzynarodowego są instytucjami wytworzonymi w rezultacie wielokrotnego rozszczepienia immunitetu suwerena-państwa na instytucje¹, z których część obejmowała relacje wewnętrzne, część zaś objęła wymiar zewnętrzny funkcjonowania tego podmiotu (państwa) – stosunki międzynarodowe². W praktyce norma prawa krajowego – immunitet

¹ Wskazują na to zgodnie autorzy licznych opracowań m.in. Böhre, von Dewall, Middel, Steer, szeroko uzasadniając w badaniu pogląd „The history of international immunity is grounded in diplomatic immunity, a concept which has evolved over centuries from the need for Nation States to dialogue and to secure the unhindered fulfilment of diplomatic functions, such as immunity from criminal and civil litigation and a guarantee of safe passage. International immunity is classically divided into three categories; sovereign immunity held by States, diplomatic immunity afforded to individuals as representatives of States, and organisational immunities granted to international organisations. The essence of the immunities afforded to representatives of foreign territories has always been to secure the unhindered fulfilment of diplomatic functions, such as immunity from criminal and civil litigation and a guarantee of safe passage”. V. A. Böhre, S. E. von Dewall, I. J. Middel, C. E. Steer, *The (Non-)Application of International Law by the ILO Administrative Tribunal: possible legal avenues for establishing responsibility*, July 2004, s. 11–15, <http://www.iowatch.org/legal/amsterdam.pdf>. Patrz również: N. Hanrahan, *A History of Diplomatic Immunity and the Development of International Organizations*, http://www.caio-ch.org/reforms/Intern_Paper_I.pdf.

² U źródeł stała zróżnicowana praktyka, m.in. spór poprzedzający Act Preserving the Privileges of Ambassadors brytyjskiej Królowej Anny z 1708 r. (wytworzony Ustawą stan prawny stał się wzorcem międzynarodowym – został powtórzony m.in. w amerykańskiej regulacji z 1790 r.),

jurysdykcyjny suwerena-państwa (znany krajowym porządkiem prawnym) – objęła swoim zakresem podmioty w stosunku do tego suwerena zewnętrzne i niepodlegające jego władzy, ale uznane za równe wobec prawa³, co nastąpiło wraz z pojawieniem się suwerena w obrocie międzynarodowym⁴ i w konsekwencji

a wywołany aresztowaniem ambasadora Cara Piotra Wielkiego Matwiejewa (szerzej J. i J. Baliccy, *Jak to w dyplomacji ładnie*, Warszawa 1980, s. 177–179); również patrz: hasło „extraterritoriality”, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/199129/extraterritoriality>

Car Rosji, sprzeciwiając się zamachowi na ambasadora, mógł odwołać się do praktyki datowanej od czasów starożytnych odnotowanego przez Herodota oczekiwania ze strony króla perskiego Dariusza respektowania przez Greków statusu Heroldów, wojen (drugiej punickiej i Kandalur), dla przebiegu których status posłów miał istotne znaczenie, i opinii prawnej papieża Gelazjusza I; szerzej F. Przetacznik, *Nietykalność osobista przedstawicieli dyplomatycznych*, Warszawa 1970, s. 13–38, również S. E. Nahlik, *Narodziny nowożytnej dyplomacji*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1971, s. 164 i nast.

³ Patrz: uzasadnienie koncepcji immunitetu absolutnego Sędziego Sądu Najwyższego USA Marshalla; stwierdził on (w orzeczeniu w sprawie *The Schoonere Exchange v. McFadden* (11 U. S. 116 (1812)), że immunitet jurysdykcyjny państwa – to, że sądy USA nie będą obrażać godności innego narodu/państwa poprzez przypisywanie sobie jurysdykcji w stosunku do niego jest wynikiem stanu pełnego i całkowitego władztwa państwa na własnym (!) terytorium i faktu, że władza sądownicza jest jednym z elementów suwerenności posiadanej przez naród „This full and absolute territorial jurisdiction, being alike the attribute of every sovereign and being incapable of conferring extraterritorial power, would not seem to contemplate foreign sovereigns nor their sovereign rights as its objects. One sovereign being in no respect amenable to another, and being bound by obligations of the highest character not to degrade the dignity of his nation by placing himself or its sovereign rights within the jurisdiction of another, can be supposed to enter a foreign territory only under an express license, or in the confidence that the immunities belonging to his independent sovereign station, though not expressly stipulated, are reserved by implication, and will be extended to him.

This perfect equality and absolute independence of sovereigns, and this common interest impelling them to mutual intercourse, and an interchange of good offices with each other, have given rise to a class of cases in which every sovereign is understood to waive the exercise of a part of that complete exclusive territorial jurisdiction which has been stated to be the attribute of every nation”, <http://supreme.justia.com/us/11/116/case.html>. Na uwagę zasługuje fakt, że przedmiotowy dla sprawy *The Schoonere Exchange v. McFadden* status prawny statków państwowych został uregulowany w sposób różny (zrównano status wszystkich statków) od wyznaczonego orzeczeniem w Konwencji brukselskiej z 1926 r.; patrz: H. J. Steiner, D. F. Vagts, H. Hongju Koh, *Transnational Legal Problems. Materials and Texts*, New York 1994, s. 757–762, szerzej również J. Sutor, *Przywiłeje i immunitety międzynarodowe*, Warszawa 1973, s. 29–34.

⁴ Patrz szerzej: Second report on jurisdictional immunities of States and their property, autorstwa Sompong Sucharitkul, Special Rapporteur (s. 214 i 215) „The principle of international law regarding State immunity has developed principally from the judicial practice of States. Municipal courts have been primarily responsible for the growth and progressive development of a body of customary rules governing the relations of nations in this particular connection. The opinions of writers and international conventions relating to State immunity are practically all of subsequent growth, although there is markedly a growing interest appreciable in the writings of contemporary publicists and in relatively recent provisions of treaties and international conventions, as well as national legislation. The scantiness of pre-nineteenth century judicial decisions bearing upon the question of jurisdictional immunities of States serves as eloquent explanation for the total absence of reference to the topic in the classics of international law and the complete silence in earlier treaties and internal laws”, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1980_v2_p1_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1980_v2_p1_e.pdf).

stała się (również) normą prawa międzynarodowego⁵. Dla uzasadnienia immunitetów przywoływano koncepcje eksterytorialności personalnej lub funkcjonalnej. Oczywiście w pewnym uproszeniu można twierdzić – i to w porządku westfalskim decyduje wyłącznie – że immunitet jurysdykcyjny w międzynarodowym obrocie prawnym występuje w sprzężeniu zwrotnym z suwerennością i równością państwa. Istotą suwerenności-bycia suwerenem jest niebycie podporządkowanym władzy jakiegokolwiek innego podmiotu (co oczywiście nie jest tożsame z brakiem podporządkowania prawu), sprawowanie jurysdykcji jest zaś zawsze wykonywaniem władzy – zwierzchnictwa. Immunitetem⁶ jurysdykcyjnym w szerokim rozumieniu jest więc niepodleganie obcej jurysdykcji⁷ („exemption from the application or jurisdiction of local law or tribunals”⁸, „The immunity of a foreign sovereign, its agents, and its instrumentalities from litigation in U.S. courts”⁹) – jurysdykcji władz innego podmiotu¹⁰; tę regułę zamknąć można w klasycznej paremii *par in parem non habet imperium*¹¹.

⁵ Jak się zgodnie uznaje termin do słownika prawa międzynarodowego wprowadził pod koniec XVIII w. G. F. von Martens, za ojca koncepcji – rozwiniętej przez H. Grocjusza i S. von Pufendorfa – uznawany jest P. Ayrault.; patrz: definicja Extraterritoriality, *Encyclopedia Britannica*, 2008. *Encyclopedia Britannica Online*.

⁶ Hasło „immunity” jest definiowane ogólnie jako „Any exemption from a duty, liability, or service of process”; *Black’s Law Dictionary*, St. Paul 1999.

⁷ Tak np. KPM „Immunity” is a legal concept which can be expressed in terms of jural relationship. Just as a ‘right’ is correlated to a corresponding ‘duty’ incumbent on another party, ‘immunity’ to which a person or party or State is entitled is correlated to ‘no power’ on the part of the corresponding authority. It signifies absence or lack of power, or necessity to withhold or suspend the exercise of such power. In other words, the expression ‘immunity’ connotes the non-existence of power or non-amenability to the jurisdiction of the national authorities of a territorial State”, tamże, s. 204.

⁸ *Merriam-Webster’s Dictionary of Law*, Springfield, Massachusetts, 1996.

⁹ Hasło „foreign immunity”, *Black’s...*

¹⁰ Z tego rozumienia jurysdykcji władz innego podmiotu wyłączona (co najmniej od powołania i uznania jurysdykcji STSM) jest jurysdykcja sprawowana przez trybunały i sądy międzynarodowe, w tym przede wszystkim MTS i inne wyspecjalizowane organy sądownicze. Są to jednak przypadki, w których sąd lub trybunał międzynarodowy rozstrzyga spór/spory pomiędzy państwami (lub w niektórych przypadkach: WTO spór/spory pomiędzy podmiotami prawa międzynarodowego). Wyłączona jest również jurysdykcja – w stosunku do państw-członków organizacji – wykonywana przez organy sądownicze organizacji międzynarodowych, jeśli taka kompetencja władcza wynika z umowy międzynarodowej (tzn. łącznie ujmowanego aktu konstytuującego organizację i umowy o akcesji), na podstawie której państwo przystąpiło do organizacji; przykładem jest jurysdykcja organów sądowniczych UE w stosunku do jej członków czy ETPCz w stosunku do państw członków Rady Europy. W tym przypadku państwo-członek jest poddane władzy sądowniczej. Szczególnym przypadkiem jest właściwość MTK, który może wykonywać jurysdykcję w stosunku do funkcjonariuszy państwa; ten przypadek jednak stanowiący element rozwoju prawa londyńskiego-norymberskiego można pozostawić poza zakresem rozważań w tej analizie, pamiętając, że karnie odpowiada jednostka zaś państwu przysługuje immunitet jurysdykcyjny.

¹¹ Patrz: Raport KPM (s. 159) „The doctrine of State immunity is the result of an interplay of two fundamental principles of international law: the principle of territoriality and the principle of State personality, both being aspects of State sovereignty. Thus, State immunity is sometimes expressed in the maxim *par in parem imperium non habet*”, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1978_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1978_v2_p2_e.pdf).

I uprawnione z tytułu immunitetu sądowego są oprócz państw również inne podmioty prawa międzynarodowego.

Korzenie instytucji tkwią, co dla dalszych rozważań jest istotne, w „krajowym” statusie suwerena, sukcesorem tego statusu było, a w ograniczonym m.in. w odniesieniu do niepodlegania jurysdykcji innego państwa zakresie jest dalej państwo. Jednak w stosunkach wewnętrznych status ten suweren utracił w konsekwencji ewolucji władzy od statusu cesarza-władcy absolutnego w Bizancjum będącego „najwyższym sędzią, panem administracji i wojska” czy króla Franków¹² ku porządkowi państwa praworządnego. Finał ewolucji symbolizuje datowana na koniec XVIII w. legenda „o młynarzu z Sanssouci”. Zgodnie z nią Fryderyk Wielki, gdy przeszkadzał mu hałas wiatraka, zaproponował kupno młyna. Właściciel nie przyjął oferty, a na groźby monarchy wypowiedział słowa wyrażające istotę przekonania o równości wobec prawa: „(...) są jeszcze sądy w Berlinie”. Do rangi symbolu urósł fakt, że monarcha (absolutny), widząc niezachwianą wiarę poddanego w prawo (w wymiar sprawiedliwości), zrezygnował z powiększenia przypałacowego parku¹³.

W przypadku organizacji międzynarodowych brak jest historycznych konotacji (uzasadnień), ich immunitet jurysdykcyjny w samej swojej istocie był/ jest immunitetem funkcjonalnym – miał za cel ochronę i wzmocnienie niezależności organizacji międzynarodowej w jej wewnętrznym działaniu od państwa/państw (gdyby chciały wpłynąć na działania organizacji w trybie nieregulowanym prawem – podważyć jej niezależność)¹⁴. Wskazał na to już w 1931 r. włoski Sąd Kasacyjny, uznając w sporze *Profili v. Międzynarodowy Instytut Rolny* brak właściwości jurysdykcyjnej wobec Instytutu jako podmiotu prawa międzynarodowego, który państwa wyposażyły w pełną autonomię w sferze wewnętrznej¹⁵.

¹² Szerzej J. Baszkiewicz, *Powszechna historia ustrojów państwowych*, Gdańsk 1998, s. 61–62 i 74.

¹³ Szerzej M. Parish, *An Essay on the Accountability of International Organizations*, IOLR 2010, vol. 7, no. 2, s. 18 i nast.

¹⁴ Szerzej patrz: Rule of Law. International Immunity. Centre for Accountability of International Organisations, <http://www.caio-ch.org/RuleofLaw.html>

¹⁵ „(...) from interference by the sovereign power of the States composing the Union except when it consents thereto. Following the better and more widely held doctrine, this Supreme Court holds that the International Institute of Agriculture is such an international legal person. This being so, its power of self-determination or autonomy, which includes that of arranging its own organization and controlling the relations of the organization in their aspects both normal and exceptional rules out all States interference and all authority of its laws substantive or procedural (...). In regard to the International Institute of Agriculture any doubts of this nature must be regard as having disappeared with the granting of diplomatic immunity by the Italian Law of 20 June, 1930 (...), there is nothing which authorizes the intervention of an external jurisdiction”, *Rivista di diritto internazionale* 1931, XXIII, s. 386 i nast.; tekst: *Annual Digest of Public International Law, Case 1929–1930, International Law Reports*, s. 413–415.

2. Uwagi wprowadzające

Przyjęcie 2 grudnia 2004 r. Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego państw i ich własności¹⁶ oraz otwarcie jej – 17 stycznia 2005 r.¹⁷ – do ratyfikacji albo przyjęcia, albo zatwierdzenia, albo przystąpienia powinno – zgodnie ze zwyczajem międzynarodowym wytworzonym wokół kodyfikacji¹⁸ prawa międzynarodowego w praktyce NZ dzięki wytworzeniu kompleksowej regulacji prawnej (złożonej – w różnej, w poszczególnych przypadkach, proporcji – z norm kodyfikujących prawo zwyczajowe jak i będących wynikiem jego rozwoju) wewnątrz, wyznaczonego zakresem kodyfikacji, działu prawa międzynarodowego – zamknąć w istotnym zakresie (potencjalne(?) – wszelkie(?)) kontrowersje dotyczące immunitetu jurysdykcyjnego państwa, a przede wszystkim wytworzyć powszechnie akceptowaną interpretację przedmiotowo istotnych norm¹⁹. Oczywiście nastąpi to, jeśli w ogóle nastąpi, dopiero po wejściu Konwencji w życie, czyli w 30 dniu po spełnieniu wymogu minimalnej liczby ratyfikacji.

¹⁶ Tekst: *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004*; http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf. Patrz również: Komentarz do Konwencji: *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, with commentaries 1991*; http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf.

¹⁷ Konwencję dotychczas podpisało 19 państw: Belgia (22.04.2005), Chiny (14.09.2005), Czechy (13.10.2006), Dania (19.09.2006), Estonia (30.03.2006), Finlandia (14.09.2005), Francja (17.01.2007), Indie (12.01.2007), Islandia (16.09.2005), Madagaskar (15.09.2005), Maroko (17.01.2005), Meksyk (25.09.2006), Paragwaj (16.09.2005), Rosja (01.12.2006), Senegal (21.09.2005), Sierra Leone (21.09.2006), Słowacja (15.09.2005), Timor (16.09.2005), Wielka Brytania (30.09.2005).

Ratyfikowało zaś tylko/aż(?) 11: Austria (14.09.2006, podpisała 17.01.2006), Arabia Saudyjska (01.09.2010), Iran (29.09.2008, podpisał 17.01.2007), Japonia (11.05.2010, podpisała 11.01.2007), Kazachstan (17.02.2010), Liban (21.11.2008, podpisał 11.11.2005), Norwegia (27.03.2006, podpisała 08.07.2005), Portugalia (14.09.2006, podpisała 25.02.2005), Rumunia (15.02.2007, podpisała 14.09.2005), Szwajcaria (16.04.2010, podpisała 19.09.2006), Szwecja (23.12.2009, podpisała 14.09.2005).

¹⁸ Posługując się terminem kodyfikacja w dwóch różnych znaczeniach tzn. zarówno ścisłym (prawnym i prawniczym), kodyfikacja – nadanie formy traktatowej obowiązującym normom prawa zwyczajowego (np. część norm KPT); jak i potocznym, kodyfikacja – każdorazowy wynik prac nad wytworzeniem traktatowej regulacji uniwersalnej w systemie instytucjonalnym ONZ (skrajnym przykładem posługiwania się terminem w tym rozumieniu jest zwrot „(...) kodyfikacja reżimu NPT”). O znaczeniu użytego w konkretnym przypadku terminu decyduje kontekst.

¹⁹ Oczekiwanie to („*Stressing the importance of uniformity and clarity in the law of jurisdictional immunities of States and their property, and emphasizing the role of a convention in this regard*”) potwierdziło Zgromadzenie Ogólne w rezolucji A/RES/59/38 z 16 grudnia 2004 r. i Preambuła Konwencji („*Believing that an international convention on the jurisdictional immunities of States and their property would enhance the rule of law and legal certainty, particularly in dealings of States with natural or juridical persons, and would contribute to the codification and development of international law and the harmonization of practice in this area*”).

Miały, co prawda, miejsce również odstępstwa od tej procedury standardowej w przypadkach, w których uznawano, że normy skodyfikowane obowiązują jako normy prawa zwyczajowego lub gdy postrzegano je jako *acquis* w międzynarodowym porządku prawnym²⁰, jednak w odniesieniu do tej Konwencji państwa zdecydowały o nieskorzystaniu z formuły *acquis*, zaś jej normy nie kodyfikują, bez wątpienia, prawa zwyczajowego (o tym dalej).

Zakończenie prac nad Konwencją Narodów Zjednoczonych w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego państw i ich własności powinno (powinność ma w odniesieniu do tego przypadku charakter zwyczaju) zarazem zapoczątkować kodyfikacje kolejne w tym dziale prawa²¹. Przede wszystkim, bo takie jest powtarzalne doświadczenie²², kodyfikację immunitetu jurysdykcyjnego organizacji międzynarodowych i ich własności.

Ta oczekiwana i pożądana prawidłowość (serii kodyfikacji wewnątrz działu) potwierdza się w przypadku kodyfikacji i stopniowego rozwoju immunitetu jurysdykcyjnego tylko częściowo. W Komisji Prawa Międzynarodowego trwają prace m.in. nad projektem konwencji regulującej immunitet funkcjonariuszy państwa w odniesieniu do zagranicznej jurysdykcji karnej. Brak jest jednak zapowiedzi kodyfikacji immunitetu jurysdykcyjnego organizacji międzynarodowych i ich własności; można oczywiście uznać materię immunitetu jurysdykcyjnego organizacji międzynarodowych i ich własności za skodyfikowaną (tyle, że w wielu tekstach międzynarodowych).

To nie jedyne odstępstwo od wskazanego, *sui generis*, zwyczajowego standardu oenzetowskiego prawotwórstwa, również nie jest to odstępstwo o największym ciężarze gatunkowym – najpoważniejsze w skali zagrożeń. Również w innych zakresach prawniczej analizy tej legislacji trudno ocenić, że sytuacja po kodyfikacji materii immunitetu jurysdykcyjnego państw i ich własności mieści się w ramach zwyczaju.

Można wyrażać istotne wątpliwości zarówno w odniesieniu do treści przyjętych uregulowań, jak i ich interpretacji, obawiać się można, że kolejne – co będzie jednak już wątpliwym sukcesem kodyfikacji – ujawni praktyka. Można nawet poddać w wątpliwość poziom legislacyjny Konwencji, np. przeniesienie/umieszczenie w Aneksie regulacji merytorycznie istotnych trudno uznać za praktykę pożądaną.

²⁰ Za autora terminu w tym kontekście można uznać Crowforda. Szerzej patrz: J. Menkes, *Artykuł 53 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów – kodyfikacja czy rozwój?*, [w:] Z. Galicki, T. Kaminski, K. Myszone-Kostrzewa, *40 lat minęło – praktyka i perspektywy Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów*, Warszawa 2009, s. 150–154, również idem, *Stopniowy rozwój prawa odpowiedzialności organizacji międzynarodowych – wybrane problemy*, [w:] A. Kozłowski, B. Mielnik (red.), *Odpowiedzialność międzynarodowa jako element międzynarodowego porządku prawnego*, Wrocław 2009, s. 268 i 269.

²¹ Wzorcem i punktem odniesienia jest w tym zakresie oczywiście prawo traktatów i prawo przestrzeni międzynarodowych.

²² Miała miejsce praktyka najpierw wydzielenia z przedmiotowego zakresu objętego legislacją norm ze względu na podmiot-adresata regulacji po to, by kolejno podjąć działania zmierzające do objęcia kolejną konwencją podmioty wyłączone z zakresu regulacji pierwszej konwencji.

Bez wątpienia cechą szczególną Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego państw i ich własności jest proporcja wewnętrzna pomiędzy kodyfikacją a rozwojem – pomiędzy (kolokwialnie rzecz ujmując) starymi a nowymi normami. Jest bowiem niewątpliwą i dobrą praktyką, w ramach której najpierw sprawozdawcy, KPM, a ostatecznie państwa w oenzetowskich konwencjach łączą „dwa w jednym” tzn. i kodyfikują zwyczaj, i tworzą nowe normy. To, jak się wydaje, decyduje o sensie tworzenia konwencji; społeczność międzynarodowa niewątpliwie potrzebuje i spisania norm prawa zwyczajowego (gdyż zarówno ułatwia to poznanie prawa na potrzeby jego stosowania, jak i usuwa – ewentualne – niejasności i różnice), i tworzenia nowego prawa w odpowiedzi na jego brak (wobec „starego” zapotrzebowania i wobec nowych potrzeb)²³.

Zasadne jest więc postawienie w odniesieniu do przypadku immunitetu jurysdykcyjnego państwa i jego własności oraz innych (niż państwo) podmiotów, w tym przede wszystkim międzyrządowych organizacji międzynarodowych, pytania, czy kodyfikacja – nadanie formy traktatu prawu zwyczajowemu w tym konkretnym przypadku było/byłoby konieczne, a przynajmniej racjonalne i możliwe? Jednoznaczna odpowiedź na to pytanie brzmi: nie.

Wbrew zabiegom semantycznym przypisującym dwóm zakresom treści normy regulującej immunitet jurysdykcyjny państwa tzn. absolutnemu i ograniczonemu cechy sekwencyjności: immunitet absolutny – klasyczny, immunitet ograniczony – nowa praktyka nie wskazuje ani na istnienie (kiedykolwiek) jednolitej normy prawa zwyczajowego, ani na jej zmianę – zawężania zakresu immunitetu. Na podstawie praktyki nie można jednoznacznie stwierdzić, czy zawężony został immunitet jurysdykcyjny – absolutny do zakresu ograniczonego, czy to nowe formy działalności państwa nie zostały objęte immunitetem; czy klasyczny jest więc immunitet absolutny²⁴, czy klasyczne są wyłącznie działania *iure imperii*²⁵.

²³ Kwestia ta jest wystarczająco omówiona w oficjalnej informacji o Komisji Prawa Międzynarodowego patrz: *Origin and background of the development and codification of international law*, <http://www.un.org/law/ilc/>

²⁴ J. B. Tate (Acting Legal Adviser) w dokumencie z 19 maja 1952 r., zwanym „Tate Letter”, skierowanym do P. B. Perlman (Acting Attorney General) wskazał, że „The classical or virtually absolute theory of sovereign immunity has generally been followed by the courts of the United States, the British Commonwealth, Czechoslovakia, Estonia, and probably Poland.

The decisions of the courts of Brazil, Chile, China, Hungary, Japan, Luxembourg, Norway, and Portugal may be deemed to support the classical theory of immunity if one or at most two old decisions anterior to the development of the restrictive theory may be considered sufficient on which to base a conclusion.

The position of the Netherlands, Sweden, and Argentina is less clear since although immunity has been granted in recent cases coming before the courts of those countries, the facts were such that immunity would have been granted under either the absolute or restrictive theory. However, constant references by the courts of these three countries to the distinction between public and private acts of the state, even though the distinction was not involved in the result of the case, may indicate an intention to leave the way open for a possible application of the restrictive theory of immunity if and when the occasion presents itself.

Równie uprawnione były dwa różne kierunki legislacji albo nadanie uniwersalnego charakteru praktyce sankcjonującej absolutnym immunitet jurysdykcyjny państwa i innych podmiotów (jednak w tym przypadku spisywanie prostego

A trend to the restrictive theory is already evident in the Netherlands where the lower courts have started to apply that theory following a Supreme Court decision to the effect that immunity would have been applicable in the case under consideration under either theory.

The German courts, after a period of hesitation at the end of the nineteenth century have held to the classical theory, but it should be noted that the refusal of the Supreme Court in 1921 to yield to pressure by the lower courts for the newer theory was based on the view that that theory had not yet developed sufficiently to justify a change. In view of the growth of the restrictive [425 U.S. 682, 713] theory since that time the German courts might take a different view today.

The newer or restrictive theory of sovereign immunity has always been supported by the courts of Belgium and Italy. It was adopted in turn by the courts of Egypt and of Switzerland. In addition, the courts of France, Austria, and Greece, which were traditionally supporters of the classical theory, reversed their position in the 20's to embrace the restrictive theory. Rumania, Peru, and possibly Denmark also appear to follow this theory.

Furthermore, it should be observed that in most of the countries still following the classical theory there is a school of influential writers favoring the restrictive theory and the views of writers, at least in civil law countries, are a major factor in the development of the law. Moreover, the leanings of the lower courts in civil law countries are more significant in shaping the law than they are in common law countries where the rule of precedent prevails and the trend in these lower courts is to the restrictive theory.

Of related interest to this question is the fact that ten of the thirteen countries which have been classified above as supporters of the classical theory have ratified the Brussels Convention of 1926 under which immunity for government owned merchant vessels is waived. In addition the United States, which is not a party to the Convention, some years ago announced and has since followed, a policy of not claiming immunity for its public owned or operated merchant vessels. Keeping in mind the importance played by cases involving public vessels in the field of sovereign immunity, it is thus noteworthy that these ten countries (Brazil, Chile, Estonia, Germany, Hungary, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Sweden) and the United States have already relinquished by treaty or in practice an important part of the immunity which they claim under the classical theory [425 U.S. 682, 714].

It is thus evident that with the possible exception of the United Kingdom little support has been found except on the part of the Soviet Union and its satellites for continued full acceptance of the absolute theory of sovereign immunity. There are evidences that British authorities are aware of its deficiencies and ready for a change. The reasons which obviously motivate state trading countries in adhering to the theory with perhaps increasing rigidity are most persuasive that the United States should change its policy. Furthermore, the granting of sovereign immunity to foreign governments in the courts of the United States is most inconsistent with the action of the Government of the United States in subjecting itself to suit in these same courts in both contract and tort and with its long established policy of not claiming immunity in foreign jurisdictions for its merchant vessels. Finally, the Department feels that the widespread and increasing practice on the part of governments of engaging in commercial activities makes necessary a practice which will enable persons doing business with them to have their rights determined in the courts. For these reasons it will hereafter be the Department's policy to follow the restrictive theory of sovereign immunity in the consideration of requests of foreign governments for a grant of sovereign immunity", <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=425&invol=682>

Ta jednoznaczna, a tak istotna dla przedmiotowych rozważań analiza praktyki nie została nigdy podważona.

²⁵ Podstawą podziału jest doktryna „act of State”, która była analizowana w sprawie *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, a wcześniej m.in. w *Underhill v. Hernandez* czy *Oetjen v. Central Leather Co.*; szerzej H. J. Steiner, D. F. Vagts, H. Hongju Koh, *op. cit.*, s. 780–819.

przepisu – jednozdaniowej normy trudno byłoby uznać za zachowanie racjonalne) albo takież zabieg w odniesieniu do immunitetu ograniczonego (z wyznaczeniem podstaw ograniczenia). Materia immunitetu jurysdykcyjnego państwa i jego własności zostały poddane kodyfikacji, ponieważ niektóre(!) (dalece nie wszystkie) państwa chciały usankcjonować zmiany w prawie wewnętrznym (USA²⁶ i Wielka Brytania²⁷), niektóre nadać charakter uniwersalny praktyce własnej (Europa²⁸), ponieważ istniał/istnieje spór nie tylko pomiędzy podmiotami prawa międzynarodowego, ale i innymi aktorami międzynarodowymi o treść i zakres immunitetów międzynarodowych (bo nie tylko jurysdykcyjnego) i uprawnionych z jego tytułu.

Spór cechuje się zmienną, jednak stale wysoką dynamiką, angażuje w znaczącym stopniu zainteresowanie opinii społecznej i dotyka kwestii pytań fundamentalnych. Z jednej strony mamy do czynienia, częściowo, z obroną zdolności do działania w stosunkach międzynarodowych – prawem uznającym za wartość względ na funkcjonalizm (obrona immunitetu), z drugiej strony mamy do czynienia z prawem/postulatem odwołującym się do aksjologii moralnej, tzn. równości wobec prawa (co najmniej ograniczenie immunitetu). Wyostrajając, można podnosić albo że immunitet ograniczony zagraża obrotowi, albo że immunitet absolutny zagraża prawu (wartościom z nim utożsamianym, takim jak równość i pewność stosowania)²⁹. Jednak nie podlega wątpliwości, że stan wytworzony w wyniku przyjęcia Konwencji Narodów Zjednoczonych i niewiejsza jej (dotychczas) w życie jest szczególnie zły. Neglizuje bowiem zarówno brak uniwersalnego reżimu immunitetu jurysdykcyjnego państwa (i innych podmiotów prawa międzynarodowego) i ich własności, jak i niedążenie do wytworzenia

²⁶ Mocą Sekcji 1604 z *Foreign Sovereign Immunities Act* z 1976 r. „Subject to existing international agreements, to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign State shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter”.

²⁷ Zgodnie z artykułem 1 *State Immunity Act* z 1978 r. „1. (1) A State is immune from jurisdiction of the courts of the United Kingdom except as provided in the following provisions of this part of this Act. (2) A court shall give effect to the immunity conferred by this Section even though the State does not appear in the proceedings in question”.

²⁸ „Zważywszy na fakt, że w prawie międzynarodowym istnieje tendencja do zawężania przypadków (podkr. – J. M.), w których Państwo może powoływać się na immunitet wobec obcych sądów”. Konwencja europejska z 1972 r. (*European Convention on State Immunity*, Bazel 16.05.1972).

²⁹ Tak KPM w Raporcie KPM (s. 159) „‘2 Jurisdictional immunities of States and their property’ is clearly a topic of public international law affecting the rights, interests and duties of States as well as of private persons, inasmuch as conflicts and disputes may arise from the intercourse and transactions between foreign States and private persons. 13. The topic is of interest to States broadly from two opposing standpoints: States as territorial sovereigns for the exercise of their sovereign authority over the entirety of their territorial units, and States as foreign sovereigns being impleaded or pursued in litigation or suits by individual or corporate plaintiffs before the judicial or administrative authorities of another State exercising territorial jurisdiction over cases involving foreign States”, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1978_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1978_v2_p2_e.pdf).

powszechnego standardu. Protagonisci kierunku legislacji – ograniczonego immunitetu jurysdykcyjnego, który odzwierciedla Konwencja, udowodnili swoją siłę-możliwość(?), jednak nie doprowadzili do ostatecznego zwycięstwa, tzn. wejścia w życie Konwencji. Mało tego, żaden ze stałych członków Rady Bezpieczeństwa nie ratyfikował Konwencji, tylko 4 z 5 z nich ją podpisało³⁰, jednak główny – jak mogłoby się wydawać – zwolennik kierunku kodyfikacji USA nie uczyniły nawet tego. Zachowanie USA oznaczać może albo niewiarę w sukces tzn. wejście Konwencji w życie, albo nastawienie na działania unilateralne w odniesieniu do immunitetu jurysdykcyjnego podmiotów prawa międzynarodowego i ich własności, albo szersze: negatywne nastawienie do legislacji międzynarodowych w formule instytucjonalnej ONZ³¹.

a. Antecedencje odejścia od immunitetu absolutnego

Rzeczą oczywistą jest, że idea ograniczenia immunitetu jurysdykcyjnego państwa nie pojawiła się niczym *deus ex machina* w II połowie XX w. Absolutny immunitet jurysdykcyjny państwa został w sposób istotny podważony już przez Instytut Prawa Międzynarodowego na sesji w Cambridge 1895 r.³² Decydującym argumentem na rzecz zmian były jednak procesy, które miały miejsce w wieku XX; podjęcie przez państwa o gospodarce niewolnorynkowej (zwanej: centralnie planowaną) zawodowej działalności (produkcyjnej i handlowej) nastawionej na zysk, w której państwa chciały zarówno korzystać z wszystkich uprawnień osoby prawnej w obrocie handlowym, jak i być chronione immunitetem jurysdykcyjnym państwa przed odpowiedzialnością z tytułu uczestnictwa w tym obrocie. Jednak obecnie

³⁰ Trudno o jednoznaczną prognozę konsekwencji złożenia przez Chiny i Rosję podpisów pod Konwencją. Może to być bowiem zapowiedź, że państwa te zmieniły ostatecznie swoje stanowisko i akceptują ograniczenie immunitetu w zakresie wyznaczonym Konwencją, może to być jednak również gest polityczny – dowód postawy nastawionej na współpracę generalnie, jednak nieprzekładający się w tym konkretnym przypadku na ratyfikację.

³¹ Można bowiem w tym przypadku zarówno dostrzegać kontynuację/ciągłość amerykańskiej praktyki zademonstrowanej w odniesieniu do Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa i Statutu rzymskiego MTK, jak i traktować ten przypadek jako zdecydowanie odrębny.

³² Patrz: ograniczenia artykułu 16 w odniesieniu do regulacji generalnej *Règlement sur les immunités diplomatiques*, „L’immunité de juridiction ne peut être invoquée:

1° En cas de poursuites exercées à raison d’engagements contractés par la personne exempte, non en sa qualité officielle ou privée, mais dans l’exercice d’une profession exercée par elle dans le pays concurremment avec ses fonctions diplomatiques;

2° En matière d’actions réelles, y compris les actions possessoires, se rapportant à une chose, meuble ou immeuble, qui se trouve sur le territoire.

Elle subsiste, même en cas de contravention dangereuse pour l’ordre ou la sécurité publique ou de crime attentatoire à la sûreté de l’État, sans préjudice du droit pour le gouvernement territorial de prendre telles mesures conservatoires qu’il appartiendra (art. 6, 3°)”, http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1895_camb_01_fr.pdf.

te problemy i zjawiska, nawet jeśli nie mają wyłącznie charakteru historycznego, to nie na nich koncentruje się uwaga opinii publicznej i nie one są powodem zdecydowanego podważania norm składających się na immunitet jurysdykcyjny podmiotów prawa międzynarodowego. W centrum zainteresowania znajdują się przypadki nadużycia immunitetu, głównie zresztą dyplomatycznego, o charakterze kryminalnym z udziałem zarówno państw – ich przedstawicieli dyplomatycznych, jak i organizacji międzynarodowych – funkcjonariuszy międzynarodowych. Ze zdecydowanym sprzeciwem spotykają się przypadki zdarzeń o różnym ciężarze gatunkowym³³, składające się jednak na jednolity obraz nadużyć prawa³⁴: – skandale „Oil for Food”³⁵ i „Sex for Food”³⁶; – ochrona przed postawieniem (w 1983 r.) syna dyplomaty akredytowanego w USA w stan oskarżenia pod zarzutem 15 gwałtów; – nadużycia seksualne Wysokiego Komisarza NZ ds. uchodźców Ruud Lubbers³⁷; – unikanie na dużą skalę wykonywania zobowiązań z tytułu długów, alimentów i świadczeń rodzinnych³⁸ (o skali i powadze zjawiska świadczy fakt, że było ono przedmiotem dyskusji w trakcie IV Światowej Konferencji NZ nt. kobiet w 1995 r. w Pekinie)³⁹; – zabójstwo, strzałem z okna ambasady libijskiej w Londynie (1984 r.), policjantki Yvonne Fletcher⁴⁰; – stwarzanie poważnego zagrożenia i wypadków w ruchu drogowym, które ilustruje określenie autostrady w okolicy Bonn „Diplomatenrennbahn” czy wypadki ze skutkiem śmiertelnym zawinione przez dyplomatów (rumuńskiego – Silviu Ionescu, gruzińskiego – Geuorgui Makharadze, rosyjskiego – Andrei Knyazev czy amerykańskiego – Douglas Kent); – pogarda dla prawa – niepłacenie za parkowanie⁴¹.

³³ Świadomie przywołuję jednak wyłącznie przypadki mające jednoznacznie kryminalny wymiar.

³⁴ Szerzej E. P. Flaherty, *The Abuse of Functional Immunity Party Almost Over Last Chance, Last Call?*, UN Special 2003 Archive July–August 2003, no. 620; również M. Parish, *op. cit.*, s. 6 i nast.

³⁵ Nadużycia ujawnione w Raporcie Volckera obciążały imiennie Sekretarza Generalnego ONZ Kofi A. Annana, ale również Organizację. Początek ujawnieniu przestępstw dało śledztwo wszczęte w 2005 r. przez Roberta Morgenthau’a które objęło wysokiego funkcjonariusza ONZ Benona Sevana (obywatela cypryjskiego); szerzej K. Anderson, *Legal Accountability of International Organizations and Their Agents*, *Opinio Juris* December 28th, 2010, <http://opiniojuris.org/2010/09/16/legal-accountability-of-international-organizations-and-their-agents/>

³⁶ Terminem tym określa się serię przestępstw-skandali, w których osoby zatrudnione przez UNHCR w Sierra Leone, Liberii i Gwinei w zamian za żywność dopuszczały się przestępstw seksualnych (m.in. gwałtów) przeciwko młodym kobietom – uchodźcom.

³⁷ Szerzej P. Goodenough, *U.N. Employees Seek U.S. Supreme Court Ruling on Immunity for Top Officials*, Thursday, March 04.2010, <http://www.cnsnews.com/node/62254>

³⁸ Do rangi symbolu urosły sprawy *Barbara Elzohairy* (żony przedstawiciela Egiptu przy ONZ) czy *Fernandez v. Fernandez* (na tle rozwodu obywatelki USA z przedstawicielem Mozambiku przy ONZ).

³⁹ Szerzej patrz: hasło „Diplomatic Immunity”, *West’s Encyclopedia of American Law* 2005, <http://www.encyclopedia.com/doc/1G2-3437701403.html>

⁴⁰ Patrz: B. Bailey, *Police condemn Libya trial for Yvonne Fletcher killer*, „London Evening Standard”, 14 Sep. 2009.

⁴¹ W lutym 1995 r. Burmistrz Nowego Jorku Rudolph Giuliani ujawnił zaległości dyplomatów na kwotę 800 000 USD.

b. Kolejne kroki

Jeśli już jednak stworzono (tzn. Konwencję) ten pierwszy krok – nie wiadomo oczywiście, czy ku wytworzeniu nowego, uniwersalnego porządku normatywnego w odniesieniu do immunitetu, czy ku ujawnieniu i pogłębieniu różnic standardów prawnych pomiędzy państwami to nie sposób na tym pierwszym kroku – tzn. regulacji dookreślonej podmiotowo – poprzestać. Inne niż państwa podmioty prawa międzynarodowego publicznego tzn. międzyrządowe organizacje międzynarodowe i pozarządowe organizacje międzynarodowe potrzebują kodyfikacji (sobie właściwego) immunitetu jurysdykcyjnego i ich własności tak samo jak państwa, tylko że bardziej⁴². Potrzebują również kodyfikacji pozostałych immunitetów⁴³ i odpowiedzi na pytanie, czy ich immunitet jurysdykcyjny (acz nie tylko) może być różny zakresem, co w tym przypadku oznacza szerszy od immunitetu jurysdykcyjnego państwa. O skali wyzwania (dla każdego państwa, ale i dla całej społeczności międzynarodowej, a także dla każdej organizacji międzynarodowej) decyduje liczba funkcjonujących (w poszczególnych państwach⁴⁴) organizacji międzynarodowych i dynamika procesu obejmowania kolejnych immunitetami, w tym jurysdykcyjnym⁴⁵.

c. Ile kodyfikacji? Ile stopniowego rozwoju?

Proporcja starego i nowego jest w przypadku każdej kodyfikacji różna, co nie dziwi, jest również faktem, że państwa różnie przyporządkowują normy składające się na (konkretną) konwencję – co już dziwi, ale przede wszystkim powinno skłaniać do odczuwania zaniepokojenia⁴⁶.

⁴² Pogląd zbieżny E. Gaillard, I. Pingel-Lenuzza, *International Organizations and Immunity from Jurisdiction: to restrict or to bypass*, ICLQ 2002, vol. 51, Part 1, s. 1–15.

⁴³ W odniesieniu do państw KPM prowadzi odnośne prace kodyfikacyjne.

⁴⁴ Szacuje się, że w USA uprawnionych z tytułu IOIA jest 75 organizacji międzynarodowych, wśród nich nie tylko powszechnie znane, np. organizacje Systemu NZ czy MKCK, ale tak „egzotyczne”, jak Międzynarodowa Komisja Halibuta Pacyficznego, Międzypaństwowa Komisja Tuńczyka czy Światowy Fundusz do Walki z AIDS, Gruźlicą i Malarcią. W Genewie stale przebywa i pracuje ca 25 000 funkcjonariuszy międzynarodowych, z czego ponad 60% jest zatrudnionych na krótkoterminowych (3–6 m-ce) kontraktach.

⁴⁵ Przykładem jest status INTERPOL-u, który najpierw Prezydent Reagan uznał za publiczną organizację międzynarodową (Executive Order No. 12425 z 16.06.1983), kolejno Prezydent Clinton zwolnił z opłat celnych i przyznał prawo do zwrotu podatków (Executive Order No. 12971 z 09.1995), by ostatecznie (17.12.2009) przez Prezydenta Obamę został zwolniony z wszelkich ograniczeń w korzystaniu z IOIA.

W skłonności do rozszerzania listy uprawnionych z tytułu IOIA na kolejne organizacje brak różnic pomiędzy prezydentami demokratycznymi a republikańskimi.

⁴⁶ Przykładem wyrazistym jest klasyfikacja kategorii *ius cogens* w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów; szerzej J. Menkes, *op. cit.*, s. 147–168; patrz również: A. Gubrynowicz, *Ile kodyfikacji, ile postępowego rozwoju, czy konwencja wiedeńska jest „przestarzała”?*, *ibidem*, s. 121–146.

Otóż, w mojej ocenie, w przypadku Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego państw i ich własności za kodyfikację można uznać, w najlepszym przypadku, jej artykuł 5 „*State immunity*. A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present articles”. Ocena ta ma za podstawę również bezpośredni przebieg prac nad wskazanym artykułem 5 Konwencji, w trakcie których zrezygnowano z zamiaru, by podstawą ograniczenia immunitetu były nie tylko regulacje samej Konwencji, lecz także i prawo międzynarodowe⁴⁷. Zarazem jednak uznano, że nawet tak podstawowy dla Konwencji, a zarazem niezdefiniowany termin musi zostać jednak dookreślony, co dokonano w Aneksie do Konwencji, stwierdzając „With respect to article 10 the term ‘immunity’ in article 10 is to be understood in the context of the present Convention as a whole. Article 10, paragraph 3, does not prejudge the question of ‘piercing the corporate veil’, questions relating to a situation where a State entity has deliberately misrepresented its financial position or subsequently reduced its assets to avoid satisfying a claim, or other related issues”. Reszta jest już rozwojem, co bynajmniej *per se* nie jest wadą Konwencji (ani tej ani jakiegokolwiek innej) i czego Komisja Prawa Międzynarodowego nie ukrywa w Komentarzu⁴⁸. Podnieść można co najwyżej zarzut nieadekwatności tytułu legislacji w stosunku do objętej nią materii, gdyż adekwatnym tytułem dla konwencji byłby bowiem tytuł: (...) konwencja w sprawie ograniczeń immunitetu jurysdykcyjnego państw i ich własności. Oczywiście można się zastanawiać, czy państwa dobrze skorzystały z możliwości do tworzenia nowego prawa w relacji z prawem obowiązującym(?). Odpowiedzi na to pytanie dostarczy rzecz jasna dopiero przyszłość, decydujący będzie dla udzielenia odpowiedzi na to pytanie bowiem czas, ten, który upłynie do wejścia w życie Konwencji w wyniku jej ratyfikacji, i zasięg (liczba

⁴⁷ Dyskutowana była koncepcja, w ramach której (w starej numeracji tzn. Artykuł 6) „A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present articles (and the relevant rules of general international law – podkr. J. M.)”, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1989_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1989_v2_p2_e.pdf).

⁴⁸ „(2) The formulation of article 5, which expresses the main principle of State immunity, has been difficult, as it is a delicate matter. Legal theories abound as to the exact nature and basis of immunity. There is common agreement that for acts performed in the exercise of the *prerogatives de la puissance publique* or ‘sovereign authority of the State’, there is undisputed immunity. Beyond or around the hard core of immunity, there appears to be a grey area in which opinions and existing case law and, indeed, legislation still vary. Some of these indicate that immunity constitutes an exception to the principle of territorial sovereignty of the State of the forum and as such should be substantiated in each case. Others refer to State immunity as a general rule or general principle of international law. This rule is not absolute in any event since even the most unqualified of all the theories of immunity admits one important exception, namely, consent, which also forms the basis for other principles of international law. Others still adhere to the theory that the rule of State immunity is a unitary rule and is inherently subject to existing limitations. Both immunity and non-immunity are part of the same rule. In other words, immunity exists together with its innate qualifications and limitations”.

i ranga państw) ratyfikacji. Nie można bowiem zlekceważyć ani faktu istotnego zróżnicowania stanowisk prawnych państw w stosunku do przyjętych rozwiązań już na etapie wstępnej dyskusji i projektowania⁴⁹, ani obiektywnej nowości przyjętych rozwiązań nawet w ramach oficjalnego stanowiska prawnego głównych promotorów⁵⁰. Państwa członkowskie Rady Europy wskazały ten fakt, wyraż-

⁴⁹ W ankiecie Sekretarza Generalnego ONZ na pytania związane z immunitetem jurysdykcyjnym państw odpowiedziała zdecydowana mniejszość członków Organizacji, również zdecydowana mniejszość publikuje systematycznie orzecznictwo krajowe. Tak więc nie sposób powiedzieć, jakie są/były poglądy prawne państw, jednak, co zdecydowanie ważniejsze, istniała przez cały okres prac w tej nielicznej podgrupie (której poglądy były znane) istotna różnica stanowisk – podział na zwolenników immunitetu absolutnego i jego ograniczeń; szerzej patrz: R. Sonnenfeld, *Immunitet państwa a obecne i przewidywane problemy międzynarodowoprawne stosunków Polski z głównymi państwami kapitalistycznymi*, PISM, Warszawa 1989, s. 4 i 5.

⁵⁰ W przypadku USA punkt wyjścia tej rewolucji odzwierciedla wyartykułowanie, w 1812 r., przez Sędzię Sądu Najwyższego Marshalla doktryny absolutnego immunitetu jurysdykcyjnego państwa, a jej przebieg na osi czasu wyznacza z jednej strony stanowisko Sądu Najwyższego z 1926 r. w sprawie *Berrizzi Brothers Co. v. S.S. Pesaro*, z drugiej zaś stanowisko departamentu Stanu z 1952 r. sformułowane w *Tate Letter*: „According to the newer or restrictive theory of sovereign immunity, the immunity of the sovereign is recognized with regard to sovereign or public acts (*jure imperii*) of a state, but not with respect to private acts (*jure gestionis*) (...). [T]he Department feels that the widespread and increasing practice on the part of governments of engaging in commercial activities makes necessary a practice which will enable persons doing business with them to have their rights determined in the courts. For these reasons it will hereafter be the Department's policy to follow the restrictive theory of sovereign immunity in the consideration of requests of foreign governments for a grant of sovereign immunity. (...) It is realized that a shift in policy by the executive cannot control the courts but is felt that the courts are less likely to allow a plea of sovereign immunity where the executive has declined to do so. There have been indications that at least some Justices of the Supreme Court feel that in this matter courts should follow the branch of the Government charged with responsibility for the conduct of foreign relations (...)” (szerzej patrz: L. M. Drachle, *Some Observations on the Current Status of the Tate Letter*, „The American Journal of International Law” 1960, vol. 54, no. 4, s. 790–800). Tę rewolucję odnotował Sąd Najwyższy w sprawie *Republic of Austria et. A., Petitioners Maria v. Altman*, stwierdzając „(...) the legal concept of sovereign immunity, as traditionally applied, is about a defendant's *status* at the time of suit, not about a defendant's *conduct* before the suit. Thus King Farouk's sovereign status permitted him to ignore Christian Dior's payment demand for 11 'frocks and coats' bought (while king) for his wife; but once the king lost his royal status, Christian Dior could sue and collect (for clothes sold *before* the abdication). See *Ex-King Farouk of Egypt v. Christian Dior*, 84 Clunet 717, 24 I. L. R. 228, 229 (CA Paris 1957) (Christian Dior 'is entitled (...) to bring' the ex-King to court 'to answer for debts contracted' before his abdication 'when, as from the date of his abdication, he is no longer entitled to claim (...) immunity' as 'Head of State'); see also *Queen v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate (Ex parte Pinochet Ugarte)*, 1 App. Cas. 147, 201–202 (1999) (opinion of Lord Browne-Wilkinson) ('[T]he head of state is entitled to the same immunity as the state itself (...). He too loses immunity *ratione personae* on ceasing to be head of state'); cf. *Ter K. v. The Netherlands, Surinam & Indonesia*, 18 I. L. R. 223 (DC Hague 1951) (affording Indonesia sovereign immunity after it became independent while the suit was pending). Indeed, just last Term, we unanimously reaffirmed this classic principle when we held that a now-private corporation could not assert sovereign immunity, even though the events in question took place while a foreign government was its owner.

nie stwierdzając: „Zważywszy na fakt, że w prawie międzynarodowym istnieje tendencja do zawężania przypadków, w których Państwo może powoływać się na immunitet wobec obcych sądów”⁵¹. Zakończono kodyfikację, co może oznaczać albo sukces (usunięcie różnic w regulacjach prawnych pomiędzy państwami zapobiegające potencjalnym kontrowersjom na tle respektowania albo odmowy respektowania immunitetu państwa i jego własności – i ta ocena jest niezależna od oceny aksjologii), albo niepowodzenie (utrzymanie różnic⁵² – nieważność w życie Konwencji lub jej ograniczony zasięg i polityczną trudność w powrocie do prac nad kodyfikacją – ich ponowne podjęcie).

Pośrednim dowodem, że kodyfikacja nie zaowocowała w przypadku immunitetu państwa i jego własności powstaniem norm uniwersalnych jest przedstawianie materii immunitetu jurysdykcyjnego państwa w polskich podręcznikach prawa międzynarodowego. W przypadku podręcznika Wyrozumskiej

Dole Food Co. v. Patrickson, 538 U.S. 468, 479 (2003). We added that ‘[f]oreign sovereign immunity’ is not about ‘chilling’ or not chilling ‘foreign states or their instrumentalities in the conduct of their business’. *Ibid.* (opinion of Kennedy, J.). Rather, the objective of the ‘sovereign immunity’ doctrine (in contrast to other *conduct*-related immunity doctrines) is simply to give foreign states and instrumentalities ‘some protection’, at the time of suit ‘from the inconvenience of suit as a gesture of comity’. *Ibid.*; see also *ante*, at 17–18. Compare *conduct*-related immunity discussed in, e.g., *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731, 749 (1982) (absolute official immunity), *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800, 813 (1982) (qualified official immunity); *Pinochet, supra*, at 202 (*conduct*-related immunity for ‘public acts’). *Third*, the State Department’s and our courts’ own historical practice reflects this classic view. For example, in 1952, the Department issued the Tate Letter adopting a restrictive view of sovereign immunity, essentially holding foreign sovereign immunity inapplicable in respect to a foreign state’s *commercial* activity. Letter from Jack B. Tate, Acting Legal Adviser, U.S. Dept. of State, to Acting U.S. Attorney General Philip B. Perlman (May 19, 1952), reprinted in 26 Dept. State Bull. 984–985 (1952), and in *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, 425 U.S. 682, 711–715 (1976) (App. 2 to opinion of White, J.). As the dissent acknowledges: ‘After the Tate Letter’s issuance, the Executive evaluated suits involving *pre-Tate Letter conduct under the Letter’s new standard* when determining whether to submit suggestions of immunity to the courts. The Court, likewise, seems to have understood the Tate Letter to require this sort of application. In *National City Bank of N. Y. [v. Republic of China]*, 348 U.S. 356 (1955)], the Court suggested that the Letter governed in a case involving *pre-1952 conduct*, though careful consideration of the question was unnecessary there. [*Id.*], at 361’. *Post*, at 11–12 (emphasis and alterations added)”, <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-13.ZC1.html>

Szeroka analiza patrz: G. Born, *International civil litigation in United States courts: commentary & materials*, The Hague 1996, s. 199 i nast.

⁵¹ Preambuła Konwencji Europejskiej o immunitacie Państwa sporządzona w Bazylei dnia 16 maja 1972, <http://www.vilp.de/Plpdf/p014.pdf>.

⁵² Konwencja europejska wyraźnie wytwarza normę subregionalną, „Pragnąc ustanowić w swoich wzajemnych stosunkach wspólne zasady w odniesieniu do zakresu immunitetu jurysdykcyjnego jednego Państwa do jurysdykcji sądów innego Państwa, z myślą zapewnienia zastosowania się do orzeczeń wydanych przeciwko innemu Państwu; Zważywszy, iż przyjęcie owych zasad przyczyni się do przyspieszenia prac nad harmonizacją w dziedzinie prawnej przez Państwa członkowskie Rady Europy”.

i Czaplińskiego autorzy odnotowują kontrowersje i zajmują wobec nich stanowisko neutralne⁵³. W podręczniku Bierzanka i Symonidesa immunitet jurysdykcyjny jest omawiany tylko w kontekście przywilejów i immunitetów dyplomatycznych; w podręczniku nie odnotowano nawet problemu immunitetu jurysdykcyjnego państwa i jego własności⁵⁴. W podręczniku Góralczyka i Sawickiego problem immunitetu i kontrowersji w odniesieniu do materii jest odnotowany, jednak wywód dowodzi zarówno opowiadania się za koncepcją immunitetu absolutnego – co jest dobrym prawem uczonych, jak i, najdelikatniej rzecz ujmując, spóźnionego dostrzegania rzeczywistości, gdy autorzy stwierdzają – w kwietniu 2009 r., że KPM „przygotowuje projekt artykułów w tym (tzn. immunitetu jurysdykcyjnego państwa – uwaga J. M.) zakresie”⁵⁵.

Z tej fotografii polskiego wykładu immunitetu państwa i jego własności z przyczyn oczywistych wyłączam sposób prezentacji zagadnienia przez Shawa – w przetłumaczonym na język polski podręczniku – mieszczący się w standardzie „zachodnim”; autor wyodrębnia w samodzielny rozdział materię immunitetu jurysdykcyjnego i kompleksowo ją analizuje⁵⁶.

Taki polski stan referowania materii jest różny zarówno od standardu amerykańskiego, za jaki można uznać podręcznik Beurgenthala i Murphy’ego, w którym to przypadku immunitet jurysdykcyjny jest kompleksowo przedstawiony w obszernym rozdziale i stanowisko autorów-rządu USA (za immunitetem ograniczonym) jest wyraźnie przedstawione⁵⁷. Odbiega również od standardu europejskiego – za reprezentatywny, dla którego można uznać umiędzynarodowiony podręcznik Cassese; autor wskazuje na zmianę w prawie i uznaje za istotne wyłączanie spod immunitetu aktów *jure gestionis or jure privatorum* – stanowiska autora dowodzi pośrednio sam tytuł podrozdziału: *Immunities and other limitations on sovereignty*⁵⁸.

Te różnice są istotne, gdyż wobec braku formalnego i ogólnego stanowiska polskiego w odniesieniu do immunitetu jurysdykcyjnego państwa i jego własności to podręczniki z jednej strony w jakimś stopniu są refleksem polskiego punktu widzenia, z drugiej zaś strony to na nich kształcą się polscy funkcjonariusze publiczni – to oni będą decydować o stanowisku Polski w stosunku do immunitetu państwa i jego własności, i kolejnych kwestii immunitetu.

⁵³ W. Czapliński, A. Wyrozumaska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 1999, s. 199–201.

⁵⁴ R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2005, s. 177 i 178 oraz 180 i 181.

⁵⁵ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2009, s. 134 i 135.

⁵⁶ M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 375–413.

⁵⁷ Th. Beurgenthal, S. D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, St. Paul 2002, s. 222–256.

⁵⁸ A. Cassese, *International Law*, Oxford 2001, s. 91–93.

d. Zakres analizy

Jednak nie te niezwykle istotne problemy i wyzwania wyznaczają wyłączny obszar badania. Chcę zbadać również na ile z jednej strony jest faktem w przypadku immunitetu organizacji międzynarodowych i ich własności istnienie uniwersalnych norm zwyczajowego prawa międzynarodowego regulujących przedmiotową materię, mających za podstawę powtarzalne regulacje w umowach jednostkowych⁵⁹, z drugiej strony, czy i w jakim stopniu możliwy będzie w stosunku do immunitetu organizacji międzynarodowych i ich własności powtórzenie *modus operandii* zastosowanego – z powodzeniem – w przypadku Konwencji wiedeńskiej prawa traktatów organizacji międzynarodowych i realizowanego w odniesieniu do projektu konwencji regulującej odpowiedzialność organizacji międzynarodowych tzn. wytworzenie spójnego zespołu konwencji NZ.

e. Teza

Tezą badania jest brak uniwersalnych norm zwyczajowego prawa międzynarodowego immunitetu jurysdykcyjnego państwa – fakt anihilacji istniejących (w przeszłości) przez zmiany stanów faktycznych w odniesieniu do immunitetu jurysdykcyjnego państwa i jego własności⁶⁰ i immanentna niemożność wypracowania regulacji uniwersalnej – w odniesieniu do każdej organizacji międzynarodowej wobec niejednorodności kategorii organizacja międzynarodowa⁶¹ nawet w podgrupie międzyrządowych organizacji międzynarodowych – a uprawnionymi z tytułu immunitetu jurysdykcyjnego są również organizacje niemające takiego charakteru np. INTERPOL, ale przede wszystkim MKCK⁶². Mam bowiem podstawową wątpliwość, czy można w odniesieniu do organizacji międzynarodowych powtórzyć wprowadzającą konstatację preambuły Konwencji „[c]onsidering that the jurisdictional immunities of States and their property are generally accepted as a principle of customary international law” – iż organizacje międzynarodowe są i powinny być

⁵⁹ W przypadku państw potwierdził to Projekt Deklaracji Praw i Obowiązków Państw z 1949 r. w artykule 2 („Every State has the right to exercise jurisdiction over its territory and over all persons and things therein, subject to the immunities recognized by international law”), http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/2_1_1949.pdf.

⁶⁰ Nic na aktualności nie utraciła ocena Sonnenfeld: „Obecnie trudno jest mówić o panującej normie prawa zwyczajowego w tej (immunitetu – przyp. J. M.) dziedzinie”. R. Sonnenfeld, *op. cit.*, s. 4.

⁶¹ To zróżnicowanie jest silniejsze niż w przypadku państw, acz również w ich przypadku fundamentalna zasada prawa międzynarodowego „(...) równości” jest konfrontowana z praktyką pochodną istnieniu np. państw miniaturowych i mimo że można odłożyć moment, to nie będzie można nie udzielić odpowiedzi prawnej na to wyzwanie.

⁶² Obawiam się zresztą, że to istniejące i pogłębiające się zróżnicowanie organizacji międzynarodowych wymusi wielość nie tylko przyszłych kodyfikacji, ale również rozszczępienie KPT II.

uprawnione z tytułu immunitetu jurysdykcyjnego sądów państw i czy społeczność międzynarodowa byłaby skłonna taką normę zaakceptować, uznając za uprawnioną z jej tytułu każdą organizację mieszczącą się w jednorodnym formalnie podzbiórze międzyrządowych organizacji międzynarodowych poszerzonym o inne organizacje – beneficjentów tego statusu *ad casum*. Jak również, jaka w odniesieniu do organizacji międzynarodowych byłaby treść wyjątków od immunitetu i czy analogicznie generalne ich określenie jak i rezygnacja z ich generalnego określenia jest w przypadku przyszłej potencjalnej kodyfikacji możliwa?

3. Immunitet jurysdykcyjny organizacji międzynarodowej – stan prawny – rekonstrukcja normy

W sytuacji, w której brak jest normy/norm abstrakcyjnych i generalnych wyznaczających treść immunitetu jurysdykcyjnego organizacji międzynarodowych⁶³ badanie możliwe jest wyłącznie *ad casum*, poprzez odwoływanie się do regulacji wytworzonych na potrzeby poszczególnych organizacji⁶⁴ i, następnie, weryfikacja albo falsyfikacja hipotezy zakładającej istnienie modelu. Nie cofając się ponad konieczność w przeszłość, wskazać należy, że mocą §2 Konwencji dotyczącej przywilejów i immunitetów Narodów Zjednoczonych „Organizacja Narodów Zjednoczonych, jej majątek i aktywa, gdziekolwiek i w czyichkolwiek rękach by się znajdowały, korzystają z przywileju niepodlegania jakiegokolwiek procedurze sądowej, chyba że Organizacja w jakimś szczególnym wypadku zrzeknie się wyraźnie tego immunitetu”⁶⁵. Podobnie, tylko że silniej, immunitet jurysdykcyjny organizacji wyspecjalizowanych stanowi artykuł III Konwencji o przywilejach i immunitetach organizacji wyspecjalizowanych „Organizacje wyspecjalizowane, oraz majątek i aktywa tych organizacji, bez względu na to, gdzie i w czyich rękach się znajdują, korzystają z **pełnego** (podkr. – J. M.) immunitetu jurysdykcyjnego (...)”⁶⁶.

⁶³ Szerzej J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe. Prawo instytucjonalne*, Warszawa 2010, s. 240–243.

⁶⁴ Immunitety i przywileje organizacji nadają i wyznaczają ich zakres umowy – bilateralne lub multilateralne albo akty jednostronne państw lub organizacji międzynarodowych.

⁶⁵ Teksty polskie konwencji (jeśli nie jest wskazane to wyraźnie) A. Przyborska-Klimczak, W. Staszewski, *Prawo dyplomatyczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2001.

⁶⁶ To, relatywne, wzmocnienie treści normy w stosunku do Konwencji odnoszącej się do Narodów Zjednoczonych w polskim tłumaczeniu nie ma uzasadnienia w wersji angielskiej (ani we francuskiej). „The specialized agencies, their property and assets, wherever located and by whomsoever held, shall enjoy immunity from every form of legal process except in so far as in any particular case they have expressly waived their immunity”, gdyż powtórzono normę „2. The United Nations, its property and assets wherever located and by whomsoever held, shall enjoy immunity from every form of legal process except insofar as in any particular case it has expressly waived its immunity. It is, however, understood that no waiver of immunity shall extend to any measure of execution”.

Oczywiście w przypadku, gdy załamanie jednolitego, uniwersalnego reżimu prawnego prawa zwyczajowego absolutnego immunitetu jurysdykcyjnego państwa jest wynikiem, w decydującym stopniu, działań USA, niezbędne jest zbadanie stosunku USA do immunitetu jurysdykcyjnego organizacji międzynarodowych. Badanie zapoczątkowuje stwierdzenie, że Konwencja o przywilejach i immunitetach Narodów Zjednoczonych weszła w życie w stosunku do USA (dopiero) 29 kwietnia 1970 r.⁶⁷ Abstrahując od kwestii: – nieistotnej w tym przypadku (a znacznie szerszej) kwestii stosunku USA do traktatów wielostronnych; – i zakresu immunitetu jurysdykcyjnego, z którego tytułu ONZ był do tego czasu uprawniony w USA, to najistotniejszym jest fakt, że USA uznały immunitet absolutny ONZ już po dacie, w której poprzez *the Tate Letter* odrzuciły prawo państwa do bycia uprawnionym z tytułu takiego (tzn. absolutnego) immunitetu. W stosunku do Konwencji o przywilejach i immunitetach organizacji wyspecjalizowanych USA, nie będąc również jej stroną, uznały potrzebę złożenia 8 lipca 1975 r. Deklaracji odnoszącej się do deklaracji rządu NRD pochodnej akcesji tego państwa do Konwencji; również Deklaracja nie wskazuje na podważanie zakresu absolutnego immunitetu jurysdykcyjnego organizacji wyspecjalizowanych⁶⁸. Konwencję o bezpieczeństwie personelu Organizacji Narodów Zjednoczonych i personelu współdziałającego Stany Zjednoczone podpisały 19 grudnia 1994 r. i mimo że umowy nie ratyfikowały, to nie wniosły również zastrzeżeń do jej artykułu 6 ust. 1 przedmiotowo istotnego.

Jednak nawet akceptując amerykańską perspektywę, decydujący charakter ma regulacja zawarta w *United States International Organizations Immunities Act (IOIA)* z 29 grudnia 1945 r., zgodnie z którą „(b) International organizations,

⁶⁷ Patrz: <http://www.state.gov/documents/organization/143863.pdf>.

⁶⁸ Patrz: DECLARATION relating to the declaration made upon accession by the German Democratic Republic concerning application to Berlin (West) *Received on: 8 July 1975* FRANCE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND UNITED STATES OF AMERICA „[The declaration by the German Democratic Republic refers] to the Quadripartite Agreement of 3 September 1971. 3 This Agreement was concluded in Berlin between the Governments of the French Republic, the Union of Soviet Socialist Republics, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America. [The Government sending this communication is not a party to the Quadripartite Agreement and is] therefore not competent to make authoritative comments on its provisions”. The Governments of France, the United Kingdom and the United States wish to bring the following to the attention of the States Parties to the [instrument referred to in the above-mentioned communication.] When authorising the extension of [this instrument] to the Western Sectors of Berlin, the authorities of the Three Powers, acting in the exercise of their supreme authority, ensured in accordance with established procedures that [this instrument is] applied in the Western Sectors of Berlin in such a way as not to affect matters of security and status. „Accordingly, the application of [this instrument] to the Western Sectors of Berlin continues in full force and effect. „The Governments of France, the United Kingdom and the United States do not consider it necessary to respond to any further communications of a similar nature by States which are not signatories to the Quadripartite Agreement. This should not be taken to imply any change in the position of those Governments in this matter”. *Registered ex officio on 8 July 1975*, <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20973/volume-973-A-521-English.pdf>.

their property and their assets, wherever located, and by whomsoever held, shall enjoy the same immunity from suit and every form of judicial process as is enjoyed by foreign governments, except to the extent that such organizations may expressly waive their immunity for the purpose of any proceedings or by the terms of any contract”. I nie podlega wątpliwości zarówno fakt, że w 1945 r. przyznanie organizacjom międzynarodowym immunitetu jurysdykcyjnego „takiego z jakiego korzystają państwa” oznaczało przyznanie w USA immunitetu absolutnego, jak i to, że Ustawa z 1976 r. Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) zmieniła-ograniczyła zakres immunitetu państw obcych przed sądami amerykańskimi, co jednak nie skutkuje automatyczną zmianą zakresu immunitetu jurysdykcyjnego wyznaczoną IOIA. Ustawodawca (amerykański) znał bowiem zakres immunitetu wyznaczony IOIA i mógł, uchwalając FSIA, ustawowo dostosować zakres immunitetu jurysdykcyjnego przyznany mocą IOIA organizacjom międzynarodowym do przyznanego państwu. Potencjalne wątpliwości są konsekwencją *modus operandi* ustawodawcy amerykańskiego wykorzystanego w 1945 r. Posłużenie się dla wyznaczenia treści immunitetu jurysdykcyjnego organizacji międzynarodowych konstrukcją blankietowego przepisu odsyłającego do znanego i ostrego przepisu, wyznaczającego treści immunitetu jurysdykcyjnego państwa miało w tamtym czasie szereg zalet:

– po pierwsze, przyspieszyło wytworzenie potrzebnej regulacji na terytorium USA (w stosunku do przyszłego i niepewnego zdarzenia, jakim była konwencja międzynarodowa);

– po drugie, odsyłając do znanego i precyzyjnego przepisu, ułatwiało stosowanie prawa i zapobiegało ewentualnym trudnościom lub kontrowersjom w praktyce orzeczniczej;

– po trzecie, ujawniało *ratio legis* ustawodawcy, jakim było zapewnienie jednolitego traktowania państw i organizacji międzynarodowych w zakresie immunitetu jurysdykcyjnego.

Ceną, którą przychodzi jednak zapłacić po 1976 r. za korzyści uzyskane w roku 1945, jest wątpliwość co do wpływu zakresu immunitetu jurysdykcyjnego państwa wyznaczonego FSIA na immunitet jurysdykcyjny organizacji międzynarodowej wyznaczony IOIA⁶⁹. *Ratio legis* ustawy z 1945 r. przemawiałby za zawężeniem immunitetu – odejściem od immunitetu absolutnego, jednak w dobrej praktyce państw materię odesłania po utracie mocy obowiązującej przez przepis, do którego następuje odesłanie, reguluje się w przepisach wprowadzających, mając świadomość, że z jednej strony trudno, by przepis uchylony obowiązywał w odesłaniu, z drugiej jednak strony brak podstaw prawnych do automatycznego

⁶⁹ Potwierdzają to kontrowersje w orzecznictwie sądów amerykańskich, m.in. w sprawie *Oss Nakalva v. Europejska Agencja Kosmiczna czy Atkinson v. Między-amerykański Bank Rozwoju*; szerzej patrz: M. Hardcastle (autorka jest Legal Assistant w Berliner, Corcoran & Rowe, LLP, Washington, D.C), *Immunity of International Organizations*, Wed., 12:20:24, 18 Aug. 2010, <http://embassylaw.com/2010/08/18#0818-esa-iorg>

przeniesienia odesłania na nowy przepis – powyższy pożądaný standard staranności, wymagany w relacjach krajowych, powinien być tylko podwyższony w relacjach międzynarodowych, gdy nie ma podstaw domagania się od podmiotu zewnętrznego bieżącego śledzenia zmian w prawie krajowym⁷⁰. Dodatkowo nie można zlekceważyć faktu, że stanowiącej podstawę zawężenia immunitetu jurysdykcyjnego państwa doktryny „act of State”⁷¹ nie można przenosić mechanicznie na organizacje międzynarodowe, jeśli bowiem w przypadku państwa generalnie „działalność handlowa” (Section 1603 FSIA) ma charakter aktu *iure gestionis*, to nie jest tak, na pewno generalnie, w przypadku organizacji międzynarodowej⁷².

Przywołane regulacje tworzą wspólny standard międzynarodowy i można na ich podstawie uznać istnienie uniwersalnej normy prawa zwyczajowego, regulującej immunitet jurysdykcyjny organizacji międzynarodowych. Powszechność normy potwierdzają uregulowania w umowach kształtujących status prawny organizacji regionalnych; szczególnie w tym przypadku, gdy stronami tych umów partykularnych są państwa opowiadające się za odrzuceniem absolutnego immunitetu jurysdykcyjnego państwa. Z takimi stanami mamy do czynienia w przypadkach Rady Europy, Wspólnot Europejskich i NATO:

– Rada Europy. Podstawą prawną immunitetu jest artykuł 3 Porozumienia ogólnego w sprawie przywilejów i immunitetów Rady Europy z 2 września 1949 r. („Rada, jej majątek i aktywa, bez względu na to, gdzie i w czym posiadaniu się znajdują, korzystają z immunitetu jurysdykcyjnego, chyba że w konkretnym przypadku Komitet Ministrów wyraźnie zrzeknie się tego immunitetu”.);

– Wspólnoty Europejskie. Immunitet potwierdza (wynika to z Preambuły) Protokół o przywilejach i immunitetach Wspólnot Europejskich z 8 kwietnia 1965 r.;

– NATO. Zgodnie z artykułem 5 Umowy dotyczącej statusu Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, przedstawicieli narodowych i personelu międzynarodowego z 20 września 1951 r. „Organizacja, jej majątek i aktywa, gdziekolwiek się znajdują i przez kogokolwiek są zarządzane, będą korzystać z immunitetu od jakiegokolwiek postępowania prawnego, z wyjątkiem szczególnych przypadków, w których Przewodniczący Rady Zastępców, działając w imieniu Organizacji, może w sposób wyraźny zezwolić na zrzeczenie się tego immunitetu”.

W odniesieniu do immunitetu jurysdykcyjnego organizacji i organów międzynarodowych (bo nie wyłącznie „klasycznych” organizacji, ale szerzej „instytucji międzynarodowych”) stwierdzić można istnienie sieci pojedynczych umów,

⁷⁰ Jak zaś stan prawny jest pogmatwany, wskazuje *Diplomatic and Consular Privileges and Immunities From Criminal Jurisdiction Summary of Law Enforcement Aspects*, <http://www.state.gov/documents/organization/20047.pdf>.

⁷¹ Patrz: A. F. Lowenfeld, *International litigation and arbitration*, St. Paul 2002, s. 501 i nast.

⁷² Ilustruje to np. przypadek Międzynarodowej Rady Cyny (ITC) organizacji powołanej w celu stabilizowania cen cyny na rynku światowym poprzez jej zakupy przy obniżce cen i sprzedaż zapasów w korzystniejszych warunkach; szerzej J. Menkes, A. Wasilkowski, *op. cit.*, s. 227.

których zgodne postanowienia tworzą w przedmiotowym zakresie standard – stan uniwersalnego prawa zwyczajowego. Wniosek taki ma potwierdzenie również w zgodnym stanowisku doktryny, reprezentatywny jest podręcznik Kirgis⁷³.

4. Wyzwanie czasu

Jest składnikiem najnowszej historii Polski wręczenie w roku 1999 przez działaczy politycznych Akcji Wyborczej Solidarność Marka Jurka⁷⁴, Michała Kamińskiego⁷⁵ i Tomasza Wołka⁷⁶ pamiątkowego ryngrafu z Matką Boską Augusto Pinochetowi będące demonstracją przeciwko międzynarodowej walce ofiar chilijskiej dyktatury lat 1973–1989 o postawienie przed sądem generała Pinocheta. Jednocześnie posłowie na Sejm RP podnosili zastrzeżenia w trakcie debaty nad ratyfikacją Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w stosunku do możliwości kierowania spraw przeciwko państwu do zewnętrznego organu sądowego.

Polska uznawała immunitet jurysdykcyjny, czemu dał wyraz SN w sprawie *Józefa Ivaldi przeciwko Wanda Montwid-Białozorowa*, stwierdzając, że „(...) powszechna jest zasada prawa narodów, że przedstawiciele dyplomatyczni państw obcych w materii cywilnej są zupełnie zwolnieni od jurysdykcji sądów krajowych, a immunitet ten dawniejszy i rozleglejszy nawet od immunitetu monarchów i suwerenów państw obcych, jest uznaną powszechnie koniecznością w stosunkach pomiędzy narodami, powoduje go bowiem idea niezawisłości państw, niedająca się pogodzić z wykonywaniem jurysdykcji krajowej wobec przedstawiciela innego państwa, a obok tego potrzeba zapewnienia posłom pełnej niezależności przy wykonywaniu powierzonych im czynności, niezależność, zaś ta nie byłaby zabezpieczona dostatecznie, gdyby poseł miał podlegać sądom państwa, przy którym jest uwierzytelniony (...), to też immunitet sądowy przedstawicieli dyplomatycznych, uświęcony powszechnym zwyczajem i prawem narodów, znalazł w wielu państwach swój wyraz również w ustawodawstwie”⁷⁷. Również po II wojnie światowej Polska konsekwentnie reprezentowała stanowisko o absolutnym charakterze immunitetu jurysdykcyjnego i była w tym stanowisku „bezzstronna”. Równie silnie sprzeciwiała się jurysdykcji w stosunku do państwa, broniąc nieuczciwego dyplomaty w sprawie *T. Siennicki przeciwko*

⁷³ F. L. Kirgis, Jr., *International Organizations in Their Legal Setting*, St. Paul 1993, s. 19–53.

⁷⁴ Poseł X kadencji Sejmu PRL oraz I, IV i V Sejmu RP, w latach 2005–2007 Marszałek Sejmu.

⁷⁵ Poseł III i IV kadencji Sejmu RP i deputowany VI i VII Parlamentu Europejskiego.

⁷⁶ Dziennikarz m.in. redaktor naczelny dzienników „Życia Warszawy” i „Życia”.

⁷⁷ Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Pierwszej (Cywilnej), rok 1925 (drugie półrocze), poz. 123.

*SHEA Construction Ltd*⁷⁸, jak i Instytutu kultury austriackiej w Warszawie zwalniającego pracownika z naruszeniem obowiązującego prawa pracy (sąd uznał absolutny immunitet jurysdykcyjny obcego państwa, nie badając nawet, czy Instytut jest, na mocy prawa austriackiego, objęty statusem podmiotowym⁷⁹). Stan ten ulega jednak zmianie, ilustruje to uzasadnienie Postanowienia SN w sprawie *P.E.H. S.A. w K. v. Recep Tayyip E., M.Hilmi G., Abdullatif S., Ali B. v. Skarbowi Państwa Republiki Tureckiej*; SN stwierdził, że „Podstawy immunitetu jurysdykcyjnego upatruje się w samej istocie suwerenności i równości wszystkich państw, stwierdzając, że zasady te nie pozwalają na podległość państwa prawu i jurysdykcji innego państwa. Nie można jednak pomijać, że powszechnie przyjęta zasada ograniczonego immunitetu jurysdykcyjnego państwa obcego sprawia, iż nie obejmuje on działań państwa w zwykłym obrocie cywilnym i gospodarczym, co świadczy o tym, że w istocie nie sama zasada równości i suwerenności państw jest źródłem immunitetu państwa obcego, lecz pewne zasady wypracowane i modyfikowane przez przepisy i zwyczaje międzynarodowe. (...) Immunitet państwa w takich sprawach przyjmuje się powszechnie i stosuje w praktyce, a europejska konwencja o immunitecie państwa jest potwierdzeniem istnienia tego zwyczaju międzynarodowego. (...) Z tych względów trzeba stwierdzić nie ma jurysdykcji krajowej w rozpoznawanej sprawie, a więc w sprawie, w której obce państwo i jego najwyższe organy zostały pozwane o odszkodowanie za szkodę wyrządzoną zarzucanym czynem niedozwolonym, związanym z działalnością władczą państwa, objętą immunitetem jurysdykcyjnym państwa obcego”⁸⁰.

5. Wnioski

Immunitet jurysdykcyjny podmiotu prawa międzynarodowego nie jest wbrew łatwym i spektakularnym wypowiedziom ani *fas* ani *ne fas*. Jest moralnie neutralny, jest dobry, bo obowiązuje. Nie można poddawać immunitetu jurysdykcyjnego w stosunkach międzynarodowych ocenie z punktu widzenia aksjologii moralnej, zarazem konieczne jest wmontowanie go/zapewnienie jego więzi z *l'ordre public*. Państwo jest zwolnione z obowiązków na podstawie immunitetu jurysdykcyjnego tylko przed sądem obcego państwa – nie może korzystać/powoływać się na immunitet przed sądem „własnym”. Pozwala to stwierdzić, że immunitet jurysdykcyjny chroni przed *actio* wyłącznie na *fori* zewnętrznym, legitymowany do *actio* może z nim wystąpić – tyle, że – na *fori* państwa (w tym sensie można uznać immunitet jurysdykcyjny za normę proceduralną).

⁷⁸ Szerzej R. Sonnenfeld, *op. cit.*

⁷⁹ Wyrok z 25 marca 1987 r., sygn. akt I PRN 55/87.

⁸⁰ Postanowienie z dnia 13 marca 2008 r. III CSK 293/07.

Stan prawny i faktyczny ulega zmianie w odniesieniu do organizacji międzynarodowych⁸¹, które nie posiadają sądów (w takim rozumieniu); w odniesieniu do nich brak *fori*⁸² skutkuje brakiem *actio*⁸³.

6. Prognoza – scenariusze

W przedmiotowo i metodologicznie wyznaczonym zakresie badania prawniczego nie mieści się prognoza zmian stanu normatywnego⁸⁴. Jednak od tej, co do zasady pożądanej, ortodoksji dopuszczalne są odstępstwa uzasadnione szczególnym stanem faktycznym ściśle powiązanim z prawnym. I z taką szczególną sytuacją uzasadniającą, a wręcz nakazującą odstępstwo od dyrektywy ogólnej mamy do czynienia w przypadku immunitetu jurysdykcyjnego organizacji międzynarodowych. Decyduje o tym wskazany wcześniej brak uniwersalnych norm immunitetu (państwa) w ścisłym powiązaniu z podmiotową specyfiką organizacji międzynarodowych.

W prognozie rozważyć należy trzy, najbardziej prawdopodobne, scenariusze:

1. Zachowanie stanu istniejącego⁸⁵. Na jego rzecz w perspektywie średnio terminowej – 10–15 lat, a tylko taką jest racjonalna, przemawiają: – konserwatyzm podmiotów tworzących prawo – powolność jego zmian; – trudności z wytworzeniem regulacji ujmującej we wspólnych ramach tak zróżnicowane podmioty, jakimi są organizacje międzynarodowe (ze względu na różnice pomiędzy IGOs i NGOs jak i wewnątrz IGOs pomiędzy organizacjami aktorami a organizacjami forum);

⁸¹ Zdaniem Martin Nerisky rzecznika prasowego Sekretarza Generalnego ONZ Ban Ki-moon wypowiadającego się o przypadku Ruud Lubbers „As a general principle, I think you are aware of the general immunity that exists, (...) I am not talking about specific cases or specific areas, but as a general rule” (cyt. za P. Goodenough, *op. cit.*).

⁸² Zarzut ten został podniesiony przez Cynthię Brzak (przypadek „Ruud Lubbers”) w liście do Prezydenta Obamy „Since the United Nations internal justice system is not independent or credible, the use of diplomatic immunity to prevent U.N. staff access to national legal systems is morally repugnant and inconsistent with human rights norms, (...) Moreover, many in the legal field also believe it to be unconstitutional” (cyt. za P. Goodenough, *op. cit.*).

⁸³ W przedmiotowej sprawie opinię tę podzielił, Nasr Ishak przewodniczący Rady Funkcjonariuszy UNHCR i stanowisko to miało silną podstawę w raporcie wewnętrznej instytucji kontrolnej ONZ Office of Internal Oversight Service (OIOS), na którą wywarto naciski w celu powstrzymania ogłoszenia raportu (Francis Montil b. z-ca szefa śledczych OIOS przytoczył wypowiedź wysokiego funkcjonariusza biura b. Sekretarza Generalnego ONZ Kofi A. Annana „(...) that the complainant was an American woman, and therefore a neurotic attention-seeker who was no doubt exaggerating the incident”).

⁸⁴ Pozytywizm ogranicza wręcz badanie prawa do deskryptywnej analizy prawa istniejącego.

⁸⁵ Zdaniem Jenks zakres immunitetu jurysdykcyjnego jest współzależny od sytuacji międzynarodowej; W. Jenks, *International Immunities*, London 1961.

– racjonalność stanu istniejącego – korzyści w praktyce w połączeniu z możliwością uzyskania w przypadku organizacji międzynarodowych stanu respektowania prawa, któremu to celowi służy ograniczenie immunitetu państwa bez odchodzenia od immunitetu absolutnego organizacji międzynarodowych. Jeśli dwie pierwsze przesłanki wnioskowania nie wymagają w tym miejscu uzasadnienia; tzn. konserwatyzm-powolność w tworzeniu prawa międzynarodowego jest faktem konkludentnym, a trudności były przedmiotem wcześniejszej analizy, to rozwinąć należy, uznając za przesłankę wnioskowania o zachowaniu stanu istniejącego, racjonalność absolutnego immunitetu jurysdykcyjnego organizacji międzynarodowych. Państwa/społeczność międzynarodowa potrzebują organizacji międzynarodowych – narzędzia wytworzone przez nie do realizacji celów, których nie można w ogóle lub przy znacząco wyższych kosztach zrealizować bez nich. Narzędzie to wytworzone i oparte na współpracy jest relatywnie znacząco wrażliwe na zaburzenia we współpracy, a takimi jest zarówno zmiana stanu prawnego niemająca pełnego poparcia w społeczności międzynarodowej, jak i zderzenie organicznego multilateralizmu organizacji międzynarodowej z unilateralizmem państwa wykonującego jurysdykcję sądowniczą w stosunku do innego podmiotu prawa międzynarodowego. Zarazem jeśliby zaakceptować argument, że u źródeł konieczności odejścia od absolutnego immunitetu jurysdykcyjnego państwa i jego własności, stała niezgoda na nadużywanie prawa – na przyzwolenie na praktyki chronienia się przez państwa pod parasolem prawa (immunitetu absolutnego) w odniesieniu do czynów prawo naruszających i brak innych niż sąd narzędzi reagowania na naruszenia prawa i zapobiegania naruszeniom w przyszłości⁸⁶, bo bez wątpliwości państwo nie może wpływać na zachowanie innego państwa – bronić swojego (i swoich obywateli) uprawnionego interesu. To w przypadku organizacji międzynarodowych jest inaczej; państwo, zarówno członek organizacji (IGOs), jak i dopuszczające ją (zarówno IGOs, jak i NGOs), do działania na własnym terytorium dysponuje wystarczającym instrumentarium prawnym, by uniemożliwić je/zapobiec naruszeniu

⁸⁶ Ta przyczyna nie podlega zaś wątpliwości, na co wskazywała m.in. KPM (patrz: Raport, s. 160 i 161) „The crucial question in any study of State immunities is the extent to which States are to be accorded jurisdictional immunities. The doctrine of State immunities was formulated in the nineteenth century during which States confined their activities to functions traditionally recognized as properly within the spheres of State duties and responsibilities. Immunities were accorded to States on the grounds of their sovereign equality and political independence, irrespective of the nature of their activities. However, this doctrine, which has been styled ‘absolute’ or ‘unqualified’ immunity, has not been followed with consistency in the practice of States. 27 A glance at the more recent practice of States and contemporary legal opinions will clearly show that immunity has not been accorded in all cases, and that several limitations have been recognized, with the result that in several categories of cases immunity has been denied. Theories have been advanced advocating limitation of the domain of State immunities. These theories, which have sometimes been styled ‘restrictive’, appear to be gaining further ground in State practice”, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1978_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1978_v2_p2_e.pdf).

prawa⁸⁷ lub spowodować realizację odpowiedzialności. Działania i zaniechania organizacji międzynarodowych (IGOs) są podejmowane w wykonaniu uchwał ich organów, nad którymi państwa członkowskie wykonują nadzór lub w których wspólnie wykonują część suwerenności, w przypadku zaś państwa, w obrębie którego jurysdykcji terytorialnej operuje organizacja, to każdy taki przypadek wymaga uprzedniego przyzwolenia dla wyrażenia, którego konstytutywnym czynnikiem jest rachunek korzyści-kosztów.

2. Zachowanie/zmiana częściowa zakresu przedmiotowego immunitetu jurysdykcyjnego organizacji międzynarodowych – fragmentacja immunitetu organizacji międzynarodowych o charakterze regionalnym⁸⁸. Ten scenariusz wydawać by się mógł szczególnie prawdopodobny⁸⁹. Na rzecz takiej oceny przemawia fakt w postaci wyodrębnienia się europejskiej przestrzeni prawnej UE⁹⁰, wyznaczonej ramami normatywnymi prawa europejskiego, ściśle powiązanej z systemem prawnym Rady Europy obejmującej prawo europejskie praw człowieka⁹¹, ale i ograniczony immunitet jurysdykcyjny państwa i jego własności – Konwencję bazylejską⁹². Wątpliwości budzi jednak nie tylko nader ograniczony zasięg Konwencji bazylejskiej, ale i potencjalne różne drogi ewolucji otwierane przez (aktualną) praktykę⁹³.

a. Orzecznictwo w przedmiotowym zakresie bynajmniej nie uprawnia do wypowiedziania sądów jednoznacznych:

– sprawy *Waite and Kennedy v. Germany*⁹⁴ i *Beer and Regan v. Germany*⁹⁵.

Wszyscy wnioskodawcy, zatrudnieni przez zagraniczne firmy, będący w dyspo-

⁸⁷ Ta ocena odnosi się do korzystania z immunitetu organizacji międzynarodowych, nie zaś immunitetu funkcjonariuszy; tak jak jest oczywistym brak tożsamości immunitetu jurysdykcyjnego państwa z immunitetem dyplomatycznym.

⁸⁸ Podkreśla to Koskenniemi „14. The relationship between special regimes and general international law. A special regime may derogate from general law under the same conditions as *lex specialis generally*”; patrz: M. Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*. Addendum, Appendix. Draft conclusions of the work of the Study Group, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682_add1.pdf.

⁸⁹ Tak np. W. Werner, *The never-ending closure: constitutionalism and international law*, [w:] N. Tsagourias, N. K. Tsagourias (eds.), *Transnational Constitutionalism. International and European Perspectives*. Cambridge 2007, s. 339, patrz również: K. Kuhnert, *Bosphorus – Double standards in European human rights protection?*, „Utrecht Law Review, Research Paper” 2006, vol. 2, s. 177 i nast. (szczególnie 168–169).

⁹⁰ Por. E. Gaillard, I. Pingel-Lenuzza, *op. cit.*, s. 6–8.

⁹¹ Patrz: również odniesienia do materii praw człowieka na s. 85 i nast.

⁹² Patrz również: M. Koskenniemi, *op. cit.*, szczególnie s. 85 i 86, 102–113, 118, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/77/PDF/G0661077.pdf>.

⁹³ A nie podlega wątpliwości, że praktyka ta może iść w kierunku uniwersalizacji standardu europejskiego na co może wskazywać orzeczenie Cour d'Appel, Paris, 19 June 1998, w sprawie UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation, in the person of its legal representatives v. Max-Henri Boulois, Yearbook of Commercial Arbitration 1999, vol. 24a, s. 294–295.

⁹⁴ Wyrok z 18-02-1999 ETPC publikacja 1999-I. Dotyczy naruszenia art 6–1.

⁹⁵ A. Reinisch, *Waite and Kennedy v. Germany, Application No. 26083/94; Beer and Regan v. Germany, Application No. 28934/95*, AJIL 1999, vol. 93, no. 4, 933–938.

zycji Europejskiej Agencji Kosmicznej w celu świadczenia usług w europejskiej przestrzeni Centrum Operacyjne w Darmstadt. Kiedy ich umowy nie zostały przedłużone wszczęli postępowanie przed sądem pracy w stosunku do ESA, podnosząc, że byli – zgodnie z prawem niemieckim – pracownikami ESA. Sądy uznały skargi za niedopuszczalną wobec powołania się ESA na immunitet jurysdykcyjny⁹⁶, stwierdzając, że immunitet jurysdykcyjny stanowi przeszkodę dla postępowania sądowego; Trybunał Konstytucyjny odmówił przyjęcia odwołania. Skarżący podnieśli, przed ETPC, naruszenia artykułu 6(1) EKPC. Trybunał uznał, że argumenty sądów niemieckich na rzecz immunitetu jurysdykcyjnego nie mogą przemawiać na rzecz arbitralności decyzji. Jednak Zdaniem ETPC zastosowane zasady immunitetu jurysdykcyjnego miały słuszny cel, „przyznanie przywilejów i immunitetów organizacji międzynarodowych było podstawowym środkiem zapewnienia prawidłowego funkcjonowania takich organizacji, wolnym od jednostronnych ingerencji przez poszczególne rządy.

Trybunał uznał zarazem, że immunitety nie mogą wpływać na ochronę praw podstawowych; tak więc dla uznania immunitetu ESA decydujące i wystarczające było ustalenie, czy skarżący mieli skuteczną ochronę praw podstawowych i w konsekwencji w stwierdzeniu tego sądy niemieckie nie przekraczały swobodnego uznania – nie miało miejsca naruszenie praw podstawowych.

Uogólniając, w odniesieniu do stanowiska ETPC można wskazać analogię ze sprawą *Solange I i II*, bowiem Trybunał stwierdził *de facto*, że tak długo, jak organizacje międzynarodowe uprawnione z tytułu immunitetu jurysdykcyjnego respektują prawa podstawowe, są one chronione immunitetem jurysdykcyjnym⁹⁷;

– sprawa *Mothers of Srebrenica and the Netherlands/United Nations*. Sąd w Hadze uznał immunitet jurysdykcyjny ONZ przed sądem holenderskim mimo, że strona skarżąca podniosła zarzut ludobójstwa. Sąd (wyrokując po orzeczeniu MTS w sprawie *Al Adsani, and Behrami* w której MTS stwierdził, że „states cannot (...) be held liable for the actions of national troops they made available for international peace-keeping missions. (...) Then the principal question in this incident comes up for discussion: whether the UN enjoys immunity or not. (...) At issue in this case is not a possible state immunity, but the immunity of an international organization, laid down in a treaty in so many words. Between these types of immunity, which are very dissimilar to each other, there is no hierarchical relationship; the one type does not extend “further”, in general terms, and is not more “important” than the other. Decisive for the establishment of meaning of standards of immunity of international institutions is what the parties to the treaty agreed to in the founding treaty in question, (...) With regard to the UN it is true that it is indisputably the most important international institution in the international

⁹⁶ Art XV (2) Konwencji ESA i jej załącznika I.

⁹⁷ W sytuacji organizacji europejskich i transatlantyckich jest to jednak oczywiste zaś – ewentualne – dopuszczenie jurysdykcji w innych przypadkach jest możliwe, ale nie jest pewne.

community, with an almost universal membership among states. (...) The UN acts objected to fall within the functional scope of this organization. It is particularly for acts within this framework that immunity from legal process is intended. (...) As far as the Court knows the UN to date has always invoked its immunity with regard to actions within the functional framework referred to just now, and no exceptions were ever made in practice. (...) On the basis of this the Court concludes that in international-law practice the absolute immunity of the UN is the norm and is respected. (...) A testing on the merits or comprehensive testing is also contrary to the ratio of the immunity of the UN as enshrined in international law. (...) Neither does the available, but scant, jurisprudence about the scope of the standard of article 105, subsection 1 of the UN Charter afford grounds for the conclusion that a national court, if and insofar as it has scope for testing, can proceed in any other way than with the utmost reticence. (...) Now that the interpretation of article 105 of the UN Charter does not offer grounds for restricting the immunity, the question arises whether other international-law standards – outside of the UN frame of reference – prompt a different opinion. This inquiry into conflicting standards is necessary because there are insufficient grounds for accepting a full and unconditional prevailing of international-law obligations of the State under the UN Charter over other international-law obligations of the State. The rule of article 103 of the UN Charter invoked by the State does not always and right away bring relief in the event of conflicting obligations of a peremptory nature (*ius cogens*) or conflicting human rights obligations of an international customary law nature. (...) The Contracting parties are obliged to punish all acts defined by this Convention (Genocide Convention – przyp. J. M.) as genocide within the boundaries set in article VI of the Convention. (...) That the issue in this case was the relationship between state immunity and the prohibition on torture and not the relation between the immunity of international organizations and the prohibition on genocide does not lead to a different opinion in the present case. Just as little as there is any basis in law for a hierarchy between different types of immunity, there are no grounds for a hierarchy between different standards of *ius cogens*. (...) The Court concludes that this same ratio implies that article 6 ECHR cannot be a ground for exception to the – as said before, absolute – immunity under international law of the UN itself. (...) The judgment The Court in the incident to have the Court declare it has no jurisdiction 6.1. declares that it has no jurisdiction to hear the action against the United Nations.”

3. Zmiana istniejącego prawa – wytworzenie norm ograniczających immunitet jurysdykcyjny organizacji międzynarodowych i ich własności do zakresu przedmiotowego, wyznaczonego ograniczonym immunitetem jurysdykcyjnym państwa i jego własności. Na rzecz tej zmiany – przeciwko zachowaniu *status quo* (niezależnie od chwili, w której to nastąpi) przemawia generalne nieakceptowanie, zarówno w społeczności wewnątrzpaństwowej, jak i międzynarodowej, zróżnicowania-dyskryminacji niemającej uzasadnienia w wartościach. Ograniczony

immunitet jurysdykcyjny państwa i absolutny immunitet jurysdykcyjny organizacji międzynarodowych oznacza dyskryminację podmiotowo wyznaczonej grupy spośród podmiotów prawa międzynarodowego. Ta dyskryminacja (pozytywna/negatywna) niemająca uzasadnienia opartego na aksjologii moralnej jest jednoznacznie sprzeczna z zasadą prawa międzynarodowego – równością wobec prawa. Wydaje się, że argumenty pragmatyczne na rzecz zróżnicowania mogą, a być może nawet powinny ulec osłabieniu w konfrontacji z normą równości – obowiązującą, bo dobrą. Oczywiście jestem daleki od uznania obecnej dyskryminacji w prawie za „ustawowe bezprawie” (w terminologii Radbrucha⁹⁸), jednak racje mające za podstawę wartości, nawet jeżeli nie decydują o obowiązywaniu prawa, to w sposób istotny wpływają na decyzje o legislacji i jej kierunek.

⁹⁸ Szerzej J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 323–330.

Władysław Czapliński

Immunitet wysokich funkcjonariuszy państwa w orzecznictwie MTS

Jakkolwiek problemy związane z pozycją głowy państwa i innych wysokich funkcjonariuszy państwowych od dawna stanowiły przedmiot zainteresowania prawa międzynarodowego, a sądy krajowe (zwłaszcza amerykańskie, brytyjskie i francuskie) w ostatnich latach często miały okazję zajmować się nimi, rzadko tematyka ta trafiała do MTS. Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie orzeczenia trybunału w znanej i szeroko komentowanej przez doktrynę sprawie nakazu aresztowania, która skonfrontowała Kongo i Belgię na przełomie wieków¹.

¹ Wyrok z 14 lutego 2002, ICJ Rep., s. 3. Problem immunitetu wysokich funkcjonariuszy był także przedmiotem postępowania w sprawie *pewnych kwestii dotyczących pomocy prawnej w sprawach karnych (Dżibuti pko Francji)*. Wyrok MTS, wydany 4 czerwca 2008 r. (ICJ Rep. 2008, s. 177) nie wniósł jednak zbyt wiele do stanu prawa międzynarodowego w tej materii. Sędziowie hascy rozstrzygnęli, że prośba o złożenie zeznań skierowana przez francuskiego sędziego śledczego pod adresem urzędującego prezydenta Dżibuti nie mogła naruszyć immunitetu tego ostatniego, ponieważ powinna być traktowana jako swego rodzaju zaproszenie do współpracy, pozbawione elementu przymusu. Z kolei wezwanie do złożenia zeznań przez dwóch wysokich funkcjonariuszy Dżibuti, prokuratora generalnego i przewodniczącego rady bezpieczeństwa narodowego, nie mogło być traktowane jako naruszenie prawa międzynarodowego, ponieważ obu tym osobom nie przysługują immunitety analogiczne do immunitetu głowy państwa. Nie są oni bowiem dyplomatami w rozumieniu Konwencji wiedeńskiej z 1961 r. o stosunkach dyplomatycznych. To ostatnie stwierdzenie wydaje się nieco kontrowersyjne, ponieważ sugeruje, że immunitety wysokich funkcjonariuszy państwowych wywodzą się z immunitetu dyplomatycznego, a nie immunitetu państwa. Wyrok MTS nie wzbudził wielkiego zainteresowania merytorycznego – bodaj jedyne dostępne omówienie to G. P. Buzzini, *Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials In International Law*, Leiden JIL 22(2009), s. 455; był natomiast komentowany w związku z pewnymi kwestiami proceduralnymi (*forum prorogatum* jako podstawa jurysdykcji, wyrok deklaratoryjny jako forma satysfakcji w prawie odpowiedzialności międzynarodowej).

Dyskusja teoretyczna na temat karania sprawców aktów kryminalnych spenalizowanych przez prawo międzynarodowe, bardzo żywa w związku z działalnością trybunałów *ad hoc* do spraw byłej Jugosławii i Rwandy, utworzeniem Międzynarodowego Trybunału Karnego, sprawą Pinocheta przed angielską Izbą Lordów, a także szeregiem innych postępowań przeciwko głowom państw i innym osobistościom, zyskała nowy wymiar wraz z rozstrzygnięciem przez MTS sporu dotyczącego nakazu aresztowania, wydanego przez belgijskiego sędziego w postępowaniu przeciwko byłemu ministrowi spraw zagranicznych Konga, niejakiemu Abdulaye Yerodia Ndombasi.

Yerodia, w momencie wydarzeń, których stał się niesławnym bohaterem, niepełniący żadnej oficjalnej funkcji państwowej, wziął udział w mityngu politycznym w Kongo, w czasie którego podburzał miejscową ludność przeciwko członkom sąsiedniego plemienia. Po tej manifestacji doszło do rozruchów, w wyniku których zginęło wiele niewinnych osób.

16 czerwca 1993 r. parlament belgijski uchwalił ustawę o ściganiu i karaniu poważnych naruszeń konwencji genewskich z 1949 r., którą 19 lutego 1999 r. uzupełniono ustawą o ściganiu poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego². Obie ustawy oparto na zasadzie jurysdykcji uniwersalnej, przyznającej sądom belgijskim jurysdykcję w odniesieniu do naruszeń prawa humanitarnego, bez względu na miejsce popełnienia czynu. Na tej podstawie belgijski sędzia śledczy wydał międzynarodowy nakaz aresztowania Yerodii i rozesłał go po całym świecie za pośrednictwem Interpolu. Zgodnie z nakazem, Ndombasi – w owym czasie pełniący obowiązki ministra spraw zagranicznych Konga – powinien zostać aresztowany w momencie, w którym znalazłby się na terytorium któregośkolwiek z państw należących do Interpolu, a następnie przekazany do Belgii w celu osądzenia. Kongo twierdziło, że nakaz aresztowania był nielegalny (niezgodny z prawem międzynarodowym), i skierowało sprawę do Trybunału Haskiego. Zażądało, by sąd orzekł, że Belgia poprzez wydanie nakazu naruszyła prawo, oraz zarządził wycofanie nakazu. Królestwo Belgii ze swej strony wносиło o stwierdzenie, że MTS nie miał w tej sprawie jurysdykcji. Gdyby jednak trybunał uznał co inne, Belgia proponowała odrzucenie skargi kongijskiej i oddalenie wniosku.

1. Wyrok Trybunału (zdanie większości)

W wyroku z 14 lutego 2002 r.³ sędziowie przedyskutowali specyficzne aspekty pozycji ministra spraw zagranicznych na gruncie prawa międzynarodowego. Ograniczyli się do kwestii immunitetu państwa i immunitetu dyplomatycznego,

² Por. P. d'Argent, *La loi du 10 février 1999 relative à la repression des violations graves du droit international humanitaire*, JT 118(1999), no. 5935, s. 549ff.

³ Glosy zob. N. Schultz, *Ist Lotus verblüht?*, ZaöRV 52(2002), s. 703; W. Weiss, *Völkerstrafrecht zwischen Weltprinzip und Immunität*, JZ 2002, no. 14, s. 696; A. Cassese, *When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*;

pomijając całkowicie zagadnienie ewentualnej jurysdykcji uniwersalnej. Uzasadnieniem dla takiego rozwiązania było twierdzenie, że ponieważ Kongo wyłączyło tę kwestię ze swej skargi, a Trybunał – jak każdy sąd – był związany granicami wniosku, MTS nie miał prawa się na jej temat wypowiadać. Większość sędziów uznała absolutny charakter immunitetu ministra spraw zagranicznych w odniesieniu do jurysdykcji karnej. Zdaniem Trybunału, jeżeli nawet statuty międzynarodowych trybunałów karnych poddawały ministrów spraw zagranicznych kompetencji odnośnych organów sądowych, praktyka taka nie może być domniemana ani stwierdzona w świetle ustawodawstw wewnętrznych ani orzecznictwa sądów krajowych. MTS dodał również, że podróżowanie bez przeszkód należy do ważnych zadań każdego ministra spraw zagranicznych, i możliwość taka powinna być zapewniona każdemu z nich. Immunitet funkcjonariuszy państwa ma charakter zwyczajowy i żadna umowa międzynarodowa, dotycząca odpowiedzialności międzynarodowej funkcjonariuszy państwa, nie może go ograniczyć. Pomimo tego ograniczenia, nadal istnieją możliwości ukarania osób, które popełniły przestępstwa przeciwko prawu międzynarodowemu, nawet jeśli nie można potwierdzić jurysdykcji państwa trzeciego. Sprawcy mogą być pociągnięci do odpowiedzialności przed sądami krajowymi zainteresowanego państwa (zwykle ojczystego) albo przed sądami międzynarodowymi.

Następnie Trybunał zdecydował, że nakaz aresztowania wydany przez sąd belgijski był ważny i skuteczny, nawet jeśli zawierał klauzulę, że Ndombasi nie mógłby zostać aresztowany, jeżeli przybyłby do Belgii z oficjalną wizytą państwową. Tym samym stanowił naruszenie prawa międzynarodowego. Stwierdzenie to stanowiło formę deliktu międzynarodowego, za którego wyrządzenie Belgia ponosiła odpowiedzialność. Powinna zatem zadośćuczynić za wyrządzenie Kongu szkody moralnej. Ponieważ nakaz pozostawał w mocy, Belgia powinna go wycofać oraz powiadomić o tym wszystkie zainteresowane państwa.

Decyzja odnośnie do meritum sporu zapadła większością głosów trzynastcie do trzech w sprawie naruszenia immunitetu byłego ministra spraw zagranicznych Konga poprzez wydanie nakazu aresztowania; oraz dziesięcioma głosami do sześciu w sprawie zobowiązania Belgii do wycofania nakazu.

2. Opinie indywidualne poszczególnych sędziów

Znacząca liczba sędziów przedstawiła opinie indywidualne do wyroku; sformułowane zostały w szczególności wyjątkowo liczne zdania odrębne.

Przewodniczący Trybunału, francuski sędzia G. Guillaume, wskazał, że jakkolwiek prawo międzynarodowe nie wykluczało w kategoriyczny sposób

S. Wirth, *Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the Congo v. Belgium Case*; M. Spinedi, *State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?*, EJIL 13(2002), no. 4, odpowiednio s. 853, 876 oraz 895.

sprawowania jurysdykcji karnej, ograniczało jednak ekstraterytorialny wymiar sprawiedliwości do niektórych, wyjątkowych sytuacji, a w szczególności wyłączało jurysdykcję uniwersalną. To przesądzało o tym, że Belgia nie miała prawa ścigać Ndombasiego.

Sędzia R. Ranjeva zgodził się z rozstrzygnięciem większości, ale podkreślił, że we współczesnym prawie międzynarodowym można zaobserwować pewną tendencję w kierunku akceptacji jurysdykcji uniwersalnej przez państwa. Była ona jednakże ograniczona do prawa konwencyjnego i nie mogłaby być uważana za normę powszechnego prawa międzynarodowego (zwyczajowego).

Również sędzia brazylijski, F. Rezek, był zdania, że dokonana przezeń analiza praktyki państw nie uzasadnia przyznania państwu jurysdykcji karnej *in absentia*.

Według sędziego A. G. Koromy, decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia Trybunału miało określenie charakteru i zakresu immunitetu ministra spraw zagranicznych. Nawet jeśli uznalibyśmy, że Belgia byłaby uprawniona do wykonywania jurysdykcji karnej w stosunku do osób oskarżonych o popełnienie najpoważniejszych zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu, włączając zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości (m.in. ludobójstwo), które przebywają na jej terytorium, to jednak taka kompetencja jest wyłączona w odniesieniu do ministra spraw zagranicznych państwa trzeciego, któremu przysługuje immunitet karnoprawny. Z drugiej strony, uchwalenie przez parlament belgijski ustawy oraz wydanie nakazu aresztowania wskazują, że państwo belgijskie bardzo poważnie traktuje potrzebę ścigania międzynarodowych przestępców.

We wspólnej opinii odrębnej troje najwybitniejszych sędziów zasiadających w Trybunale Haskim, R. Higgins, P. Kooijmans and Th. Buergenthal, wyraziło ubolewanie, że Trybunał nie ustosunkował się do kwestii jurysdykcji uniwersalnej bardziej szczegółowo, ponieważ warunkiem przyznania immunitetu personalnego jest uprzednie ustalenie, czy sądy danego państwa w ogóle są właściwe dla prowadzenia postępowania. Podkreślili, że w obowiązującym prawie międzynarodowym trudno znaleźć dowód na to, by państwa mogły sprawować jurysdykcję uniwersalną w stosunku do osób nieobecnych na ich terytorium, równie trudno jednak udowodnić tezę przeciwną. Wiele umów międzynarodowych przyznaje taką jurysdykcję. Jeżeli takie założenie byłoby prawdziwe, belgijski nakaz aresztowania jako taki nie byłby niezgodny z prawem międzynarodowym. Z drugiej strony, jeżeli nawet wspomnianych troje sędziów co do zasady zgodziło się z wyrokiem większości w kwestii immunitetu funkcjonariuszy państwa, zwrócili oni uwagę, że proponowany zakres immunitetu jest zbyt szeroki. Powinien on zostać ograniczony po to, aby umożliwić odpowiedzialność karną najwyższych funkcjonariuszy za zbrodnie przeciwko prawu międzynarodowemu. W szczególności nie było potrzeby uchylecia nakazu aresztowania, ponieważ Ndombasi przestał w międzyczasie sprawować funkcję ministerialną.

Zdaniem sędziego Sh. Ody, który głosował przeciwko wszystkim elementom wyroku, MTS nie miał kompetencji do rozpatrywania sprawy, ponieważ pomiędzy stronami nie było sporu prawnego. Ponadto zwrócił uwagę, że w ostatnich

latach nastąpiła znacząca ewolucja właściwości państw w sprawach jurysdykcji uniwersalnej, a Trybunał powinien w tej sytuacji przynajmniej zająć w danej sprawie stanowisko w swym orzeczeniu. Ta sama uwaga dotyczyła możliwego zakresu immunitetu ministra spraw zagranicznych na gruncie prawa międzynarodowego i jego porównania z immunitetem dyplomatycznym. MTS powinien również być rozstrzygnąć, czy immunitet przysługuje sprawcom poważnych zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu.

Jeszcze dwóch dalszych sędziów wyraziło krytycyzm w stosunku do decyzji Trybunału. Sędzia A. S. El-Khasawneh nie zgodził się ze zdaniem większości, ponieważ zakres immunitetu przyznanego przez sąd ministrowi spraw zagranicznych zdecydowanie poszedł za daleko, co musiało doprowadzić do bezkarności sprawcy zbrodni międzynarodowych. Minister nie reprezentuje państwa – inaczej niż np. głowa państwa, a zatem powinien uzyskać jedynie immunitet funkcjonalny. Sędzia podkreślił też, że nakaz aresztowania nie zawierał klauzuli wykonawczej ani też nie upoważniał żadnego organu państwowego do aresztowania ministra w czasie wypełniania przezeń oficjalnych obowiązków.

Belgijska sędzia *ad hoc*, Ch. Van den Wyngaert, sprzeciwiła się wyrokowi ze względów merytorycznych. Jej zdaniem, Trybunał nie wykazał istnienia normy nakazującej przyznanie ministrowi spraw zagranicznych immunitetu jurysdykcyjnego. MTS nie udowodnił ani istnienia odpowiedniej praktyki państw, ani też *opinio iuris* w tej materii. Ponadto, w prawie międzynarodowym istniała jednoznaczna tendencja w kierunku ograniczenia immunitetów personalnych w przypadkach popełnienia poważnych przestępstw, w tym w szczególności zbrodni przeciwko ludzkości. Immunitet tego rodzaju nie mógł być pogwałcony przez nakaz aresztowania, skoro ów nakaz nie mógł być wykonany ani w państwie, przez którego organy został wydany, ani w innych państwach, którym został przekazany.

3. Ocena wyroku

3.1. Kwestie dotyczące jurysdykcji uniwersalnej oraz kompetencji sądów belgijskich odnośnie do ścigania przestępców przeciwko prawu międzynarodowemu

MTS nie ustosunkował się wprost do tej kwestii w wyroku większości, ale pojawia się ona w opiniach indywidualnych sędziów. Z formalnego punktu widzenia takie podejście wydaje się poprawne, ponieważ Trybunał nie może wykraczać w swym orzeczeniu poza zakres wniosków przedstawionych przez strony. Z drugiej strony wszakże stanowisko to jest w pewien sposób zaskakujące i rozczarowujące. Skoncentrowanie się na immunitecie państwa wydaje się sugerować, że MTS w istocie zaakceptował właściwość belgijskiego

wymiaru sprawiedliwości w odniesieniu do czynów popełnionych przez Yero-dię, zaś cały nacisk położył na ekscepcje procesowe. W samej rzeczy, musimy stwierdzić, że praktyka na gruncie współczesnego prawa międzynarodowego nie wspiera poglądu, jakoby każde państwo miało swobodę sprawowania jurysdykcji karnej w odniesieniu do przypadków naruszeń podstawowych praw człowieka, a zwłaszcza zbrodni przeciwko ludzkości⁴. W dwóch niejako precedensowych sprawach w tej dziedzinie, postępowaniach przed sądami izraelskimi w sprawie *Eichmanna* oraz przed sądami amerykańskimi w sprawie *Demjanjuka*, oskarżeni pozostawali w dyspozycji sądów, a zatem istniały więzi pomiędzy organami sądowymi i oskarżonymi. Interesujące, że taki właśnie wymóg został zaakceptowany przez belgijski sąd apelacyjny w sprawie *Sharona*, kiedy to sąd zdecydował, że premier Izraela A. Sharon nie mógł być sądzony w Belgii za rzekome zbrodnie popełnione przez wojska izraelskie w obozach dla uchodźców palestyńskich na terytorium Libanu w latach 80. XX w. w okresie sprawowania przezeń dowództwa. Nawet w słynnym orzeczeniu Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie *statku Lotus* wskazano, że istniał związek pomiędzy Turcją i wypadkiem, który wydarzył się na morzu otwartym, ponieważ jeden ze statków uczestniczących w kolizji pływał pod flagą turecką. Swoboda działania była zatem w tym przypadku ograniczona. Milczenie większości w odniesieniu do problemu jurysdykcji sądów belgijskich wobec ministra Ndombasiego może być odczytane jako krok w kierunku potwierdzenia jurysdykcji uniwersalnej w przypadkach poważnych naruszeń prawa międzynarodowego, jak sugerują to sędziowie zgłaszający opinie konkurujące oraz odrębne.

3.2. Problemy dotyczące immunitetu ministra spraw zagranicznych

W istocie Trybunał poruszył dwa aspekty tego zagadnienia. Po pierwsze, Belgia wysunęła ekscepcję wobec jurysdykcji MTS, podkreślając, że zastrzeżenia i sprzeciw rządu kongijskiego jest pozbawiony znaczenia, ponieważ Ndombasi przestał sprawować jakkolwiek oficjalną funkcję. Trybunał ten argument odrzucił. Wskazał, że przyznanie immunitetu było istotne w momencie, w którym sprawa została wniesiona do Trybunału. Po drugie, Trybunał wskazał, że na gruncie współczesnego prawa międzynarodowego immunitet ministra spraw zagranicznych nie może być w jakikolwiek sposób ograniczony. Podejście takie nie wydaje się prawidłowe. Po pierwsze, immunitet najwyższych funkcjonariuszy ma charakter zwyczajowy, jakkolwiek pewne argumenty na rzecz jego funkcjonowania przynajmniej w niektó-

⁴ Por. autorytatywne studium w tej materii C. Bassiouni, *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*, Virginia JIL 41(2001), s. 81 i nast.

rych sytuacjach można znaleźć w Konwencji wiedeńskiej o misjach specjalnych⁵. Nie jest jasne, czy zakres immunitetu jest taki sam w odniesieniu do głowy państwa i ministra spraw zagranicznych. W swej poprzedniej praktyce Trybunał zwykle starannie analizował ważność norm zwyczajowych, dyskutując zarówno praktykę państw, jak i *opinio iuris*. W przedstawianej tu sprawie nie znajdujemy śladu takiej dyskusji, a Trybunał wyszedł po prostu z założenia, że taki immunitet powinien być ministrowi spraw zagranicznych przyznany, i to o charakterze absolutnym. Po wtóre, Trybunał nie wykazał jakiegokolwiek różnicy pomiędzy immunitetem *ratione personae* a immunitetem *ratione materiae*. Takie rozróżnienie jest obecne w literaturze naukowej i dotyczy odpowiednio określonych działań podejmowanych przez daną grupę osób oraz do aktywności urzędników państwowych. Problem ten wyniknął m.in. w orzeczeniach Izby Lordów w sprawie *Pinocheta*, gdzie sąd wskazał, że immunitet głowy państwa powinien obejmować wyłącznie działania podejmowane przez prezydenta w ramach oficjalnych czynności urzędowych, z wyłączeniem jakichkolwiek działań mających charakter *ultra vires*. W naszym przekonaniu charakter immunitetu ministra spraw zagranicznych różni się od immunitetu przysługującego głowie państwa, ponieważ jego zadanie polega na zapewnieniu ministrowi możliwości wykonywania oficjalnych funkcji, a w mniejszym stopniu na reprezentowaniu państwa jako podmiotu prawa międzynarodowego. Z tej perspektywy odpowiada on bardziej immunitetowi dyplomatycznemu. Zakres immunitetu przyznany Ndombasiemu był zdecydowanie zbyt szeroki, zwłaszcza w sytuacji, gdy ciężące na nim zarzuty były bardzo poważne (podżeganie do ludobójstwa). Po trzecie, MTS pominął milczeniem kwestię, czy byli urzędnicy państwowi powinni być chronieni immunitetem. Jest oczywiste, że immunitet ma na celu umożliwienie odnośnemu funkcjonariuszowi państwa pełnienie jego oficjalnych obowiązków w sposób niezakłócony, a nie zagwarantowanie absolutnego zwolnienia od odpowiedzialności za wszelkiego rodzaju działania, włączając przestępstwa. Wszystkie instrumenty międzynarodowoprprawne dotyczące międzynarodowej jurysdykcji karnej przewidywały odpowiedzialność funkcjonariuszy państwa za popełnione zbrodnie, niezależnie od ich pozycji w hierarchii aparatu państwowego, poczynając od art. 7 Statutu Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze, poprzez art. 7(2) Statutu Trybunału do spraw byłej Jugosławii, art. 6(2) Statutu Trybunału do spraw Rwandy, a wreszcie art. 27(1) Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego. Jeżeli ściganiu podlegają czynni funkcjonariusze państwa, to tym bardziej zasada ta musi dotyczyć byłych funkcjonariuszy. Na marginesie wydaje się oczywiste, że na gruncie obecnego rozwoju prawa międzynarodowego wszystkie państwa powinny być zainteresowane karaniem zbrodniarzy międzynarodowych. Z punktu widzenia polityki państwa oraz prestiżu państwa w stosunkach międzynarodowych, osoby, które popełniły zbrodnie przeciwko prawu międzynarodowemu, nie powinny pełnić oficjalnych funkcji w aparacie państwowym.

⁵ Konwencja z 8 grudnia 1969 r., weszła w życie 21 czerwca 1985 r., UNTS 1400, s. 231.

4. Konkluzje

Decyzja większości sędziów haskich jest niezwykle tradycyjna i konserwatywna. W czasach intensywnej dyskusji dotyczącej egzekwowania odpowiedzialności karnej jednostek za zbrodnie przeciwko prawu międzynarodowemu, po utworzeniu Międzynarodowego Trybunału Karnego, na pierwszy rzut przyjęli oni pozycję chroniącą prawa państw, zamiast wspierać nowe trendy i rozwiązania międzynarodowoprawne. Należałoby wziąć pod uwagę, że zbrodnie zarzucone Nombasiemu należały bez wątpienia do najpoważniejszych naruszeń prawa międzynarodowego, włączając ludobójstwo, powszechnie traktowane jak zbrodnia przeciwko ludzkości, którego sam MTS nie zawahał się wkrótce określić jako naruszenia normy bezwzględnie obowiązującej prawa międzynarodowego⁶. Jednocześnie, z drugiej strony, Trybunał jednoznacznie stwierdził, że brak jurysdykcji uniwersalnej w tej sprawie nie oznacza, że sprawca zbrodni nie zostałby ukarany. Przeciwnie, sąd wskazał cztery możliwości, poczynając od możliwości ścigania przez państwo ojczyste, poprzez uchylenie immunitetu, ustanie oficjalnej funkcji (tu pod warunkiem, że zainteresowane państwo ma jurysdykcję w stosunku do odnośnej osoby zgodnie z zasadami prawa międzynarodowego), a kończąc na postępowaniu przed międzynarodowym sądem karnym. Lista przedstawiona przez MTS wydaje się wyczerpująca. Jak wynika z komentowanego orzeczenia, możliwość i prawdopodobieństwo pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy jest w praktyce raczej hipotetyczna i teoretyczna. Jeśli weźmiemy pod uwagę bieżącą praktykę międzynarodową, np. sprawy Pinocheta, Kadafiego, F. Castro itp.⁷, trudno być w tej kwestii optymistą. Jediną jaskółką zapowiadającą wiosnę mógłby być tylko wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Krenza i in.*⁸, w którym trybunał strasburski podtrzymał wcześniejsze decyzje sądów niemieckich dotyczące ukarania dawnych funkcjonariuszy NRD za poważne naruszenia praw człowieka w formie wydania rozkazu strzelania do uciekinierów próbujących przekroczyć granicę pomiędzy dwoma państwami niemieckimi. Ponownie musimy odwołać się do wspólnej opinii odrębnej sędziów Kooijmansa, Higgins i Burgenthala. Zgadzamy się z nimi, że jeżeli chcemy osiągnąć wzrost poszanowania międzynarodowego prawa praw człowieka oraz wyeliminować zbrodnie przeciwko ludzkości i człowieczeństwu, musimy zaakceptować bardziej skuteczne metody karania sprawców zbrodni. Jurysdykcja uniwersalna – zwłaszcza w sytuacji,

⁶ Sprawa *działań zbrojnych na terytorium Konga (Demokratyczna Republika Konga v. Ugandzie)*, ICJ Rep. 2005, s. 56.

⁷ Por. w szczególności G. Gornig, *Immunität von Staatsoberhäuptern*, FS für D. Rauschning, Köln–Berlin 2001, s. 457; A. Watts, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, RCADI 247(1994), s. 9.

⁸ Wyrok z 22 marca 2001, wnioski nr 34044/96, 35532/97 oraz 44801/98, sprawa *Streletz, Kesslera i Krenza*, ILM 40(2001), s. 811.

w której państwo ojczyste nie zamierza ścigać zbrodniarza, zasada *aut dedere aut iudicare*, budowanie autorytetu międzynarodowych trybunałów karnych, są czynnikami mogącymi wzmocnić rządy prawa w stosunkach międzynarodowych. Są to jednak raczej postulaty *de lege ferenda* niż *de lege lata*. Zwraca też uwagę fakt, że ów konserwatywny wyrok jest dziełem sędziów wywodzących się z państw określanych niegdyś jako rozwijające się, a obecnie jako państwa Południa, które wydają się podchodzić z dużą rezerwą do rozwoju międzynarodowego sądownictwa karnego i odpowiedzialności karnej jednostek, nawet jeśli paradoksalnie największą grupę stron MTK stanowią państwa afrykańskie.

Jacek Skrzydło

Immunitet państwa a immunitet przedstawiciela państwa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych

Stany Zjednoczone należą do tych państw, które zdecydowały się wprowadzić do prawa krajowego regulacje dotyczące wykonywania jurysdykcji w stosunku do państw obcych. Obowiązująca w USA od 1976 r. ustawa o immunitetach państw obcych (FSIA¹) przewiduje jako zasadę immunitet jurysdykcyjny pozwanego obcego państwa w postępowaniu cywilnym. Orzecznictwo na tle FSIA jest bogate, poszczególne postanowienia były wielokrotnie przedmiotem gruntownej analizy przez sądy federalne; dotyczy to także pojęcia „państwo” dla celów ustawy. FSIA nie reguluje jednak wprost, czy przez „państwo” należy dla celów immunitetu jurysdykcyjnego rozumieć także funkcjonariuszy państwa działających w urzędowym charakterze.

Przedstawienie rozwiązań amerykańskich należy poprzedzić opisem kontekstu międzynarodowego. Analiza rozwiązań przyjmowanych w porządkach krajowych oraz w umowach międzynarodowych regulujących problematykę immunitetów upoważnia bowiem do postawienia wniosku do daleko idącej konwergencji immunitetu państwa oraz immunitetu głowy państwa, z zastrzeżeniem istotnych różnic i funkcji spełnianych przez te instytucje. Charakterystyczne jest jednak, że bardzo często immunitet państwa obejmuje lub przynajmniej dotyczy z reguły także samej głowy państwa, a także innych przedstawicieli państwa.

Jeżeli chodzi o rozwiązania brytyjskie, to zgodnie z sekcją 14.1 a) *State Immunity Act* (SIA)², ochroną przewidzianą dla „państwa” objęty jest także

¹ <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode28>

² www.statutelaw.gov.uk

„suweren lub inna głowa państwa działająca w wykonaniu funkcji publicznej”³. Uzupełniająco sekcja 20 SIA zrównuje co do zakresu przysługującej ochrony status głowy państwa ze statusem szefa misji dyplomatycznej, co zresztą może być powodem komplikacji i budzić zastrzeżenia: dyplomata przebywa na terytorium państwa przyjmującego, w „zasięgu” jego jurysdykcji terytorialnej; natomiast głowa państwa, z wyjątkiem wizyt oficjalnych, wykonuje swoje funkcje u siebie w państwie⁴. Ponieważ jednak immunitet państwa siłą rzeczy nie może dotyczyć kwestii związanych z odpowiedzialnością karną, odesłanie do regulacji mających zastosowanie w przypadku osób chronionych immunitetem dyplomatycznym zapewnia głowie państwa niezbędną ochronę także i w tym zakresie.

Praktyka brytyjska odzwierciedla tendencję, która daje się zauważyć w prawie międzynarodowym i która sprowadza się do zbliżenia – dla celów immunitetu jurysdykcyjnego – pozycji głowy państwa z pozycją samego państwa⁵. Dowodem na to jest projekt Konwencji ONZ o immunitetach jurysdykcyjnych państwa i własności państwowej: termin „państwo” dla celów Konwencji oznacza cztery różne kategorie podmiotów. Z punktu widzenia niniejszego opracowania istotna jest kategoria pierwsza, obejmująca samo państwo i organy władzy publicznej, oraz kategoria czwarta, obejmująca osoby fizyczne reprezentujące państwo w sprawach, których dotyczą trzy pierwsze kategorie. Oznacza to, że ostatnia grupa desygnatów szeroko rozumianego „państwa” obejmuje wszystkie osoby uprawnione do reprezentowania państwa i pokrywa się częściowo z trzema pierwszymi. W konsekwencji głowa państwa lub suweren działający w wykonywaniu władzy publicznej mieszczą się zarówno w pierwszej, jak i w czwartej kategorii, będąc organami państwa w szerokim tego słowa znaczeniu. Z komentarza do projektu Konwencji autorstwa Komisji Prawa Międzynarodowego wynika, że był to zabieg celowy: termin „państwo” powinien być rozumiany jako obejmujący wszystkie typy i kategorie bytów i jednostek, które mogą korzystać z ochrony wynikającej z immunitetu państwa (komentarz do art. 2)⁶. W każdym razie treść projektu Konwencji wyraźnie wskazuje, że chroni ona głowę państwa immunitetem *ratione materiae*, tj. immunitet ten obejmuje wyłącznie działania głowy państwa w wykonywaniu władzy publicznej. Immunitet ten po pierwsze ma charakter cywilny (bo państwa nie ponoszą odpowiedzialności karnej, stąd nie jest możliwe, aby Konwencja dotyczyła sfery odpowiedzialności karnej głowy państwa), po drugie – obowiązuje tak podczas wykonywania funkcji głowy państwa, jak i po odejściu z urzędu.

³ Podobne brzmienie ma sekcja 3(3)(b) australijskiej ustawy z 1985 r. o immunitetach państw obcych: „reference in this Act to a foreign State includes a reference to the head of a foreign State, or of a political subdivision of a foreign State, in his or her public capacity”; cyt. za: <http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation>

⁴ H. Fox, *The Law Of State Immunity*, Oxford 2002, s. 446.

⁵ *Ibidem*, s. 437–438.

⁶ Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, with commentaries, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/.../commentaries/4_1_1991.pdf

Ponieważ zwyczajowe prawo międzynarodowe chroni głowę państwa immunitetem w szerszym zakresie (w tym przed odpowiedzialnością karną przed obcym sądem), autorzy projektu Konwencji wprowadzili do jej art. 3 par. 2 normę kolizyjną, która przewiduje, że postanowienia Konwencji nie naruszają przywilejów i immunitetów *ratione personae* przysługujących głowie państwa na podstawie prawa międzynarodowego. Immunitet *ratione personae* ma z jednej strony szerszy zakres niż immunitet *ratione materiae*, gdyż chroni wszelkie działania głowy państwa, tj. zarówno o charakterze publicznym, jak i niepublicznym; z drugiej strony przysługuje głowie państwa tylko w czasie sprawowania funkcji.

W przeciwieństwie do Konwencji ONZ uchwalona znacznie wcześniej pod auspicjami Rady Europy konwencja z Bazylei o immunitacie państwa⁷ nie precyzuje, w jaki sposób należy rozumieć termin „państwo”, gdyż posługuje się w art. 27 definicją negatywną, tj. wyłącza spod pojęcia „państwo” jednostki organizacyjne państwa odrębne od tego państwa i zdolne do pozywania lub bycia pozwanymi, nawet jeśli jednostki te ustawodawca krajowy wyposażył w funkcje publiczne. Konwencja ta w żaden sposób nie odnosi się natomiast do problemu immunitetu przysługującego głowom państwa.

Ustawa amerykańska różni się od rozwiązań brytyjskich, australijskich lub przyjętych w Konwencji ONZ z 2004 r. Zawarta w jej § 1603 definicja „państwa” dla celów stosowania ustawy jest węższa i obejmuje:

- a) część składową obcego państwa (*political subdivision*) lub;
- b) inną jednostkę organizacyjną (*agency or instrumentality*), przy czym „jednostka organizacyjna” oznacza każdy byt (*entity*) posiadający osobowość prawną i jednocześnie będący organem obcego państwa lub jego części składowej, lub w którym państwo obce lub jego część składowa posiada więcej niż połowę udziałów.

W tak zakreślonych ramach prawnych można przystąpić do opisu stanu faktycznego sprawy *Samantar v. Yousuf*, zakończonej wyrokiem Sądu Najwyższego USA z 1 czerwca 2010 r.⁸

Powodowie, obywatele Somalii mieszkający z USA, pozwali do sądu federalnego Mohammeda Ali Samantar (także zamieszkałego w USA; w latach 80-tych pełniącego obowiązki szefa rządu Somalii⁹) na podstawie ustawy o ochronie ofiar tortur (Torture Victim Protection Act; TVPA) oraz na podstawie ustawy o deliktach popełnionych przez cudzoziemców (Alien Tort Statute; ATS), zarzucając pozwanemu popełnienie na terenie Somalii czynów kwalifikowanych jako tortury oraz inne ciężkie naruszenia podstawowych praw człowieka. Po różnych rozstrzygnięciach w niższych instancjach (federalny sąd pierwszej instancji przyznał pozwanemu immunitet na podstawie FSIA; Sąd Apelacyjny IV Okręgu orzekł odmiennie), Sąd Najwyższy stanął w obliczu następujących kwestii prawnych:

⁷ Tekst za: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/074.htm>

⁸ 560 US (2010); cyt. za: www.oyez.org

⁹ Pozwany został opisany jako „petitioner, who then held high level government positions, exercised command and control over the military forces committing the abuses”.

czy wynikający z FSIA immunitet jurysdykcyjny państwa obcego obejmuje także funkcjonariuszy tego państwa działających w imieniu obcego państwa, a jeżeli tak, to jakie są zasady korzystania z tego immunitetu przez osobę, która już nie zajmuje stanowiska we władzach obcego państwa.

Opierając się przede wszystkim na gramatycznej wykładni FSIA, Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że FSIA reguluje wyłącznie immunitet państwa i jego jednostek organizacyjnych; nie dotyczy natomiast immunitetów o charakterze personalnym. Z treści FSIA nie wynika bowiem, aby pojęcie „państwo obce” miało być rozumiane jako obejmujące także funkcjonariusza państwa działającego w takim charakterze. Zawarte w ustawie wskazówki, jak rozumieć pojęcie *agency or instrumentality*, wykluczają przyjęcie, że chodzić to może o osoby fizyczne, gdyż użyte w tekście słowo *entity* zazwyczaj odnosi się do organizacji mających podmiotowość prawną. Poza tym w samej ustawie znajdują się w innych jej częściach wyraźne nawiązania do urzędników działających w takim charakterze, jeżeli ich działanie ma być przypisywalne państwu.

Także historia procesu legislacyjnego oraz cele, jakimi kierował się Kongres, uchwalając FSIA, sprzeciwiają się przyjęciu, że FSIA obejmuje przedstawicieli państwa: chodziło o kodyfikację reguł immunitetu państwa i nic nie wskazuje na to, że Kongres – z pewnością znając różnicę między immunitetem państwa a immunitetem jego przedstawiciela – dokonał w dorozumiany sposób kodyfikacji obowiązującego *common law* także i w tej drugiej kwestii. W konsekwencji Sąd Najwyższy przyjął, że FSIA nie ma zastosowania do immunitetu przedstawiciela państwa; ta dziedzina regulowana jest w dalszym ciągu przez prawo zwyczajowe i na podstawie jego reguł sądy powinny w toku dalszego postępowania zbadać podstawy jurysdykcji w sprawie. Innymi słowy, Sąd Najwyższy, oczyszczając przedpole, wyeliminował z kontekstu normatywnego sprawy postanowienia FSIA, nakazując skoncentrowanie się na prawie zwyczajowym.

Praktyka sądów amerykańskich w przedmiocie immunitetu przedstawiciela państwa obcego nie jest szczególnie bogata, a wydawane rozstrzygnięcia nie zawsze wyczerpują problem. W pierwszej kolejności wskazać trzeba na wydany jeszcze w XIX w. wyrok w sprawie *Underhill v. Hernandez*¹⁰. Sprawa dotyczyła amerykańskiego obywatela, który w czasie wojny domowej w Wenezueli został zmuszony przez siły rewolucyjne (które następnie objęły władzę w kraju, a nowy rząd został uznany przez USA) do wykonania określonych robót wodnych w Ciudad Bolivar; odmówiono mu wydania zezwolenia na opuszczenie kraju aż do czasu ukończenia tych robót. Pozwanym był ówczesny dowódca sił rewolucyjnych w Wenezueli. Sąd Najwyższy uznał, że pozwany chroniony jest immunitetem, a sądy amerykańskie nie powinny orzekać o legalności działań obcych rządów. Immunitet funkcjonariuszy państwa obcego za działania przedsięwzięte w wykonaniu władzy państwowej dotyczy zarówno urzędników cywilnych, jak i wojskowych, także wykonujących swoje funkcje *de facto*.

¹⁰ 168 U.S. 250 (1897).

Problem immunitetu głowy państwa pojawił się także w postępowaniu karnym. W sprawie *US v. Noriega*¹¹ Sąd Apelacyjny 11 Okręgu, rozpoznając apelację oskarżonego m.in. o przemyt narkotyków do USA, nie uznał podniesionego przez niego zarzutu immunitetu głowy państwa z uwagi na fakt, że rządzący *de facto* w Panamie generał Noriega (*de iure* szef wywiadu i sił zbrojnych Panamy) nigdy nie był przez USA uznany za głowę państwa.

W 2004 r. sądy amerykańskie zajmowały się immunitetem głowy państwa w sprawach cywilnych o odszkodowanie za naruszenie praw człowieka. Sprawy dotyczyły urzędującego prezydenta Zimbabwe (Robert Mugabe) i Prezydenta Chin (Jiang Zemin), który w czasie orzekania nie pełnił już tej funkcji¹². W sprawie dotyczącej Roberta Mugabe¹³, federalny sąd okręgowy przyjął sugestię Departamentu Stanu, zgodnie z którą urzędująca głowa państwa korzysta mocą prawa międzynarodowego z absolutnego immunitetu¹⁴; dodatkowo pozwany w czasie doręczenia mu pozwu był uprawniony do immunitetu dyplomatycznego na podstawie konwencji o przywilejach i immunitetach Narodów Zjednoczonych. Sąd Apelacyjny, utrzymując w mocy to rozstrzygnięcie, ograniczył się jednak wyłącznie do podstaw immunitetu wynikających z Konwencji ONZ, nie wypowiadając się o immunitecie głowy państwa.

W sprawie dotyczącej Jiang Zemina powodami byli członkowie zakazanej w Chinach sekty Falun Gong, którzy żądali odszkodowania za tortury i inne naruszenia podstawowych praw człowieka, do jakich doszło w Chinach w stosunku do członków sekty. Podobnie jak w sprawie Mugabe, także i w tym przypadku Departament Stanu USA złożył w sądzie pismo sugerujące uznanie immunitetu głowy państwa, mimo że w czasie orzekania Jiang Zemin nie pełnił już tej funkcji. Federalny sąd okręgowy, podobnie jak w przypadku pozwu dotyczącego byłego prezydenta Nigerii¹⁵, uznał, że Zemin pomimo odejścia z urzędu w dalszym ciągu korzysta z pełnego immunitetu (*ratione personae*), nawet jeżeli zarzucane działania stanowiły pogwałcenie norm *ius cogens*. Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy to rozstrzygnięcie, uznając, że pismo Departamentu Stanu z sugestią immunitetu było wiążące dla sądu; w tym stanie rzeczy zbędne było rozważanie zakresu immunitetu przysługującego byłej głowie państwa oraz analiza wpływu ewentualnego naruszenia przez pozwanego norm *ius cogens* na zakres tego immunitetu.

¹¹ *United States v. Noriega*, 746 F. Supp. 1506, 1525 (S.D.Fla.1990); podobnie *Kadic v. Karadzic*, 74 F.3d 377 (2nd Cir.(N.Y.)).

¹² S. Andrews, *US Courts Rule on Absolute Immunity and Inviolability of Foreign Heads of State: The Cases against Robert Mugabe and Jiang Zemin*, <http://www.asil.org/insight041122.cfm>

¹³ *Tachiona v. United States*, 386 F.3d 205.

¹⁴ Jeżeli sprawa wszczęta przed sądem amerykańskim dotyczy urzędującej głowy państwa, Departament Stanu składa do sądu pismo „sugestię immunitetu”, stosownie do 28 U.S.C. par. 517. Sugestia ta jest uważana za ostateczną i wiąże sąd orzekający.

¹⁵ *Abiola v. Abukar*, 267 F. Supp. 2d 907, 915–17 (N.D. Ill).

Z powyższego wynika, że w przeciwieństwie do zasad wykonywania jurysdykcji w stosunku do obcych państw, praktyka amerykańska dotycząca immunitetu głowy państwa nie daje zbyt wiele wskazówek co do zakresu i charakteru tego immunitetu. Korzystanie przez sądy z sugestii Departamentu Stanu przypomina nieco praktykę ukształtowaną po 1952 r., kiedy to Stany Zjednoczone zgodnie z tzw. Tate Letter przyjęły restryktywną teorię immunitetu państwa, a sądy federalne poszukiwały wskazówek u władzy wykonawczej, nie chcąc wkraczać w drażliwą niekiedy problematykę stosunków międzynarodowych.

Tomasz Ostropolski

Immunitet personalny najwyższych funkcjonariuszy państwa - problemy najnowszej praktyki

1. Wprowadzenie

Kategoria najwyższych funkcjonariuszy¹ państwa posiada szczególne znaczenie z punktu widzenia immunitetów mających swoje źródło w prawie międzynarodowym. Gros orzecznictwa i kierunki ewolucji prawa immunitetów związane były ze sprawami dotyczącymi ich ochrony przed obcą jurysdykcją. W tej dziedzinie najbardziej dobitnie znajduje odzwierciedlenie jeden z podstawowych dylematów współczesnego prawa międzynarodowego, czyli – idąc za słowami sędziów MTS – pogodzenie stabilności w stosunkach międzynarodowych z zasadą odpowiedzialności za najpoważniejsze zbrodnie².

Ustalenie norm prawa międzynarodowego w tym obszarze stało się tym bardziej istotne, że w ostatnich latach chodziło w znacznej mierze o rozstrzygnięcie spraw dotyczących funkcjonariuszy ciągle pełniących swoje funkcje, a zatem

¹ W niniejszej analizie posługujemy się pojęciem „najwyższy funkcjonariusz państwa” (ang. *high official*), choć termin ten nie jest używany jednolicie. W zależności od źródła, mowa jest także o „urzędniku”, „organie”, „agencje” lub „przedstawicielu”. Uznajemy, że ten ostatni termin właściwszy jest dla określenia reprezentanta państwa w stosunkach międzynarodowych, w szczególności w prawie dyplomatycznym. Tymczasem pojęcie „funkcjonariusz” ma w omawianym tle znaczenie ogólniejsze i może obejmować ochronę przez immunitet we wszystkich sytuacjach, w których korzysta on ze swoich prerogatyw i nie dotyczy tylko działań podejmowanych w kontekście międzynarodowym. Por. R. Kolodkin, *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Doc. UN A/CN.4/601.

² Wspólna opinia sędziów Higgins, Kooijmansa i Buerghentala, sprawa *nakazu aresztowania* z 11 kwietnia 2000 r., ICJ Rep. 2002, pkt 5.

określenia zakresu przysługującego im immunitetu personalnego (*ratione personae*). Przypomnijmy, że jego celem jest zapewnienie ochrony określonej, wąskiej kategorii najwyższych funkcjonariuszy. Immunitet ten obejmuje zarówno czyny popełnione przy wykonywaniu obowiązków służbowych (*official acts*), jak i niemające takiego charakteru (*private acts*), popełnione zarówno w okresie, kiedy osoba ta pełniła funkcję państwową, jak i przed objęciem tej funkcji. Innymi słowy, zapewnia on całkowitą nietykalność (ma charakter absolutny). Immunitet personalny wygasa z chwilą zakończenia sprawowania funkcji. Różni się on zatem zasadniczo od immunitetu materialnego (*ratione materiae*), który chroni wszystkich funkcjonariuszy państwowych (ma zatem szerszy zakres podmiotowy), jednakże obejmuje wyłącznie działania podejmowane w ramach obowiązków służbowych. W przeciwieństwie do immunitetu personalnego, nie jest ograniczony temporalnie, a tym samym ochrona nie ustaje po zakończeniu sprawowania urzędu. Rzecz jasna, immunitet personalny i materialny ze sobą współlistnieją i w pewnym zakresie mogą się nakładać³.

Uzasadnienie istnienia immunitetu personalnego wywodzi się przede wszystkim z przesłanek funkcjonalnych. W związku z pełnionymi funkcjami, osoby objęte tym immunitetem muszą stale reprezentować państwo w stosunkach międzynarodowych. Narażenie na ingerencję ze strony obcego wymiaru sprawiedliwości mogłoby podważać niezakłócone pełnienie tych funkcji (*ne impediatur legatio*)⁴. Tradycyjnie wskazuje się też na co najmniej dwa inne motywy stojące za instytucją immunitetu personalnego – związane z zasadą symbolicznej suwerenności (głowa państwa i inni najwyżsi funkcjonariusze uosabiają państwo), a także zasadą nieingerencji w sprawy drugiego państwa (*par in parem non habet imperium*)⁵.

Praktyka orzecznicza w omawianym zakresie była przez długi czas dość uboga. Orzecznictwo po II wojnie światowej, zarówno rozwijane przez trybunały międzynarodowe, jak i sądy krajowe, dotyczyło obalonych funkcjonariuszy państwa (a tym samym immunitetu materialnego, nie zaś personalnego). Również znacznie późniejsza praktyka, jak choćby sprawa Pinocheta prowadzona przed organami hiszpańskimi⁶ i brytyjskimi⁷, nie mogła przynieść bezpośrednich wytycznych co do stanu prawa międzynarodowego w zakresie immunitetu personalnego najwyższych funkcjonariuszy państwa, gdyż generał nie pełnił już wówczas funkcji państwowych.

³ Por. A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford 2008, s. 304.

⁴ Por. Sprawa nakazu aresztowania, pkt 53.

⁵ Por. M. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 375; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford 2003, s. 573; P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, Paris 2002, s. 450; D. Akande, S. Shah, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, EJIL 2010, vol. 21, s. 824.

⁶ Zob. M. Del Carmen Marquez Carrasco, J. Alcaide Fernandez, *In re Pinochet*, AJIL 1999, nr 3, s. 690.

⁷ Zob. D. Woodhouse (red.), *The Pinochet Case. A Legal and Constitutional Analysis*, Oxford 2000.

Ponadto, czynnikiem komplikującym ustalenie obowiązujących norm jest charakter źródeł formalnych immunitetu personalnego. Jak wskazał MTS, istniejące konwencje regulują zakres immunitetu dyplomatycznego i o ile mogą dostarczać „użytecznych wskazówek” (*provide useful guidance*), to nie dotyczą ochrony, z której korzystają ministrowie spraw zagranicznych (ani inni najwyżsi funkcjonariusze obcego państwa)⁸. W związku z tym rozstrzygnięcia w tej dziedzinie muszą odbywać się w oparciu o prawo zwyczajowe, które ze swojej istoty jest trudniejsze do precyzyjnego ustalenia.

Niniejszy tekst stanowi analizę najnowszej praktyki w zakresie ochrony najwyższych funkcjonariuszy państw przez immunitet personalny. Problem ten należy rozpoznać na dwóch płaszczyznach instytucjonalnych: forum obcego państwa oraz trybunału międzynarodowego. Za najnowszą praktykę uznana jest ta mająca miejsce po kluczowym na tle omawianej problematyki wyroku MTS z 14 lutego 2002 r. w sprawie nakazu aresztowania⁹. W związku z tym, że sprawa ta jest przedmiotem odrębnej analizy w niniejszym zbiorze, w tym tekście nie podlega szczegółowemu omówieniu. Tym niemniej podstawowe tezy wygłoszone przez MTS będą stanowiły punkt wyjścia dla przeglądu późniejszej praktyki.

2. Wyrok MTS w sprawie nakazu aresztowania

Przypomnijmy, że sprawa nakazu aresztowania znalazła swój finał przed MTS w następstwie nakazu wydanego przez organy belgijskie przeciwko Abdulaye Yerodii Nombasi, oskarżonemu o podżeganie do popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości oraz zbrodni wojennych w czasie konfliktu w Rwandzie w 1998 r. W czasie wydania nakazu, ścigany sprawował funkcję ministra spraw zagranicznych. Kongo zarzucało Belgii, że poprzez wydanie nakazu dopuściła się naruszenia jego immunitetu pochodzącego z prawa międzynarodowego.

W wyroku MTS uznał, że: „funkcja ministra spraw zagranicznych, ma taki charakter, że osoba ta w czasie pełnienia swojego urzędu korzysta za granicą z pełnego immunitetu od jurysdykcji karnej, jak i nietykalności. Immunitet i nietykalność chronią one taką osobę przeciwko jakimkolwiek aktowi władczemu innego państwa, który utrudniałby wykonywanie jego obowiązków”¹⁰.

Sentencja wyroku MTS był jednoznaczna i nie pozostawiła wątpliwości co do oceny działań Belgii. W uzasadnieniu Trybunał starał się jednak zastrzec, że jego orzeczenie nie powinno być traktowane jako zamknięcie drogi

⁸ Sprawa *nakazu aresztowania*, pkt 52.

⁹ ICJ Rep. 2002, s. 3.

¹⁰ *Ibidem*, pkt. 53 i 54.

do poniesienia odpowiedzialności karnej. Wskazał on cztery ścieżki odpowiedzialności karnej, których istnienie miałyby dowodzić, że immunitet nie oznacza bezkarności¹¹:

– po pierwsze, pochodzący z prawa międzynarodowego immunitet nie obowiązuje przed sądami w państwach obywatelstwa osób ściganych, mogą być oni tam pociągnięci do odpowiedzialności zgodnie z prawem krajowym;

– po drugie, przestają oni być chronieni przez immunitet w przypadku, kiedy państwo, które reprezentują, się go zrzeknie;

– po trzecie, immunitet personalny przestaje obowiązywać w prawie międzynarodowym po ustaniu sprawowania urzędu; byli funkcjonariusze państwowi są wtedy chronieni wyłącznie przez immunitet *ratione materiae* nieobejmujący tzw. działań prywatnych (*committed in private capacity*);

– po czwarte, pełniący urząd funkcjonariusze państwowi mogą ponieść międzynarodową odpowiedzialność karną przed określonymi międzynarodowymi trybunałami karnymi, które posiadają jurysdykcję (*certain international criminal courts, where they have jurisdiction*)¹².

Powyższy wyrok wyjaśnia szereg istotnych elementów prawa zwyczajowego w zakresie immunitetów najwyższych przedstawicieli państwa, jednakże kilka innych pozostaje nie w pełni skryształizowanych. Dotyczy to zarówno tych części rozstrzygnięcia, gdzie MTS – jak się wydaje świadomie – zachował otwarte pole do dalszej ewolucji prawa oraz pozostałych, gdzie orzeczenie może pozostawiać niedosyt ze względu na swoją niekompletność. Poniżej omówione zostaną kwestie sporne oraz odpowiedź praktyki, budowanej na ustaleniach MTS, a równocześnie wskazującej na potencjał rozwoju prawa międzynarodowego w tym obszarze.

3. Zakres podmiotowy immunitetu personalnego

Krąg osób, którym przysługuje immunitet personalny nie jest określony w sposób ostry. W sprawie nakazu aresztowania MTS nie zdecydował się na jednoznaczne rozstrzygnięcie, stwierdzając, że obejmuje on: „(...) urzędników dy-

¹¹ *Ibidem*, pkt 61.

¹² W. Czaplński i A. Wyrozumka są zdania, że MTS w ten sposób odwołał się do zasad ogólnych odpowiedzialności oraz zaakcentował fakt, że jurysdykcja musi w każdym przypadku wynikać z prawa międzynarodowego. Nie kwestionując tych założeń, w tym przypadku, naszym zdaniem, Trybunałowi chodziło jedynie o przypomnienie o ograniczeniach jurysdykcji poszczególnych trybunałów międzynarodowych, w szczególności ograniczeniach *ratione loci* i *ratione temporis* działających wówczas najbardziej aktywnie MTKJ i MTKR. Zob. W. Czaplński, A. Wyrozumka, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 248.

plomatycznych, konsularnych i niektórych funkcjonariuszy sprawujących najwyższe stanowiska w państwie, takich jak (podkr. – T. O.) głowa państwa, szef rządu i minister spraw zagranicznych”¹³.

Wyliczenie ma zatem charakter przykładowy i obejmuje trzy kategorie stanowisk objęte na mocy międzynarodowego prawa zwyczajowego immunitetem personalnym: głowę państwa, szefa rządu i ministra spraw zagranicznych. Można zauważyć, że te właśnie osoby są np. uważane za reprezentujące swoje państwo bez potrzeby przedkładania pełnomocnictw dla dokonania wszelkich czynności związanych z zawarciem traktatu¹⁴.

Objęcie immunitetem personalnym głowy państwa i szefa rządu nie pozostawiało w zasadzie wątpliwości (choć mogą one powstawać w przypadku osoby sprawującej władzę *de facto*, a także braku uznania państwa)¹⁵. Znaczącym elementem wyroku MTS w sprawie nakazu aresztowania było natomiast wyraźne potwierdzenie objęcia ochroną przez immunitet personalny również ministra spraw zagranicznych. Uzasadniając swój pogląd, MTS zbadał wnikliwie charakter tego stanowiska i uznał, że nadanie mu pełnej ochrony jest nieodzowne ze względów funkcjonalnych. Wskazał, że minister spraw zagranicznych odpowiada za działania dyplomatyczne, podlega mu personel dyplomatyczny państwa, jego działania mogą wiązać reprezentowane państwo, zaś przy wykonywaniu funkcji jest często zobowiązany do zagranicznych podróży, w związku z czym musi być w stanie swobodnie się poruszać¹⁶.

Ze względu na przykładowy charakter wyliczenia, zbadać należy możliwość dalszego rozszerzenia zakresu podmiotowego ochrony przez immunitet personalny. Najnowsza praktyka uzupełniła *dictum* MTS w tym zakresie. Z jednej strony można było obserwować tendencję do uznawania immunitetu funkcjonariuszy pełniących wysokie stanowiska, inne niż tylko wymienione przez MTS, z drugiej jednak ten kierunek orzecznictwa miał swoje ograniczenia.

¹³ *Ibidem*, pkt. 51.

¹⁴ Art. 7 ust. 2 Konwencji wiedeńskiej z 1969 r. o prawie traktatów.

¹⁵ Znaczący jest przypadek płk. Kadafigo, który wg francuskiego Sądu Kasacyjnego wykonywał w sposób efektywny funkcje zarezerwowane dla szefów państw, choć formalnie zadania przywódcze spoczywają w Libii w gestii Rewolucyjnej Rady Zarządzającej. Zob. S. Zappala, *Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Gaddafi Case Before French Cour de Cassation*, EJIL 2001, nr 3, s. 596. Inaczej: sprawa *Noriegi*: 746 F. Supp. 1056, s. 1519 (S. D. Fla. 1990). W sprawie powiązana immunitetu z uznaniem państwa zob. szerzej: A. Kolodkin, *op. cit.*, s. 5. Z kolei Międzynarodowy Trybunał Karny uznał, że syn płk. Kadafigo Saif Al-Islam sprawował *de facto* funkcję premiera w Libii (dok. ICC-01/11-4-Red).

¹⁶ Sprawa nakazu, pkt 53. Przychylnie na ten temat zob. m.in. S. Wirth, *Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the Congo's v. Belgium Case*, EJIL 2002, nr 4, s. 889, a także A. Cassese, *When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*, EJIL 2002, nr 4, s. 855. Z opinią taką nie zgodzili się jednak niektórzy sędziowie MTS, wskazując na sporządzony przez KPM w 1991 r. projekt artykułów o immunitetach jurysdykcyjnych państw i ich własności, zgodnie z którymi immunitety głowy państwa i ministra spraw zagranicznych nie są identyczne. Zob. wspólna opinia sędziów Higgins, Kooijmans i Buerghental, *op. cit.*, pkt 81. Krytycznie także: opinia odrębna sędziego Al-Khasawneh, pkt 2.

Sąd angielski, powołując się na funkcjonalną interpretację wyroku MTS w sprawie nakazu aresztowania, uznał, że immunitet personalny przysługuje również ministrowi obrony Izraela, Shaulowi Mofazowi. W przeddzień jego wizyty oficjalnej w Anglii wniesiono zawiadomienie o popełnieniu przez niego przestępstwa polegającego na poważnym naruszeniu Konwencji genewskiej z 1949 r. o ochronie osób cywilnych. W orzeczeniu z 12 lutego 2004 r. sąd angielski odmówił wydania nakazu aresztowania ministra, argumentując, iż korzysta on z immunitetu personalnego. Sąd uznał, że „role ministrów obrony i spraw zagranicznych spletają się”, a „sprawy wojskowe odgrywają zasadniczą rolę pomiędzy pewnymi państwami, w szczególności na Bliskim Wschodzie”¹⁷. Równocześnie opatrzył to stwierdzenie zastrzeżeniem: „funkcja poszczególnych ministrów różni się w zależności od zakresu ich odpowiedzialności. Jest mało prawdopodobne, aby ministrowie spraw wewnętrznych, pracy, środowiska, kultury czy sportu automatycznie nabyli prawo do ochrony przez immunitet”.

Tym samym sąd uznał najwyraźniej, że odmowa ścigania ministra obrony nie powinna być odczytywana jako wsparcie dla nieskrępowanego rozszerzania kręgu funkcjonariuszy chronionych przez immunitet personalny. Z jednej strony, oparł on swoją decyzję na względach funkcjonalnych akcentowanych wcześniej przez MTS w sprawie nakazu aresztowania. Z drugiej jednak, traktował ten wyrok elastycznie, przychylając się najwyraźniej do podejścia *ad casum* wobec klasyfikacji funkcjonariuszy objętych immunitetem personalnym.

Podobny tok rozumowania, oparty na względach funkcjonalnych, przyjął inny angielski sąd w sprawie Bo Xilai – chińskiego ministra ds. handlu międzynarodowego. W orzeczeniu z 8 listopada 2005 r. uznał, że: „zgodnie z międzynarodowym prawem zwyczajowym, Bo Xilai korzysta z immunitetu, gdyż nie byłby w stanie wykonywać swoich funkcji bez możliwości swobodnego podróżowania”¹⁸.

Powyższe decyzje sądów krajowych mogłyby wskazywać na tendencję do rozszerzania zakresu podmiotowego immunitetu personalnego. W późniejszym orzecznictwie MTS wyraźnie jednak zarysował istniejące ograniczenia. W sprawie pomocy prawnej w sprawach karnych¹⁹ strony (Dżibuti oraz Francja) zgodziły się co prawda, że immunitet personalny przysługuje również innym wysokim rangą funkcjonariuszom poza ministrami spraw zagranicznych. Jednakże MTS uznał *obiter dicta*, że Prokurator Krajowy i Szef Służb Bezpieczeństwa Dżibuti z takiego immunitetu nie korzystają²⁰. Wydaje się, że nie istnieje również gotowość co do tego, aby rozszerzać immunitet personalny na szefów organizacji międzynarodowych²¹.

¹⁷ ICLQ 2004, nr 3, s. 773.

¹⁸ ILR, vol. 128, s. 714. Sąd powołał się jednak także na immunitet wynikający z misji specjalnej.

¹⁹ ICJ Rep. 2008, s. 177.

²⁰ *Ibidem*, pkt 194.

²¹ Zob. D. Akande, *Is IMF Managing Director (DSK) Entitled to Immunity from Prosecution?*, <http://www.ejiltalk.org/is-imf-managing-director-dsk-entitled-to-immunity-from-prosecution/> (15.11.2011).

Przykłady z najnowszego orzecznictwa dowodzą zatem, że pole do interpretacji, jakie pozostawił po swoim wyroku MTS, jest wciąż otwarte. Krąg funkcjonariuszy objętych immunitetem personalnym wskazany przez Trybunał miał charakter przykładowy i był uzupełniany przez sądy krajowe. W swoich decyzjach opierały się one zasadniczo na przesłankach funkcjonalnych, tj. służebnej funkcji immunitetu dla nieskrępowanego przebiegu współpracy międzynarodowej. Elastyczne podejście sądów wskazuje jednak, że decyzja w tym przedmiocie może być podejmowana *ad casum*. Oznacza to, że przyznanie ochrony przez immunitet może zależeć od wewnętrznej organizacji i zadań administracji państwowej (sąd angielski akcentował np. szczególną rolę ministrów obrony „na Bliskim Wschodzie”). W skrajnej sytuacji można sobie wyobrazić, że funkcjonariusz pełniący takie samo stanowisko w różnych państwach nie będzie objęty identyczną ochroną ze względu na zróżnicowane prerogatywy przyznane w systemie krajowym oraz odmienną rolę w obrocie międzynarodowym. Zaletą takiego podejścia jest margines swobodnej oceny, być może konieczny w tej materii. Równocześnie jednak skazuje ono na element niepewności, który każdorazowo może towarzyszyć decyzjom w przedmiocie immunitetu personalnego funkcjonariuszy innych niż wprost wymienieni w wyroku MTS.

4. Immunitet personalny a misje specjalne

W komentarzach po wyroku MTS w sprawie nakazu aresztowania, niektórzy autorzy poddawali w wątpliwość absolutny charakter immunitetu personalnego. Według A. Cassese obowiązuje on jedynie w czasie oficjalnych wizyt. W czasie wizyt prywatnych prawo międzynarodowe nie nakłada takiego zobowiązania. Jego źródłem mogą być wówczas co najwyżej zasady grzeczności międzynarodowej²². Inni sugerowali, że o ile głowa państwa korzysta z immunitetu absolutnego, to premierowi²³ czy ministrowi spraw zagranicznych²⁴ winien przysługiwać jedynie przy wizytach oficjalnych. W naszej ocenie, pogląd taki byłby jednak trudny do utrzymania, biorąc pod uwagę dość jednoznaczne stwierdzenia MTS o pełnej ochronie najwyższych funkcjonariuszy państwa, która obowiązuje nawet wówczas, kiedy ścigany funkcjonariusz znajduje się na terytorium obcego państwa (co eliminuje także możliwość wydania międzynarodowego nakazu aresztowania).

²² A. Cassese, *op. cit.*, s. 117.

²³ Zob. A. Watts, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, Recueils des Cours, Haga 1994, s. 102–104.

²⁴ D. Akande, S. Shah, *op. cit.*, s. 825.

W toku rozwoju praktyki pojawił się natomiast odwrotny problem, a mianowicie dotyczący zasadności rozszerzenia immunitetu personalnego na inne kategorie niż samych tylko najwyższych funkcjonariuszy. Ochrona taka miałaby przysługiwać w czasie tzw. misji specjalnych.

Immunitet taki został przewidziany w Konwencji z 1969 r. o misjach specjalnych²⁵. Zgodnie z art. 29 Konwencji: „osoby przedstawiciele państwa wysyłającego w misji specjalnej oraz członków jej personelu dyplomatycznego są nietykalne”. Art. 31 przewiduje dalej, że „przedstawiciele państwa wysyłającego w misji specjalnej oraz członkowie jej personelu dyplomatycznego korzystają z immunitetu od jurysdykcji karnej państwa przyjmującego”. Immunitet personalny oparty na tej konwencji nie ogranicza się zatem do wąskiej kategorii najwyższych funkcjonariuszy wskazanej przez MTS w wyroku w sprawie nakazu aresztowania. Stronami Konwencji jest dotąd jednak tylko 38 państw. Wskazuje się jednak, że ów przepis konwencyjny mógł przekształcić się w normę prawa zwyczajowego²⁶.

W praktyce problem ochrony przez tego rodzaju immunitet powstał w odniesieniu do Rose Kabuye, szefowej Protokołu Prezydenta Rwandy Paula Kagame. W listopadzie 2008 r. została ona zatrzymana na lotnisku we Frankfurcie i wydana do Francji w związku z oskarżeniami o podejmowane w 1994 r. działania terrorystyczne, tj. pomocnictwo w zabójstwie ówczesnego prezydenta Rwandy Juvenala Habyarimana²⁷. Organy niemieckie zmuszone były rozstrzygnąć, czy szefowa protokołu prezydenta również jest objęta ochroną przez immunitet personalny. Uznać można by bowiem, że skoro katalog „najwyższych funkcjonariuszy” określony przez MTS jest otwarty, a charakter funkcji pani Kabuye zmusza do częstego podróżowania w celach dyplomatycznych, to w tym przypadku ze względów funkcjonalnych przysługuje jej immunitet personalny. Alternatywną drogą ochrony byłoby przyznanie immunitetu dyplomatycznego wynikającego z uczestnictwa w misji specjalnej. Postępowanie Niemiec było w tym przypadku niespójne. Ostatecznie odmówiły one uznania immunitetu Rose Kabuye, choć przy okazji jej wcześniejszej wizyty w Niemczech został on jej przyznany właśnie z tytułu uczestnictwa w misji specjalnej. W tym przypadku jednak, wbrew twierdzeniom Rwandy²⁸, Niemcy uznały, że jej wizyta miała charakter prywatny. Niejasny status członka misji specjalnej z punktu widzenia ochrony przez immunitet dopro-

²⁵ Dz. U. z 1985 r., nr 48, poz. 245.

²⁶ Zob. np. Yearbook of the International Law Commission, vol. II, 1967, s. 358. W tym kierunku szły również niektóre orzeczenia sądów angielskich i niemieckich. Zob. szczegółowo: D. Akande, S. Shah, *op. cit.*, s. 822.

²⁷ D. Akande, *Prosecution of Senior Rwandan Government Official in France: More on Immunity*, <http://www.ejiltalk.org/prosecution-of-senior-rwandan-government-official-in-france-more-on-immunity/> (15.03.2011).

²⁸ Government of Rwanda Communiqué on the arrest of Mrs. Rose Kabuye, http://www.minaffet.gov.rw/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=148 (15.03.2011).

wadził zresztą w późniejszym czasie do odwołania kilku wizyt dyplomatycznych, np. Dana Meridora – izraelskiego ministra ds. wywiadu i energii atomowej, a także Tzipi Livni – byłej minister spraw zagranicznych tego państwa, którzy planowali podróżować do Wielkiej Brytanii²⁹. Sprawy te doprowadziły do sformułowania postulatów do uznania w prawie zwyczajowym ochrony przez immunitet personalny przedstawicieli państwa w misji specjalnej. Oznaczałoby to istnienie 2 kategorii osób objętych immunitetem *ratione personae*³⁰:

1) wąskiej kategorii najwyższych funkcjonariuszy państwowych, stosownie do wyroku MTS w sprawie nakazu aresztowania;

2) przedstawicieli państwa przebywających w misji specjalnej za zgodą państwa przyjmującego.

W ramach tej drugiej kategorii immunitet obowiązywałby w ograniczonym zakresie temporalnym, tj. w czasie misji specjalnych, a nie zaś wizyt prywatnych. Naddo, w przeciwieństwie do immunitetu personalnego, z którego korzystają najwyżsi funkcjonariusze państwa, nie działałby on *erga omnes*, lecz wiązał jedynie państwo wysyłające i przyjmujące misję specjalną.

Stwierdzić można, że ewolucja prawa międzynarodowego (zwyczajowego) zmierzająca w kierunku objęcia immunitetem personalnym przedstawicieli państwa w misji specjalnej mogłaby przyczynić się do ustabilizowania obowiązujących na tym polu zasad. W najnowszej doktrynie kierunek ten coraz częściej uzyskuje poparcie³¹. Nieostre określenie przez MTS zakresu podmiotowego immunitetu personalnego wiąże się obecnie z brakiem pewności prawnej i rodzi ryzyko chaosu w praktyce stosunków międzynarodowych (np. nieskoordynowane odwoływanie wizyt dyplomatycznych). Powszechne przyznanie immunitetu personalnego przedstawicielom państwa w misji specjalnej miałyby zatem doniosłe znaczenie praktyczne, biorąc pod uwagę, że w tym przypadku nie ograniczałby się do tyleż głośnych politycznie, co rzadkich przypadków najwyższych funkcjonariuszy. Immunitet w czasie misji specjalnych wiązałby się zaś z ochroną znacznie szerszej ich grupy, wpływając na codzienną praktykę stosunków międzynarodowych. Z drugiej strony jednak zauważyć trzeba, że przyznanie immunitetu personalnego nieograniczonemu kręgowi przedstawicieli państwa w misji specjalnej oznaczałoby znaczne przesunięcie punktu równowagi, do którego zdawał się dążyć MTS w sprawie nakazu aresztowania. Równowaga ta, jak zaznaczyliśmy, miała polegać na pogodzeniu sprzeczności pomiędzy immunitetem a bezkarnością poprzez zarezerwowanie obszarów ochrony określonych kategorii funkcjonariuszy państwa przy równoczesnym zagwarantowaniu mechanizmów działania międzynarodowej sprawiedliwości karnej.

²⁹ UK seeks to assure Israel over changing universal jurisdiction, <http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2010/11/mil-101104-irna04.html> (15.03.2011).

³⁰ D. Akande, *Prosecution...* Por. też Ch. Wickremasinghe, *Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations*, [w:] M. Evans (red.), *International Law*, Oxford 2010, s. 395.

³¹ D. Akande, S. Shah, *op. cit.*, s. 857 i nast.

W przypadku powszechnego uznania immunitetu personalnego w misjach specjalnych, balans ten zostałby w decydujący sposób zakłócony. Odtąd szeroka grupa funkcjonariuszy zyskałaby przywilej ochrony niemal tożsamej (za wyjątkiem wizyt prywatnych) z tą, która miała obowiązywać jedynie wobec ich wąskiego kręgu. Jest to wątpliwe o tyle, że niżsi funkcjonariusze oskarżani o najpoważniejsze zbrodnie mogą być stosunkowo łatwo zastąpieni przez innych, na których nie ciążyą tego rodzaju zarzuty. Zastanawiać się można zatem, czy immunitet byłby w tym przypadku uzasadniony przez względy funkcjonalne. Wskazuje się także na inne wątpliwości związane z ewentualnością przekształcenia wspomnianych unormowań konwencyjnych w prawo zwyczajowe: stosowania jednolitych standardów w stosunku do wszelkich rodzajów misji, trudności praktycznych wynikających z krótkiego charakteru takiej misji, a także jej niejasnej definicji³².

5. Immunitet personalny a zeznawanie w charakterze świadka

Inną kwestią niż immunitet od odpowiedzialności karnej jest możliwość zobowiązania osoby objętej immunitetem personalnym przez organy obcego państwa do zeznawania w charakterze świadka. W doktrynie ograniczano się wcześniej zasadniczo do stwierdzenia, że najwyżsi funkcjonariusze nie mogą być zmuszeni do zeznawania przed obcymi organami niezależnie od powagi zbrodni, gdyż i w tym przypadku na przeszkodzie stoją względy związane z ochroną suwerenności³³.

Problem ten został rozpoznany przez MTS we wcześniej wspomnianej sprawie wzajemnej pomocy prawnej. W czasie składania przez Prezydenta Dżibuti oficjalnej wizyty we Francji w dniu 17 maja 2005 r., francuski sędzia śledczy przesłał faksem – za pośrednictwem ambasady Dżibuti – wezwanie do złożenia przez niego zeznań następnego dnia, 18 maja, o godz. 9.30. Dwadzieścia minut po przesłaniu faksu Agencja France-Press poinformowała publicznie o tym wezwaniu. Dżibuti złożyło protest przeciwko działaniu sędziego śledczego skierowanego do głowy obcego państwa, zażądało przeprosin i uznania wezwania za nieważne. Wskutek braku stosownej odpowiedzi Francji władze Dżibuti uznały, że doszło do bezprawnego działania naruszającego nie tylko zasady grzeczności międzynarodowej, ale również prawo zwyczajowe oraz konwencyjne odnoszące się do immunitetów³⁴.

³² Ch. Wickremasinghe, *op. cit.*, s. 391.

³³ A. Cassese, *op. cit.*, s. 313.

³⁴ Dżibuti powołało art. 29 Konwencji wiedeńskiej z 1961 r. o stosunkach dyplomatycznych, co po raz kolejny świadczyć może o zamęcie związanym z myleniem immunitetu dyplomatycznego oraz immunitetu najwyższych funkcjonariuszy.

Francja twierdziła jednak, że wezwanie Prezydenta do złożenia zeznań miało jedynie charakter zaproszenia, nieobwarowanego żadnymi sankcjami i środkami egzekucji. Zapewniła równocześnie, że w pełni uznaje immunitet głowy państwa oraz przyznała, że miał on pełne prawo odmówić stawienia się. Nie wyklucza to jednak możliwości skierowania stosownego zaproszenia, które samo w sobie nie narusza zasad ochrony przez immunitet.

MTS uznał w wyroku, że elementem decydującym dla rozstrzygnięcia w przedmiocie naruszenia immunitetu jest ustalenie, czy miało miejsce działanie o charakterze władczym (*constraining act of authority*). Zdaniem MTS, do takiego działania nie doszło. Trybunał podkreślił równocześnie, że zastosowana forma wezwania, tj. przesłanie go faksem z wyznaczeniem bardzo krótkiego terminu, oznaczała złamanie zasady grzeczności międzynarodowej. W konsekwencji MTS ubolewał, iż Francja nie wystosowała przeprosin. Tego rodzaju uchybienie nie stanowi jednak, zdaniem Trybunału, naruszenia immunitetu. Do tego doszłoby dopiero wówczas, jeśli organy francuskie stałyby za przeciekami do Agencji France-Presse. W świetle oficjalnego charakteru wizyty Prezydenta oznaczałoby to naruszenie przez Francję zobowiązań międzynarodowych. MTS nie dysponował jednak żadnymi dowodami na przeciek.

Wyrok ten można ocenić jako kolejną próbę odnalezienia kompromisu pomiędzy słuszną ochroną najwyższych funkcjonariuszy państwa przed interwencją obcych organów, a zapewnieniem choćby częściowej możliwości ich zaangażowania w działania wymiaru sprawiedliwości państwa forum. W tym przypadku oznacza to, że zeznawanie w roli świadka nie może przybrać charakteru zobowiązania. Nie wyklucza się jednak innych sposobów wezwania do współpracy, np. w formie zaproszenia.

6. Immunitet a jurysdykcja

Rozwój prawa immunitetów zestawzić można z równoczesną ewolucją praktyki w zakresie kompetencji jurysdykcyjnych państw. W doktrynie istnieje spór co do charakteru tego powiązania. Zgodnie ze stanowiskiem dualistycznym, jurysdykcja i immunitet stanowią dwie odrębne instytucje prawne, zaś według poglądu monistycznego są to dwa różne aspekty jednej złożonej instytucji. Spór ten nie ma zresztą jedynie charakteru doktrynalnego. Pojawiał się on również pośrednio w orzecznictwie i choć nie został jednoznacznie rozstrzygnięty, to miał znaczenie dla zakresu wyrokowania, a także dla istotnych kwestii proceduralnych³⁵.

³⁵ Zob. np. Sprawa *nakazu aresztowania*, pkt 46, także: Wspólna opinia sędziów Higgins, Kooijmansa i Buerghentala w tej sprawie, pkt 3.

Nie rozstrzygając jednoznacznie kwestii powiązań między immunitetem a jurysdykcją, stwierdzić trzeba, że niezależnie od relacji formalno-prawnej, instytucje te bez wątpienia łączy związek funkcjonalny. Problem immunitetu najwyższych funkcjonariuszy państwowych powstaje bowiem, gdy ma dojść do postępowania na forum obcego państwa. Przed obcymi sądami rozstrzygane mogą być zaś tylko te sprawy, w których państwa dysponują jurysdykcją ekstraterytorialną. W interesującym nas obszarze chodzić więc może o zbrodnie międzynarodowe podlegające jurysdykcji znacznie wykraczającej poza zasadę terytorialności, a w pewnych przypadkach sięgające aż jurysdykcji uniwersalnej. Postępowanie nie może być jednak wszczęte w przypadku zaistnienia przesłanki negatywnej, jaką jest ochrona przez immunitet.

Najnowsza praktyka dowodzi, że problemy zakresu eksterytorialnej jurysdykcji i zakresu immunitetu występowały równolegle, towarzysząc ewolucji prawa międzynarodowego. Jej kulminacją była obserwowana w latach 90-tych tendencja do ustanawiania jak najszerzych podstaw jurysdykcji połączona z erozją instytucji immunitetu³⁶. W kolejnych latach doszło jednak do korekty tej tendencji. Było to efektem coraz wyraźniejszego ryzyka nadużyć wynikającego z łatwości wszczynania postępowań wobec najwyższych funkcjonariuszy obcych państw. Na płaszczyźnie międzynarodowej wyraźnym sygnałem rewizji liberalnych regulacji w tym zakresie był omówiony wyżej wyrok MTS z 2002 r. w sprawie nakazu aresztowania. Reformy przepisów krajowych, które zostały podjęte w jego następstwie, zmierzały w kierunku stworzenia systemu zabezpieczeń, których głównym celem miało być zapobiegnięcie wykorzystaniu krajowych wymiarów sprawiedliwości do prowadzenia postępowań przeciwko funkcjonariuszom obcych państw. Ograniczenia te przybierały jednakże różnoraki charakter i nie zawsze koncentrowały się bezpośrednio na przepisach odnoszących się do immunitetu.

Problem ten był wyraźnie dostrzegalny w Hiszpanii, która była jednym z państw najbardziej zaangażowanych w praktykę jurysdykcji uniwersalnej³⁷, głównie za sprawą słynnego sędziego Baltazara Garzona. Liczne próby wszczynania przed organami hiszpańskimi postępowań przeciwko najwyższym funkcjonariuszom obcych państw zaczęły wreszcie nosić znamiona *forum shopping*. Doprowadziło to w 2009 r. do przyjęcia ustawy o władzy sądowniczej dwóch poprawek mających ustanowić nowe ramy wykonywania jurysdykcji. W nowelizacji wprowadzono konieczność istnienia łącznika jurysdykcyjnego z Hiszpanią (np. hiszpańskiego obywatelstwa ofiar) jako warunek wszczęcia postępowania. Dodatkowym hamulcem było ustanowienie zasady subsydiarności, zgodnie z którą postępowanie mogło być prowadzone na jej terytorium pod warunkiem, że „efektywne śledztwo” nie zostało wszczęte przez inne państwo lub Międzynarodowy Trybunał Karny³⁸.

³⁶ Zob. szerzej: T. Ostropolski, *Zasada jurysdykcji uniwersalnej w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2008, s. 132 i nast.

³⁷ Zob. *ibidem*, s. 176 i nast.

³⁸ Zob. tekst ustawy w: D. Morrison, R. Weiner, *Curbing the Manipulation of Universal Jurisdiction*, <http://www.jcpa.org/text/universal-jurisdiction.pdf> (15.03.2011).

Podobny problem zaistniał w Niemczech, gdzie Kodeks Zbrodni przeciwko Prawu Międzynarodowemu z 2002 r. wprowadzał wyraźne podstawy do wykonywania jurysdykcji uniwersalnej, już wcześniej powoływanej zgodnie z szeroką wykładnią Federalnego Sądu Najwyższego³⁹. Jednakże kompetencja ta została obwarowana kilkoma kluczowymi ograniczeniami. Przede wszystkim, zgodnie z nowym art. 153f kodeksu postępowania karnego, prokurator może odmówić wszczęcia postępowania w przypadku, gdy osoba ścigana nie przebywa na terytorium Niemiec i jej obecność nie jest przewidywana. Tym samym ustawa dopuszcza wyraźnie oportunizm postępowania *in absentia* osoby ściganej. Najnowsza praktyka wskazuje jasno, że przepis ten traktowany jest jako pojemna formuła pozwalająca na elastyczne wykorzystywanie w sytuacji, kiedy postępowanie mogło zostać uznane za ryzykowne z politycznego punktu widzenia. Na przykład, prokurator federalny powołał się na ten przepis, odmawiając wszczęcia ścigania m.in. sekretarza obrony USA Donalda Rumsfelda, któremu przypisywano odpowiedzialność za zbrodnie z Abu Ghraib, byłego chińskiego prezydenta Jianga Zemina w sprawie zbrodni przeciwko sekcje Falun Gong czy byłego uzbeckiego ministra spraw wewnętrznych Zokiriona Ałmatowa w sprawie tortur stosowanych przez uzbecką służbę bezpieczeństwa⁴⁰.

Przed podobnym problemem stanęły władze Wielkiej Brytanii w następstwie wyżej wspomnianego odwołania wizyty w tym państwie izraelskich ministrów Dana Merodora i Tzipi Livni, których ostrzeżono, iż możliwe jest wszczęcie przeciwko nim postępowania⁴¹. W konsekwencji sformułowano projekt ustanowienia wymogu udzielenia zgody na ściganie przez Dyrektora ds. Postępowań Karnych.

Z powyższych przykładów wynika, że wprowadzenie systemu zabezpieczeń przed postępowaniami przeciwko najwyższym funkcjonariuszom obcych państw niekoniecznie odbywa się poprzez ingerencję bezpośrednio w przepisy dotyczące immunitetu. We wskazanych przypadkach zabezpieczenia te polegały bowiem na:

- wprowadzeniu wymogu istnienia określonych łączników w ramach przepisów określających podstawy jurysdykcji,
- ustanowieniu zasady subsydiarności pozwalającej na odmowę wszczęcia postępowania, jeśli może być ono prowadzone w innym państwie dysponującym wyraźniejszymi podstawami jurysdykcyjnymi lub przed międzynarodowym trybunałem karnym oraz
- wyposażeniu organów prokuratorskich w narzędzia pozwalające na dyskrejonalną odmowę wszczęcia postępowania na podstawie bardziej lub mniej ostrych kryteriów.

³⁹ Zob. S. Wirth, *Germany's New International Crimes Code: Bringing a Case to Court*, JICJ 2003, nr 1, s. 151.

⁴⁰ Zob. T. Ostropolski, *op. cit.*, s. 170 i nast. oraz cyt. tam literatura.

⁴¹ UK seeks to assure...

Opisane mechanizmy wyraźnie wskazują na powiązanie między instytucjami jurysdykcji i immunitetu z jednej strony, a ogólnymi przepisami procesowymi z drugiej strony. Choć nie ingerują one bezpośrednio w obszar immunitetów, to zauważyć można, że ich docelowym skutkiem będzie postawienie tamy prowadzeniu postępowań wobec najwyższych funkcjonariuszy. Równocześnie, wykorzystanie tych ograniczeń może być łatwiejsze z punktu widzenia zasady oportunistycznego procesowego, gdyż pozwala na wcześniejsze podjęcie decyzji, jej szerszą dyskrecjonalność i tym samym skuteczniejsze zablokowanie ścigania funkcjonariuszy niż sięganie wprost po ochronę wynikającą z immunitetu.

7. Immunitet najwyższych funkcjonariuszy przed międzynarodowymi trybunałami karnymi – czy bezwzględny wyjątek?

Powyżej przedstawiona analiza dotyczyła ochrony funkcjonariuszy przed postępowaniami przed sądami obcego państwa. Zasady te nie mogą być natomiast bezpośrednio przeniesione na forum międzynarodowych trybunałów. Okoliczność tę podniósł wprost MTS w wyroku w sprawie nakazu aresztowania, przekonując, iż immunitet nie oznacza bezkarności⁴². Przypomnijmy, że wskazał on postępowanie przed międzynarodowymi trybunałami karnymi, które posiadają jurysdykcję, jako jedną z dróg odpowiedzialności karnej, której nie tamuje immunitet. MTS nie uzasadnił szeroko swojego stanowiska, można jednak uznać, że rozróżnienie to wynika z odmiennego charakteru postępowania przed sądem krajowym i trybunałem międzynarodowym. Wychodząc z założenia, że *ratio* dla obowiązywania immunitetów są z jednej strony względy funkcjonalne, a z drugiej ochrona suwerennej równości i godności narodowej, wysunąć można tezę, że te drugie mają mniejsze znaczenie w postępowaniu prowadzonym przed trybunałem międzynarodowym⁴³. O ile bowiem postawienie wysokiego funkcjonariusza państwowego przed sądem krajowym obcego państwa może być uważane za naruszenie zasady suwerennej równości, o tyle zarzut ten ma słabsze podstawy w przypadku trybunału międzynarodowego. Ten drugi bowiem posiada z natury ustalone gwarancje rzetelności i nie musi być postrzegany za podmiot konkurencyjny dla państwa-podmiotu, kierującego się motywami politycznymi. Zakres ochrony przed międzynarodowymi trybunałami karnymi nie będzie tu przedmiotem szczególnych dociekań, jednakże

⁴² Sprawa *nakazu aresztowania*, pkt 61.

⁴³ Zob. S. Wirth, *Immunities, Related Problems and Article 98 of the Rome Statute*, „Criminal Law Forum” 2001, nr 1, s. 432; M. Płachta, A. Wyrozumska, *Problem ratyfikacji Statutu MTK*, PiP 2001, z. 5, s. 87 i nast.

konieczne jest co najmniej sprawdzenie, czy zarysowana przez MTS dychotomia: sąd państwa obcego jako forum objęte przez immunitet *versus* trybunały międzynarodowe, przed którymi immunitety zostają zniesione, jest zawsze prawdziwa.

Egzemplifikując swoją tezę na temat irrelewantności immunitetów przed trybunałami karnymi czy międzynarodowymi, MTS wyliczył przykładowo Międzynarodowy Trybunał Karny dla b. Jugosławii (MTKJ), Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy (MTKR) oraz stały Międzynarodowy Trybunał Karny (MTK). Tym samym do jednego zbioru zaliczył on zarówno trybunały ustanowione przez RB ONZ, korzystającą z uprawnień wynikających z rozdziału VII KNZ⁴⁴, jak i powołany umową międzynarodową MTK. Trudno jednak uznać, że brak tego rozróżnienia był celowy. Wówczas bowiem należałoby wyciągnąć wniosek, że irrelewantność immunitetu dotyczy w takim samym stopniu wszystkich trybunałów międzynarodowych. Musiałoby to m.in. oznaczać bezwzględne zwolnienie z ochrony przez immunitet najwyższych funkcjonariuszy będących obywatelami państw, które nie są stronami umowy statuującej trybunał. Doprowadzić mogłoby to do takiego paradoksu, że funkcjonariusz państwa trzeciego nie byłby chroniony przez immunitet przed jakimkolwiek trybunałem, nawet jeśli byłby on ustanowiony na drodze traktatu przez choćby dwa inne państwa⁴⁵.

Wydaje się więc, że przytoczone wyżej stwierdzenie MTS o irrelewantności immunitetów przed międzynarodowymi trybunałami karnymi powinno zostać opatrzone pewnymi warunkami. Po pierwsze, akty statuujące te trybunały bezpośrednio lub pośrednio wyłączają odpowiedni immunitet (co ma miejsce w statutach większości trybunałów). Po drugie zaś państwo, którego obywatelem jest podejrzany wezwany przed międzynarodowy trybunał, jest związane statuującym go aktem lub też dany trybunał czerpie moc z decyzji RB ONZ (powołującej dany Trybunał na podstawie rozdziału VII KNZ albo powierzającej wykonywanie jurysdykcji *ad hoc* w danej sprawie).

Przyjąć należy zatem, że immunitety zostają wyłączone przede wszystkim w sytuacji, kiedy trybunał został ustanowiony na podstawie decyzji RB ONZ wynikającej z rozdziału VII KNZ (MTKJ, MTKR, Specjalny Trybunał ds. Libanu). Wówczas prymat zasady irrelewantności pełnionej funkcji publicznej nad immunitetem mającym źródło w ogólnych zasadach międzynarodowego prawa zwyczajowego wynika z art. 103 KNZ nadającego nadrzędny charakter zobowiązaniom wynikającym z Karty⁴⁶.

⁴⁴ MTKJ i MTKR zostały ustanowione przez RB w oparciu o rozdział VII KNZ, jako jeden ze środków niewymagających użycia siły, zmierzający do przywrócenia pokoju i bezpieczeństwa międzynarodowego (art. 41 KNZ).

⁴⁵ Na ten paradoks wskazali *amici curiae* Specjalnego Trybunału ds. Sierra Leone. Zob. D. Akande, *International Law Immunities and the International Criminal Court*, AJIL 2004, nr 3.

⁴⁶ Nie ma wątpliwości, że przepis ten obejmuje nie tylko zobowiązania wynikające bezpośrednio z KNZ, ale również te powstałe na mocy aktów organów KNZ, które zostały wyposażone w kompetencje do wydawania wiążących decyzji. Zob. R. Bernhardt, *Article 103*, [w:] B. Simma (red.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford 2002, s. 1295.

W przypadku trybunału powołanego na drodze traktatu trzeba zaś uznać, że zasada irrelewantności pełnionej funkcji publicznej obowiązuje wobec obywateli państw będących jego stronami. Obywatele innych państw korzystają natomiast przed trybunałem z takiej ochrony, jaka przysługiwałaby im przed obcym sądem krajowym. W przypadku MTK taką wykładnię narzucają zresztą przepisy samego Statutu rzymskiego, który z jednej strony potwierdza naczelną zasadę irrelewantności pełnionej funkcji publicznej (art. 27), z drugiej zaś zakazuje występowania przez Trybunał z wnioskiem o dostarczenie lub pomoc prawną, jeśli mogłoby to prowadzić do naruszenia immunitetu (art. 98)⁴⁷.

Wyjątkiem będzie sytuacja, w której jurysdykcja w danej sprawie została powierzona Trybunałowi *ad hoc* na mocy decyzji RB działającej na podstawie rozdziału VII KNZ (art. 13 (b) statutu). W przypadku MTK, RB przedstawiła dotąd Trybunałowi sytuację wskazującą na popełnienie zbrodni w Darfurze⁴⁸ oraz w ostatnim czasie w Libii⁴⁹.

W tej pierwszej sytuacji doszło zresztą do sporu, kiedy Zgromadzenie Państw Unii Afrykańskiej stwierdziło, powołując się na art. 98 Statutu rzymskiego, że nie będzie współpracować z MTK w przedmiocie aresztowania i dostarczenia Prezydenta Sudanu Al-Bashira w związku ze sprawą zbrodni w Darfurze⁵⁰. Uznać należy jednak, że, choć Sudan nie jest stroną Statutu rzymskiego, to w następstwie rezolucji RB ONZ immunitet Al-Bashira został w dorozumiany sposób usunięty dla celów postępowania przed MTK, w związku z czym art. 98 statutu w tych okolicznościach się dezaktualizuje⁵¹.

Sytuacja komplikuje się w przypadku międzynarodowych trybunałów hybrydowych⁵². Problem ten powstał w postępowaniu przed Specjalnym Trybunałem ds. Sierra Leone (STSL) ustanowionym w oparciu o umowę pomiędzy ONZ a rządem Sierra Leone. Punktem wyjścia dla jej zawarcia była przyjęta w 2000 r.

⁴⁷ Zob. np. P. Gaeta, *Official Capacity and Immunities*, [w:] A. Cassese, P. Gaeta, J. Jones (red.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford 2002, s. 996.

⁴⁸ Rezolucja RB 1993 (2005).

⁴⁹ Rezolucja RB 1970 (2011).

⁵⁰ Zob. African Union in rift with court, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/8133925.stm> (15.03.2011).

⁵¹ Zob. D. Akande, *The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities*, JICJ 2009, nr 2, s. 333 i nast. Polemicznie: P. Gaeta, *Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?*, JICJ 2009, nr 2, s. 315 i nast. Nie istnieje jednak jasność nawet w podejściu samego MTK do tej kwestii. W sprawie Kadafiego Prokurator na marginesie wydanego przez siebie nakazu zastanawiał się, czy nie można kwestionować zasadności nakazów zobowiązujących państwa trzecie do dostarczenia osoby (ICC-01/11-4-Red, pkt. 65–67). Zob. też D. Akande, *The ICC Prosecutor Requests an Arrest Warrant for Gaddafi: Immunity Issues and Questions about the Start of the Libyan Armed Conflict*, <http://www.ejiltalk.org/the-icc-prosecutor-requests-an-arrest-warrant-for-gaddafi-immunity-issues-and-questions-about-the-start-of-the-libyan-armed-conflict> (15.11.2011).

⁵² Zob. ich typologię: C. Romano, A. Nollkaemper, J. Kleffner (red.), *Internationalised Criminal Courts*, Oxford 2004; M. Płachta, *Międzynarodowe trybunały karne: próba typologii i charakterystyki*, PiP 2004, z. 3, s. 14 i nast.

rezolucja 1315 (2000), w której Rada Bezpieczeństwa stwierdziła istnienie zagrożenia dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa w regionie oraz upoważniła Sekretarza Generalnego do wynegocjowania umowy z Sierra Leone dotyczącej utworzenia „niezależnego specjalnego trybunału”, jako środka podjętego na podstawie art. 41 KNZ. Sekretarz Generalny zaproponował ustanowienie trybunału odmiennego niż wcześniej powstałe trybunały *ad hoc*, „niezakotwiczonego w żadnym istniejącym systemie”⁵³. Sam statut Trybunału nie został jednak uchwalony w formie rezolucji RB, lecz dołączono go jako aneks porozumienia zawartego pomiędzy Sierra Leone a ONZ.

Jedno z głównych postępowań przed STSL dotyczyło prezydenta Liberii Charlesa Taylora oskarżonego o popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości i poważnych naruszeń Konwencji genewskich, z zamiarem zdobycia dostępu do bogactw mineralnych Sierra Leone. Dnia 23 lipca 2003 r. Taylor złożył wniosek o stwierdzenie nieważności nakazu aresztowania wydanego przez Trybunał, argumentując, iż ze względu na fakt, że w momencie wydania nakazu sprawował funkcję prezydenta Liberii, korzysta z absolutnego immunitetu personalnego. Oskarżony powoływał się przy tym na wyrok MTS w sprawie nakazu aresztowania, w którym potwierdzono nietykalność najwyższych urzędników państwowych i wskazywał dalej, iż wyjątki dotyczące wyłączenia immunitetu przed międzynarodowymi trybunałami karnymi mogą wynikać jedynie z innych norm prawa międzynarodowego, takich jak rozdział VII KNZ⁵⁴. Charakter STSL nie pozwala natomiast, jego zdaniem, na przyrównanie do trybunałów powołanych na mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ opartych na rozdziale VII KNZ. Stąd zatem, przepis Statutu STSL wyłączający immunitet nie może być skuteczny *erga omnes*, gdyż moc prawna decyzji wydawanych na jego podstawie odpowiada jedynie mocy prawnej decyzji każdego innego sądu krajowego. Działania STSL wobec Taylora naruszają więc zasadę suwerennej równości⁵⁵.

Argumentacja ta nie została podzielona przez Trybunał. Uznał on, że podstawowa racja obowiązywania immunitetu, jaką jest zasada *par in parem non habet imperium*, dezaktualizuje się w razie postępowania na innym forum niż sąd obcego państwa, tj. przed trybunałem międzynarodowym⁵⁶. Skoro więc STSL posiada wszystkie cechy trybunału międzynarodowego, zasada irrelewantności immunitetu również znajdzie w tym przypadku zastosowanie.

Decyzja ta spotkała się ze znaczącą krytyką w doktrynie⁵⁷. Podkreślano, że STSL – jako ustanowiony w drodze umowy, a nie rezolucji RB ONZ

⁵³ Report of the Secretary General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, 4.10.2000, UN Doc. S/2000/915.

⁵⁴ *Prosecutor v. Charles Taylor*, *op. cit.*, pkt 6.

⁵⁵ *Ibidem*, pkt 7.

⁵⁶ *Ibidem*, pkt 51.

⁵⁷ Zob. Z. Deen-Racsmány, *Prosecutor v. Taylor*. The Statute of STSL and its Implications for the Question of the Immunities of the Incumbent President Before It, s. 299 i nast. oraz S. Nouwen, *The STSL and the Immunity of Taylor: the Arrest Warrant Case Continued*, LJIL 2005, nr 3, s. 645 i nast.; M. Frulli, *The Question of Charles Taylor's Immunity*, JICJ 2004, nr 4, s. 1118 i nast.; D. Akande, *International Law...*, s. 407 i nast.

– przypomina swoim charakterem raczej MTK niż MTKJ czy MTKR. Implikacją tego muszą być więc odmienne zasady obowiązywania immunitetu. Jego wyraźne zniesienie nie sięga tak daleko jak w przypadku trybunałów czerpiących moc z uprawnień nadanych przez rozdział VII KNZ i dotyczy jedynie stron umowy. Wobec obywateli państw trzecich immunitet funkcjonować winien w zasadzie zgodnie z normami obowiązującymi przed sądami krajowymi tak długo, jak w prawie zwyczajowym nie zostanie uformowana przeciwna zasada mająca zastosowanie do tego typu trybunału. W omówionej wyżej sprawie prezydent Taylor powinien być zatem zostać objęty immunitetem.

Podsumowując tę część rozważań, należy stwierdzić, że działalność międzynarodowych trybunałów karnych stała się kolejnym wyzwaniem dla prawa immunitetów. Rozstrzygnąć należało, czy i w jakim zakresie trybunały są związane immunitetami mającymi źródło w ogólnych zasadach prawa międzynarodowego analogicznie do sądów krajowych. Wyrok MTS w sprawie nakazu aresztowania wprowadził tu pozornie prostą dystynkcję, zgodnie z którą immunitety nie obowiązują przed posiadającymi jurysdykcję międzynarodowymi trybunałami karnymi. Po dokładnej analizie podejście takie wydaje się jednak nazbyt uproszczone. Sam tylko fakt, że postępowanie jest prowadzone przed trybunałem międzynarodowym (niezależnie od jego charakteru) nie powinien sam w sobie prowadzić do wyłączenia immunitetów. Konieczne jest raczej ustalenie *ad casum* konkretnej przesłanki, która uzasadniałaby wyłączenie ochrony (związanie przez państwo obywatelstwa statutem Trybunału decyzja RB ONZ etc.). Dotychczasowa niejednolita praktyka wskazuje, że kwestia ta wymaga doprecyzowania w orzecznictwie i sformułowania spójnych zasad określających zależność immunitetu od forum, przed którym prowadzone jest postępowanie.

8. Konkluzje

Najnowsza praktyka w zakresie immunitetów personalnych najwyższych funkcjonariuszy państwa podlega stałej ewolucji. Po wydaniu przez MTS wyroku w sprawie nakazu aresztowania wydawać się mogło, że doszło do krystalizacji międzynarodowego prawa zwyczajowego w tym zakresie. Szereg kwestii składających się na kształt ochrony przez immunitet personalny pozostało jednak otwartych. Bezwzględnie potwierdzony został immunitet personalny jako absolutna przeszkoda prowadzenia postępowania przed sądem obcego państwa. Trybunał wyjaśnił, że jego zakres podmiotowy obejmuje również osoby pełniące urząd ministra spraw zagranicznych. Nie jest jednak jasne, do jakich jeszcze funkcjonariu-

szy państwowych, poza głowami państw i szefami rządów, ma on zastosowanie. Późniejsze orzecznictwo potwierdza, że wykracza on poza ten wąski krąg podmiotowy, jednakże nie zakreśla ściśle jego granic.

Kolejny wyrok MTS w sprawie wzajemnej pomocy prawnej potwierdził, że immunitet personalny obejmuje również występowanie w roli świadka w ten sposób, że organ państwa wzywającego nie może stosować aktów władczych, które zobowiązywałyby najwyższych funkcjonariuszy obcego państwa. Równocześnie MTS nie wykluczył przyjęcia przez nich takiej roli procesowej, pod warunkiem zachowania przez państwo prowadzące postępowanie odpowiedniej formy wezwania (zaproszenia).

Jednym z problemów, których rozstrzygnięcie może znacząco wpłynąć na zakres immunitetu personalnego jest ochrona przedstawicieli państwa w misji specjalnej. Pragmatyka stosunków międzynarodowych może powodować narastającą presję na uznanie istnienia tego typu ochrony w międzynarodowym prawie zwyczajowym. Immunitet taki działałby wyłącznie *inter partes* i nie obejmował wizyt prywatnych. Niemniej jednak, znacznie rozszerzałby zakres podmiotowy ochrony *ratione personae* poza sam tylko krąg najwyższych funkcjonariuszy. Mogłoby to naruszać postulowaną równowagę pomiędzy stabilnością stosunków międzynarodowych a zasadą międzynarodowej odpowiedzialności karnej.

Relacje pomiędzy immunitetem a jurysdykcją, niezależnie od ich formalnego charakteru (wybór pomiędzy stanowiskiem monistycznym a dualistycznym), stanowią obszar niezwykle intensywnej interakcji, gdzie dopiero całościowa analiza może dać pełny obraz zakresu ochrony najwyższych funkcjonariuszy. Najnowsza praktyka pokazuje, że ochronę taką może w równym lub nawet większym stopniu zapewniać oddziaływanie na przepisy krajowe, dotyczące podstaw jurysdykcji, bądź powiązane z nią regulacje procesowe niż na normy odnoszące się bezpośrednio do immunitetu.

Doprecyzowanie obowiązujących zasad jest konieczne dla ustalenia różnic pomiędzy zakresem ochrony najwyższych funkcjonariuszy przed sądami krajowymi i trybunałami międzynarodowymi. Lakoniczne stwierdzenie MTS dotyczące irrelewantności immunitetów przed posiadającymi jurysdykcję międzynarodowymi trybunałami pozostawiło istotne luki i spotkało się ze słuszną krytyką doktryny, która zwróciła uwagę na konieczność bardziej zniuansowanej oceny. Potrzeba taka uwypukla się na tle multiplikacji trybunałów międzynarodowych (w tym tzw. trybunałów hybrydowych), których charakter jest zróżnicowany i czyni nieadekwatnym przykładanie do nich prostych podziałów.

Podsumowując, stwierdzić należy, że prawo immunitetów nie ma charakteru *self-contained*, a najnowsza praktyka dowodzi, że dynamika jego rozwoju towarzyszy przeobrażeniom międzynarodowego prawa karnego czy norm dotyczących jurysdykcji. Prognozy o erozji immunitetu okazały się przedwczesne.

Przełomowym punktem był wyrok MTS w sprawie nakazu aresztowania, w którym Trybunał pośrednio przypomniał, że klasyczne zasady prawa międzynarodowego zakorzenione w porządku westfalskim nie mogą być traktowane jako zdeaktualizowane. Postmodernistyczne tendencje⁵⁸, kwestionujące samą zasadność istnienia immunitetu, jako reliktu przestarzałej doktryny suwerenności państw, która powinna bezwzględnie ustąpić nadrzędnemu celowi, tj. ochronie praw człowieka, mają zaś co najwyżej walor postulatu.

⁵⁸ Por. H. Fox, *Law of State Immunity*, Oxford 2008, s. 2.

Karolina Wierczyńska

Immunitet urzędującej głowy państwa - kilka uwag na marginesie spraw toczących się przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym

Wstęp

Sprawa *Omara Al Bashira*, urzędującego prezydenta Sudanu, przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym (dalej MTK lub Trybunał) na nowo ożywiła dyskusję dotyczącą immunitetu chroniącego przywódców państw czy członków rządu podczas postępowań przed międzynarodowymi trybunałami karnymi (stałym i trybunałami *ad hoc*). Dyskusja ta nasiliła się, kiedy prezydentem Kenii został, oskarżony przez MTK o popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości, Uhuru Kenyatta.

Praktyka w zakresie osądzania przed sądami międzynarodowymi urzędujących przywódców państw jest bardzo skromna. Jako przykłady można wskazać próby osądzenia Slobodana Miloševicia i Charlesa Taylora. Rudymentarne doświadczenie w tym zakresie nie oznacza, że nie próbowano wcześniej osądzić przywódców państw¹, ale raczej wskazuje na to, jak wielkie kontrowersje towarzyszą osądzeniu osób objętych immunitetem. Zarówno sto lat temu, jak i dziś, pomimo istnienia szeregu instrumentów prawa międzynarodowego, postawienie przed sądem osoby objętej immunitetem głowy państwa stanowi nie lada wyzwanie. Problemy z tym związane pozwalają jednak na sformułowanie kilku uogólnień.

¹ Można się nawet w tym zakresie odwołać do nieudanej próby postawienia przed specjalnym trybunałem cesarza Wilhelma II Hohenzollerna, szerzej L. Gardocki, *Zarys prawa karnego międzynarodowego*, PWN, Warszawa 1985, s. 27–31, B. Krzan, *Immunitet głowy państwa a bezkarność za popełnienie zbrodni międzynarodowych – uwagi na tle sprawy prezydenta al Bashira przed MTK*, [w:] A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *Aksjologia współczesnego prawa międzynarodowego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2011, s. 69 i nast.

Co do zasady immunitet głowy państwa czy członka rządu związany jest z immunitetem państwa i immunitetami dyplomatycznymi. Jak wskazuje doktryna, głowie państwa przysługuje immunitet *ratione personae*, obejmuje on wszelkie czynności tak prywatne i służbowe osoby, która się nim posługuje, wygasa jednak w chwili złożenia urzędu. Po tym czasie była głową państwa chroni immunitet *ratione materiae* (immunitet funkcjonalny/materialny), odnosi się on jednak tylko do działań mających charakter obowiązków służbowych². Z zastrzeżeniem pewnych wyjątków³ immunitet urzędującej głowy państwa uważa się za immunitet absolutny. To przekonanie wiąże się z tradycyjnym postrzeganiem państw jako suwerennych i równych podmiotów we wzajemnych relacjach (stosownie do brzmienia łacińskiej paremii *par in parem non habet imperium*). Chodzi o ochronę interesów państwa reprezentowanego przez daną osobę, której przyznaje się immunitet w czasie pełnienia przez nią funkcji; aresztowanie takiej osoby mogłoby zdestabilizować stosunki między państwami, dlatego zwyczajowo utrzymuje się, że w czasie pełnienia funkcji pozostaje ona nietykalna.

W doktrynie istnieje jednak zgoda co do tego, że w przypadku popełnienia zbrodni międzynarodowych należy wyraźnie oddzielić działanie państwa od działania głowy państwa⁴. Popełnienia zbrodni nie można nazywać aktem państwa, dlatego popełnienia zbrodni nie należy przypisywać państwu, ale właśnie jednostce⁵. H. Kelsen w klasycznej już pozycji *General theory of law and state* wskazuje „(...) an individual, in performing an illegal act, cannot be considered to be an organ of the state”⁶. W szczególności wskazuje się, że państwo jako twór abstrakcyjny nie może samo popełnić zbrodni ani odpowiadać za jej popełnienie⁷, dodatkowo jednostka nie może powoływać się na swoją oficjalną pozycję, aby uwolnić się od odpowiedzialności za popełnienie takiego aktu⁸.

O ile można stwierdzić, że w doktrynie panuje zgoda co do karalności osób popełniających zbrodnie międzynarodowe, nie można jednoznacznie stwierdzić, że ma to swoje odzwierciedlenie w praktyce państw czy sądów. Dlatego sprawa

² Por. S. Zappalà, *Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation*, EJIL (2001), vol. 12, no. 3, s. 598; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne, zagadnienia systemowe*, Wydawnictwo Beck, Warszawa 2004, s. 247 i nast.; Y. Simbeye, *Immunity and international criminal law*, Ashgate Publishing 2004, s. 109 i nast., B. Krzan, *op. cit.*, s. 63 i nast.

³ O czym niżej.

⁴ Y. Simbeye, *op. cit.*, s. 127.

⁵ *Ibidem*, s. 128. Odnieść się także można do słynnej i wielokrotnie przywoływanej w literaturze przedmiotu frazy z wyroku Trybunału norymberskiego „Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities...”, por. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nürnberg, 14 November 1945-1 October 1946, Nürnberg, Germany, 1947, s. 223.

⁶ H. Kelsen, *General theory of law and state*, Clark, New Jersey 2009, s. 359.

⁷ Y. Simbeye, *op. cit.*, s. 129.

⁸ A. Watts, *The International Law Commission 1949–98: Final draft articles and other materials*, Oxford 1999, s. 1706.

wa Al Bashira, a konkretniej – nakazów aresztowania skierowanych przeciwko niemu, wydanych przez prokuratora Międzynarodowego Trybunału Karnego⁹, otworzyła na nowo dyskusję dotyczącą immunitetu, jako że Al Bashir od 1993 r. jest urzędującym prezydentem Sudanu. Jest jednocześnie pierwszym urzędującym prezydentem oskarżonym przez MTK. Obecnie przed MTK toczy się także sprawa przeciwko urzędującemu prezydentowi Kenii Uhuru Kenyatie, któremu przedstawiono zarzuty dokonania zbrodni przeciwko ludzkości¹⁰ zanim w 2013 r. został wybrany na prezydenta Kenii. Jest więc także urzędującym prezydentem. Zarzuty dotyczące popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości objęły również jego zastępcę Williama Ruto i toczy się przeciwko niemu postępowanie przed trybunałem¹¹.

Sprawy Bashira, Kenyatty i Ruto rzucają światło w szczególności na dwie kwestie, które w toku opracowania postaram się przybliżyć, chodzi mianowicie o współpracę państw z Trybunałem (tu w szczególności należy dokonać rozróżnienia na państwa niebędące stronami Statutu MTK i jego państwa strony), a także o immunitet głowy państwa z uwzględnieniem przypadku Bashira i Kenyatty w kontekście działań Trybunału.

1. Współpraca państw z MTK – zagadnienia ogólne

Zgodnie z postanowieniami Statutu rzymskiego (dalej także jako Statut lub Statut MTK)¹² państwa-strony są zobowiązane do współpracy z trybunałem „w zakresie ścigania i osądzania zbrodni podlegających jurysdykcji Trybunału” (art. 86 Statutu). Trybunał zwraca się do państw-stron z wnioskami o współpracę w trybie art. 87. Na podstawie art. 87 ust. 5 może także zwrócić się do państwa niebędącego stroną Statutu o udzielenie pomocy prawnej (także na podstawie art. 89 Statutu Trybunał może przekazać wniosek o aresztowanie osoby i przekazanie jej jakiemukolwiek państwu, na którego terytorium dana osoba może się znajdować). O ile jednak państwo niebędące stroną nie zawarło z Trybunałem

⁹ W rzeczywistości chodzi o dwa nakazy aresztowania, pierwszy z 2009 r. dotyczący zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych (por. PTC I, Warrant of arrest for Omar Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 marca 2009 r., na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf>.) i drugi z 2010 r. dotyczący dodatkowo zbrodni ludobójstwa (por. PTC I, Second Warrant of arrest for Omar Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 12 lipca 2010 r., na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc907140.pdf>).

¹⁰ PTC II, Decision on confirmation of charges pursuant to article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-02/11, 23 stycznia 2012, na stronie: <http://icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1314543.pdf>.

¹¹ PTC II, Decision on confirmation of charges pursuant to article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11, 23 stycznia 2012, na stronie: <http://icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1314535.pdf>.

¹² Dz. U. z 2003 r., nr 78, poz. 708.

umowy czy porozumienia w sprawie współpracy, Trybunał nie jest w stanie w żaden sposób takiej współpracy wyegzekwować. Również Zgromadzenie Państw Stron nie zostało wyposażone w środki, które pozwalałyby mu na podjęcie innych niż dyplomatyczne działania¹³. Jednym słowem nieudzielenie współpracy czy jej odmowa przez państwo niebędące stroną Statutu nie łączy się z żadnymi konsekwencjami natury prawnej¹⁴.

1.1. Sprawa Bashira

Dnia 31 marca 2005 r. na mocy rezolucji 1593 Rada Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych¹⁵ (dalej jako Rada lub RB), działając w oparciu o rozdział VII Karty Narodów Zjednoczonych¹⁶, po raz pierwszy w historii skorzystała z mechanizmu (zwanego *triggering procedure*) przewidzianego w art. 13 Statutu MTK, a umożliwiającego jej zreferowanie sprawy do Trybunału, w sytuacji wskazującej na popełnienie zbrodni¹⁷. Rezolucja dotyczyła sytuacji w Sudanie stanowiącej zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, w szczególności zaś naruszeń mających miejsce w prowincji Darfur od 2002 r. Rezolucja nakładała na Sudan i pozostałe strony konfliktu w Darfurze obowiązek pełnej współpracy z Trybunałem i jego prokuratorem i zapewnienia im wszelkiej niezbędnej pomocy. W rezolucji odniesiono się także do państw niebędących stronami Statutu, wskazując, że choć nie są związane zobowiązaniami z niego wynikającymi RB zachęca (*urges*¹⁸) je i organizacje międzynarodowe do pełnej współpracy. W dokumencie Rada zwracała się także do Unii Afrykańskiej (dalej jako UA), stanowiącej obecnie ważny podmiot decyzyjny w regionie, o rozważenie praktycznych ułatwień, które wsparłyby pracę prokuratora, włączając w to prowadzenie postępowań w regionie, co mogłoby przyczynić się do zwiększenia regionalnych wysiłków na rzecz walki z bezkarnością zbrodniarzy.

¹³ W szczególności wymienia się dobre usługi, zob. decyzja Zgromadzenia ICC-ASP/10/Res.5, annex, na stronie: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Non-coop/ICC-ASP-10-Res.5-extract-annex-ENG.pdf (akces lipiec 2014).

¹⁴ W niektórych przypadkach (zob. art. 87 ust. 5 (a) Statutu) MTK może zwrócić się do Zgromadzenia Ogólnego lub Rady Bezpieczeństwa, ale po pierwsze nie są to działania natury prawnej, ale politycznej, po drugie zaś, jak wskazuje dotychczasowa praktyka MTK, na razie są to działania nieskuteczne, por. szeroko na ten temat w raporcie *The Rule of Law: The Security Council and Accountability*, 1 Security Council Report 2013, z 28 stycznia 2013 r., na stronie: http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/cross_cutting_report_1_rule_of_law_2013.pdf.

¹⁵ SC res 1593(2005).

¹⁶ Por. Dz. U. z 1947 r., nr 23, poz. 90.

¹⁷ Po raz drugi RB wykorzystała ten mechanizm, referując do MTK wydarzenia w Libii od dnia 15 lutego 2011 r., por. SC res 1970 (2011).

¹⁸ Słowo zachęca (*urges*) ma tu pierwszorzędne znaczenie, gdyż nie stanowi to zobowiązania (*oblige*), a jedynie nakłanianie do podjęcia współpracy.

Stosownie do treści art. 25 Karty Narodów Zjednoczonych na każdym państwie, członku ONZ, ciąży obowiązek przyjęcia i wykonywania rezolucji Rady. Sudan jest członkiem ONZ od 1956 r., a więc i na nim ciąży zobowiązania wynikające z Karty. Musi zatem wykonywać rezolucje RB i co za tym idzie w wykonaniu rezolucji 1593 i art. 89 Statutu powinien wykonać zobowiązanie polegające na współpracy z Trybunałem i prokuratorem MTK, pomimo że nie jest stroną Statutu MTK.

Powstaje jednak zasadnicze pytanie o zakres współpracy Sudanu z Trybunałem, rezolucja bowiem tego nie precyzuje. Można brać pod uwagę kilka możliwości. O ile jednak Państwa strony Statutu są zobowiązane do pełnej z nim współpracy stosownie do części IX Statutu, niewątpliwie takiego zakresu współpracy nie można oczekiwać od państw niebędących jego stronami.

Sekretariat MTK, działając w oparciu o rezolucję 1593 i dwa wydane nakazy aresztowania, sformułował szereg wniosków kierowanych zarówno do państw stron Statutu¹⁹, jak i do państw niebędących stronami Statutu, ale będących członkami RB²⁰, jak i do państw niebędących stronami Statutu ani członkami Rady, ale będących państwami członkowskimi ONZ²¹, a także do Sudanu²². Wnioski dotyczą współpracy wymienionych państw z MTK. Zakres tej współpracy nieznacznie różni się w zależności od tego, do kogo kierowany jest wniosek. Generalnie we wszystkich wnioskach chodzi o pełną współpracę z Trybunałem, a w szczególności aresztowanie i wydanie Al Bashira, a także: zapewnienie bezpieczeństwa świadkom i pokrzywdzonym; dostarczenie dokumentów, informacji, które mogą być pomocne w kontekście wydania Al Bashira; podanie informacji, kiedy możliwe będzie jego dostarczenie; czy w końcu samo jego dostarczenie do MTK. Jedynie we wniosku kierowanym do Sudanu Sekretariat zwraca uwagę na konieczność wykonywania przez Sudan zobowiązań wynikających z rezolucji Rady Bezpieczeństwa, które to zobowiązania przeważają nad jego innymi zobowiązaniami międzynarodowymi. We wniosku podkreślono, że jeżeli Sudan nadal nie będzie się wywiązywał z obowiązku współpracy z Trybunałem, sprawa zostanie zreferowana Radzie, która władna jest podjąć określone środki „przymuszające” państwo do współpracy.

W świetle przedstawionych dokumentów wnioskować można, że współpraca państwa powinna polegać na aresztowaniu lub wydaniu Al Bashira do MTK. Jeśli jednak jest on urzędującą głową państwa, immunitet chroni go zarówno przed aresztowaniem, jak i osądzeniem. Tak więc należałoby zastanowić się, czy współpraca z Trybunałem nie powinna dotyczyć w szczególności zrzeczenia się przez Sudan immunitetu wobec Al Bashira. Rada Bezpieczeństwa może przymuszać do współpracy z Trybunałem, natomiast, czy oznacza to, że może uchylić

¹⁹ Por. ICC-02/05-01/09-96.

²⁰ Por. ICC-02/05-01/09-97.

²¹ Por. ICC-02/05-01/09-99.

²² Por. ICC-02/05-01/09-101.

immunitet urzędującej głowy państwa, a co za tym idzie pozbawić państwo przyśługujących mu uprawnień? Niewątpliwie nie, jeśli wyraźnie nie wyraziła takiego żądania w rezolucji.

Kwestia współpracy z Trybunałem ma także swój drugi wymiar. UA już w lipcu 2009 r. oficjalnie odmówiła współpracy z Trybunałem w kontekście nakazu aresztowania wydanego przeciwko Al Bashirovi²³. Ponieważ do UA należą ponad 50 państw, z tego 34, które są jednocześnie stronami Statutu, dla Trybunału powinien być to wyraźny znak niechęci w stosunku do wydanego nakazu. W szczególności zaś UA negatywnie ocenia fakt, że nie odroczone wszczęcia postępowania przygotowawczego stosownie do art. 16 Statutu MTK²⁴. Unia powtórzyła te zarzuty w decyzji Zgromadzenia z 27 lipca 2010 r.²⁵, nazywając działania prokuratora MTK w odniesieniu do Al Bashira niedopuszczalnymi, niegrzecznymi i protekcyjnymi. W kolejnych decyzjach Unia Afrykańska konsekwentnie wyraża swoje stanowisko dotyczące odroczenia postępowania wobec Bashira i niechęci wobec toczonych przez MTK postępowań²⁶.

Nieco łagodniejsza w wymowie była rezolucja Ligi Arabskiej²⁷ wyrażająca jedynie „głębokie zaniepokojenie” wydanym nakazem aresztowania; przywołująca jednocześnie w tym kontekście kwestie suwerenności, jedności i stabilności Sudanu; nazywająca działalność MTK próbą upolitycznienia sprawiedliwości międzynarodowej; wskazująca na kwestię immunitetu Al Bashira; podkreślająca rozgoryczenie z powodu nieodroczenia postępowania przygotowawczego stosownie do art. 16 Statutu MTK. Liga Arabska zwróciła też uwagę, że decyzja dotycząca nakazu aresztowania utrudni osiągnięcie pokoju w regionie²⁸.

²³ Zobacz decyzję Unii na stronie: Decision On The Meeting of African States Parties to The Rome Statute of The International Criminal Court (ICC), http://www.au.int/en/sites/default/files/ASSEMBLY_EN_1_3_JULY_2009_AUC_THIRTEENTH_ORDINARY_SESSION_DECISIONS_DECLARATIONS_%20MESSAGE_CONGRATULATIONS_MOTION_0.pdf (akces lipiec 2014).

²⁴ Warto odnotować fakt, że Unia Afrykańska stara się o zmianę treści art. 16 Statutu, zobacz obszerne studium na ten temat na stronie: http://www.iss.co.za/uploads/PositionPaper_ICC.pdf.

²⁵ Decision on the progress report of the commission on the implementation of decision, Assembly/au/dec.270(XIV) on the second ministerial meeting on the Rome statute of the International Criminal Court (ICC), Doc. Assembly/AU/10(XV), http://www.au.int/en/sites/default/files/ASSEMBLY_EN_25_27_July_2010_BCP_ASSEMBLY_OF_THE_AFRICAN_UNION_Fifteenth_Ordinary_Session.pdf (akces 27 czerwca 2014).

²⁶ Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court – Doc. Assembly/AU/13(XXII), Assembly/AU/Dec.493. (XXII), 30-31 stycznia 2014, na stronie: http://www.au.int/en/sites/default/files/Assembly%20AU%20Dec%20490-516%20%28XXII%29%20_E.pdf (akces 27 czerwca 2014).

²⁷ Resolution on the decision of Pre-Trial Chamber 1 to the International Criminal Court against the President of the Republic of Sudan, Hassan Ahmad Al Bashir, http://www.coalitionfortheicc.org/documents/09_03_04_AL_Resolution_on_Omar_Al-Bashir_%28EN%29_Unofficial_Translation_%282%29.pdf (akces 27 czerwca 2014).

²⁸ Wskazywano, że ze względu na wydarzenia w Afryce (wtedy powstania w Egipcie, Tunezji i Libii i związane z tym obalenia rządzących głów państwa) można spodziewać się zmiany układu sił, a co za tym idzie nawet zmiany podejścia tych państw co do postępowania MTK w sprawie Al Bashira.

Powstaje w tym kontekście ważne dla prawa międzynarodowego zagadnienie dotyczące ewentualnej reakcji RB na tak bezpośrednio wyrażoną krytykę dotyczącą współpracy z Trybunałem, zwłaszcza że dotyczy ona znakomitej części społeczności międzynarodowej. Z drugiej zaś strony podobne protesty miały miejsce w przypadku procesu Slobodana Miloševića przed Trybunałem jugosłowiańskim, większość negatywnych głosów ucichła jednak, kiedy Milošević został w końcu dostarczony do Hagi.

1.2. Sprawa Kenyatty i Ruto

Kenyatta to w Afryce wyjątkowe nazwisko. To nazwisko osoby, która doprowadziła swój kraj do niepodległości. Jomo Kenyatta był nie tylko czołowym przywódcą ruchu wyzwolenczego Kenii, był także jej prezydentem i premierem. Główny port lotniczy koło Nairobi został nazwany właśnie na jego cześć. Jego syn – Uhuru²⁹ – kontynuuje urzędnicze tradycje ojca, choć nie w tak, wydaje się, chwalebny sposób, jest bowiem oskarżony przez MTK o popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości w trakcie zamieszek po wyborach w 2007 r.

Kenia jest państwem stroną Statutu MTK (Statut wszedł w życie wobec Kenii 1 czerwca 2005 r.), ciąży więc na niej obowiązek pełnej współpracy z Trybunałem, a co za tym idzie wykonywania jego decyzji.

Jak już zaznaczono wyżej, zanim Kenyatta został prezydentem, przed MTK toczyły się już postępowania dotyczące zbrodni popełnianych przez niego i Ruto, jego późniejszego zastępcę. Kenia składała nawet sprzeciwy wobec dopuszczalności sprawy, próbując dowieść, że w Kenii toczy się postępowanie dotyczące powyborczych zamieszek i w myśl zasady komplementarności Trybunał nie powinien zajmować się tymi sprawami. Sprzeciwy te zostały jednak odrzucone przez Trybunał, jako że postępowania prowadzone w Kenii nie spełniały wymogów testu *same conduct/same person*³⁰.

Sam Kenyatta zapewniał, że pojawi się podczas postępowań przed Trybunałem³¹, tym niemniej rząd kenijski od momentu jego wyboru na prezydenta sprzeciwia się jego osądzeniu przed Trybunałem³². Tego samego zdania jest Unia

²⁹ Co notabene oznacza w języku suahili – wolność.

³⁰ Szeroko na ten temat K. Wierczyńska, *Deference in the ICC practice concerning admissibility challenges lodged by States*, [w:] L. Gruszczyński, (red.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Wouter Werner, Oxford University Press, 2014, s. 355–370.

³¹ Zobacz np. relację z forum ekonomicznego tu: <http://www.nation.co.ke/news/politics/Kenyatta-promises-to-cooperate-with-ICC/-/1064/1851940/-/osb9igz/-/index.html> (akces 27 czerwca 2014).

³² Choć już toczyły się postępowania w sprawie wniosku o postępowanie w sprawie Kenyatty i Ruto *in absentia*, Trybunał postanowił, że warunkowo można dopuścić nieobecność podczas postępowania przed Trybunałem i wymienił te momenty procesu, kiedy podsądni niezawodnie muszą

Afrykańska, sugerując w wydawanych decyzjach, że postępowania wobec Kenyatty i Ruto powinny być zawieszane dopóki nie zakończą kadencji na stanowiskach państwowych³³. W decyzjach Unii pojawia się żądanie odroczenia postępowania w myśl art. 16 Statutu i postanowienie, że obaj podsądni nie pojawią się dopóki do kwestii odroczenia/zwieszenia procesu nie odniesie się RB³⁴.

Abstrahując od argumentów prawnych dotyczących immunitetu urzędującej głowy państwa, UA dość często krytykuje Trybunał także jako narzędzie neokolonialnej polityki zachodniego świata. Zaś państwa afrykańskie, z nielicznymi wyjątkami, nie tylko nie współpracują z Trybunałem, choć są stronami Statutu MTK³⁵, ale jednocześnie choć same kierowały sprawy do MTK na podstawie tzw. *self-referrals* surowo oceniają fakt, że postępowania trybunału toczą się właściwie jedynie przeciwko Afrykańczykom³⁶.

Dla ogólnego obrazu współpracy pomiędzy Kenią, UA i Trybunałem należy wspomnieć także o tym, że prokurator Trybunału Fatou Bensouda złożyła wniosek o odroczenie wszczęcia postępowania wobec Kenyatty z tego powodu, że na skutek wycofywania się świadków, ich śmierci i zaginięć³⁷ nie jest ona w stanie sprostać wysokim wymogom dotyczącym dostarczenia dowodów procesowych³⁸.

W kontekście przedstawionych faktów możliwość osądzenia Kenyatty i Ruto w Hadze wydaje się jedynie hipotetyczna. Pomimo że Kenia jest stroną Statutu, opór państw afrykańskich i UA przed osądzeniem osób objętych immunitetami będzie w tym zakresie kluczowy, choć istnieją powody, dla których immunitet urzędującej głowy państwa może być zniesiony i w tym wypadku jest to popelnienie zbrodni objętych jurysdykcją MTK.

być obecni, zob. Decyzja w sprawie Kenyatty: Decision on the Prosecution's motion for reconsideration of the decision excusing Mr Kenyatta from continuous presence at trial, ICC-01/09-02/11-863, 26 listopada 2013; w sprawie Ruto: AC, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled „Decision on Mr Ruto's Request for Exclusion from Continuous Presence at Trial”, ICC-01/09-01/11OA5, 25 października 2013.

³³ Decision on Africa's Relationship with the International Criminal Court (ICC), Ext/Assembly/AU/Dec.1(Oct.2013), 12 października 2013, http://summits.au.int/en/sites/default/files/Ext%20Assembly%20AU%20Dec%20&%20Decl%20_E.pdf (akces 27 czerwca 2014).

³⁴ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa, która miała dotyczyć odroczenia postępowania wobec Kenyatty nie została przyjęta, głosowało za nią jedynie 7 członków RB, <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=46499#.U61dikCFet9> (akces 27 czerwca 2014).

³⁵ Można powołać się choćby na kasus Czadu, który choć jest stroną Statutu nie wykonuje obowiązku współpracy z Trybunałem i nie wykonuje nakazów aresztowania wydanych przez MTK wobec odwiedzających go osób, na których ciążyą zarzuty dotyczące popelniania zbrodni objętych jurysdykcją Trybunału, zob. np. wniosek o współpracę z MTK skierowany do Czadu przed jedną z wizyt: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1585403.pdf> (akces lipiec 2014).

³⁶ Zob. argumenty Stephen'a Lamony w poście *Is the International Criminal Court really picking on Africa?* dostępny na stronie: <http://africanarguments.org/2013/04/16/is-the-international-criminal-court-really-picking-on-africa-by-stephen-a-lamony/> (akces lipiec 2014).

³⁷ Zob. np. tu: <http://www.bbc.com/news/world-africa-21382339> (akces lipiec 2014).

³⁸ Zob. stanowisko prokurator tu: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/wu/ED194_ENG.pdf.

2. Immunitet głowy państwa w postępowaniach przed sądami międzynarodowymi. Zagadnienia ogólne

Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie *Kongo przeciwko Belgii* wskazał w odniesieniu do urzędującego ministra spraw zagranicznych, że ten, będąc za granicą, posiada pełny immunitet w zakresie jurysdykcji karnej i nietykalności. Ten immunitet i nietykalność chronią go przed działaniem jakichkolwiek aktów władczych innego państwa, które mogłyby przeszkodzić mu w wykonywaniu jego obowiązków³⁹. Z tego powodu nie można dokonywać różniczenia pomiędzy aktami wykonywanymi w ramach obowiązków służbowych a aktami prywatnymi w czasie sprawowania przez niego urzędu⁴⁰. Jednocześnie MTS, choć sama sprawa dotyczyła osoby ministra spraw zagranicznych, zauważył, że zajmuje on w prawie międzynarodowym pozycję jak głowa państwa czy rządu i jest traktowany jako przedstawiciel państwa tylko na podstawie stanowiska, które zajmuje⁴¹. Trybunał wskazał, że nie da się wywieść żadnego wyjątku od zasady immunitetu od jurysdykcji karnej, nawet jeśli dana osoba – będąca urzędującym ministrem – jest podejrzana o popełnienie zbrodni wojennych czy zbrodni przeciwko ludzkości⁴².

Choć cytowany wyrok MTS nie precyzuje, jakiej ochronie podlega urzędująca głowa państwa, to jednak na jego podstawie i dokonanych przez MTS porównań można wywodzić, że urzędująca głowa państwa podlega nie mniejszej ochronie niż urzędujący minister spraw zagranicznych. A więc w szczególności urzędująca głowa państwa nie podlega jurysdykcji karnej innego państwa, a ochrona dotyczy także zakazu aresztowania. Ochrona przed aresztowaniem i skazaniem ma charakter absolutny i obejmuje nawet oskarżenia o popełnienie międzynarodowych zbrodni.

Co ważne, Trybunał wskazał, że posiadanie immunitetu nie jest równoważne z bezkarnością danej osoby, wymienił także instytucje posiadające kompetencje do osądzenia danej osoby. Na pierwszej pozycji znalazły się sądy krajowe, gdyż urzędujący minister nie jest wyposażony w immunitet od jurysdykcji karnej w swoim własnym państwie. Po drugie, istnieje możliwość zrzeczenia przez państwo immunitetu, w tym wypadku dana osoba mogłaby podlegać sądom zagranicznym. Po trzecie, kiedy dana osoba przestaje sprawować urząd, nie chroni jej już immunitet prawa międzynarodowego i może zostać skazana za czyny popełnione przed lub po sprawowaniu funkcji urzędowej.

³⁹ Sprawa *nakazu aresztowania* z 11 kwietnia 2000 (Kongo przeciwko Belgii), Wyrok, 14 luty 2002, pkt 54, I.C.J. Reports 2002, s. 3, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>.

⁴⁰ *Ibidem*, pkt 55.

⁴¹ *Ibidem*, pkt 53.

⁴² *Ibidem*, pkt 58.

Po czwarte, dana osoba może zostać postawiona przed międzynarodowymi trybunałami karnymi, zarówno stałym, jak i trybunałami *ad hoc*, które posiadają jurysdykcję w tym zakresie⁴³.

Dotychczasowa praktyka dotyczyła głównie ochrony funkcjonariuszy przed jurysdykcją obcego państwa⁴⁴, dlatego wydaje się, że większość możliwości osądzenia funkcjonariuszy, wymienionych w wyroku MTS, powinno się uznać jedynie za teoretyczne. Natomiast nie istnieją wątpliwości w jednym z wymienionych przypadków, a mianowicie w odniesieniu do postawienia funkcjonariusza przed trybunałami międzynarodowymi. Od kilkadziesiątu lat forsują one zasadę odpowiedzialności karnej funkcjonariuszy niezależnie od zajmowanej przez nich pozycji. Statuty trybunałów: tokijskiego, norymberskiego, rwandyjskiego czy jugosłowiańskiego i ich praktyka potwierdzają zasadę, że stanowisko urzędowe nie chroni osoby przed odpowiedzialnością karną.

Dla przykładu warto wskazać, że już Międzynarodowy Trybunał Wojskowy (MTW) w Norymberdze w swoim wyroku z 1 października 1946 r.⁴⁵ wskazywał przede wszystkim, że jednostki mogą być karane za naruszenia prawa międzynarodowego. W wyroku pada powtarzana wielokrotnie w doktrynie prawa międzynarodowego sentencja, że „zbrodnie przeciwko prawu międzynarodowemu popełniane są przez ludzi, nie abstrakcyjne twory i tylko poprzez karanie jednostek, które te zbrodnie popełniły, postanowienia prawa międzynarodowego będą skuteczne”⁴⁶. Interpretując postanowienia Karty MTW w wyroku podkreślono również, że ten, kto narusza prawa wojenne, nie może być chroniony immunitetem, jeśli działa w imieniu państwa, przekraczając jednocześnie kompetencje państwa w prawie międzynarodowym.

Odnosząc się do pozycji jednostki, w powołanym wyroku wskazuje się, że zasada chroniąca reprezentantów państwa nie może się odnosić do aktów, które prawo międzynarodowe uznaje za kryminalne, autorzy tych aktów nie mogą bowiem ukrywać się za swoją oficjalną pozycją, żeby w ten sposób uwolnić się od odpowiedzialności.

Trybunał jugosłowiański potwierdził pozycję tej zasady jako prawa zwyczajowego w swojej decyzji dotyczącej zarzutów procesowych w sprawie Slobodana Miloševicia⁴⁷. Dalej poszedł w swojej decyzji dotyczącej kwestii immunitetu

⁴³ *Ibidem*, pkt 60.

⁴⁴ Szeroko na ten temat T. Ostropolski, *Zasada jurysdykcji uniwersalnej w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2009.

⁴⁵ Wyrok w całości na stronie: <http://www.derechos.org/nizkor/nuremberg/judgment/index.html>

⁴⁶ Por. „Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced”, por. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nürnberg, 14 November 1945-1 October 1946, Nürnberg, Germany, 1947, s. 223.

⁴⁷ Por. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, Case no. IT-02-54, Decision on Preliminary Motions, 8 listopada 2001, pkt 28, „There is absolutely no basis for challenging the validity of Article 7, paragraph 2, which at this time reflects a rule of customary international law”.

R. Karadzicia⁴⁸, wskazując, że stosownie do międzynarodowego prawa zwyczajowego istnieją takie czyny, w kontekście których nie można powoływać się na posiadany immunitet⁴⁹. W dalszej części decyzji Trybunał uznał za ugruntowaną praktykę w prawie międzynarodowym, że jakiegokolwiek porozumienie dotyczące immunitetu, w sytuacji gdy oskarżony jest posądzany o popełnienie zbrodni ludobójstwa, zbrodni wojennych czy zbrodni przeciwko ludzkości, przed międzynarodowym trybunałem jest nieważne w świetle prawa międzynarodowego⁵⁰.

Potwierdził to Specjalny Trybunał dla Sierra Leone, który w decyzji z 31 maja 2004 r. w sprawie immunitetu od jurysdykcji Charlesa Taylora wskazał, że oficjalne stanowisko skarżącego jako głowy państwa nie stanowi podstawy do zaprzestania osądzania go przed Trybunałem⁵¹, stwierdzając tym samym, że wysokie stanowisko urzędowe byłego prezydenta nie jest i nie będzie przeszkodą w jego osądzeniu.

Na podstawie przedstawionych przykładów należy uznać osądzanie jednostek bez względu na ich oficjalną pozycję przed trybunałami międzynarodowymi za powszechnie akceptowaną normę zwyczajową. Jak wcześniej wskazano, osądzanie przed trybunałami międzynarodowymi, choć nie można go uznać za najbardziej efektywne w sensie ilości skazanych, jest jednocześnie najbardziej skuteczną formą osądzania wysokich rangą funkcjonariuszy publicznych.

2.1. Immunitet Bashira w postępowaniu przed MTK

Centralną pozycję w odniesieniu do immunitetów zajmuje w Statucie rzymskim art. 27 wskazujący na irrelevantność pełnionej funkcji w odniesieniu do odpowiedzialności karnej za zbrodnie wymienione w Statucie. Zgodnie z ustępem 2 art. 27 „immunitety i inne przywileje związane z pełnioną funkcją nie stanowią przeszkody do wykonywania jurysdykcji Trybunału...”. Jest to w pewnym sensie postanowienie unikalne, „usuwa” bowiem wszelkie immunitety czy przywileje, na jakie mogą powoływać się osoby wypełniające funkcje publiczne. Do tej pory regulacje zawarte w dokumentach międzynarodowych, w szczególności zaś w statutach trybunałów *ad hoc*, nie wykraczały poza postanowienia zawarte w art. 27 ust. 1 wskazujące, że „Statut ma równe zastosowanie do wszystkich osób (...), w szczególności pełnienie funkcji głowy państwa czy szefa rządu, członka rządu czy parlamentu, wybieralnego przedstawiciela lub funkcjonariusza państwowego

⁴⁸ *Prosecutor v. R. Karadžić*, Case no. 95-5-1/18- PT, Decision on accused's second motion for inspection and disclosure: immunity issue, 17 grudnia 2008.

⁴⁹ *Ibidem*, pkt 17.

⁵⁰ *Ibidem*, pkt 25.

⁵¹ *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Case no. SCSL-2003-01-I, Decision on immunity from jurisdiction, 31 May 2004, pkt 53, <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=7 OeBn4RulEg=&tabid=191>.

w żadnym razie nie może zwolnić sprawcy od odpowiedzialności karnej przewidzianej (...) statutom...”⁵². Wspomniane dokumenty międzynarodowe, m.in. takie jak Karta MTW w art. VII⁵³, Karta Trybunału tokijskiego w art. VI⁵⁴ czy statut Trybunału jugosłowiańskiego w art. 7 i Trybunału rwandyjskiego w art. 6, a także zasady norymberskie i projekt kodeksu dotyczący przestępstw przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości⁵⁵ z 1954 r. w art. 3, przewidywały, że stanowisko urzędowe oskarżonych, niezależnie od tego, czy działają jako zwierzchnicy państwa czy jako odpowiedzialni funkcjonariusze rządowi, nie może powodować uwolnienia ich od odpowiedzialności albo złagodzenia kary. Podobne postanowienie znaleźć można w Konwencji dotyczącej zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa⁵⁶, która w odniesieniu do zbrodni ludobójstwa stanowi, że winni jego popełnienia będą karani bez względu na to, czy są konstytucyjnie odpowiedzialnymi członkami rządu, funkcjonariuszami publicznymi czy też osobami prywatnymi. Cytowane dokumenty nie podejmowały kwestii immunitetu, a jedynie tego, że oficjalna pozycja oskarżonego w procesie przed trybunałami jest bez znaczenia. Stąd właśnie unikalność rozwiązania wprowadzonego art. 27 ust. 2 Statutu MTK.

Z zastosowaniem art. 27 do sytuacji Kenyatty, wbrew sprzeciwowi Kenii i UA, nie powinno być problemów – Kenia jest wszakże stroną Statutu MTK, natomiast ze sprawą Bashira wiążą się pewne problemy. Ponieważ MTK powstał na podstawie umowy państw i wiąże jedynie państwa strony, a nie było i nie ma wśród nich Sudanu, artykuł ten nie może być podstawą do uznania, że Bashir nie jest chroniony immunitetem. Te postanowienia dotyczą jedynie państw, które wyraziły na to zgodę. Sudan nie zrobił tego ani przystępując do Statutu jako strona, ani w deklaracji uznającej jurysdykcję MTK⁵⁷ czy umowie, którą mógłby ewentualnie z Trybunałem zawrzeć odnośnie do współpracy⁵⁸. Dodatkowo sam Statut stoi na stanowisku ochrony państw niebędących jego stronami odnośnie do aresztowania i dostarczenia osoby do MTK. Artykuł 98 ust. 1 Statutu przewiduje, że Trybunał nie może wystąpić z wnioskiem o dostarczenie lub pomoc, który wymagałby od państwa wezwanego działania niezgodnego z jego zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego w odniesieniu do immunitetu państwa, immunitetu dyplomatycznego osoby lub majątku państwa trzeciego, chyba

⁵² Dz. U. z 2003 r., nr 78, poz. 708.

⁵³ Dz. U. z 1947 r., nr 63, poz. 367.

⁵⁴ Art. VI Karty stanowi: *Responsibility of Accused*. Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires, http://www.stephen-stratford.co.uk/imtfe_charter.htm (akces lipiec 2014).

⁵⁵ Na stronie: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_3_1954.pdf.

⁵⁶ Dz. U. z 1952, nr 2, poz. 9.

⁵⁷ Przewiduje to art. 12 ust. 3 Statutu.

⁵⁸ Taką możliwość przewiduje art. 87 ust. 5 Statutu MTK.

że Trybunał wcześniej uzyska zgodę państwa trzeciego na uchylenie immunitetu. Artykuł ten odnosić należy jedynie do państw niebędących stronami Statutu, do stron stosuje się cytowany wyżej art. 27 Statutu dotyczący irrelewantności pełnionej funkcji w odniesieniu do urzędników państwowych⁵⁹. A zatem podsumowując – art. 27 „usuwa” immunitety w odniesieniu do postępowania przed Trybunałem, ale dotyczy jedynie państw stron Statutu MTK, natomiast w przypadku państw niebędących stronami Statutu stosuje się klasyczne zasady prawa międzynarodowego, stojące na stanowisku ochrony zarówno immunitetu państwa, jak i jego funkcjonariuszy (z brzmienia art. 98 jednoznacznie wynika, że państwo niebędące stroną Statutu musi się uprzednio zgodzić na uchylenie immunitetu).

Dwa nakazy aresztowania z 4 marca 2009 i 12 lipca 2010 wydane przez Trybunał przeciwko Al Bashirovi nie wydają się pomocne w rozwiązaniu tego problemu. Konsekwentnie unikały bowiem podjęcia kwestii immunitetu czy jego zrzeczenia. Nie ma w nich mowy także o zakresie ochrony wynikającej z art. 98 Statutu. Nie można więc z działania Trybunału wywodzić, jak wyobraża on sobie praktyczne „pociągnięcie” Al Bashira do odpowiedzialności karnej. Również z postanowień Statutu MTK nie da się wywieść żadnych uprawnień dla Trybunału pozwalających mu na decydowanie o obowiązkach państw niebędących stronami Statutu w zakresie odpowiedzialności karnej ich funkcjonariuszy.

2.2. Wpływ rezolucji Rady Bezpieczeństwa na sytuację Bashira

W doktrynie sugeruje się jednak, że z faktu, iż to Rada Bezpieczeństwa przekazała sprawę do MTK może wynikać, że państwo, którego dotyczy działanie RB, jest związane zobowiązaniami tak jak państwo strona Statutu MTK, tyle że swoje obowiązki wywodzi ono nie z postanowień Statutu, ale z rezolucji Rady Bezpieczeństwa 1593⁶⁰. Dodatkowo wskazuje się, że z obowiązku pełnej współpracy sformułowanego w rezolucji RB wynika również obowiązek uchylenia przez państwo immunitetu⁶¹.

Z drugiej strony pojawiają się argumenty przeciwne, wskazujące na to, że Rada nie może ingerować w zakres działania niezależnej międzynarodowej

⁵⁹ Choć zdarzają się też opinie odrębne zob. G. P. Barnes, *The International Criminal Court's Ineffective Enforcement Mechanisms: The Indictment of President Omar al Bashir*, „Fordham International Law Journal” 2011, vol. 34, issue 6, s. 1615.

⁶⁰ D. Akande, *The legal nature of Security Council Referrals to the ICC and its impact on Al Bashir's immunities*, „Journal of International Criminal Justice” 7 (2009), s. 343–344.

⁶¹ Zobacz dyskusję pomiędzy Marko Milanoviciem, Dapo Akande i Kevinem Hellerem na międzynarodowym blogu prawniczym, <http://opiniojuris.org/2008/07/11/icc-prosecutor-to-charge-sudans-president-with-genocide/>; także D. Akande, *The Bashir Indictment: Are Serving Heads of State Immune from ICC Prosecution?*, 20 lipiec 2008, <http://www.csls.ox.ac.uk/documents/Akande.pdf>.

instytucji, wyposażonej w osobowość prawną, która nie jest członkiem ONZ ani stroną Karty Narodów Zjednoczonych, a zatem nie jest związana jej postanowieniami, a w szczególności postanowieniami art. 103 Karty⁶².

Należy w pełni uznać to stanowisko za słuszne, wzmacniając je dodatkowymi argumentami.

Po pierwsze, Rada Bezpieczeństwa nie może zmieniać reżimu prawnego niezależnych instytucji międzynarodowych. Choć jej kompetencje wynikające z Karty były do tej pory interpretowane bardzo szeroko (szczególnie w odniesieniu do działań podejmowanych na podstawie rozdziału VII Karty NZ), nie można zgodzić się z argumentem jakoby Rada mogła ingerować w treść aktów, w tym wypadku Statutu MTK, ustanowionych na podstawie zgodnego działania państw. Byłoby to działanie niezgodne z zasadą dobrej wiary, na podstawie której państwa przystępujące do Statutu rzymskiego zgadzały się na objęcie ich konkretnymi postanowieniami Statutu. Nie dopuszczano myśli, że Rada Bezpieczeństwa mogłaby swobodnie interpretować postanowienia Statutu i decydować o jego treści. Uprawnienie Rady do przedstawienia sprawy Trybunałowi (art. 13 punkt b Statutu) nie powinno być interpretowane szerzej niż stanowią to postanowienia Statutu, zwłaszcza że prokurator Trybunału nie jest nawet zobowiązany podjąć czynności w sprawie objętej zawiadomieniem. Wszczywa on/ona postępowanie przygotowawcze jedynie w przypadku, gdy uzna, że istnieje ku temu wystarczająca podstawa (art. 15 Statutu)⁶³. Rada nie może zatem decydować w trybie rozdziału VII Karty o tym, które państwo podlega jurysdykcji Trybunału. Rezolucja, w której Rada Bezpieczeństwa przedstawia sprawę Trybunałowi, powinna być traktowana jak dokument dotyczący tylko tej kwestii, a nieodnoszący się jeszcze do szeregu spraw, m.in. zniesienia immunitetu.

Po drugie, z art. 24 ust. 2 Karty wynika, że wypełniając swoje obowiązki (dotyczące utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa), Rada Bezpieczeństwa będzie się kierowała celami i zasadami Narodów Zjednoczonych⁶⁴.

⁶² Zob. M. Blommestijn, C. Ryngaert, *Exploring the Obligations for States to Act upon the ICC's Arrest Warrant for Omar Al-Bashir. A Legal Conflict between the Duty to Arrest and the Customary Status of Head of State Immunity*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 6/2010, www.zis-online.com; także R. Cryer, *Sudan, Resolution 1593 and International Criminal Justice*, „*Leiden Journal of International Law*”, 19 (2006), s. 213, http://eprints.bham.ac.uk/167/1/Leiden_06_R_Cryer.pdf.

⁶³ Szeroko na ten temat K. Wierczyńska, *Wpływ Rady Bezpieczeństwa i Stanów Zjednoczonych na działalność Międzynarodowego Trybunału Karnego*, *Przegląd Zachodni*, 3 (308) 2003, s. 184 i nast.

⁶⁴ Zasadniczo w doktrynie wskazuje się, że Rada Bezpieczeństwa, działając na podstawie rozdziału VII Karty, jest ograniczona celami i zasadami sformułowanymi w Kartcie oraz normami *ius cogens*, por. E. De Wet, *The chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford 2004, s. 187 i nast.; B. Martenczuk, *The Security Council, The International Court and Judicial Review: What lessons from Lockerbie?*, *EJIL* 1999, Vol. 10, No. 3, s. 636 i nast., <http://www.ejil.org/pdfs/10/3/598.pdf>.

Stosownie do art. 2 ust. 1 Karty Organizacja opiera się na zasadzie suwerennej równości wszystkich swych członków. Rada musi zatem szanować równość i suwerenność państw. Jeśli by jednak za niektórymi przedstawicielami doktryny przyjąć, że rezolucja 1593, nakazując Sudanowi współpracę z Międzynarodowym Trybunałem Karnym, czyni z niego państwo stroną Statutu rzymskiego, oznaczałoby to pogwałcenie tej zasady. Wśród stałych członków Rady Bezpieczeństwa znajdują się państwa, które nie są stronami Statutu (Chiny, USA, Rosja). Naruszeniem zasady suwerennej równości państw byłoby przyjęcie, że decyzja Rady, a więc w gruncie rzeczy decyzja tych państw, może objąć jakieś państwa jurysdykcją MTK wbrew ich woli, zwłaszcza że państwa będące stałymi członkami RB nie postawią sobie nigdy w analogicznej sytuacji.

Po trzecie, wydaje się, że postawienie Sudanu w sytuacji państwa strony Statutu na podstawie rezolucji powinno być dokonane bezpośrednio i wyraźnie. Nie powinno tak być, że to z lakonicznego postanowienia o „pełnej współpracy” wywodzi się koncepcje zmieniające prawną sytuację państwa na arenie międzynarodowej.

Po czwarte – immunitety głów państw wywodzą się z prawa zwyczajowego i choć art. 103 Karty mówi o przeważającej mocy postanowień Karty nad innymi międzynarodowymi porozumieniami, to jeśli brać pod uwagę literę tych postanowień, chodzi jedynie o porozumienia (*international agreements*), a nie całe prawo międzynarodowe⁶⁵. Należałoby to interpretować w ten sposób, że postanowienia art. 103 nie przeważają nad normami prawa zwyczajowego. Jeśli jednak za częścią doktryny uznać, że postanowienia te odnoszą się także do prawa zwyczajowego⁶⁶, Rada Bezpieczeństwa, żeby je uchylić, musi to konkretnie wyrazić, w szczególności dotyczy to jej działań podejmowanych na podstawie Rozdziału VII Karty⁶⁷, czego RB w odniesieniu do omawianej rezolucji 1593 nie uczyniła.

Reasumując tę część wyводу, wątpliwe jest, czy Rada Bezpieczeństwa mogła uczynić Sudan stroną Statutu i uchylić w drodze rezolucji immunitet jego urzędującego prezydenta. Można natomiast zastanowić się, co wynika z tej rezolucji dla sytuacji Al Bashira. Rezolucja nakłada obowiązek pełnej współpracy jedynie na Sudan, pozostałe państwa i organizacje, do których jest kierowana, są jedynie zachęcane (*urges*) do współpracy. RB słusznie odnotowuje w omawianej rezolucji, że państwa niebędące stronami Statutu nie mają w odniesieniu do Trybunału

⁶⁵ Por. A. Orakhelashvili, *Security Council Acts: Meaning and Standards of Review*, Max Planck UNYB 11(2007), s. 150.

⁶⁶ Zobacz raport grupy roboczej ustanowionej pod kierownictwem M. Koskenniemi, *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, International Law Commission, A/CN.4/L.682/Add., 12 maj 2006, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682_add1.pdf.

⁶⁷ A. Aust, *The role of human rights in limiting the enforcement powers of the Security Council: a practitioner's view*, [w:] *Review of the Security Council by member states*, red. E. De Wet, A. Nollkaemper, P. Dijkstra, Antwerp–Oxford–New York 2003, s. 34.

żadnych zobowiązań. W myśl bowiem postanowień art. 35 Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów⁶⁸, jeśli traktat przewiduje obowiązki dla państwa trzeciego, to państwo musi się wyraźnie na to zgodzić. Oznacza to, że nie domniemywa się zakresu obowiązków wobec państw trzecich. Można więc przyjąć, że ze strony państw niebędących stronami Statutu nie grozi Al Bashirowi niebezpieczeństwo w postaci aresztowania. Żadne nie zgodziło się na przyjęcie takiego obowiązku. Gdyby jednak któreś z nich poczuło się związane rezolucją na tyle, że schwytałoby Al Bashira w momencie, gdyby ten znalazł się na jego terytorium, to państwo ma dwie alternatywy. Mogłoby, działając na podstawie rezolucji, wydać go do Trybunału lub zdecydować, że w tej sytuacji przeważają normy prawa zwyczajowego i uznać się za związane zasadą przyznającą urzędującym głowom państw immunitet absolutny. W gruncie rzeczy immunitet głowy państwa może być przez nią samą powołany nawet na terytorium państwa strony Statutu. Wydaje się, że tak długo, jak Al Bashir cieszy się immunitetem personalnym, państwa niebędące stronami Statutu nie muszą wykonać nakazu aresztowania i nie będzie to oznaczało, że działają niezgodnie z postanowieniami prawa międzynarodowego.

Nie ulega wątpliwości, że sprawcy zbrodni międzynarodowych powinni podlegać odpowiedzialności karnej i najlepszym, jak się wydaje, forum do tego ustanowionym są międzynarodowe trybunały. Jednak kompetencji do osądzania sprawców zbrodni z państw niebędących stronami Statutu nie powinno się wywodzić z politycznych decyzji Rady Bezpieczeństwa, dotyczących „pełnej współpracy”, w których nie sprecyzowano zakresu owej współpracy.

Zakończenie

Międzynarodowe trybunały karne, zarówno stałe, jak te *ad hoc* czy tzw. hybrydowe, osądzają popełnienie najcięższych międzynarodowych zbrodni, takich jak zbrodnie przeciwko ludzkości czy ludobójstwo. Panuje zgoda w doktrynie, że byłoby paradoksem pozwolić jednostkom odpowiedzialnym za te zbrodnie powoływanie się na immunitet państwa czy jego suwerenność⁶⁹. Jednocześnie MTS potwierdził, że trybunały karne są właściwym forum do osądzania urzędujących głów państw. Artykuł 27 Statutu MTK, który wprowadza irrelewantność pełnionych funkcji publicznych i określa immunitety i inne przywileje jako niestanoowiące przeszkody w wykonywaniu przez Trybunał jego jurysdykcji, pozwala na osądzenie urzędującej głowy państwa bez względu na przysługujący jej immunitet. Teoretycznie więc MTK mógłby osądzić urzędującego prezydenta Sudanu.

⁶⁸ Dz. U. z 1990 r., nr 74, poz. 439, zał.

⁶⁹ Zob. choćby A. Watts, *op. cit.*, s. 1705.

Kłopot polega na jego dostarczeniu do Trybunału, a stoją temu na przeszkodzie postanowienia art. 98 nakładające ograniczenia na Trybunał w wydaniu wniosku o dostarczenie i wydanie osoby chronionej immunitetem, chyba że państwo trzecie wyrazi zgodę na uchylenie immunitetu.

Ponieważ, jak wskazywano w opracowaniu, rezolucja 1593 nie ma mocy uczynienia z Sudanu państwa strony Statutu, wobec tego jak najbardziej odnoszą się do niego uregulowania art. 98 Statutu. Najwłaściwszym byłoby więc stwierdzenie, że z rezolucji Rady nie wynika obowiązek uchylenia immunitetu, sama rezolucja nie uchyla go wyraźnie, a więc może się okazać, że alternatywą będzie przeczekanie, aż Al-Bashir złoży swój urząd.

Sprawa Bashira niewątpliwie nie będzie sztandarową sprawą MTK, raczej Trybunał, wydając prośby o współpracę, przekroczył swoje kompetencje, działając poza uregulowaniami art. 98. Jeżeli sędziowie kierują się politycznymi rezolucjami, a nie postanowieniami Statutu, to źle wróży instytucji, która jest dopiero na początku swej drogi i ma przekonać oponentów do swojej działalności. Sama sprawa jest ciekawa o tyle, że niewątpliwie mamy tu do czynienia ze zderzeniem trzech reżimów prawnych. Tego odnoszącego się do Statutu MTK, reżimu związanego z Rozdziałem VII Karty i rezolucją RB, i w końcu z reżimem zwyczajowego prawa międzynarodowego. W tym momencie jednak nie sposób wskazać, które z nich mają moc przeważającą i powinny być stosowane w pierwszej kolejności.

Osądzenie osoby chronionej immunitetem nastęrcza trudności, także w przypadku państwa będącego stroną Statutu, czego dowodzą sprawy Kenyatty i Ruto przed Trybunałem. Problemu zatem należy doszukiwać się nie w tym czy państwo jest stroną Statutu czy nie, ale czy osoba oskarżana jest urzędującą głową państwa czy nie. Dowodzi tego podjęta właśnie decyzja UA, aby chronić urzędujące głowy państw oraz wyższych urzędników przed zarzutami przeciwko nim w Afrykańskim Sądzie Sprawiedliwości oraz Praw Człowieka dopóki sprawują oni swoje funkcje⁷⁰. UA od dawna podkreśla, że osądzanie urzędujących głów państw stanowi zagrożenie dla procesu pokojowego i pojednania w regionie.

Z drugiej strony należy pamiętać o tym, że państwa afrykańskie przystosowały swoje ustawy zasadnicze do wymogów statutu MTK – abstrahując od oporu odnoszącego się do osądzania urzędujących głów państw – ustawodawstwo państw stron Statutu MTK przewiduje karanie niezależnie od ochrony przysługującej głowom państw.

Wnioski, które nasuwają się odnośnie do omawianych zagadnień, mieszczą się w głównej mierze w polu politologicznych rozważań. Dotyczą bowiem rekomendacji dla Trybunału, Zgromadzenia Państw Stron i RB, aby zrewidowały politykę wobec państw afrykańskich. Bez wsparcia UA nie będzie można liczyć

⁷⁰ O zmianach w protokole Sądu donosi Amnesty International, wskazując, że sama UA nie podała tego jeszcze do oficjalnej wiadomości na swojej stronie, zob. <http://www.amnesty.org/en/for-media/press-releases/au-summit-decision-backward-step-international-justice-2014-07-01> (akces 8 lipca 2014).

na efektywną współpracę w tym rejonie. Można też zastanowić się nad zmianami Statutu (choćby poprawkami dotyczącymi art. 98 Statutu⁷¹ czy zwiększeniem uprawnień Zgromadzenia Państw Stron np. w kontekście zawieszenia w prawach państwa strony naruszającej zobowiązania wynikające ze Statutu), choć jak się wydaje problem leży gdzie indziej. Tak jak każda osoba fizyczna wykorzysta wszelkie możliwe środki, aby ochronić się przed odpowiedzialnością, tak samo zachowa się też urzędująca głowa państwa. Wykorzysta wszelkie możliwe środki (ucieknie się do manipulacji, zastraszania świadków i innych przestępstw), aby się bronić i ochronić przed odpowiedzialnością karną. I to jest kasus Al Bashira, Kenyatty i Ruto. Takie zachowanie z jednej strony uzasadnia istnienie MTK (jako sądu *last resort*), a z drugiej, wobec niemożliwości osądzenia tych osób, stanowi o wielkiej słabości tej instytucji.

⁷¹ Zob. Krzan, *op. cit.*, s. 80 i nast.

Wykaz skrótów

- AJIL – American Journal of International Law
- BYIL – British Yearbook of International Law
- Dz. U. – Dziennik Ustaw
- EHRLR – European Human Rights Law Review
- EJIL – European Journal of International Law
- EKPC – Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka
- EPS – Europejski Przegląd Sądowy
- ETPC – Europejski Trybunał Praw Człowieka
- GYIL – German Yearbook of International Law
- HRLR – Human Rights Law Review
- ICLQ – International and Comparative Law Quarterly
- ILM – International Legal Materials
- ILR – International Law Reports
- IOLR – International Organizations Law Review
- IYIL – Italian Yearbook of International Law
- KPP – Kwartalnik Prawa Publicznego
- MTS – Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości
- ONZ – Organizacja Narodów Zjednoczonych
- OSNP – Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych
- PiP – Państwo i Prawo
- RB ONZ – Rada Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych
- RCADI – Recueil des cours de l'Académie de droit international Revue belge de droit international
- SN – Sąd Najwyższy
- ZO ONZ – Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych