

## Sądowy immunitet państwa a Trybunał Konstytucyjny

Zagadnienie sądowego immunitetu państwa w odniesieniu do odpowiedzialności za zbrodnie wojenne budzi duże zainteresowanie w polskim dyskursie prawniczym. Jest tak względu na stałą obecność w polskiej debacie publicznej kwestii odpowiedzialności Republiki Federalnej Niemiec za zbrodnie wojenne, jakich dopuściły się siły zbrojne III Rzeszy na terenie RP podczas okupacji wojennej w trakcie II wojny światowej. Tak np. w 2017 r. politycy obozu rządzącego zaczęli podnosić, że Polska nie zrzekła się wobec RFN roszczeń odszkodowawczych związanych z II wojną światową<sup>1</sup>. W dyskusji dotyczącej reparacji wojennych kładzie się nacisk na roszczenia międzypaństwowe. Argument przemawiający za tym ma w dużej mierze charakter praktyczny – międzypaństwowa regulacja odpowiedzialności z tytułu strat wojennych pozwala uniknąć milionów indywidualnych pozwów ofiar<sup>2</sup>. Poza tym inną, nie mniej istotną przeszkodą dla dochodzenia przez ofiary roszczeń indywidualnych jest instytucja immunitetu państwa.

Immunitet jurysdykcyjny państwa w odniesieniu do roszczeń związanych z odpowiedzialnością za zbrodnie wojenne budzi kontrowersje. Był on przedmiotem orzeczeń sądów zarówno międzynarodowych, jak i krajowych<sup>3</sup>. Zdawać należy sobie sprawę, że niejako z samej definicji immunitet państwa stanowi naruszenie zasady *ubi ius, ibi remedium*, będąc jednocześnie przejawem zasady *par in parem non habet imperium* oraz równości państw<sup>4</sup>. Początkowo immunitet państwa miał charakter absolutny – żaden suweren nie mógł sprawować swojej jurysdykcji wobec innego suwerena<sup>5</sup>. Na początku XX w. zaczęto jednak rozróżniać władcze oraz prywatnoprawne akty państwa – podział ten był istotny z tego względu, że immunitet jurysdykcyjny przysługuje tylko

---

\* Dr Michał Stępień, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: [0000-0002-9068-9467](https://orcid.org/0000-0002-9068-9467).

<sup>1</sup> M. Stolarczyk, *Reparacje wojenne dla Polski od Niemiec w latach 1945-2000*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2020, vol. XVII, nr 2, s. 187; K. Gruszczyński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza NRF w XXI wieku – próba opisu*, „Humanum. Międzynarodowe Studia Społeczno-Humanistyczne” 2017, nr 27(4), s. 98.

<sup>2</sup> J. Barcz, J. Kranz, *Reparacje od Niemiec po drugiej wojnie światowej w świetle prawa międzynarodowego – Aspekty prawa i praktyki*, Elipsa, Warszawa 2019, s. 170.

<sup>3</sup> Zob. *ibidem*, s. 173 i n. oraz powołane tam orzecznictwo.

<sup>4</sup> J. Sutor, *Immunitet państwa*, Elipsa, Warszawa 2016, s. 56.

<sup>5</sup> Immunitet nigdy nie był jednak całkowicie absolutny – wyjątkiem były sprawy dotyczące praw rzeczowych na nieruchomości. Zob. B.E. Carter, P.R. Trimble, *International Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Aspen Law & Business, New York 1999, s. 596.

wobec aktów *de iure imperii*, ale już nie w przypadku aktów *de iure gestionis*. Rozróżnienie to znalazło się również w Konwencji NZ o immunitacie jurysdykcyjnym państw i ich własności z 2004 r. stanowiącej kodyfikację instytucji immunitetu jurysdykcyjnego państwa – zgodnie z art. 10 tej konwencji państwu nie przysługuje immunitet w przypadku jego zaangażowania się w działalność handlową (*commercial transactions*)<sup>6</sup>. Wprowadzenie podziału na akty *de iure imperii* i *de iure gestionis* pozwoliło odejść od koncepcji absolutnego immunitetu państwa. Nie oznacza to jednak, by rozwiązanie to negowało istotę immunitetu jurysdykcyjnego państwa jako takiego<sup>7</sup>.

Problem związany z instytucją immunitetu państwa w kontekście podziału aktów państwa na akty *de iure imperii* oraz *de iure gestionis* polega m.in. na tym, czy immunitetem państwa objęte są również roszczenia cywilne związane z odpowiedzialnością państwa za zbrodnie wojenne. Innymi słowy: czy zbrodnie te należy traktować jako akty władcze państwa. W dodatku pojawia się pytanie, czy zarzut bezprawności jest w ogóle znaczący w tej sytuacji, jeśli immunitet państwa jest *par excellence* instytucją procesową, podczas gdy ocena bezprawności jest kwestią materialnoprawną, która stanowi przedmiot postępowania już po ustaleniu, czy dane postępowanie jest dopuszczalne ze względu na zarzut immunitetu państwa. Sprowadza się to w istocie do pytania, czy istnienie norm *ius cogens* jest w ogóle do pogodzenia z istnieniem podziału norm na normy procesowe oraz materialne. Jednak z punktu widzenia danego sądu decydującego o tym, czy dopuszczalny jest dany pozew kierowany przeciwko państwu obcemu, nie trzeba analizować powyższych zagadnień w każdym przypadku. Jest to bowiem jedna z tych sytuacji, gdy zagadnienie prawa międzynarodowego rozpatrywane jest przez sądy krajowe, a poszukiwana odpowiedź ma wymiar wysoce praktyczny i polega na wypadkowym odniesieniu się do prawa międzynarodowego w kontekście stosowania norm postępowania cywilnego. W tej sytuacji nie jest prowadzona analiza teoretyczno-prawna przedmiotowego zagadnienia przez sądy krajowe – trudno byłoby jej zresztą oczekiwać.

<sup>6</sup> Zob. komentarz do art. 10 projektu z 1991 r. Konwencji NZ z 2004 r., "Yearbook of International Law Commission" 1991, vol. 2, part 2, s. 36-40. Co istotne, Komisja Prawa Międzynarodowego wyraźnie wskazuje, że nawet jeśli praktyka państw (w 1991 r.) nie określa jednoznacznie granic immunitetu dotyczącego działalności handlowej państwa, to jednak potwierdza, że odmowa czy też ograniczenie immunitetu jurysdykcyjnego państwa w takim przypadku jest akceptowane na gruncie prawa międzynarodowego (*ibidem*, s. 40). Dodać należy, że konwencja wciąż nie weszła w życie – nie może być zatem przeciwstawiana RP jako umowa międzynarodowa.

<sup>7</sup> Problem stanowić może odróżnienie *in concreto* aktu *de iure imperii* oraz *de iure gestionis* – zob. chociażby orzeczenie Włoskiego Sądu Kasacyjnego w sprawie *Watykan p. Pieciukiewicz* ("International Law Review" 1982, vol. 78, s. 120). W sprawie tej kluczowe było to, czy stosunek pracy, jaki Maria Pieciukiewicz nawiązała z Radiem Watykańskim (w ramach którego wykonywała pracę na stanowisku spikera radiowego), należy do sfery aktów władczych państwa czy też nie. W tym zakresie sąd powołał się na art. 2 i 3 Traktatu laterańskiego z 1929 r., które to postanowienia wskazują, że suwerenność Stolicy Apostolskiej ma związek z jej „misją w świecie” i to właśnie Stolica Apostolska sprawuje władzę w stosunku do Watykanu. W tym sensie Watykan stanowi, zdaniem sądu, przypadek „państwa z misją”. W tym przypadku istotne jest to, że zadaniem Marii Pieciukiewicz było współtworzenie rosyjskiego programu Radia Watykan. Jednak, jak podkreślił sąd, nie była to wyłącznie „czynność mechaniczna” polegająca na tłumaczeniu.

Z punktu widzenia polskiego porządku prawnego oraz praktyki orzeczniczej sądów polskich kluczowe w tym przedmiocie jest orzeczenie SN w sprawie *Natoniewskiego*<sup>8</sup> – względy praktyczne powodują, że stanowi ono precedens *de facto*. W orzeczeniu tym SN opowiedział się za immunitetem państwa – strony pozwanej, tj. Republiki Federalnej Niemiec. Orzeczenie to opierało się na założeniu, że „immunitet państwa, choć jest instytucją międzynarodowego prawa publicznego, ma wyraźnie procesowy charakter”. Z tego wynika zatem konieczność zastosowania norm prawnych obowiązujących w chwili wszczęcia postępowania. SN odwołał się do praktyki państw (polegającej na braku pozytywnych przykładów) oraz kodyfikacji zagadnienia w prawie międzynarodowym (w tym Konwencji NZ z 2004 r. o immunitetach jurysdykcyjnych państw i ich mieniu<sup>9</sup>), by wskazać, że tzw. *tort exception*, tj. brak immunitetu jurysdykcyjnego państwa w przypadku odpowiedzialności za czyny zabronione popełnione na terytorium państwa *forum*, nie dotyczy jednak odpowiedzialności za działania sił zbrojnych. Przedmiotowa sprawa dotyczyła odpowiedzialności niemieckich sił zbrojnych za pacyfikację Szczecyna (miejscowości w województwie lubelskim) dokonaną w 1944 r. – czyli podczas II wojny światowej. Oprócz powołania się na stan zwyczajowego prawa międzynarodowego w tym zakresie SN uzasadnił swoją decyzję o podtrzymaniu immunitetu państwa w tej sprawie, wskazując następujące *ratio iuris*: „Konflikt zbrojny – z ofiarami w wielkiej skali, ogromem zniszczeń i cierpień – nie daje się sprowadzić do relacji między państwem – sprawcą, a poszkodowaną jednostką; zachodzi przede wszystkim między państwami. Z tego względu tradycyjnie o roszczeniach majątkowych wynikłych ze zdarzeń wojennych rozstrzyga się w traktatach pokojowych, zmierzających do całościowego – w skali międzynarodowej i indywidualnej – uregulowania następstw konfliktu wojennego. Immunitet jurysdykcyjny państwa w takich sprawach stanowi środek gwarantujący prawnomiędzynarodowy sposób regulowania roszczeń majątkowych wywodzonych ze zdarzeń wojennych. Wykluczenie rozstrzygania sporów o te roszczenia przez sądy ma przeciwdziałać temu, aby normalizacja wzajemnych stosunków między państwami po zakończeniu wojny nie napotykała przeszkód wskutek wytaczania wielu spraw o te roszczenia”.

Jednak gdy wspomniane postępowanie kasacyjne (w sprawie *Natoniewskiego*) było już zawisłe przed SN, można było wskazać wyroki sądów krajowych, które negowały immunitet państwa w przypadku roszczeń wynikających z konfliktów zbrojnych, „gdy konkretny akt nie został podjęty wobec ludności cywilnej w ogólności, lecz

<sup>8</sup> Postanowienie SN z 29 października 2010 r., IV CSK 465/09.

<sup>9</sup> Należy mieć na uwadze, że RP nie jest stroną przedmiotowej konwencji. Jednak klasyfikacja jej jako kodyfikacja konotuje akceptację jej jako emanacji zwyczajowego prawa międzynarodowego. Można różnie oceniać to zjawisko, jednak obecnie mamy w prawie międzynarodowym do czynienia z odejściem od jednolitej kategorii obowiązywania prawa. Tak więc np. wynik prac Komisji prawa międzynarodowego dotyczących odpowiedzialności państwa, tj. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* jest uważany za kodyfikację, chociaż ostatecznie ZO NZ zdecydowało się przyjąć je jako rezolucję 56/83 (A/RES/56/83), wskazując, że „takes note of the articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, presented by the International Law Commission” i „commends them to the attention of Governments”.

skierowano go przeciw konkretnym jednostkom, które ani bezpośrednio, ani pośrednio nie były zaangażowane w działania zbrojne” lub jeśli „działanie sprawcze leżące u podstaw dochodzonego odszkodowania należy [...] do kategorii zbrodni prawa międzynarodowego”. Były to grecka sprawa *Distomo* oraz włoska sprawa *Ferrini* – obie dotyczące powództw wytoczonych przeciwko Republice Federalnej Niemiec w związku z działaniami niemieckich sił podczas II wojny światowej w Grecji i we Włoszech – z tego chociażby względu stanowiły one dla SN pewien punkt odniesienia. Jednak odwołując się do licznych orzecznictwa, które odmawiało wyłączenia spod immunitetu jurysdykcyjnego państwa aktów stanowiących naruszenia norm „prawa wojny oraz prawa humanitarnego”, SN uznał, że ta właśnie praktyka orzecznicza stanowi przejaw obowiązującego międzynarodowego prawa zwyczajowego.

Orzeczenie SN w sprawie *Natoniewskiego* miało do pewnego stopnia charakter *praeter legem*. Mianowicie art. 1111 i 1112 k.p.c. regulują personalny immunitet dyplomatyczny i konsularny, jednak żaden z przepisów polskiego postępowania cywilnego nie odnosi się do immunitetu sądowego państwa<sup>10</sup>. Jako taka instytucja sądowego immunitetu państwa została wprowadzona jednak do polskiego porządku prawnego już wcześniej – problemem było dookreślenie treści tej instytucji<sup>11</sup>. Sąd Najwyższy już w okresie międzywojennym nie miał wątpliwości co do funkcjonowania immunitetu jurysdykcyjnego państwa – w owym okresie był to immunitet o charakterze absolutnym. W kontekście kodeksu postępowania cywilnego z 1964 r.<sup>12</sup> kluczowa jest uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 26 września 1990 r.<sup>13</sup> W uchwale tej stwierdzono m.in., 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.

Przedmiotem postępowania cywilnego, w związku z którym wydano tę uchwałę, była odpowiedzialność jednostek organizacyjnych Przedstawicielstwa Handlowego, które stanowiło „integralną część Ambasady ZSRR”. Mogło to prowadzić do późniejszego pomieszczenia immunitetu dyplomatycznego oraz immunitetu jurysdykcyjnego państwa. Jednak dopóki takie uzasadnienie nie narusza immunitetu jurysdykcyjnego państwa, to nie stanowi ono problemu. Kłopot w tym, że nawet jeśli odnieść art. 1111 i 1112 przez analogię do immunitetu państwa, to owa „analogia”<sup>14</sup>

<sup>10</sup> J. Sutor, *Immunitet...*, s. 64 oraz s. 235.

<sup>11</sup> Postanowienie SN z 13 marca 2008 r., III CSK 293/07.

<sup>12</sup> Dz. U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296, dalej: k.p.c.

<sup>13</sup> Uchwała składu siedmiu sędziów z 26 września 1990 r., III PZP 9/90.

<sup>14</sup> Zob. P. Grzegorzczak, *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 238, gdzie mowa o art. 1111 § 1 pkt 3 k.p.c. jako o podstawie immunitetu państwa w polskim postępowaniu cywilnym. Zgodnie z analizowanym tam stanowiskiem do „innych osób”, o jakich mowa w tym przepisie, można by zaliczyć obce państwo – jako osobę prawną. Jednak art. 1111 k.p.c., w tym

nie nadaje się do oceny naruszenia prawa humanitarnego podczas konfliktów zbrojnych. W każdym jednak razie w późniejszych orzeczeniach (w tym również w orzeczeniu w sprawie *Natoniewskiego*) SN wyraźnie wskazał, że immunitet jurysdykcyjny państwa ma w polskich systemie prawa podstawę inną niż art. 1111 i 1112 k.p.c. – ponieważ immunitetu jurysdykcyjnego państwa nie należy utożsamiać z immunitetem dyplomatycznym oraz konsularnym<sup>15</sup>. Immunitety regulowane w art. 1111 i 1112 k.p.c. mają charakter personalny – zatem dotyczą członków misji dyplomatycznej oraz personelu urzędu konsularnego. Prawdą jest, że z definicji immunitety dyplomatyczne oraz konsularne są pochodną suwerennej równości państw (tak samo jak immunitetu jurysdykcyjnego państwa). W dodatku przedstawiciele dyplomatyczni oraz urzędnicy konsularni są ostatecznie funkcjonariuszami państwa i przysługujące im immunitety dyplomatyczne oraz konsularne są uzasadnione właśnie wykonywaniem owych funkcji na rzecz państwa wysyłającego. Jednak mimo to prawo dyplomatyczne oraz konsularne w zakresie immunitetów rozwijało się w oderwaniu od immunitetu państwa, która to instytucja rozwinęła się dopiero w XIX w.

Zagadnienie immunitetu państwa w odniesieniu do roszczeń związanych z działaniami sił zbrojnych stanowiło przedmiot orzeczenia MTS wydanego w sprawie *Niemcy vs. Włochy* dotyczącej immunitetów jurysdykcyjnych<sup>16</sup>. Sprawa dotyczyła odpowiedzialności Niemiec za zbrodnie, jakich dopuściły się niemieckie siły zbrojne we Włoszech podczas II wojny światowej po ogłoszeniu zawieszenia broni

---

również jego § 1 pkt 3 k.p.c., odnosi się do immunitetu dyplomatycznego i odsyła ostatecznie do „powszechnie ustalonych zwyczajów międzynarodowych”.

<sup>15</sup> J. Sutor, *Immunitet...*, s. 180. Na pewno immunitet państwa oraz immunitet dyplomatyczny różnią się podstawą prawną – w przypadku immunitetu dyplomatycznego (i konsularnego) są to umowy międzynarodowe, które stanowią kodyfikację prawa międzynarodowego, jednak należy podkreślić, że Konwencję wiedeńską o stosunkach dyplomatycznych (Dz. U. z 1965 r. Nr 37, poz. 232) ratyfikowały niemal wszystkie państwa członkowskie NZ (za wyjątkiem Sudanu Południowego oraz Palau). Z kolei Konwencję wiedeńską o stosunkach konsularnych (Dz. U. z 1982 r. Nr 13, poz. 98) ratyfikowały już 182 państwa. W przypadku immunitetu państwa kluczowe znaczenie ma prawo zwyczajowe oraz Konwencja NZ o immunitacie jurysdykcyjnym państw i ich własności z 2004 r., którą do tej pory ratyfikowały tylko 23 państwa (i która nie weszła w życie, co wymaga ratyfikacji przez przynajmniej 30 państw) oraz Europejska konwencja o immunitacie państwa z 1972 r. (ETS No. 074), którą ratyfikowało tylko 8 państw. W przypadku Polski rozróżnienie immunitetu państwa oraz immunitetu dyplomatycznego ma znaczenie, gdyż Polska nie podpisała ani nie ratyfikowała żadnej z obu wspomnianych konwencji dotyczących immunitetu państwa – tak więc np. wspomniana Konwencja NZ z 2004 r. może być przeciwstawiana Polsce, tylko, jeśli przyjąć, że konwencja ta stanowi kodyfikację międzynarodowego prawa zwyczajowego. Jednak tym samym zastosowanie ma nie konwencja, ale normy prawa zwyczajowego w niej skodyfikowane. Jednocześnie należy dodać, że misje dyplomatyczne oraz urzędy konsularne posiadają w polskim systemie prawnym zdolność sądową oraz procesową w zakresie prawa pracy (postanowienie SN z 11 stycznia 2000 r., I PKN 562/99). Oznacza to zatem, że w pozostałym zakresie roszczenia wysuwane przeciw misjom dyplomatycznym, urzędom konsularnym, ich szefom i kierownikom są w rzeczywistości wysuwane przeciwko państwu wysyłającemu w zakresie, w jakim roszczenia te nie są związane z immunitetami personalnymi członków misji dyplomatycznej lub personelu urzędu konsularnego. To jest właśnie źródłem problemów z rozróżnieniem immunitetu dyplomatycznego oraz immunitetu państwa.

<sup>16</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*, Judgment, “International Court of Justice Reports” 2012, s. 99.

między Włochami i aliantami. Sprawa ta jest kluczowa dla wyjaśnienia wspomnianych już kwestii budzących kontrowersje w nauce prawa międzynarodowego oraz orzecznictwie sądowym, tj. znaczenia kategorii prawa procesowego w kontekście prawa międzynarodowego, a przede wszystkim jego norm peremptoryjnych. W orzeczeniu tym MTS uznał za znaczący dla immunitetu sądowego państwa podział aktów państwa na akty *de iure imperii* i *de iure gestionis*. MTS doszedł do wniosku, że dla kategorii aktów *de iure imperii* kluczowa nie jest zgodność *vel non* tych aktów z prawem międzynarodowym (w tym z jego normami peremptoryjnymi), ale to, jaki organ państwa dokonuje danego aktu. Zdaniem MTS działania sił zbrojnych w trakcie trwania konfliktu zbrojnego nie są objęte *tort exception* i klasyfikować je należy jako akty *de iure imperii*, a zatem działania objęte immunitetem jurysdykcyjnym państwa<sup>17</sup>.

Natomiast kolizja norm peremptoryjnych oraz instytucji immunitetu państwa jest, według MTS, pozorna, gdyż:

There is no conflict between those rules and the rules on State immunity. The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful<sup>18</sup>.

Z jednej strony pozwala to zastosować współcześnie obowiązujące normy procesowe (zakładające daleko ograniczony i już nie absolutny immunitet państwa) do wydarzeń, które miały miejsce w czasie, gdy immunitet państwa miał charakter absolutny. Jednak z drugiej strony, mimo zmian, jakie zaszły w zakresie ograniczania immunitetu państwa, w przypadku roszczeń wynikających z działań sił zbrojnych argumentacja oparta na odwołaniu się do *ius cogens* przestaje mieć znaczenie. Jest tak, bowiem normy peremptoryjne, o jakie chodzi w tym przypadku, mają charakter norm materialnych. Inna sprawa, że owa dychotomia prawa procesowego oraz materialnego nie uwzględnia w tym przypadku w ogóle paremii *ubi ius, ibi remedium*. Szczególnie z punktu widzenia jednostek ma to duże znaczenie – pytanie, czy prawo podmiotowe może istnieć w oderwaniu od możliwości jego dochodzenia, nie jest przecież pozbawione sensu.

Krytyka orzeczenia wyroku MTS we wspomnianej sprawie jest możliwa na gruncie m.in. aksjologicznym. Jednak, co należy podkreślić z całą mocą, jest to orzeczenie, w którym koncepcję prawa zwyczajowego potraktowano z całą powagą, na jaką ta koncepcja zasługuje. Norma stanowiąca *ratio decidendi* orzeczenia nie została zatem przyjęta apriorycznie, ale jest indukcją orzecznictwa sądów krajowych<sup>19</sup>. Dodać należy, że sprawa *Natoniewskiego* była częścią owego rozumowania indukcyjnego. Mimo głosów krytyki należy zdawać sobie sprawę, że wyrok MTS wyjaśnił istotne

<sup>17</sup> Pkt 77-78 orzeczenia.

<sup>18</sup> Pkt 93 orzeczenia.

<sup>19</sup> Pkt 74, 85 i 96 orzeczenia.

zagadnienie prawne. Zastosowana w tym orzeczeniu indukcja normy prawa zwyczajowego została przeprowadzona w oparciu o praktykę orzeczniczą sądów krajowych. Jak wyjaśnił MTS:

In the Court's opinion, State practice in the form of judicial decisions supports the proposition that State immunity for *acta jure imperii* continues to extend to civil proceedings for acts occasioning death, personal injury or damage to property committed by the armed forces and other organs of a State in the conduct of armed conflict, even if the relevant acts take place on the territory of the forum State. That practice is accompanied by *opinio iuris*, as demonstrated by the positions taken by States and the jurisprudence of a number of national courts which have made clear that they considered that customary international law required immunity. The almost complete absence of contrary jurisprudence is also significant, as is the absence of any statements by States in connection with the work of the International Law Commission regarding State immunity and the adoption of the United Nations Convention or, so far as the Court has been able to discover, in any other context asserting that customary international law does not require immunity in such cases.

Praktyka państw sprowadzająca się do orzecznictwa sądów krajowych stanowi jednocześnie dowód *opinio iuris* – w tym sensie jest to przykład tzw. podwójnego liczenia aktów praktyki oraz dowodów przemawiających za *opinio iuris*<sup>20</sup>. Jednak w przypadku orzecznictwa sądów krajowych nie powinno to budzić kontrowersji<sup>21</sup>. Ostatecznie sądy, w tym krajowe, orzekają na podstawie (obowiązującego) prawa. Oprócz tego MTS zastosował również dedukcję, wywodząc immunitet państwa z zasady suwerennej równości państw. Stefan Talmon wskazuje, że zastosowanie dodatkowo dedukcji stanowi argument za tym, iż rezultat wnioskowania indukcyjnego wymaga uzupełnienia<sup>22</sup>. Można to uznać jednak za zbyt uproszczenie – odwołanie się do zasady suwerennej równości państw oznacza powtórzenie, że uzasadnieniem instytucji immunitetu państwa jest zasada *par in parem non imperium habet*. Stanowi to zatem *ratio iuris*, ale nie przesądza o zakresie instytucji immunitetu państwa.

<sup>20</sup> Przykłady wnioskowania o *opinio iuris* na podstawie praktyki – K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, Springer, Dordrecht 1993, s. 123-137; B.D. Leppard, *Customary International Law – A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, s. 128-138. Dwuelementowa koncepcja międzynarodowego prawa zwyczajowego z założenia prowadzi do podwójnego liczenia aktów praktyki, które stanowią jednocześnie dowód przemawiający na istnieniu *opinio iuris*. Zob. chociażby M. Stępień, *Taking the Two-Elements Theory of International Customary Law Seriously – Problems with Double Counting*, "Wrocław Review of Law, Administration & Economics" 2018, vol. 8(2), s. 85-96.

<sup>21</sup> Zob. J. D'Aspremont, *International Law as a Belief System*, Cambridge University Press, Cambridge 2018, s. 90-91, gdzie mowa o tym, że prace przygotowawcze dotyczące art. 38 Statutu STSM (później Statutu MTS) nie wskazują, by dwuelementowa koncepcja zwyczajowego prawa międzynarodowego w ogóle była brana pod uwagę przez twórców Statutu.

<sup>22</sup> S. Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, "European Journal of International Law" 2015, vol. 26, s. 427.

Wyrok MTS stanowi kontekst wniosku do TK z 15 grudnia 2020 r. dotyczącego zbadania zgodności z Konstytucją RP art. 1113 k.p.c. Wniosek o stwierdzenie niezgodności tego przepisu z art. 9, art. 30 oraz art. 45 Konstytucji RP „w zakresie, w jakim dopuszcza wywiedzenie immunitetu państwa dla ochrony obcych państw przed pozwaniem przed sąd polski za czyny stanowiące zbrodnie wojenne, ludobójstwo i zbrodnie przeciwko ludzkości”<sup>23</sup>. Niemal identyczny wniosek został złożony w TK w dniu 26 października 2017 r.<sup>24</sup> – zresztą w obu przypadkach jednym z przedstawicieli grupy posłów jest poseł na Sejm Arkadiusz Mularczyk. Postępowanie wszczęte na podstawie tego wniosku zostało jednak umorzone ze względu na zasadę dyskontynuacji prac Sejmu – oba wnioski zostały ostatecznie złożone przed grupę posłów. Ze względu na upływ w 2020 r. VIII kadencji Sejmu poprzedni wniosek został umorzony na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 5 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym<sup>25</sup>. W umorzonym już postępowaniu zostały złożone stanowiska Sejmu oraz Prokuratora Generalnego. W postępowaniu zawisłym obecnie (stan na lipiec 2022 r.) przed TK również zostały złożone stanowiska Sejmu oraz Prokuratora Generalnego. Jednak jak dotąd nie podjęto w tej sprawie innych czynności niż odebranie stanowisk Sejmu oraz Prokuratora Generalnego. Tym niemniej warto dokładnie rozważyć argumenty przedstawione we wniosku. Ujawniają one problemy, jakie napotyka prawo międzynarodowe w polskim porządku prawnym – nie tylko w odniesieniu do immunitetu jurysdykcyjnego państwa.

Wnioskodawcy już na samym początku wskazują, że przedmiotem postępowania nie są art. 1103<sup>7</sup> pkt 2 czy art. 1113 k.p.c., ale praktyka orzecznicza sądów polskim, która odwołuje się do orzeczenia w sprawie *Natoniewskiego*, co oznacza z kolei orzekanie zgodnie z *ratio decidendi* orzeczenia MTS w sprawie *Niemcy vs. Włochy*. Jest to zatem próba wykazania niekonstytucyjności nie tyle przepisów k.p.c., co raczej międzynarodowego prawa zwyczajowego. Wskazać należy, że wnioskodawcy w pełni zdają sobie z tego sprawę – „Zdaniem [SN] państwom obcym przysługuje w tym zakresie, wynikający ze zwyczajowego prawa międzynarodowego, immunitet jurysdykcyjny, który wyłącza możliwość pozywania o odszkodowanie deliktowe przed sąd polski”. W dalszej części wskazują, że w razie pozwu przeciwko obcemu państwu sąd polski „działając opiera się na normach zwyczaju międzynarodowego i praktyce innych państw”. Jako podstawa takiej sytuacji wskazywany jest art. 9 Konstytucji RP<sup>26</sup>, ale wnioskodawcy wywodzą z faktu, że art. 87 Konstytucji RP wspomina wyłącznie o ratyfikowanych umowach międzynarodowych, iż „zobowiązanie konstytucyjne wynikające z art. 9 odnośnie do zwyczaju międzynarodowego, należy rozumieć, jako

<sup>23</sup> Postępowanie K 25/20.

<sup>24</sup> Postępowanie K 12/17.

<sup>25</sup> Dz. U. z 2019 r. poz. 2393.

<sup>26</sup> K. Wójtowicz, *Komentarz do art. 9*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz, Art. 1-86*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 330-331; A. Wasilkowski, *Przestrzeganie prawa międzynarodowego*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006, s. 15; A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe oraz prawo Unii Europejskiej a konstytucyjny system źródeł prawa*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie konstytucji RP...*, s. 38-40.

wiążące jedynie w sferze prawa międzynarodowego”. To zaś oznacza, że „normy zwyczaju międzynarodowego nie obowiązują w sferze prawa polskiego”.

W dalszej części wniosku wnioskodawcy przechodzą do argumentacji opartej bezpośrednio na prawie międzynarodowym. W pierwszej kolejności starają się wykazać, że orzeczenie MTS w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego, zarówno merytorycznie, jak i formalnie, nie odgrywa dużej roli w zakresie funkcjonowania instytucji immunitetu jurysdykcyjnego państwa. Jest tak zdaniem wnioskodawców, bo po pierwsze, orzeczenie to jest dopiero pierwszym rozstrzygnięciem w orzecznictwie sądów międzynarodowych dotyczącym odpowiedzialności państwa za zbrodnie wojenne. Po drugie, „wyprowadzenie” prawa zwyczajowego nie zostało przeprowadzone w sposób poprawny. Należy zdawać sobie sprawę, że paremia *facta probantur, iura novit curia* nie do końca ma zastosowanie wobec prawa zwyczajowego, w tym wobec prawa międzynarodowego. MTS dokonał ustalenia zastosowanej następnie normy zwyczajowej na podstawie orzecznictwa sądów krajowych – ostatecznie stosowanie immunitetu jurysdykcyjnego państwa należy do kompetencji sądów krajowych. Stąd to właśnie praktyka orzecznicza sądów krajowych jest kluczowa w tym przypadku. Aby wykazać, że dowód przedmiotowej normy zwyczajowej nie został przeprowadzony przez MTS w sposób poprawny, przedstawiono we wniosku następujący argument. Mianowicie zdaniem wnioskodawców „w szczególności” MTS nie uwzględnił orzeczeń w sprawach *Van Dardel p. ZSRR* oraz *Princz p. RFN*. Problem w tym, że można odnieść wrażenie, iż wnioskodawcy bardzo pobieżnie zapoznali się z powołanymi orzeczeniami. Orzeczenie w sprawie *Van Dardel* zostało wydane zaocznie (ZSRR odmówił udziału w postępowaniu) i jako takie zostało uchylone – sąd rozpatrujący wniosek o uchylenie wyroku zaocznego negatywnie ocenił decyzję o wydaniu wyroku zaocznego. Tym samym wspomniany wyrok zaoczny nie utrzymał się w obrocie prawnym – w konkluzji sąd, orzekając w 1990 r., stwierdził: „The Court finds that none of the grounds upon which jurisdiction was asserted in 1985 withstand scrutiny”. Podobna sytuacja miała również miejsce w sprawie *Princz p. RFN*: sąd odwoławczy odrzucił powództwo (wskazał na to Prokurator Generalny w swoim stanowisku przedstawionym w toczącym się przed TK postępowaniu) – właśnie na podstawie braku jurysdykcji. Powołanie obu tych spraw jako aktów praktyki, której nieuwzględnienie przez MTS w procesie wywodzenia normy zwyczajowej pozwala podważyć dokonane przez niego ustalenia, jest całkowicie chybione. Stanowiąc może przejaw tekstocentrycznego, a w zasadzie mechanicznego podejścia do orzecznictwa sądowego – jest to jednak powszechna właściwość przedstawicieli polskiej praktyki prawniczej<sup>27</sup>.

Wnioskodawcy stosują swoje tekstocentryczne stanowisko wobec prawa nie tylko w stosunku do orzecznictwa sądów krajowych, ale również sądów międzynarodowych, w tym samego MTS. Wnioskodawcy stwierdzają zatem, że „Wyroki MTS

<sup>27</sup> Zob. P. Jabłoński, *Dwa sposoby respektowania prawa. Rzecz o możliwości aplikacji perspektywy Frommowskiej do badań filozoficzno-prawnych*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 3603, „Przegląd Prawa i Administracji” 2014, t. XCVI, s. 37. E. Łętowska posługuje się w odniesieniu to tego zjawiska określeniem „tekstocentryzm”.

obowiązują jedynie strony. Nie stanowią też bezwzględnie wiążącego źródła prawa międzynarodowego. Wręcz przeciwnie, istnieje powszechna zgodność, że są kwalifikowane jako tzw. źródło pomocnicze”. Wnioskodawcy odwołują się do podręczników prawa międzynarodowego, w tym do podręcznika autorstwa Władysława Czaplińskiego i Anny Wyrozumskiej. Jednak w tym samym podrozdziale tego podręcznika, do którego odwołali się wnioskodawcy, znajduje się następujący fragment: „[b]ez wątplenia orzeczenia sądowe lub arbitrażowe mogą stanowić dowód istnienia prawa zwyczajowego”<sup>28</sup>. Wnioskodawcy twierdzą natomiast, że wyroki MTS „mają znaczenie dopiero wtedy, kiedy sytuacja faktyczna nie jest uregulowana ani normami konwencyjnymi, ani normami zwyczaju międzynarodowego, ani nie wynika z ogólnych zasad prawa”. Powyższe pozwala stwierdzić, że są bardzo przywiązani do podziału na źródła prawa oraz źródła poznania prawa. Podstawowy problem z tym podziałem polega na tym, że ma on zastosowanie w odniesieniu do systemów prawnych wyposażonych w rozbudowane mechanizmy legislacyjne. Do systemów takich należy zaliczyć również prawo polskie. Rzecz w tym, że w takich systemach prawo zwyczajowe jest zmarginalizowane, jeśli w ogóle obecne<sup>29</sup>. Należy mieć na uwadze, że w przypadku prawa zwyczajowego podstawowym problemem jest jego epistemologia. Rozpoznanie normy prawa zwyczajowego przez MTS nie jest logicznie bardziej prawdziwe niż wywiedzenie jej przez TK. Jest jednak o wiele bardziej autorytatywne i legitymizowane. Jest tak z tej prostej przyczyny, że jest to zagadnienie bardzo odległe od jurysdykcji TK<sup>30</sup>, który odnosi się do prawa międzynarodowego w sposób incydentalny, kładąc nacisk na stosowanie Konstytucji RP. Twierdzenie wnioskodawców, że wyroki MTS mają w tym zakresie wywodzenia norm prawa zwyczajowego taką samą siłę sprawczą jak wyroki sądów krajowych,

<sup>28</sup> W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo publiczne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 26.

<sup>29</sup> Zagadnienie analogi między prawem międzynarodowym oraz krajowym jest stale obecne w dyskursie dotyczącym podstaw teoretycznych prawa międzynarodowego. Warto przywołać tu stanowisko H.L.A. Harta o prawie międzynarodowym, które stanowi według niego porządek prawny pozbawiony reguły uznania, co czyni jego strukturę formalną nie systemem, lecz zbiorem reguł pierwotnych, których obowiązywanie rozstrzygane jest bez reguły uznania – zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 314. Z kolei M. Huber stwierdził, że prawo międzynarodowe to prawo prywatne w większej skali – H. Lauterpacht, *Chapter 8 – Private Law Sources and Analogies of International Law* [w:] E. Lauterpacht (ed.), *International Law – Collected Papers, 2. The Law of Peace. Part I. International Law in General*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 173. Tak więc np. prawo traktatów stanowi w takim ujęciu analogon prawa kontraktów.

<sup>30</sup> Na sądach krajowych, w tym również na TK, spoczywa obowiązek stosowania prawa międzynarodowego, w tym również międzynarodowego prawa zwyczajowego. Zob. K. Wójtowicz, *Prawo międzynarodowe w systemie źródeł prawa RP*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego – Naęczów, 1-3 czerwca 2000*, Wydawnictwo RW KUL, Lublin 2000, s. 68 oraz K. Wójtowicz, *The Position of Customary International Law in the Polish Legal System in the Light of Article 9 of the Constitution of 1997*, “Wrocław Review of Law, Administration & Economics” 2018, vol. 8, no. 2, s. 247. Jednak z perspektywy sądów polskich taka sytuacja zachodzi jednak stosunkowo rzadko i jeśli już ma miejsce, to orzeczenie sądu krajowego stanowi przede wszystkim akt praktyki. Jednak biorąc pod uwagę, że prawo międzynarodowe to prawo wspólnoty międzynarodowej, to akt pojedynczego członka tej wspólnoty nie może być rozpatrywany w oderwaniu od aktów pozostałych członków.

można uznać za uzasadnione tylko, jeśli przyjąć, że dotyczy to „polskiego prawa międzynarodowego”<sup>31</sup>.

Co interesujące, argumentacja wnioskodawców nie polega zatem na odrzuceniu prawa międzynarodowego, np. poprzez odwołanie się do art. 8 w zw. z art. 188 Konstytucji RP w kontekście badania konstytucyjności umowy międzynarodowej, ale na wykazaniu, że prawo międzynarodowe – w tym przypadku prawo zwyczajowe dotyczące immunitetu sądowego państwa – ma inną treść niż dotąd błędnie (i dość powszechnie) uważano. O ile więc przedmiotem wniosku jest formalnie zbadanie konstytucyjności przepisów k.p.c., to ostatecznie istotną częścią wniosku jest wywiedzenie normy zwyczajowej dotyczącej immunitetu jurysdykcyjnego państwa, zgodnie z którą immunitetem takim nie byłyby objęte roszczenia dotyczące odpowiedzialności za zbrodnie wojenne<sup>32</sup>. Niestety, odwołanie się przez wnioskodawców do wyroków sądów krajowych, które zostały ostatecznie usunięte z obrotu prawnego, nie jest odpowiednią metodą realizacji tego zamierzenia. Dotyczy to również argumentu polegającego na marginalizacji MTS w rozwoju prawa międzynarodowego. W swojej opinii odrębnej do wyroku MTS sędzieja Cançado Trindade opowiedział się przeciw normie wywiedzionej przez większość składu orzekającego poprzez odwołanie się do koncepcji *ius cogens*, negację podziału na normy procesowe oraz materialne (co prowadzi przeciw do wykluczenia możliwości dochodzenia praw przez jednostki) oraz ochronę praw człowieka<sup>33</sup> – w tym prawa do sądu

<sup>31</sup> Tak np. w wyroku K 6/21 z 24 listopada 2021 r. TK całkowicie pominął koncepcję wykładni autonomicznej umów międzynarodowych – w tym przypadku EKPC. TK uznał za niekonstytucyjny art. 6 ust. 1 EKPC, tj. prawo do sądu „w zakresie, w jakim obejmuje dokonywanie przez ETPC oceny legalności procesu wyboru sędziów TK w celu ustalenia, czy TK jest niezawisłym i bezstronnym sądem ustanowionym ustawą”. Kluczowe jest następujące twierdzenie zawarte w uzasadnieniu tego wyroku: „Trybunał Konstytucyjny nie jest sądem w rozumieniu art. 6 ust. 1 [EKPC]”. Wiąże się to zatem ze złamaniem EKPC poprzez wykładnię jej postanowień ze względu na prawo krajowe („[w] świetle niebudzących wątpliwości przepisów konstytucyjnych”), co stanowi złamanie zasady *pacta sunt servanda*. Zastanawiające jest, dlaczego następstwem tego wyroku TK nie jest wypowiedzenie EKPC na podstawie art. 58 EKPC. To, że jest to prawnie dopuszczalne, ilustruje przykład Rosji, która przestała być z dniem 16 marca 2022 r. członkiem Rady Europy oraz stroną EKPC (na podstawie art. 58 ust. 3 EKPC).

<sup>32</sup> Rozumowanie to spotkało się ze zdecydowaną krytyką ze strony Sejmu zaprezentowaną w stanowisku przedstawionym w toczącym się przed TK postępowaniu. Zgodnie ze stanowiskiem Sejmu próba ponownego rozpoznania normy międzynarodowego prawa zwyczajowego dotyczącej immunitetu państwa nie jest uzasadniona – Sejm poprzestał na pośrednim przywołaniu wyroku MTS dotyczącego immunitetu sądowego państwa. Argumentacja Sejmu powiela argumenty włoskiego TK wyrażone w wyroku z 2014 r. (a więc już po wydaniu wyroku przez MTS). Sprowadzają się one do podkreślenia, że konstytucyjność art. 1113 k.p.c. nie powinna być badana w kontekście jego zgodności z prawem międzynarodowym (zdaniem Sejmu art. 1113 k.p.c. nie jest niezgodny z art. 9 Konstytucji RP), ale tylko w odniesieniu do art. 30 i 45 Konstytucji RP. Według Sejmu art. 1113 k.p.c. „w zakresie, w jakim bezwarunkowo nakazuje, odrzucenie pozwu lub wniosku albo umorzenie postępowania w sprawach dotyczących zbrodni wojennych, ludobójstwa i zbrodni przeciw ludzkości, jest niezgodny z art. 30 i art. 45 Konstytucji”.

<sup>33</sup> M. Kałduński, *Immunitet państwa w prawie międzynarodowym w kontekście zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości*, „Zeszyty Prawnicze BAS Kancelarii Sejmu” 2018, nr 2(58), s. 89-93.

(obejmującego dostęp do sprawiedliwego i słusznego odszkodowania)<sup>34</sup>. Do tej pory MTS konsekwentnie stał na stanowisku, że normy peremptoryjne – a w zasadzie zobowiązania *erga omnes* – same przez się nie przesądzają o jurysdykcji MTS. W tym sensie nie przyznają MTS kompetencji orzekania o prawach państw trzecich, tzn. nieuczestniczących jako strona w postępowaniu toczącym się przed MTS<sup>35</sup>. Ten sposób rozumowania znajduje również przez analogię zastosowanie do jurysdykcji cywilnej w stosunku do obcych państw. Chodzi tu o ścisłe rozróżnianie norm procesowych dotyczących jurysdykcji (w tym kompetencji sądów międzynarodowych) oraz norm materialnoprawnych (takich jak zasada samostanowienia narodów). Jednak MTS zdaje się być przywiązany do rozstrzygnięcia *Monetary Gold* tylko w odniesieniu do postępowania spornego – w przypadku postępowania doradczego jego stanowisko jest całkowicie odmienne. Należy pamiętać, że postępowanie doradcze może być środkiem rozwiązywania sporów międzynarodowych<sup>36</sup>. Jednak w sprawie Muru Palestyńskiego MTS uznał działania Izraela za niezgodne z prawem międzynarodowym<sup>37</sup>. Stało się tak pomimo stanowczego stanowiska Izraela, że „[a]nswering the request would have the effect of circumventing the principle that a State is not obliged to allow its disputes to be submitted to judicial settlement without its consent”.

Podobny stosunek jak MTS do immunitetu sądowego państwa ma również ETPC. W szeregu spraw ETPC wskazał, że immunitet jurysdykcyjny państwa, nawet gdy dotyczy roszczeń związanych z naruszeniem norm *ius cogens*, nie narusza art. 6 EKPC, tj. prawa do sądu<sup>38</sup>. Innymi słowy: jest zgodny z EKPC. Co prawda ETPC dopuszcza w tym zakresie zmianę prawa międzynarodowego (w tym międzynarodo-

<sup>34</sup> A. Jakubowski, *Immunitet państwa: ius cogens a ochrona dziedzictwa kultury – uwagi krytyczne w świetle wyroku MTS z 3.2.2012 r. w sprawie Niemcy vs. Włochy*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, R. XII, nr 4, s. 65.

<sup>35</sup> W sprawie Timoru Wschodniego, tj. w sprawie toczącej się między Portugalią i Australią, MTS, odwołując się do wyroku w sprawie *Monetary Gold*, stwierdził, że nie rozstrzygnie sprawy co do *meritum*, gdyż ostatecznie oznaczałoby to konieczność rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach Indonezji, podczas gdy Indonezja nie była stroną postępowania – *Case Concerning East Timor, Judgment of 30 June 1995*, „International Court of Justice Reports” 1995, s. 102, pkt 29. Według Portugalii (tj. strony skarżącej) odstąpienie od zasady *Monetary Gold* było w tym przypadku uzasadnione faktem, że zobowiązania będące przedmiotem sprawy miały charakter *erga omnes*. MTS wyraźnie jednak stwierdził, że zasada samostanowienia narodów jest „one of the essential principles of contemporary international law”, by zaraz dodać: „Whatever the nature of the obligations invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which is not a party to the case”.

<sup>36</sup> Przykładem takiego rozwiązania jest § 30 konwencji dotyczącej przywilejów i immunitetów Narodów Zjednoczonych z 1946 r. (Dz. U. z 1948 r. Nr 39, poz. 286) – spór rozstrzygnięty w ten sposób ma charakter wyroku, bowiem „[s]trony przyjmą opinię Trybunału jako załatwienie ostateczne”.

<sup>37</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, „International Court of Justice Reports” 2004, s. 136.

<sup>38</sup> *Al-Adsani p. Wielkiej Brytanii* (Application no. 35763/97), *Jones i inni p. Wielkiej Brytanii* (Applications nos. 34356/06 and 40528/06), *Kalogeropoulou p. Grecji i Niemcom* (zob. K. Bartsch, B. Elberling, *Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. vs. Greece and Germany Decision*, „German Law Journal” 2003, vol. 4, s. 484) i *Nat-Liman p. Szwajcarii* (Application no. 51357/07).

wego prawa zwyczajowego) – jednak jak dotąd to nie nastąpiło<sup>39</sup>. Argumentacja ETPC sprowadza się do podkreślenia, że kluczowy jest podział na prawo procesowe oraz materialne – przy czym normy imperatywne mają charakter materialnoprawny. Nie mogą więc stanowić podstawy do odrzucenia instytucji immunitetu jurysdykcyjnego państwa, nawet gdy dochodzone roszczenia dotyczą naruszenia norm *ius cogens*. ETPC rozważył przy tym koncepcję proceduralnego *ius cogens* – ostatecznie stwierdza brak dowodów na istnienie tego rodzaju normy<sup>40</sup>.

Jak więc widać, sądy międzynarodowe są dość konsekwentne, jeśli chodzi o ich stosunek do immunitetu państwa w stosunku do roszczeń związanych z odpowiedzialnością za zbrodnie wojenne – co oczywiście godzi w możliwość dochodzenia prawa przez jednostki i praktycznie wyklucza odpowiedzialność cywilną za zbrodnie wojenne. Z punktu widzenia sądów międzynarodowych orzecznictwo sądów krajowych jest częścią praktyki kształtującej prawo zwyczajowe. Praktyka jako taka nie musi być wcale konkluzywna – w przypadku zaniechania nie budzi to większych wątpliwości (praktyka sądów polskich polega na odrzucaniu pozwów skierowanych przeciwko państwu obcemu w zakresie aktów *de iure gestionis*). Okazuje się jednak, że również pozytywna praktyka – tj. orzekanie przez sądy co do istoty rzeczy w sprawach związanych z immunitetem państwa – nie musi sama przez się stanowić praktyki z punktu widzenia formowania się normy zwyczajowej. Odmowa immunitetu sądowego państwa odnośnie do działań *de iure imperii* może bowiem stanowić formę *repraesalium*<sup>41</sup> – jest to oczywiście oparte na presupozycji, że taka odmowa jest jako taka nielegalna. Odmowa immunitetu staje się w takim przypadku dopuszczalnym środkiem wywierania nacisku na państwa dopuszczające się naruszenia norm *ius cogens* (np. zakazu tortur)<sup>42</sup>.

Z samej definicji prawa międzynarodowego wynika, że jest ono wynikiem kolektywnego wysiłku całej wspólnoty międzynarodowej. Naturalne jest rozumieć tę wspólnotę jako złożoną z państw oraz organizacji międzynarodowych. Jednak za uczestników dyskursu dotyczącego prawa międzynarodowego można również uznać organy wewnętrzne państw stosujące prawo międzynarodowe – w szczególności sądy krajowe. Zagadnienie immunitetu sądowego państwa pokazuje bardzo wyraźnie, że sądy krajowe są do pewnego stopnia sądami międzynarodowymi – są bowiem

<sup>39</sup> M. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 638.

<sup>40</sup> K. Bartsch, B. Elberling, *Jus Cogens...*, s. 486.

<sup>41</sup> P.T. Moser, *Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to Jus Cogens Violations: The Human Rights Answer to the ICJ Decision on the Ferrini Case*, "Goettingen Journal of International Law" 2012, vol. 4, s. 839.

<sup>42</sup> *Ibidem*, s. 811. Zob. przywołane tam stanowisko F.M. Menéndeza, zgodnie z którym: "In any case, as a countermeasure permitted under international public law, a State could remove immunity from another State – a permitted action to respond to torture carried out by that State. There was no peremptory norm of general international law that prevented States from withdrawing immunity from foreign States in such cases to claim for liability for torture". Cyt. za *Committee Against Torture – Thirty-fourth session – Summary Record of the Second Part (Public) of the 646<sup>th</sup> Meeting*, CAT/C/SR.646/Add.1, pkt 67.

skazane na stosowanie prawa międzynarodowego<sup>43</sup> i to odnośnie do tak istotnych kwestii jak jurysdykcja tych sądów. Jednak udział w tym toczącym się bezustannie dyskursie wymaga odwołania się do metod rozpoznania norm prawnych przyjętych na gruncie prawa międzynarodowego. Na dobry początek polegać to będzie chociażby na uświadomieniu sobie, że art. 38 Statutu MTS nie jest tak do końca odpowiednikiem art. 87 Konstytucji RP oraz że sądy polskie, stosując prawo międzynarodowe, muszą uwzględniać szerszy kontekst i dorobek orzeczniczy sądów międzynarodowych *sensu stricto*, takich jak MTS. Jest to szczególnie istotne w przypadkach dotyczących rozpoznania norm zwyczajowego prawa międzynarodowego, gdyż sądy krajowe wielu państw (w tym sądy polskie) nie mają rozwiniętych metod poznania prawa zwyczajowego.

---

<sup>43</sup> A. Cassese, *Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dedoublement fonctionnel) in International Law*, "European Journal of International Law" 1990, vol. 1, s. 212-213 i 219. Charakter prawny sądów krajowych w ujęciu Georges'a Scelle'a wyjaśniono tam w ten sposób: „from the point of view of their legal status they are and remain national organs, they can function either as national or as international agents”.